Globethics Repository



Derecho, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica [Law, legislators, judges, jurists front bioethics and medical deontology]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Moral García, Antonio del
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-08 04:36:55
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/203831

DERECHO, LEGISLADORES, JUECES Y JURISTAS ANTE LA BIOÉTICA Y LA DEONTOLOGÍA MÉDICA

LAW, LEGISLATORS, JUDGES, JURISTS FRONT BIOETHICS AND MEDICAL DEONTOLOGY

Antonio del Moral García
Fiscal del Tribunal Supremo
Domicilio. C/ Pastor, 4,
28003. MADRID. España.
tfnos.: 91 3970070; 610567 460

«Las respuestas a la pregunta ¿Qué es bueno para el ser humano? no las encontramos ni en la naturaleza ni en nuestras posibilidades técnicas. Sólo podemos hallarlas si formulamos principios éticos para nuestra vida personal y para la convivencia en sociedad, que respetemos y vivamos en primera persona. Independientemente de lo que hagamos o dejemos de hacer, tomamos siempre decisiones evaluadoras —sea deliberada o irreflexivamente, consciente o inconscientemente—… Las cuestiones relacionadas con la vida y la muerte nos afectan a todos. Por eso no pueden dejarse únicamente en manos de los expertos. No podemos delegar nuestras respuestas: ni en la ciencia, ni en comisiones, ni en consejos... Tenemos que definir dentro de un proceso de decisión permanente qué límites estamos dispuestos a traspasar y qué límites queremos aceptar... El futuro está abierto. No es un sino inexorable. No se nos viene encima. Podemos modelarlo, con lo que hagamos o dejemos de hacer. Tenemos muchas posibilidades, posibilidades formidables. Aprovechémoslas para un progreso y una vida a medida humana» (Johannes Rau, ex-Presidente de la República Federal de Alemania).

Resumen

Aproximación, a través de meros apuntes o ideas madre, a algunas de las cuestiones derivadas de las relaciones entre derecho, ley, ciencia, tecnología, ética y deontología y de las interactuaciones y conflictos entre unos y otros campos. Principio rector de esas relaciones ha de ser el respeto al ámbito de cada uno de esos sectores —una vez identificados sus respectivos fines—, combinado con una armoniosa intercomunicación. Se denuncian algunas situaciones que pueden reflejar la quiebra de esos principios (la ciencia como criterio ético; el derecho ignorante de los conocimientos científicos…). Se enuncian soluciones para algunos casos de conflicto (v.gr.: ética contra derecho: objeción de conciencia).

Palabras clave: bioderecho, deontología, derecho, objeción de conciencia.

Abstract

This is an approach, by just pointing out a few key ideas, to some questions deriving from the relations between Law, Science, Technology, Ethics and Deontology, and from the interactions and conflicts among them. The leading principle of such relations must be that of mutual respect of their own domains —after identifying their natural goals— combined in a harmonious intercommunication. Some situations are denounced which might reflect the violation of these principles (science as ethic criterium; law ignoring scientific knowledge…). Some solutions are also suggested for such situations of conflict (eg. ethics versus law: objection of conscience).

Key words: law, deontology, objection of conscience.

1. Introducción

Se pretende en estas líneas marcar con trazos gruesos un visión panorámica de las relaciones entre derecho, ciencia, tecnología, ética y deontología. Delimitar en una primera apoximación los territorios y espacios de cada una de esas áreas o ámbitos; y desentrañar a continuación los principios que deben regir sus frecuentes interactuaciones. Dibujar ese mapa con sus fronteras, tránsitos y aduanas ayuda a resolver los inevitables conflictos y, sobre todo, a situarlos en su correcta dimensión. La confusión de planos conduce a desenfocar los problemas, a darles respuestas inidóneas o a falsificar los debates.

La diferenciación es importante. Igual importancia, en el reverso de la moneda, tiene la intercomunicación. El derecho no puede permanecer ajeno a la ciencia y ha de ser fiel a los datos que le proporciona. Pero al mismo tiempo, la ciencia no puede erigirse en criterio jurídico: las leyes han de ser hechas por el legislador contando con la opinión de la Sociedad y no solo dando forma jurídica a las pretensiones

de los científicos, como si estos fuesen ciudadanos de mayor categoría.

Del mismo modo el Derecho no tiene por qué juridificar todos los criterios éticos. Pero tampoco puede vivir al margen de la ética. Detrás de toda discusión jurídica sobre los grandes principios siempre hay un debate ético que no puede obviarse.

El mensaje que pretende trasladarse con estas breves líneas, si se buscase un eslogan publicitario, podría resumirse con un lema que por su expresividad, disculpa la licencia, aunque pueda desdecir del tono académico característico de un trabajo de este tipo: «No a la promiscuidad. No al autismo». Ciencia, Derecho, Ética, Deontología, Técnica no pueden vivir a espaldas unos de los otros. Ni los científicos, juristas, moralistas o técnicos pueden ignorarse. Pero tampoco es lícita, ni buena, ni fecunda una mezcolanza de los criterios suministrados por unos y otros, situándolos en un mismo plano.

Con esas diferentes perspectivas se puede contemplar la misma realidad —la vida—, pero con finalidades diversas: la ciencia para conocer; la técnica para actuar; el Derecho para preservar el ámbito de convivencia; la ética para hacer feliz al hombre, dando sentido a su vida. La deontología, por fin, es una ética aplicada a la actividad profesional que en algunos puntos puede haber llegado a convertirse en norma jurídica.

Se presentan unos meros apuntes o reflexiones en ese marco general esbozado. Se trata tan solo de una aproximación que se conforma con sentar unas líneas generales, orillando los matices. Por eso se prescinde de todo aparato bibliográfico, que incluso desentonaría en unas notas cuyas ambiciones son limitadísimas.

2. Ética y Derecho

Las relaciones entre bioética y derecho; entre deontología y derecho, son aspectos particulares del tema más general y clásico de las relaciones entre moral y derecho o ética y derecho; aunque presenten algunos aspectos singularizables. Por eso el marco adecuado para afrontar los problemas que se agazapan bajo esas rúbricas genéricas estriba en un correcto entendimiento de las relaciones entre derecho y moral.

La premisa de partida insoslayable, no siempre bien entendida, ni siempre asumida es que un supuesto derecho éticamente neutro no es posible. No es que no sea bueno o conveniente u oportuno. Es que no es posible. Una regulación jurídica de los temas bioéticos que no responda a una concepción del hombre edificada sobre valoraciones axiológicas es un mito. No se puede esconder o adulterar el debate ético ineludible bajo la falacia de una imposible neutralidad. Derecho y moral no se confunden pero guardan estrechas relaciones que ni siempre se han planteado en términos correctos ni siempre se comprenden. Los planteamientos que se autoatribuyen la condición de ideológicamente neutrales constituyen un engaño: lo que en último término hacen es presentar una determinada concepción del hombre e imponerla con la falsa apariencia de una neutralidad inexistente por imposible. La legalización del aborto en determinados supuestos

responde a unas valoraciones determinadas. Tanto —ni más ni menos— como la postura de quienes postulan la protección jurídica de la vida humana desde el momento de su concepción.

La distinción entre derecho y ética radica en su diferente finalidad. Derecho y Moral tienden a regular la vida humana pero lo hacen desde dos diferentes planos y con fines no coincidentes, aunque no contrapuestos. La Moral tiene pretensiones totalizadoras, en el sentido de que regula toda la conducta del hombre —interna y externa— para alcanzar su fin último. El derecho es y tiene que ser menos ambicioso. Busca simplemente implantar las normas que resultan indispensables para permitir la convivencia entre los hombres y para crear las condiciones que propician que cada persona despliegue su proyecto vital. Derecho y Moral ni son lo mismo, ni pueden confundirse. El Derecho no puede concebirse como un núcleo o parcela de la moral, según una imagen (círculos concéntricos) que en su época gozó de gran predicamento. Y la vigencia de las normas morales no necesita del refrendo jurídico.

Dos errores extremos surgen a la hora de plantear las relaciones entre moral y derecho. De un lado, la confusión entre moral y derecho: las normas éticas, como son justas, han de ser respetadas por todos y se imponen a todos poniendo al servicio de esa sumisión todo el aparato del Estado.

De otra parte, la separación tajante entre lo ético y lo jurídico, planteamiento heredero del liberalismo. El Estado, la legislación, no podría asumir ninguna concepción moral, para imponerla. Ha de guardar una estricta neutralidad moral. Las normas morales pertenecen al ámbito de lo privado y deben permanecer en la intimidad. Las concepciones morales no pueden ser traspasadas al ordenamiento jurídico pues supondría imponer coactivamente lo que ha de decidir libremente cada uno en su conciencia. Implicar al Derecho en batallas morales comportaría según esta concepción incurrir en una suerte de integrismo rechazable e incompatible con el valor del pluralismo social.

Ambos errores han de ser rechazados. La regulación jurídica de los temas de bioética y biomedicina (o también la falta de regulación jurídica), como en último término y de forma más o menos latente la de todas las cuestiones que afectan al hombre, presuponen necesariamente unas previas opciones morales. De uno u otro signo, pero no eludibles. Por eso ninguna de las posibles regulaciones legales será «neutral» ideológicamente. No existen soluciones «aideológicas» —en el sentido más noble de la palabra «ideología»—.

Cualquiera de las opciones que asuma un legislador implica «imponer» una concepción a la sociedad, aunque haya muchos o pocos que hubiesen preferido otra solución más acorde con sus valores personales. Hay que fomentar ese debate axiológico y no hurtarlo presentando una de las concepciones como la «neutral», lo que es una forma muy poco honesta de descalificar las otras sin darles la oportunidad de ofrecer sus argumentos.

Presupuesto de la solución legal es siempre un debate ético previo. Primeramente, para decidir si un determinado tema ha de ser o no abordado por el dere-

cho por tratarse de cuestión que se reputa esencial para la convivencia humana. Si la respuesta es afirmativa, para dilucidar cómo se regula. Pretender que todo lo que es justo según una determinada concepción ética se imponga jurídicamente responde a una ideología fundamentalista. En el extremo opuesto, sostener que el derecho debe desaparecer obedece a la ideología anarquista. Una concepción liberal invita a reducir el ámbito de lo jurídico a temas muy básicos y esenciales. En todo lo demás cada individuo acomodará su conducta a sus creencias. No es ese un enfoque «neutro»: el permisivismo es una posición tan ética, tan ideológica, como cualquier otra. El Derecho siempre impone: también cuando no impone. El «no derecho», es decir, la anarquía es también una regulación jurídica (basada en la premisa de que el derecho no debe existir) que se impone.

Constatar que la regulación jurídica de estas materias en que está comprometida la vida responde siempre a unas previas valoraciones éticas no lleva a confundir derecho y moral como sucedería desde una perspectiva fundamentalista. El derecho solo debe regular aquello que se reputa necesario para la convivencia de los hombres. En esa regulación cuenta con numerosos instrumentos graduales de dispar eficacia y contenido. Desde el manejo del derecho penal que administra gravísimas sanciones para quien no adecua su comportamiento a lo acordado (represión del tráfico de drogas o del homicidio); hasta medidas puramente promocionales que, sin castigar a quien hace lo contrario, fomentan determinados modelos (publicidad antitabaco; repudio del suicidio o del consumo de drogas).

La ética ha de repercutir en el derecho pero no se confunde con él. Lo ético no se agota en el derecho y el derecho no puede autoerigirse en criterio último de moral. Hay una evidencia histórica: leyes que pueden ser injustas y que contradicen los principios éticos. No es algo superado. Por eso es bueno siempre mantener esa tensión crítica hacia el derecho desde planteamientos éticos. Si no, se caerá en lo que se denominó el «fetichismo» de la Ley, una perniciosa actitud que expresa bien lo peor del positivismo jurídico. Una conducta por ser conforme a derecho no necesariamente es éticamente aprobable.

3. Planteamientos éticos en el bioderecho

En este sentido y con grandes dosis de simplificación, podría decirse que son dos las líneas orientadoras de la regulación sobre bioderecho en las legislaciones occidentales.

Una de ellas otorga primacía a la libertad individual, al valor «libertad». En esa filosofía entronca la legislación del Reino Unido. Una ética utilitarista o consecuencialista es la atmósfera donde se adoptan decisiones sobre bioderecho. En ese ambiente, por ejemplo, aparece como congruente —tras sopesar ventajas e inconvenientes, sacrificios y resultados— la permisión de la clonación terapéutica, pues la muerte de embriones que en principio no sería deseable puede ceder ante los beneficiosos resultados que podrían derivarse. La bondad de una acción se mide por sus consecuencias.

El cálculo de utilidades es parámetro de moralidad.

La otra bascula más sobre la dignidad de la persona. Parte de una ética ontologista. De esta segunda tradición uno de los ejemplos más señalados es la legislación Alemana. La Ley Fundamental alemana de 1949 empieza, lo que tiene una evidente explicación histórica, por el reconocimiento del absoluto respeto del derecho a la vida, basado en la dignidad inconmensurable que cada hombre tiene por ser hombre, desde el principio hasta el final de la vida. En dos ocasiones —valga la referencia— el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha aplicado este artículo 1 de la Constitución para rechazar que de su ámbito pueda ser excluido el embrión.

La legislación española se mueve en un terreno de notable ambigüedad, con datos contradictorios que evocan una u otra tendencia.Lo importante es sentar las premisas y ser coherentes con ellas en el desarrollo legislativo.

Frente a esa necesidad de un pensamiento armónico sobre lo que es el hombre y el comienzo de su vida que sirva de punto de partida y sobre los criterios que han de regir para valorar la bondad o no de determinadas actuaciones, en la normativa española pesan mucho argumentos emotivistas; sociológicos; o economicistas. El básico y previo debate antropológico, de esa forma, se escamotea y se propician incoherencias en el seno del propio ordenamiento. Un ejemplo: el derecho penal español sanciona las lesiones imprudentes causadas al feto. Sin embargo, si se produce la muerte de ese mismo feto de manera dolosa, basándose en esas lesiones, la conducta resulta impune y amparada por el derecho.

4. Ciencia, tecnología y derecho: ¿el jurista al servicio del técnico?

El abordaje jurídico de los temas de biomedicina requiere partir de las evidencias biológicas y edificar sobre sólidas concepciones antropológicas y sin perder de vista las raíces filosóficas de estas decisiones.

Damos así un paso más. Las evidencias biológicas las proporcionan los científicos, pero las decisiones últimas no les corresponden a ellos. Pretender lo contrario es disfrazar de «ciencia» una concepción ética determinada (ideología cientifista). El cientifismo es un tipo de ética. Tan ética como lo es la kantiana o la antropología de raíz cristiana, o la Tomista. Sin embargo, ¡qué frecuente es en los debates sobre estos temas presentar la opción cientifista como la única respetable por ser «aideológica»!

Esa concepción —muy extendida y muy usada para pasar de contrabando las propias ideas camufladas de criterios objetivos— lleva a convertir la bioética y el derecho en meras comparsas de los avances científicos que han de limitarse a buscar los argumentos para bendecirlos a medida que se producen.

Ahí entronca la figura del científico metido a legislador e invadiendo el campo del jurista, del filósofo, y de todos, pues las decisiones sobre esos grandes temas de la vida social han de ser tomadas por todos los ciudadanos tras un de-

bate social abierto. Juristas son solo unos pocos (legisladores, jueces…); científicos, otros pocos. Pero filósofos morales somos en último término todos: todos tenemos nuestras ideas y convicciones sobre los principios que deben regir la sociedad.

Un buen ejemplo de las consecuencias de esa usurpación de territorios es la llamada Ley Palacios (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida) de la que un ilustre civilista nada sospechoso de prejuicios morales ha dicho que es una «obra maestra de la torpeza y la incmpetencia técnico-jurídica» como consecuencia de haber sido redactada por un experto en Medicina: «¿habré de repetir —apostilla— que es tan absurdo que un médico redacte proposiciones de Ley como que un jurista realice fecundaciones *in vitro*?» (Pantaleón).

El cientifista, al grito de «nosotros o las cavernas», tilda a toda limitación a la actividad científica o a su uso de entorpecimiento del progreso. La pretensión de que el Derecho se rinda ante sus avances, se extiende también a la Bioética que se pretende convertir en una bioética complaciente, como se ha denunciado (Leon Kass), que se limita a ir justificando ideológicamente las prácticas de los científicos conforme se van desarrollando. Cualquier nueva propuesta, pasado un tiempo, es aceptada. El papel de la bioética se ve reducido a ir construyendo explicaciones que hagan digeribles conductas que pocos años antes despertaban escándalo.

Llegados a este punto, resulta conveniente detenerse en la distinción entre Ciencia y Tecnología que no se identifican. En la labor del científico —avanzar en el conocimiento de la naturaleza— ciertamente no pueden ponerse más barreras que las derivadas de la eticidad de los instrumentos o métodos que usa. Un escalón diferente ocupa la tecnología que a veces se presenta unida a la ciencia pero que no coinciden. La tecnología trata de hacer útiles los conocimientos científicos, aplicarlos. ¡Claro que ha de tener límites la tecnología!: como escribió Laín Entralgo al menos desde la invención del hacha de sílex sabemos que no todo lo que se puede hacer se debe hacer. El hecho de que algo pueda hacerse no significa necesariamente que el derecho deba consentirlo. Como ha apuntado Savater con un criterio tan obvio como a veces ninguneado, el derecho está para prohibir cosas posibles. Lo imposible no es preciso prohibirlo. Sería absurdo castigar en la actualidad el robo de la luna. El dato de que algo pueda alcanzarse —piénsese en la clonación— es precisamente lo que debe llevar a preguntarse si debe aceptarse socialmente. Si la respuesta es negativa, para eso está el derecho, para tutelar esa concepción social. Hay que huir de esa mentalidad cientifista tan extendida que proclama que es inútil tratar de impedir lo que la tecnología, antes o después, conseguirá. Sería como poner puertas al campo. Es verdad: posiblemente sea insuficiente, como no basta que exista un delito de homicidio para que se acaben los homicidios. Pero eso no disculpa, antes bien, la refuerza, la necesidad de enfrentarse a la cuestión y decidir si es adecuado o no prohibir esa conducta. Más allá de que, aún prohibida, algunos, más o menos desaprensivos; con mejor o peor intención, puedan llevarla a

cabo en la clandestinidad, pero nunca con el respaldo y apoyo del derecho. Cuando se afirma, de forma más o menos eufemística, que el Derecho no puede erigirse en dique de los avances científicos y que ha de limitarse a abrir los cauces para la labor de los científicos y tecnólogos, al margen de cualquier referencia a valores superiores éticos, se está incurriendo en un sofisma, al tiempo que se alienta una Bioética y un Derecho complacientes o al servicio de la tecnología, presentando los avances tecnológicos falsamente identificados con los avances científicos: ciencia y tecnología, como ya se ha dicho, son ámbitos diferentes.

5. ¿Derecho contra ciencia?: manipulación de la realidad

En el otro lado de la moneda, la legislación ha de partir de las realidades biológicas que va descubriendo la investigación científica. En otro caso encontraremos un rechazable Derecho manipulador de la realidad que también emerge en esta temática con demasiada frecuencia. El jurista se cree todopoderoso y se afana en reinventar la realidad o acomodarla a sus ideas. Algunos ejemplos son la ficción del reconocimiento jurídico del cambio de sexo que se abrió paso en la jurisprudencia dando pie a convertir en mujer a efectos jurídicas lo que es un varón o viceversa; o, en un tema muy de actualidad, el refrendo legal del matrimonio entre homosexuales, que es como la cuadratura del círculo: solo es posible si el círculo deja de ser un círculo. El Derecho no puede reformatear la realidad.

Otra muestra bien elocuente de esa manipulación de la realidad viene representado por el concepto de «preembrión» que, pese a su falta de base científica, ha adquirido carta de naturaleza en el derecho y en la jurisprudencia españolas (vid. Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción asistida, sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio o Real Decreto 2132/004, de 29 de octubre que establece los requisitos y procedimientos para el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de *preembriones* «sobrantes» de las técnicas de reproducción asistida). Como conoce cualquier estudioso de estos temas la palabra «preembrión» no designa nada distinto de la expresión «embrión». Surgió como necesidad de justificar la instrumentalización de embriones en sus primeras fases de desarrollo. Su introductora, Drª Mclaren, al igual que el Dr. Davies también miembro de la comisión que redactó el informe Warnock donde aparece por primera vez el término, han admitido que esa designación especial para el período de desarrollo que va desde el cigoto hasta el día 15 obedeció a «cierta presión ajena a la comunidad científica» que quería condicionar la discusión ética. «No es que al saber nuevas cosas sobre el embrión hayamos decidido dar una nueva caracterización biológica a una de sus etapas, es que ante la posibilidad de utilizarlos en nuevas técnicas algunos se deciden a construir una etapa minusprotegida» (Serrano Ruiz-Calderón).

La manipulación semántica ha dado ya el siguiente paso y se ha traducido

en manipulación jurídica. El legislador decide por su cuenta y riesgo que el preembrión es distinto del embrión y no tiene la condición de ser humano. En contra de las evidencias biológicas, y adoptando la postura caprichosa de una preadolescente («si la realidad es de otra forma, ¡peor para ella!»).

Esas manipulaciones semánticas, con vocación de dar el salto a lo jurídico proliferan en esta materia. Merece la pena detenerse en otros ejemplos aunque comporte algo de excurso. Piénsese por ejemplo en la mal llamada clonación terapéutica. El adjetivo «terapéutica» como opuesto a «reproductiva» no es exacto y encierra una doble manipulación. También la clonación terapéutica es reproductiva: se crea un embrión humano. La diferencia no estriba en que en una clonación exista «reproducción» y en la otra no. En ambas hay reproducción si se entiende por tal la aparición de un nuevo ser distinto y potencialmente capaz de llegar a ser una persona. La distinción radica en otro punto. En la clonación terapéutica ese nuevo ser es destruido para obtener material biológico, útil para investigar y en un futuro incierto poder contribuir a la salud de otras personas. En la reproductiva se deja al nuevo ser desarrollarse según lo que sería su evolución natural. Caricaturizando hiperbólicamente la semejanza con ese criterio también sería terapéutica la clonación destinada a crear un bebé al que a continuación se le extraerían determinados órganos para trasplante. Hay que estar atentos en estos terrenos para desenmascarar esas poco honestas estrategias que comienzan como forma de propaganda social y acaban informando las legislaciones.

Algo parecido sucede con la terminología «embriones sobrantes». El calificativo «sobrantes» parece invitar a su destrucción, a considerarlos material de desecho. O cuando se habla de «píldora postcoital» con el confesado propósito de evitar las más claras palabras «píldora abortiva» porque se considera que la palabra «aborto es demasiado trágica». O la locución «Interrupción Voluntaria del Embarazo». Baulieu ha llegado a escribir que debe eliminarse la palabra «aborto» porque es tan traumática como el propio aborto (¡!). ¡Pero si precisamente lo que busca el lenguaje es tratar de mostrar lo más adecuadamente posible la realidad! Reflejarla y no esconderla o edulcorarla.

O, por fin, cuando se ha propuesto (Palacios) utilizando de nuevo la semántica como disimulado ariete dialéctico, sustituir la denominación de embrión por la de «nuclóvulo» tratando de eludir todo el Estatuto Jurídico del Embrión y el debate sobre su condición en la consideración el embrión obtenido por transferencia nuclear.

«En estos temas de manipulación de los embriones una de las primeras manipulaciones que se han realizado ha sido la que se refiere a la semántica. Por un lado se instaura una total arbitrariedad en el uso de términos y significados; por otros, se revierte a una especie de sistema mágico por el cual una vez redenominada una acción o una entidad cambia su naturaleza moral» (Serrano Ruiz Calderón).

6. El principio de precaución

A falta de evidencias biológicas, ha de jugar el principio de precaución. En la duda sobre un determinado asunto y en tanto la ciencia no proporciona los conocimientos necesarios el Derecho ha de adoptar un criterio de cautela, de sopesar riesgos y contraponerlos a los beneficios. Cuando los riesgos sean grandes, no conviene adentrarse por las sendas de la incertidumbre. El principio está ampliamente aceptado y opera en muchos ámbitos de la biotecnología, como todo el relativo a los alimentos transgénicos. Hay que prevenir riesgos también cuando no hay una certeza científica concluyente.

Una traslación del principio al ámbito de la protección jurídica del embrión ha sido efectuada desde la doctrina germana y reproducida en nuestro país por Pérez del Valle con un ejemplo muy plástico. Un cazador ve algo moviéndose entre los arbustos. Sólo puede disparar si sabe que lo que se mueve es un animal. Si se representan la posibilidad de que sea un niño jugando, ha de abstenerse de disparar, aunque su familia necesite comer, mientras subsista la duda. El riesgo es tan grande que el mal que puede causar (la muerte del niño) jamás podría estar justificado por el bien que se propone.

Pues bien, si se afirma la existencia de dudas científicas sobre la cualidad de ser humano del embrión, ha de imponerse su protección. La carga de la prueba corresponde a quien aliente su falta de tutela jurídica. Estaría así consagrándose una especie de principio *in dubio pro embrione*.

Bastante de esas ideas se detecta en un fragmento del discurso sobre Biopolítica de Rau del que se extraían unas palabras que servían de encabezamiento a este artículo: «No podemos permitirnos renunciar, inconsciente o tácitamente, a convicciones éticas o declararlas mero asunto privado... En nuestro país no está permitido experimentar con embriones. Así lo decidieron los diputados del Parlamento Federal alemán en 1990 a partir de las más diversas convicciones. Establecieron que, a efecto de protección legal de la dignidad humana, ésta comienza con la fecundación del óvulo. Quien no comparta esta apreciación sobre el momento en que comienza la vida humana, debe responder a la pregunta: ¿a partir de qué otro momento debería protegerse absolutamente la vida humana? ¿Y por qué precisamente a partir de ese otro momento posterior? ¿No sería arbitraria cualquier otra delimitación, no quedaría expuesta a ulteriores rectificaciones?... Parece que no todo el mundo tiene claro lo que esto significa más allá de ese debate puntual. Significaría que la responsabilidad ética se iría adaptando permanentemente a las posibilidades tecnológicas. Por elevados que sean los objetivos de la investigación médica no pueden determinar el momento a partir del cual debe protegerse la vida humana».

7. Deontología y derecho

Llega el turno a la deontología para completar la panorámica anunciada. La deontología es una parte de la ética aplicada a determinadas actividades

profesionales. Deontología sanitaria es el conjunto de principios éticos que deben informar la actuación de los profesionales de la sanidad.

No toda la deontología es derecho. Sí lo será la deontología normativizada, pero ahí no se agota la deontología profesional. Hay una ética fuera del derecho y no es recomendable ni beneficioso juridificar todo lo deontológico. En la deontología encontramos junto a normas jurídicas (estatutos profesionales), cuyo incumplimiento dará lugar a la correspondiente sanción y que imponen comportamientos jurídicamente exigibles, lo que significa afirmar la coercibilidad, otro conjunto de normas o pautas de actuación que no reciben ese refrendo jurídico.

Dentro de estas segundas todavía pueden distinguirse dos grupos. Unas obedecen a criterios generados por una tradición o por usos sociales o criterios corporativos. Otras son normas que se derivan de principios éticos más generales. No son más que el resultado de aplicar a una concreta actividad profesional las exigencias de la ética.

La deontología es una ciencia del deber-ser. Por eso los Códigos deontológicos tienen una función promocional: no se trata de que levanten acta de lo que se hace, sino de que propongan lo que debería hacerse.

8. Ética contra derecho: objeción de conciencia

La ética profesional y el derecho aparecen a veces enfrentados. El derecho impone una obligación jurídica que choca con las propias convicciones éticas. Nos adentramos así en el terreno de la objeción de conciencia. El ámbito de las profesiones sanitarias, por su estrecha relación con las cuestiones más esenciales de la vida, es campo bien abonado para su aparición. El rechazo a tratamientos médicos por motivos religiosos (es conocido el caso de los Testigos de Jehová: vid. sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002); o la objeción de conciencia a la dispensación de fármacos abortivos son algunos ejemplos típicos.

La colisión entre los imperativos de la conciencia individual y los dictados de la normativa positiva es una realidad que en una sociedad pluralista puede surgir con más frecuencia. Su solución no puede hacerse de forma apresurada y precipitada proclamando la imperatividad del derecho. Ha de partir de la necesidad de respetar, en principio, la libertad religiosa e ideológica, que supondrá el derecho de toda persona a mantener un comportamiento acorde con los propios imperativos de conciencia. Esa libertad de conciencia es parte del derecho positivo. El dilema que debe resolver el ordenamiento jurídico estriba en armonizar el máximo de respeto a la conciencia individual con la necesidad de no fragmentar más allá de lo indispensable la imperatividad y unidad de la normativa legal.

Se ha dicho, y suscribo plenamente esa opinión, que la libertad de conciencia ha de proteger también —y quizás de manera especial— la actuación de aquellas personas cuya conciencia es calificada como heterodoxa por la sociedad, aunque su número sea insignificante desde un punto

de vista puramente estadístico. Siempre con el límite del orden público, pero sin hacer de éste un lecho de Procusto que se agranda o empequeñece según la conveniencia y que es capaz de acoger las razones más menudas. El orden público es un valladar infranqueable: la conducta amparada por la objeción y contraria a las obligaciones legales no puede atentar contra principios que la Comunidad considera básicos e irrenunciables. Pero fuera de ese límite no se puede tener una visión chata o alicorta de la libertad de conciencia que en mi opinión a veces es contemplada en nuestros ordenamientos como una cenicienta en el conjunto de las libertades constitucionales.

En trance de decidir sobre la admisibilidad de una determinada objeción de conciencia el Estado no puede evaluar la sensatez o razonabilidad de la opción religiosa. Se impone la más estricta neutralidad: no cabe ningún juicio de valor desde ninguna perspectiva que no sea la marcada por la comprobación de si desborda o no los límites del orden público, ni desde cánones intelectuales, ni políticos, ni prácticos, y ni siquiera estadísticos.

Sí es admisible que se compruebe la sinceridad de los imperativos de conciencia que se alegan. Sinceridad que es concepto diferente a la verdad. Habrá, pues, que constatar que la vida del que objeta se ajusta en general a esas creencias aducidas. Solo así se podrá evitar que la objeción de conciencia se convierta en un mecanismo de fraude a la ley.

Hay que indagar, en otro orden de cosas, sobre la imprescindibilidad desde el punto de vista estatal de mantener la inderogabilidad singular de la norma. En ese juicio entrarán en juego muchos factores. Por una parte, dilucidar si es posible una conducta sustitutoria. Por otra, valorar el posible efecto multiplicador de la objeción que podría hacer desmoronarse la eficacia de la norma (piénsese en la objeción de conciencia fiscal). Junto a ello, sopesar los diversos intereses en juego para decidir cuál debe ser sacrificado en la medida necesaria.

Pero en general creo que en esta materia sería necesaria una mayor flexibilidad y generosidad para la admisibilidad de las objeciones de conciencia cuando pueden consentirse sin un daño real grave para el orden jurídico. Aunque pequen de una aparente excentricidad. Constituyen —se ha escrito con razón— una inyección de moralidad y contribuyen a que la sociedad se guíe más por razones de conciencia que de conveniencia (Martínez Torrón).

9. Algunos ejemplos

Descendamos de estos planteamientos generales a algún ejemplo concreto. En primer lugar la objeción de conciencia al aborto en aquellos casos en que el derecho prescinde de su penalización; es decir, la negativa a ejecutar o cooperar directa o indirectamente en la realización de prácticas abortivas motivada por la convicción de que tal proceder contraría la ley moral, los usos deontológicos o, en su caso, la norma religiosa.

La mayoría de las legislaciones que han despenalizado el aborto en determinados supuestos han acogido simultánea

o posteriormente la posibilidad de objeción de conciencia. Así en USA todos los Estados han establecido cláusulas de conciencia en las legislaciones sobre el aborto desde su admisión por el Tribunal Supremo Federal. La jurisprudencia es muy tuitiva al respetar la legitimidad de la negativa a participar, aunque solo sea indirectamente, en un aborto.

En el derecho español, a diferencia de la generalidad de las legislaciones europeas, no se cuenta con un respaldo legal directo de esta objeción de conciencia. Sin embargo, eso no significa que no deba ser tutelada por aplicación directa de la Constitución. Así lo afirmaba el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de abril de 1985 que rechazaba el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la ley: «La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida por el art. 16.1 de la Constitución y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (vid. igualmente sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 23 de enero de 1998). La objeción de conciencia al aborto debe considerarse, por tanto, constitucionalmente garantizada. Además con una protección reforzada en cuanto se refiere a un bien que en términos del propio Tribunal Constitucional, tiene relevancia constitucional: la vida del *nasciturus* ha de ser protegida por exigencias constitucionales, sin perjuicio de que puedan admitirse excepciones como las introducidas en la legislación del aborto.

La casuística jurisprudencial sobre esta materia no es uniforme. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987 analizaba el supuesto de ocho enfermeras pertenecientes al servicio de tocología de un Hospital de la Seguridad Social que manifestaron su deseo de no intervenir en prácticas abortivas. Se les amenazó con el traslado de planta, a lo que replicaron que su dedicación al trabajo no disminuía en modo alguno puesto que proporcionalmente las tareas en las que sí intervenían eran abrumadoramente superiores a las intervenciones abortivas. Pese a ello se les cambió de servicio. La sentencia del Tribunal Supremo resuelve la reclamación de varias de esas enfermeras. Aunque les reconoce la legitimidad de su actuación niega que pueda hablarse de represalia por un cambio de destino que no afecta a la categoría profesional, ni a las retribuciones, ni al lugar de residencia. La comparación con el supuesto similar resuelto por la Corte de Apelación de Florida en el caso *Kenny*, fallado el 28 de julio de 1981 puede llamar la atención. El Tribunal americano consideró que un Jefe médico debe razonablemente adaptarse a las creencias religiosas de sus empleados a menos que esto cause graves perjuicios. Como la enfermera Kenny era apta para colaborar en el 84 % de las operaciones que se realizaban en el servicio de quirófano, no parecía lógico hablar de perturbación grave del servicio del Ambulatorio.

Parece apartarse de los criterios del Tribunal Supremo la sentencia de 18 de diciembre de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que revocaba la dictada por un Juzgado de lo Social

de Zaragoza. Éste había entendido que era conforme a derecho el traslado de un anestesista del servicio de medicina maternal al de traumatología por haber planteado objeción de conciencia a los abortos que se realizaban en el primero. Sin embargo el Tribunal Superior apreció en ese traslado «la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas del objetor», a pesar de que el traslado no implicaba cambio de sueldo o categoría. El traslado «respondió a una encubierta represalia llevada a cabo con patente vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas que reconocen los arts. 14 y 16 de la Constitución» y «por hallarnos ante una materia que constituye una verdadera piedra de toque para contrastar y columbrar la efectividad de un estado de derecho basado en el auténtico respeto al pluralismo ideológico que ampara la Constitución, las conductas sospechosas de encubrir un comportamiento antijurídico deben ser analizadas con especial rigor y cuidado para evitar por todos los medios, que al socaire de actuaciones formalmente ajustadas al ordenamiento jurídico puedan filtrarse modos de proceder que reduzcan a papel mojado aquellas garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales».

Puede recordarse, por fín, la sentencia de la Sala de lo contencioso-adninistrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de junio que aborda el tema de la participación en dictámenes legales relacionados con el aborto que amparaba a los facultativos de guardia objetores de conciencia de un Hospital frente a las órdenes de la dirección médica. El objetor no puede ser obligado a tareas encaminadas indirectamente (elaboración de dictámenes preceptivos) a la producción del aborto.

Por lo demás no puede olvidarse que la generalidad de los Códigos Deontológicos médicos se refieren de forma explícita al derecho de los facultativos y de otro personal paramédico a plantear objeción de conciencia a las prácticas abortivas (art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España).

También el Código Deontológico de la Enfermería española dispone que «la enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia, que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. Los Colegios velarán para que ninguna enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de este derecho».

En Italia varios jueces promovieron una cuestión de inconstitucionalidad de la ley de aborto de tal país por no prever una cláusula de conciencia del Juez que está llamado por la ley a suplir con su autorización la petición de interrupción del embarazo solicitada por una menor de edad. Una sentencia de la Corte Constitucional de 1987 resolvió de manera harto confusa declarando que la cuestión no estaba suficientemente fundamentada puesto que la autorización que el juez había de emitir «no es decisoria sino solamente atributiva de la facultad de decidir de la menor» y como tal «entra únicamente en el ámbio de los esquemas

autorizadores *adversus volentem*» (¿). La decisión provocó perplejidad y críticas en los autores italianos. Con posterioridad se ha aducido que una interpretación extensiva de la ley procesal italiana —en concreto el art. 51 del Código de Procedimiento Civil— permitiría al juez abstenerse, aduciendo «graves razones de conveniencia» haciendo posible así trasladar a otro juez la concesión de la autorización prevista en el art. 12 de la Ley de aborto de Italia.

En España me parece que la solución puede discurrir por esos cauces a través de los preceptos paralelos de las leyes procesales españolas (por ej., art. 342.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En la actividad farmaceútica pueden manejarse pautas similares en relación a la píldora abortiva, con un discurso, que *mutatis mutandi* es trasladable a otros supuestos. Legalmente, por vía de principio, es obligatorio para un farmacéutico la dispensación de los productos catalogados administrativamente como «medicamentos», salvo «causa justificada» (art. 108 de la Ley del Medicamento). Pero puede negarse a esa dispensación cuando concurran razones de «ciencia» o «profesionales» que al igual que con cualquier otro producto le imponen la obligación de no dispensarlo (objeción de ciencia). Cuando la negativa obedece a razones de conciencia también hay que considerar tal negativa amparada por el art. 18 de la Constitución según al declaración del Tribunal Constitucional ya citada.

La ausencia de un Código deontológico farmaceútico (algún proyecto que reconocía la objeción de conciencia ante la dispensación de fármacos que «pudieran ser utilizados para atentar contra la salud de alguna persona o la propia vida humana» no llegó a ser promulgado) debilita la firmeza con que se puede presentar esa conclusión y la enturbia. En mi opinión la claúsula «sin causa justificada» que menciona el citado artículo de la Ley del Medicamento, *sensu contrario*, da respaldo a la objeción de conciencia. Su ejercicio sería una causa justificada (el ejercicio de un derecho fundamental). De cualquier forma conviene traer de nuevo a colación que el reconocimiento de la objeción de conciencia se suele hacer de forma casuística y ponderando todas las circunstancias del caso y los derechos en conflicto. En general los especialistas aducen que no hay razones para negar la objeción de conciencia cuando la posibilidad de sustituir al objetor sin grave incómodo es fácil, lo que en España, ante el número de oficinas de farmacia y su distribución geográfica permite dar mayor amplitud a la objeción de conciencia. En relación a la píldora abortiva el Comité de Bioética Italiano ha reconocido por unanimidad el derecho a la objeción de conciencia de los médicos para la prescripción de la píldora abortiva. Respecto a la profesión farmaceútica, se han producido declaraciones por parte de Asociaciones profesionales americanas en la misma línea, llegándose en algunos Estados a otorgarse reconocimiento legal expreso a tal objeción.

Recibido 15-02-2005
Aceptado 28-02-2005