

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

***“INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA MÉDICA
EN LA ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO”***

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

TUTOR:

DR. GUILLERMO GABINO VÁZQUEZ ROBLES

PRESENTA:

LIC. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios, a mi madre y a mi familia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
 CAPÍTULO 1	
LA BIOÉTICA MÉDICA	
1.1 Génesis de la bioética	2
1.1.1 El juramento hipocrático	2
1.1.2 El paternalismo médico	9
1.1.3 Desarrollo científico y tecnológico de la segunda mitad del siglo XX	15
1.2 La bioética: el neologismo	20
1.3 ¿Qué es la bioética?	24
1.4 Secularidad, pluralismo e interdisciplinariedad de la bioética ..	30
1.4.1 Secularidad	30
1.4.2 Pluralismo	32
1.4.3 Interdisciplinariedad	36
1.5 Principales posturas en torno a la bioética médica	40
1.5.1 El utilitarismo	41
1.5.2 El principialismo	43
1.5.3 El personalismo	44
 CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO	 49

CAPÍTULO 2

LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA MÉDICA.

2.1 Origen de los principios	53
2.2 Principios <i>prima facie</i>	56
2.3 Principio de autonomía o del respeto de las decisiones de otros	60
2.3.1 Beauchamp y Childress	60
2.3.2 Diego Gracia	63
2.3.3 Consideraciones actuales	69
2.4 Principio de beneficencia	71
2.4.1 Beauchamp y Childress	71
2.4.2 Diego Gracia	76
2.4.3 Consideraciones actuales	77
2.5 Principio de no-maleficencia	79
2.5.1 Beauchamp y Childress	79
2.5.2 Diego Gracia	82
2.5.3 Consideraciones actuales	84
2.6 Principio de justicia	86
2.6.1 Beauchamp y Childress	86
2.6.2 Diego Gracia	88
2.6.3 Consideraciones actuales	92
2.7 Perspectiva crítica de la teoría de los principios de la bioética ..	93
2.8 Conflicto: Ponderación/Jerarquía	96
CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO	102

CAPÍTULO 3

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA MÉDICA EN EL DERECHO.

3.1 Los principios en las discusiones jurídicas actuales	108
3.2 Los casos difíciles: la puerta de entrada de los principios	113
3.3 Los principios como vínculo entre derecho y moral	117
3.4 Los principios y las reglas en la teoría de Robert Alexy	123
3.5 Los valores y los principios	129
3.6 La argumentación jurídica	131
3.7 La bioética y la creación del derecho	136
3.8 La deliberación: el método	140
3.9 Razones para la deliberación	143
3.10 La propuesta de Diego Gracia	148
CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO	155

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS BIOÉTICO DE CASOS CLÍNICOS.

4.1 Presentación del caso clínico	160
4.2 Discusión de los aspectos clínicos	163
4.3 Identificación de problemas	168
4.4 Elección del problema	169
4.5 Identificación de los valores en conflicto	173
4.6 Identificación de cursos extremos de acción	173
4.7 Búsqueda de cursos intermedios	177

4.8 Análisis del curso óptimo de acción	178
4.9 Decisión final	179
4.10 Comprobación de la consistencia de la decisión	180
CUADROS	182
CONCLUSIONES GENERALES	186
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	191

INTRODUCCIÓN

El avance científico y tecnológico que se ha experimentado principalmente en el siglo XX produce invariablemente un cambio en la forma de vida del ser humano. Su percepción del mundo se encuentra en un constante dinamismo, lo que parecía imposible e inimaginable, hoy es una realidad. Esto, además de generar nuevas oportunidades de desarrollo para el hombre, refleja su anhelo de mejorar sustancialmente sus condiciones y posibilidades de vida. Paradójicamente, existe también desconcierto en la develación de los grandes secretos de la naturaleza, ya que cada *euréka* conlleva consigo nuevos y complejos cuestionamientos, no tanto en el orden del *lógos*, como en el del *éthos*.

Esta dinámica cultural implica que las expectativas acerca de lo que el hombre es y quiere se vean transformadas, hasta llegar al punto de manifestar en muchas ocasiones que el fin último de la persona es la ciencia en sí misma, relegando su valor y existencia a un segundo plano.

El potencial desarrollo científico y la falta de referentes morales ante los nuevos escenarios, impulsaron que los mismos científicos fueran los que se dieran a la tarea de buscar respuestas que, por un lado, no constituyeran un obstáculo a su labor de investigación y, por el otro, tuvieran la certeza de que hacían lo moralmente bueno.

En este sentido el oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter en 1970 utiliza por primera vez el término “bioética” en un artículo emblemático titulado “*Bioethics, the science of survival*”. La preocupación original de Potter no se enfocaba a un área en particular, más bien se ocupaba del impacto que la ciencia moderna tenía en el mundo entendido como el entorno natural del ser humano.

Fue el obstetra holandés André E. Hellegers quien le daría la forma más prominente que esta disciplina ha tenido hasta nuestros días, es decir, la bioética aplicada a las ciencias biomédicas.

En este trabajo de investigación se resalta la necesaria confluencia de la bioética médica con el derecho, no como sistemas normativos que deban ser idénticos, sino como sistemas paralelos que indefectiblemente tienen que resolver las exigencias sociales y científicas que se les plantean en la actualidad. Mediante los métodos comparativo y analítico se evidencia que el derecho por sí solo, dejando de lado el aporte ético, no puede resolver satisfactoriamente los retos que implica el avance científico, el derecho se puede convertir en un cúmulo de fuerza coercitiva sin dirección y sin contenido y, por ende, en muchas veces inobservable. Pero también, si la bioética dejara fuera al derecho, el producto del consenso y la deliberación no tendría el impacto general y obligatorio que necesitan los acuerdos sociales para garantizar los derechos fundamentales y para promover el desarrollo científico del hombre.

En el primer capítulo se tratan los factores históricos, sociales y científicos que propiciaron el nacimiento de la bioética y a los que debe su exitoso desarrollo en las últimas décadas dentro de la asistencia sanitaria. En él también se fija el marco conceptual que permite contemplar los elementos que se han de analizar e integrar más adelante, además se relacionan las posturas teóricas más relevante para el estudio de esta disciplina. En el segundo capítulo se estudia ampliamente la teoría principialista de la bioética ya que ésta, además de ser una de las más citadas en la literatura médica, es la que aporta un mejor sustento metodológico que permite integrar a la bioética con otras disciplinas, sobre todo, cuando se trata del derecho. En el capítulo tercero, se encuentran las reflexiones centrales que impulsaron la elaboración de este trabajo, es decir, el papel que tiene la bioética en las discusiones jurídicas actuales. Insisto, la ética clásica y el derecho, por separado, han sido incapaces de establecer los cauces normativos idóneos en relación con el progreso científico, particularmente de la ciencia médica. Muestra de ello es la extralimitación de la ética y el derecho, la primera imponiendo deberes

inmutables y absolutos y, la segunda, estableciendo sistemas de valores que no son compartidos por la mayoría social, de esta forma se genera desconfianza en los postulados de una y otra y, en muchas ocasiones una deliberada inobservancia de las normas. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y el método de la deliberación moral de Diego Gracia son los dos grandes pilares teóricos en los que se propone la integración del derecho y la bioética, tanto en la aplicación como en la elaboración del derecho. En el cuarto y último capítulo se cita un caso clínico real a fin de ilustrar cómo opera el método deliberativo y comprobar su fácil uso en los análisis jurídicos cuando se abordan temas de bioética médica, tanto en la función legislativa como en la asesoría en los Comités de Ética.

Esta investigación se realizó gracias al apoyo económico brindado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) y por la Dirección General de Estudios de Posgrado de la UNAM a quienes agradezco su ayuda no sólo con los resultados manifiestos en este trabajo, sino refrendado el compromiso que como universitario tengo de trabajar a favor del pueblo de México.

También quiero agradecer la hospitalidad académica del doctor Diego Gracia Guillén, que gracias a sus dedicadas enseñanzas y a sus valiosísimos consejos me permitieron ampliar mis conocimientos bioéticos y filosóficos así como perfeccionar esta investigación durante mi estancia en la Universidad Complutense de Madrid. En este agradecimiento afectuosamente incluyo al doctor Guillermo Gabino Vázquez Robles de quien obtuve una esmerada atención y una impecable asesoría para el desarrollo de esta tesis, impulsándome en todo momento en la fascinante tarea de la investigación científica.

Por último agradezco a mis queridos maestros: maestra María Elodia Robles Sotomayor, maestro José Barroso Figueroa y doctor Carlos Viesca Treviño que de múltiples formas intervinieron en el desarrollo de este trabajo.

CAPÍTULO 1

LA BIOÉTICA MÉDICA

Sumario: 1.1 Génesis de la bioética. 1.2 La bioética: el neologismo. 1.3 ¿Qué es la bioética? 1.4 Secularidad, pluralismo e interdisciplinariedad de la bioética. 1.5 Principales posturas en torno a la bioética médica.

CAPÍTULO 1

LA BIOÉTICA MÉDICA

No son los más bellos ni los más fuertes los coronados, sino aquellos que luchan.

Aristóteles

1.1 GÉNESIS DE LA BIOÉTICA.

Siempre que se intenta establecer un punto fijo para marcar el inicio de alguna etapa de la historia de la humanidad resulta toda una complicación, ya que para algunos no será tal o cual acontecimiento, o no será tal o cual fecha. Esta problemática se ha compartido cuando se quiere marcar con precisión el nacimiento de lo que se ha denominado bioética, para la gran mayoría esta disciplina tiene su origen cuando Potter en 1970 publica su artículo *"Bioethics, the science of survival"*, que abordaré más adelante, pero es preciso que antes hagamos una revisión del contexto en el que se encontraba la ética médica hasta esa fecha, esencialmente tres factores que considero impulsaron el nacimiento de la disciplina que nos ocupa: el juramento hipocrático, el paternalismo en la relación médico-paciente y los cuestionamientos éticos de las personas involucradas con el impetuoso avance de la ciencia a mediados del siglo XX.

1.1.1 El juramento hipocrático.

Si tenemos en cuenta de que la profesión médica, como la gran mayoría de las profesiones actuales, procede de las ideas que se desarrollaron en la Grecia "clásica", es conveniente ver el espíritu con el que los griegos

aconsejaban en el ejercicio de la medicina. En el siglo I a.C. nace el llamado *juramento hipocrático o juramento de Hipócrates*¹, mediante el cual el principiante toma a los dioses que presiden la medicina como testigos de su deseo de cumplir exactamente los deberes de su profesión, manifiesta un vivo y respetuoso reconocimiento por aquel que le ha enseñado el arte de la medicina y declara finalmente que le mirará siempre como a su padre y a sus hijos como hermanos.

El juramento se establece en los siguientes términos:

Introducción.

Juro por Apolo médico, por Asclepio, Higía y Panacea, así como por todos los dioses y diosas, poniéndolos por testigos, dar cumplimiento en la medida de mis fuerzas y de acuerdo con mi criterio al juramento y compromisos siguientes:

El compromiso.

Tener al que me enseñó este arte en igual estima que a mis progenitores, compartir mi hacienda con él y tomar a mi cargo sus necesidades si le hiciese falta; tener a sus hijos como hermanos míos y enseñarles este arte, si quieren aprenderlo, de forma gratuita y sin contrato o compromiso; hacerme cargo de la preceptiva, la instrucción oral y demás enseñanzas de mis hijos, de los de mi maestro y de los discípulos que hayan suscrito el compromiso y estén sometidos por el juramento a la ley médica, pero de nadie más.

¹ Hipócrates nació en la pequeña isla de Cos cerca de la Costa de Asia Menor en el año 460 a.C., fue un gran viajero como todos los demás sabios de su tiempo por lo que casualmente muere en Larissa aproximadamente en el año 355 a.C. Cfr. Guthrie, Douglas. *Historia de la medicina*. Salvat. Madrid. 1953. Pág. 63-64. Foronda, Manuel de. *Ensayo sobre ética profesional*. Bermejo. Madrid. 1954.

La terapéutica.

Haré uso del régimen de vida para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender. Del daño y de la injusticia le preservaré.

No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. En pureza y santidad mantendré mi vida y mi arte.

No haré uso del bisturí ni aun con los que sufren del mal de piedra. Dejaré esa práctica a los que la realizan.

Al visitar una casa entraré en ella para bien de los enfermos, absteniéndome de todo agravio malintencionado o corrupción, en especial de prácticas sexuales con las personas, ya sean hombres, ya sean mujeres, esclavos o libres.

Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba divulgarse, lo callaré teniéndolo por secreto.

Conclusión.

Si soy fiel a este juramento y no lo quebranto, séame dado el gozar de mi vida y de mi arte, rodeado de la consideración de todos los hombres.

Pero si violo y cometo perjurios, que me ocurra todo lo contrario.²

No sólo en el juramento de Hipócrates, sino en la generalidad de sus obras (*Corpus Hippocraticum*) no se puede dejar de notar el alto nivel de su

² Lara Nava, María Dolores. *Tratados hipocráticos*. Vol. I. Gredos. Madrid. 1983. Págs. 77-78. Citado y corregido por Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*. EUDEMA. Madrid. 1989. Pág. 46.

conducta, su insistencia acerca del pronóstico, su cuidado de la observación y su claridad en la exposición de casos. Este juramento constituye el texto fundamental durante muchos siglos acerca de lo que es la ética médica. Desde el siglo I y hasta XVIII se mantuvo como el único texto capaz de contener fielmente la forma en que debía conducirse el médico ante su tarea de curar la enfermedad. Como acto plenamente humano que es, la asistencia médica posee una esencial dimensión ética, afirma Lain Entralgo,³ que en su figura concreta desde de lo que para el médico da fundamento a su existencia y otorga a ésta su sentido; por tanto, de las creencias fundamentales del médico en cuestión.

Para los médicos hipocráticos ¿dónde está el fundamento de la realidad? ¿Qué es lo que les da sentido a su vida y a sus actos? Lo que le da sentido a la vida del médico hipocrático es su técnica y la idea que de ella tiene. El sufrimiento de la enfermedad puede producir dos sentimientos: la repulsión o la tendencia natural de ayuda. El rasgo más meritorio de la ética hipocrática consistió en la aceptación y configuración acerca de la tendencia del hombre al auxilio del semejante enfermo. De esta forma, por primera vez en la historia, se funde lo humano y lo técnico en una sola persona: el médico, que pese a los posibles e inevitables errores técnicos y morales que puede cometer, éste busca realizar en su persona la dignidad inherente a su profesión. En el ejercicio de ésta, el médico ha de cumplir con deberes frente al enfermo, frente a los demás médicos y frente a la *polis*. Frente al enfermo la regla suprema es: favorecer no perjudicar. Menos explícitos son los deberes del médico frente a sus compañeros y respecto al bien de la polis, pero en más de una vez se alude con aspereza a quienes, animados por una desordenada sed de lucro o de fama, se conducen en su práctica sin la mayor solidaridad; frente a ellos está el buen médico, el que ejerciendo su profesión sabe comportarse como hermano y es capaz de cooperar correctamente con sus camaradas de profesión.

³ Lain Entralgo, Pedro. *La medicina hipocrática*. Alianza. Madrid. 1970.

Diego Gracia⁴ hace notar que en la parte introductoria que los términos “juramento” y “compromiso” son los que se usan para denominar al documento no porque sean sinónimos, sino por la relación entre forma y contenido. El juramento es una formalidad, una actitud formal que puede llenarse de contenidos muy diversos, en el caso del texto que nos ocupa se denomina: compromiso; por tanto, un juramento es un compromiso solemne realizado ante Dios, poniéndole como testigo y aceptando su castigo en caso de trasgresión o incumplimiento.

De esta forma el juramento se constituye como el instrumento fundamental del actuar profesional, la responsabilidad en el ejercicio de la medicina se calificaba de acuerdo a su contenido.

El mismo autor señala que en la época en la que se da este juramento existen algunas actividades a las que ha denominado “rol sacerdotal” o “rol profesional” que eran propias de sacerdotes, reyes o jueces y médicos, cuya fundamentación estaba en la religión antes que en la ley. Por consiguiente, la actividad médica tenía una fuerte responsabilidad religiosa, mediante el juramento el médico contraía el ineludible compromiso ante los dioses de actuar correctamente. Una doble función que se le atribuye a este juramento es la de poner al médico en una situación de “impunidad”, no porque la actividad se encontrara fuera de los marcos legales, sino porque la ley que en verdad regía al médico era la ética, la medicina adquiere así una función religiosa.

Tradicionalmente el ejercicio de la medicina se hacía entre miembros de una misma familia, el padre enseñaba al hijo lo que había adquirido por medio de la experiencia y lo que a su vez se le había enseñado antes; cuando una persona ajena a este gremio pretendía ejercer la medicina se tenía que poner bajo las enseñanzas de un médico que fungiera como su maestro, éste le adoptaba como un hijo y aquél como un padre adoptivo, no se ha encontrado otra organización profesional griega en la que el discípulo fuera adoptado como

⁴ Gracia, Diego. Op. Cit. Pág. 50.

hijo de su maestro, la relación entre maestro y discípulo tiene un carácter profundamente sagrado, con ello tiende a ser paternalista.

La medicina, no como oficio, sino como profesión, no sólo obliga a hacer el bien, sino a la perfección, es decir, a la excelencia; se manifiesta el carácter sacerdotal de la medicina, su fórmula de compromiso tiene un contenido ético y religioso.

En cuanto a las cláusulas morales del juramento, se establece que el médico debe abstenerse de causar daño e injusticia que se une con el de ayudar al enfermo y hacer el bien. Esta cláusula intenta regular la vida entera del ser humano, tanto física como moral, el fin último sería la justicia o ajustamiento al orden de la naturaleza.⁵ Los fármacos pueden curar enfermedades letales y también tienen fuerza suficiente para matar a personas sanas, de ahí otro de los compromisos que tiene el médico: no dar fármacos para provocar la muerte, ni de personas adultas ni de fetos, de esta forma se puede mantener la vida y la profesión de forma “pura” y “santa”. El término que se le da aquí a la santidad es de hacer aquello que todos los dioses aprueban conforme a la naturaleza, también puede decirse que la santidad es una parte de la justicia, la medicina al servicio de la divinidad porque es santa (Sócrates). La palabra fármaco implica la utilización de productos naturales para el alivio de las enfermedades, pero también tiene una connotación religiosa: purificación. La pureza física y moral aplica tanto para el enfermo como para el médico.

⁵ En este sentido, Platón hace una diferencia entre el médico de hombres libres y el médico de hombres esclavos. El segundo, no habla con el enfermo, va por la ciudad de un lado a otro buscando maximizar sus ganancias y que es como un tirano para el paciente porque le impone medicamentos para él desconocidos sin explicar sus efectos, éste no es un verdadero médico. En cambio, el primero, antes de curar intenta comprender la causa del mal, interroga al paciente y a sus amigos sobre su vida cotidiana, y no prescribe ningún medicamento sin haber convencido primero al paciente. Platón lo resalta la capacidad científica del médico sino su capacidad dialéctica, ésta es la que hace de la medicina un saber específico, es decir, un saber real y global. El saber del médico que Platón denomina hipocrático, si bien es un saber que tiene por objeto el cuerpo, es también un saber que no ignora que para conocer el cuerpo hay que conocer el interior; y este conocimiento no implica sólo una responsabilidad genérica del médico (como científico) hacia la verdad, sino una responsabilidad concreta (como hombre) frente a otros hombres concretos que son sus pacientes. Cfr. Platón. *Las leyes*. Trad. Pabón, José Manuel y Fernández Galindo, Manuel. Instituto de estudios políticos. Madrid. 1960. Pág. 720 y ss.

Curiosamente se encuentra en la mitad de la parte de la terapéutica, la prohibición expresa de realizar cirugía alguna, no sólo es de resaltar el hecho de la redacción diferente al resto del documento, sino el hecho de que la cirugía se consideraba como un oficio, por tanto, no podía encajar dentro de la profesión médica, para ambas existe una moral especial y un determinado grado de responsabilidad.

Las dos cláusulas finales dedicadas a la visita domiciliaria y al secreto profesional tienen un riguroso sentido moral de evitar el mal, por lo cual el médico tiene que ser un hombre virtuoso, es decir, actuar conforme al esquema platónico de las cuatro virtudes morales: prudencia, justicia, fortaleza y templanza. En relación al secreto, éste tiene un carácter sagrado, se ha interpretado siempre en un sentido religioso, como un secreto sacerdotal. Se afirman contundentemente dos aspectos importantísimos de la ética médica: su carácter sacerdotal o religioso y su evidente paternalismo.

La articulación entre justicia y santidad que dirigen las cláusulas morales del juramento, para el autor que he citando antes, pueden englobarse en una palabra que aparece dos veces en el texto: terapia, que tiene un sentido religioso (cuidado de la divinidad), moral (cuidado de las personas, cosas y acciones) y médico (cuidado del enfermo y su tratamiento). Lo que hace la segunda parte del juramento es establecer la estructura religiosa, moral y médica del acto médico.

En suma, este juramento es un instrumento ético, no jurídico, de la profesión médica, por lo que las sanciones ante su incumplimiento no son impuestas por la razón sino por la divinidad. Desde que tuvo su origen en Grecia hasta buena parte del siglo XVIII los médicos no están sujetos jurídicos en cuanto al alcance que podía tener la ley para castigar su incumplimiento (impunidad jurídica), las sanciones correspondían a los dioses y eran consideradas aún más graves que las humanas (responsabilidad ética). El médico encontraba en la moral la forma de conducir su recto camino por su naturaleza religiosa o mística, él tenía que estar dotado de una elevadísima calidad moral. El carácter paternalista que inculca el juramento es inevitable, no

da otra salida ante la forma de tratar al paciente y de enseñar la medicina. Las enseñanzas esenciales que deja el Juramento Hipocrático en la práctica médica son, sin lugar a dudas, la idea de excelencia en la profesión médica y la premisa de beneficiar al paciente. Existen innumerables escritos que resaltan la obligación que tiene el médico de conducirse con verdadera entrega al padecimiento del enfermo; no basta con dominar el conocimiento práctico de su profesión, tiene que ejercerla moralmente, sólo así atenderá al llamado de la excelencia. El beneficio del paciente es el otro eje principal de este modelo, conocimiento y moralidad se unen para un fin último que no admite objeciones ni contradicciones: la esencia del acto médico es el bienestar físico y moral del enfermo.

Con el brevísimo análisis del juramento hipocrático concluimos el primero de los tres aspectos del prisma histórico que conduce al origen de la bioética.

1.1.2 El paternalismo médico.

El antecedente inmediato del paternalismo en el ejercicio de la medicina es, precisamente, el modelo de la medicina hipocrática que ya hemos analizado; como resultado de este modelo, el paternalismo ha permeado la actividad médica desde la última década del siglo XIX hasta gran parte de la segunda mitad del siglo XX. El médico tiene un grado de particular ventaja en la llamada relación médico-paciente, producto de los conocimientos altamente especializados sobre el cuerpo humano y del monopolio de la práctica profesional y, especialmente, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una persona cuando su salud se ha visto de algún modo afectada.

Vamos a referirnos a ese enorme poder⁶ que tiene el médico y que puede ser usado en dos formas distintas: La primera (positiva), haciendo y procurando el bien de su paciente y, la segunda (negativa), cuando el bienestar

⁶ Poder, no tanto físico como moral, implica posibilidades de vida, así coexisten los poderes del bien y del mal; en este sentido la salud es una posibilidad positiva de vida, mientras que la enfermedad es una posibilidad negativa. Véase Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*. Triacastela. Madrid. 2004. Págs. 17-26.

y cuidado del paciente no es prioridad del médico. En este momento, por el tema que nos ocupa, haremos referencia al primer caso.

En aras de hacer el bien, de curar a la persona, de quitarle el dolor, de reestablecer su salud, de aliviar el sufrimiento y malestares, ¿hasta dónde está dispuesto a llegar el médico? Las respuestas posibles entran en dos épocas de la historia: Desde la aparición del Juramento Hipocrático hasta la segunda mitad del siglo XX y desde la aparición y difusión de la bioética hasta nuestros días.

Como lo señala Diego Gracia⁷, el paternalismo médico es todo un proceso de dominación basada en un señorío (poderío), y que es precisamente la mezcla de dominación y señorío, de necesidad y libertad, es lo que define de modo más ajustado el paternalismo médico. Bajo esta concepción el principio básico de la medicina es que el enfermo carece de autonomía, siendo incapaz de decisión moral; su única obligación moral es la de obedecer: Al poder de mando del médico le corresponde el deber de obediencia del enfermo.

El médico de corte hipocrático impone pautas de comportamiento a sus pacientes y les exige obediencia, el paciente es quien aporta la materia prima y el médico es quien la trabaja, entre ellos existe una mera relación piramidal indefectiblemente jerarquizada, de ahí el calificativo de “buen paciente” o de “buen enfermo” para aquel individuo que lleva a cabo al pie de la letra todas y cada una de las indicaciones del médico sin que medien acuerdos, información, opiniones, etc. Su autoridad no sólo es física sino también moral.

El paternalismo de corte hipocrático dice que hay que dar al paciente todo aquello que puede serle grato o apetecible, pero sin permitirle opinar sobre las cuestiones tocantes a su tratamiento. Es decir, el paciente es persona en tanto que otra persona calificada le ayuda en el proceso de la enfermedad y que, por tanto, el médico debe ser excelente (diestro y ético), autoritario (prescribe comportamientos) y benevolente (buscar a toda costa el bien del

⁷ Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 72.

paciente). A *contrario sensu* el paciente es tratado como un ente inmaduro sentimentalmente e iletrado científicamente por lo que no sabe qué es lo bueno para él, por ello, alguien con cierta instrucción (el médico) tiene que guiarle imperativamente en el camino del bien (físico y moral).

Como lo refiere el autor citado, el paternalismo es gran aliado de las ideologías monopólicas. Un monopolio implica autorreferencia, en el caso de la medicina, ella misma dice lo que es medicina ya en la práctica, ya en la enseñanza. El cumplimiento de los fines específicos del médico, el servicio del enfermo y la autoridad profesional, exigían el disfrute de ciertos privilegios: un monopolio consumado. Las ideas de libre mercado de la época pretendían introducir a la profesión médica bajo el imperio de las leyes de mercado por el servicio que prestaban,⁸ lo que produjo en los médicos una manifestación más de su idea de paternalismo afirmando que los pacientes no pueden opinar de la capacidad del médico ya que carecen de los conocimientos suficientes para ello, razón por la cual deben confiar en el criterio profesional del médico tratante.

Esto nos conduce a pensar que el paternalismo médico es, por una parte, el bien del paciente (el principio de beneficencia) y, por otra, deliberación nula con él.

Manuel Atienza⁹ afirma que existen dos elementos esenciales que deben concurrir en una acción o conducta para que pueda ser calificada como paternalista: a) el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas, y b) no contar con la aceptación de la persona o personas involucradas, es decir, de los presuntos beneficiados de la realización de la conducta. Agrega que esta acción paternalista podrá ser éticamente justificada si: a) Está realmente encaminada hacia la consecución de un bien objetivo de

⁸ Adam Smith quiso demostrar la necesidad y conveniencia de que el mercado sanitario se rigiera por las leyes de la oferta y la demanda, lo que evitaría las tácticas de cierre monopólicas. William Culler (médico escocés de la época) respondió diciendo que no puede confundirse la medicina con el comercio. Los oficios sí pueden funcionar conforme al modelo de oferta-demanda pero las profesiones no. Las actividades que tiene el médico a su cargo son los bienes más preciados para el hombre, debe, por tanto, funcionar en monolio.

⁹ Atienza, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo*. Doxa. Núm. 5. España. 1988. Pág. 203.

una persona o de una colectividad, b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica, y c) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada y, por tanto, conocieran cuál es realmente su bien.

Esta noción del paternalismo puede tener varios puntos de discusión; el primero, acerca de lo que es el bien para quien realiza la acción, generalmente el médico, la idea de bien tiene que ser asentada de forma objetiva, es decir, el bien del paciente puede no ser el mismo bien para él o para el centro hospitalario. El paternalismo, justificado éticamente como afirma Atienza, debe ser fijado objetivamente como lo verdaderamente bueno para el paciente, por lo que se vuelve indispensable tener un criterio que nos permita justificar una intervención en la concepción del bien de una persona. Además, la medida paternalista sólo estará justificada si resulta ser un medio técnicamente adecuado para la consecución del fin, del bien perseguido y siempre que no suponga la destrucción de otros bienes de igual o parecido valor.

Por otra parte, autores como Tom L. Beauchamp y James F. Childress sostienen que el problema del paternalismo ha adquirido mayor importancia desde que el modelo tradicional de la medicina ha sido confrontado con el reciente modelo de la autonomía basado en el respeto por las decisiones de los pacientes.¹⁰

Ambos modelos, el de la autonomía y el de beneficencia, se muestran potencialmente conflictivos, salvo que se incorpore la idea de autonomía dentro de la beneficencia: Las preferencias del paciente ayudan a determinar qué cuenta como un beneficio médico.

El modelo de la beneficencia se opone con fuerza al modelo de la autonomía siempre que la decisión del paciente es seriamente irresponsable;

¹⁰ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. *Principios de ética médica*. Masson. Barcelona. 2001. Pág. 176. La obra tuvo su primera edición en 1979 y ha sido reeditada en cinco ocasiones (1983, 1989, 1994, 2001 y 2005).

en estos casos, se arguye con frecuencia, el deber del médico es no tomar en cuenta las decisiones del paciente.

Estos autores definen así el paternalismo: “En que una persona no toma en cuenta las preferencias o acciones conocidas de otra, cuando quien hace esto lo justifica en razón de que persigue beneficiar o evitar daños a la persona cuyas preferencias o acciones no son tomadas en cuenta”.¹¹ En torno a la justificación del paternalismo han sostenido tres posturas principales: 1) El antipaternalismo, 2) un paternalismo justificado que apela primariamente a cierta forma del principio de respeto a la autonomía y 3) un paternalismo justificado que apela primordialmente al principio de beneficencia.

El antipaternalismo sostiene que el paternalismo supone una violación a los derechos fundamentales del individuo, basándose en tres tesis principales: La primera, el paternalismo implica no tratar a los sujetos como moralmente iguales, violando su autonomía y derecho de libertad de decisión; la segunda, implica conceder autoridad paternalista al Estado o a un grupo de personas, como el de los médicos, puede acarrear consecuencias sociales graves y; la tercera, el paternalismo se puede convertir en guía de las políticas estatales.

La postura que afirma que el paternalismo puede estar justificado apelando primordialmente al principio de la autonomía, consideraría que una intervención paternalista justificada debería respetar las siguientes condiciones: 1) Los daños que se evitan o los beneficios que se consiguen compensan la pérdida de independencia y el sentido de invasión de la autonomía que causa la intervención, 2) la persona se halla en un estado tal, que está limitada su capacidad de tomar decisiones autónomas, 3) está universalmente justificado intervenir bajo circunstancias similares, y 4) el beneficiario de la acción paternalista ha consentido, consentirá o, si fuera racional, consentiría esas acciones que se llevan a cabo en su nombre”.¹²

¹¹ Ibidem. Pág. 178.

¹² Ibidem. Pág. 183.

La tercera postura que apela primordialmente al principio de beneficencia es la más plausible en opinión de los autores citados diciendo que sería inaceptable evitar daños o proporcionar beneficios menores a costa de faltar profundamente el respeto a la autonomía; pero evitar perjuicios o proporcionar mayores beneficios mientras tan sólo se falta el respeto de la autonomía de manera trivial tiene una justificación altamente plausible.¹³

Para ellos, este paternalismo, frecuente en la práctica hospitalaria, está justificado, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) Que el paciente esté expuesto al riesgo de un daño significativo y evitable, 2) que la acción evite probablemente ese daño, 3) que los beneficios proyectados para el paciente a consecuencia de la acción paternalista sobrepasen los riesgos existentes, y 4) que se adopte la alternativa menos restrictiva de la autonomía que asegure los beneficios y reduzca los riesgos.

En suma, el paternalismo es uno de los factores más importantes en los que se fragua el nacimiento de la bioética, la relación médico-paciente basada en el *imperium* (no coercitivo pero si moral) del primero sobre el segundo no satisface en nada las necesidades sociales y culturales marcadas por el impresionante avance en las ciencias biomédicas particularmente (ciencias biológicas, la medicina y la asistencia sanitaria) y por el paulatino interés por los derechos fundamentales de los individuos.

Con las nuevas tecnologías en el campo médica surgen nuevas y complicadas interrogantes que el médico no puede resolver con la beneficencia como único marco de referencia. La democracia, el derecho de las minorías, los derechos fundamentales, son temas que han sido tratados con especial interés desde la segunda mitad del siglo pasado. En este contexto el enfermo ya no está dispuesto a obedecer ciegamente las prescripciones del médico, desea ser informado, desea tomar parte activa en las discusiones acerca de las acciones a seguir en torno a su salud, desea que se le reconozca su derecho a decidir sobre su vida y sobre su salud. El paternalismo exacerbado produjo su

¹³ Ibidem. Pág. 185.

propia talón de Aquiles para ser criticado y motivo de exasperación en los médicos actuales. La relación médico-paciente ya en sí es una relación compleja y conflictiva, dejar su fundamento sólo en la beneficencia tarde o temprano produciría su decadencia como modelo conductual de la profesión médica.

En esta problemática participa la bioética que busca soluciones interdisciplinarias, no se basa en la aplicación mecánica de la beneficencia, concibe a cada caso como diferente y diferentes han de ser los caminos que han de llevar a resolver los conflictos de intereses o los dilemas de tipo ético. Corresponde a la bioética reformular la tarea y la función del médico frente al paciente en un escenario de avances científico-tecnológicos en los que el médico es cada vez más cuestionado.

En relación a esto, Edmundo D. Pellegrino y David C. Thomasma¹⁴ afirman que la ética actual no se diferencia de la clásica en que esté basada en la autonomía y no en la beneficencia, sino en que el médico ya no puede, ni debe, ni quiere ejercer esa beneficencia de modo paternalista y absoluto. No se le puede pedir al médico que renuncie a su criterio moral de beneficencia, sino que lo entienda como un principio moral que debe articularse con las otras partes de la relación médico-paciente, autonomía del paciente y justicia de la sociedad.

1.1.3 Desarrollo científico y tecnológico de la segunda mitad del siglo XX.

Es de reconocerse que la ciencia es grandiosa no sólo por cuanto descubre y anuncia poder descubrir, sino también por cuanto no ha descubierto, por los misterios que hace patentes y en su interés de decantarlos; ella vale también por sus incógnitas, por sus interrogantes, por su no saber.¹⁵

¹⁴ Pellegrino, Edmundo D. y Thomasma, David C. *For the patient's good: The restoration of beneficence in health care*. Oxford University Press. Nueva York, E.E.U.U. 1988. Citado por Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 103.

¹⁵ González, Juliana. *Valores éticos de la ciencia*, en Vázquez, Rodolfo (Comp.). *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*. ITAM-FCE. México. 1999. Págs. 26-33.

Las reflexiones en torno al impresionante avance de la ciencia durante el siglo XX han dado una pluralidad de posturas. Algunas manifiestan abiertamente su preocupación por la pérdida de su control y por sus consecuencias; otras, afines a ellas, las consideran como instrumentos de progreso y solución a los problemas de la vida moderna; y, otras más adversas, las juzgan como un peligro inminente y destructivo para la vida humana.

En gran parte del siglo pasado se creía que la ética era ocupación exclusiva de teólogos y filósofos tal vez atribuible a la modernidad que había encontrado en las ciencias (matemática, física, química, astronomía, medicina...) la oportunidad de especialización y dominio sobre la naturaleza. Esta situación ha cambiado en las últimas décadas ya que los científicos poco a poco se han interesado por los problemas de la conducta moral desde que advirtieron con qué facilidad la ciencia puede utilizarse en contra del hombre mismo. Particularmente a partir de la Segunda Guerra Mundial se empieza a considerar al discurso ético como objeto digno de análisis en foros académicos, científicos y jurídicos.¹⁶

Cuando algunas posiciones científicas se ocupan de la ética con frecuencia suelen decir que la ciencia no formula juicios de valor, limitándose a informar sobre hechos de la naturaleza o del hombre, que dice lo que es y no lo que debe ser, que se ocupa de lo verdadero y de lo falso y no de lo bueno o malo; posición que ha sido compartida sobretodo por el positivismo jurídico.¹⁷ Aquí cabe hacer algunos cuestionamientos claves para nuestro estudio: ¿La descripción, teorización y explicación científica no están sujetas a su vez a valoraciones y normas? ¿La ciencia se agota en su contenido? Si se creyera que la ciencia no tiene más límites que los que ella misma encierra y que día con día son menores, entonces esta y muchas otras investigaciones no tendrían razón de ser. Precisamente porque la ciencia se encuentra en una encrucijada vital, es que ya no nos podemos conformar con la fórmula de

¹⁶ Como muestra de los primeros pasos a la reflexión ética o deontología de la medicina aparece el "Código de Nuremberg" en 1946, la "Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial" aprobada en Ginebra, Suiza en 1948 y el "Código Internacional de Ética Médica" aprobado en Londres, Inglaterra en 1949.

¹⁷ Bunge, Mario. *Ética y ciencia*. 3ª ed. Siglo XX. Buenos Aires. 1983.

antaoño: observación-comprobación-verdad, ahora se busca agregar el calificativo o el elemento “bueno” y para ello el estudio de la ética se vuelve fundamental.

En este sentido la ciencia puede ser dividida en dos partes: la primera, que comprende la generación del conocimiento (ciencia pura) y, la segunda, que se refiere a la aplicación de ese conocimiento a un problema concreto (ciencia aplicada o tecnología). Por lo que toca a la primera, es decir, la investigación científica, se puede decir que la postura dominante del siglo pasado, y a la que todavía algunos arguyen, refiere que la ciencia es éticamente neutral ya que la posibilidad intelectual que posee el hombre de estudiar el mundo que lo rodea y de descubrir los grandes misterios de la naturaleza no puede ser coartada o limitada por juicios de valor o calificativos morales del código moral dominante, a lo que bien cabe apuntar que la ciencia, en cuanto forma de acción del hombre puede ser analizada a la luz de la ética, ella busca la excelencia del hombre, ya individualmente o ya colectivamente considerado, por lo que la investigación que no tenga como fin elevar el valor de la persona seguramente, ante cualquier filtro moral, no podrá ser calificada como buena o deseable. En cuanto a la segunda, el hecho de que el técnico pueda utilizar los resultados científicos para bien o para mal no muestra que la actividad científica y la conducta moral sean independientes, solo muestra que son complementarias, y es en la aplicación de los adelantos científico-tecnológicos en donde se dan varias posibilidades de acción y que atienden a diversos lineamientos: lo útil, lo menos costoso, lo bueno, lo trascendente, etc.

En el campo del cientificismo se apela al modelo de la “ciencia martillo”¹⁸ para tratar de hacer distinción entre lo que es la ciencia y su uso. Se dice, una cosa es la ciencia como expresión del conocimiento y de la racionalidad del hombre y otra cosa es su uso, donde intervienen intereses políticos, económicos, etc. La tajante separación entre buena ciencia y buen o mal uso de ella no es de todo satisfactorio para dilucidar el papel de la ciencia en la

¹⁸ La ciencia es un martillo que a veces se usa para clavar un clavo y otras veces para aplastar la cabeza de una persona. Mari, Enrique E. *Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo*. Doxa. No. 10. España. 1991. Págs. 319-327.

sociedad y cultura del hombre, lejos de llevarnos a una solución del conflicto nos implica enfrentarnos a dos mundos éticamente contrapuestos. Considero de todo acertada la postura de Moulines¹⁹ al decir que esta división no sería aceptable metodológicamente, las teorías empíricas están siempre construidas en vista a algunas aplicaciones externas concretas, de tal modo que las aplicaciones están incluidas también conceptualmente en la teoría misma.

En la medida en que el conocimiento científico penetra más profundamente en los secretos radicales de la naturaleza, externa o interna, en esta medida el poder del saber es más grande, pero también más, literalmente, ambivalente: capaz de hacer el bien o el mal²⁰, por tanto, su importancia ética se intensifica, la necesidad de que los fines y los valores éticos estén presentes en las creaciones científicas y tecnológicas.

El nexo entre ética y tecnología, entre ética y “tecono-ciencia”, no es externo ni fortuito, sino fundamental. Es aquí, sobretodo, donde el saber de los fines y significados éticos adquiere radical importancia. No son obviamente, los conocimientos como tales, sino el uso, la aplicación práctica que se les dé, lo que los hace éticamente valorables, lo que lo inscribe, de hecho, en el orden de la valoración.

La alternativa a los posibles males y amenazas no puede ser tampoco la renuncia al avance científico-tecnológico. Éste, por lo demás, tiene el panorama de ser irreversible. La alternativa es devolverle al hombre el poder sobre su propia creación, invirtiendo ese proceso de enajenación por el cual la obra vuelve contra su creador; recobrar, en todos los ámbitos y niveles, una clara y firme conciencia de los fines éticos y de valores propios de la vida humana. Sin ética, ciertamente, el destino futuro de la ciencia y de la tecnología se torna motivo de peligro para el porvenir del hombre, en su propia humanidad.

¹⁹ Mouline, Ulises. *La ciencia: estructura y desarrollo*. Trotta. Madrid. 1993. Citado por Mari, Enrique E. Op. Cit. Pág. 324.

²⁰ Las posibilidades que crea el hombre sobre la naturaleza pueden ser positivas o negativas; es claro que el hombre siempre intenta generar condiciones positivas, pero en la historia se ha demostrado que no se pueden producir posibilidades positivas sin que surjan colateralmente posibilidades negativas. Véase Gracia, Diego. *Como arqueros...* Op. Cit. Pág. 29.

Dentro de estas interrogantes y dilemas éticos, se rescata la necesidad que tienen científicos, filósofos, médicos, juristas, etc. de que el conocimiento científico junto con su aplicación, no estén en contra flujo con las reflexiones éticas. La Segunda Guerra Mundial es el parte aguas que resalta esta necesidad, no sólo marcó una etapa importante en la vida política, social y económica del mundo entero, las investigaciones en seres humanos y la deliberada carrera bélica tocaron las fibras más sensibles de la sociedad en general, pero principalmente, de los hombres de ciencia. Se dieron cuenta de que su actividad necesitaba algo que la legitimara moralmente y que también les ayudara a resolver las encrucijadas cada vez más frecuentes y más complejas.

Estaba en juego la propia sobrevivencia de la humanidad. Ante el creciente poder manipulador de los científicos sobre la vida del hombre y de la naturaleza en general se puso a discusión la cuestión de fondo sobre si todo lo que es técnicamente posible puede ser éticamente aceptable. El descubrimiento del ADN por Francis Crick y James Watson, ganadores del Premio Nobel de 1962, en la carrera del desciframiento de los genes, es el claro ejemplo de la necesidad de una disciplina que tuviera como objeto salvaguardar los valores del hombre frente a las intervenciones biomédicas en el sentido más extenso de la palabra.

En 1970 en un simposio realizado en Estocolmo titulado: “El lugar de los valores en un mundo de hechos”, Jacques Monod decía que los avances científicos estaban disolviendo los cimientos de los sistemas de valores que constituían el soporte moral de las sociedades. No cabe duda de que la ciencia ha modelado el mundo moderno, proporcionándole su poder y tecnología, pero las sociedades han quedado retrasadas con sistemas morales incapaces de dar respuestas y asumir los desafíos que han puesto la ciencia y la tecnología.²¹

²¹ Kottow, Miguel H. *Introducción a la bioética*. Universidad de Santiago de Chile. 1995. Pág. 11.

Las palabras de Bunge escritas en 1972 también ayudan ejemplificar esa necesidad. Él resalta la urgencia de una disciplina que conozca de cerca los adelantos científicos y los postulados éticos más importantes al decir que la ética está subdesarrollada al punto de ignorar los problemas especiales que plantea la ciencia y la tecnología, no podrá atacar los problemas a menos que aprenda algo de ciencia y de tecnología.²²

Los desmesurados avances en la ciencia, el desconcierto ante su aplicación y la falta de una ética capaz de dar respuesta ante las nuevas situaciones es uno de los elementos por los que se empieza a germinar el origen de la bioética.

1.2 LA BIOÉTICA: EL NEOLOGISMO.

La paternidad del término bioética se atribuye al oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter que en 1970 utiliza por primera vez el término en un artículo emblemático titulado "*Bioethics, the science of survival*". Un año más tarde se adoptó en esta feliz denominación en la monografía presentada con el título "*Bioethics: bridge to the future*", lo cual confirma el nacimiento de la disciplina.

Este término tiene como fin trazar un puente entre dos mundos: el de los valores éticos y el mundo de los hechos biológicos. Plantea la necesidad de hacer una reflexión para conciliar los avances de las biotecnologías con las exigencias de la humanidad y orientar los progresos de la ciencia al servicio del desarrollo humano, promoviendo el trabajo interdisciplinario.

Potter insistía que el hombre necesita una guía de acción, saber cómo utilizar el conocimiento para el bien y el futuro de la condición humana, de una ciencia de la supervivencia, la bioética, que tiene el requisito fundamental de promover la calidad de vida. Reconoce la influencia que han tenido sobre él

²² Bunge, Mario. Op. Cit. La primera edición es del año 1972.

varios y destacados científicos: H. Waddington, profesor de genética animal; M. Mead, antropóloga; T. Dobzhansky; y Aldo Leopold, ecologista.²³

El obstetra holandés André E. Hellegers también ha participado activamente en el nacimiento de la bioética estructurando académicamente la nueva disciplina para la Universidad de Georgetown en Washington D.C., E.E.U.U., y ampliando el campo de estudio que le había asignado Potter. Para Reich (famoso editor de la Enciclopedia de Bioética),²⁴ el legado de Potter es el de haber acuñado el término bioética por primera vez como una nueva disciplina, que combinaba el conocimiento biológico de las ciencias de la vida con el conocimiento de los sistemas de valores humanos. Identificó el problema acuciante que lo llevaba a plantear el nuevo campo de conocimiento: el de la supervivencia humana, que era además de biológica, cultura y humana. Otro legado, el de proveer el sentido restringido a esta nueva disciplina, esto es la bioética aplicada al campo médico, sería atribuido a Hellegers.

Él mostró gran interés por los problemas éticos derivados del origen de la vida por lo que formó parte de la comisión que nombró el Papa Pablo VI en 1964 para el estudio de los métodos anticonceptivos, trabajos que culminaron con la publicación de la encíclica *Humanae Vitae* del año 1968 y que está muy relacionada con el origen de la bioética. Interesado en la etiología prenatal del retraso mental, ganó una beca de la fundación Joseph P. Kennedy por la que tuvo amistad con Eunice Kennedy Shriver, hermana del presidente Kennedy, y en 1967 pasó a formar parte del cuerpo de profesores de la Facultad de Medicina de la Universidad de Georgetown. Organizó una conferencia sobre el aborto pero consideró que conferencias ocasionales no eran suficientes para tratar dichos temas. En 1970 propone la idea de crear un centro de investigación sobre estos temas desde el campo ético, el centro se llamaría: *The Kennedy center for the study of human reproduction and development*.²⁵

²³ Ciccone, Lino. *Bioética: Historia, principios y cuestiones*. Palabra. Madrid. 2005. Pág. 15.

²⁴ Reich, Warren Thomas. *The World "Bioethics": It's birth and the legacies of those who shaped it's meaning*. Kennedy Institute of Ethics Journal. December 1994. Vol. 4. No. 4. Págs. 319-335.

²⁵ Gracia, Diego. *Como arqueros...* Op. Cit. Pág. 108.

El golpe de gracia que consagró este término, con todo su gancho y hechizo actual, tuvo lugar en 1971 cuando el centro tomó el nombre de: *The Kennedy institute of ethics* para el estudio de la reproducción humana dependiente de la Universidad de Georgetown. Algunos expertos coinciden en que fue Hellegers quien determinó el significado práctico que se le ha asignado al término, que desde su nacimiento ha desafiado la clásica aplicación de la ética consagrada por la filosofía. Él consideraba que la bioética constituía una única disciplina que combinaba ciencia y ética; que sus componentes científicos eran las ciencias biológicas y sociales, y el momento ético de la disciplina incluía elementos de la teología moral y de ética secular.

Por otra parte, las primeras bases de esta disciplina ya estaban presentes cuando Daniel Callahan, filósofo, y Willard Gaylin, psiquiatra, en la década de los años 60 participaron en la fundación del "*Institute of society, ethics and the life sciences*" más conocido como "*Hastings Center*" neoyorquino, donde se prestó especial atención a los problemas éticos que se planteaban con particular dramatismo en el campo de la investigación científica y experimentación biomédica, ya que antes de la explosión actual de la investigación y manipulación genética, se empezaron a denunciar abusos clamorosos en el campo de la experimentación con seres humanos.²⁶

En 1973 se empezó a hablar ya de la bioética como de una nueva disciplina académica y en 1978 apareció la primera enciclopedia de bioética en cuatro volúmenes (el quinto apareció en 1995) sobre cuestiones éticas y sociales en el campo de las ciencias de la vida, de la medicina y de la salud. En ella se marca la pauta de la nueva disciplina, en la que la conducta en esos campos deberá estudiarse a la luz de los valores y de los principios morales. Pero muchos expertos han tratado de extender su campo de acción a toda la naturaleza viviente al margen de la ética clásica razonable más autorizada.

Tal tendencia sugiere un nuevo enfoque de las disciplinas relativas al estudio y comprensión de la vida, con vistas a neutralizar la concepción de la

²⁶ Ciccone, Lino. Op. Cit. Pág. 13.

ética clásica, presuntamente incompetente para tratar los nuevos problemas que plantean las modernas técnicas biomédicas y el desarrollo de la biología genética.

Teniendo en cuenta el significado etimológico del término, la bioética sería la ética de la vida. Pero esa significación nominal parece haberse rebasado, su ámbito de aplicación se extiende a cuestiones tan polémicas como la procreación humana artificial, la experimentación con fetos humanos, el aborto y la eutanasia, la investigación y experimentación científica lo mismo en los seres humanos que en las plantas y los animales, etc. Al buscar respuestas ante estos acontecimientos científicos algunos optan por eliminar por completo el término clásico de ética y a cambio incluyen en la nueva disciplina los mismos principios filosóficos de la reflexión ética clásica.²⁷

Es sorprendente la forma en que la bioética ha sido protagonista de foros internacionales. Por mencionar sólo algunos acontecimientos relevantes durante lo que podemos llamar infancia de la bioética destacan, por ejemplo, la Conferencia Internacional de Bioética que organizan desde 1984, los siete países más industrializados (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido), en 1992 se constituye la Asociación Internacional de Bioética (AIB), en 1993 la UNESCO constituyó un Comité Internacional de Bioética, etc. Aunado a este esplendor mundial, cada país ha creado comités, colegios y asociaciones dedicados a la investigación y difusión de esta disciplina. Considero que con la entrada del nuevo siglo la bioética entra a una nueva etapa también, su juventud, tiene de frente de una forma inevitable exigencias sociales, jurídicas, económicas y científicas a las que no puede ser indiferente, se espera de ella no la respuesta como por arte de magia o como un mecanismo al que da una respuesta con sólo accionar un botón, en ella se quiere encontrar el fundamento ético-filosófico ante las complejidades que la ciencia conlleva con su inevitable desarrollo.²⁸

²⁷ Blázquez, Niceto. *Bioética fundamental*. BAC. España. 1996. Pág. 119.

²⁸ No pretendo afirmar que la bioética deba obtener el interés sólo de los filósofos, ni negar la utilidad de la interdisciplinariedad que deba darse en ella; más bien pretendo destacar que sólo una caracterización filosófica explícita de la bioética nos ayuda a darnos cuenta de su

1.3 ¿QUÉ ES LA BIOÉTICA?

Si bien fue Potter quien acuñó el término “bioética”, no cabe duda de que la significación del término va más allá de la que éste le proporcionó en un principio. Decía que la bioética se definía como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales.²⁹

Con la palabra griega *bios* se designa al progreso operado en las últimas décadas en el ámbito de las llamadas ciencias de la vida³⁰ (ecología, biología, medicina, etc.) y *éthos* designa la ciencia del respeto de los valores implicados en los conflictos de la vida. Compaginar ciencia y vida evitando que existan conflictos es prácticamente imposible, más bien se busca una “visión responsable” (Diego Gracia) o una “visión moral” (Albert Jonsen) en la interacción del hombre con la naturaleza.

Potter afirma que es una ciencia nueva en el contexto de la biología con horizontes mucho más amplios que los de la biología tradicional, por lo que es concebida como una biología de valores y no meramente descriptiva; de este modo constituye un puente o superación de la dicotomía entre las ciencias biológicas y la ética.³¹ Se trata de una simbiosis mental de biología y ética en la que la ética clásica queda asumida en la biología, que amplía su campo de acción, todo lo cual se expresa ahora con el término bioética. Los valores éticos no pueden separarse de los hechos biológicos.³² Su objetivo específico sería

carácter epistemológico abierto y la sustrae del riesgo de reducirse a mera síntesis verbal, susceptible de ser utilizada para denotar un conjunto totalmente extrínseco de temas.

²⁹ Gafo, Javier. *10 Palabras clave en bioética*. 4ª ed. EVD. Navarra. 1998. Pág. 11.

³⁰ El término “vida” puede ser interpretado de modos muy diversos: como valor ético o jurídico, como santidad de vida, como proceso biológico, como calidad de vida, etc. de ahí que existan una pluralidad de versiones en torno a la bioética.

³¹ Tinan, Eduardo Luis. *Bioética y derecho*, en Lazzatti, Pablo. (Coord.). *Ética y Derecho*. Fundación Ricardo Baldín. Argentina. 1998. Pág. 299.

³² Potter, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the future*. Prentice-Hall. Englewood Cliffs. 1971. Tal afirmación es la que caracteriza a la bioética “básica” (constituida por dos tipos de conocimientos: el biológico y el sistema de valores humanos. Esta bioética “básica” se diferenciaría en dos aplicaciones: una de ellas centrada en las capacidades y fragilidades

garantizar en el futuro la sobrevivencia del hombre desafiando los desequilibrios naturales y asegurando el máximo de calidad de vida humana.³³ Es un nuevo paradigma intelectual y cultural, consistente en la confrontación entre hechos y valores: los hechos de la ciencia sin valores son ciegos, y los valores sin hechos, resultan vacíos. La medicina es concebida desde la época del positivismo de Augusto Comte como una ciencia de hechos; el ideal positivista de la llamada “ciencia pura” consistía en el más estricto apego a las cuestiones de hecho y la neutralidad irreflexiva en cuestiones de valor, y dado que la pureza ha sido siempre considerada como una nota moral positiva, una virtud que resultaba que la ciencia pura por definición era buena. Si estamos viviendo tiempos difíciles en terreno de la ética, es porque estamos convencidos que la anterior presuposición es infundada y que la ciencia no se halla más allá del bien y del mal, porque no hay actividades en la vida humana libres de valores, dado que todos los juicios se hallan impregnados de valores y la medicina se mueve en un terreno de valores muy importantes que son fuente de conflictos y de decisiones difíciles.

Con los elementos que aquí se destacan la bioética puede ser entendida como el proceso de contrastación de los hechos biológicos con los valores humanos, a fin de globalizar los juicios sobre las situaciones y de esa forma mejorar la toma de decisiones, incrementando su corrección y su calidad,³⁴ el

humanas, que sería la bioética médica; y otra, focalizada a las capacidades y fragilidades del medio ambiente, sería la bioética ecológica. A ésta bioética “básica”, núcleo de ambas aplicaciones, Potter la llama bioética “global”) y es un principio general aceptado por todos los bioeticistas: el carácter interdisciplinario de la bioética. Luego viene la “especificación”, que está dada por los campos de discusión: la bioética médica de corto plazo, la bioética ecológica de largo plazo. Para contraponer las dos opciones en 1988 (Potter, Van Rensselaer. *Bioética Global*. Michigan State University Press.), compara ahora la bioética médica y la bioética ecológica desde la perspectiva de sus consecuencias. En palabras del propio Potter: “La bioética global deberá basarse en una combinación de derechos y responsabilidades”.

³³ El término “calidad de vida” no tiene una acepción generalizada, aparece siempre en la bioética de corte americana o anglosajona y que abandera la posición utilitarista; en contraposición también aparece el término “sacralidad de vida” propio de la bioética personalista. Pero más allá de adoptar uno de ellos como base de una reflexión filosófica, se tiene que tener presente que la bioética ha de atender a la protección y promoción de la dignidad de la persona humana. Cfr. Estévez, Agustín. *La cuestión etimológica de la bioética*, en Bergel, Salvador Darío y Minyersky, Nelly (Coords.). *Bioética y derecho*. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2003. Pág. 19. Y Andorno, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos. Madrid. 1998. Págs. 34-35.

³⁴ Gracia, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. El búho. Colombia. 1998. Pág. 30.

tema de la fundamentación de nuestras decisiones morales ha pasado a primer plano.

Paralelamente se decanta la otra posición, que rechaza el englobamiento de la ética clásica en la biología atribuyendo a las ciencias biológicas la función descriptiva y a la ética la función normativa y valorativa. Esta disciplina debe ocuparse de la reflexión ética sobre los problemas morales suscitados por la intervención del hombre en el campo biomédico. Según esta perspectiva, ella es considerada como una rama o parte importantísima actual de lo que tradicionalmente se ha llamado ética aplicada. Ética aplicada porque no es una actividad meramente especulativa sobre el bien y el mal, sino se aplica a elucidar y resolver problemas reales y concretos en las intervenciones de investigadores, biólogos y médicos sobre el ser humano haciendo uso de técnicas biomédicas avanzadas: bioética, ética y cultura de vida.³⁵ Desde este punto de vista se consideran las cuestiones éticas ya planteadas anteriormente (las prácticas abortivas, la inseminación artificial en todas sus modalidades, la investigación científica con seres humanos, el trasplante de órganos, la manipulación genética y tantas intervenciones más de esta naturaleza). Por tanto, al estudiar esta fascinante disciplina resulta obligatorio tener en cuenta los problemas morales que suscita la aplicación de las nuevas y sofisticadas técnicas biomédicas tomando los principios de valoración de la ética humana universal.

Kutukdjian es de la idea de que esta nueva disciplina es considerada como parte de la ética, referida a los problemas humanos planteados por el rápido desarrollo de las técnicas biomédicas durante los últimos veinte años. En este sentido ha dicho que la bioética es la búsqueda ética aplicada a las cuestiones planteadas por el progreso biomédico.³⁶ Esta definición, interpretada tal como suena y sin segundas intenciones, supone abiertamente la subordinación de esta disciplina a la ética como un capítulo nuevo y capital de aquélla y no una sustitución fraudulenta. Su matiz está en que acentúa la

³⁵ Lazzatti, P. Op. Cit. Pág. 298.

³⁶ Kutukdjian, Geroges B. *La biología en el espejo de la ética*. El correo de la UNESCO 9. 1994. Págs. 23-25.

dimensión social de los problemas surgidos, las decisiones personales y el diálogo interpersonal están presentes, pero destacan las estructuras sociales a tener en cuenta, tales como las modernas organizaciones médicas y las leyes reguladoras del ejercicio de la investigación médica y de sus aplicaciones concretas a los pacientes o sujetos de investigación.

En 1994, Noëlle Lenoir, entonces presidenta del Comité Internacional de Bioética (IBC) de la UNESCO, se expresaba que la bioética no es la ética de la biología, ni significa lo mismo que deontología, no se interesa por las prácticas profesionales en sí, sino por sus consecuencias para la sociedad, su idea central es el respeto de la vida humana, idea que está presente en todas las corrientes del pensamiento ético, comprendidas las religiones.

Para muchos expertos la bioética es un marco de reflexión interdisciplinaria en torno a los desafíos morales que plantean los progresos en el terreno de las nuevas técnicas biomédicas en continuo desarrollo, es la voz de reclamo que convoca a especialistas de disciplinas diversas para discutir el uso y aplicación de esas técnicas revolucionarias creadas por la ciencia contemporánea.³⁷ Para ello se convocan congresos de estudio y se crean cátedras y centros de bioética, cuya expresión sólo sirve para que los diferentes profesionales del saber manifiesten sus experiencias y preocupaciones comunes, pero dejando a cada uno libre para tomar sus propias decisiones.³⁸ En muchos de ellos se ha podido apreciar el rechazo,

³⁷ Para Francesco D'Agostino, a causa de su interdisciplinariedad, la bioética concentra tematizaciones sumamente diversas, que a los especialistas les resulta difícil dominar. La interdisciplinariedad pone en tela de juicio el hecho de que la elaboración de juicios bioéticos sea labor única y exclusiva del bioeticista. Cfr. D'Agostino, Francesco. *Bioética, estudios de filosofía del derecho*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2003. Págs. 15 y 16. Para Miguel Sánchez, la bioética es una deliberación interdisciplinaria sobre los problemas que el conocimiento científico y el poder tecnológico suscitan para la vida. La deliberación aspira al consenso y su finalidad práctica es orientar las decisiones importantes. Cfr. *Bioética, religión y derecho*. Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid, julio 2005. Fundación universitaria española. Madrid. 2005. Pág. 113.

³⁸ El Dr. Henk Ten Have, coordinador de la IBC, en la conferencia de fecha 24 de noviembre de 2004 pronunciada en el Colegio Nacional en la Ciudad de México, estableció que uno de los fines primordiales de la UNESCO en cuestiones de bioética era la de intercambiar entre sus Estados miembros, conocimientos, experiencias y estructuras que ayuden a otros miembros a resolver problemas iguales. Ello se lograría a través de 3 acciones concretas: 1) La reunión periódica de expertos en bioética de los Estados miembros y de otras áreas afines, miembros de instituciones y centros de bioética, personas que intervengan en programas educativos y legislativos y crear una base de datos de cada uno de estos grupos. 2) Fomentar la educación

velado o explícito, de cualquier recurso a principios éticos o morales condicionantes al estilo clásico. Los expertos describen lo que hacen y pronostican sobre lo que se podrá hacer en el futuro. A lo más que llegan es a la conveniencia de que se establezcan normas legales, ampliamente consensuadas con el fin de paliar los inconvenientes de sorpresas demasiado fuertes. Esta es la postura de quienes utilizan el nuevo término olvidándose de una vez por todas de la ética clásica o moral tradicional, tildada de estar comprometida con obediencias religiosas, deontológicas o filosóficas. Así entendida, se tiene la impresión de que lo bueno y lo malo dependen de lo que *hagan* los científicos, al margen de lo que filósofos y moralistas *piensen* al respecto.

Para otros, parece ser un mero método de análisis de casos complejos con vistas a la toma de decisiones concretas cuando hay muchas personas e intereses en juego. La inmensa mayoría de los expertos asocia el término a una metodología de análisis de problemas clínicos, asistenciales o de investigación, basada en el diálogo interdisciplinario, sistemático y éticamente plural.

No todos los expertos aceptan que la nueva disciplina signifique una ruptura de hecho con la ética, no en vano ética forma parte de la estructura material del término bioética. Pero aún en los casos en que se da por supuesto que ella es parte de la ética, o una forma nueva de hacer ética, no todos convienen en el modo. Hay acuerdo en que la bioética es marco de reflexión, en el sentido antes indicado, y método de análisis. Pero esto no basta, tiene que ser también normativa, que su función no sea sancionar sino promover la interdisciplinariedad, la deliberación, el consenso y la excelencia. O, lo que es igual, tiene que ser capaz de ofrecer criterios de acción para compaginar el ejercicio de las libertades y la toma de decisiones, sobre todo sociales. Por ejemplo, determinar los límites de la investigación biomédica, si es que debe haberlos, o cómo llevar a efecto un programa de reproducción humana de

en la ética de los Estados miembros (identificar expertos en la enseñanza ética, promover recursos educativos...) y 3) Crear conciencia ética en cada Estado miembro (crear publicaciones especializadas, dictar conferencias...)

laboratorio con determinadas personas y circunstancias, de ahí el gran problema de determinar si: ¿es lo mismo la inseminación “in vitro” homóloga que heteróloga? o ¿si es lo mismo practicar un diagnóstico prenatal con vistas a un seguimiento profesional del embarazo o con la intención de practicar el aborto en caso de que el feto no sea del sexo deseado o no reúna las condiciones raciales esperadas? De lo anterior se desprende que es en esta nueva disciplina donde se deben ofrecer las pautas para resolver convenientemente esos conflictos concretos entre valores y deseos.

No es el objeto de este apartado citar todas o la mayoría de las definiciones que se han dado de bioética desde que el término fue acuñado, pero las posturas citadas nos ayudan a tener esta conclusión: El problema de establecer definiciones es que el lenguaje, por más vasto que se quiera usar, no siempre es suficiente para determinar todos los elementos o cualidades de la cosa definida, de ahí que si la definición es muy específica se correrá el riesgo de dejar algo fuera o, por el contrario, si es muy general, se vuelve ambigua e insustancial. Definir la bioética no es una tarea sencilla, cómo expresar con las palabras todo aquello que encierra esta disciplina. Propongo una definición que no pretende ser la panacea de la discusión al respecto pero que ayudará a delimitar los fines de este estudio.

La bioética puede ser entendida como la disciplina autónoma, que basada en una reflexión ético-filosófica, analiza y delibera interdisciplinariamente los problemas biomédicos (ciencias biológicas, la medicina y la asistencia sanitaria), científicos y tecnológicos, teniendo en cuenta la multidimensionalidad humana (biológica, social, económica, jurídica, cultural, espiritual...).

Esta definición que se despliega como el mapa maestro de la bioética, considero que cualquier estudio que lleve en el título “bioética” podrá encajar sencillamente en ella. Aquí es buen momento para perfilar, de forma más clara, el objeto del estudio que nos ocupa y que abundaré en los siguientes capítulos:

La reflexión ético-filosófica de los problemas médicos en el derecho, es decir, el análisis bioético de los problemas médicos y su tratamiento e influencia en el derecho.

1.4 SECULARIDAD, PLURALISMO E INTERDISCIPLINARIEDAD DE LA BIOÉTICA.

La bioética médica, como ya lo he mencionado, trabaja con las complejidades derivadas del avance de las ciencias biomédicas y el impacto que tienen en la vida cotidiana de las personas en general. Esto ha cambiado completamente el escenario donde se desenvuelve la medicina hoy en día, ya no hay guiones establecidos dentro de la relación médico-paciente, la imposición del médico sobre el enfermo ya no es la bandera que distinga esta profesión. La relación médico-paciente, en sí misma conflictiva, hoy es doblemente conflictiva, es decir, ahora es una relación que conjuga nuevos retos para el médico y más exigencias por parte del paciente tendientes a dar coexistencia pacífica entre beneficencia y autonomía. En razón a ello, la bioética necesita otros procedimientos de análisis diferentes a los de la ética clásica o los establecidos por la deontología profesional. Para que ese análisis sea realmente eficaz, se necesitan tres presupuestos fundamentales: Estudio interdisciplinario, aceptación de diversos enfoques y no ser directamente confesional o religioso. Es imposible entender el sentido de la bioética médica si se deslinda de este contexto.

1.4.1 Secularidad.

La mayoría de los sistemas jurídicos de occidente reconocen la libertad religiosa como un derecho fundamental del ser humano, por lo cual en una misma sociedad pueden convivir pacíficamente personas con diversas creencias lo que implica que simultáneamente existan códigos morales distintos, que no priva el hecho de que se formule un acuerdo moral sobre los mínimos aceptables por y exigibles a todos, la llamada ética de mínimos (tratada en el capítulo siguiente), pero ésta no podrá fijarse por mandatos

morales de corte religioso, sino deben ser estrictamente seculares y racionales.³⁹ La bioética es, como toda la ética, el intento de analizar racionalmente los deberes que como individuos y como miembros de la comunidad humana tenemos para con nosotros mismos y para con los demás.⁴⁰ La bioética, según Juliana González, requiere, por un lado, un riguroso enfoque ontológico, no religioso; y por otro, humanístico y filosófico, no religioso.⁴¹

La bioética es parte de un movimiento de secularización del espacio moral, el de las decisiones sobre el cuerpo y la sexualidad, la vida y la muerte y, por tanto, su emancipación respecto de los gobernantes eclesiásticos y civiles. La bioética es un discurso plural con vocación incluyente de la diversidad de perspectivas en donde el filtro deliberativo de las mejores razones debe pesar para apostar por lo prudente, lo razonable y lo responsable a la vez que se salvaguarda la igualdad y la libertad de las personas para elegir en el ámbito de lo privado.

Secularidad en bioética⁴² implica no tener un perfil religioso previamente trazado e irrenunciable que se pretenda imponer a la colectividad ya que dotaría de gran carga subjetiva el análisis correspondiente. Secularidad no significa de ninguna forma antireligiosidad, es decir, secularidad no es descalificar los pronunciamientos de las personas dedicadas al estudio espiritual de la persona, ni tampoco significa desatender las creencias religiosas de las personas implicadas.⁴³ La secularización resulta del hecho de que en el mundo actual no hay ninguna moral particular evidente, que pueda obligar por sí misma. Es preciso acordar marcos comunes de discusión, que puedan ser aceptados por todos. Ella no puede comprometerse con la visión

³⁹ Racional no en el sentido de racionalismo (la razón puede conocer *a priori* toda la realidad).

⁴⁰ Gracia, Diego. *Fundamentación y...* Op. Cit. Pág. 51.

⁴¹ González, Juliana. Op. Cit. Pág. 38.

⁴² Para Engelhardt la bioética nace como rechazo formal de la ética teológica o teología moral, sobre todo católica, para constituirse en ética secular. Cfr. H. Tristram Engelhardt, Jr., *The foundations of bioethics*. Oxford. EEUU. 1986.

⁴³ Serrano Ruíz-Calderón considera que hablar de bioética racional y laica constituye una discriminación a las bioéticas de origen o fundamentación religiosa. Cuando se dice de bioética se supone su laicismo, pero agregar el calificativo de "laica" es como una especie de guerra cultural. Cfr. Serrano Ruíz-Calderón, José Miguel. *Retos jurídicos de la bioética*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2005. Pág. 113.

moral de una religión o un dogma particular. Los días de Estados confesionales regidos por un código moral único pertenecen a la historia, ya no se puede hablar de monismo sino de pluralismo moral.⁴⁴

En suma, las creencias las tiene todo el mundo, no se puede vivir sin ellas, aquí no se trata de dejar fuera las creencias, los valores o las emociones, porque los seres humanos los incluimos siempre en nuestra toma de decisiones, pero sí es indispensable someterlos a un proceso racional de análisis; todos esos elementos han de articularse razonablemente, de lo contrario se cae en el fundamentalismo y eso es precisamente lo que no puede ser bioética.

1.4.2 Pluralismo.

El pluralismo, la democracia, los derechos civiles y políticos se han establecido en el mundo occidental desde el siglo XVIII, pero esto se ha manifestando en la medicina desde hace muy pocos años. Es desde la década de los años setenta en que los pacientes empiezan a tener plena conciencia de su condición de agentes morales autónomos, libres y responsables, que ya no quieren establecer con sus médicos relaciones como las de padres e hijos, sino como la de personas adultas que se necesitan y se respetan mutuamente. Precisamente cuando confluyen personas adultas y autónomas en una relación en sí conflictiva, es indiscutible que surjan posiciones distintas.

La bioética tiene que aceptar la diversidad de enfoques y posturas.⁴⁵ En este sentido la bioética vale por su condición de posibilidad, sí, posibilidad de cada individuo pueda adoptar una postura en el caso concreto. Las diversas posturas actuales como la utilitarista, principialista, consecuencialista, personalista, etc. (que veremos más adelante) no son impedimento para llegar

⁴⁴ Cortina, Adela. *La ética de la sociedad civil*. Anaya. Madrid. 1995. Pág. 35.

⁴⁵ Una bioética pluralista debe defenderse rigurosa y decididamente de las agresiones que tratan de determinar apriorísticamente en modo en que los valores y principios han de convivir. El pluralismo fáctico, político y social, en el que hoy nos hallamos inmersos, se opone a la idea de que exista un único proyecto válido y que sea objeto de imposición, de tal forma que es necesario conjugar todos los distintos proyectos y finalidades de vida promulgados. Cfr. Casado, María (Coord.). *Hacia una concepción flexible de la bioética*, en *Estudios de bioética y derecho*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000. Págs. 22-27.

a acuerdos comunes en cuestiones concretas. Ella, como cualquier otro espacio de racionalidad humana, no puede aspirar a la verdad total, a la perspectiva total que anule a todas las demás; el éxito que ha tenido durante ya casi cuatro lustros es que ha sabido encausar la enorme pluralidad de abordajes que se han dado entorno a ella.

¿Qué valores fundamentales son esos que han de servir de base para la reflexión bioética? Aquí es donde surge una pluralidad de respuestas que dan lugar a diversas tendencias.⁴⁶

Por ejemplo, la ética latina o mediterránea está basada fundamentalmente en el binomio virtud-vicio, en tanto que la ética anglosajona se ha desarrollado en base al binomio derecho-deber. Es de todo claro que la razón no puede establecer un sistema absoluto, sin contradicciones ni excepciones, tampoco es capaz de utilizar un solo lenguaje moral. En la infinidad de literatura que se publica hoy en día de bioética es fácil encontrar varios lenguajes: el de la virtud y el del vicio, el del derecho y el deber, el del valor y el disvalor, el de los principios y las consecuencias; es una realidad de que todos resultan útiles pero a la vez incompletos, por lo que es menester establecer un canal de comunicación entre ellos. Con esto se destaca otra de las tareas fundamentales que la bioética deberá atender en su plena juventud, en otras palabras, la bioética ha resultado ser tan fascinante que han aumentado las posturas éticas del comportamiento humano en los últimos años, pero precisamente le corresponde ella actuar permitiendo interrelación entre posiciones distintas, para ello no debe tener intenciones dogmatizantes, muy por el contrario debe optar por un discurso integrador y tolerante, no se puede imponer ninguna moral a los seres humanos en contra de los dictados de su propia conciencia.⁴⁷

La bioética no ha de anclarse en la intolerancia ni en la moral del “no”, por el contrario, debe apuntarse en el “hacer” debe deliberar qué hacer, con

⁴⁶ Blazquez, N. Op. Cit. Pág. 172.

⁴⁷ La conciencia es el santuario de los valores y creencias de una persona y, en principio, todo los demás tienen obligación de respetarla, precisamente porque cada persona tiene el derecho a construir su vida de acuerdo a sus contenidos: libertad de conciencia.

quién, con qué medios, con qué objetivos, de tal forma que la relación entre ética y ciencias biomédicas sea palpable y, que al mismo tiempo, exista libertad del hombre y respeto entre los seres humanos.⁴⁸

El campo de actuación de la bioética no es un campo de guerra, por lo que las personas que opten por una postura distinta de otra, no pueden verse como enemigos morales, tanto fundamento tienen unas como otras, y tanta aplicación tienen unas y otras, lo que no se puede admitir bajo ninguna circunstancia es la imposición o la descalificación. Si ella fuera el mero estudio de avances científico-tecnológicos conjugados con la actuación humana en donde todos los agentes morales comparten un mismo discurso moral, entonces la bioética sería una disciplina que podría ser instalada en una computadora, sí, bastaría predeterminar los parámetros aceptables por los agentes morales e ir ingresando consecutivamente los datos producto del desarrollo científico para tener una única respuesta correcta y válida. Pero la bioética lleva en su seno el componente de pluralidad, en ella se conjugan las inquietudes, valores e intereses de multitud de personas en donde, generalmente, las posiciones morales son distintas unas de otras, de ahí que sea indispensable recurrir a la reflexión ético-filosófica para poder permanecer en esa confluencia de morales concurrentes.⁴⁹

En palabras de Diego Gracia,⁵⁰ todo ser humano es un agente moral autónomo, con criterios distintos sobre lo que es bueno o malo, y como tal, debe ser respetado por todos los que mantienen posiciones morales distintas. Así como se reconoce como derechos fundamentales el pluralismo religioso y el pluralismo político, de esta forma también debe aceptarse el pluralismo moral.

⁴⁸ Bringas López, María Isabel e Ibeas Cuasante, Emilio José. *Una nueva disciplina: la bioética*. Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos. España. 2004. Pág. 16.

⁴⁹ Ningún problema de la bioética puede hoy estar bien asentado si no se le traduce a problema de diálogo, es decir, si no se razona permitiendo la expresión real de todas las partes reales que entran en la dinámica terapéutica. Francesco D'Agostino establece una serie de condiciones esenciales para establecer un diálogo: a) Empírica, es decir, reconozco que el otro, aquel individuo que se opone a mí, es como yo. b) Ontológica, es decir, reconozco que el otro, como yo y no sólo como mero individuo empírico, es como yo. Y c) Axiológico, es decir, reconozco que el otro, como otro y no sólo como mero individuo empírico, *vale* lo mismo que yo. Cfr. D'Agostino, Francesco. Op. Cit. Pág. 19.

⁵⁰ Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 17 y 18.

Por ejemplo, una persona que es testigo de Jehová sufre un accidente de tránsito y llega al servicio de urgencias de un hospital afectado por un shock hipovolémico, en consecuencia el médico decide, desde un criterio de moralidad tan coherente y de tanto arraigo en la profesión médica como el de la beneficencia, practicarle una transfusión sanguínea. La esposa de dicha persona, que se encuentra al lado de él, advierte al médico que su esposo es testigo de Jehová por lo que no aceptaría en ninguna circunstancia una transfusión sanguínea aunque su vida estuviera en peligro. Este es el típico caso que sirve para ilustrar los problemas a los que se enfrenta la bioética, en él se puede apreciar que existen dos personas con moralidades totalmente distintas ante un problema común. La solución no es, bajo ninguna circunstancia, la imposición o la descalificación, es evidente que la pluralidad moral convierte una simple maniobra hospitalaria en un problema ético. Al expresar la religión del esposo, la mujer pide que se respete su criterio de moralidad, lo comparta o no el médico. Frente al criterio moral de beneficencia que es propio del médico, la mujer representa el de autonomía como agente moral autónomo y responsable de sus acciones. He aquí como la bioética debe ser tolerante, integradora, plural y definitoria.

Pero problemas como el que se ha planteado suelen ser más complicados si se tiene en cuenta, como se debe de hacer, que en la relación médico-paciente intervienen, además, otros actores como la enfermera, la dirección del hospital, la familia, la seguridad social, el juez, etc. que se pueden reducir en médico, enfermo y sociedad. Cada uno de ellos tiene una significación moral específica, el enfermo actúa guiado por el principio moral de autonomía, el médico por el de beneficencia y la sociedad por el de justicia. Es muy difícil respetar complementariamente los tres principios, de ahí que la bioética sea el marco en donde se plantearán y resolverán los dilemas éticos de la medicina contemporánea.

La bioética médica debe ser entendida como el foro de debate para las cuestiones de valores relacionadas con el manejo del cuerpo humano y de la vida humana. Es necesario un gran cambio cuando definimos las metas del

manejo del cuerpo y la vida, no sólo en nuestras sociedades, sino también en las profesiones del cuidado sanitario, en donde la bioética tiene un papel muy importante. Una de las encomiendas que le podemos atribuir es la de entrenar a los profesionales de la salud, a los pacientes y a los profesionales afines, en cuestiones de valores, con el fin de incrementar la corrección y la calidad de sus decisiones.⁵¹

1.4.3 Interdisciplinariedad.

Hasta no hace muchos años la ciencia en general ha dado crédito a la necesaria confluencia de disciplinas en torno a un mismo problema, más aún cuando éste sobrepasa los límites de cada campo en particular. Lo que tradicionalmente se hacía y que ya representaba un gran avance, era que un grupo de disciplinas paralela, pero aisladamente, analizaban un fenómeno determinado, en consecuencia cada una arrojaba sus resultados y posibles soluciones pero éstas nunca se integraban en su totalidad, así por ejemplo, el aborto ha sido estudiado por médicos, teólogos, juristas, filósofos, sociólogos, psicólogos, etc. cada uno desde su trinchera sin permitir la inclusión de datos o métodos de otras disciplinas y, mucho menos, la interacción analítica entre ellos, defienden a capa y espada sus conclusiones que en la mayoría de los casos buscan ser impuestas sobre las demás. Los médicos han establecido las consecuencias terapéuticas del aborto, los juristas han tratado de regular todas las variables posibles, los psicólogos han dicho que cierto porcentaje de mujeres que lo han realizado sufre depresión después de cierto tiempo, pero los resultados difícilmente confluyen para resolver el problema armónica e integralmente, solamente se crean brechas insalvables.

Esta ruptura entre los diferentes saberes se debió al positivismo por medio del principio de la disyunción, condenando a las ciencias humanas a la inconciencia extrafísica y a las ciencias naturales a la inconciencia de su realidad social.⁵² En el contexto del racionalismo científico, la objetividad se

⁵¹ Gracia, Diego. *Fundamentación y...* Op. Cit. Pág. 132.

⁵² La racionalidad de las ciencias sociales no puede referirse ni identificarse con la racionalidad de las ciencias naturales. Aquella debe insertarse dentro de los propios procesos históricos y

reveló como condición indispensable para que fuesen extraídas las verdades escondidas de los acontecimientos desprovistos de regularidad. En consecuencia, se buscó una ruptura entre conocimiento especializado y el dado en el sentido común; esto provocó enormes avances en el campo de las ciencias al crear condiciones que posibilitaron descubrir nuevas tecnologías, al privilegiar el conocimiento especializado por la utilización del método. Con ello se pasó a sustituir el todo de un objeto por el estudio de sus partes, esta forma de pensamiento consiste en recortar al máximo lo que se está estudiando para facilitar su manipulación para después reconstruirlo, llegando posteriormente a la expresión de que el todo es la suma de sus partes.

La fragmentación del conocimiento en disciplinas que parten el objeto para su estudio “especializado” se tornan incapaces de dialogar entre sí. Todo ese distanciamiento impide el desenvolvimiento del proceso de humanización entre diferentes disciplinas, tornándolas impersonales y desvinculadas de cualquier contexto cultural y social.

Esto ha cambiado en los últimos años, ahora médicos estudian filosofía, los psicólogos antropología, los juristas sociología, etc. no con el afán de convertirse en omnisapientes pero sí buscando respuestas más completas a las complejas situaciones que acarrea este siglo. Pero esto no es todo, los centros científicos y las universidades buscan que cada experto, desde su horizonte científico, conviva y delibere con otros expertos, que todos aporten elementos valiosos que permitan formar un frente común ante los fines planteados. Así, por ejemplo, De Gennes,⁵³ dice: “necesitamos gente que esté dispuesta a saltar de un campo a otro, que tenga la mente abierta”.

sociales. El añejo problema entre el conocimiento positivo y el conocimiento de las ciencias sociales llevó a algunos autores a adoptar posturas radicales y restrictivas. Los positivistas insistiendo en la diferenciación entre hechos y deberes o valores, sostenían que el verdadero conocimiento se fundamentaba en los hechos que aseguraban el desarrollo y progreso de la ciencia. Los saberes normativos debían ser excluidos de ese tipo de conocimiento; la incapacidad de reconocer y hacer honor a esta estricta separación del conocimiento y moralidad era una de las principales causas de retraso en el desarrollo de las ciencias sociales. Cfr. Mac Carthy, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 23.

⁵³ De Gennes, Gerard. *El desarrollo científico de la actualidad*. Imagen. Barcelona. 1998. Pág. 98.

La bioética, que surge en el seno de los grandes problemas ético-científicos pero también en el de las inquietudes de una ciencia dinámica, participa en esta interacción o confluencia de saberes en torno a un problema determinado. Es común encontrar en diversos autores del tema la alusión a la interdisciplinariedad de la bioética, pero también aparecen términos como multidisciplinariedad y transdisciplinariedad.

Para Nicolescu⁵⁴ la multidisciplinariedad también llamada pluridisciplinariedad se refiere al estudio de un objeto de una misma y única disciplina por varias al mismo tiempo. Por ejemplo, mediante esta forma de análisis la medicina (disciplina principal) estudia el aborto, interviene el derecho (disciplina secundaria) para señalar el marco jurídico a fin de complementar el estudio; tal abordaje sobrepasa la disciplina principal pero resulta incompleto.

En tanto la interdisciplinariedad se refiere a la transferencia de métodos de una disciplina a otra. Existen tres grados de interdisciplinariedad: El primer grado o de aplicación, en el que los métodos de una disciplina son adoptados por otra, así los métodos de la ingeniería genética (biología) transferidos a la medicina o al derecho surgen nuevas referencias con relación a las comprobaciones de la paternidad. Un segundo grado o epistemológico, que permite conocer otros enfoques del objeto dentro de la misma disciplina. El tercer grado o de generación de nuevas disciplinas, cuando varios conocimientos se juntan para crear otra disciplina, tal sería el caso de la bioética. Sin embargo, todavía se permanece circunscrito al espacio disciplinar.

La transdisciplinariedad, con el prefijo *trans* se refiere a aquello que está al mismo tiempo entre varias disciplinas y, a la vez, está más allá de cualquier disciplina. Su objeto es la comprensión de la realidad, para lo cual uno de los imperativos es la unidad del conocimiento. Para la ciencia clásica *entre, a través y más allá* de las disciplinas no existe nada, solamente un vacío, la transdisciplinariedad es un absurdo porque no tiene un objeto de conocimiento, pero este modelo surge porque en la actualidad existen problemas

⁵⁴ Nicolescu, Basarab. *Un nuevo tipo de conocimiento: la interdisciplinariedad*. Brasil. UNESCO. 2000.

verdaderamente complejos que una sola ciencia por más completa o exigente que sea, es sumamente vulnerable, limitada en sus fronteras incapaz de ver más allá de ciertos límites. Está claro que para Nicolescu la ciencia en nuestros días debe tender a este último modelo de análisis porque sólo de esta manera el conocimiento científico podrá estar un paso delante de los problemas actuales.

También para Morin⁵⁵ es necesario ir más allá del marco limitado de cada disciplina e incluso del interdisciplinario, por medio de la transdisciplinariedad es posible abarcar las propiedades de distinción, respetando los dominios disciplinares e impedir el reduccionismo.

En este sentido considero que la bioética es, a la vez, interdisciplinaria y transdisciplinaria. Es decir, la bioética como instrumento de análisis, de deliberación y de toma de decisiones necesita de varios expertos de acuerdo al tema que se haya planteado, esta es una premisa fundamental en ambos casos. La bioética es interdisciplinaria porque en ella se unen el *logos* y el *ethos*, los hechos biológicos y los valores morales, la realidad científica y la realidad moral; el primero no se subordina al segundo ni viceversa, pero sí se complementan; de esta unión surge como disciplina autónoma. Será transdisciplinaria (o interdisciplinaria de segundo grado) cuando con motivo del paso previo de la interdisciplinariedad, concurren otras disciplinas al estudio de determinado problema: bioética y derecho, bioética y sociología, bioética y antropología, etc.; o bien, bioética, derecho, sociología, antropología, etc.

La bioética no es la simple suma de biología con la ética, sino es el escenario donde se une el saber científico-técnico con el ético-filosófico, y en esos extremos hay de por medio muchas otras disciplinas que no trabajan como auxiliares o secundarias ante un estudio determinado, sino en un estatus de co-existencia. Por eso se habla de bioética médica, bioética ecológica, bioética y derecho, bioética de la tecnología, etc.

⁵⁵ Morin, Edgar. *Para el pensamiento completo*. Bertrand. Brasil. 1996.

Vale la pena recordar la definición que dimos sobre bioética: Es la disciplina autónoma, que basada en una reflexión ético-filosófica, analiza y delibera interdisciplinariamente los problemas biomédicos (ciencias biológicas, la medicina y la asistencia sanitaria), científicos y tecnológicos, teniendo en cuenta la multidimensionalidad humana (biológica, social, económica, jurídica, cultural, espiritual...).

Así, el objeto de estudio de la bioética son todos aquellos problemas biomédicos, científicos y tecnológicos en tanto que actos y en tanto que conocimiento, es decir, en tanto que proceso y en tanto que resultado, en el contexto multidimensional del ser humano.

De esta forma en el análisis bioético es necesaria la concurrencia de varias disciplinas. Tomemos un ejemplo para referir claramente la interdisciplinariedad: la inseminación artificial, ésta puede ser estudiada desde un amplio prisma de disciplinas de forma aislada, pero cuando el estudio lo hace la bioética lo hace desde un referente ético-filosófico que integra (no confunde, no aísla, no mezcla) las dimensiones del ser humano (a diferencia de la ética clásica), es decir, cuando la bioética actúa lo hace de la mano de médicos, científicos, abogados, teólogos, personas involucradas, etc., los médicos no están por encima de los abogados, ni éstos por encima de los teólogos y así sucesivamente, todos interactúan conjuntamente en torno a un problema común, esa es la interdisciplinariedad, no ser totalizadora pero si incluyente.

1.5 PRINCIPALES POSTURAS EN TORNO A LA BIOÉTICA MÉDICA.

Para el estudio de este apartado hay que precisar que existen dos grandes grupos o corrientes filosóficas al menos desde el siglo XVII; la primera, la anglosajona que es empirista y; la segunda, la europea occidental proclive al racionalismo. En la primera encuadran las tesis emotivistas (conceden importancia al principio de autonomía) y las consecuencialistas (brindan preferencia al principio de beneficencia). La segunda, tiende a ser racionalista (es posible establecer principios absolutos que obliguen con independencia de

la voluntad de los sujetos) y deontologista (la justicia es el principio absoluto previo a cualquier otra consideración moral).

1.5.1 El utilitarismo.

La filosofía moral occidental del último siglo ha sido sin duda el utilitarismo. No es una renuncia a la fundamentación de la moral, sino considera que es imposible fundamentarla desde criterios deontológicos, por lo que lo hace desde criterios teleológicos.⁵⁶

Los criterios deontológicos se manifiestan en proposiciones imperativas que obligan de modo absoluto y sin excepciones: “mentir es malo”. Las excepciones a estos principios no pueden venir de las consecuencias por lo que no son consideradas como relevantes.

Los criterios teleológicos en los que se basa el utilitarismo son las consecuencias, los riesgos, el bienestar y la maximización, de ahí que esta forma de pensamiento tuviera origen con grandes economistas como David Ricardo, Adam Smith y John Stuart Mill. El primero formuló la “ley de rendimientos decrecientes” en la que establecía que la inversión y el crecimiento no son magnitudes directamente proporcionales, ya que el incremento constante de la inversión no va seguida del aumento de rendimiento económico. Más tarde, Wilfrido Pareto establecería la premisa conocida como “óptimo Pareto”, de esta forma se establece el punto de máxima utilidad: toda economía tiene por objeto ajustar las inversiones a este principio para conseguir los máximos rendimientos a los mínimos costos. Este

⁵⁶ Diego Gracia afirma que la teoría moral de la bioética tiene dos momentos diferentes pero compatibles: uno, deontológico y, otro, teleológico, porque sus principios, en tanto que materiales y deontológicos, distan de ser absolutos, es decir, sin contradicción alguna. En consecuencia, en todo análisis bioético se tienen que revisar primero los principios morales vigentes y después considerar las consecuencias previsibles. Cfr. Gracia, Diego. *Cuestión de principios*. Univesidad Carlos III de Madrid y Dykinson. Madrid. 1997. Págs. 21-29. En este mismo sentido, pero años antes, cabe mencionar que Carlos Nino al preocuparse por la teoría ética no se consideraba como un deontologista puro, sino más bien moderado, ya que no excluía las consecuencias tan fácilmente. Consideraba relevante para el análisis moral la evaluación de algunas consecuencias de las acciones además de otros factores. Cfr. Carlos Santiago, Nino. *Ética y derechos humanos*. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1989. Págs. 336-337.

principio de economía puede aplicarse también a la moral, por ejemplo, la utilidad es un criterio de justicia tanto distributiva como conmutativa, eso fue lo que intentó demostrar Jeremy Bentham, el padre del utilitarismo moral, al decir que el gobernante no tiene más objetivo que el logro de la máxima felicidad de sus súbditos, para ellos se tiene que ceñir al principio: “la mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo y lo injusto”.

Los juicios éticos basados en la maximización de la utilidad pueden traducirse en criterios específicos. El primero, el “óptimo de Pareto”, según el cual una configuración es óptima si no existe otra que mejore las condiciones de alguno de los implicados, sin que otro u otros reciban un perjuicio: aquél punto en el que todos resultan beneficiados y ninguno perjudicado, pero desgraciadamente en bioética la mayoría de las veces no es posible establecer este equilibrio. Otra vía es la que establecieron los economistas John Hicks y Nicolas Kaldor al elaborar un criterio más amplio que el anterior que permitía aceptar una acción como eficiente o eficaz, no sólo si era buena para cada uno, sino también si podía mejorar la situación de cada uno, aunque de hecho pudiera no hacerlo, continua en la actualidad esta fórmula de análisis: costo/beneficio (ACB) y costo/eficacia (ACE).

El análisis bioético que se haga bajo el fundamento utilitarista establece como premisas: a) La fórmula indefectible de costo/beneficio/utilidad, la cual evalúa no sólo los costos económicos de la posible decisión, sino también los riesgos, los intereses o preferencias y las consecuencias que se puedan originar de optar por tal o cual camino. Y b) La igualdad para considerar los intereses de los involucrados y su posibilidad de acceso a los servicios de salud. De esta forma el utilitarismo bioético no suele ser “puro” sino “modificado” ya que acepta la existencia de reglas (no deontológicas pero si naturales) como: el respeto de las personas (autonomía), el bienestar (beneficencia) y la equidad (justicia); esto provoca que exista un utilitarismo de reglas frente a un utilitarismo de acto, éste último se da cuando estas reglas entran en conflicto, ya que para resolverlo se apela al criterio de consecuencias, por tanto, un acto será utilitariamente bueno cuando en el conflicto entre reglas se elija aquella que maximiza las consecuencias buenas y

minimiza las malas. Las fórmulas ACB y ACE no juegan en el utilitarismo ético otra función que la de resolver conflictos de reglas en un acto concreto por medio de la ponderación de consecuencias. Las consecuencias no anulan o derogan los principios, sólo los ordenan.⁵⁷

1.5.2 El principialismo.

Esta corriente bioética deriva precisamente del utilitarismo característico de las sociedades anglosajonas. El 12 de julio 1974 en Estados Unidos se crea la *Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la investigación Biomédica y de la Conducta*⁵⁸ ante la urgente necesidad de dar respuesta ética a los múltiples problemas que se estaban suscitando como consecuencia de los grandes avances en las ciencias biomédicas, pero en el fondo se buscaba un equilibrio entre el código único y el múltiple: intentando respetar las conciencias individuales y a la vez estableciendo algunos principios o criterios objetivos respetables en una sociedad plural. El trabajo de la comisión tuvo como resultado el Informe Belmont del 18 de abril de 1979 en el que se establecieron los principios de autonomía, beneficencia y justicia como correlativos de las reglas del utilitarismo ético: el respeto de las personas, el bienestar y la equidad; el establecimiento de esos principios es el logro más grande del utilitarismo bioético.

Tom L. Beauchamp y James F. Childress, como los grandes exponentes de esta corriente, parten del criterio utilitarista de que la obligación moral básica es lograr el mayor bien posible para todos, o al menos, para la mayoría (principio de beneficencia); pero para lo que para unos es bueno, para otros puede ser malo, por lo que la realización del bien ha de contar con la aceptación de aquél a quien se hace (principio de autonomía); consecuentemente, no hay beneficencia sin autonomía, es decir, los fines han de ser siempre los más beneficiosos posibles, y quienes tienen que reconocerlos como tales, son los interesados. En el binomio autonomía-

⁵⁷ Cfr. Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Págs. 258-285..

⁵⁸ El cronograma, los participantes y el índice de la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (NCPHS) está disponible en la página <http://www.georgetown.edu>

beneficencia que ellos proponen se fundamenta la ética de máximos, es decir, la ética que depende siempre del propio sistema de valores, es decir, del propio ideal de perfección y de felicidad que la persona se haya trazado. Los principios de la bioética es el tema central del próximo capítulo por lo que no abundaré más en este momento.

1.5.3 El personalismo.

Esta postura afirma que los criterios morales hay que buscarlos en la naturaleza personal del hombre. Se trata de localizar en qué consiste la plena realización del hombre y los valores que la promueven, se trata de localizar a través de qué elecciones transcurre la realización de todo el hombre en todos los hombres.⁵⁹ La vida humana no es un concepto abstracto sino que se verifica y materializa en cada persona concreta de carne y hueso. Establece que los más razonables admiten con relativa facilidad que cada una de esas vidas en concreto constituye el valor ético fundamental, que ha de ser respetado durante cualquier intervención biomédica o simplemente científica. La libertad y la técnica están al servicio de la vida, y no al revés. Esto significa que sólo la vida es valor absoluto y que todos los demás son relativos, incluida la libertad.

De lo dicho se infiere que en el ámbito de la bioética la persona humana concreta, es decir, el individuo, el ser humano en cuanto ser vivo real, debería prevalecer como criterio ético básico referencial, al cual deben subordinarse todos los demás. Cualquier valor ético, o es la vida misma o se reduce a ella. Cualquier escapada fuera del área de la vida constituye un atentado ético explícito o implícito en función del grado de lealtad o tradición a la misma. Por lo mismo, la bioética debería considerar a toda persona humana concreta viviente en su unidad sustancial o totalidad unificada, teniendo en cuenta la integridad de su realidad corporal, psíquica y espiritual. La concepción materialista del hombre tiende al reduccionismo somático y orgánico, y la

⁵⁹ Cfr. Ciccone, Lino. Op. Cit. Pág. 29.

dualista al animismo iluso, no menos desfigurativo de la realidad viva de la persona humana que el materialismo.

La persona humana se caracteriza también por su capacidad de relacionarse con sus semejantes y con el resto de la naturaleza. La unicidad e irrepetibilidad de cada persona individual se proyecta en los demás mediante la sociabilidad como mecanismo de sobrevivencia. El respeto absoluto a cada vida se convierte en la garantía suprema de la convivencia social en la que tenemos que conjugar nuestra vida con la de los demás. Y todo ello en un contexto de libertad responsable, la cual resulta imposible cuando hay dudas sobre el respeto primordial a la vida de todos sin excepción. Aparece así la dimensión ética del hombre en tanto cualifica el valor de sus acciones desde el valor radical de la vida como paradigma universal irrenunciable. Es así como surge después de forma natural la cuestión de los derechos del hombre y su protección efectiva mediante normas y leyes sobre la base del derecho fundamental a la vida, ya que sólo en base a ella es razonable y justo hablar y defender todos los demás.⁶⁰

Como guías de acción que deben especificarse en cada decisión y fundamentados en una bioética personalista, se han establecido algunos principios:

El primero de ellos se refiere al valor fundamental de la vida humana. Como explica Sgreccia,⁶¹ la vida corpórea y física del hombre no es nada extrínseco a la persona sino que representa el valor fundamental de la persona, se defina a ésta en la forma que se defina. Es valor fundamental porque aunque la persona no se agota en su cuerpo, éste es esencial a la misma en cuanto se constituye en el fundamento único por el cual la persona se realiza y entra en el tiempo y en el espacio. A través de él expresa otros valores como la libertad, la sociabilidad y el mismo proyecto de futuro.

⁶⁰ Blazquez, N. Op. Cit. Págs. 131 y ss.

⁶¹ Cf. Sgreccia, Elio. *Manual de Bioética*. Tomo II. Diana. México. 1996. Pág. 491.

Esto no supone que si la única solución para la búsqueda del bien total y espiritual de la persona y sus bienes morales exigiera el sacrificio de la propia vida este acto, el del mártir, no sea loable. Se debe pues aclarar que salvo la circunstancia comentada, el respeto de la vida humana, su defensa y promoción, tanto de la ajena como el de la propia, representa el primer imperativo ético. Al ser la persona una totalidad de valor, o como se dice desde la perspectiva kantiana, lo que nunca puede ser utilizado como medio sino como fin en sí mismo, no se puede justificar el sacrificio de una vida inocente por el bien social, pues la persona no es en sentido estricto una parte de la sociedad.

En esta perspectiva se entiende que el derecho a la vida precede al derecho a la salud y, por tanto, no se puede anteponer el derecho a la salud de una persona respecto al derecho a la vida de otra, y mucho menos preferir el uno al otro dentro de la misma persona (aborto terapéutico y el eugenésico).

El segundo principio propuesto es el de libertad y responsabilidad. Este principio requiere una previa aclaración: el derecho a la vida es anterior al derecho a la libertad. Esto no se justifica en que para ser libre se requiere estar vivo en cuanto la vida es condición indispensable del ejercicio de la libertad. Este principio entra en juego en toda una serie de problemas de la ética médica contemporánea como en el de los surgidos a raíz de la extensión del supuesto derecho a la eutanasia, eufemísticamente denominado “derecho a una muerte digna”. Igualmente actúa en cuestiones como la terapia obligatoria de enfermos mentales o frente al rechazo de la terapia por motivos religiosos.

Este principio de libertad y responsabilidad sanciona el deber moral del paciente de colaborar a los cuidados ordinarios y a salvaguardar su vida y la de los demás. Esta libertad tiene su contrapartida en la libertad-responsabilidad del médico que no puede transformar la terapia en una constricción obligatoria cuando no está en juego la vida del paciente.

El tercero es el principio de totalidad o principio terapéutico. Es uno de los principios más clásicos que la bioética ha tomado de la ética médica. Se

fundamenta en el hecho de que la corporeidad humana es un todo unitario resultante de la conjunción de partes distintas que están unificadas orgánica y jerárquicamente en la existencia única y personal. De esta forma al aplicar el principio terapéutico no se contradice sino que se refuerza el principio de salvaguarda de la vida humana.

Este principio requiere una serie de condiciones para aplicarse. Que se trate de una intervención sobre la parte enferma o que es causante directa del mal a fin de salvar el organismo sano; que no se observen otros medios para superar la enfermedad; que haya una buena posibilidad de éxito; y que se obtenga el acuerdo del paciente. Este principio se aplica no sólo en caso de intervención quirúrgica general sino también en los de esterilización terapéutica, trasplante de órganos, etc.

El principio ha sido extendido por algunos más allá de la estructura orgánica para incluir en él el bienestar psicosomático del paciente. Considera Sgreccia inadecuada esta proyección, por cuanto en buena medida, se proyecta un fin sin atender a los medios utilizados.

Finalmente conviene referirse al principio de socialización y subsidiariedad.⁶² Por este principio se mueve a toda persona singular a realizarse a sí misma en la participación de la realización de sus semejantes. En el caso de la salud, se considera a la propia vida y la de los demás, como un bien que no es sólo personal, sino también social y se exige a la comunidad a promover el bien común, promoviendo el bien de cada uno.

En el ámbito de la salud se observa la evidencia del resto de la vida social por la que el bien de cada uno depende de los actos de los demás, en este caso la salud de cada uno depende de los actos de los otros.

Surge así una obligación social de garantizar la salud de los ciudadanos aún a costa de restar bienes a los que se encuentren en buena situación

⁶² Véase: Velasco, Juan María de. *La bioética y el principio de solidaridad*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003. Págs. 185-224.

económica o estén sanos. Este concepto se combina con el de subsidiariedad, tan de moda tras el tratado de Maastrich y que es formulado por la doctrina social cristiana. Por él, la autoridad pública debe actuar subsidiariamente de los grupos sociales, respetando su ámbito de autonomía y no intentando suplantar o sustituir las iniciativas libres de los distintos grupos.

Para Andorno,⁶³ los tres últimos principios pueden considerarse paralelos a los principios de autonomía, beneficencia y justicia, respectivamente. Pero subraya que tal equivalencia no es tan sencilla ya que las bases y las consecuencias prácticas de los dos sistemas no son iguales: El primero se apoya en una ética objetiva, el bien es visto como algo que trasciende a los sujetos que intervienen; en cambio, en el sistema anglosajón, se inclina fácilmente al lado del relativismo y tiende a dar preeminencia al acuerdo de voluntades celebrado entre el médico y el paciente, como si no pudieran ser juzgados desde el exterior sobre la base de criterios objetivos sustanciales.

⁶³ Andorno, Roberto. Op. Cit. Págs. 41-42.

CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO.

PRIMERA.- Si bien Potter fue quien en 1970 le dio el nombre a la bioética, existieron tres factores o momentos históricos que propiciaron su nacimiento y su exponencial desarrollo: la medicina hipocrática, el paternalismo médico y los inimaginables avances científicos del siglo XX. Los elementos propios de cada uno de ellos, no deben ser anulados, sino interpretados en el contexto de la medicina actual. La medicina hipocrática aporta la idea de excelencia, es decir, el deber del médico de ajustar sus conocimientos con su conducta moral, más que por una exigencia legal, por una necesidad ética. En este sentido el médico actual tiene que volver a ser hipocrático, no debe conformarse con un referente jurídico que guíe su actuación profesional, debe, además, desarrollar una reflexión ética. También aquí se incluye en el concepto salud al cuerpo y al alma, por lo que el médico también tenía la obligación de “orientar” al paciente en relación a su vida moral. El médico actual no debe “orientar” la vida moral de sus pacientes, sino promover la deliberación, considerándolos no sólo como cuerpo, como órgano o sistema, sino como persona con múltiples dimensiones que se ven afectadas con la enfermedad. La medicina de corte paternalista mantiene como premisa fundamental el bienestar del paciente por lo que no permite su participación en la toma de decisiones: a la autoridad científica y moral del médico le corresponde la obediencia física y moral del paciente. Sería un craso error que ante las expectativas de este siglo, el médico se mantuviera en el orden clásico de la beneficencia o buscara refugio en la idea liberal de la autonomía, y con esto no se pone en tela de duda la obligación de buscar el bien del paciente, sino el referente y el contenido de ese fin. Las respuestas a los grandes problemas de la humanidad de ayer y de hoy no suelen estar en extremos, más bien en puntos intermedios para elegir la mejor alternativa a partir de la inclusión, de la participación y del consenso. Por último, los avances científicos, sobre todo en el terreno de la medicina, fueron el detonante para las reflexiones éticas acerca de lo que estaba haciendo el hombre. El positivismo que había neutralizado estas reflexiones, sucumbe ante el vacío que experimenta esa ciencia y esa tecnología. Por ello, urge un nexo que vincule ciencia y ética, que lejos de dar preeminencia a alguna de ellas, permita su interacción: facilitando la

investigación, impulsando el conocimiento científico, promoviendo valores, aportando mecanismos de toma de decisiones, dialogando con otras disciplinas, etc.

SEGUNDA.- La bioética se halla en un momento crucial, ya que en la actualidad existe una conciencia generalizada entre los profesionales sanitarios de que los conflictos de valores son cada vez más graves, y de que su incorrecta solución deteriora gravemente la calidad de la asistencia sanitaria. Lo que ahora se necesitan son procedimientos claros y operativos que permitan el análisis metodológico y racional de esos problemas y faciliten su solución, si ella es posible.

TERCERA.- Para que la bioética tenga éxito en sus análisis debe tener un enfoque y unos procedimientos independientes de las creencias religiosas, lo cual no supone su rechazo ni su incompatibilidad con alguna religión, debe ser laica. Tan prejudicial es el anticlericalismo, es decir, dejar de lado las creencias de las personas involucradas; como el secularismo, dejar que el eje de la discusión ética sean las creencias religiosas dejando fuera otros factores. La bioética no puede luchar contra la pluralidad moral ya que sería contradecir algunas de sus cualidades básicas: la tolerancia y el respeto. Las diversas posturas en torno a un mismo tema son evidentes e insoslayables, por tanto, la bioética no busca ser dueña de la única verdad, ni busca respuestas últimas y definitivas sobre cuestiones morales sustantivas, más bien busca una continua, integradora y deliberativa reflexión de cuestiones más trascendentales del ser humano. Esta disciplina no es exclusiva de una profesión o de un rol social determinado, entre más sean las áreas de conocimiento que confluyan con ella, mayores serán los elementos a tomar en cuenta y, consecuentemente, mayores serán los alcances de sus pronunciamientos.

CUARTA.- El análisis bioético tiene dos momentos: el deontológico y el teleológico. No sólo por el estado actual de la ciencia, ni por la pluralidad social, sino por la naturaleza misma del hombre no puede haber deberes que carezcan de excepción alguna. Los principios expresan deberes, y pretender que estos sean absolutos, es decir, sin excepciones, es una tarea difícil, más

bien imposible de probar. De tal forma, la bioética no puede ser absolutista, mediante el consenso y la deliberación no se puede llegar a premisas aplicables de igual forma a todos los casos. La bioética tampoco puede ser relativista, o sea, considerarse incapaz de establecer algunos acuerdos básicos para la convivencia social, tomando decisiones a la ligera. La existencia y reconocimiento de los principios (de los deberes) demuestra que la sociedad está de acuerdo con determinado tipo de comportamiento, pero éstos deben de encuadrarse a la vista de las circunstancias y de las consecuencias del caso concreto.

CAPÍTULO 2

LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA MÉDICA

El gran maestro siempre ayuda a pensar, a crear y,
en consecuencia, a ir más allá de él.

Diego Gracia

2.1 ORIGEN DE LOS PRINCIPIOS.

El enfoque más extendido en la actualidad para tratar sobre problemas bioéticos es el denominado “principlismo” o “bioética de principios”. Como se dijo en el capítulo anterior, esta postura tiene su origen en el Informe Belmont de 1979¹ y que es resultado de los trabajos de la *Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la investigación Biomédica y de la Conducta*, creada por el Congreso Norteamericano en el año 1974, ante la fuerte tensión política de los defensores de los derechos civiles que protestaban por el conocimiento público en 1972 del estudio de sífilis no tratada en la población negra de Tuskegee, Alabama a fin de estudiar la historia natural de la enfermedad y, por otro lado, los grupos conservadores que se oponían a la investigación con células embrionarias procedentes de abortos. La tarea encomendada a la Comisión consistía en la consideración de los siguientes puntos: los límites existentes entre la investigación biomédica y la práctica rutinaria de la medicina, los criterios de riesgo/beneficio en las investigaciones que formen parte seres humanos, guías de consulta apropiadas para la selección de temas y sujetos que participen en esas investigaciones y, por último, el consentimiento informado.

¹ El texto del Informe Belmont puede ser consultado en la página <http://www.unav.es/cdb/usot-belmont.html>

El informe comienza haciendo un recuento de los beneficios sociales que ha aportado la investigación científica, pero también llama la atención sobre los abusos que se han producido con las experimentaciones biomédicas en sujetos humanos, especialmente en la Segunda Guerra Mundial. Es consciente del peligro de instrumentalizar a las personas que se someten a ensayos clínicos, expresa la dificultad que presenta el exponer a personas a ciertos riesgos sin saber si la investigación generará beneficios; igualmente se plantea el problema que puede suponer el decidir cuándo es justificable intentar obtener ciertos beneficios a pesar de los riesgos en juego; también hace hincapié en el tema de la experimentación con niños, puesto que carecen de autonomía y decisión propia, se tiene que decidir si ellos pueden ser objeto de instrumentalización. Esencialmente, manifiesta la necesidad de cambiar el método clásico, abandonando el sistema de reglas y normas como primera aproximación por unos principios más generales: Los códigos consisten en reglas, algunas generales, otras específicas, que guían a los investigadores o a quienes evalúan la investigación en sus trabajos, pero a menudo estas reglas son inadecuadas si se tratan de aplicar a situaciones complejas, la mayoría de las veces las reglas entran en conflicto mutuo, haciendo difícil su aplicación e interpretación; en cambio, los principios son juicios prescriptivos generales capaces de ayudar a los científicos, a los participantes, a los evaluadores y a los ciudadanos interesados en entender los problemas éticos inherentes a la investigación científica que involucra seres humanos, su objeto esencial será el de proporcionar un marco analítico que servirá de guía en la resolución de problemas éticos planteados.

Este informe no descubre ningún nuevo principio, su originalidad consiste en unir, como criterio de valoración, tres principios éticos que proceden de distintas tradiciones y épocas. En consecuencia, señala que deben observarse tres principios bioéticos fundamentales para la investigación con seres humanos: 1) El principio de autonomía o de respeto por las personas, que tiene como objetivo respetar la libre decisión de las personas que participen en los ensayos clínicos, para ello es necesario que la persona tenga la capacidad suficiente para poder disponer de ella misma, libre de toda coacción y con la información precisa acerca de la prueba a la que se va a

someter; es decir, que actúe de forma libre, consciente y responsable; 2) el principio de beneficencia, al que se le pretende dar un sentido de obligatoriedad que vaya más allá de una mera bondad o caridad, se busca maximizar los posibles beneficios y minimizar los posibles daños y; 3) el principio de justicia, que adopta la forma de justicia distributiva, es decir, se debe ser equitativo a la hora de seleccionar a las personas que participen en las investigaciones biomédicas, lo que implica que el factor determinante para elegir a las personas que participen en ensayos clínicos no sean simplemente el de pertenecer a un determinado grupo social o racial (personas confinadas en instituciones, personas de color, pacientes pobres, etc.), que no sean los sectores sociales más desfavorecidos los que tengan que soportar las cargas de las instituciones (posibles riesgos o daños) y los que se encuentren en una posición favorable disfruten especialmente los beneficios (los que tengan acceso a la medicina privada, por ejemplo), consecuentemente busca establecer criterios de igualdad entre las personas: a cada persona igual cuota/porción, a cada persona de acuerdo con su necesidad individual, a cada persona de acuerdo con su esfuerzo personal, a cada persona de acuerdo con su contribución social y a cada persona de acuerdo a sus méritos. Los dos primeros fueron propuestos por Engelhardt y el último por Beauchamp, quien además fue el responsable de la redacción final del informe.

Un año más tarde, Tom L. Beauchamp (catalogado como utilitarista) y James F. Childress (básicamente kantiano), publicaron el libro *Principles of Biomedical Ethics*² donde añadieron un cuarto principio: el principio de la no-maleficencia; además, extendieron su aplicación más allá del ámbito de la investigación con seres humanos para cubrir también los problemas éticos de la práctica médica y asistencial. El desenvolvimiento histórico de la bioética no se puede entender sin la existencia de ese libro, todas las teorías de la bioética han surgido en torno al diálogo en torno a la posición principialista, ha sido el eje en el cual se adopta una postura, ya sea a favor o ya sea en contra.³

² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit.

³ Manuel Atienza afirma que los principios de bioética constituyen un punto de partida obligado en cualquier discusión que se pueda entablar con médicos, biólogos, bioeticistas, etc. en temas como la eutanasia, los trasplantes de órganos, el genoma humano, la optimización de recursos en medicina intensiva, la asistencia de enfermos de SIDA o la experimentación con algún

2.2 PRINCIPIOS *PRIMA FACIE*.

En el emblemático libro *The Right and the Good*⁴ editado en 1930, William David Ross concibió que la vida moral se fundaba sobre varios principios autoevidentes que todos los seres humanos consideraban *prima facie* obligatorios: cumplir las promesas, reparar los daños, ser justo, etc., en su lista incluyó, además, los principios de justicia, no-maleficencia y beneficencia, afirmando que la no-maleficencia (no hacer daño) tiene prioridad sobre el de beneficencia (hacer el bien); esa jerarquía es también posible entre otros principios *prima facie*, ya que los principios que expresan deberes de obligación perfecta⁵ porque son más vinculantes que los derivados de obligación imperfecta, en otras palabras, en la vinculación de obligaciones *prima facie* no pueden establecerse reglas absolutas, sino sólo una vinculación en grado muy alto.

Beauchamp y Childress adoptan la terminología *prima facie* de Ross, pero en un sentido diferente. Afirman que han existido tres tipos de teorías para explicar esos deberes o principios, todas ellas inadecuadas para aprehender la naturaleza de las normas y los razonamientos morales: a) Las que reconocen la existencia de reglas móviles que no son más que un resumen de la existencia pasada pretendiendo resolver los problemas presentes, b) las que los consideran como principios absolutos carentes de excepciones y, c) las que establecen un orden jerárquico entre normas morales.

nuevo fármaco. Además sostiene que los principios ofrecen respuesta a cuatro problemas generales: a) ¿Quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el Estado)? b) ¿Qué daño o qué beneficio se puede (o se debe) causar? c) ¿Cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás? y d) ¿Qué se debe decir y a quién? De esta forma Cfr. Atienza, Manuel. *Juridificar la bioética*. Doxa. No. 8. España. 1998. Pág. 77 y ss. Y Atienza, Manuel. *Juridificar a la bioética*, en Vázquez, Rodolfo (Comp.). Op. Cit. Pág. 64.

⁴ Ross, William David. *Lo bueno y lo correcto*. Trad. Leonardo Rodríguez. Sígueme. Salamanca. 1994.

⁵ Deberes de obligación perfecta no los entiende del modo kantiano. Kant dice que los deberes de obligación perfecta su transgresión no puede ser ni siquiera pensada como máxima universal, no pueden tener excepciones. Estos deberes pueden afirmarse como absolutos, ya que carecen de excepciones.

De acuerdo con estos autores, los principios son normas muy generales (en el sentido de que su ámbito de aplicaciones es muy amplio y su contenido muy abstracto), *prima facie* vinculantes (vinculan siempre a menos que otra obligación moral concurrente tenga más peso en las circunstancias particulares del caso) e independientes (ningún principio está contenido en otro). Los principios se diferencian de las reglas (*rules*), ya que éstas últimas son más específicas en su contenido y restringidas en su ámbito, en tanto que los principios dejan mucho espacio para la deliberación de los casos particulares. Las reglas son guías precisas para la acción acerca de cómo se debe actuar, y los principios son abstracciones generales de acción. En consecuencia, a los principios no les asignan criterios de prioridad o rango jerárquico como lo hiciera Ross.

Es un error querer derivar el sistema de ambos autores directamente a Ross cuando ellos reconocen la influencia que ha tenido sobre ellos el libro *Ethics* de William Frankena.⁶ Éste autor considera que la idea de Ross es muy importante por lo que decide aceptarla y usarla, pero existen dos problemas que le inquietan: El primero es que la deontología radical de Ross no da ningún criterio que permita saber cuáles han de ser los deberes *prima facie* y, el segundo, que tampoco ofrece un criterio de cómo se deben resolver los conflictos entre ellos.

Ross es reconocido por ser uno de los grandes estudiosos de la obra de Aristóteles quien buscó encontrar un criterio para saber decidir qué es bueno y qué es malo en el orden de las cosas concretas: la búsqueda del término medio; por ello concibe que la intuición no sólo se da en el orden de los deberes *prima facie* (los principios que son consideradas como obligatorios, y que cuando no entran en conflicto entre sí, deben ser respetados) sino también en su proceso de jerarquización en razón a las circunstancias concretas, de modo que la *actual duty* (cuando por las circunstancias del caso, dos o más principios entran en conflicto hay que conceder prioridad a uno sobre los otros) también se realiza intuitivamente. Para él no todo es intuición, ya que se

⁶ Frankena, William K. *Ethics*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall. New York. 1963.

necesita evaluar todas las circunstancias que concurren en el caso concreto y, una vez definida la situación concreta, el establecimiento del deber prioritario se establece de modo intuitivo, por una especie de sentido moral.

Por otra parte, Frankena propone un deontologismo mixto: que combina utilitarismo y deontología, es decir, el criterio último para decidir lo correcto de lo no correcto (la obligación moral) es el principio de utilidad o de beneficencia, en cuanto que el fin de todas las acciones es el mayor saldo posible del bien sobre el mal; reconoce que también es necesario el principio de equidad que permita determinar cuándo una distribución es justa. De tal forma propone un principio como motor verdadero de la vida moral, siendo el marco de referencia de todos los demás: el principio de benevolencia, dos principios básicos u obligaciones *prima facie*: el de beneficencia o utilidad y el de justicia, y de ellos pueden derivar otros principios básicos menores. Ross, a diferencia de Frankena no hizo ninguna concesión al utilitarismo, sin embargo, el sistema de Beauchamp y Childress es básicamente utilitarista.

Para Frankena el sistema de los principios tiene una estructura gradual: hay un principio marco de carácter formal, dos básicos mayores y varios menos obligatorios de carácter derivado. En tanto que Beauchamp y Childress ampliaron el número de principios *prima facie* a cuatro, adoptando, por una parte, las conclusiones del Informe Belmont y, por otra, la sugerencia de Ross de que el principio de no-maleficencia es distinto del de beneficencia; a la vez, aplicaron el criterio establecido por Frankena de que es imposible establecer un orden jerárquico por lo que deben ser considerados como del mismo nivel.⁷ Además, se plantearon un doble objetivo: ampliar el campo de aplicación de los principios desde el área de la experimentación humana a toda la bioética y, al mismo tiempo, realizar una sistematización rigurosa del modelo principialista, justificando dichos principios desde criterios éticos reconocidos; los principios proporcionan un método para afrontar los problemas que podrían surgir en

⁷ “A diferencia de Ross, ni priorizamos ni jerarquizamos nuestros principios, de esta forma evitamos que los principios sean intransigentes convirtiéndose en tiranos. En los conflictos complicados, puede que no exista una única acción correcta, ya que dos o más actos moralmente aceptables han entrado en conflicto y su peso es el mismo en las circunstancias dadas. En estos casos podemos exponer buenas aunque no contundentes razones que justifiquen más de un acto”. Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 98.

bioética, en ellos se basan para legitimar los fundamentos que la sostienen y para dar razones en los juicios morales que se realicen.

Finalmente, los cuatro principios de Beauchamp y Childress son compatibles tanto en las teorías deontológicas como en las teleológicas. Ellos definen a las primeras como las que juzgan las acciones como correctas e incorrectas de acuerdo con alguna característica distinta o adicional a las consecuencias; en tanto que las segundas, son lo contrario, juzgan la corrección o incorrección de las acciones sólo por las consecuencias. En esta parte adoptan íntegramente la aportación de Frankena.

En su libro analizan con detalle el utilitarismo (teoría basada en las consecuencias) y la ética kantiana (teoría basada en la obligación o el deber). Al ver aspectos favorables y negativos de cada una, deciden adoptar una postura mixta o ecléctica a la que denominan “teoría de la moralidad común basada en principios”: una teoría deontológica porque acepta un criterio de corrección distinto de las consecuencias, pero que acepta la evaluación de las consecuencias como una de sus premisas; es lo que en su tiempo Frankena denominó: “*A mixed deontological theory*”.

Se basan en un deontologismo pluralista que no admite jerarquización de principios y en el utilitarismo de la norma que admite unos principios generales que habrán de tenerse en cuenta en la situación concreta. Los principios, en tanto que son materiales y deontológicos, distan de ser absolutos y carecer de excepciones, lo cual lleva a la conclusión de que la teoría moral de la bioética es esencialmente teleológica, ya que los principios son *prima facie*, y que las normas que parecen absolutas lo son sólo virtual o usualmente, pero no completamente.

2.3 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O EL RESPETO DE LAS DECISIONES DE OTROS.

2.3.1 Beauchamp y Childress.

En el capítulo tercero de la obra cúlpe de Beauchamp y Childress titulado: “El respeto de la autonomía”, inician diciendo que el término “autonomía” no es unívoco y que puede ser estudiado desde diversos aspectos y teorías, pero resaltan dos requisitos presentes prácticamente en todas las teorías autonomistas: la libertad (independencia de influencias externas de control o coacción) y la acción (tener capacidad para realizar actos intencionales); sin embargo, también son conscientes de la diversidad de criterios que existen a la hora de entender estos requisitos.

Concordando con el contenido del Informe Belmont realizan una distinción fundamental en torno a la autonomía: ser autónomo y ser respetado como autónomo. Analizan las acciones autónomas y no el concepto metafísico de autonomía, es decir, lo hacen desde el nivel práctico, derivado de ello establecen una serie de condiciones indispensables para que la acción proveniente de una persona sea catalogada como autónoma: 1) Que se realice intencionalmente, 2) que se realice con entendimiento y, 3) que se realice sin influencias de control que determinen la acción. De estas tres condiciones, la primera no admite graduaciones, es decir, la intención para realizar un acto se tiene o no se tiene, no hay intención a medias. Sólo las dos últimas pueden tener grados, ya que la persona se puede tener mayor o menor grado de entendimiento o conocimiento respecto de una circunstancia específica,⁸ de igual forma la libertad puede estar más o menos determinada por factores externos; de tal forma que no es requisito *sine qua non* un grado absoluto de entendimiento y libertad, aunque bien constituye el ideal.⁹

⁸ La comprensión no tiene que ser completa, con entender los hechos relevantes suele ser suficiente. Ciertos datos son irrelevantes o triviales, otros, en cambio, son fundamentales, probablemente decisivos. Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 149.

⁹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 116.

Ser respetado como autónomo supone reconocer el derecho de la persona a realizar sus elecciones con criterio propio, sobre la base de valores y creencias personales; de tal forma, que ser respetado como autónomo no supone compartir una fundamentación metafísica de la autonomía, sino que simplemente consiste en reconocer y aceptar un derecho que tiene todo individuo al actuar bajo determinadas condiciones y circunstancias.

También advierten que una persona en un mismo momento puede estar capacitada para realizar determinadas acciones autónomas y no tener la suficiente competencia para otras o, aún teniendo aptitud para esas tareas, no las realiza; y ponen el ejemplo de una persona autónoma que firma una forma de consentimiento informado sin haberlo leído o sin entenderlo, en este caso, está capacitado para actuar autónomamente, pero en esta ocasión no lo ha hecho; de igual forma personas que no tienen la capacidad de actuar autónomamente como los débiles o enfermos mentales, pueden tomar decisiones autónomas como elegir tal o cual comida, hacer una llamada, etc.

Este principio implica no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas, sino también la de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma, mitigando los miedos y todas aquellas circunstancias que puedan dificultar o impedir la autonomía del acto. Por ello, este principio puede formularse tanto positiva como negativamente. Positivamente, el principio nos obliga a ser respetuosos con la revelación de la información y a favorecer la adopción de decisiones autónomas. Negativamente, el principio dice que las acciones autónomas no deben ser limitadas por otros.

Afirman que para que este principio sirva como guía práctica para la conducta tiene que ser especificado en función del contexto, especificación que dará lugar a derechos y obligaciones de libertad, intimidad, confidencialidad, sinceridad y consentimiento.

Las siguientes reglas (más específicas) encontrarían apoyo en el principio de autonomía: 1) Decir la verdad, 2) respetar la intimidad de otros, 3)

proteger la información confidencial, 4) dar información suficiente al paciente sobre su padecimiento, 5) obtener el consentimiento de los pacientes para intervenir y, 5) cuando así lo solicite, ayudar a adoptar decisiones importantes.

El principio de la autonomía ha conducido al concepto: consentimiento informado y a la elaboración de numerosas cartas sobre derechos del paciente o del enfermo, que en opinión de Juan María de Velasco¹⁰ es una muestra del camino recorrido de la bioética aunque su campo de actuación se ha reducido casi exclusivamente al mundo de terapéutica médica y de los ensayos clínicos: el campo de la biomedicina.

Los autores a los que ahora nos referimos, conciben el consentimiento informado como un proceso temporal en el que paulatinamente se van estableciendo causas de información y asentimiento: de esta manera no lo reducen a la mera formalidad o protocolo de la firma de un formato médico-legal, mediante el cual se da el consentimiento de una intervención médica específica o a la participación en un determinado ensayo clínico. En el consentimiento informado reconocen y diferencian los elementos que lo integran y las características que debe reunir para salvaguardar una competencia que consideran necesaria y a la que definen como la capacidad para realizar una acción,¹¹ requisito indispensable para no violar el principio.

Señalan, además, los elementos relevantes del consentimiento informado: 1) Competencia (capacidad para comprender y decidir); 2) informar (revelar información); 3) entendimiento; 4) voluntariedad (actuar sin influencias o persuasiones¹², manipulaciones¹³ y coacciones¹⁴ de otros) y; 5) consentimiento. A partir de ellos elaborar la definición del término: El

¹⁰ Cfr. Velasco, Juan María de. Op. Cit. Págs. 70 y ss.

¹¹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Págs. 126-128.

¹² La persuasión es la influencia emocional intencional y lograda de inducir a una persona, mediante procedimientos racionales, a aceptar libremente las creencias, actitudes, valores, intenciones o acciones defendidos por el persuasor.

¹³ La manipulación es la influencia intencional y efectiva de una persona por medios no coercitivos, alterando las elecciones reales al alcance de las personas, o alterando por medios no persuasivos la percepción de esas elecciones por la persona.

¹⁴ La coerción o coacción es cuando una persona, intencional y efectivamente, influye en otra amenazándola con daños indeseados y evitables, tan severos que la persona no puede resistir el no actuar a fin de evitarlos.

consentimiento informado se da cuando una persona es competente, al recibir información minuciosa, para actuar de forma voluntaria y consciente y, en base a ella, da su consentimiento a una determinada intervención o participación en un ensayo clínico.

Cabe recordar que el término “consentimiento informado” tuvo nacimiento en el contexto legal de los Estados Unidos, plasmando en una ley la obligación general de que la asistencia sanitaria sea razonable y ofrezca toda la información necesaria; ellos resaltan la necesidad de que el sistema legal tenga un mecanismo útil y practicable para valorar tanto los perjuicios como las responsabilidades; además, normas o modelos de divulgación acerca de lo que se entiende por información suficiente, indispensable para tomar en consideración las circunstancias en las que se encuentra no sólo el paciente, sino también, el equipo sanitario y la institución responsable y, el alcance que ésta tiene para la toma de decisiones.¹⁵

2.3.2 Diego Gracia.

Este autor, como lo acostumbra en su metodología, primero hace un estudio exhaustivo desde la perspectiva filosófica y antropológica; el principio de la autonomía no es la excepción, por lo que examinar algunas de sus aportaciones nos ayudará a comprender mejor este principio.¹⁶

Afirma que en el siglo XIX la sociedad se caracteriza por ser una población anónima de personas desconocidas. La actividad pública, como el trabajo, y la vida privada, como la familia, se hallan separadas; la persona en vida privada puede elegir con mayor libertad y autonomía su género de vida. La privacidad es el reducto conquistado y construido por la cultura moderna para la defensa de lo más propio y autónomo, de las señas de identidad personal.

¹⁵ La perspectiva, las opiniones y las recomendaciones del profesional son a menudo necesarias para que la decisión sea razonable. Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 139.

¹⁶ Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Págs. 121-189.

De esta forma se configura el espacio íntimo o individual y el espacio privado o familiar frente al espacio público. Éste último tiene dos sentidos: El primero, un espacio común, anónimo y, el segundo, un espacio estatal. La privacidad y la intimidad son parcelas que se ganan no tanto a la sociedad como al Estado. Max Weber pensaba que la moral privada está basada en principios deontológicos, por tanto es una moral de la convicción; en tanto que la pública se rige por criterios puramente teleológicos, por ello es una moral de responsabilidad.¹⁷

Hace una interesante comparación entre el paternalismo y la privacidad. Todavía hasta el siglo XVIII las relaciones familiares, religiosas, políticas y, por supuesto, la médica eran estrictamente paternalistas (véase punto 1.1.2). Este tipo de relaciones cambiaron a partir del siglo XIX con la entrada del modelo liberal: la necesidad de controlar el poder del Estado, sometiéndolo a normas jurídicas y éticas razonables, para ello se tuvo que formular una tabla de derechos inalienables de los hombres en su estado de naturaleza, es decir, antes de cualquier contrato social, y que serían fundamento de éste. Efectuado el contrato social la diferencia ya no es entre estado de naturaleza y sociedad civil, sino entre lo público y lo privado. Las relaciones que se regían por el paternalismo ahora lo hacen conforme a la privacidad, son diametralmente opuestas: el primero, se rige por el principio de beneficencia, mientras el segundo, por el de autonomía; el primero es de tipo vertical (yo mando, tu obedeces), el segundo es de tipo horizontal (todos mandamos, todos obedecemos). El modelo liberal aplicado a la medicina ha sido tardío respecto a otros ámbitos de las relaciones humanas, ha intentado entrar por medio de dos vías: a) La crítica de las medidas monopólicas que no permiten aplicar el modelo de oferta-demanda y, b) el control de la información por parte de los

¹⁷ El estudio propuesto por Weber sobre la racionalidad teleológica ocupa gran parte de su atención debido a que este tipo de racionalidad se ha vuelto paradigmática en el mundo contemporáneo. En su cuadro de tipología de la acción establece la diferencia entre la racionalidad estratégica y la racionalidad valorativa (ética). La racionalidad teleológica le permite al sujeto elegir los fines y los medios adecuados para alcanzar sus objetivos dentro de un horizonte valorativo claramente articulado que toma en consideración los efectos secundarios, aquí es donde se funda la ética de la responsabilidad. La racionalidad valorativa permite que el sujeto elija sus fines y medios para alcanzar de la manera más adecuada dichos fines, no toma en cuenta las consecuencias secundarias, se sustenta así la ética de la convicción. Cfr. Weber, Max. *El político y el científico*. Altaya. Barcelona. 1995.

médicos. El primero lo tratamos en el capítulo anterior, por lo que ahora nos enfocamos en el segundo.

Al enfermo poco a poco se le ha ido considerando como un ser adulto, autónomo, capaz de recibir toda la información y libre de tomar las decisiones referentes a su propio cuerpo: sobre su salud y su vida. El derecho que tiene una persona a decidir cuando se están tratando asuntos relacionados con su salud y su vida, es un derecho humano primario. Todo ser humano es autónomo y el enfermo también. De esto se desprende la evidente obligación que tiene el médico frente al paciente de comunicar la verdad sobre su padecimiento, enfermedad, gravedad, etc. Este tipo de obligación, antes de ser jurídica, es moral. Pero en la práctica cotidiana de la medicina no suele ser tan fácil cumplir con esta obligación, por ejemplo, existen casos en que comunicar la verdad pueda acortar o vulnerar la vida del paciente, por lo que al dar información al paciente se tiene que ser sensible y prudente, este tipo de reservas es conocida como “privilegio terapéutico” que en su extremo puede caer en el paternalismo de antaño.

El reconocimiento de la autonomía del paciente o del enfermo ha tenido un fuerte impulso gracias a las decisiones judiciales, es obvio si recordamos que la idea central de la ética propia de la tradición jurídica ha sido la defensa de la autonomía y los derechos fundamentales de los individuos, paralelamente la idea central de la ética médica ha sido la beneficencia. De tal forma que el derecho de los pacientes a ser informados y a decidir de forma autónoma sobre su propio cuerpo se les ha impuesto a los médicos desde los tribunales de justicia, ya que este principio lo importó la medicina desde la ética jurídica. Igualmente se puede afirmar que el lenguaje de la virtud ha sido propio de la ética médica basada en la beneficencia, y el de los derechos, lo es el de la ética médica basada en la autonomía.

La autonomía no puede aislarse de lo que se ha denominado consentimiento informado¹⁸, ya que éste es el medio material en el cual, por el reconocimiento de su autonomía, una persona recibe información necesaria y se le permite tomar una decisión trascendental para su vida. De tal suerte que el principio de autonomía se forma en dos dimensiones concretas y unidas entre sí: la información como *derecho* del paciente y el consentimiento como *obligación* para el médico. Ambas han ocupado espacios importantes en los códigos o cartas sobre los derechos de los pacientes desde sus orígenes hasta en la actualidad, también en el ámbito jurídico tal derecho y tal obligación han sido considerados en las leyes de sanitarias o de salud.

En el año 1931 el Ministerio de Salud del Reich alemán promulgó unas normas sobre la experimentación con seres humanos y sobre la aplicación de nuevos productos terapéuticos en la medicina, estas normas constituyen el primer código de ética sobre ensayos clínicos. Cuatro de sus catorce artículos están dedicados a lo que en ese momento se denominó consentimiento voluntario; expresan que el derecho del propio sujeto, o de su representante legal, el expresar el consentimiento; pero estas normas no se aplicaron a las personas recluidas en los campos de concentración, de ahí el escándalo mundial cuando se revelaron datos sobre los experimentos realizados durante la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia, veinte médicos y tres administradores fueron acusados judicialmente en Nüremberg. En ese proceso el tribunal se dio cuenta de la importancia que significaba el consentimiento en la realización de experimentos y ensayos clínicos con seres humanos, por lo que estableció una serie de principios que debían ser considerados al realizar este tipo de acciones para satisfacer las exigencias éticas y legales, estos principios son el conocido Código Nüremberg.

En su primer apartado establece que el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial, él debe estar en condiciones que le permitan el libre ejercicio del poder de elección; tener conocimiento y

¹⁸ Este término, como ya se ha dicho, nace en el ámbito jurídico. Fue usado por primera vez en 1957 en California, Estados Unidos en una sentencia judicial (Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees).

comprensión suficiente del procedimiento; conocer la naturaleza, duración y propósito de la misma; además, todos los inconvenientes, efectos y peligros previsibles. Es evidente que este código que toda experimentación o ensayo clínico que involucre seres humanos debe hacerse con su consentimiento, y para que éste se de, previamente debe existir información, que a la vez es producto del reconocimiento de la autonomía del individuo. A mi parecer, esta es la forma en que el principio de autonomía deja de ser algo abstracto y se convierte en algo tangible y práctico.

Antes se creía, erróneamente, que la información a suministrar debía quedar al criterio del médico: aquella que el común de los médicos daría en situaciones parecidas. Después se consideró que al paciente debía proporcionársele tanta información como sea necesaria para que realice una opción razonable una vez que se le ha informado de las alternativas, efectos, posibles consecuencias, beneficios, etc. En la actualidad esto no basta, se dice que la información debe ser subjetiva, es decir, el parámetro no es el médico sino el enfermo y, por tanto, debe informarse de acuerdo a las características personalísimas del paciente. El derecho del paciente a su autodeterminación marca los límites de la obligación de revelar información; este derecho sólo puede ejercerse de forma eficaz si el paciente dispone de la información suficiente como para posibilitar una elección inteligente.

Hoy la medicina intenta dar el paso entre el modelo moral paternalista al modelo autonomista. Esto no es posible, según Diego Gracia, sin un cambio en la propia lógica de la medicina, que tiene que pasar del determinismo al probabilismo. Lo explica de la siguiente manera: al hablar de consentimiento informado queda por entendido que la información la proporciona el médico, pero el problema consiste en delimitar o definir qué debe entenderse por información médica, y dice, este ya no es un problema ético sino lógico. La medicina de corte paternalista la lógica clínica clásica no tenía mayor problema con el tipo de información que el médico debía dar al paciente: el mayor bien de éste. Pero esta lógica es inservible para el modelo que se funda en la autonomía, ahora la lógica tiene que ser estadística, es decir, la información que el médico tiene que dar se basa en probabilidades ya que la medicina no

puede ofrecer resultados exactos (como en la física o en las matemáticas) cada caso es distinto, cada cuerpo es distinto, las necesidades e inquietudes de los pacientes son distintas.

La formación de los médicos ha sido en base a una lógica determinista, de tal modo que el ideal del acto médico ha consistido en establecer una relación determinada o causal entre la etiología, la especie morbosa y el tratamiento de la enfermedad, por eso en la lógica medica tradicional el término central era el de especialidad, había: causas específicas, especies morbosas y tratamientos específicos. La especialidad se lograba cuando podía establecerse una relación causal estricta entre la etiología, el cuadro clínico y el tratamiento.

Después de esa lógica, está otra, la estadística o probabilística; por ejemplo, padecimientos como la hipertensión tienen varias causas probables: basculo renal, meramente emocional, etc. La medicina continuamente ha de tomar decisiones de acuerdo a la llamada teoría de la decisión racional, que se refiere a la forma de decidir en situaciones de incertidumbre, por tanto, sin garantizar certeza ya que están basadas siempre en el cálculo de probabilidades: la decisión racional es la más probable. El médico está obligado a decir la verdad al paciente, lo que no es darle un diagnóstico con certeza, sino exponerle la nube de posibilidades diagnósticas, pronósticas y terapéuticas del caso.

En cuanto a las excepciones ante la obligación de obtener el consentimiento informado de los pacientes y, por tanto, a su derecho de recibir información, los tratadistas admiten las siguientes: 1) Graves problemas de salud pública, 2) urgencias médicas, 3) incapacidad o incompetencia del paciente, 4) privilegio terapéutico y, 5) rechazo de la información por parte del paciente.

Diego Gracia afirma que la autonomía puede ser considerada como la facultad o condición sustantiva de la realidad humana; pero puede ser vista también, de modo más simple, como un acto, el acto de la elección humana.

Coincide con lo que han dicho Beauchamp y Childress al decir que las personas autónomas pueden hacer, y de hecho hacen, elecciones no autónomas; y al contrario, las personas no autónomas son capaces de realizar acciones autónomas en ciertos momentos y hasta cierto grado.

Además, considera que la autonomía no sólo tiene los límites de intencionalidad o de comprensión, la existencia de controles externos y los controles internos que la hagan no auténtica;¹⁹ tiene otros límites que le vienen exigidos por el conflicto con otros principios de la bioética: el de la beneficencia y el de la justicia. La autonomía que se lleva al extremo e intenta convertirse en un principio absoluto y sin excepciones, conduce a aberraciones no menores que las del paternalismo beneficista; lo que el paternalismo es a la beneficencia, el anarquismo es a la autonomía. El bien común exige restricciones a las decisiones libres de los individuos, por ello no sólo con el principio de la autonomía puede construirse una ética coherente. Muchas veces la razón está del lado de la beneficencia y no de la autonomía, y otras muchas veces está en medio, de ahí la necesidad de la existencia y confluencia de otros principios.

A la vez, pone al principio de autonomía en un rango inferior (no jerárquicamente, sino procedimental) que aquellos principios éticos que se apoyan en deberes de obligación perfecta, es decir, la no-maleficencia y la justicia. Esta distinción le permite plantear la existencia de ética de mínimos y ética de máximos que analizaremos más adelante.

2.3.3 Consideraciones actuales.

El principio de autonomía no es más que el reconocimiento del derecho fundamental de todo individuo de autodeterminarse en las cuestiones relacionadas con su cuerpo. Así como la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos de occidente reconocen derechos como los de libertad de

¹⁹ Un acto es auténtico cuando es coherente con el sistema de valores y las actitudes generales ante la vida que una persona ha asumido reflexiva y conscientemente.

pensamiento, libertad de religión, libertad de trabajo, libertad de expresión, etc., el derecho de autodeterminación corporal, si bien no está dentro de ese primerísimo catálogo, es en sí reconocido y promovido en las sociedades occidentales no sólo en el ámbito legal sino también en el de la ética médica.

El principio de autonomía en bioética aplicado a las ciencias biomédicas tiene un doble sentido; por un lado, exige pleno respeto de otras personas al derecho de cada individuo y, por el otro, reclama responsabilidad por parte de su titular. El individuo autónomo que realiza sus actos de forma consciente, libre y responsable es un elemento fundamental de la estructura de la teoría principialista.

Este como todos los demás principios de bioética debe tener en la mira el pleno respeto de la dignidad de la persona: propia y colectiva. Tener autonomía implica ser reconocido como persona capaz intelectualmente de comprender las consecuencias y alcances de los actos médicos que se realizan sobre su cuerpo. En la actualidad esta capacidad se mide en función de la edad, pero existen otros factores por demás importantes que deben tenerse en cuenta como lo es el sentido de responsabilidad que manifiesta la persona, su entorno cultural y social, etc.

Por el principio de autonomía, el individuo tiene derecho a ser informado sobre lo que le sucede en su cuerpo, por lo que el médico tiene que ser prudente y perspicaz en la forma en que se conduce en este sentido con el paciente. Dar información no es dar una serie de datos clínicos con terminología más o menos simple, dar información significa, además, que el médico debe tener presente las dimensiones de la persona, verlo integralmente y no sólo como un conjunto de órganos o aparatos, este es el punto fino de la obligación de dar información: no tiene que mentir o dar menos información, pero tampoco puede descuidar el entorno bio-psico-social de su paciente.

Entre mayor calidad exista en la información, mayor apertura deliberativa y mayor empatía entre el médico y el paciente, mejores serán las decisiones

que el paciente tome, y en esto es donde se preocupa especialmente la bioética: en la calidad de las decisiones.

El individuo para que sea autónomo no le es suficiente recibir información sobre determinadas circunstancias de su cuerpo, para que realmente sea autónomo, sus decisiones en torno a su salud y a su vida tienen que ser respetadas tanto por el médico, como por sus familiares, como por el Estado. Generalmente, nadie mejor que el paciente conoce las consecuencias de su decisión en ella se ponderan las creencias, los sentimientos, los intereses, las necesidades, las dolencias, etc., por tanto, debe su decisión debe respetarse, el paciente debe ser autoridad final a la hora de decidir.

En la literatura médica y en las leyes de la materia se habla mucho de “consentimiento informado”, es decir, de que el paciente una vez que ha recibido la información adecuada, decide, dar o no el consentimiento para que el equipo sanitario pueda intervenir, considero que en el escenario actual de las ciencias biomédicas, acompañadas siempre de la bioética, decir “consentimiento informado” es una redundancia así como “consentimiento sin información” es una contradicción.

2.4 PRINCIPIO DE BENEFICENCIA.

2.4.1 Beauchamp y Childress.

Estos autores distinguen dos principios de beneficencia: la beneficencia positiva (que cuida el abastecimiento de beneficios) y la beneficencia de utilidad (que reclama conocer el provecho que se obtiene con una acción determinada después de confrontar las ventajas y desventajas que produciría el llevarla a cabo).

Con respecto al primero, señalan que muchos actos de beneficencia no son obligatorios (el altruismo o la caridad), pero el principio de beneficencia importa la obligación *prima facie* de ayudar a otros a promover sus intereses importantes y legítimos (incluye todas las formas de acción de un sujeto

destinadas a beneficiar a otras personas, existe la obligación moral de actuar en beneficio de otros más allá de los intereses propios).

Los ejemplos que citan de las reglas de beneficencia obligatoria son los siguientes: 1) Proteger y promover los derechos de los otros, 2) prevenir que suceda algún daño a otros, 3) suprimir las condiciones que puedan causar un daño a otros, 4) ayudar a las personas con discapacidades y, 5) rescatar a las personas en peligro.²⁰

Los principios y las reglas de beneficencia se diferencian de los principios y las reglas de la no-maleficencia en diversos aspectos. Los principios y las reglas de ésta última se caracterizan porque son prohibiciones negativas de acción, deben ser obedecidas imparcialmente y, ofrecen razones para establecer prohibiciones legales a determinadas normas de conducta; en tanto que los principios y las reglas de beneficencia se caracterizan porque presentan demandas positivas de acción, no siempre tienen que ser obedecidas imparcialmente (esa obligatoriedad moral no puede exigir actos heroicos que requieran grandes sacrificios o altruismos extremos, lo que implica que no existe el compromiso moral de ser beneficiario en toda acción y circunstancia) y rara vez ofrecen razones para la sanción legal cuando no son cumplidas.

Las demandas o requerimientos positivos de acción, los sitúan en el marco de una beneficencia general, que se diferencia de una beneficencia específica en que no hace referencia única y exclusivamente a los cercanos morales, sino a la totalidad de sujetos que se encuentran bajo los límites de influencia y relación.

En bioética la beneficencia se entiende en un sentido más fuerte, como obligación. En este sentido se han formulado dos reglas generales como expresiones complementarias de beneficencia: no hacer daño y acrecentar al máximo los beneficios y disminuir los daños posibles.

²⁰ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Págs. 167 y ss.

Las obligaciones de beneficencia pueden referirse, por tanto, a la beneficencia general (se dirige a todas las personas) y a la beneficencia específica (que se refiere a grupos específicos). Con respecto a la primera, la cuestión principal es la delimitación entre lo obligatorio y lo ideal; ellos sugieren que el criterio correcto (de acuerdo con la moral común) es que una persona tiene la obligación de prevenir el mal o el daño grave cuando puede evitarlo sin interferir gravemente con el propio modo o estilo de vida y sin prejuicios por comisión. Con respecto a la beneficencia específica sostienen que una persona "X" tiene una obligación determinada (acciones positivas) de beneficencia hacia otra "Y", si y solo si, se cumplen cada una de las siguientes condiciones:

- 1) Que "Y" está dispuesta al riesgo de una pérdida significativa o de un perjuicio para su vida o su salud o para algún otro interés principal.
- 2) Que la acción de "X" es necesaria (sola o junto a otras) para evitar esta pérdida o perjuicio.
- 3) Que la acción de "X" (sola o junto a otras) tiene una alta probabilidad de evitarlo.
- 4) Que la acción de "X" no representa riesgos, costes o cargas significativas para "X".
- 5) Que el beneficio que "Y" esperar obtener supere cualquier perjuicio, coste o carga que es probable que ocurra a "X".²¹

No obstante, muestran dudas de que los límites de una beneficencia específica no se desmoronen cuando la ética de la obligación individual se enfrena con los problemas sociales de gran envergadura y admiten que usualmente la mayoría de nuestras obligaciones de beneficencia específica se apoyan en relaciones morales especiales (la familia, la amistad, etc.) o en

²¹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 171.

compromisos especiales, tales como promesas o roles que incorporan responsabilidades. Además, junto a la beneficencia positiva, explican el contenido del principio de utilidad que requiere que los agentes sopesen ventajas y desventajas para obtener mejores resultados globales.

Otro de los puntos que son abordados por Beauchamp y Childress en este apartado es el que se refiere al paternalismo por estar intrínsecamente vinculado con la beneficencia. Algunas de las características del paternalismo médico fueron ya expuestas en el capítulo anterior (punto 1.1.2), pero se han reservado algunas cuestiones que es preciso estudiar ahora para poner entender el principio de la beneficencia en el contexto del pensamiento de los autores que no ocupan.

Distinguen entre paternalismo fuerte y débil. Éste último interviene benéficamente únicamente para prevenir acciones que sean sustancialmente no autónomas o involuntarias como la depresión intensa que excluye la reflexión racional o la adicción aguda que impide tomar una decisión y una acción libre. Este tipo de paternalismo requiere que esté presente alguna forma parecida de habilidad comprometida. Existen algunas posturas que dudan que este tipo de paternalismo en verdad lo sea.

Por el contrario, el paternalismo fuerte el principio de beneficencia actúa incluso cuando la persona está capacitada y existen las circunstancias óptimas para que tome sus propias decisiones de forma autónoma. Este paternalismo rechaza conformarse con los deseos, las decisiones y las acciones autónomas de una persona, busca a toda costa su “protección”; es en este en el que centraremos nuestra atención.

El paternalismo fuerte se enfrenta a la dificultad de defender una intervención no querida o no entendida por el sujeto. Como se ha señalado en el capítulo primero, éstas acciones exigen la presencia de determinadas circunstancias: 1) Que el paciente se encuentre ante un riesgo significativo que puede ser evitado; 2) que probablemente la acción paternalista prevenga la consumación del daño; 3) que los beneficios que se espera obtenga el paciente

superen los riesgos; 4) que dicha alternativa sea, por un lado, la que produce menor reducción de autonomía y, por otro, asegura los beneficios y reducción de riesgos. Conscientes de la dificultad que presenta actuar únicamente la directriz de la beneficencia sin violar los derechos de la persona que, precisamente por su situación de enfermedad, es más vulnerable a ser sujeto de abusos y restricciones, reclaman la necesidad de estudiar caso por caso y dilucidar dónde se encuentra la frontera entre los derechos personales derivados de la autonomía y los que provienen de la beneficencia.

Con lo anterior se ha hecho referencia a la beneficencia en la medicina clínica, pero en torno a este principio muchas políticas sociales e instituciones apoyan sus decisiones, especialmente lo que se refiere a costos y riesgos. Afirman que estas herramientas son moralmente indiscutibles y pueden ser moralmente obligatorias si consiguen inspirar los intercambios y reforzar nuestra habilidad de realizar evaluaciones razonadas y juicios prudentes sobre estos intercambios.

Las formas de evaluar las políticas públicas sanitarias en lo que respecta a la salud, seguridad y tecnología son: las de análisis costo/beneficio (ACB), el cual evalúa los costos en términos monetarios y; las de costo/eficacia (ACE), que evalúa en términos no monetarios como daños de vida, casos de enfermedad, etc. a las que también ya nos hemos referido anteriormente, pero que podemos abundar porque Beauchamp y Childress las consideran como formas de reducir la ponderación intuitiva de opciones y de evitar decisiones políticas subjetivas. Ambas formas de análisis tratan de identificar, medir, comprar y evaluar todos los costos y consecuencias relevantes de políticas, programas y tecnologías en términos cuantitativos. Ellos introducen un elemento muy importante en el momento la toma de decisiones, el cuánto. Para medir la efectividad de cualquier procedimiento, la bioética usa métodos cuantitativos y cualitativos. Sin duda el factor económico, hoy más que en otros tiempos, es un factor mucha veces preponderante al momento de evaluar la conveniencia o desventaja de realizar una acción sanitaria. ¿Cuánto va a costar y qué voy a ganar? Esta es una pregunta obligada, más lo es en el modelo utilitarista puro. Pero también se tienen que tener presentes los

métodos cualitativos que tal vez sean aún más complejos que los primeros, la pregunta de este análisis es ¿cuál es el nivel (de calidad, de excelencia, etc.) requerido y cuál es mi utilidad? La beneficencia al evaluar los posibles daños o riesgos no sólo debe usar métodos cuantitativos, sino, además, métodos cualitativos.

En consecuencia el principio de beneficencia para Beauchamp y Childress es la obligación que tiene el médico de buscar siempre el mayor bien para el paciente (estado de bienestar), y para ello es necesario que pondere entre beneficios, riesgos, costos, consecuencias y alternativas.

2.4.2 Diego Gracia.

Considera que el paternalismo es el hábito de gobernar o tratar a los otros como el padre gobierna y trata a sus hijos; así ha sido el paternalismo en la vida familiar, en la política, en la religión y en la medicina. El paternalismo es una mezcla de beneficencia y poder que *prima facie* parece correcto ya que pretende beneficiar al ser humano, pero que al menos en ciertos casos puede resultar *prima facie* incorrecta, ya que se niega a aceptar los deseos, opiniones y acciones de esa persona. Que sea o no incorrecta dependerá del sentido que se le dé y el modo de cómo se ponderen diferentes principios morales, especialmente los de beneficencia y respeto de las personas.

Una beneficencia no paternalista es aquella que intenta hacer el bien o ayudar a los demás en sus necesidades, siempre que ellos voluntariamente lo pidan o lo acepten. Por tanto, en las personas adultas y responsables este principio nunca permite hacer el bien o ayudar sin el consentimiento del paciente. Cuando el consentimiento informado no es posible por la falta de información y consecuente aceptación (por ejemplo, en casos de urgencia) o por defectos en la capacidad (por ejemplo, en los niños, en los enfermos mentales, en lo que se encuentran en estado de coma), entonces el imperativo moral de beneficencia lleva a buscar el mayor bien del paciente y, por tanto, a prestar toda la ayuda posible.

Aunque a continuación se analizará el principio de no-maleficencia es importante diferenciar este principio con el de beneficencia. El principio de no-maleficencia obliga a todos de modo primario y, por tanto, es anterior a cualquier tipo de información o consentimiento, en consecuencia, no tiene nada que ver con el consentimiento informado, en tanto que la beneficencia sí.

Este autor señala con claridad: Nunca es lícito hacer el mal pero a veces no es lícito hacer el bien. Considera que ambos principios pueden reunirse en uno solo, que mande no hacer el mal a nadie y promover el bien.

Así entendido el principio de beneficencia no hay duda que ha sido y seguirá siendo el santo y seña de la ética médica. Las dos partes de este principio están perfectamente documentadas desde el tiempo de los hipocráticos; la primera, la parte negativa, se formula en la máxima *primun non nocere*; la segunda, la expresión que aparece dos veces en el Juramento Hipocrático: el beneficio del enfermo. Sólo ésta última tiene que ver con el paternalismo, siempre que se realice sin el consentimiento informado del paciente.

Favorecer y no perjudicar es una formulación estrictamente paternalista que se ha dado a lo largo de la historia de la medicina. Apoya que la beneficencia siga siendo la idea central de la práctica médica, siempre y cuando se apoye en lo que es la autonomía, es decir, la información, el consentimiento y la decisión libre y responsable del paciente. La bioética no permite más una medicina paternalista, la beneficencia que caracteriza al médico debe ser respetuosa de su derecho de autodeterminación.²²

2.4.3 Consideraciones actuales.

El principio de beneficencia siempre ha acompañado a la práctica de la medicina, desde antes que se establecieran requisitos, condiciones, divisiones, esta máxima fundamentaba una de las profesiones más antiguas y alavadas;

²²Cfr. Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Págs. 86-104.

de la misma forma en que se busca que toda ley sea justa, el médico debe buscar el bien de su paciente.

La enfermedad siempre ha sido considerada como un mal para la persona que la sufre, por lo que la misión del médico es reestablecer la salud de la persona, ese es el bien que persigue. Gracias a la intervención de la bioética esa idea de bien ha podido ser confrontada con otros principios igualmente importantes, es decir, el bien o el beneficio de una persona no es tarea de una sola persona, el médico, también se ha logrado la participación del propio paciente y de su entorno (familiar y social). La relación médico-paciente ha de buscar metas concretas que son planteadas por sus dos protagonistas, en la que ellos han de evaluar cuál bien es el que se quiere alcanzar, con qué medios, contra qué desventajas o riesgos, ante qué daños posibles. Todos estos son factores de decisión para saber lo que es bueno y saber cómo llegar a él.

Este, como cualquier otro principio, no puede considerarse de forma aislada, forma parte de un sistema armónico (al menos de inicio), gracias a la co-existencia de principios es posible hablar de que el bien del paciente es buscado por él y por todo el equipo sanitario a la luz de una sociedad deliberativa. El bien para el médico puede ser salvar la vida y para el paciente cumplir con sus mandatos religiosos, de ahí que no sólo los avances científicos y tecnológicos aporten materia de análisis y reflexión bioética, ya que hasta una simple relación médico-paciente, en la que interactúan autonomía y beneficencia puede iniciar todo un debate moral.

Así como establecimos que el principio de autonomía va acompañado del derecho a ser informado que tiene el paciente y de la obligación del médico a proporcionársela y a respetar sus decisiones. La beneficencia de la misma forma se vale del derecho del paciente a ser informado y de la obligación del médico de respetar sus decisiones. La misión del médico es aquello que considera bueno para su paciente, pero para que este principio funcione en el contexto actual de la bioética, el paciente debe de estar consciente de querer

aquel bien en el cual el médico puede ser quien le ayude para lograrlo, en otras palabras, para que el médico pueda hacer el bien el paciente debe de quererlo.

En el interior de cada médico florece la beneficencia para con su paciente. ¿Qué pasa en los casos que no es posible dar información, en los casos que no se puede expresar el consentimiento o en los casos que no se reconoce la capacidad para tomar decisiones? ¿Cuál es la postura de la bioética en estos casos? El consentimiento o el acuerdo del paciente con su médico de buscar ambos el mismo bien es fundamental pero no imprescindible. Los médicos frecuentemente tienen que tomar las decisiones en segundos, de ello depende muchas veces la vida o salud de una persona, en estos casos de extrema urgencia en que no se puede llegar a ese acuerdo con el paciente, es cuando florece el principio de beneficencia y el médico actúa, no es responsable moralmente de no tomar la opinión del enfermo porque las circunstancias especialísimas del caso le llevaron a decidir por un bien, teniendo la esperanza de que fuera el mismo que el paciente hubiera tenido en ese momento. Conciliar autonomía frente a beneficencia es la batalla diaria de la bioética.

2.5 PRINCIPIO DE NO-MALEFICENCIA.

2.5.1 Beauchamp y Childress.

Este principio no se contiene expresamente en el Informe Belmont, al principio de beneficencia (hacer el bien) se le consideraba también en sentido negativo: no hacer daño. Pero éstos autores, en la obra que hemos venido citando, deciden incluirlo y diferenciarlo con el principio de beneficencia, para ello aluden constantemente a Frankena quien también en este apartado ejerció gran influencia sobre ellos en cuanto al establecimiento de una obligación esencial: no infligir daño o mal (aquello que es malo).

Ellos entienden por “daño”, el obstaculizar, dificultar o impedir que se cumplan los intereses de una de las partes por causas que incluyen las condiciones autolesivas y los actos, intencionados o no, de la otra parte. Por

tanto, la idea central en la que trabaja este principio es que interferir con los intereses de otro causando daño, puede no ser incorrecto o injustificable, pero siempre es *prima facie*, incorrecto. El que un acto sea correcto o no, depende del peso de las razones que lo justifican; de tal forma que una acción puede representar un daño para una persona, mientras que para otra puede no serlo, en función de los distintos puntos de vista acerca de lo que puede suponer un obstáculo para sus intereses.²³

La intencionalidad o finalidad de la acción son las que indican la bondad o maldad moral de los actos humanos y, por tanto, el calificativo de maleficientes. Las intenciones o finalidades deben tener argumentos suficientemente reconocidos moralmente que le permitan actuar de determinada manera. Es decir, la acción en sí misma, en su materialidad objetiva no da pauta a calificar su moralidad, ya que es necesario confrontarlo con los intereses, creencias, deseos y expectativas de la persona a quien va dirigido para cuidar que no vaya en contra de su dignidad.

Pero ellos también consideran que ciertas acciones son propiamente malas, las cuales deben ser evitadas por el profesional de la salud, dando origen a las reglas siguientes: 1) No matar, 2) no causar dolor o sufrimiento, 3) no incapacitar, 4) no ofender y, 5) no privar a los demás de los bienes de la vida. Estas reglas serían más específicas pero no absolutas, es decir, siguen siendo aplicables *prima facie*. Junto con la obligación señalada de no infligir daño, también se prescribe no someter a los demás a riesgos de daño.

Desde el punto de vista práctico, son conscientes de la dificultad que existe para precisar el criterio de “cuidado debido” en la actuación médica para no incurrir en acciones maleficientes y atender al paciente de forma apropiada; realizan un estudio crítico de las pautas tradicionales de acción que han servido de modelo en la asistencia sanitaria y, al clarificar la oportunidad de su vigencia o el desfase actual de su formulación, exponen sus propios criterios de

²³ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 180.

actuación basados en la distinción entre tratamiento obligatorios y optativos y la relación entre beneficios y perjuicios.

Consideran como factor fundamental, al considerar la obligatoriedad del tratamiento, la calidad de vida: El principio de no-maleficencia no obliga a prolongar la vida biológica, ni a iniciar o mantener el tratamiento sin tener en cuenta el dolor, el sufrimiento y la incomodidad del paciente.²⁴

Según esta postura, es necesario conocer cuáles son los posibles beneficios o perjuicios procedentes de una acción determinada para que sea considerada no-maleficente, ya que ellos serán los parámetros para evaluar la calidad de vida. Consecuentemente, para determinar qué tratamientos o acciones son obligatorios y cuáles son optativos se tienen que evaluar dos cuestiones: la que se refiere a la calidad de vida y la que se refiere al principio de autonomía.

Entonces el principio de no-maleficencia consiste en no realizar acciones que causen daño al paciente, respetando su autonomía individual y atendiendo a la calidad de vida, de tal forma que son tratamiento obligatorios aquellos que sean consentidos por el paciente y propicien su calidad de vida; en tanto que son optativos, aquellos que: a) Son consentidos por el paciente pero no incrementen su calidad de vida y, b) no son consentidos pero propician su calidad de vida.

Conforme a la explicación que hacen de este principio, en atención a la intención o voluntad del paciente y a su calidad de vida ¿se puede matar o dejar morir a una persona para evitarle sufrimiento y cumplir su decisión? Ellos responden de esta manera: matar implica causar directamente la muerte de una persona, mientras que dejar morir implica todas las acciones (y omisiones) cuyo objetivo es evitar intencionadamente una intervención causal de manera que la enfermedad o las lesiones produzcan una muerte natural. Matar y dejar morir no son sinónimos pero tampoco son excluyentes. La muerte de una

²⁴ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 203.

persona se puede causar por comisión, cuando se actúa de forma positiva para acabar con la vida de una persona o, por omisión, cuando se le retira un tratamiento indispensable para prolongarle la vida. Éste último tipo es que presenta más conflictos en el análisis bioético actual. Y tomando los factores de autonomía y calidad de vida sostienen que matar y dejar morir son *prima facie* incorrectos, pero en algunas circunstancias pueden ser justificados.

Desde la medicina hipocrática hasta la actualidad diferentes códigos de ética y normas jurídicas prohíben que el médico directamente cause la muerte de un paciente, también prohíben la asistencia directa a la muerte por muchas que sean las razones del paciente. En torno a este tema giran diversas posturas derivado de los factores que se tienen en cuenta para los estudios correspondientes: para algunos es la calidad de vida (que tiene tantos significados como intentos se hagan por definirla), para otros es la sacralidad de vida o, también, la dignidad de la persona.

2.5.2 Diego Gracia.

Este autor es uno de los pocos que se han dado a la tarea de estudiar con profundidad el principio de no-maleficencia ya que son muy escasos los documentos al respecto, quizá por lo difícil de entender y explicar este principio, pero que paradójicamente reviste gran importancia no sólo para la bioética, sino también para la ética médica. Su inquietud de ahondar en este principio se materializó desde que pronunció un discurso con motivo a su ingreso en la Real Academia Nacional de Medicina titulado: *Primum non nocere: El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica.*²⁵

El principio de no-maleficencia es una exigencia moral de primer orden, según la cual no es legítimo hacer el mal a un ser humano, ya que dañar intencionalmente a alguien jamás puede ser un bien. Este principio no es el simple polo negativo de la beneficencia, es decir, no es una mera contraposición sino una gradación de obligaciones.

²⁵ Cfr. Gracia, Diego. *Primum non nocere: El principio de no maleficencia como fundamento de la ética médica.* Real Academia Nacional de Medicina. Madrid. 1990.

La tradición médica occidental se ha mantenido prácticamente uniforme, desde tiempos de Hipócrates hasta la actualidad, en el sentido de que favorecer y no perjudicar son dos obligaciones morales distintas, pero el modo de articular una y otra si ha variado con el paso del tiempo. La tesis tradicionalista consiste en que la obligación imperativa del médico es favorecer, en tanto que no perjudicar es una obligación subordinada, cuando el favorecer resulta imposible. Evidencia de esta idea está la frase hipocrática: “cuando no es posible favorecer, al menos hay que proponerse no perjudicar”. La tesis moderna es contraria, es decir, que la obligación primaria es la de no perjudicar, en tanto que favorecer no puede hacerse nunca sin el consentimiento del paciente. En ambos casos, el no perjudicar tiene carácter no absoluto sino proporcional, de lo que se trata es de producir más beneficio que perjuicio.

El principio de no-maleficencia es proporcional, ya que depende de las circunstancias y de las consecuencias; no cabe afirmar que nunca puede hacerse daño, o que nunca se puede matar o que los preceptos negativos carecen de excepciones²⁶, las tienen necesariamente, el problema es saber cómo se establecen. La tesis actual dice que se establecen en torno de las circunstancias y de las consecuencias, teniendo siempre el canon de moralidad, que es el respeto de los seres humanos.²⁷ Para ello es necesario usar la fórmula riesgo/beneficio, en donde el beneficio tiene que ser mayor que el perjuicio; para operar con esta fórmula es necesario partir de que no existen cosas intrínsecamente malas.

²⁶ La ética clásica de Aristóteles sostenía que en algunos actos no cabe establecer el término medio, ya que se trata de acciones en sí malas, como matar o el adulterio, que en este tipo de acciones no hay excepciones; por tanto, hay actos intrínsecamente malos que no pueden ser justificados bajo ninguna circunstancia. De esta forma hay preceptos absolutos y sin excepciones, y otros que no son tan estrictos. Los primeros suelen formularse de modo negativo para prohibir ciertas conductas (vicios): no matar, no mentir, etc. Los segundos se formulan en preceptos positivos (virtud): la beneficencia. De ello se perfila la tesis tradicional de que el principio de no-maleficencia es absoluto.

²⁷ La justicia y la no-maleficencia son expresiones del principio básico de la ética civil, la igual consideración y respeto a todos los seres humanos. Las acciones públicas van más allá de la mera convicción personal o ideología propia y tienen en su horizonte el bien común que la sociedad ha establecido y regulado mediante la legislación que establece determinados márgenes legales de comportamiento, teniendo como telón de fondo los postulados de una ética civil de mínimos que es compartida o al menos tolerada por los distintos grupos sociales.

Por ejemplo, Ross considera que estos principios o deberes son de carácter absoluto, pero al darse cuenta que un sistema cerrado no podrá dar respuesta a todos los cuestionamientos que se le planteen, da paso a las circunstancias y a las consecuencias, ya que dice: si hay conflicto entre principios, entonces deberá prevalecer uno sobre otro, ponderando las circunstancias y consecuencias del caso concreto.

La bioética acepta algo que se ha llamado “proporcionalismo”, es decir, en el debate actual entre proporcionalismo y absolutismo, la bioética tiende ir al lado del primero. El absolutismo es defendido desde la perspectiva teológica más que filosófica. Las llamadas éticas teológicas de la autonomía y las éticas de la fe se enfrentan a una de fuerte contienda por tratar de imponer sus perspectivas morales. Las primeras dan cierto crédito al proporcionalismo, en tanto que las segundas se mantienen en que los preceptos negativos tienen un carácter absoluto.

El autor concluye en que la ética, como la ciencia, es necesario formular proposiciones universales, que en el caso de la ética tienen condición de imperativos o mandatos. Pero precisamente por su carácter imperativo es muy fácil considerarlos como absolutos. Hoy no es concebible la idea de una teoría o ley científica absoluta, pero esto es cuestión de múltiples debates en el terreno ético. No hay principio o norma científica o ética completamente adecuada a la realidad. El objetivo último de la vida moral es la toma de decisiones prudentes mediante la deliberación de los principios y de las consecuencias, entre otros factores.

2.5.3 Consideraciones actuales.

La concepción que tienen Beauchamp y Childress del principio de no-maleficencia es meramente pragmático utilitarista. La obligación de no hacer daño, de no lesionar al paciente o vulnerar algún bien para él va ceñido a dos consideraciones: en un primer momento, todo acto médico debe de abstenerse de hacer un mal o causar daño; en un segundo momento, debe intervenir la

voluntad de la persona para saber si el acto médico es obligatorio u optativo de acuerdo al derecho de autodeterminación que tiene el paciente, no sin dejar de lado la calidad de vida.

Diego Gracia en una posición más filosófica ve a la no maleficencia como un principio de rango superior, procedimental pero no jerárquicamente, al de beneficencia y al de autonomía, ya que todas las personas tiene la obligación primaria de no afectar a los demás. El médico al realizar cualquier acto profesional en el cuerpo de otra persona tiene, de entrada y antes de hacerle un bien, no provocarle daño.

Considero que el principio de no-maleficencia no es el polo negativo de la beneficencia como muchos consideran, es una obligación de primer orden. No hacer daño implica que el médico no ha de usar sus conocimientos científicos sumamente especializados en contra del mismo paciente. Si el paciente acude con el médico es porque padece de un mal, una enfermedad, lo consulta y le solicita ayuda, en ese sentido el primero reconoce la autonomía del segundo por el que llega a un acuerdo de lo que es bueno para el caso específico, pero antes de que ocurra todo ese proceso en la relación médico-paciente, ya existe la obligación de no dañar, antes de que el paciente sea reconocido como persona adulta, madura y autónoma, ya hay obligación de no dañar; antes de que sea informado y otorgue o no su consentimiento, ya hay obligación de no hacer daño. La autonomía y la beneficencia se actualizan en cada relación médico-paciente, en tanto que la no-maleficencia ya existe desde que una persona se convierte en profesional de la medicina.

No realizar maniobras u actos malignos no sólo se restringe a procesos clínicos o quirúrgicos como lo sería una mutilación, el médico, aunque no siempre este consciente de ello, penetra en otras esferas de la persona aparte de la biológica, de tal forma, que no hacer daño no se limita solo a su cuerpo, también existe la obligación de no hacer daño en sus sentimientos, en sus creencias, en su tranquilidad emocional. Guardar el secreto profesional, ser prudente a la hora de revelar información, tener apertura deliberativa, son formas de cumplir cabalmente el principio de no hacer daño.

2.6 PRINCIPIO DE JUSTICIA.

2.6.1 Beauchamp y Childress.

Estos autores comienzan por definir lo que para ellos es la justicia distributiva, se refiere a la distribución igual, equitativa y proporcionada en la sociedad, determinada por normas justificadas que estructuran los términos de la cooperación social. Su ámbito incluye las políticas que asignan diversos beneficios y cargas, tales como la propiedad, los recursos, los impuestos, los privilegios y las oportunidades. Varias instituciones tanto públicas como privadas están involucradas en ella, incluyendo al gobierno, por ejemplo, en los derechos civiles y políticos.²⁸

En el caso concreto de la bioética, la justicia distributiva mira por la buena distribución social de los recursos sanitarios. Por un lado, hace referencia al reparto equitativo de los bienes, beneficios, oportunidades, etc.; por otro, a que las cargas y desventajas que se puedan producir en el ejercicio de técnicas y políticas sea proporcional a toda la población evitando afectar a un sector determinado.

Cuando consideran a la justicia como principio de la bioética, son conscientes de que dicho estudio está condicionado por la escasez de recursos, esta limitación de bienes plantea numerosas situaciones difíciles para resolver. Un ejemplo lo establece Jonsen²⁹ con el descubrimiento de la hemodiálisis abrió una nueva posibilidad para el tratamiento de enfermedades renales, pero al mismo tiempo trajo consigo problemas hasta entonces desconocidos: no todos los enfermos podían tener acceso al nuevo tratamiento, se debía seleccionar y decidir qué personas tenían más derecho a disfrutar una tecnología que les iba a proporcionar un mayor expectativa de vida.

²⁸ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Pág. 312.

²⁹ Jonsen, Albert R. *The birth of bioethics*. The Hastings Center Report. No. 23. EEUU. 1996.

También establecen las partes estructurales y las características o propiedades más relevantes del principio de justicia. Afirman que es común a todas las teorías de justicia un requisito mínimo tradicionalmente atribuido a Aristóteles en su “Ética Nicomaquea”: los iguales deben ser tratados igualmente, y los desiguales, desigualmente. Este es un criterio de justicia de carácter formal, al que algunas veces se le ha llamado principio de la igualdad formal; es formal, porque no establece ámbitos concretos en que los iguales deban ser tratados igualmente y no proporciona criterios para determinar si dos o más individuos son iguales de hecho o no. Sólo establece que sea cual sea el ámbito relevante que se ha de considerar, las personas iguales en tales ámbitos deberían ser tratadas igualmente. Los principios que especifican las características relevantes para un tratamiento igual son materiales, porque identifican propiedades sustantivas para la distribución.³⁰

Cualquier persona que atienda al principio de justicia distributiva supone disponer de este principio formal y al menos de otro principio material que concreten características importantes que sean indicadoras de la forma en que deben ser tratados igual o desigualmente los individuos. Los principios materiales muestran las propiedades relevantes para la distribución de recursos sanitarios ante necesidades fundamentales de una determinada persona o grupo de personas en circunstancias especiales que impiden o estropean el desarrollo natural de la persona.

Consideran que cada teoría acerca de la justicia influye en una reconstrucción filosófica de una perspectiva válida sobre la vida moral, pero sólo puede captar parcialmente la extensión y la diversidad de esa vida; en ausencia de un consenso sobre las divergentes teorías de justicia, es de esperarse que las políticas públicas cambien constantemente sus bases, primero insistiendo en una teoría y después en otra.

La justicia en la política sanitaria tiene dos opciones: por un lado, una estrategia utilitarista y; por otro, una igualitarista. En la primera, se subrayan los

³⁰ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Págs. 313-314.

aspectos sociales y el mayor beneficio posible para el paciente y; en la segunda, se resalta la igualdad de las personas y la oportunidad justa.

Una estrategia dirigida tanto a la utilidad como a la justicia debería contemplar cuatro objetivos fundamentales: 1) Mirar por una cobertura universal en un mínimo decente,³¹ 2) cambio de mentalidad tanto de médicos como de pacientes con vistas al logro de una atención adecuada de la enfermedad, 3) construir un sistema sanitario de racionamiento justo que no perjudique ese mínimo decente y, 4) reformar el actual sistema sanitario de forma progresiva y sin que suponga una ruptura con el anterior.

2.6.2 Diego Gracia.

Para abordar este principio, parte de la definición de Ulpiano, jurista romano del siglo III, recogida por Justiniano en las *Instituciones* en el siglo IV: la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho. Éste derecho tiene tres sentidos o dimensiones: 1) Vivir honestamente, 2) no dañar a los demás y, 3) dar a cada uno lo suyo. Es de hacer notar que estos tres sentidos tienen semejanza con los tres principios de la bioética: El no dañar se identifica con la no-maleficencia, dar a cada uno lo suyo, con la justicia, pero con relación a la autonomía, ésta se relaciona con el modo honesto de vivir que es la forma de sustituirla en el mundo antiguo. La mayoría de los filósofos han afirmado que lo justo se identifica, *lato sensu*, con lo correcto y lo bueno.

Como buen filósofo, afirma que no es posible hablar de la justicia sin replantearse los fundamentos de toda la moralidad, lo que podría ser la razón del porque todas las teorías de la justicia, coincidiendo con los autores anteriores, acaban siempre en sistemas muy cerrados, en verdaderas concepciones del mundo que ofrecen soluciones para todos los problemas.

³¹ El mínimo decente es un elemento característico de la explicación de Beauchamp y Childress al hablar de la justicia de las políticas sanitarias, se refiere a la atención de las necesidades básicas (aquellas conocidas como de primer nivel) tales como medidas de salud pública, asistencia preventiva, atención primaria, asistencia en casos agudos y servicios sociales especiales para aquellos que tengan discapacidades.

Para definir la moralidad y la justicia siempre ha de procederse de la misma manera, poniendo entre paréntesis las condiciones factuales o concretas, a fin de establecer las normas de modo neutro y puramente racional. El problema estriba en qué poner entre paréntesis, de modo que el hombre utilitarista al modo de Bentham no pone lo mismo que el hombre de la comunidad ideal de comunicación de Apel, ni éste se identifica con la posición original de Rawls. En general las éticas racionalistas intentan poner entre paréntesis los “intereses estratégicos” (Apel) que condicionan la razón; en tanto que las éticas utilitaristas pondrían “los deseos de cada uno”, en beneficio de “los deseos de todos” (Rosseau). En consecuencia, cada una de estas posiciones metodológicas genera una idea distinta de bien y de justicia.

Inspirándose en el pensamiento zubiriano dice que el primer sentido de la palabra justicia implica una “justificación moral” por parte del hombre, la cual es formal y no material, de tal forma que el hombre no se ajusta a su medio, como parece que lo hace un animal. Dentro de la aprehensión hay proceso de valoración, por el cual las cosas se nos actualizan como buenas o como malas, como justas o como injustas, este es el segundo sentido de la palabra justicia, ya que no es una propiedad trascendental, sino es un valor; de tal forma que el hombre se justifica haciéndose justo, por eso la justicia es un valor, porque implica su felicidad (no en sentido superficial del deseo complacido), es decir, su posibilidad de realizarse, la cual tiene que ver con la idea de perfección, no sólo propia, sino de todos los que intervienen en este proceso.

La aprehensión, dice Zubiri, es un acto primario, una especie de posición originaria, en la que la razón aún no ha establecido las diferencias mundanas de las cosas: es medio, no mundo. Por eso, en ella existe cierto velo de ignorancia y puede percibir en toda su pureza el valor justicia como posibilidad de realizar la propia perfección. Para Diego Gracia ésta sería la primaria y radical definición del valor justicia. De ella sigue otra, que es la posibilidad de que todos los seres inteligentes realicen su propia perfección. Si no la realizan es porque no quieren, la falta de perfección es mala; si no la realizan porque no pueden, la falta de perfección es injusta. De aquí la diferencia entre el valor

“bondad” y el valor “justicia”, es decir, ambos son valores morales, pero no del mismo tipo.

De tal forma que la justicia no tiene aún carácter prescriptivo o normativo. Es un principio formal con una función reguladora, es un mero sistema de referencia a partir del cual inicia su trabajo la razón moral. Para que adquiera carácter prescriptivo ha de pasar por la mediación material de los imperativos hipotéticos, obra de la razón moral.

La justicia, entonces, inicia por ser una virtud general (la justificación), que a partir de ella surge el valor justicia. Ese valor tiene un carácter meramente formal y que podría definirse como: trata a cada uno y a todos en conjunto de modo que puedan realizar su propia perfección. Este principio parece ser, hasta cierto punto similar, con lo que Dworkin denomina “derecho a igual consideración y respeto” y que es la base de todos los esbozos de los derechos humanos. Éstos forman parte del tercer nivel del término justicia, es de la justicia como esbozo racional; aquí es donde ya tiene sentido de hablar, por ejemplo, de justicia distributiva.

Agrega, hay aún otro sentido de la palabra justicia, partiendo del sistema de referencia, la razón moral elabora esbozos. Estos esbozos son, por ejemplo, los catálogos de derechos humanos (Dworkin) o los principios de la justicia distributiva de Rawls. Pero con ellos solos tampoco es posible dar cuenta del complejo hecho de la moralidad, es de todo necesario analizar también las consecuencias de los actos.

Los principios son *prima facie* prescriptivos, siempre que no entren en conflicto con otros deberes o principios del mismo tipo, en cuyo caso las consecuencias serán el árbitro que ha de mediar dicho conflicto, por lo que no se puede renunciar por completo al consecuencialismo moral.

De esta forma hay cuatro niveles o conceptos de justicia: 1) Justicia como virtud general: ajustamiento natural (Aristóteles), 2) justicia como valor dual (injusticia) que genera un criterio de referencia moral: justicia como

libertad contractual (teorías del contrato social), 3) justicia como esbozo racional o teórico: justicia como igualdad social (los derechos civiles y políticos que se han conformado con el estatuto del esbozo) y, 4) justicia como experiencia real, es decir, confrontada con las consecuencias: justicia como utilidad pública (justicia utilitarista). De esta forma se completa el círculo de la moralidad del acto humano. A partir de aquí se generan otros dos sentidos ulteriores al término justicia: a) Justicia como hábito o como actitud y, b) justicia como ley.

La justicia utilitarista se desarrolla en el momento de la experiencia, pero no se reduce a él, sino por el contrario, en su búsqueda de ser un sistema coherente y completo, ha de abarcar todos los otros momentos de la realidad (porque no son incompatibles), partiendo del establecimiento de un principio formal como el de referencia.

De tal forma que el acto de justicia, dice Diego Gracia, es constitutivo de la moralidad humana, de modo que todo hombre y en cada circunstancia, no importa si está sano o enfermo, o si es médico o paciente, tiene que estar justificando los actos y justificándose a sí mismo.

El tema de la justicia distributiva entra a la relación médico-paciente, no por el médico ni por el enfermo, entra por medio de terceras personas que también forman parte de esa relación (el Estado, la administración hospitalaria, etc.). El enfermo, como ya hemos dicho, acude al médico porque tiene una necesidad, por lo que busca un bien individual, su salud, a la que difícilmente antepone un bien común. Además, el principio moral más propio del enfermo no es el de justicia, sino el de autonomía. Por otra parte, el médico no se debe convertir en juez ni en responsable de la justicia distributiva, su principio moral por tradición es el de la beneficencia no el de justicia. De tal forma que si están ausentes en la relación médico-paciente los terceros involucrados, el principio de justicia no debe utilizarse para la toma de

decisiones, sólo serán tomados en cuenta el de beneficencia, no-maleficencia y autonomía.³²

2.6.3 Consideraciones actuales.

Lo que tradicionalmente se ha conocido como dar a cada quien lo suyo o lo que le corresponde, tiene un trasfondo filosófico de gran envergadura que, si no se comprende, no es posible que la bioética pueda ser deliberativa y reflexiva a la hora analizar un caso y tomar decisiones.

Lejos de caer en extremos pragmáticos, la justicia utilitarista que se propone sólo busca dar una dimensión real a las circunstancias que se plantean en el caso específico, porque no hay que olvidar que la bioética trabaja con eso, con circunstancias que su grado de complejidad varía de acuerdo a los adelantos científicos y a la pluralidad de visiones que tengan en torno a ellas, pero siempre tiene que tener en cuenta múltiples factores a la hora de pronunciarse, de lo contrario no sería bioética, sino sólo ética médica o ética de la ciencia, etc. De igual forma hay que tener cuidado de que el timón en los análisis bioéticos sean las circunstancias, ya que ellas serán trabajadas interdisciplinariamente bajo argumentos ético-filosóficos, no hacerlo así la bioética sería un mero modelo decisionista.

La justicia como nivel máximo de abstracción ha sido uno de los grandes pecados de la filosofía antigua. La bioética no busca estar alejada de la realidad, desea causar un verdadero impacto en la vida de las personas, no solo aquellas que dedican su vida a la ciencia, sino también a todas aquellas que se benefician de ella. La justicia, como se ha dicho, es el principio de los terceros en la relación médico-paciente, que por el carácter de este estudio, será atribuido al Estado, no sólo en su función legislativa, sino también jurisdiccional. En otras palabras, interesa saber en qué medida son tomadas en cuenta las consecuencias (emocionales, terapéuticas, clínicas, etc.) y las circunstancias (científicas, históricas, sociales, etc.) al momento de que el

³² Cfr. Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Págs. 199-293.

derecho, y no sólo la ley, penetra en el estudio bioético de un conflicto determinado.

2.7 PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA.

El peligro que encierran las decisiones tomadas con ligereza constituye un riesgo que no debe correr la bioética, es necesario que el médico, el paciente y la sociedad en general, cuenten con unas bases éticas de apoyo que les puedan servir de guía ante cualquier conflicto que se presente en el ejercicio de la profesión medica.

Cuando surgen los principios de la bioética en la década de años setenta, éstos pretenden ser la forma por excelencia en que han de ser resueltos los conflictos éticos no solo dentro de las ciencias biomédicas, sino de la ciencia y la tecnología en general.

Como lo hemos dicho, la bioética esta en su etapa de juventud, consecuencia no del simple cómputo de años después de que surgiera como nueva disciplina, sino más bien, por el conocimiento que se ha generado en torno a ella, por los crecientes dilemas que presenta la ciencia de nuestros días, por la profundidad en sus reflexiones; pero quizá aún más importante, por las expectativas que se han formulado de ella, ya que ha mostrado verdaderos logros en el acercamiento entre las ciencias y la ética, resolviendo congruentemente los problemas que esto significa.

En esta etapa de juventud, la bioética ya no se conforma con los principios establecidos al modo de Beauchamp y Childress; en este sentido, la reflexión filosófica de la bioética no se ha quedado por detrás del desarrollo científico, continúa en un proceso natural de evolución, por lo que busca nuevos retos y alternativas para enfrentarlos.

Con lo que he dicho no se intenta rechazar la validez y utilidad de los principios en la actualidad, lo que se quiere decir es que ya no son suficientes por sí solos, ni se pueden valorar al modo en que se hiciera inicialmente.

La aportación que hace Diego Gracia en múltiples escritos nos permitirá hacer una idea bastante clara de su pensamiento y de su reformulación de la teoría principialista.

Para él, desde la metafísica de Zubiri, es posible elaborar una ética que sirva para enfocar con rigor y originalidad los problemas que plantea la vida humana, su fundamentación de la ética está en esa dirección, lo que denomina "ética de la responsabilidad".³³

Desde la filosofía de Zubiri, rompe con el principialismo bioético al modo de Beauchamp y Childress, además, pretende superar el escollo que ha vivido la bioética entre el "ser" y el "deber". Se enfrenta al dualismo entre el nivel ontológico y el ético, entre el mundo de los bienes y el de los valores. Para ello, propone una ética formal de bienes de corte fenomenológica, partiendo de lo que Zubiri denomina "protomoral" (constituye el nivel canónico de la moralidad que vincula absolutamente).

Este patrón se rige por lo que Diego Gracia denomina "principio de reciprocidad" que sitúa la simetría de valoración entre los seres humanos por medio de normas universales y a las que generalmente no se tiene dificultad de aceptar, ya que únicamente indican un horizonte direccional marcado por la propia racionalidad humana, pudiendo significar cosas muy distintas dentro de cada época y cultura.

³³ La experiencia moral suele ser teleológica y la apropiación de responsabilidades exige el ejercicio de una "ética de responsabilidades". Según Zubiri: "Responder a través de posibilidades es lo que llamamos responsabilidad". La apropiación de posibilidades es el término de la responsabilidad moral. La ética de la responsabilidad no puede quedarse en la mera construcción libre de esbozos morales, sino que exige su comprobación en la experiencia. Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 502. Cfr. Zubiri, Xavier. *Sobre el hombre*. Alianza. Madrid. 1986. Y Zubiri, Xavier. *Inteligencia sentiente: inteligencia y realidad*. 6ª ed. Alianza. Madrid. 2006.

Propone aceptar no solamente unos principios básicos, sino también, la fundamentación que constituye su marco de referencia, lo que permite situar a dichos principios jerárquicamente en el seno de una sociedad plural en la que se legisla para todos y no únicamente para un grupo específico de personas. El canon de referencia (reciprocidad y universalidad) posibilita lo que denomina "esbozo", a partir del cual surgen los principios como normas deontológicas que, junto con la experiencia en la que se valoran las consecuencias que pueden darse, conducen al final del proceso, solo aquí se puede considerar que un acto está justificado racionalmente.

Los principios de la bioética son esbozos racionales de gran coherencia, y muy útiles en el proceso de la razón moral, el problema radica en la forma en cómo se consideran: como meras hipótesis o como principios que tienen tras de sí una cierta verdad real y están dotados de verdad lógica, razón por la cual pueden afirmarse de modo universal y, de alguna forma, como absolutos. Sólo en este último caso tendrían la categoría de auténticos esbozos morales.

De esta forma, los principios que proponen Beauchamp y Childress tienen, como lo hemos dicho anteriormente, un fundamento teleológico utilitarista; en tanto que en Diego Gracia es teleológico no utilitarista, ya que toma en cuenta las posibilidades reales de acción que tiene la persona que actúa y que desea un comportamiento moral. El juicio de valor escapa a las reglas del utilitarismo (a pesar de que toma en cuenta las consecuencias) y del deontologismo (aunque tenga en cuenta el deber), se sitúa más bien en la responsabilidad ética que nos dicta la propia realidad, que es teleológica y en la que se da la justificación moral del comportamiento humano que pretende alcanzar su fin propio: la felicidad.³⁴

Tanto el deber que defiende cada principio (para salvaguardar el valor implícito) como la maximización de los beneficios son solo parte de la valoración a tener en cuenta, de forma que ambos criterios no se conciben de manera rígida y determinante, sino como elementos a considerar al momento

³⁴ Cfr. Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 505.

de enfrentarse con la situación concreta, sin olvidar que en ese momento el hombre se está juzgando a sí mismo a través de su aprehensión primordial de realidad, y que es la que posibilita su propia realización personal, la cual siempre debe estar dentro de los márgenes del sistema de referencia que, a su vez, permiten considerar las decisiones tomadas como moralmente justas.

2.8 CONFLICTO: PONDERACIÓN/JERARQUÍA.

Aún las personas de distinta formación filosófica pueden aceptar un conjunto de principios éticos comunes: autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia, por ello son conocidos como principios *prima facie*, es decir, deberes morales de carácter no absoluto porque todos pueden tener excepciones, por lo que su aplicación puede quedar en suspenso, de la situación concreta dependerá el peso que tengan cada uno de ellos. Tampoco son relativos en cuanto a que puedan ser usados arbitrariamente.

Cuando los principios entran en conflicto entre sí, afirman Beaucham y Childress, habrá que ver cuál o cuáles tienen prioridad sobre los demás en la situación concreta, lo que en última instancia dependerá siempre de las consecuencias, de ahí que sean catalogados como consecuencialistas.

Albert R. Jonsen y Stephen Toulmin también formaron parte de la comisión del Congreso Norteamericano antecedente del Informe Belmont, en consecuencia en 1988 realizaron una obra³⁵ en la que propusieron la rehabilitación de la “casuística” como un método de pensamiento que se centra fundamentalmente en las circunstancias del caso concreto. Afirman que no es posible partir de principios o reglas generales indiscutibles para obtener una conclusión concreta a través de una premisa menor que especifique las circunstancias del caso; por el contrario, el punto de partida son simplemente máximas, tópicos o lugares comunes que sólo pueden ser comprendidos en términos de los casos paradigmáticos que definen su sentido y su fuerza.

³⁵ Jonsen R., Albert y Toulmin, Stephen. *The abuse of casuistry. A history of moral reasoning.* University of California. Los Ángeles, Estados Unidos. 1988.

La operatividad de los principios de la bioética pasa, según Diego Gracia, por establecer alguna jerarquización entre los mismos que no dependa de la “ponderación” de las circunstancias de cada caso. Su idea es que los cuatro principios no tienen el mismo rango, precisamente porque su fundamentación es distinta:³⁶ la no-maleficencia y la justicia se diferencian de la autonomía y de la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y voluntad de las personas implicadas.

Cuando en el capítulo anterior se abordó el apartado de la secularidad de la bioética, se hizo referencia a la llamada “ética de mínimos” o “ética mínima” aludiendo al problema de saber si hay principios morales absolutos y, en todo caso, cuáles son éstos. Queda claro que éstos no están constituidos ni por la religión, ni las creencias, ni por la ley. Pero sí hay mínimos morales y están constituidos por los principios de no-maleficencia y de justicia, ya que ambos parten de la idea de igualdad de la persona y de la supremacía del bien común sobre el bien particular, base de toda ética y derecho occidental. El primero, en el orden de la vida biológica y; el segundo, en la vida social. Por ejemplo, si existe discriminación o daño en el orden de la vida biológica, se transgrede el principio de no-maleficencia; si no hay consideración ni respeto de la persona en igualdad de circunstancias, decimos entonces que hay injusticia.

No en contraposición pero si en correlación está la llamada “ética de máximos” constituida por los principios de autonomía y de beneficencia, que se actualizan hasta plantear una situación concreta. Por autonomía se entiende como la capacidad de realizar actos con conocimiento de causa y sin coacción. No se puede hacer el bien a otra persona en contra de su voluntad, pero sí se está obligado a no hacerle el mal (no-maleficencia). La beneficencia depende siempre del propio sistema de valores y tiene por ello un carácter subjetivo.

³⁶ Aunque el clínico desea, por lo general, respuestas rápidas y concretas, el intento por resolver los problemas prácticos y concretos sin un previo trabajo de fundamentación es un error grave, que al final se paga caro. Cfr. Gracia, Diego. *Fundamentos y...* Op. Cit. Pág. 12.

Estos principios dependen siempre del propio sistema de valores, es decir, del propio ideal de perfección y felicidad que se haya trazado.³⁷

Hasta aquí podemos afirmar que los cuatro principios de la bioética constituyen tanto la “ética de mínimos” como la “ética de máximos”. La primera es el fundamento de las premisas morales universales, es decir, reconocidas y acatadas por toda la colectividad con el fin de asegurar la vida en sociedad y que existen independientemente de que exista un conflicto ético entre personas o acciones. La segunda, no crea expectativas de conducta universales establecidas previamente, es decir, no existen materialmente o no se aplican hasta entonces se platee un conflicto determinado, ya que su aplicación dependerá de la circunstancias concretas, por lo que quedan supeditados a la vigencia de los principios de la primera.

Con base en la anterior exposición, Diego Gracia, divide los principios en dos niveles: El nivel 1: “deberes de obligación perfecta o de justicia” (no-maleficencia y justicia) y el nivel 2: “deberes de obligación imperfecta o de beneficencia” (autonomía y beneficencia).³⁸ Al primero corresponde la ética del “deber”, la dicotomía entre correcto/incorrecto y es el campo propio del derecho. Al segundo corresponde la ética de la “felicidad”, la dicotomía entre bueno/malo y es campo específico de la moral.

Entre el principio de no-maleficencia y el de beneficencia hay una relación jerárquica, ya que nuestro deber de no hacer daño a otros es claramente superior al de beneficiarlos, y lo mismo cabe decir con relación a la justicia. Pero quizá es posible ir más allá, dado que la colectividad puede obligar a uno a no hacer daño o a no ser injusto, pero no puede obligar a ser

³⁷ En la “Ética a Nicomaqueo” como en la “Gran moral” (obra atribuida a Aristóteles desde la época del emperador Marco Aurelio) se refieren al orden moral por antonomasia que es la felicidad, por lo que la ética de Aristóteles es una ética de la felicidad. Él establece la diferencia entre fines y medios, los primeros los hay de dos tipos: perfectos (colman todas las necesidades humanas) y los imperfectos (una vez conseguidos dejan insatisfecho al hombre). La felicidad es un ejemplo del primer tipo, en tanto la justicia es del segundo. La felicidad (*eudaimonia*) consiste en vivir bien y en obrar bien, ambos se identifican con la virtud, de tal forma que la virtud es el fin, la felicidad y lo mejor; de ahí que la ética de máximos gire en torno a la virtud y a la perfección.

³⁸ En ética se conocen como deberes imperfectos a los deberes que no son correlativos de derechos, mientras que los deberes perfectos son los correlativos de derechos.

beneficiente. Un acto de beneficencia debe ser dado y recibido libremente, en razón a ello, guarda estrecha relación con el principio de autonomía. En ese sentido, autonomía y beneficencia son principios morales estrechamente relacionados, por lo mismo se ubican en un mismo nivel, un nivel interno o particular: la beneficencia lo es siempre con respecto a un sistema de valores de tipo religioso, cultural, económico o político, que son siempre internos en a la idea de perfección o felicidad que tiene cada persona, en este nivel tiene plena cabida el pluralismo moral, ya que el sujeto moral son los individuos.

En el otro nivel, por el hecho de vivir en sociedad nos obliga a aceptar ciertos preceptos morales que el Estado (por medio de la ley) debe aplicar a todos sus miembros por igual, en este nivel el sujeto moral es el Estado. Por ejemplo, en caso de que exista conflicto entre beneficencia y justicia, la justicia tiene preferencia, ya que los deberes públicos tienen preferencia sobre los privados, ésta es una regla procedimental clásica, presente desde antaño en la tradición ética y legal, la que afirma la superioridad del bien común sobre el privado o individual en casos de conflicto entre ambos. Los objetivos de la moralidad pública no son sólo evitar la discriminación, marginación y segregación social, sino también proteger la vida y la integridad física o biológica de los miembros. Los deberes públicos se definen en su contenido publicamente por consenso y, por tanto, obligan sólo en la acciones públicas o transitivas.³⁹ Sólo hay dos vías de definir los deberes públicos: el acuerdo y la fuerza.

Como se advirtió antes, en un primer momento todos los principios tienen igual jerarquía *prima facie*, igual función aunque admiten ponderación al plantearse el caso concreto.⁴⁰ En la gran mayoría de análisis que lleva a cabo la bioética médica los principios no son de fácil aplicación ya sea por los intereses de las personas involucradas, por las normas legales o por la complejidad de los hechos. Los cuatro principios forman un rompecabezas que

³⁹ Cfr. Gracia, Diego. *Primus...* Op. Cit.

⁴⁰ En un primer momento todos los principios tienen igual fuerza normativa, pero en caso de conflicto entre ellos, los del nivel 1 son jerárquicamente superiores a los del nivel 2; los primeros tienen prioridad sobre los segundos.

se integra caso por caso, por lo que las dimensiones de cada pieza tienden a variar de una circunstancia a otra, pero el tablero siempre debe quedar armado armónicamente y con esto se perfila la tarea tal vez más difícil a la que se enfrenta la bioética médica en la actualidad. Dar prioridad a unas piezas puede tener efectos terribles y creo que no deseados; negar el contenido del nivel 2 convirtiendo todo en obligación del nivel 1 conduciría al totalitarismo, y a la inversa, negar el nivel 1, convirtiendo todo en obligación del nivel 2 llevaría a la utopía liberal extrema y libertaria. (Ver cuadro 1)

Por naturaleza la bioética es una disciplina para resolver situaciones particulares, concretas y, por tanto, debe de contar con un procedimiento para la toma de decisiones. Diego Gracia despliega el siguiente procedimiento:

Paso 1: Establecer el sistema de referencia moral.

- Premisa ontológica: El hombre es persona en tanto que tiene dignidad y no precio.
- Premisa ética: En tanto que personas, todos los hombres son iguales y merecen igual consideración y respeto.

Paso 2: Momento deontológico del juicio moral.

- Nivel 1: Principio de no-maleficencia y principio de justicia.
- Nivel 2: Principio de autonomía y principio de beneficencia.

Paso 3: Momento teleológico del juicio moral.

- Evaluación de las consecuencias objetivas (nivel 1).
- Evaluación de las consecuencias subjetivas (nivel 2).

Paso 4: Juicio moral.

- Contraste del caso concreto con los principios (paso2).
- Evaluación de las consecuencias del acto para ver si es necesaria una ponderación en base al paso 3.
- Contraste de la decisión tomada con el sistema de referencia.
- Toma de decisión final.

En la toma de decisiones no sólo se tienen que tener en cuenta las consecuencias de la acción a realizar (hacerlo nos catalogaría de consecuencialistas), indudablemente debe existir una reflexión filosófica de fondo acerca de la trascendencia del acto y de los valores e intereses de las personas involucradas lo que finalmente nos permita encuadrar las posibles alternativas en el esquema de los principios, su ponderación no deberá ser sólo en base a consecuencias sino también en cuanto a valores e intereses, ya que se busca una decisión ética no mecánica. La excepción que resulte de la ponderación de los principios nunca podrá ser universalizada, cuando se hace una excepción se tiene claro que se está optando por el mal menor, y que lo bueno sigue siendo lo que el principio establece, no la excepción.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEGUNDO.

PRIMERA.- Los cuatro principios de la bioética: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia, son deberes que obligan *prima facie*, esto quiere decir dos cosas: a) En todo momento y en toda circunstancia obliga su cumplimiento (deja de lado el relativismo moral); sin embargo, pueden ser aplicados en menor o mayor medida de acuerdo a las exigencias del caso concreto (se deja fuera el absolutismo moral), y b) no existe una jerarquización *a priori* que dé preferencia a unos sobre otros (los cuatro tienen igual fuerza normativa), lo que no quita que exista una regla procedimental para facilitar su ponderación en caso de conflicto (principios del nivel 1 y principios del nivel 2).

SEGUNDA.- Tanto los principios del nivel 1 (no maleficencia y justicia) como los del nivel 2 (autonomía y beneficencia) son aplicados y protegidos paralelamente por el derecho y por la ética, es decir, la separación por niveles no pretende establecer una frontera tajante entre esos sistemas normativos. La idea de crear estos dos niveles es la de facilitar su ponderación en caso de conflicto, de tal suerte que sin conflicto no existen niveles. Pero cuando el conflicto se presenta quien tiene que tomar la decisión o quien participa en el proceso, de inicio debe considerar que los principios del nivel 1 (a diferencia de los principios del nivel 2) obligan no sólo ética, sino además, jurídicamente. Que puedan ser exigidos coactivamente significa que el caso concreto no les puede restar fuerza normativa, por lo que sus excepciones son establecidas por el propio derecho y no por el caso concreto.

TERCERA.- El principio de la autonomía nace junto con los ideales políticos de la libertad individual. Tanto en medicina como en derecho, tiende a ser el contrapeso de la beneficencia imperativa manifestada en esos dos ámbitos. Este principio aplicado a la medicina tiene dos bases: a) El derecho que tiene toda persona de ser informado sobre sus padecimientos o enfermedades, y de que sus decisiones en torno a ello sean respetadas; y b) La obligación del médico de proporcionar los medios idóneos de comunicación con su paciente, que más allá de informar, permitan deliberar sobre las alternativas, beneficios, efectos, consecuencias, etc. con miras de que la

decisión sea razonable y prudente (no cabe la manipulación, ni la imposición, ni la indiferencia). En el primer caso se exige responsabilidad y compromiso; en el segundo, entrega y disponibilidad. En el ejercicio actual de la medicina, la autonomía supone información, la información supone consentimiento, consentimiento supone deliberación. El principio de autonomía es incompleto si no se toma en cuenta el principio de beneficencia, ya que en la armónica coexistencia de ambos suele estar la buena relación médico-paciente. En la mentalidad del mundo occidental la enfermedad siempre es un mal, por lo cual la salud ha de ser el bien a alcanzar; pero definirla, saber cómo llegar a ella y conocer los límites en este esfuerzo, es una tarea en sumo difícil. Estas interrogantes de las que se ocupa la bioética sólo tendrán una respuesta aceptable si se involucran los intereses y expectativas de los participantes reflejados en dichos principios.

CUARTA.- El principio de no maleficencia no es el polo negativo de la beneficencia (la bipolaridad es una característica de los valores, no de los principios), sino constituye una obligación independiente y anterior a dicha relación, que consiste en no causar daño, es decir, no hacer un mal. El buen médico siempre va a procurar el bien de su paciente (su salud), pero ante su implacable enemigo (la enfermedad), ¿su intervención, en principio benéfica, cuándo se vuelve maligna? La línea entre el bien y el mal es evidente para cualquier persona racional, pero ¿será realmente así en la relación clínica? Para procurar que así sea, se tienen que conjugar éstos tres principios mencionados. La autonomía y la beneficencia se actualizan en cada acto médico (se amoldan al caso), en tanto que la no maleficencia no, porque ya existe cuando un médico se convierte en tal. Por último está el principio de justicia que busca una nueva dimensión acorde con los acontecimientos biomédicos apartándose de cierta medida de la abstracción filosófica clásica. En otras palabras, no puede quedar sólo en un aspecto formal sin establecer casos concretos, ni tampoco puede prescindir de él permaneciendo en el ámbito material, ya que la medicina impele a la bioética para crear normas generales de comportamiento y formas especiales para resolución de conflictos. Por ello este principio, junto con el de no maleficencia, cobra protagonismo al convertirse de un principio moral a un principio jurídico, de una

necesidad de justeza moral intrínseca (reconocer a los otros como iguales en tanto que personas) a un reclamo legal extrínseco (que en tanto que persona, sea reconocida y protegida mi igualdad). Este es un principio que se atribuye más al Estado, al sistema sanitario, a la administración pública, a la dirección hospitalaria, etc. que son las terceras personas involucradas en la relación médico-paciente y que son las encargadas de hacer más efectivo el contenido de este principio.

CAPÍTULO 3

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA MÉDICA EN EL DERECHO

Sumario: **3.1** Los principios en las discusiones jurídicas actuales. **3.2** Los casos difíciles: la puerta de entrada de los principios. **3.3** Los principios como vínculo entre derecho y moral. **3.4** Los principios y las reglas en la teoría de Robert Alexy. **3.5** Los valores y los principios. **3.6** La argumentación jurídica. **3.7** La bioética y la creación del derecho. **3.8** La deliberación: el método. **3.9** Razones para la deliberación. **3.10** La propuesta de Diego Gracia.

CAPÍTULO 3

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA

BIOÉTICA MÉDICA EN EL DERECHO

El hombre se ha hecho demasiado poderoso para permitirse jugar con el mal,
su exceso de fuerza le condena a la virtud.

Jean Rostand

La ética no se identifica plenamente con el derecho, lo cual no quiere decir que esté completamente separada de él. La ética y el derecho son los dos grandes sistemas normativos de toda sociedad, por ello es por lo que se encuentran íntimamente relacionados. Los usos, costumbres, valores e ideas del bien que constituyen la ética individual y la ética social, acaban dando contenido a las normas jurídicas. El derecho es siempre posterior a la ética y consecuencia suya. Fácilmente se puede decir: “dime que sistema de valores tiene una sociedad, y te diré que normas jurídicas acabará generando”.¹ Pero precisamente por esta estrecha y necesaria relación, existe un desfase insalvable entre estos sistemas normativos, ya que la ética va siempre por delante, evoluciona más deprisa de lo que puede hacerlo la norma jurídica. Esto es aún más evidente en los temas relacionados con la bioética médica: cuidados intensivos, reproducción asistida, embrión humano, clonación, bebés medicamento, fin de la vida, sedación terminal, directrices anticipadas, etc. Todos estos temas han surgido recientemente, particularmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, lo cual permite entender por qué no sólo nuestro sistema jurídico, sino muchos otros, aún no han sido capaces de asimilarlos y manejarlos correctamente, sin restar mérito a los avances que ha experimentado nuestra legislación.²

Basta comparar nuestras leyes actuales con las que estaban en vigencia hace veinte años para advertir el cambio operado y el respeto, cada vez mayor,

¹ Si bien la ética no es la disciplina que tiene por objetivo del estudio de los valores (axiología), ella se encarga de que éstos se realicen en la vida de las personas.

² La avalancha de estudios, opiniones, declaraciones oficiales y leyes no ha permitido resolver todas las cuestiones planteadas, tampoco ha servido de guía suficiente al juez en su labor de determinar el derecho, pero desde luego ha sido un esfuerzo notable. Cfr. Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *Genética y derechos humanos*, en Cano Valle, Fernando (Comp.). *Bioética y derecho*. UNAM. México. 1992. Pág. 39.

que el derecho tiene hacia las decisiones autónomas de los enfermos. Este proceso de cambio legislativo y judicial no cabe duda de que continuará y cada vez se incrementará más la gestión autónoma de la vida y de la muerte y, por tanto, del cuerpo por parte de los ciudadanos. Por ejemplo, en principio nadie puede definir lo que significa una muerte digna más que el propio paciente, la obligación moral de la sociedad entera, y más en concreto del sistema sanitario, es permitir que los pacientes formulen su propio concepto de muerte digna, no de una forma arbitraria o impulsiva, sino en base a la información, deliberación y respeto de sus creencias y valores. Esto tal vez no siempre sea posible, pero sí se debe promover al máximo.

No es acertada la idea que considera que en este tipo de problemas pueden alcanzarse soluciones definitivas, matemáticas. La racionalidad³ ética no es nunca apodíctica, sino prudencial;⁴ es decir, en el análisis bioético actual se debe ejercitar el arte de la tomar decisiones racionales en situaciones de incertidumbre. La ley y las decisiones judiciales, como principales formas en que se expresa el derecho en materia biomédica, como la bioética, exigen reflexión, buena voluntad, deliberación y prudencia; nada más, pero también nada menos.⁵

En el ambiente médico es de todo común pensar que las soluciones a los dilemas morales a los se enfrentan a diario, se encuentran en la ley, y si ésta no responde, como generalmente sucede, a los meticulosos cuestionamientos morales, entonces se tacha a la ley de mala, incompleta o desfasada. Entonces, como consecuencia de la relación que guarda la ética con el derecho, ¿la norma jurídica se forma a partir de normas morales? o, más específicamente, ¿la norma jurídica es la mera positivización de la norma moral? Como ya lo he mencionado en las líneas que anteceden, hay un cierto

³ La racionalidad ha llegado a ser sinónimo de “función mecánica de pensar”, por tanto, del uso de las propias leyes de la lógica formal.

⁴ En el orden de la política, de la ética y de las artes no hay posibilidad del razonamiento apodíctico, Aristóteles dice que los razonamientos a ese nivel son necesariamente dialécticos, es decir, probables en el sentido de que pueden existir varios razonamientos razonables y prudentes, y que por tanto su lógica no es bivalente sino polivalente. Como consecuencia de ello, las decisiones no pueden ser nunca ciertas, sino probables, razonables y prudentes.

⁵ Cfr. Prólogo escrito por Diego Gracia en Abizanda Campos, R. y Gómez Rubí, J.A. *Bioética y medicina intensiva*. Edika Med. Barcelona. 1998.

contenido común (mínimo) entre el derecho y la ética, que de ningún modo los asimila, sino que cada disciplina los trabaja de acuerdo a su función como sistema normativo.

El acto médico, como cualquier otra actuación humana social, no debe confiar sólo en el derecho el eje de su comportamiento, ya que éste es un sistema incompleto, no por defecto sino por naturaleza, y que, por tanto, requiere la integración y complementación de la ética. El médico no se enfrenta a situaciones simétricas o matemáticas, se enfrenta a problemas humanos, y no a cualquiera, sino al que se refiere a la salud y bienestar de las personas, por lo que su actuación profesional estará guiada, en términos generales, por el sistema jurídico vigente pero cuando éste no dé de sí por lo complejo del caso, debe recurrir a las normas éticas, o bien, pedir un asesoramiento en esa materia. Tener un derecho ajeno de los valores morales latentes en la sociedad es una tiranía, y tener una ética en conflicto permanente con el derecho, es tener dos grandes fuerzas que tiran en sentido contrario. En consecuencia, tanto el derecho como la ética, son los encargados de dar respuesta a los grandes dilemas que se suscitan en la práctica médica: el derecho fija aquellos mínimos en los que existe un amplio acuerdo social⁶ y la bioética ayuda a que las personas tomen sus propias decisiones de forma prudente. Tanto la ética como el derecho son los dos grandes sistemas normativos que tiene toda sociedad, por lo que no son excluyentes sino complementarios.

3.1 LOS PRINCIPIOS EN LA DISCUSIONES JURÍDICAS ACTUALES.

En los últimos años la teoría del derecho ha sido testigo del desarrollo sostenido de dos tendencias jurídicas: la crítica al positivismo jurídico y el reconocimiento de los principios como componente esencial del derecho. La discusión actual en torno al positivismo jurídico provoca la sensación de que la polémica se ha relativizado en buena parte, hasta el punto de que se ha afirmado que la controversia positivismo/no positivismo no obedece a

⁶ La sociedad pluralista por definición no legisla a partir de una opción moral determinada, sino que busca una legislación a partir de una opción moral común o mínima. Cfr. Serrano Ruíz-Calderón, José Miguel. *Genética...* Op. Cit. Pág. 42. Cfr. Gracia, Diego. *El maestro deliberador*, en el periódico "El País". España. 29 de enero de 2006. www.elpais.es

diferencias teóricas genuinas⁷, o que la cuestión no es saber qué perspectiva sea la única correcta con carácter excluyente, sino cuál sea la más adecuada, cuál sea la mejor teniendo en cuenta diversos criterios en cuya valoración intervienen profundas y arraigadas convicciones filosóficas, singularmente de naturaleza epistemológica y de ética normativa.

La presencia más o menos explícita de este tipo de presupuestos en este debate hacen de él una cuestión que se distingue por la intensidad con que se discute y por la dificultad para alcanzar soluciones definitivas.

La simultaneidad de la crisis del positivismo jurídico y el auge de los principios en el derecho no obedece a la casualidad. En el actual estado de cosas constituiría una inexactitud ignorar tanto que los principios deben gran parte de su fortuna a su virtualidad en contra del positivismo jurídico, como que el declive del positivismo jurídico o las críticas que recibe apelan a la singularidad de un nuevo derecho formado precisamente por principios.

Diversos autores, formados en culturas jurídicas diferentes y respaldados por tradiciones filosóficas ajenas entre sí, han acudido a la constatación de principios en el derecho como argumento de crítica al positivismo jurídico. Por ejemplo, Dworkin opina que los positivistas, al ignorar la existencia de los principios en el derecho y reducirlo a un conjunto de reglas, tratan al derecho como si fuera béisbol, y si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma positivista: que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asuma la forma de una regla maestra (regla de reconocimiento al estilo hartiano para identificar al derecho).⁸ Alexy, en forma más moderada, afirma que la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral.⁹

⁷ Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Ariel. Barcelona. 1994. Pág. 41.

⁸ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Ariel. Barcelona. 1984. Pág. 93 y ss.

⁹ Alexy, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa. No. 5. España. 1998. Págs. 139-151.

Nociones como las expresadas por términos como “principio”, “*regula iuris*”, “*dignitas*”, “axioma”, “máxima”, “aforismo” e, incluso, “valor”, han aparecido de manera recurrente entre los argumentos esgrimidos por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales o dogmáticas. Como lo veremos a lo largo de este capítulo, éstas expresiones y, en particular la que se adopta en este trabajo (principio), encuentran obstáculos para su acomodo en un esquema tradicionalmente positivista del derecho debido a dos consecuencias básicas: su estructura abierta y su discutible juridicidad. Estas cuestiones son de todo vigentes y constituyen el centro del debate acerca del papel e importancia de los principios en el derecho.

La mentalidad del jurista actual parece caracterizarse por una disociación manifiesta: por un lado, desarrolla su labor legislativa, jurisdiccional, dogmática, etc. inspirado por unos valores propios del formalismo codificador y por el positivismo jurídico decimonónico. Por otro, asume presupuestos iusnaturalistas con los que legitima su actividad positivista. De esta forma se da una clara separación entre el concepto (de derecho objetivo) filosófico y el práctico. Es decir, en el jurista actual confluyen dos tradiciones, cuyo origen común, aunque no exclusivo, se halla en el racionalismo: la positivista de la codificación y la iusnaturalista orientada a la legitimación de su ejercicio. Esta doble filiación genera una actitud hacia los principios hostil y proclive. Hostil, porque los principios son acusados de ser ambiguos y vagos que chocan con la pretensión de precisión o exactitud de la codificación; proclive, porque la tradicional interpretación iusnaturalista de los principios genera simpatías.

La alusión que se hace de los principios por parte de la doctrina jurídica frecuentemente es acompañada de la invocación de elementos morales en la definición del derecho. En este sentido, los principios han constituido un valioso instrumento teórico, que en manos de los críticos del positivismo jurídico, ha contribuido a poner en tela de duda el postulado básico de esta teoría: la ausencia de un nexo conceptual necesario entre derecho y moral. Por esta causa, hablar de principios en buena medida ha significado reconsiderar qué deba entenderse por derecho y cómo deban precisarse sus límites; cuestiones que nos sumergen, casi indefectiblemente, en la polémica sostenida entre los

defensores y los detractores del positivismo jurídico. En consecuencia, cabe interrogarse sobre el origen de esta unión entre principios jurídicos y principios éticos, para indagar posteriormente acerca de las repercusiones que esta conexión experimenta sobre las relaciones entre moral y derecho. Muy probablemente el hecho de que el término “principio” se encuentre entre aquellos que integran el vocabulario común de la moral y el derecho haya favorecido este tipo de asociación. Sea como fuere, debemos plantearnos cuál es la relevancia de la comunidad del concepto principio en los ámbitos de la moralidad y del derecho porque, cuanto mayor valor se conceda a esta comunidad, más intensa será la disposición para aproximar ambos sistemas, cuidando de no caer en el error de confundirlos.

Dworkin, por ejemplo, destaca la presencia de principios en el derecho, al grado de concluir que las diversas ramas del enfoque profesional de la ciencia jurídica fracasaron por una razón básica: ignoraron el hecho crucial de que los problemas de la ciencia jurídica son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia.¹⁰

El anterior razonamiento nos obliga a plantearnos dos cuestionamientos fundamentales en nuestro análisis: ¿los principios éticos o morales son siempre jurídicos? y ¿los principios jurídicos son siempre éticos o morales?

La teoría de Dworkin permite considerar que un principio moral puede ser considerado jurídico, para ello no sólo recurre a las exigencias de justicia, sino que además toma en consideración, por parte del intérprete del derecho, la práctica social, la legislación, los precedentes y otros materiales normativos diversos de los morales, lo cual matiza la recepción de los principios morales en el derecho.

¹⁰ La tesis de Dworkin descansa sobre la idea de que el derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios, y que éstos, a su vez, son de dos clases: los que se expresan en enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc. (directrices o políticas); y los que establecen exigencias de justicia, equidad y moral positivas (los principios en sentido estricto), y son éstos los que contienen derechos individuales por lo que subordinan a los primeros. Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit. Pág. 51.

Considero que ambas interrogantes tienen una respuesta negativa. Es decir, los principios éticos o morales *pueden* ser, a la vez, jurídicos; y los principios jurídicos *pueden* ser, a la vez, principios éticos o morales.

“Primero en tiempo, primero en derecho”, “las cosas se rigen por el lugar de su ubicación”, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” son ejemplos de principios estrictamente jurídicos que no tienen su origen ni siquiera influencia en la moral. En cambio, el principio “nadie puede beneficiarse de su propio ilícito” o “nadie puede enriquecerse sin causa en detrimento de otro” es, a la vez, un principio moral: “no es bueno mentir, robar, matar...”.

En el caso de los principios de la bioética son, al mismo tiempo, principios jurídicos: “respeto a la autonomía del paciente”, “beneficiar al paciente”, “abstenerse de causar mal al paciente” y “justicia”. Con esto hemos establecido una premisa fundamental que se irá desarrollando a lo largo de este capítulo: los principios éticos establecidos por Beauchamp y Childress son, a la vez, principios jurídicos; es decir, tienen influencia en la elaboración tanto de normas éticas, como de normas jurídicas, y en su consecuente aplicación. Sin embargo, conviene hacer un acotamiento importante. Los cuatro principios señalados son compartidos por la bioética y por el derecho, pero ello no obsta de que la bioética y el derecho lleguen a soluciones distintas, además, cada una de estas disciplinas, de acuerdo a su método, analiza los problemas planteados de forma muy distinta. Que en ambas se no llegue a decisiones idénticas (pero sí similares), no resta validez a sus principios, precisamente no pueden ser decisiones idénticas porque el derecho y la bioética son disciplinas complementarias ante una misma realidad.

Con el propósito de obtener mejores resultados en el análisis sobre el uso de los principios de la bioética por parte del derecho, este capítulo tendrá dos secciones: la primera, se enfocará a la función judicial, es decir, al modo en que se aplica el derecho por parte del juez, resaltando la relevancia que tienen los principios para resolver problemas como el de las lagunas o la ambigüedad de la ley, así como para dotar de mayor eficacia a las decisiones judiciales, para ello se tomarán algunos puntos sobresalientes de la teoría de la

argumentación jurídica de Robert Alexy;¹¹ la segunda, se dedicará al estudio de la función legislativa, ya que en la actualidad poco se dice acerca de los contenidos de la ley en materia científica y, particularmente, en materia médica, es decir, pocas son las reflexiones sobre qué se debe legislar y cómo en temas como la calidad de vida, muerte digna, autonomía del paciente, etc. La bioética deliberativa que propone Diego Gracia será de gran ayuda para realizar nuestro análisis.

3.2 LOS CASOS DIFÍCILES: LA PUERTA DE ENTRADA DE LOS PRINCIPIOS.

Parece que hoy en día nadie discute que el aplicador del derecho puede encontrarse con cierta frecuencia ante los denominados: casos¹² difíciles.¹³ Estos casos pueden plantear problemas de diversa índole al operador jurídico. Es posible que el ordenamiento jurídico en presencia contenga normas jurídicas contradictorias¹⁴ o que adolezca de lagunas, o que sus disposiciones estén formuladas de manera vaga o ambigua en un elevado grado, y es posible que produzcan colisiones entre la respuesta que ofrezca el ordenamiento

¹¹ Los maestros Carla Huerta Ochoa y Alfonso García Figueroa han sido grandes estudiosos de las obras de Robert Alexy cuyas reflexiones serán importantes para abordar el tema.

¹² Para Genaro Carrió los casos, en sentido amplio, son problemas prácticos y, desde el punto de vista jurídico, éstos tienen varias características especiales: a) Por lo general existen varias soluciones posibles; b) puede ser que algunos casos jurídicos no tengan solución; c) la situación inicial de los casos jurídicos nunca puede ser descrita totalmente; d) normalmente, las reglas que pueden solucionar el problema son complejas, vagas o ambiguas y; e) la configuración y solución del caso puede estar influida por factores morales, políticos, sociales, económicos, etc. Carrió, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1987. Págs. 22-42. Citado por Navarro, Pablo E. *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*. Doxa. No. 14. España. 1993. Pág. 250.

¹³ Los casos fáciles son aquellos que se resuelven de acuerdo con modelo silogístico (subsunción) de la aplicación del derecho y no exigirían discrecionalidad judicial; en cambio, los casos difíciles según Alexy son aquellos en que se presenta algún tipo de problema en la determinación (saber qué norma aplicar) e individualización (aplicarla al caso concreto) de la norma, de esta forma reclaman la intervención del aplicador, de una justificación externa o de segundo orden que es la que se ocupa de la solidez de las premisas, por lo que su objeto es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna o en el silogismo jurídico; por tanto, el aplicador debe regirse por una adecuada teoría de la argumentación jurídica.

¹⁴ Las contradicciones normativas no se refieren a un problema de validez formal, sino a un enfrentamiento de contenido normativos. Se pueden presentar de dos formas si se diferencian los tipos de normas de conformidad con su forma de aplicación en caso de conflicto: a) Conflictos de reglas, surge del enfrentamiento de dos reglas de aplicación absoluta, es decir, hay dos formas válidas de solucionar el conflicto. b) Conflictos de principios, dos o más principios chocan por su contenido incompatible, la prelación de uno sobre el otro (s) dependerá de la valoración de las circunstancias del caso específico. Cfr. Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos normativos*. UNAM. México. 2003. Págs. 50 y ss.

jurídico a una controversia jurídica y ciertas ideas en relación a determinados valores como, por ejemplo, la justicia.

En definitiva, cabe afirmar que los jueces se enfrentan con mayor o menor frecuencia (y éxito) a casos difíciles, ante los que el mero recurso al derecho positivo no es suficiente. El juez no puede crear derecho, porque, en principio, no es ésa la función que le ha encomendado el ordenamiento jurídico. Entonces ¿qué se puede hacer ante tal problema? Algo que sí sabemos es lo que no puede hacer: abstenerse de decidir. La mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales prescriben el *non liquet*¹⁵ y, por esta razón, diariamente los jueces deben pronunciarse acerca de los asuntos que conocen a pesar de las carencias del sistema jurídico, incluso a pesar de que sus soluciones pueden resultar insatisfactorias.

La interpretación de lo que el juez hace o de lo que el juez debe hacer bajo estas circunstancias depende de dos extremos: cómo se conciba la actividad del juez en el ámbito de apertura del derecho positivo y cuál sea la teoría del derecho que se propugne. Es decir, la cuestión se plantea en torno a dos elementos fundamentales: la discrecionalidad judicial y el concepto de derecho. Naturalmente la concepción del segundo modula el alcance que se infiera a la primera y la toma de posición acerca de la primera presupone una determinada idea del segundo; podría decirse, que la discrecionalidad está en función del sistema jurídico. Alexy incluye una idea significativa al respecto: los casos difíciles son sensores por medio de los cuales puede ser establecida la naturaleza del derecho.¹⁶ Sobre éstos elementos desembocan las vertientes moral y argumentativa de los principios. Por un lado, los principios considerados, en la mayoría de los casos, como vínculos con la moral,

¹⁵ Art. 18 del Código Civil Federal Mexicano: “El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. Art. 1.7 del Código Civil Español: “Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (Tutela efectiva). Art. 9 de la Ley de Organizaciones y Atribuciones de los Tribunales de Honduras: “Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta del ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

¹⁶ Alexy, Robert. *On necessary relations between law and morality*, en Ratio Iuris. Vol. 3 No. 2. 1989. Págs. 167-183. Citado por García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. CEC. Madrid. 1993. Pág. 55.

favorecen un concepto no positivista de derecho; por otro, en cuanto elementos fundamentales del razonamiento jurídico, tienen gran relevancia en el estudio de los mecanismos propios de la argumentación y en la concepción de la discrecionalidad judicial; ambas cuestiones se enlazan entre sí.

La concepción no positivista de Alexy tiende a restringir la discrecionalidad judicial; mientras que Dworkin, tiende a eliminarla mediante la vinculación del derecho o del razonamiento jurídico a la moral o al razonamiento moral. Los principios suelen ser considerados en este contexto como un vínculo idóneo entre estos elementos.¹⁷

Las respuestas al problema de la discrecionalidad involucran dos debates plenamente vigentes y ciertamente centrales en la teoría general del derecho de la actualidad: el que genera la teoría de la argumentación jurídica en sus diversas manifestaciones y la clásica polémica entre positivismo y no positivismo jurídico. Si por el momento nos ubicamos en la segunda dimensión, observamos que las soluciones propuestas al dilema que se le plantea al juez ante un caso difícil contrastan intensamente.

La esencia del positivismo jurídico como método sostiene la “tesis de la separación”, es decir, existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.¹⁸ Esta tesis representa el principio general sobre el que se asientan dos tesis fundamentales: la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la falibilidad moral del derecho. Según la primera, el derecho es un fenómeno social, cuya descripción es posible sin acudir a valoraciones morales; de acuerdo con la segunda, una cosa es la validez del derecho y otra su mérito o demérito. El derecho se muestra así claramente diferenciado de la moral y ello presupone

¹⁷ Según el modelo de Alexy, la discrecionalidad se desarrollaría donde los materiales normativos (jurídicos y morales) no permiten decidir al existir distintas respuestas correctas. García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. CEC. Madrid. 1993. Pág. 360.

¹⁸ Respecto a este tema existen varias características del positivismo: Positividad, es decir, el derecho no se funda más que en la voluntad del legislador soberano, quien regula convencionalmente situaciones sociales, no admite ningún tipo de norma anterior al propio derecho, no hay más derecho que el positivamente promulgado; legalidad, es decir, no hay criterios o normas éticas anteriores al derecho, debe concebirse como éticamente neutro, su objeto es resolver conflictos, no formular criterios morales y; formalismo, es decir, la justicia se define mejor por la corrección formal o procedimental que por criterios materiales o de contenido.

que existe algún criterio según el cual sea posible trazar límites entre ambos. Estos criterios han variado a lo largo de la historia, pero cabría destacar los aportados por los máximos exponentes del positivismo jurídico de nuestro siglo: Hans Kelsen y H.L.A. Hart.

Por lo que se refiere a la teoría de la argumentación jurídica, el positivismo jurídico admite en la actualidad que los sistemas jurídicos no pueden ofrecer una única respuesta correcta a las controversias jurídicas (a diferencia de lo que dice Dworkin), y ello significa que el juez debe actuar en cierta medida de manera discrecional. El positivismo jurídico de nuestros días admite la llamada “tesis de la discreción judicial”. Esta tesis no da legitimación a la arbitrariedad judicial, sino que reconoce limitaciones al derecho y abre paso a una teoría de la argumentación jurídica.¹⁹ Quizá sea una de las misiones fundamentales de una teoría de la argumentación jurídica clausurar el vacío de racionalidad que surge cuando el derecho positivo no ofrece una respuesta única.²⁰ Esto ocurre muy a menudo con los problemas relativos a los adelantos científicos, es decir, la legislación aunque presuma de estar a la vanguardia de los novedosos acontecimientos en esa materia, nunca podrá prever todas las consecuencias o supuestos posibles, por lo que no sólo el juez, sino cualquier otro operador jurídico debe apoyarse en los principios a fin de dar una solución acorde a las circunstancias especiales del caso. Lejos de

¹⁹ Según la tesis de la discreción, es posible aplicar u optimizar normas que no pertenecen al derecho, sino que surgen de la articulación de una teoría de la argumentación jurídica. De esta forma, existen normas que son aplicables y no pertenecen al derecho. Al respecto Kelsen advierte que la afirmación de que los “principios” que influyen en la generación de derecho sean “derecho positivo”, extiende el concepto de derecho más allá del concepto de la “norma jurídica”, y de esa manera se elimina cualquier posibilidad de trazar un límite preciso frente a la moral y a la política, de tal forma que todos los factores que influyen efectivamente en la generación de derecho pueden ser calificados y justificados como “derecho”. Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Trillas. México. 1994. Págs. 126 y 302.

²⁰ Un sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, a causa de: la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflicto entre normas y la existencia de casos no regulados. Si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico, es decir, debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja en todo a la del legislador. En este caso no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico. Cfr. Alexy, Robert. *Sistema jurídico...* Op. Cit. Pág. 139. Alexy afirma que sólo puede hacer referencia a la única respuesta correcta en cuanto ideal regulativo y que es el deber del juez aproximarse a éste lo más posible. En este sentido no existe gran diferencia con los postulados de Dworkin para quien la única respuesta correcta es una realidad inalcanzable (salvo para un ideal juez Hércules). Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. CEC. Madrid. 1989. Pág. 303.

dar incertidumbre (como suele pensarse) en la solución de problemas propios de la ciencia de este siglo, la legislación marcará los cauces por los que deba darse la argumentación jurídica (y consecuentemente la discrecionalidad judicial) garantizando certidumbre y no arbitrariedad, continua actualización y no inoperatividad o inobservancia de las decisiones.

En el panorama de la filosofía del derecho contemporánea, se observa que el uso de los principios sirve para justificar tres operaciones: la vinculación conceptual necesaria del derecho a la moral, la reducción o eliminación de lagunas en el derecho y dotar de mayor eficacia a las decisiones judiciales. (Ver cuadro no. 2).

3.3 LOS PRINCIPIOS COMO VÍNCULO ENTRE DERECHO Y MORAL.

Alexy concibe el derecho desde su vertiente procedimental, de un modo que el derecho contendría reglas, principios (aspecto pasivo) y procedimientos (aspecto activo). El modelo de reglas representaría un concepto de derecho compuesto íntegramente por reglas, es decir, de normas aplicables como mandatos definitivos. Su ventaja consistiría en la seguridad, pero su inconveniente principal sería el vacío de racionalidad cuando el juez no dispone de una norma aplicable al caso concreto, por lo que puede decidir arbitrariamente. Un hipotético modelo a base de principios viene a mitigar este problema a costa de la evidente indeterminación. La combinación de reglas y principios se presenta entonces como un avance significativo, pero no suficiente. La articulación de reglas y principios en un modelo mixto permite que las deficiencias de las que adolecen ambos modelos por separado, se restrinjan considerablemente.

El problema fundamental del modelo de reglas y principios consiste en la cuestión de sí la integración de los principios en el sistema de derecho puede contribuir a colmar la laguna de racionalidad del modelo de reglas. Un seguidor de la teoría del sistema de reglas diría que con los principios no se gana mucho. Esto debido a que se piensa en que en los principios que van implícitos en las reglas bien se podría fundamentar cualquier decisión, por lo mismo, no

existiría diferencia alguna si se incorporaran principios externos a las reglas del sistema jurídico que si no se incorporaran los mismos. Sin embargo, esto sólo significa que, siempre es posible encontrar un argumento jurídico, no en cambio, que el sistema jurídico prevé una solución para cualquier posible conflicto. Para tratar de refutar la anterior crítica se debe mostrar que los principios son algo más que máximas o puntos de vista, de los cuales un jurista se puede valer a placer. Realmente los mismos nos llevan a formas racionales de la fundamentación y de la decisión jurídica que sin ellos no sería posible alcanzar, las más importantes de estas formas se parecen mucho al carácter de principios como máximas de optimización.²¹

En la medicina actual esto es fundamental, ya que el derecho aporta los parámetros de actuación válidos y que son aceptados por la sociedad. La bioética por su parte, establece los principios que permitirán perfilar con detalle la solución al problema planteado, más aún en aquellos casos que reclaman la integración de principios y reglas.²²

Esta complementariedad de principios y reglas debería buscarse en las siguientes circunstancias que han destacado Atienza y Ruiz Manero: los principios son menos que las reglas porque los principios no eximen de la ponderación y porque son menos concluyentes; los principios son más que las reglas porque representan mayor alcance justificatorio (mayor generalidad) y mayor fuerza expansiva.²³

Un problema a considerar reside en cómo puede la adición de los principios a las reglas eliminar el vacío de racionalidad antes mencionado. La

²¹ Según Alexy tomar una decisión en donde se observe únicamente la norma jurídica, no es de todo aceptable; como tampoco lo es la decisión que se funda exclusivamente en principios, ya que el derecho no sólo se constituye ni se manifiesta únicamente por leyes o normas positivas, así como tampoco se compone ni se materializa exclusivamente por criterios o principios de aceptación general.

²² Los principios sirven como guías de aplicación de las normas en aquellas áreas en donde existe un exceso de legislación, o bien, una mutabilidad extrema. Sirven como refuerzos de la seguridad jurídica ahí donde se posibilita jurídicamente la discrecionalidad, ya que frecuentemente la aplicación estricta de la ley no basta para garantizar los derechos de los ciudadanos. Cfr. Huerta Ochoa, Carla. Op. Cit. Pág. 194.

²³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios y reglas*. Doxa. No. 10. España. 1991. Págs. 101-120.

solución, planteada por Alexy, pasa por la vinculación de los principios a la razón práctica, de modo que éstos se conviertan en algo más que meros tópicos de moralidad. De tal forma que la argumentación tiene un protagonismo en la teoría de Robert Alexy que excede los límites marcados por su teoría de la interpretación para proyectarse como una verdadera teoría del derecho. El eje rector del concepto de derecho de Alexy es ocupado por la argumentación jurídica.

Conviene señalar que el uso de los principios como instrumento de inmersión de la moral en el derecho tiene en Alexy un alcance limitado que requiere, para reforzarse, del concurso necesario del argumento de la corrección, una pieza clave en la construcción alexiana. De acuerdo con él, el argumento de los principios es de naturaleza conceptual y tiene un carácter exclusivamente cualificable ya que dota de contenido a la norma jurídica.

Si el argumento de los principios tiene una eficacia cualificable, entonces fundamenta un no positivismo deontológico, no ontológico y, en consecuencia, compatible con el positivismo jurídico del siglo XX. Además, sólo se circunscribe a la perspectiva del participante. La perspectiva que adopta el positivismo jurídico es básicamente la del observador y no la del participante. Esto significa que el argumento de los principios sólo vale para quien está convencido de lo que pretende demostrar y resulta por sí sólo irrelevante frente a quien no comparta sus presupuestos. El argumento de los principios en este contexto no aporta nada a la discusión entre positivistas y no positivistas, sólo reenvía el debate hacia otros ámbitos.

La propia adopción de la perspectiva del participante presenta problemas para garantizar la vinculación del derecho a la moral o, si se quiere ver así, de las leyes con los principios de la bioética. En primer lugar, cabría preguntarse qué se entiende por “participante”, si es considerado como aquél que acepta el derecho, entonces cabe plantearse qué quiere decir “aceptar”. Bien podría ser adoptar, mediante un acto de voluntad, una norma como razón para la acción, así como el resultado de ese acto.

Decir que “x” es una razón para hacer “y”, puede significar que “x” explica o justifica la causa o el motivo, para que haga “y”. Si “x” motiva mi conducta, es posible que lo haga porque la considero moralmente justificadora, pero ésta es sólo una de las posibilidades. Cuando se acepta una norma, puede hacerse por una creencia errónea, por inercia, por la internalización irreflexiva de ciertas pautas, etc. Es decir, que un individuo acepte el derecho (sus normas jurídicas) no tiene que ver, necesariamente, con su corrección moral. Esto significa que la vinculación del derecho con la moral no puede ser garantizada por la simple aceptación de ciertas normas jurídicas por parte de los miembros de una comunidad. Un sistema jurídico no puede determinar por sí mismo qué es lo correcto, así como la moral no puede determinar por sí misma qué es válido. De esta forma se exige que el sistema jurídico sea comparado (complementado) por unos correspondientes estándares externos, abandonando así el punto de vista interno de la perspectiva del participante, es decir, de alguien que cree en la bondad moral del sistema jurídico (confundir derecho y moral).

En este sentido, Alexy estructura su argumento a través de tres pasos sucesivos: la tesis de la incorporación, la tesis moral y la tesis de la corrección. La primera, afirma que existen principios en el derecho, es decir, que todos los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados los tienen y la prueba de su presencia se hallaría en la ponderación que tiene lugar en las decisiones judiciales, porque principios y ponderación se implicarían recíprocamente. Esta tesis no ofrece ningún inconveniente al positivismo jurídico. La ponderación sugiere fundamentalmente el momento de la aplicación del derecho, ese momento en el que cobra un particular protagonismo el operador jurídico, ya que en la aplicación debe efectuarse un ejercicio de coherencia²⁴ entre las normas del sistema jurídico, este ejercicio requiere el establecimiento de una prioridad entre las normas que deben ser aplicadas y, además, una

²⁴ La consistencia y la coherencia son concebidas como propiedades del sistema jurídico que derivan de su unidad. Únicamente si se contempla al sistema jurídico como unidad, tiene sentido hablar de coherencia y consistencia, ya que sólo así puede concebirse al derecho como un sistema racional y lógico. Por medio de la coherencia del sistema es posible saber cuál de dos normas válidas tiene prelación en caso de un conflicto entre ellas. Cfr. Huerta Ochoa, Karla. Op. Cit. Págs. 122 y ss.

ponderación de los principios morales aplicables.²⁵ En este sentido el operador jurídico realiza una doble función: por un lado, seleccionar qué normas y qué principios va aplicar al caso concreto y, por otro, establecer qué norma va aplicar por encima de otra en caso de que exista conflicto o contradicción entre ellas, además de ponderar qué principio tendrá mayor jerarquía por encima de otro en caso de que ellos también estén en conflicto en relación al caso concreto. De esta forma se pone de relieve la necesidad por parte del sistema jurídico de complementarse, desde la perspectiva estructural, de los principios morales.

En los problemas de la bioética médica actual en donde la aplicación de la ley no es una tarea sencilla, se requiere de un momento de discrecionalidad en el que intervienen claramente factores morales e ideológicos. Pero es necesario saber si los principios de la bioética que se utilizan en el análisis jurídico tienen *proprio vigore* una naturaleza jurídica por aparecer en el curso de la fundamentación de una decisión jurídica o si, por el contrario, no se trata más que del reflejo de un inevitable momento de discrecionalidad como afirma el positivismo jurídico. ¿Es posible aislar o separar al derecho de su aplicación? ¿Existe una distancia insalvable entre el derecho y las fuentes de la argumentación, entre el derecho y el discurso de fundamentación y aplicación, entre el conocimiento del derecho y su interpretación, entre su validez y aplicabilidad? En otro sentido: ¿el derecho se mantiene siempre ajeno a cualquier exigencia moral? ¿El derecho no tiene por qué interesarse en la bioética?

Con lo dicho hasta ahora se podría pensar que la bioética, o más específicamente sus principios, sólo tienen cabida en el derecho en el momento en que el juez adquiere la obligación de resolver un caso concreto cuando el derecho positivo no tiene la solución o ésta no es de todo clara. Este

²⁵ Ponderación es un procedimiento (no la norma misma) de decisión que sirve para establecer relaciones de prevalencia entre normas y argumentos en conflicto, principalmente principios, cuyo resultado sólo tiene validez para el caso en particular. La ley de la ponderación vincula la consideración de un principio en la solución de un caso específico y la relevancia del cumplimiento de otro principio en el mismo caso. Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pág. 161. Ibidem. Pág. 173.

razonamiento no es equivocado, pues el rol de los principios en el escenario judicial se convierte, cada vez con mayor fuerza, en cosa ordinaria que extraordinaria. Pero no olvidemos la parte legislativa, que si bien no la hemos tratado porque será objeto de la segunda parte de este capítulo, en donde la bioética actúa más holgadamente aunque con cierta dificultad, ya que no sólo aporta los principios en comentario, sino la parte deliberativa acerca de aquello que se debe legislar y cómo ha de hacerse.

Continuando con la reflexión que nos ocupa, Alexy, al concebir al derecho desde su lado activo (como sistema de procedimientos), equipara el derecho y su aplicación desde la argumentación moral bajo el presupuesto de la pretensión de corrección, en la que rechaza que sea posible distinguir tajantemente el discurso de la fundamentación y el de la aplicación. Para él, la aplicación requiere, indefectiblemente, un discurso fundamentador, es decir, una justificación que posibilite la equiparación de verdad de proposiciones descriptivas y corrección de normas, y por ello vincula esta operación necesariamente a la racionalidad práctica a través de la tesis de la pretensión de corrección.

Como ya se ha dicho, el análisis bioético y el análisis jurídico, aunque versen sobre el mismo caso, no son iguales e, incluso, pueden arrojar conclusiones diversas. Cuando la bioética discute acerca de un caso planteado lo hace en comités (grupos de personas de distinta formación, sexo, edad, etc.) que se encuentran en una situación análoga a la de los jueces que tienen que resolver casos (por consenso y no por mayoría) con consecuencias jurídicas basándose esencialmente en principios. En el análisis jurídico, cuando la problemática se plantea judicialmente, la decisión no es acordada por varias personas, sino por una, el juez. Que sea él quien tenga la última palabra no debe significar arbitrariedad como consecuencia de que no exista nada que vincule a los jueces como pensarían algunos juristas de corte realista, ni tampoco la vinculación plena basada en el hecho de que el derecho contenga

necesariamente una serie de normas ligadas a la moral, como argüirían ciertos juristas con criterios no positivistas.²⁶

La teoría de Alexy consiste en afirmar que la presencia de los principios constituye un síntoma de vinculación del derecho a la moral, a través de la llamada "tesis moral". Esta tesis afirma que existe alguna moral en derecho o, en otras palabras, que el derecho es estructuralmente moral; de tal forma que los principios que acoge el juez al momento de aplicar el derecho tendrían una doble condición: la de ser jurídicos y morales. El juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y; desde el punto de vista de la forma, sobre la base de razones jurídicas.²⁷ Lo que él nos quiere decir es que la discreción judicial está admitida a nivel factual pero no a nivel institucional, algo que el positivismo no discute, pues es consciente de que la perfección del ordenamiento jurídico constituye un ideal regulativo. Cuando en un caso se hace necesaria la ponderación asociada a los principios, como consecuencia de la imposibilidad de obtener una perfecta jerarquización de ellos o en un ámbito de apertura (vaguedad del lenguaje jurídico, etc.), no implica que aquello que colme estas deficiencias deba ser considerado puramente jurídico.

3.4 LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY.

Alexy considera que en términos generales el planteamiento de Dworkin se desarrolla en la dirección correcta, pero no con la suficiente profundidad. Su explicación de la "dimensión de peso" presente en los principios se halla a su juicio en que éstos constituyen "mandatos de optimización".

Concibe a los principios de la siguiente manera: Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los

²⁶ El juez es una figura central en el derecho, no sólo es la boca muda de la ley. Fix Zamudio, Héctor. *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. CNDH. México. 1997. Pág. 1.

²⁷ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Gedisa. Barcelona. 1994. Págs. 79-80.

principios son mandatos de optimización.²⁸ En tanto que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.²⁹

Estas definiciones permiten identificar algunos de los aspectos fundamentales de la concepción de Alexy en relación a los principios:

1. Gradualidad. Los principios ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. Esto presupone la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción de los principios dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas³⁰ y fácticas, a diferencia de las reglas, cuyo cumplimiento es tajante, no puede someterse a gradualización alguna: solo pueden ser cumplidas o no.

2. Optimización. El cumplimiento de los principios debe tener lugar en la mayor medida posible, es decir, los principios exigen la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.

3. El deber ser ideal. Esta optimización resulta a partir de un deber ser ideal al que debe tender la aplicación del principio que marca el horizonte de la mayor medida posible.

4. *Prima facie*. Cabe añadir el carácter *prima facie* al que nos referimos en el capítulo anterior, es decir, los principios tienen una virtual obligación de observancia dentro de unos límites fácticos y jurídicos. Los principios a diferencia de las reglas no contienen determinaciones.

Además, ha distinguido entre “mandatos a optimizar”, que serían los principios mismos (el objeto de la ponderación) y los “mandatos de

²⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos...* Op. Cit. Pág. 86.

²⁹ Ibidem. Pág. 87.

³⁰ La referencia a posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de la ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

optimización”, que son las reglas que indican qué hacer con las normas en conflicto, y que se satisfacen al optimizar. Insiste en que hay una relación de implicación mutua entre ambos, por lo que el mandato de optimización se encontraría dentro del concepto de principio, de manera que los principios se pueden construir como “mandatos a optimizar” a los que corresponden “mandatos de optimización”.³¹ La distinción entre el objeto del mandato de optimización y el “mandato de optimización” es importante porque los principios se distinguen fundamentalmente por las particularidades de su aplicabilidad. Las reglas deben ser aplicadas, los principios deben ser optimizados.³²

La concepción de los principios como mandatos de optimización evocan alguna gradualidad. Las reglas presentan un carácter binario o bipolar: se cumplen (y se aplican) o no se cumplen (y no se aplican). Los principios, por el contrario, presentan una cierta gradualidad: entre su absoluta irrelevancia y la consecución de un ideal existen estadios intermedios.

Pero ¿dónde se sitúa la gradualidad de los principios? ¿Será en la norma optimizada o en el mandato de optimización? La gradualidad se ubica en el modo de aplicación de los principios. La noción misma de optimización presupone que los principios pueden ser aplicados más o menos a diferencia de las reglas que se aplican o no. El principio tiene más o menos peso para ser aplicado de acuerdo a las características y circunstancias propias del caso, éstas son el único parámetro que nos permitirá saber qué principios aplicar y en qué medida si ellos se encuentran en conflicto. La intensidad de un principio sería graduable en caso de aplicación parcial de su contenido, es decir, el principio se aplicaría más o menos intensamente. Por ejemplo, si en caso se da un conflicto entre el principio de autonomía del paciente y el principio de beneficencia, se podría alcanzar una solución intermedia consistente en satisfacer ambos principios.

³¹ Huerta Ochoa, Karla. Op. Cit. Págs. 174 y 175.

³² Los principios a pesar de ser válidos, no siempre pueden ser aplicados, por esta razón no es obligatoria su aplicación sino sólo su optimización (en el sistema del juez) y por la misma razón sólo tienen carácter prima facie (en el sistema del súbdito). Esta división en sistemas paralelos que hacen Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin permite identificar con precisión la diferencia de las reglas con los principios al momento de la aplicación. Cfr. Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1987.

Sin embargo, no parece que éste sea el modo habitual de resolución de conflictos entre principios. Esta gradualidad se muestra en el momento de la ponderación, pero no se exterioriza generalmente en la decisión (sobre todo jurídica) que suele inclinarse por uno o por otro principio. El aporte que hace la bioética en este sentido en el momento que sus principios entran en conflicto es reafirmar la idea de que ambos principios (pueden ser más de dos) obligan en su cumplimiento *prima facie*, pero que no en todos los casos es sencillo hacerlo. El análisis bioético de los principios no opta por uno rechazando el otro, hacerlo, como usualmente lo hace el derecho, lejos de dar solución a un conflicto plantea uno nuevo. Por las circunstancias particularísimas del caso puede ser que nos inclinemos más hacia uno que al otro, pero eso no les resta su obligatoriedad para quien los pondera, es decir, el equilibrio que busca la bioética en caso de conflicto no afecta la validez ni corrección de los principios, ni tampoco la obligación de aplicarlos. En otras palabras, que existan dos principios en conflicto no significa que esto afecte su validez jurídica o su corrección moral, implica que varía la forma de aplicarlos debido a las características del caso concreto.³³

Para determinar la aplicación de los principios deben ser consideradas ciertas posibilidades fácticas y jurídicas relevantes del caso, la optimización hace referencia precisamente al modo de determinar la aplicabilidad del principio. Antes de conocer el contenido del caso específico, los principios prescriben fundamentalmente un ideal: la aplicación irrestricta de la norma objeto de optimización;³⁴ en un segundo momento, el de la aplicación

³³ Tanto Dworkin como Alexy parecen presuponer un concepto de validez como aplicabilidad, es decir, una norma es válida si es aplicable y, a inversa, si es aplicable es válida. Esto sucede, al parecer, porque estos autores vinculan la teoría de la argumentación a la teoría del derecho. La teoría del derecho de Alexy pretende erigirse en una teoría superadora del modelo de reglas positivista y del modelo principialista de Dworkin mediante la adición al lado pasivo del derecho de su lado activo. De este modo la teoría de la argumentación se introduce en el propio concepto de derecho. A su vez, la concepción del razonamiento jurídico como un caso especial de razonamiento práctico general, genera una vinculación conceptual del sistema jurídico a la moral que da lugar invariablemente a un concepto no positivista del derecho, por tanto, el concepto de validez en el principialismo suele responder a la confusión de la pertenencia y aplicabilidad.

³⁴ No sólo las reglas, sino también los principios, son normas porque establecen lo que debe ser, de modo que también pueden ser expresados con modalizadores deónticos. Huerta Ochoa, Carla. Op. Cit. Pág. 169

propriadamente dicha y que es cuando se conocen las circunstancias del caso, las posibilidades fácticas y jurídicas determinan el grado de cumplimiento.³⁵

El hecho de que la aplicación variable de los principios no vaya acompañada de criterios definitivos para determinar una jerarquía, podría llevar a considerar: a) que las relaciones entre principios carecen completamente de orden, y b) que existe la posibilidad de ensayar algún método racional que discipline los conflictos entre principios.³⁶

Alexy, al inclinarse por la segunda opción, contempla dos procedimientos: a) el establecimiento de un orden estricto, y b) el establecimiento de un orden débil. El primero, consiste en la asignación de un peso *a priori* a cada principio. Si esta ordenación cardinal se efectúa sólo en abstracto, existe el riesgo de incurrir en una “tiranía de los valores”.³⁷ Razón por la cual es esencial que la ponderación sea *a posteriori*, es decir, que la intensidad de cada principio atienda a las características del caso concreto, requiriendo para ello de la argumentación jurídica. En el segundo, el establecimiento de unas condiciones de prioridad, consiste en determinar la superioridad de uno u otro principio en conflicto bajo ciertas condiciones, es decir, bajo las condiciones “x”, el principio “a” tiene prioridad frente a “b” o, en las condiciones “y”, el principio “b” tiene prioridad frente a “c”... A pesar de esto, Alexy concluye que este sistema no puede agotar todas las posibles situaciones que se pueden suscitar en el futuro, por lo que se hace necesario el recurso de la argumentación jurídica.³⁸ Producto de lo anterior, es conveniente destacar que en Alexy toda ponderación de principios presupone y conduce inevitablemente a la argumentación jurídica.

Todo principio, en cuanto mandato de optimización, determina un deber ser ideal frente a las reglas, que establecen un deber ser real. Para Alexy un

³⁵ María Casado considera que tanto la ética como el derecho no pueden hacer juicios válidos si no tienen en cuenta las circunstancias fácticas. Cfr. Casado, María (Coord.). Op. Cit. Pág. 33.

³⁶ A este respecto, en el capítulo segundo se acogió el método que propone Diego Gracia para solucionar los conflictos entre principios dentro del análisis bioético, ahora toca revisar la propuesta que hace Robert Alexy en el campo jurídico que, como veremos, sus conclusiones a pesar de provenir de sistemas normativos distintos, no se contrarían entre sí.

³⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos...* Op. Cit. Pág. 154.

³⁸ *Ibidem*. Págs. 158 - 159.

deber ser ideal es todo deber ser que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, pero que por ello exige en la mayor medida posible su cumplimiento aproximado. Para la distinción entre reglas y principios este rasgo es importante porque si no se admite, entonces cabe pensar en el cumplimiento pleno de un principio aún cuando en su aplicación entra en conflicto con otro.

Los principios prescriben la mayor aproximación a un ideal consistente en la constante aplicación (optimización de la frecuencia de aplicación) de una acción o estado de cosas o bien en la mayor aproximación a un ideal no considerado como posible (optimización de la intensidad de la aplicación). En cualquier caso, parece lo más probable que el principio carezca de un contenido de determinación.³⁹

Como ha quedado dicho, los principios exhiben un carácter *prima facie*, por el contrario, las reglas son determinaciones, esto significa que los principios reclaman la toma en consideración de otras razones previamente a la aplicación.

En la práctica habitual de los juristas existen normas que apenas generan algún tipo de deliberación, en tanto que otras dan lugar invariablemente a un ejercicio de ponderación por parte del aplicador. Cuando se trata de la aplicación de principios, y más en la práctica biomédica, no existen casos fáciles. La aplicación de un principio exige la intervención activa del aplicador, quien debe llevar a cabo una ponderación a fin de solucionar no sólo jurídica, sino también fácticamente, el caso planteado.

3.5 LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS.

Se han hecho numerosos intentos por distinguir los valores de los principios, se ha dicho, por ejemplo, que los primeros tienen contenido ético y los segundos contenido político; que los valores, a diferencia de los principios,

³⁹ Ibidem. Pág. 99.

carecen de eficacia pero que gozan de superioridad; que los valores encarnan conceptos axiológicos y los principios deontológicos, etc.⁴⁰

Según la obra de Wright titulada “The logic of preference”,⁴¹ los conceptos prácticos se dividen en deontológicos, axiológicos y antropológicos. Los primeros son los que determinan un deber ser: mandato, prohibición, permisión, etc.; los segundos, son los que determinan que algo es bueno o valioso: lo bello, lo económico, lo seguro, lo eficaz, etc.; los terceros, refieren elementos enraizados en la naturaleza humana como voluntad, interés, acción, decisión, etc.

Alexy sostiene que “principio” es un concepto deontológico y “valor” es un concepto axiológico: lo que en el modelo de los principios es *prima facie* debido, en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor. De esta forma, un principio es una norma, una guía del comportamiento humano, y un valor es un criterio que determina la bondad de algo en relación con tal criterio.

Por ejemplo, cuando se habla del principio de igualdad, se refiere a la norma que prescribe que no se debe discriminar a las personas; cuando se habla de valor igualdad, se está incorporando una dimensión axiológica, que establece como positivos o deseables aquellos estados de cosas que se adecuen al valor descrito. En este caso, la sociedad que no discrimine a las personas por razón de sexo, raza, etc. es considerada como buena en lo que respecta a ese valor (de acuerdo con otro valor podría ser negativa: en el valor libertad, si no respeta la libertad de las personas).

Queda claro que la idea de principio no está cargada axiológicamente, en tanto que la idea de valor no puede prescindir de esa dimensión. El principio responde a la función normativa del lenguaje (pretende modificar la conducta de otro) y el valor a la función valorativa (pretende influir en las convicciones

⁴⁰ Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores, y viceversa. La única diferencia consiste es que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de saber qué es debido de manera definitiva; mientras que la solución a una colisión entre valores, contesta a qué es de manera definitiva mejor. Alexy, Robert. *Sistema jurídico...* Op. Cit. Pág. 145.

⁴¹ Citada por Alexy, Robert. *Teoría de los derechos...* Op. Cit. Pág. 129.

morales de otro); sin embargo, existe una clara relación entre principios y valores.

En este sentido Atienza y Ruíz Manero sostienen que las normas son razones para la acción y presentan un elemento axiológico o valorativo (con razones) y un elemento normativo o directivo (son guías para la acción) que confieren a las normas un carácter bifronte,⁴² aunque generalmente estas dos dimensiones se superponen y su distinción pasa inadvertida y viene a constituir algo así como dos caras de una misma realidad.

En suma, valor y principio determinan dos nociones distintas pero no ajenas, ya que la interpretación conduce al establecimiento de un principio a partir de un valor (si algo es bueno, se debe hacer; si la sociedad considera que algo es bueno, entonces eso se debe de hacer),⁴³ el origen último de una norma es un valor o, el origen último de un valor es una norma. Esta es la controversia que anima las discusiones de ética normativa a las que nos hemos referido anteriormente, las que debaten la prioridad de lo bueno o lo correcto, las teleológicas, que parten del concepto de valor para desarrollar principios que guíen nuestra conducta; frente a la idea del deber, las deontológicas, que parten de la idea del deber para determinar valores. (Ver cuadro no. 2).

3.6 LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Alexy impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico. El nexo de unión entre ambos se produce en el ámbito de la interpretación del derecho ("Teoría de la argumentación jurídica") y también en el más alto nivel de la validez del derecho ("El concepto y la validez

⁴² Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan. *Las piezas del derecho*. 2ª Ed. Ariel. España. 2004. Págs. 145 y ss.

⁴³ El tema que se esconde en esta diferencia es fundamental para el segundo apartado de este capítulo, es decir, el estudio de los principios de la bioética en el proceso de elaboración de una ley. En los temas que son objeto de la bioética existen infinidad de valores muchos de ellos en conflicto por la falta de consenso dentro de la sociedad, de lo que resulta particularmente difícil establecer normas acerca de lo que es considerado como bueno.

del derecho”). El principialismo⁴⁴ no positivista⁴⁵ de Alexy sigue los pasos de Dworkin pero corrige algunos aspectos e incorpora otros. Los principios en la obra de Alexy tienen una doble incidencia: en la teoría de la argumentación jurídica y en la teoría del derecho, por lo que pueden ser analizados desde el lado activo como del lado pasivo del derecho.

La teoría discursiva es el punto de encuentro de las diversas tesis de los planteamientos iusfilosóficos y éticos de Alexy. De tal suerte, que la ética de Alexy es la teoría del discurso, la cual encierra una clara dimensión metaética descriptiva que, sobre una fundamentación pragmática, confía en la existencia de una moral correcta radicada fundamentalmente en nuestro propio lenguaje. Ésta teoría expresa una tesis de ética normativa, es decir, nuestra conducta se debe guiar por los dictados de un procedimiento discursivo disciplinado según una serie de reglas que garantizan una situación ideal de habla.

En este sentido, Alexy es partidario de la ética de la comunicación propuesta por Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas: La única forma de legitimación de las normas, y la única forma de llegar a un consenso intersubjetivo⁴⁶ y libre de coerción es el verdadero diálogo, el discurso crítico o la comunidad de comunicación. El modelo ideal, según Apel, para resolver los conflictos ético-políticos es el de cooperación en la comunidad de argumentación, cooperación que en principio posibilita hacer valer mediante argumentos las necesidades y los intereses, esto es, las pretensiones de los

⁴⁴ El interés de la obra de Alexy no se agota en su vertiente principialista, sino que representa el máximo exponente de la teoría de la argumentación actual, junto con autores como MacCormick, Aarnio y Peczenick, y en el plano de la ética, uno de los más respetados representantes de la razón práctica kantiana, que hoy en día se expresa a través de la teoría del discurso de Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas; todo ello sin olvidar su prestigio como estudioso del derecho público y particularmente del derecho constitucional.

⁴⁵ Alexy mantiene una posición no positivista; sin embargo, existe una especie de tensión entre su explícito no positivismo y ciertas tendencias subyacentes aparentemente positivistas. Este positivismo latente se manifiesta en el hecho de que la sustracción de ciertos elementos concretos en la teoría de Alexy conduce sin violencia a un modelo positivista. El eclecticismo entre dos tradiciones difíciles de conciliar es una constante en el pensamiento de Alexy, que normalmente se convierte en el blanco de críticas.

⁴⁶ La consensualidad a la que se refiere Habermas no es producto de la razón, sino que el consenso es alcanzado a través de la práctica comunicativa cotidiana. Una moral universalista necesita también una cierta concordancia con aquellas instituciones políticas y sociales en las que ya están encarnadas ideas jurídicas y morales posconvencionales. Cfr. Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trotta. Madrid. 2000. Págs. 28 y 29. Citado por Esquivel Estrada, Noe Héctor. *Hacia una ética consensual*. Torres. México. 2003. Pág. 75.

afectados y manejar al mismo tiempo las informaciones relativas a la situación, especialmente el conocimiento de los expertos acerca de las probables consecuencias de nuestras acciones. Y para que el análisis de tal situación sea completo sería necesario también hablar de ideales en conflicto, ya que éstos constituyen un elemento de mucho peso en las discusiones morales.

El discurso puede entenderse como construcción teórica disponible para su utilización en el ámbito del debate jurídico, ahí donde se produzca la argumentación jurídica que representaría la parte activa del debate.

La argumentación jurídica es el lenguaje del derecho resultante de una aplicación actual de reglas y principios a la solución de conflictos teóricos y prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del propio derecho. Su campo de acción va de la intención de los legisladores a la decisión de los jueces, tanto de la hermenéutica como en la dogmática jurídica. En la actualidad, la argumentación jurídica aparece en la sociedad democrática como un esfuerzo por ofrecer un derecho justo, motivado y razonable hasta donde sea posible; por ejemplo, en los problemas comunes de la bioética y el derecho contribuye en encuadrar la complejidad de las interacciones humanas con los dilemas e interrogantes de los avances científicos y con los contenidos normativos del derecho y, de alguna manera, también de la ética.

La argumentación no puede considerarse únicamente como una metodología para resolver conflictos sociales; su papel está también en el campo de la crítica y la investigación social de todos aquellos fenómenos susceptibles de solución más o menos coactiva, más o menos vinculante; es decir, de una solución jurídica. Lo que Alexy pretende es un desarrollo de la argumentación jurídica, es decir, ir un paso delante en la fundamentación del método jurídico, dar respuesta a las actuales, y a veces más urgentes, demandas de la sociedad. Busca encuadrar la argumentación jurídica a un campo de justificación más amplio que incluya nuevas preguntas a la idea de realidad social, de ética y del propio derecho; aspira a abrir un campo para la investigación en materia de las nuevas razones y, desde luego, más complejas justificaciones a los problemas tanto del ciudadano común como del juez.

Mediante la argumentación jurídica el derecho busca dar una respuesta más apegada a la realidad social,⁴⁷ al menos en aquellos casos que se salen del cause rutinario del ordenamiento jurídico; en este sentido, además de la ley, la dogmática y el precedente, la argumentación jurídica ha de dar cuenta a la expectativa social generada y a los intereses y valores de los involucrados, orientándose más hacia la necesidad de una buena justificación que a la ortodoxia de la aplicación del código vigente. En este sentido, la aportación de Alexy es manifiesta, ya que sin renunciar a la ortodoxia que supone fidelidad al ordenamiento jurídico, pretende cubrir el campo de actualidad, real o virtual, en que el derecho se ve impedido a pronunciarse.

Ante el potencial desarrollo científico y tecnológico el derecho hoy más que nunca se siente urgido de dar respuestas rápidas y contundentes a los inminentes problemas de esta época. Para hacer frente a esta situación, el derecho no puede confiar a la ley para que en y por sí misma resuelva todo conflicto planteado, hacerlo, como se ha hecho en más de una vez, sería dotar a la ley de una omnipotencialidad que no debe porque tenerla, al menos no en todos los casos. Esos casos en que la omnipotencia de la ley es más un obstáculo que un mérito son aquellos en los que la sociedad está dividida, ya sea por falta de consenso o por el vertiginoso progreso del conocimiento científico.

En torno al primer supuesto, si por un momento creyéramos que la solución a esta cuestión fuera, invariablemente, dar preeminencia a la ley, entonces sería necesario que hubieran tantas leyes para tantas partes de la sociedad en torno a un problema concreto; por ejemplo, la eutanasia es uno de los temas más controvertidos en la actualidad precisamente porque no hay consenso social en torno a ella, existe un número importante de personas en ambas posiciones: a favor y en contra, de tal manera que tendrían que coexistir dos leyes: la de las personas a favor y la de las personas en contra. No se

⁴⁷ Alexy afirma que quien desee responder a la pregunta de cuál es el concepto de derecho correcto o adecuado, tiene que relacionar tres elementos: el de legalidad conforma al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. Cfr. Alexy, Robert. *El concepto...* Op. Cit. Pág. 21.

tiene que ser jurista para darse cuenta de lo absurdo de este razonamiento. La otra alternativa que se tiene es, por contradictorio que pueda parecer, la imposición.⁴⁸ Sí, dependerá de que lado de la balanza se encuentre el legislador para actuar en ese sentido: si considera buena la eutanasia legislará en ese sentido imponiendo un determinado comportamiento a los que se encuentren en posición contraria y viceversa.

En cuanto al segundo supuesto, si se quiere que la ley contenga siempre la respuesta a las cuestiones que se le planteen en lo que se refiere a ciencias biomédicas, científicas y tecnológicas, será muy ambicioso, pero tal vez sea más ilógico, suponer que en cada laboratorio o que en cada ensayo clínico habrá un legislador listo para introducir nuevos supuestos en la ley. ¿Si hipotéticamente se pudiera llegar al estadio permanente de igualdad entre el avance científico y la regulación jurídica, realmente se resolverían de fondo los conflictos derivados de ese desarrollo?

Parece que una característica de los problemas comunes en derecho y en bioética es que en aquellos no existe un consenso social, además de estar envueltos en una dinámica muy acelerada, propia de la ciencia de nuestros días. La madurez que debe tener el derecho en estos temas se debe manifestar por su prudencia. Es decir, no debe ser indiferente ante la realidad

⁴⁸ La imposición es la característica propia del naturalismo. Heráclito, en su obra: "Sobre la naturaleza", piensa que no todos los hombres tienen la misma capacidad de discernimiento moral, es decir, que no todos los hombres son igualmente morales; no todos los hombres pueden percibir los dictados del *logos*, por lo que el sabio (el filósofo, el gobernante, el aristócrata) debe conducir a los demás hombres que no son capaces de discernir entre lo bueno y lo malo, por lo que su virtud será la obediencia: las leyes han de ser impuestas a los hombres por quienes por quienes están más cerca de la sabiduría. Platón en su "República", dice que los dioses crearon a varios tipos de hombres: los artesanos (de hierro o bronce), los guardianes (de plata) y los guardianes perfectos o gobernantes (de oro), de tal modo que existe una diferencia natural entre ellos. En la ciudad ideal, la función de los artesanos es pasiva (obedecer) y, la de los guardianes, activa (mandar). El guardián no sólo vigila el orden público, sino que es un padre que controla la vida moral y física de sus hijos, negándoles el ejercicio de su autonomía. Los guardianes son anímicamente y corporalmente excelentes, de entre ellos se eligen a los gobernantes que deben ser perfectos. El gobernante ha de conseguir que sus súbditos sean buenos y justos, por eso puede y debe imponerles su sistema de valores. Esta explicación resulta ilustrativa para ver los nexos que existen ente la medicina y el derecho. Ambas disciplinas tienden a ser paternalistas, es decir, desconocen la autonomía de las personas por considerarlas inmaduras moralmente. Así como ya se ha explicado que la medicina no puede (y no lo es en la actualidad) descuidar los valores y creencias de los pacientes, el derecho no puede (pero lo hace en la actualidad) tratar a las personas como incapaces de llegar a acuerdos mínimos acerca de lo que consideran bueno de acuerdo a los valores socialmente aceptados. (Ver cuadro no. 3).

(en este caso biomédica, científica y tecnológica), pero tampoco debe imponer comportamientos cuando no hay consenso, ni ser motivo para dividir a la sociedad, ni tampoco pretender encuadrar toda la ciencia en un código. En este sentido el derecho al ser neutral⁴⁹ (repito, no indiferente) permite que las partes involucradas en un conflicto argumenten sus posturas con razonamientos tanto jurídicos como éticos. Esto no sólo permitirá más certidumbre para el juez al momento de decidir, sino que dotará de eficacia al derecho: a la ley y a la sentencia. Ante la realidad científica de este siglo llena de paradojas, dilemas, exigencias y libertades es muy difícil que el derecho por sí sólo pueda responder a las expectativas sociales, debe aliarse con la bioética a fin de no crear dos sistemas normativos contrapuestos, sino complementarios: el del derecho y el de la ética.⁵⁰

No ha sido la intención revisar exhaustivamente la teoría de Robert Alexy; sin embargo, tomar algunos apartados de ella nos ha permitido hacer un análisis de la relevancia de los principios de la bioética en el campo jurídico, sobretudo en el que se refiere a la aplicación por parte del operador jurídico. Ahora como segunda parte de este capítulo, toca el turno de la legislación, es decir, saber qué influencia tiene la bioética principialista en la elaboración de leyes relativas al cuidado de la vida y de la salud.

3.7 LA BIOÉTICA Y LA CREACIÓN DEL DERECHO.

La filiación y la herencia en la fecundación artificial, el internamiento psiquiátrico imperativo, la vacunación obligatoria, las condiciones experimentales con seres humanos, la clonación, los cuidados intensivos, los peritos en ética,⁵¹ etc. son claros ejemplos en los que se reclama el

⁴⁹ Neutral no en el sentido del liberalismo o positivismo (neutralidad axiológica, los valores son subjetivos y no pueden ser objeto de análisis o discusión).

⁵⁰ La ética y el derecho están llamados a “salvar” (de diferente manera) el carácter relacional del ser del hombre: éste es el sentido que los une. D’Agostino, Francesco. Op. Cit. Pág. 68. En este sentido se podría pensar que se adopta la postura de Hegel al tratar de reconciliar la máxima realización ética individual con la máxima realización ética común, la unión perfecta de libertad y justicia; pero no es así, ya que este autor confía al Estado (utópico e idealista) la vida ética de las personas, en otras palabras, la realización de valores por parte de una persona. La divergencia con este autor es que ética no se puede supeditar al poder público.

⁵¹ Fletcher reivindica con energía la presencia en los tribunales de expertos en ética siempre que estén en juego problemas éticos vitales. En su opinión, debe haber en una sociedad

pronunciamiento del derecho. Para Atienza⁵², el derecho es, o debe ser, una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética. Para este autor el problema fundamental de la bioética es pasar del nivel de los principios al de las reglas, es decir, a partir de los cuatro principios, que de alguna manera gozan de amplio consenso, construir un punto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y permitan resolver problemas prácticos en los que, al menos de inicio, no existe consenso. La bioética no se limita a la reflexión ética, los aspectos jurídicos y políticos son también esenciales en ella.⁵³

En el capítulo segundo (2.8) se ha hecho referencia a la ética de mínimos, y se dijo que ésta gira en torno al binomio derechos/deberes y que son los mínimos en los que han de coincidir y que deben aceptar todos los miembros de una sociedad. La ética de mínimos considera que el consenso y la democracia no son posibles sin la aceptación de unos mínimos objetivos entre los que se encuentran los llamados mínimos morales.⁵⁴ Esto supone varias cosas: Primero, que la moral no es meramente convencional, ni mero resultado de la estrategia o del pacto, sino que puede fundamentarse objetivamente; segundo, que esa moral tiene niveles, uno es el de la moral individual que se identifica con la ética de máximos propia de cada persona (proyecto de vida, concepción de felicidad y perfección), el otro el de la moral civil, o conjunto de mínimos requeridos para que la vida en sociedad pueda ser considerada éticamente digna y; tercero, que ética y derecho son cosas distintas, pero íntimamente relacionadas por su influencia recíproca: la ética

avanzada una simbiosis entre ley y bioética, los bioeticistas han de contribuir a la evolución de la ley y de la jurisprudencia. Plantea la participación activa de los peritos en ética en el contexto judicial en aquellos casos que plantean cuestiones nuevas en las que no existe legislación ni precedentes judiciales donde intervienen cuestiones morales que no pueden ser dejadas de lado y que obligan al tribunal a tomar postura en un tema ético controvertido. Fletcher, J.C. *Bioethics in a legal forum: confessions of an expert witness*. The Journal of Medicine and Philosophy. Agosto. No. 22. 1997. Págs. 297-324. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov>

⁵² Atienza, Manuel. *Juridificar a la bioética*. Isonomía. No. 8. España. 1998. Pág. 82.

⁵³ Casado, María (Coord.). Op. Cit. Pág. 30.

⁵⁴ Los procedimientos democráticos y de consenso no solo son importantes sino necesarios, pero no se hallan auténticamente legitimados más que cuando respetan unas ciertas reglas de juego y unos mínimos morales. La pura ética civil del consenso es relativista y convencionalista, porque carece de una verdadera fundamentación. Consenso sin fundamentación acaba siempre en maquiavelismo. Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 576.

como instancia crítica del derecho, y el derecho como expresión positiva y práctica de la ética.

Lo que le interesa a la bioética y al derecho en este momento es saber cómo llegar a los mínimos morales y cuáles son éstos a fin de que sean aceptados por todos por el mero hecho de ser personas humanas y de vivir en sociedad, de tal modo que puedan establecerse normas coactivas para asegurar el cumplimiento generalizado, ya que el derecho plasma de alguna manera el sistema de valores propio del sentir popular. De esta forma, las leyes serían la expresión de la ética de mínimos, y las diferencias éticas entre los ordenamientos jurídicos de diversas sociedades, debería interpretarse como el resultado de la distinta percepción de valores morales por parte de los diversos grupos de personas.⁵⁵ Las relaciones en el actual sistema sanitario son complejas, no sólo por la posibilidad o imposibilidad de la ciencia para resolver los problemas en torno a la salud y a la vida, sino también porque en él intervienen infinidad de personas que han de tomar decisiones a partir de concepciones del mundo y sistemas de valores diversos. Por ejemplo, en un hospital hay miles de personas cada una con sus propias opiniones morales, por lo que resulta obvio que todas deben actuar de acuerdo a sus conciencias, pero, además, el hospital ha de tener pautas uniformes de actuación a fin de evitar el caos. Estas ideas nos obligan a hacernos una serie de cuestionamientos: ¿Cuáles son los acuerdos mínimos que han de convertirse en ley? ¿Los acuerdos se forman a partir de mayorías? ¿Pueden existir leyes alejadas de los mínimos morales? ¿El legislador cómo percibe los mínimos morales aceptados?

Que la sociedad actual pueda ponerse de acuerdo sobre la bondad, corrección o conveniencia en torno a ciertos temas es una tarea en sumo difícil, no tanto por la pluralidad moral, sino por la falta de tolerancia, la poca disponibilidad para el diálogo, la pretensión de poseer el monopolio de la verdad, para aceptar lo consensuado, etc. Vivimos inmersos en un “politeísmo moral” tal como lo describiría Max Weber: los valores morales no son

⁵⁵ Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 529.

fundamentales racionalmente y, por tanto, dependen de los sentimientos y de la fe de cada cual. Esto es lo que impide la discusión racional de los problemas morales. El impresionante crecimiento del aparato legislativo ha hecho creer a una gran parte de la población que todo lo normativo está legislado, y que la moral ahora se expresa mediante ordenamientos jurídicos, encontrándonos, en consecuencia, en lo que Diego Gracia denomina “politeísmo del derecho”⁵⁶ provocando consecuencias socialmente graves ya que el derecho nunca podrá suplantar o sustituir a la ética.

Lo moral abarca, ciertamente, el terreno de las normas de la moral civil, pero éstas tienden a ser positivizadas y a convertirse, por tanto, en derecho positivo. Así se va construyendo poco a poco ese cuerpo de normas acordadas, ese mínimo de leyes consensuadas, plasmadas en normas positivas que constituyen las reglas del juego de la vida cotidiana. Los proyectos morales, las concepciones del hombre, su idea de perfección o de felicidad, la vida en torno a la virtud son propuestas de máximos. Del tal forma no se puede confundir el mínimo exigible con el máximo deseable. El problema de los países occidentales es que hoy se debaten entre dos opciones: una es la racionalidad meramente pragmática que impide conseguir tanto el máximo personal como el mínimo social y que por ello mismo conduce a la desmoralización y al desánimo; la otra opción, es una racionalidad más profunda, la racionalidad práctica, apta para conseguir ambos objetivos.⁵⁷

Existe la bioética y existe el derecho, sería absurdo utilizar cualquiera de esos términos en detrimento del otro. El bioderecho sin la bioética es ciego y la bioética sin el bioderecho resulta vacía.⁵⁸

⁵⁶ Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 574.

⁵⁷ Cfr. Cortina, Adela. *Ética mínima, introducción a la filosofía práctica*. Técnos. Madrid. 1986. Págs. 150 y ss.

⁵⁸ Gracia, Diego. *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 576.

El término bioderecho,⁵⁹ que no se ha usado en este trabajo sino hasta ahora, surge en la década de los años 90's bajo el influjo de organizaciones internacionales para la promoción de los derechos humanos (UNESCO). Y no se ha usado porque considero que lejos de hacer aportaciones importantes en la solución de los problemas contemporáneos nos conduce en un juego nominalista⁶⁰ que peligrosamente puede conducir a crear ficciones con la bioética. No es necesaria la construcción semántica o epistemológica de una nueva rama o un "superderecho" con la intención de que el derecho se enganche lo logros obtenidos por la bioética. El derecho, la filosofía, la antropología, la política, la sociología, la economía, la psicología, la medicina, y un extenso etcétera son disciplinas que concurren al llamado de la bioética para que interdisciplinariamente analicen y traten de resolver los grandes problemas del hombre en la era de la tecnología, de los dilemas morales y de la pluralidad ideológica. Si por bioderecho se entiende simplemente el derecho que indefectiblemente entra en interacción con la bioética no tiene ningún inconveniente aunque tampoco representa un avance sustancial; pero si por bioderecho se entiende confrontación o contrarespuesta con la bioética, volvemos a caer en la discusión positivista de antaño (derecho *versus* moral), solo que con un novedoso disfraz.

3.8 LA DELIBERACIÓN: EL MÉTODO.

La lógica de la ciencia es, desde antiguo, apodíctica y demostrativa, tiene un valor de verdad similar al de los teoremas matemáticos, en ella no hay

⁵⁹ Antonio Sánchez-Bayón la define como la rama especial del ordenamiento jurídico-político que versa sobre la investigación de la vida y el cuidado de la salud, quien, además, propone el término de biojurídica con el fin de precisar su objetivo: responder directamente al reconocimiento, protección y promoción de aquellas cuestiones relativas a la investigación de la vida y el cuidado de la salud humana. La biojurídica no pretende inmiscuirse en la ontología ni en la deontología de las profesiones dedicadas a la investigación de la vida y el cuidado de la salud, sino atender a la ordenación de sus *praxis*; luego, en relación con los métodos, un biojurista no tiene por qué saber exactamente cómo experimentar con células o explorar un cuerpo humano, basta con que sepa analizar sus límites y consecuencias jurídicas. Esta cita es la fiel radiografía de algunos autores que pretenden limitar la actuación del jurista al contenido de la ley dejando fuera la interdisciplinariedad, la deliberación y la argumentación, esenciales para resolver eficazmente los problemas éticos y jurídicos de las ciencias biomédicas, entre otras. Véase *Bioética, religión y derecho*. Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid. Op. Cit. Págs. 393 y ss.

⁶⁰ Nominalismo se refiere a la exigencia de denominar o poner nombre a las realidades (por convención), nominalista se aplica a la exacerbación de esa tarea.

sitio para el error y menos para la incertidumbre. Aristóteles asigna a este tipo de conocimiento la categoría de *epistéme* (ciencia); ciencia significa aquí conocimiento universal, necesario y, por tanto, cierto. Pero hay otro tipo de conocimiento en el que la certeza es imposible, además de que la incertidumbre esta siempre presente, la llamada *dóxa* (opinión). Esta última no puede pretender que sus decisiones sean ciertas, sino que deben ser razonables; dicha razonabilidad consiste en la ponderación cuidadosa de los principales factores intervinientes, a fin de disminuir en lo posible la incertidumbre. A este proceso lo llamaron los griegos *boúleusis*, es decir, deliberación; y a la decisión tomada mediante este procedimiento, se le llamó prudente. En palabras de Diego Gracia, donde la *epistéme* dice demostración, la *dóxa* añade deliberación, y donde la *epistéme* pone cierta, la *dóxa* dice prudente.⁶¹ Como lo he repetido en varias ocasiones en este trabajo, deliberación y prudencia son las dos condiciones básicas del razonamiento práctico de la ética. El razonamiento prudente y deliberativo del que se sirve la bioética admite más de una solución, es decir, un mismo hecho puede ser objeto de dos o más decisiones y todas ellas ser consideradas como prudentes, aún siendo distintas e, incluso, opuestas. Consecuentemente, el procedimiento de toma de decisiones en el terreno de lo moral no puede consistir en una fórmula matemática, más bien es el análisis cuidadoso y reflexivo de los principales factores implicados. (Ver cuadro no. 4).

Las decisiones en temas tan complejos como los relativos a la medicina, a la ciencia o a la tecnología no tienen por qué tomarse por mayoría, y menos por unanimidad.⁶² La deliberación es un procedimiento (medio) de análisis de

⁶¹ Gracia, Diego (Ed.). *Ética en la práctica clínica*. Triacastela. Madrid. 2004. Pág. 24.

⁶² James Fishkin hace un análisis del papel de la deliberación en el ámbito político en su interés por la democracia, principalmente estudia el modelo norteamericano de elección presidencial. Él propone un sistema hipotético, al que llama *Qube*, en el que las personas desde sus casas pudieran votar después de ver por el televisor el noticiero nocturno (como sucede con algunos programas de televisión). De esta forma todas las personas con edad de votar lo podrían hacer directamente en cuestiones legislativas sin necesidad de representantes. Pero llega a la conclusión de que el problema de la sociedad norteamericana no es problema de representación o de oportunidad de participar en la toma de decisiones, sino la falta de deliberación en ciertas cuestiones en las que no basta el voto de la mayoría que muchas veces se vuelve tirano, es decir, la igualdad política no puede sacrificar la deliberación. Señala tres condiciones esenciales para la realización completa de un sistema democrático: la igualdad política (todos los votos cuentan y todos pueden ser escuchados), la no tiranía (son respetados los intereses particulares) y la deliberación (dota de sentido a las elecciones democráticas

problemas de orden a la toma de decisiones razonables y prudentes (fin). En consecuencia, no debe confundirse la deliberación con la decisión, el proceso deliberativo con la capacidad para decidir.⁶³ Las decisiones que resultan de un proceso de deliberación tienen mayor probabilidad de aumentar el bien en una sociedad, al contrario de las decisiones que se toman sin éste medio. La deliberación resuelve el dilema de cómo justificar la toma de decisiones por la mayoría en una sociedad compuesta por individuos con diferentes concepciones de lo bueno. Este procedimiento tiene el poder de transformar las preferencias individuales de la gente haciéndolas reflejar mejor una visión imparcial del bien de la sociedad; no sólo se llegan a soluciones imparciales, sino también a soluciones más consistentes en relación con las prescripciones de los principios morales válidos. La toma de decisiones mayoritaria bajo el método del diálogo deliberativo tiene una tendencia mayor a las soluciones imparciales que cualquier otro método utilizado para alcanzar decisiones que afectan al grupo, como el que resulta de la deliberación de un individuo aislado.⁶⁴ La deliberación puede ofrecernos no sólo imparcialidad sino

dotándola de legitimidad). Su trabajo nos esclarece la trascendencia de la deliberación para la bioética y para el derecho, ya que en la actualidad se tiende a dar mayor preferencia a la igualdad civil que a la posibilidad de deliberación moral. En este sentido, la bioética se convierte en un instrumento de la ética civil que necesitan las sociedades democráticas participativas y deliberativas. Cfr. Fishkin, James. *Democracia y deliberación*. Ariel. España. 1995.

⁶³ Bajo el epígrafe: "Nuevos desafíos en la ética de las profesiones sanitarias", Diego Gracia sitúa históricamente la importancia de la deliberación por parte del personal sanitario para la toma de decisiones cuando la discusión acerca de los valores se torna en sumo difícil. Afirma que este es el método más idóneo para trabajar en la ética de las profesiones como contrapartida del modelo liberal (neutralidad) y del modelo clásico (autoridad); poco a poco se convierte en el método por antonomasia de la reflexión ética. Véase Gracia, Diego. *Como arqueros...* Op. Cit. Pág. 277 y ss.

⁶⁴ Cfr. Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona. 2004. Mediante esta obra intentó conciliar la democracia y los derechos humanos mediante una teoría de la democracia deliberativa. El establecimiento de una democracia deliberativa no es sólo un objetivo al cual aspirar, sino también una necesidad inmediata para crear una sociedad más justa y democrática. Amy Gutmann al igual que Santiago Nino sugiere que la deliberación, y no el voto mayoritario, es el elemento crítico de nuestros esfuerzos para alcanzar una sociedad democrática y responsable. La deliberación no debe confundirse con la discusión intelectual en algún ámbito de especialistas, más bien debe ser entendida como el medio de tomar una decisión concreta para guiar la acción que pueda ser justificada frente a las personas obligadas por ella. Cfr. Gutmann, Amy. *Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron*, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa. Barcelona. 2004. Págs. 269-277. Jeremy Waldron al referirse a la toma de decisiones en temas problemáticos, la deliberación y la votación mayoritaria pueden convertirse en malos compañeros de cama, por lo que da preeminencia al voto. Cfr. Waldron, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa. Barcelona. 2004. Pág. 250.

consenso; en tanto que en cada uno de nosotros se orienta hacia una solución imparcial, cada uno de nosotros somos orientados a una solución común.

Las relaciones entre la deliberación y la toma de decisiones por votación, entre la deliberación y el pluralismo son de todo evidentes. Con todo lo que se ha dicho, sentimos que hay algo arbitrario en la toma de decisiones sobre bases estadísticas. Ante la pluralidad moral, que muchas veces se piensa que es irremediable, se prefiere dar paso a la simple votación dada su facilidad ante la necesidad de tomar un curso de acción. Se dice que la pluralidad moral es incompatible con el procedimiento deliberativo, si así fuera ahora tendríamos menos de la mitad de problemas en los que se relaciona la bioética y el derecho, porque la votación legislativa (como método actual del proceso de creación de leyes) habría sido desde hace mucho la heroína ante las desafiantes realidades. Por el contrario, la pluralidad moral hace posible la deliberación. En este proceso tan son importantes las convicciones, creencias, valores, etc. personales como la obligación de diálogo, confrontación y alteridad con el otro.

John Rawls⁶⁵ hace una revisión sobre por qué la diversidad de concepciones éticas, religiosas y filosóficas debe ser considerada como un rasgo permanente de la sociedad moderna, y se pregunta: ¿Por qué nuestro intento consciente por razonar unos con otros no nos conduce a un acuerdo razonable? Las propias posiciones de las personas, sus perspectivas y experiencias de vida les darán diferentes bases desde las cuales formular estos juicios delicados. Estas diferencias de experiencia y posición se combinan con la complejidad evidente de las cuestiones abordadas, implicando que personas razonables puedan estar en desacuerdo no acerca de cómo es el mundo, sino sobre la relevancia y el peso a otorgar a los hechos y perspectivas diferentes que tienen a su disposición. En conjunto, factores como éstos no

⁶⁵ Rawls, John. *El liberalismo político*. Crítica. Barcelona. 1996. Págs. 55 y 56. Citado por Waldron, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa. Barcelona. 2004. Pág. 257. El concepto de Rawls de "equilibrio reflexivo" presupone la facilidad de la deliberación moral. En Habermas, por ejemplo, la "situación ideal del discurso" propone permitir la deliberación tanto sobre los fines como sobre los medios. Ambos argumentos tienen algo en común: la elección política (decisional) debe ser el resultado de una deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales.

sólo hacen posibles, sino también predecibles, los desacuerdos de buena fe. Afirma que no es realista suponer que todas nuestras diferencias surgen solamente de la ignorancia y la perversidad o de las rivalidades de poder, estatus o situación económica; muchos de nuestros juicios más importantes son efectuados en condiciones en las que no se puede esperar que personas conscientes con todas sus facultades para razonar, aún después de una discusión abierta, lleguen a la misma conclusión.

3.9 RAZONES PARA LA DELIBERACIÓN.

Así pues, los problemas de la bioética en los que el derecho está llamado a pronunciarse mediante leyes no pueden ser resueltos por una simple elección democrática, más bien exigen proponer, escuchar, negociar, debatir, discutir, concertar e, incluso, cambiar de opinión a fin de formar en común una voluntad mancomunada.

Jon Elster⁶⁶ sostiene que cuando un grupo de individuos iguales tienen que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos, y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, pueden sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: discutiendo, negociando y votando. De tal forma que los grupos pueden llegar a una decisión empleando uno de los tres procedimientos, combinando dos de ellos, o los tres a la vez. Advierte que la discusión y la negociación constituyen formas de comunicación, son actos de habla; mientras que la votación, no lo es.

Esta tricotomía se relaciona con otra, ya que en un proceso de toma colectiva de decisiones las preferencias de los miembros están sujetas a tres operaciones: agregación de preferencias, transformación de preferencias y tergiversación de preferencias. El primero, es sinónimo de votación, incluye el canje de votos por lo que se considera como una forma de negociar; la

⁶⁶ Véase la Introducción en Elster, Jon (Comp.). *La democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona. 2001. Págs. 13 y ss. Para este autor la deliberación nunca debe ser empleada como el único procedimiento para tomar decisiones colectivas, siempre debe complementarse por la votación o la negociación o por ambos, en virtud de las restricciones temporales y también por otras razones. El objeto de la deliberación puede consistir en fines últimos o en creencias, que una vez establecidos, se puede derivar en las preferencias sobre los medios.

segunda, es el objetivo de la discusión a través de la deliberación racional y; la tercera, puede ser inducida por cada uno de los tres procedimientos de toma de decisiones.

La discusión pura se observa en los jurados al estilo norteamericano, en los cuales se requiere la unanimidad, en cuyo caso se puede recurrir al acuerdo tácito en virtud a su mayor habilidad para mantenerse firmes, o sea, su menor impaciencia por librarse del trabajo como jurado y volver a su vida normal. La negociación, por ejemplo, se da al tipo de algunos juegos en los cuales los participantes efectúan ofertas y contraofertas sucesivas, el resultado se determina por el mecanismo de negociación y por el poder de negociación de las partes, es decir, por los recursos que les permiten formular amenazas y promesas creíbles. La votación pura es la concepción roussoniana de la toma colectiva de decisiones, los ciudadanos tenían que definir sus preferencias aislados unos de otros para evitar ser contaminados por la elocuencia y la demagogia. Si el objetivo es determinar el procedimiento que produzca los mejores resultados, oponer negociación a discusión o bien negociación a votación simplemente no tiene sentido. La deliberación como procedimiento para la toma de decisiones no consiste solamente en elegir entre alternativas dadas, sino también en generar nuevas alternativas.

Con todo esto nos cabe formular una pregunta: ¿Cuáles son las razones que tienen el legislador para deliberar determinados temas antes de tomar una decisión, en lugar de limitarse a votar o emplear alguna otra regla decisoria que no implique discusión? ¿Cuál es el sentido de la deliberación antes de crear una norma jurídica?

Según James D. Fearon,⁶⁷ la deliberación alude a una clase especial de discusión que aplica la seria y atenta ponderación de razones a favor y en

⁶⁷ Fearon, James D. *La deliberación como discusión*, en Elster, Jon (Comp.). *La democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona. 2001. Págs. 65-93. La deliberación tuvo su origen en la Grecia clásica, pero últimamente se ha desarrollado sobretudo en el medio político, la relacionan necesariamente con la idea de democracia, ya sea para la elección popular del gobernante como para la toma de decisiones en el ámbito político. Los trabajos elaborados al respecto habla muchas veces de modo indistinto de discusión, debate, deliberación, negociación e, incluso, consenso. Bajo estas circunstancias James D. Fearon prefiere hablar de discusión,

contra de alguna propuesta, o bien a un proceso interior en virtud del cual un individuo sopesa razones a favor y en contra de determinados cursos de acción. En esta dirección, propone seis argumentos principales para discutir o deliberar un asunto antes de tomar una decisión:

1. Revelar información privada o de los resultados probables. Para tomar una buena decisión el órgano legislativo, en este caso, puede requerir la revelación de información privada, además de ser informado de las consecuencias de aprobar un proyecto de ley. La comisión encargada del proyecto de ley generalmente posee información acerca de sus consecuencias probables y es su deber compartirla para sea objeto de análisis.

2. Disminuir o superar la racionalidad limitada. Para una gran cantidad de decisiones colectivas, un problema significativo no es que la gente posea información privada acerca de las preferencias o de las consecuencias probables, sino más bien que es difícil deducir la mejor línea de conducta a causa de lo complicado del problema. En este apartado, la importancia de la deliberación se da por dos razones: la primera, podría ser acumulativamente valiosa porque una segunda persona podría pensar en alguna posibilidad que no se le había ocurrido a la primera, y viceversa; la segunda, podría ser valiosa porque en el transcurso del procedimiento se pensarían en posibilidades o problemas que no se habían tenido en cuenta al principio. Esto es lo que él denomina: "tormenta de ideas". Como medio para superar la racionalidad limitada, la deliberación, en lugar de la simple votación, podría ser muy conducente y dar lugar al uso de la inteligencia, incluso cuando se sabe que entre las personas existen intereses en conflicto. Si bien los sistemas de votación pueden en ciertos casos constituir medios idóneos para extraer información privada, es muy improbable que funcionen del mismo modo para superar la racionalidad limitada.

3. Forzar o estimular un modo particular de justificar demandas o reclamos. Cabe advertir que incluso las mayorías suelen justificar sus actos en

pero que puede ser entendida sin ningún problema como deliberación, ya que los resultados, la finalidad y el funcionamiento es el mismo.

términos del bien común y no en los estrechos intereses de grupo. Los debates públicos son en principio más factibles y comunes dentro del órgano legislativo (no entre los ciudadanos quienes son muy numerosos) en los que rara vez hacen uso del sufragio secreto y anónimo movidos por el deseo de asegurar la rendición de cuentas. En la medida en que las personas tengan la motivación a fin de sostener un debate público, en lugar de seguir un procedimiento de votación más mecánico, se alentarían las justificaciones y propuestas de espíritu cívico, que podrían redundar en beneficios para todos.

4. Legitimar ante el grupo la elección definitiva. La justificación potencial para tener deliberación, y no tan sólo proponer y votar proyectos, sería asegurar de que todo el mundo tuviese oportunidad de decidir lo suyo, con lo cual se hallaría más predispuesto a aceptar o a apoyar el resultado. Si la deliberación tiende a producir mayor consenso en virtud de cualquiera de los tres mecanismos anteriores, entonces quienes participan en este procedimiento pueden sentirse más dispuestos a apoyar la implementación de lo decidido simplemente porque muchos de ellos están de acuerdo en que eso es lo correcto. Dicho de otro modo, un grupo podría querer debatir un problema, en lugar de solo votar, no simplemente sólo porque la deliberación podría mejorar la calidad de la decisión en sí, sino también porque, como consecuencia de una mejor decisión, más miembros del grupo llegarán a estar de acuerdo y por eso un número mayor de ellos trabajarían juntos para implementar la decisión correctamente o acatarla en forma voluntaria. Es obvio que deliberar antes de tomar una decisión colectiva dependerá de las propias tradiciones y convenciones acerca de cómo deben tomarse esas decisiones, y no hay razón para que en algún caso concreto estas convenciones no consideren a la deliberación como lo más apropiado.

5. Mejorar las cualidades morales o intelectuales de los participantes. Mantener discernimientos daría como resultado el desarrollo de ciertas habilidades y, quizás, virtudes de los participantes. Según nuestro autor, la deliberación es una especie de programa de entrenamiento para desarrollar virtudes humanas y cívicas. Por ejemplo, la elocuencia, habilidad retórica, empatía, alteridad, cortesía, imaginación y capacidad de razonar. Si las

personas tienen la expectativa de participar en discusiones públicas acerca de lo que hay que hacer, se sentirán alentadas a invertir más tiempo y energía preparándose: reuniendo información, pensando sobre el problema, etc.

6. Hacer lo correcto independientemente de cualquier consecuencia de la discusión. Se podría pensar que se trata de un punto puramente deontológico, pero en realidad lo que busca es en que las personas decidan en su propia consciencia. Por ejemplo, la decisión del legislador no deberá de estar condicionada por factores externos a la decisión, como ganar o perder popularidad con el electorado. Este es el sentido de este apartado.

Estas seis razones ayudan a clarificar el contenido de la deliberación y nos permiten aplicarla no sólo a la toma de decisiones en el proceso legislativo sino, además, en las decisiones individuales y colectivas de los profesionales sanitarios. Finalmente veamos el modelo desarrollado por Diego Gracia para la toma de decisiones clínicas que no dista de las anteriores connotaciones, sino que nos permite ampliar su campo de aplicación.

3.10 LA PROPUESTA DE DIEGO GRACIA.⁶⁸

⁶⁸ La deliberación como método de análisis bioético es una de las muchas aportaciones que ha hecho Diego Gracia no sólo en el campo de la bioética médica sino también en la reflexión ética general. En las sesiones del Master en Bioética de la Universidad Complutense de Madrid, él, como director, tiene especial preocupación en que los que participamos desarrollemos lo que denomina "habilidad deliberativa", y hace una comparación para explicarla. Dice que así como las personas no nacemos sabiendo leer ni escribir, sino que es una habilidad que desarrollamos y perfeccionamos constantemente, la deliberación moral es un procedimiento que debemos desarrollar y perfeccionar mediante la práctica, por ello en cada sesión se presentan casos clínicos reales para su discusión en grupo según este método. Éste

Él sostiene que el ejercicio de la deliberación es un signo de madurez psicológica que requiere someter el miedo y la inseguridad. Si una persona se encuentra dominada por la angustia o por emociones inconscientes no es capaz de deliberar sus decisiones, más bien actúa a modo reflejo o automático. Sólo quien es capaz de controlar los sentimientos de miedo y de angustia puede tener la entereza y presencia de espíritu que exige la deliberación. Tanto las emociones como el racionalismo exacerbado llevan a tomar posturas extremas, de aceptación o rechazo totales, de amor o de odio, y convierten los conflictos en dilemas, es decir, en cuestiones con sólo dos salidas, que además son extremas y opuestas entre sí.⁶⁹

De igual forma se requiere una apertura para escuchar los argumentos de las demás personas involucradas en el proceso, además de una disposición de confrontar nuestros argumentos, no con el afán de imponerlos sino más bien de encausarlos a un exhaustivo ejercicio intelectual con el propósito de comprender la situación objeto de estudio, el análisis de los valores implicados, la argumentación racional sobre los cursos de acción posibles y los cursos óptimos, la aclaración del marco legal, etc.

La deliberación busca analizar los problemas en toda su complejidad, eso supone ponderar tanto los principios como los valores implicados así como una infinidad de factores presentes en el caso. Hacer esto permitirá identificar todos o, al menos, la mayoría de los cursos de acción posibles, que al menos deben ser cinco, de lo contrario es posible que haya un defecto en el análisis. Por lo general, el curso óptimo no está en los extremos, sino en el margen que guardan éstos.

método lo explica ampliamente en Gracia, Diego. (Ed.). *Ética en la práctica clínica*. Triacastela. Madrid. 2004. Págs. 26 y ss. Y Gracia, Diego. *La deliberación moral, el papel de las metodologías en la ética clínica*, en Sabaria Albarezude, J. y De los Reyes López, M. *Jornada de debate sobre comités asistenciales de ética*. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. Madrid. 2000. Págs. 20-41.

⁶⁹ Para ejemplificar esta situación basta observar la postura de los medios de comunicación cuando se refieren a ciertos temas como, por ejemplo, el aborto. Los encabezados son: "...a favor, ...en contra del aborto". Socialmente no es de todo común encontrar equilibrio entre puntos extremos, tal vez porque esta no ha sido la mentalidad en que hemos sido educados.

La deliberación es en sí un método, un procedimiento, en consecuencia se pueden establecer varias fases por las que debe pasar todo proceso deliberativo que quiera ser correcto. Afirma Diego Gracia que el análisis crítico de casos bioéticos debe constar siempre de unos pasos básicos que son los siguientes:

1. Presentación del caso por la persona responsable de tomar la decisión.
2. Discusión de los aspectos clínicos de la historia.
3. Identificación de los problemas morales que presenta.
4. Elección, por la persona responsable del caso, del problema moral que a él le preocupa y que quiere que se analice.
5. Identificación de los valores en conflicto.
6. Identificación de los cursos extremos de acción.
7. Búsqueda de los cursos intermedios.
8. Análisis del curso de acción óptimo.
9. Decisión final.
10. Comprobación de la consistencia de la decisión tomada, sometiéndola a tres pruebas:
 - a) De la legalidad. ¿Contraviene el ordenamiento jurídico?
 - b) De la publicidad. ¿Se estaría dispuesto a defenderla públicamente?
 - c) De la temporalidad. ¿Se tomaría la misma decisión en caso de esperar algunas horas o algunos días?

Los problemas éticos consisten siempre en conflictos de valor, y los valores tienen como soporte necesario hechos. Este método aplicado a los comités de ética clínica debe partir del estudio minucioso de los hechos clínicos (diagnóstico, pronóstico y tratamiento), ya que cuanto más claros estén, mayor será la precisión con la que podrán identificarse los problemas de valor: Una buena historia clínica es siempre la base de una buena sesión clínica, también ética. Aplicando este método para tomar decisiones con efectos jurídicos como lo puede ser la elaboración de una ley, los hechos sobre los que se sentará el análisis serán los sociales y científicos, principalmente. Llevar a cabo ejercicio

deliberativo por parte del órgano legislativo dotaría a las leyes en materia sanitaria y científica no sólo de un alto contenido ético sino, fundamentalmente y consecuencia de ello, un alto grado de observancia por la integración de múltiples factores que es indispensable tenerlos presentes por la envergadura de los temas que tratan. Así como en temas bioéticos no es concebible la aplicación mecánica del derecho, no es justificable el proceso legislativo sin deliberación. (Ver cuadro no. 4).

Para evaluar la calidad ética de los cursos de acción hay que analizarlos desde dos fases: Primero, contrastarlo con los principios bioéticos en juego (momento deontológico) y; segundo, cotejarlo con las circunstancias y consecuencias previsibles, por si éstas permitieran o exigieran un excepción a los principios (momento teleológico). De ahí que las éticas que articulan principios y consecuencias se conozcan hoy con el nombre de “éticas de la responsabilidad”. No nos podemos quedar en uno de esos extremos; ya sea en el principialista que afirma que las decisiones deben tomarse sólo a la vista de los principios absolutos e inmutables o, en el de los consecuencialistas, piensan que la corrección de la decisión se mide por sus consecuencias. Ambas posiciones por sí solas no ayudan mucho en esclarecer la difícil tarea de establecer mínimos morales con el propósito de dar contenido a las leyes de la materia.

Éstos dos tiempos constituyen el eje rector de la deliberación moral, tanto bioética como jurídica, ya que el deber primario es siempre cumplir con los principios, de modo de que quien quiera hacer una excepción tiene la carga de la prueba y, por tanto, ha de probar que la excepción puede y debe hacerse. La excepción es siempre excepcional, es decir, no se convierte en un nuevo principio.

a) Contraste de los cursos de acción a los principios morales.

Como se ha dicho antes (apartado 2.8), para nuestro autor los principios de no maleficencia y de justicia tienen carácter público, por tanto, determinan deberes para con todos y cada uno de los seres humanos, tanto en el orden de

su vida biológica (principio de no maleficencia), como en el orden de su vida social (principio de justicia). Estos principios definen los deberes que son universales y exigibles a todos por igual, incluso coactivamente, por lo que es necesario que se formulen con la aceptación de todos o la mayoría para que adquieran forma jurídica. En cambio los principios de autonomía y de beneficencia marcan el espacio privado de cada persona, de acuerdo a sus propias creencias, ideales y concepciones de la vida. Cuando existe conflicto de valores o de principios, los primeros gozan de mayor exigencia y prioridad sobre los segundos. Por ejemplo, en su práctica profesional el médico se ve obligado cultural y socialmente a curar o a reestablecer en el mayor grado posible la salud de su paciente, porque si no lo hace se ve derrotado ante su infranqueable enemigo: la muerte. En aras de esa empresa puede caer en extremos clínicamente injustificables, lo que se ha denominado “encarnizamiento terapéutico”, es decir, causar dolor o sufrimiento innecesario a un paciente con la expectativas de beneficiarlo. Este es un caso de todos los días en cualquier centro hospitalario donde se confrontan los principios de no maleficencia y de beneficencia. Por un lado existe la obligación moral y jurídica de no causar mal a su paciente (dolor o sufrimiento innecesario porque humanamente no es posible la curación) y, por el otro, buscar el bien de su paciente (no escatimar esfuerzos en su atención). En estas situaciones la línea es muy delgada entre llamados medios ordinarios y extraordinarios de tratamiento. En estos casos la deliberación es fundamental, claro es que se dará paso al principio de no maleficencia, pero es importante ser incluyentes y abiertos en los argumentos establecidos en dicho proceso.

En el ámbito jurídico cuando el legislador elabora leyes en materia biomédica o científica es de vital importancia que tenga en cuenta estos principios, no puede reducir su razonamiento legislativo a los hechos científicos, debe tomar en cuenta también los aspectos morales entre otros. Si sólo toma en cuenta a los primeros, querrá, en el mejor de los casos, que la ley cambie conforme a los avances científicos, es decir, la ley se vuelve un catálogo de descubrimientos, avances y potencialidades científicas, en un “cientificismo legalista”. Y si sólo toma en cuenta los aspectos éticos, la ley se convierte en un código deontológico. La deliberación moral servirá para que el

órgano legislativo contraste los principios de la bioética (la realidad moral) con los acontecimientos biomédicos y científicos (la realidad científica). De esta forma evitará imposiciones ideológicas, tiranías morales e inobservancia de la ley, también dará un margen más flexible para que la reforma legislativa cuando el desarrollo científico y tecnológico así lo exija. Los principios serán las guías idóneas para que el legislador sepa qué es lo que tiene que legislar y cómo, es decir, no va a ser el mismo contenido material y formal de una norma jurídica que se relacione con el principio de justicia que con el principio de autonomía.

b) Evaluación de las circunstancias y de las consecuencias previsibles.

Esta evaluación no puede ser nunca exhaustiva, pero debe hacerse siempre con todo cuidado. En ética como en derecho, las circunstancias pueden ser agravantes, atenuantes y eximentes. En este último caso, el deber cede ante la circunstancia concreta, porque en ésta parece que la aplicación indiscriminada del principio es incompatible con el respeto debido a los seres humanos.

La excepción se justifica siempre que se tenga razones para pensar que la aplicación de una norma o un principio resulta agresiva contra la dignidad del ser humano. En el caso de los deberes públicos que han adquirido forma jurídica, la excepción puede hacerla extraordinariamente el juez en el caso concreto, o el legislador, de forma ordinaria, estableciendo en el mismo ordenamiento las causas de excepción. Con este análisis no se define la licitud o ilicitud moral de ciertos actos, solo se afirma que cuando concurren ciertas circunstancias éstos son considerados como deberes de gestión privada y no de gestión pública.

La evaluación de las consecuencias es fundamental, ya que toda decisión tiene una consecuencia, y entre más delicada o trascendente sea la decisión, sus consecuencias no deben ser soslayadas.

Es imposible que la ley contenga todas las circunstancias que en el mundo de lo real se puedan dar. Ésta ha sido una de las tareas en las que se ha esforzado el legislador hasta nuestros días. Ello solo ha acarreado una sobrerregulación, es decir, una legislación excesiva que hace imposible conocerla en su totalidad, por tanto, observarla. La mentalidad del legislador debe cambiar en este sentido, ya que la ley debe dejar cierto margen para la actuación de la ética, sobretodo en los principios de autonomía y beneficencia. Las circunstancias más complejas que son con las que trabaja la bioética no se conocen hasta que estas se actualizan en la realidad, por lo que la ley debe ser fuerte en el orden los principios de no maleficencia y justicia para que no exista arbitrariedad o anarquía en el mundo de la ciencia, pero flexible en los principios de autonomía y beneficencia para evitar imposiciones o inobservancia. Al igual que toda decisión, la legislación y la sentencia tienen consecuencias, que en muchos casos pueden ser previsibles si se realiza adecuadamente el proceso de deliberación. Los efectos de una legislación hecha bajo el proceso de deliberación son la confianza, certidumbre y justeza (convergencia de la realidad moral y científica).

Existe una diferencia en el proceso de deliberación que conviene resaltar: cuando ésta se hace por los comités de ética (que es donde nació este método), no tiene carácter ejecutivo, sino consultivo. Las decisiones morales no son fácilmente transferibles, ya que en el amplio campo de los deberes de gestión privada será el paciente, o el médico responsable, o el familiar, o el gestor sanitario, el que tenga el derecho y la obligación de tomar sus propias decisiones, decisiones que no exoneran de responsabilidad. Este proceso contribuye en la mejor calidad de la asistencia sanitaria y la satisfacción de los profesionales y usuarios del sistema de salud.

La deliberación se convierte en decisoria cuando se aplica en el ámbito jurídico, ya que sus efectos encuadran con una de las características de las normas jurídicas, la universalidad. De ahí la importancia de que este proceso sea llevado a la práctica legislativa.

CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO.

PRIMERA.- Aparentemente la medicina y el derecho son disciplinas, si no antagónicas, si totalmente diferentes, esto es en parte verdad, porque tienen una característica histórica en común: el paternalismo. La medicina desde que se conoce el Juramento Hipocrático tiene la predisposición de anular la

autonomía del individuo, es decir, a no tomar en consideración, al momento de las decisiones, los valores, expectativas, creencias e intereses de los pacientes, por lo que el médico actuaba de acuerdo a su propio sistema de valores. Esta práctica ha cambiado. En el derecho surge algo similar, se considera que las personas son incapaces de llegar a acuerdos acerca de lo que consideran bueno o deseable debido a dos circunstancias: por la imposibilidad del consenso y por la inmadurez moral para afrontar esta empresa. Por lo que el derecho se convierte en instrumento para imponer el sistema de valores del gobernante en turno. Esta situación, a contrario de la medicina actual, no tiene tanto impulso para que cambie. De ello resalta la urgencia de la deliberación, sobre todo en cuestiones relacionadas con la vida, la salud y el cuerpo de las personas.

SEGUNDA.- Es de todo común que los profesionales relacionados con el cuidado de la vida y de la salud busquen respuesta a los continuos dilemas morales a los que se enfrentan en ordenamientos jurídicos de más diversa índole, exigen que el derecho positivo sea un catalogo de respuestas al que fácilmente se pueda acudir en caso de conflicto de valores o principios éticos, y en caso de no tenerlas, se etiqueta al derecho como obsoleto. Esta práctica no es adecuada.

TERCERA.- El principal motivo por el que el médico acude únicamente al derecho (ley) ante un problema ético es por la falta de formación en esta materia. Le es más fácil aprender a ubicar artículos, jurisprudencia, etc. que aprender a ser tolerante y tener apertura deliberativa ante el debate bioético. De tal suerte, que uno de los retos inminentes en este momento de los involucrados con la bioética es de tipo académico, es decir, preparar al equipo sanitario, y a los profesionales implicados, en la fundamentación y en la metodología de la bioética a fin de ejercitar en ellos habilidades que les permitan solucionar eficazmente dichos problemas. Entre mayor número de casos se resuelvan por medio de la integración del derecho con la bioética, menor será el número de casos expuestos al juzgador.

CUARTA.- La deliberación moral es un proceso de ponderación de los factores (científicos, circunstancias, creencias, valores, intereses, beneficios, consecuencias, principios morales, normas jurídicas, biomédicos...) que intervienen en un acto o situación concretos, a fin de buscar su solución óptima o, cuando esto no es posible, la menos lesiva. La deliberación puede ser individual (para el médico, el juez, el paciente...) o colectiva (los comités de ética, para la familia, para el órgano legislativo...). Se delibera sobre lo que permite diferentes cursos de acción a fin de buscar el más razonable y prudente, por lo que se convierte poco a poco en el modelo idóneo para la reflexión ética y para la toma de decisiones no sólo en la bioética sino también en el derecho.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS BIOÉTICO DE LOS CASOS CLÍNICOS

Sumario: **4.1** Presentación del caso. **4.2** Discusión de los aspectos clínicos. **4.3** Identificación de problemas. **4.4** Elección del problema. **4.5** Identificación de los valores en conflicto. **4.6** Identificación de cursos extremos de acción. **4.7** Búsqueda de cursos intermedios. **4.8** Análisis de cursos intermedios de acción. **4.9** Decisión final. **4.10** Comprobación de la consistencia de la decisión.

CAPÍTULO 4

EL ANÁLISIS BIOÉTICO DE CASOS CLÍNICOS

El hombre es un pequeño Dios, porque no puede crear cosas de la nada

pero sí transformarlas o transmutarlas.

Leibniz

Los problemas de los que se ocupa la bioética son tan evidentes que no necesitan mayor explicación, lo que no es tan evidente y que sí necesita explicación es la forma que éstos deben ser estudiados, es decir, saber cuál es el método idóneo para enfocarlos y resolverlos. Los avances metodológicos de cualquier disciplina intelectual y científica generalmente acaban siendo los más importantes, de ahí que gran cantidad de autores en esta materia se hayan dedicado a tratar de establecer una metodología que permitiera encontrar procedimientos y métodos de análisis de cuestiones éticas que facilitara la toma de decisiones en problemas concretos. En esta tarea han existido infinidad de obstáculos, uno de ellos, quizá el de más auge, considera que en cuestiones morales no hay modo de establecer criterios objetivos, razón por la cual las decisiones han de relegarse al ámbito meramente subjetivo y privado.

Para Diego Gracia¹ el método de la bioética médica no tiene por qué ser complicado, por lo que considera que el procedimiento de análisis y resolución de problemas clínicos debe referirse a la historia clínica, por lo cual el procedimiento de la bioética no hace otra cosa que prolongar la estructura de la historia clínica de modo que pueda servir para detectar y resolver los problemas morales que plantean los pacientes, los médicos o cualquier otra persona involucrada en la relación médico-paciente. Todo procedimiento de análisis de problemas éticos de la clínica humana tiene como fin articular la dimensión “ética” con la dimensión “técnica” del acto médico, su diferencia consistirá en los diversos medios para lograr tal concordancia. Como se dijo en

¹ El ensayo: “Métodos de análisis de problemas éticos en la clínica humana”, escrito por Diego Gracia como parte del material de apoyo del Master en Bioética. En él alude a los diferentes métodos que han surgido en la bioética para resolver diversos problemas y para la toma de decisiones en casos concretos. Los clasifica de acuerdo al lenguaje que emplean: a) Virtud/Vicio, corresponde al de la ética clásica. b) Hechos/Valores, establece que pueden tomarse decisiones racionales aún en condiciones de incertidumbre, el llamado “análisis decisional” en el que prevalecen las consecuencias de los hechos sobre los valores. c) Casos/Máximas, es un método casuístico, las máximas son resultado del análisis de casos concretos desde los principios y desde las consecuencias. Y d) Principios/Consecuencias, en el que existe un momento *a priori* (principios *prima facie*) y uno *a posteriori* (principios reales y efectivos). Él opina que deben combinarse todos esos métodos para hacer un análisis bioético adecuado.

el capítulo 3 (punto 3.10), sin una buena historia clínica es imposible el estudio correcto de los problemas éticos, no pueden abordarse éstos si antes no se han estudiado bien los biológicos. Por ejemplo, no tiene sentido plantearse el tema de si un paciente se le pueden extraer órganos para trasplante si antes no hay certeza de que se haya en muerte cerebral, no es posible discutir los problemas éticos del estado vegetativo persistente si no se ha procedido antes a un cuidadoso diagnóstico del caso.

Con toda seguridad se puede afirmar que el acto médico es hoy mejor que en cualquier otra época de la historia de la medicina: desde el punto de vista técnico-científico, por los grandes adelantos y descubrimientos y, desde el punto de vista moral, por la preocupación que los médicos manifiestan acerca de la corrección y bondad de sus actos y por el surgimiento de los llamados “Comités de Ética”, cuya función es por lo general consultiva y no decisoria, es decir, analiza los conflictos éticos y ayuda a la toma de decisiones en aquellos casos en que se les pida consejo. Una característica relevante de estos comités es su pluralidad, ya que no sólo están integrados por médicos, enfermeras, o cualquier otro profesional sanitario, sino que incluyen también representantes de los usuarios, juristas, filósofos, teólogos, psicólogos, etc. ya que las decisiones éticas serán más correctas, buenas y prudentes si en el proceso de deliberación se tienen en cuenta los puntos de vista de diversas personas (en sexo, en formación, en ideología, en edad...) y no sólo los de algunas.

Así como todo médico está familiarizado con el método de organizar la información clínica: síntomas y signos de presentación, historia clínica, examen físico, datos de laboratorio, etc., también debe familiarizarse con los comités de ética, ya que muchas veces se le presentarán problemas en los cuales no sabrá qué es lo correcto o lo bueno, no por su inexperiencia o falta de formación ética, sino porque su complejidad requiere un ejercicio de deliberación más profundo y, por ende, plural.

Con el propósito de relacionar la teoría con la práctica, citaré un caso clínico que alude a una situación real que ilustra conflicto de valores y de

principios, los cuales se analizarán desde el punto de vista jurídico y bioético de acuerdo al método establecido en el capítulo anterior, evidenciando la necesaria complementación de la ética y el derecho.²

4.1 PRESENTACIÓN DEL CASO CLÍNICO.

Edgar es un niño que actualmente tiene 10 años de edad y que desde su nacimiento fue diagnosticado de anemia de Cooley. Sus padres supieron que padecían talasemia beta “menor” durante el embarazo, y una vez realizados los correspondientes estudios genéticos fueron informados de que su hijo tenía al menos un 25% de posibilidades de heredar la forma más grave de la enfermedad. Aún con esta información los padres decidieron seguir adelante con la gestación. En el momento del parto (año 1996) se diagnostica que el niño padece talasemia beta “mayor”, por lo que un hematólogo y un pediatra explicaron a los padres la naturaleza, el tratamiento y el pronóstico de la enfermedad, en términos sencillos, similares a éstos:

“La anemia de Cooley es la forma más grave de anemia congénita hemolítica que se conoce, se debe a que los glóbulos rojos del enfermo son incapaces de producir una proteína imprescindible para la síntesis de hemoglobina normal tras el nacimiento, como consecuencia de ello sufren de una anemia muy severa por disminución en la producción de glóbulos rojos y por aumento de la destrucción de los mismos (hemólisis) en el bazo. La enfermedad es mortal si no se trata en los primeros años de vida, pero en la actualidad existen varias posibilidades terapéuticas:

1. Regímenes de hipertransfusión, permiten que el paciente sobreviva durante décadas, aunque no cura la enfermedad. Consiste en tres acciones principales:

² Este caso fue presentado para su discusión en el Master de Bioética, el cual fue analizado de acuerdo al método que se ha citado. Las conclusiones que se formularon se han tomando en cuenta para su redacción y han sido complementadas con las reflexiones personales en base a los elementos teóricos y conceptuales aportados por los capítulos anteriores.

a) Transfusión periódica de sangre para mantener la hemoglobina por encima de los 10g/dl (al menos se requerirá una transfusión de sangre al mes).

b) Esplenectomía (extirpación del bazo) en caso de que el niño llegue a requerir más de 250 ml/kg/año de sangre.

c) Administración de quelantes de hierro (desferroxamina) por vía intravenosa y/o subcutánea, para prevenir la hemosiderosis (acumulación de hierro en el organismo) ocasionada por la enfermedad y las continuas transfusiones, y que es ésta complicación es la principal causa de muerte en estos pacientes hacia la tercera o cuarta década de su vida.

2. Trasplante de médula ósea alogénico (TMO). Es potencialmente curativo, pero se tienen datos estadísticos de una mortalidad del 25% cuando es realizada con donantes emparentados, y del 35% si el donante no es emparentado, por lo que se considera un tratamiento de “rescate” reservado para los casos que evolucionan mal.

3. Terapia génica. Consiste en manipular los genes que están alterados de manera hereditaria. Se piensa que en un futuro pueda ser el tratamiento curativo de la enfermedad, pero actualmente está en la fase de estudio”.

Los padres parecen comprender bien las explicaciones y depositan inicialmente toda su confianza en las recomendaciones del pediatra y del hematólogo.

Durante los dos primeros años de vida de Edgar las transfusiones de sangre son bajas, pero éstas aumentan a medida en que va ganando peso, por lo que a partir del tercer año empieza a recibir desferroxamina intravenosa inmediatamente después de cada transfusión. Cuando cumple 4 años ha recibido cerca de 26 transfusiones y ahora la desferroxamina es subcutánea administrada en su casa mediante una bomba durante cada noche. Los padres empiezan a insinuarles a los médicos la posibilidad del un trasplante de médula

ósea alogénico si tienen otro hijo sano. La madre de Edgar, pese a las recomendaciones del pediatra, vuelve a quedar embarazada en el año 2000.

Durante este segundo embarazo, la madre se somete a un estudio diagnóstico prenatal mediante biopsia corial, dando como resultado que su bebé (una niña) era sana.

Tanto el hematólogo como el pediatra opinan que la evolución de Edgar, mediante el tratamiento convencional, es absolutamente satisfactoria, por lo que no recomiendan para este caso el trasplante de médula ósea alogénico. Pero ante la insistencia de los padres y la eventual posibilidad de indicación en el futuro, proceden a realizar un estudio de histocompatibilidad para ver si la hermana o sus padres pueden ser potenciales donantes. Dicho estudio descartó completamente a los padres, a la hermana y a otros familiares.

Los padres de Edgar asumen de manera diferente estos resultados y empiezan a percibirse ciertas diferencias en el matrimonio que hasta entonces se había mostrado muy unido en el modo de afrontar la enfermedad del hijo. El padre se convierte en el principal cuidador de Edgar y es partidario de aceptar por completo los consejos del pediatra y hematólogo, mientras que la madre se vuelca de modo preferente en el cuidado de la hija recién nacida y considera seriamente la posibilidad del trasplante con donante no emparentado ante la ausencia de avances en el campo de la terapia genética.

En el año 2004 Edgar tiene 8 años de edad y se aprecia un aumento significativo en las necesidades transfusionales del paciente que es atribuido a hiperesplenismo (aumento del tamaño del bazo, que destruye una cantidad mayor de hematiés), por lo que se procede a realizar esplenectomía programada siguiendo el protocolo correspondiente, en un hospital de otra ciudad que dispone de servicio de cirugía pediátrica. Durante todo el proceso de la intervención y en los meses posteriores, los problemas del matrimonio se acentúan y en el año 2005 existe se separan legalmente por mutuo consentimiento. La hermana queda bajo la custodia de la madre y Edgar bajo la

del padre, ambos mantienen la patria potestad sobre Edgar y sobre su hermana.

Durante ese mismo año Edgar sufre varios procesos infecciosos que se acompañan de crisis hemolíticas y hacen necesario su ingreso en el hospital en dos ocasiones haciendo necesarias varias transfusiones de urgencia. Bajo esta situación, el padre, quien ahora está más pendiente de Edgar, habla con los médicos para comunicarles su intención de solicitar de nuevo el trasplante, exigiendo que su hijo sea incluido en la lista de espera de potenciales receptores de médula ósea. Argumenta que la calidad de vida de su hijo se ve afectada por la enfermedad y por su tratamiento (ya ha recibido cerca de 98 transfusiones de sangre y cada noche la desferroxamina subcutánea), que las perspectivas curativas de la terapia genética siguen sin concretarse y que los resultados del trasplante son mejores en pacientes jóvenes. Los médicos opinan que la percepción del padre sobre la calidad de vida de Edgar es equivocada, ya que su crecimiento ha sido normal, va bien en sus estudios, juega con los demás niños, hace deporte sin problemas, por lo que pensar en un trasplante es arriesgado en el momento actual.

4.2 DISCUSIÓN DE LOS ASPECTOS CLÍNICOS.

Una vez que se ha presentado el caso clínico se procede a la discusión o aclaración de los aspectos clínicos sobre los que existe alguna pregunta porque no están de todo claros en la presentación de caso, o bien, para que las personas que participan en la deliberación y que no tienen formación médica tengan un panorama más amplio que les permita tener certeza sobre los hechos clínicos (base del análisis bioético) para hacer una valoración más apegada a la realidad y, en consecuencia, que la decisión final no se convierta en inobservable o de fácil implementación. Al respecto, se establece a continuación un glosario³ con la explicación de diversos términos médicos que al lector, no médico, le permitirán ampliar los horizontes posibles de solución.

³ Para este fin se consultaron las siguientes fuentes de información: Segatore, Luigi y Poli, Gianangelo. *Diccionario Médico*. Teide. Barcelona. 1994. <http://www.nlm.nih.gov>. <http://www.healthsystem.virginia.edu>.

BIOPSIA CORDIAL.- Es el procedimiento en el cual se toman muestras del tejido fetal (velocidades crónicas) como parte de diagnóstico prenatal para detectar ciertas enfermedades congénitas.

CÉLULAS MADRE.- Cada tipo de célula sanguínea de la médula ósea comienza como célula madre. Estas células son células inmaduras, capaces de producir otras células sanguíneas que maduran y funcionan según sea necesario. Las células madre son las más importantes en un trasplante de médula ósea. Al ser trasplantadas, encuentran el camino a la médula ósea del receptor y comienzan a diferenciar y producir todos los tipos de células sanguíneas necesarias para el cuerpo.

DESFERROXAMINA.- Fármaco que ayuda a eliminar el exceso de hierro en el cuerpo. Esto puede ser necesario en los pacientes que han recibido transfusiones de sangre múltiples y en personas que han ingerido demasiado hierro.

ESPLENECTOMIA.- Es la cirugía que se requiere para extraer el bazo, el órgano que ayuda al cuerpo a combatir las infecciones, cuando presenta un daño o una patología. En personas sanas, el bazo juega un papel importante en la inmunización contra infecciones bacterianas. Este órgano se localiza en el área superior del lado izquierdo del abdomen, justo por debajo del diafragma y generalmente tiene adherencias al estómago, el riñón izquierdo y el colon.

HEMÓLISIS.- Destrucción de los eritrocitos (glóbulos rojos) por parte del cuerpo.

HEMOSIDEROSIS.- Es la enfermedad secundaria o derivada de otra que consiste en la acumulación de hierro en algún órgano (corazón, hígado, etc.). Es un efecto secundario de las continuas transfusiones sanguíneas a las que se somete una persona

HISTOCOMPATIBILIDAD.- Es un examen de sangre que determina los principales antígenos de histocompatibilidad de una persona. Los antígenos leucocitarios humanos (HLA) son proteínas que están presentes en las

membranas (cubierta exterior) de casi todas las células del organismo (todas las células nucleadas). Estos antígenos se encuentran en concentraciones particularmente altas sobre la superficie de los glóbulos blancos (leucocitos). En promedio, la mitad de los antígenos HLA de los niños son compatibles con la mitad de los antígenos de su madre y la mitad restante son compatibles con la mitad de los antígenos de su padre. Este hecho es de particular importancia para determinar la "compatibilidad" para injertos de tejido y trasplante de órganos, como por ejemplo, el [trasplante de riñón](#) o el [trasplante de médula ósea](#).

MÉDULA ÓSEA.- Es un tejido blando y esponjoso que se encuentra dentro de los huesos. La médula ósea de las caderas, el esternón, la columna vertebral, las costillas y el cráneo contiene células que producen las células sanguíneas del cuerpo. Es responsable del desarrollo y el almacenamiento de alrededor del 95 por ciento de las células sanguíneas del cuerpo. Los tres tipos principales de células sanguíneas producidas en la médula ósea son: a) glóbulos rojos (eritrocitos), llevan el oxígeno a todos los tejidos del cuerpo; b) glóbulos blancos (leucocitos), ayudan a combatir las infecciones y asisten en el sistema inmunológico y; c) plaquetas, ayudan a coagular la sangre. Cada una de estas células lleva a cabo una función esencial para la vida. La médula ósea es una parte vital del cuerpo humano.

TALASEMIA BETA MAYOR O ANEMIA DE COOLEY.- Los dos genes de la cadena beta tienen deleciones, causando el tipo más grave de talasemia beta. Los pacientes que tienen talasemia grave necesitan frecuentes transfusiones de sangre y puede que no vivan mucho tiempo. Durante el primer año o dos primeros años de vida, pueden estar pálidos, irritables, tener poco apetito y padecer muchas infecciones. Sin tratamiento, aumenta el tamaño del hígado, del bazo y del corazón, y los huesos pueden volverse delgados y quebradizos. Uno de los problemas principales es la acumulación de hierro en el corazón y otros órganos, provocando insuficiencia cardíaca en algunos pacientes en los años de adolescencia o a principios de la década de los veinte.

El tratamiento específico de la beta talasemia grave o anemia de Cooley será determinado basándose en lo siguiente: a) la edad de su hijo, su estado general de salud y sus antecedentes médicos; b) la gravedad de la enfermedad; c) la tolerancia de su hijo a determinados medicamentos, procedimientos o terapias y; d) sus expectativas para la evolución de la enfermedad. El tratamiento para la beta talasemia puede incluir: a) transfusiones de sangre regulares; b) medicamentos (para disminuir la cantidad de hierro en el cuerpo, llamada terapia de quelación); c) extirpación quirúrgica del bazo (si fuera necesario); d) dosis diarias de ácido fólico; e) posible extirpación quirúrgica de la vesícula biliar; f) ningún suplemento de hierro o; g) trasplante de médula ósea.

TALASEMIA BETA MENOR.- Se presenta cuando un gen beta tiene una delección, provocando anemia. La talasemia leve se divide en: a) talasemia mínima, la persona tiene pocos o ningún síntoma y; b) talasemia intermedia, la persona tiene una anemia de moderada a grave. Las personas que tienen talasemia leve tienen un 50 por ciento de probabilidades de transmitirles el gen a sus hijos, quienes también tendrían talasemia leve. A muchas personas se les administran suplementos de hierro debido a la creencia errónea de que su anemia es del tipo ferropénico. Puesto que mucho hierro puede ser perjudicial, es importante consultar con un hematólogo acerca de cualquier tratamiento. La talasemia grave se hereda por un gen autosómico recesivo, lo que significa que las dos copias del gen son necesarias para producir la condición, una heredada de cada uno de los dos progenitores portadores que tienen talasemia leve.

TALASEMIA.- Es un trastorno hereditario que afecta la producción de hemoglobina normal (un tipo de proteína presente en los glóbulos rojos cuya función es transportar oxígeno a los tejidos del cuerpo). La talasemia incluye varias formas diferentes de anemia. La gravedad y el tipo de anemia dependen del número de genes que estén afectados. La talasemia de tipo beta es causada por mutaciones en la cadena beta de la molécula de hemoglobina. Existe un gen para la cadena beta en cada cromosoma número 11, con un total de dos genes. La forma en que se alteran estos genes determina el tipo específico de beta talasemia en un niño.

TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA ALOGÉNICO.- El donante tiene el mismo tipo genético que el niño. Las células madre se toman por extracción de la médula ósea o por aféresis (células madre de la sangre periférica) de un donante que coincide genéticamente, normalmente un hermano o hermana. Otros donantes para los trasplantes alogénicos de médula ósea incluyen: a) el padre o la madre, hay una coincidencia haploide-idéntica cuando el donante es un progenitor y la coincidencia genética es idéntica al receptor en al menos el cincuenta por ciento; b) un hermano gemelo, un trasplante singénico es un trasplante alogénico de un hermano gemelo, se considera que los gemelos tienen una coincidencia genética completa para un trasplante de médula ósea y; c) trasplante de médula ósea de desconocido; las células madre o de médula ósea coincidentes genéticamente son de un donante desconocido. Los donantes desconocidos se encuentran a través de los registros nacionales de médula ósea.

TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA.- Es una terapia especial para pacientes que tienen cáncer u otras enfermedades que afectan la médula ósea. Un trasplante de médula ósea consiste en tomar células que normalmente se encuentran en la médula ósea (células madre), filtrarlas y devolvérselas al paciente o a otra persona. El objetivo es la transfusión de células sanas de la médula ósea a una persona después haber eliminado su propia médula ósea enferma. Existen tipos diferentes de trasplante de médula ósea, dependiendo de quién sea el donante. Los diferentes tipos de trasplante de médula ósea incluyen los siguientes: a) trasplante autólogo de médula ósea, b) trasplante alogénico de médula ósea y, c) trasplante de sangre del cordón umbilical.

4.3 IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS.

A) Problemas morales. (Análisis bioético).

- ¿Quién define qué es perjuicio y qué es beneficio?
- ¿Qué es calidad de vida?
- ¿Qué criterio deben utilizar los padres en el ejercicio de la patria potestad para decidir sobre la salud del hijo: buscar el mayor beneficio o decisiones que produzcan el menor perjuicio?
- ¿Qué actitud debe tener el médico ante esta situación?
- ¿A quién informar y a quién hacer caso?
- ¿Los médicos están discriminando al paciente o realmente no es recomendado el trasplante?
- ¿Es un problema ético o jurídico?
- ¿Es un problema que tiene que ser resuelto jurídicamente?
- ¿El padre tiene preferencia por ser quien se hace cargo del hijo?
- ¿Se debe realizar el trasplante como lo pide el padre del niño?
- ¿Las estadísticas determinan la conveniencia de un trasplante?
- ¿Existe trasplante sin riesgo?
- ¿Se deben escuchar los deseos y expectativas del niño?
- ¿El trasplante beneficia primordialmente al niño o a los padres?
- ¿La toma de decisiones se basa únicamente en datos científicos?
- ¿Costo/beneficio del trasplante contra el costo/beneficio del tratamiento?
- ¿Se le puede negar a una persona la posibilidad de encontrar un donante ideal?
- ¿Socialmente se han creado falsas expectativas en torno al éxito de los trasplantes?
- ¿Si Edgar tiene complicaciones o incluso muere a causa del trasplante, es responsable la madre?

B) Problemas jurídicos. (Análisis jurídico).

- ¿Qué implica la patria potestad?
- ¿Qué dice la legislación al respecto de la patria potestad?
- ¿Cuál es la función del juez ante estas situaciones?
- ¿Es un problema que puede que ser resuelto extrajudicialmente?
- ¿Qué criterios utilizará el juez para decidir?

¿El resultado de la deliberación del comité de ética puede ser valorado por el juez para emitir su resolución?

¿Quién firma el consentimiento informado, el padre, la madre o ambos?

4.4 ELECCIÓN DEL PROBLEMA.

¿Se debe realizar el trasplante con el padre a favor y con la madre en contra?

Considero que existe un acuerdo generalizado de que las decisiones sobre el cuerpo y la vida del niño deben hacerse siempre buscando su mayor beneficio, coincida éste o no con el deseo o el criterio del propio sujeto. Naturalmente, siempre que esté en juego la vida, la salud o el bienestar del niño, el mayor beneficio consiste en la defensa de esos valores, aún a costar de contrariar su voluntad. Por tanto, los conflictos entre los principios de beneficencia y autonomía han de resolverse siempre, en los casos del menor, a favor de la primera aunque ello suponga una lesión de la segunda. Esto plantea un problema de enorme magnitud y consiste en saber qué debe entenderse por “mayor beneficio” y quién debe definirlo como tal. La tesis clásica es que lo bueno y lo malo son predicados objetivos, ya que expresan cualidades reales de las cosas y de los actos. La salud es buena en sí misma, y el matar es malo en sí mismo. Por tanto, determinar cuál es el mayor beneficio es algo que puede hacer cualquier persona en su sano juicio, ya que estando éste en todas y cada de las personas, todas coincidirán en la solución.

Naturalmente, siempre tendrá que haber una que se haga responsable directa de la decisión. Por pura lógica, esa responsabilidad se ha dejado en manos de los padres⁴ (Patria potestad, artículos 411 y ss. y tutela, artículos 449 del Código Civil Federal). En éstos artículos se dice, entre otras cosas, que la

⁴ Por ejemplo, el artículo 6 fracción 2 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, refiere que cuando la ley establezca que un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos,⁵ y establece la posibilidad de que los padres no interpreten bien el principio del mayor beneficio o, incluso, actúen de modo contrario a él en perjuicio del menor facultando al juez para suspender la patria potestad y promover la tutela del menor. La función del juez, en última instancia, no es definir lo que es el mayor beneficio para el niño, puesto que se supone que esto se haya objetivamente definido, sino velar que los padres respeten ese principio y lo apliquen en su toma de decisiones. Por tanto, se parte de que el beneficio es siempre objetivo y debe ser cumplido por todos en las decisiones de sustituciones sobre menores e incapaces. Éste es también el caso del médico, ya que en las situaciones de enfermedad la doctrina clásica ha considerado que quien se encuentra mejor capacitado para comprender de forma objetiva lo que es el mayor beneficio del menor es el médico; de ahí que nadie, ni los padres, hayan tenido la capacidad de interferir en el juicio del médico, cuando la vida, la salud o el bienestar del menor están en juego.

Ese modo de razonar es inobjetable siempre y cuando se considere posible definir de modo objetivo el mayor beneficio. Pero esto se ha hecho cada vez más problemático, y el pensamiento liberal moderno lo acepta difícilmente. No hay, en contra de lo que pudiera parecer, un concepto objetivo de salud y bienestar, porque en su definición intervienen siempre valores, y éstos no sólo no son homogéneos en las sociedades llamadas pluralistas, sino que además, ese pluralismo axiológico se halla protegido en nuestras sociedades liberales por un derecho humano: el derecho a la libertad de conciencia. Naturalmente los derechos humanos expresan o realizan valores, y se supone, que valores compartidos por todo el conjunto de seres racionales. Por tanto, parece que el pluralismo nunca puede ser absoluto y que tiene que haber un ámbito de algún modo exento de variabilidad. El problema es cómo se determina ese ámbito. La tesis que se ha ido imponiendo en los siglos modernos es que el mundo de los valores debe ser, en principio, de gestión privada, y que los valores públicos, que todos debemos respetar por igual, no

⁵ Artículo 63 L.G.S. La protección de la salud física y mental de los menores es una responsabilidad que comparten los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos, el estado y la sociedad en general.

pueden surgir más que del consenso racional entre todos los miembros de la sociedad. De ahí que el mundo moderno haya tenido que dividir el viejo constructo de la “beneficencia” o del “mayor beneficio” en dos principios distintos, que hoy se denominan, respectivamente, “beneficencia” y de “no-maleficencia”. La beneficencia queda, en principio, a la libre gestión de los individuos particulares, de acuerdo con sus peculiares sistemas de valores y proyectos de vida. Por el contrario, la no maleficencia pública, exigible a todos por igual, ha de establecerse por consenso racional y debe ser siempre gestionada por el Estado.

Esta distinción resuelve muchos problemas en el mundo de las personas adultas, pero en el caso de los niños e incapaces plantean otro aún más agudo. Los niños, al menos los muy pequeños (los menores de 12 años), no tienen un sistema de valores propio ni, por tanto, pueden definir su propia beneficencia. Pero por otra parte, el Estado (en su función judicial), no puede intervenir directamente en la determinación del sistema de valores del niño: inclinándose hacia unas determinadas opciones religiosas o políticas o hacia un tipo u otro de vida; por consiguiente no puede definir su idea de bien (beneficencia) sino sólo cuidar de su no-maleficencia, de que no se le haga mal. Es aquí donde se plantea el problema de cómo determinar el contenido de la beneficencia en el caso de los menores e incapaces, el problema de las llamadas: decisiones de sustitución.

Según el modelo clásico, las decisiones de sustitución se habían siempre proyectado en lo que la familia, el médico, el juez o toda la sociedad consideraban que era su beneficio. En la situación actual esto ya no es posible, dado que la sociedad no puede ni debe determinar el beneficio de una persona capaz o incapaz, sino debe protegerla del perjuicio. Pero ello no significa que no pueda y deba interesarse en definir lo que es el mayor beneficio de un niño.

Una pista nos la da el propio Código Civil Federal, cuando afirma que estas decisiones les corresponden, en principio, a los padres. Esto no sólo se debe al hecho de que los padres suelen querer a los hijos, etc., sino la razón es más profunda, ya que la familia es, desde su raíz, una institución de

beneficencia. Así como la función del Estado es la no-maleficencia, la de la familia es la de beneficencia. La familia es siempre un proyecto de valores, una comunión de ideales, una institución de beneficencia.⁶ Lo mismo que los padres tienen derecho de elegir la educación de sus hijos, o inclinarlos a una determinada fe religiosa, tienen el derecho y obligación a dotar de contenido a la beneficencia del niño, siempre y cuando, naturalmente, no traspasen el límite de la no maleficencia.

En consecuencia, ni el médico ni el Estado tienen capacidad para definir lo que es el mayor beneficio de un niño, esta capacidad les corresponde a los padres. El consentimiento informado surge precisamente por la reacción al paternalismo exacerbado del médico y del Estado, mediante aquél se involucra al sujeto en definir lo que considera bueno para su vida. En el caso de los menores de edad e incapaces a quienes corresponde otorgar el consentimiento informado es a los padres, pero siempre es recomendado escuchar con antelación lo que el niño opina, ya que no existe diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mayor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos.

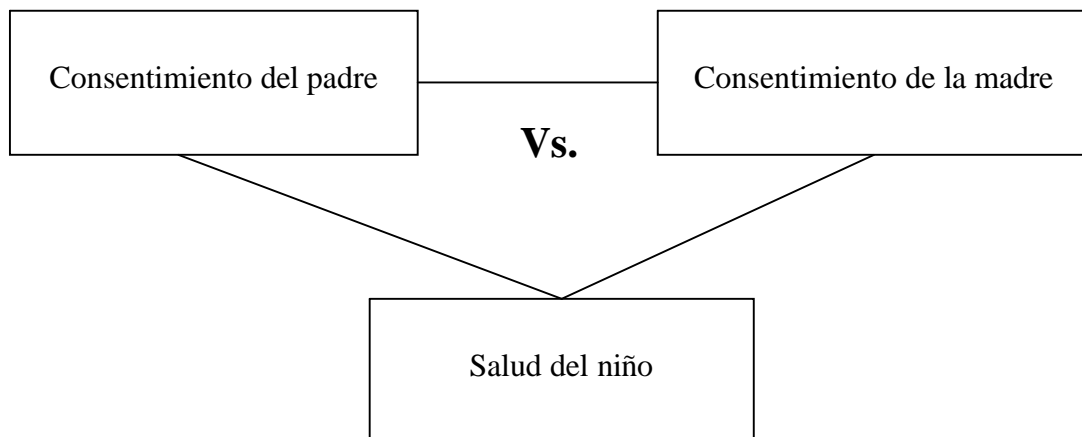
Este tipo de situaciones se vuelve más complejo cuando entre los padres no existe una misma idea acerca de lo que constituye el bien del hijo, sobre todo cuando se involucran valores vitales como la vida y la salud.

Ante este tipo de problemas es predecible que los médicos también participen en el conflicto, es decir, se sentirán obligados a tomar partido por alguno de los padres, lo que lastimaría gravemente la relación médico-paciente. Ésta relación que estaba formada inicialmente por el niño, los médicos tratantes y los padres; ahora, ante la falta de acuerdo familiar, se compone del niño, los médicos tratantes, el padre y la madre, dejando la puerta abierta para la posible entrada del juez, medios de comunicación, sociedad, etc. Resulta evidente la mayor complejidad de nuestro caso, pues si ya

⁶ Gracia, Diego. Et. al. *Toma de decisiones en el paciente menor de edad*, en *Medicina clínica*. Vol. 117. No. 5. España. 2001. Pág. 183-B.

teníamos un problema clínico (la enfermedad) y otro ético (¿qué acción produce mayor beneficio?), se suma otro ético-jurídico (¿quién decide y en base a qué?).

4.5 IDENTIFICACIÓN DE LOS VALORES EN CONFLICTO.



4.6 IDENTIFICACIÓN DE CURSOS EXTREMOS DE ACCIÓN.



La teoría del consentimiento informado tiene hoy día en nuestro país un sustento jurídico y deontológico muy sólido. Nuestro sistema jurídico entiende que la obligación de informar a los pacientes y solicitarles el consentimiento para realizar intervenciones sobre su cuerpo forma parte integrante de la *lex artis*. Aún con ello, suelen haber disonancias entre el derecho, la práctica médica y la ética que pueden ser motivo de desconcierto y preocupación tanto para médico como para juristas.

La puesta en práctica del nuevo modelo de la relación sanitaria a través del consentimiento informado exige atender dos elementos: a) los que

componen las obligaciones teóricas normativas y, b) las herramientas auxiliares de aplicación práctica.

Los elementos normativos comprenden:

1. Un proceso continuo, dialógico (hablado), comunicativo, deliberativo y prudencial, que requiere de un apoyo escrito, por lo que tiene que ser registrado de manera adecuada. En este sentido, los profesionales sanitarios involucrados con la atención del niño no deben centrar su atención en conseguir o no la firma de los padres en el formulario de consentimiento informado, su función no es la de convencer a uno de los padres para que acceda a los deseos del otro. Los valores vida, salud y bienestar que el médico ha de buscar en su paciente aquí no están en tela de juicio, precisamente para procurar que estos valores estén a salvo en el menor, deben iniciar este proceso que antes que facilite tomar una decisión, permita integrar la postura dividida de los padres.

2. Voluntariedad, esto es, un proceso libre, no coaccionado ni manipulado. La coacción se puede ejercer de muchas maneras y por parte de muchos intervinientes en la relación clínica. El médico no puede coaccionar a uno de los padres para realizar o no el trasplante, es decir, el médico que tiene los conocimientos científicos, técnicos, éticos y legales sabe de los riesgos y beneficios que puede significar el trasplante para el niño, además, ha revisado las medidas adicionales o alternativas al trasplante por lo que no puede presentar sesgada su opinión a los padres. En este caso en que los padres tiran en direcciones diferentes, la persuasión puede resultar un excelente aliado del médico o de todo el equipo sanitario, ya que la persuasión no es incompatible con la voluntariedad. De las personas involucradas: el padre, la madre, el menor y el médico responsable (y demás profesionales involucrados), el médico ha de ser el encargado de guiar la discusión, no sólo porque conoce el problema sino porque sabe qué es lo más conveniente, lo más beneficioso y lo menos riesgoso para la salud del menor. En consecuencia, el médico debe actuar con cautela y prudencia, no debe imponer acciones o tratamientos aunque la finalidad sea el bienestar del niño, tampoco

puede excusarse de atenderlo. Su objetivo primordial es la salud del niño, por lo que en ese sentido debe dirigir su actuación.

3. Información suficiente. En general, se acepta que hay que explicar al paciente la naturaleza y objetivos del procedimiento, sus beneficios, riesgos y efectos secundarios posibles, y las opciones que existen, con sus respectivos riesgos y beneficios, por ejemplo:

- Las consecuencias relevantes y seguras de la intervención a que va a ser sometido.

- Los riesgos típicos del procedimiento, es decir, los inherentes al procedimiento conforme al saber actual de la ciencia, tanto si son muy frecuentes y poco graves, como si son menos frecuentes, pero muy graves.

- Los riesgos personalizados, es decir, los riesgos añadidos que presenta el menor por sus propias peculiaridades o antecedentes personales.

- Las contraindicaciones.

En este caso, el menor de edad es considerado como incapaz de tomar la decisión de su intervención ya que no es capaz de comprender la información necesaria para tal decisión. Pero, ¿el padre y la madre son capaces de tomar la decisión? A lo que jurídicamente respondemos de inmediato que sí, ya que ambos ejercen la patria potestad sobre el menor; entonces, ¿si son jurídicamente capaces, lo serán también éticamente? Para que la conducta de una persona pueda ser o no reprochable éticamente es necesario, entre otras cosas, que tenga la consciencia suficiente de la naturaleza del acto y del fin al que se pretende llegar. Esto implica que debe contar con la información necesaria para saber en qué sentido actuar ante determinada situación. ¿Los padres han recibido toda la información que necesitan para decidir sobre el trasplante? ¿Han sido informados sobre las alternativas de tratamiento? ¿Han tenido tiempo para comprender la información? ¿Se han reunido con el equipo sanitario para exponer sus dudas

e inquietudes? Sobre estas interrogantes se debe enfocar en un primer momento la actuación del médico, seguramente los padres no han recibido la misma información, o cada uno la ha asimilado de acuerdo a sus propios miedos o deseos. La percepción de la realidad es muy diferente entre personas, por tanto, las decisiones de unos y otros no son iguales. El punto de equilibrio entre los padres distantes lo debe marcar la información que el médico o equipo sanitario les presenta. Dar información suficiente y de calidad no es mostrar el resultado de una serie de exámenes o análisis clínicos, tampoco es dar una serie de elementos técnicos que expliquen la intervención; significa interactuar con la otra persona, es aportar la materia prima a partir de la cual se llegará a una decisión. La decisión es el producto final del proceso que implica el consentimiento informado, no se puede llegar a ella si no existen el elemento material: la información, y el elemento formal: la voluntariedad.

4. La toma de la decisión. En el consentimiento informado como en todas las acciones médicas existe la deliberación. Sería tal vez más fácil que el médico responsable del menor se hubiera mantenido al margen del conflicto entre los padres y esperar a ver quién de ellos se impondría al otro. El método de la deliberación en bioética implica compromiso y entrega por parte de todos los involucrados en la relación clínica. Tanto el padre como la madre quieren lo mejor para el niño, no quieren que se someta a riesgos innecesarios, quieren que su salud y calidad de vida se vea acrecentada en cada intervención médica. El médico tiene la enorme responsabilidad de dirigir la deliberación, tiene que dar toda la información de manera que sea comprensible para ambos, debe actuar con honestidad para no imponer sus ideas personales, no coaccionar ni manipular, debe facilitar el tiempo prudente para analizar y valorar la información. Las aptitudes comunicativas del médico y la apertura deliberativa de todos, permitirán que el padre y la madre converjan en un mismo plan de acción, no implica ceder uno a costa del otro, sino unir esfuerzos para buscar la calidad y la prudencia en el camino elegido.

Las herramientas de aplicación práctica son:

1. Técnicas de entrevista clínica, soporte emocional y relación de ayuda. Permiten estructurar el encuentro médico-paciente de una forma metodológicamente adecuada y desvelar la dimensión humana del proceso de consentimiento informado. Mediante esta herramienta se concibe a la relación clínica como un proceso de comunicación humana donde no basta la emisión de datos o signos, sino que busca que el mensaje enviado sea recibido adecuadamente por el receptor. En el caso que nos ocupa, muy posiblemente nos encontramos ante una situación en que los padres tal vez han recibido los mismos datos, pero éstos no tienen el mismo significado en ellos debido a su condición de cansancio, de miedo, de angustia, etc.

2. Protocolos de evaluación de la capacidad. Su uso le permite saber al médico si el paciente, en este caso los padres, están en condiciones de tomar la decisión o no, por tanto, detectar si es conveniente dejar pasar algún tiempo, aplicar algún soporte de ayuda psicológica, etc.

3. Formularios escritos de consentimiento informado. Sirve para apoyar el proceso oral, registrarlo y probar legalmente que se dio la información y se obtuvo el consentimiento. De ser un requisito legal se ha convertido en un vicio de la práctica médica ya que el médico con poca formación ética y legal busca la firma antes de llevar a cabo todo el procedimiento. Entre mejor se lleve a cabo la deliberación en el proceso del consentimiento con los padres del niño y sea menor la preocupación del médico por la firma o no del documento, el médico se acercará a los grandes ideales de la medicina contemporánea: excelencia, veracidad y honestidad.

4.7 BÚSQUEDA DE CURSOS INTERMEDIOS.

- a) Reunir a los padres con todo el equipo de salud para constatar que tienen la información suficiente para tomar la decisión.
- b) Aplicar un protocolo para saber si los padres son capaces de tomar la decisión.

- c) Pedir ayuda psicológica para los padres.
- d) Por medio de trabajo social conocer un poco más del entorno familiar.
- e) Involucrar al menos en la toma de decisiones a fin de conocer sus inquietudes, sus perspectivas y su estado emocional.
- f) Procurar que el cuidado del niño sea equitativa entre ambos padres.
- g) Proponer dejar pasar un tiempo para ver cómo se desenvuelve el niño con el tratamiento actual, ya que hasta el momento ha sido satisfactorio.

4.8 ANÁLISIS DEL CURSO ÓPTIMO DE ACCIÓN.

La madurez de una persona, sea ésta mayor o menor de edad, debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, no por el contenido de los valores que asuma o maneje. El error clásico ha estado en considerar inmaduro o incapaz a todo el que tenía un sistema de valores distinto del nuestro, éste es el gran error del paternalismo médico. Las personas son respetables por su carácter de personas, no por los valores que defienden, al menos cuando éstos se hallen dentro de unos límites considerados razonables. En el caso del menor, la problemática suele ser más compleja, ya que otra persona (los padres) son los encargados de tomar las decisiones por él . El médico no puede considerar inmaduro o incapaz a todo aquel que piensa de modo distinto a él.

El planteamiento de este problema no parece que deba hacerse en términos dilemáticos, contraponiendo de modo categórico y absoluto una u otra decisión. Más bien hay que enfrentar la cuestión con una mentalidad distinta y más abierta, deseosa de dar el mejor consejo clínico que permita a los padres un común acuerdo, no sólo en beneficio de ellos, sino del menor que muchas veces suele quedar relegado en la deliberación. Frente a las actitudes

rígidamente impositivas por un lado y, despreocupadamente permisivas, por el otro, deben situarse las actitudes responsables, basadas en la deliberación participativa, la escucha atenta, el respeto de las opiniones de todos y la búsqueda de actitudes razonables y prudentes. Esto debe proponerse a todos los niveles: familiar, escolar, sanitario, legal, etc.

El problema de los profesionales se ve acentuado por su falta de formación en estas cuestiones, lo que les impide sentirse bien; en este sentido, la bioética deliberativa tiene la misión de orientar a los médicos y aconsejar al paciente y a sus familiares para que las decisiones se tomen con cierta seguridad y confianza, y hacer del acto médico una verdadera relación de ayuda. Todo lo que se haga por remediar las situaciones impositivas o permisivas redundará de modo positivo en la calidad de la asistencia sanitaria.

4.9 DECISIÓN FINAL.

Como se ha insistido en este trabajo, que la función del Comité de Ética es de asesoría y la consultoría, no de imposición, de sanción o de ejecución. La pluralidad en su conformación permite que la decisión no tenga sesgos jurídicos, religiosos, médicos, económicos, etc. sin que signifique dejarlos fuera de la discusión. El curso óptimo (no el único, pero sí el mejor) que recomienda el Comité ha sido el siguiente: Que el menor continúe con el tratamiento que ha estado recibiendo, pero que exista una evaluación médica cada año o cada que sea solicitada por el menor o por sus padres. Además, se aconseja que ellos acudan a una terapia psicológica con el objetivo de que sepan manejar sus emociones y que sepan involucrar paulatinamente a su hijo en su enfermedad y modo en que ha de manifestar sus inquietudes al equipo médico. El trasplante de médula ósea no queda descartado para el niño, sólo se esperan las condiciones clínicas más adecuadas para que el médico haga la propuesta a los padres.

4. 10 COMPROBACIÓN DE LA CONSISTENCIA DE LA DECISIÓN.

Con la intención de que las decisiones adoptadas por el comité sean verdaderamente operativas en la práctica, no se aparta del rigor que significa someter el resultado de este procedimiento a una comprobación. En este caso se ha demostrado que el derecho, en principio, no es el sistema normativo que pueda ofrecer una solución integral en la relación clínica. Si el problema hubiera salido del entorno clínico para entrar al jurídico seguramente el resultado no sería el mismo. Insisto, no porque el derecho sea incompleto o ineficaz, o que existan relaciones extralegales, sino que hay situaciones de tipo moral que pueden ser resueltas más exitosamente cuando se aplica el método de la deliberación, es decir, el aporte de la bioética en este sentido es facilitar un método que permita que las diferencias en la percepción de valores y los conflictos derivados de ella sean resueltos por la misma bioética sin necesidad de convertir en jurídicos problemas esencialmente morales.

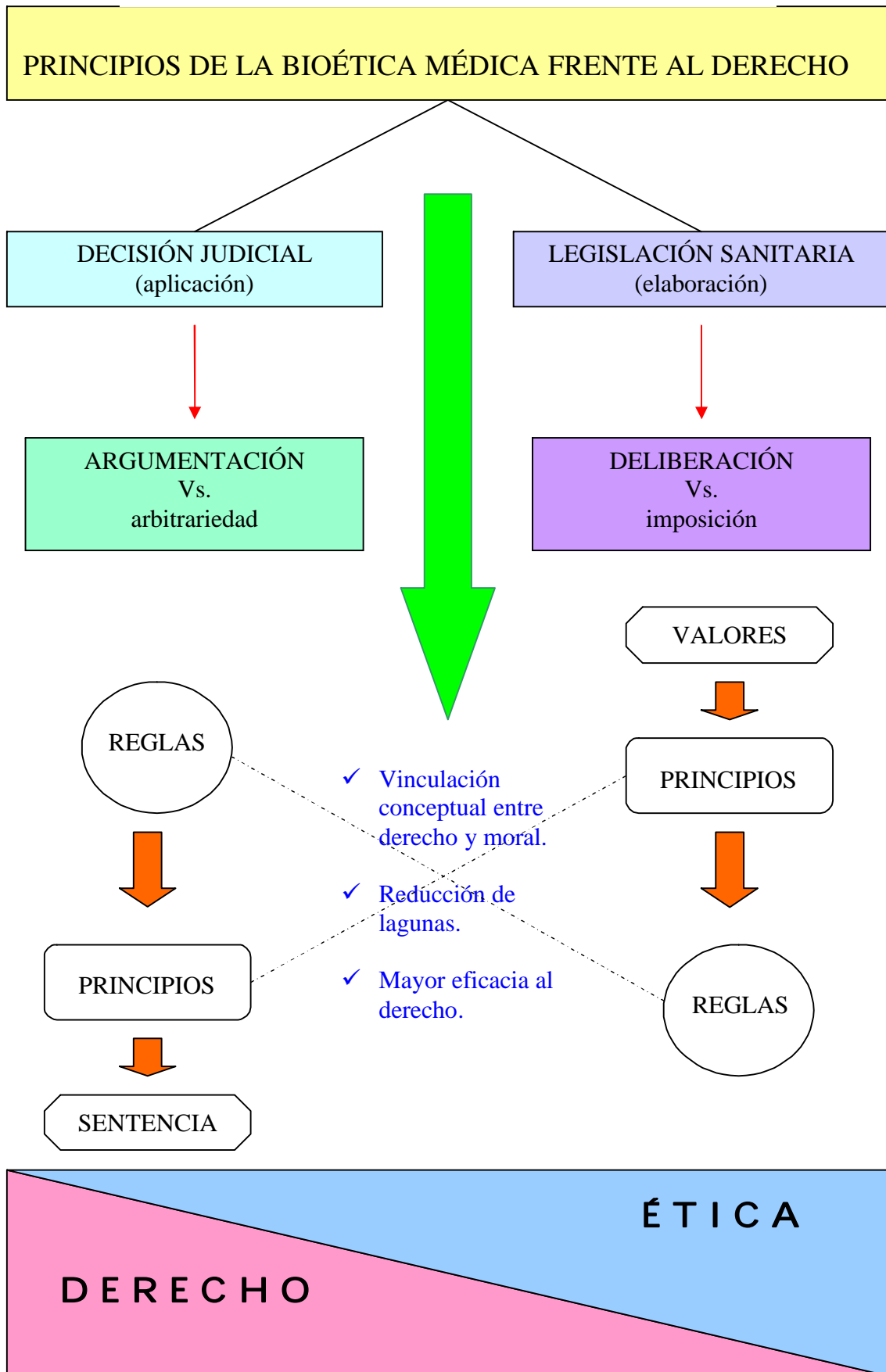
Este método no se aparta por completo del sistema jurídico, ya que el pronunciamiento final del comité se confronta con la legislación aplicable para que el curso óptimo de acción no sea contrario a la ley y, por tanto, pueda ser viable. Esta primera comprobación da seguridad al equipo de salud y a los integrantes del comité en dos sentidos: a) De que el curso de acción recomendado no tiene barreras leales que impidan su puesta en práctica, y b) de que la decisión no promueve una práctica ilícita.

La decisión final también pasa por los filtros de la temporalidad y el de la publicidad. Como ha quedado de manifiesto, existen diversas circunstancias en la vida de las personas que provocan que sus decisiones no sean de todo sensatas o que no siempre están dispuestas a compartir el razonamiento o argumentos que los llevaron a esa decisión. Dos preguntas se tienen que hacer en relación a la postura del comité: ¿Se tomaría la misma decisión si se contara con más tiempo para llevar a cabo el análisis o si esperara algunos días para poder decidir? Y ¿se estaría dispuesto a dar a conocer públicamente la decisión y los razonamientos o argumentos que llevaron a ella?

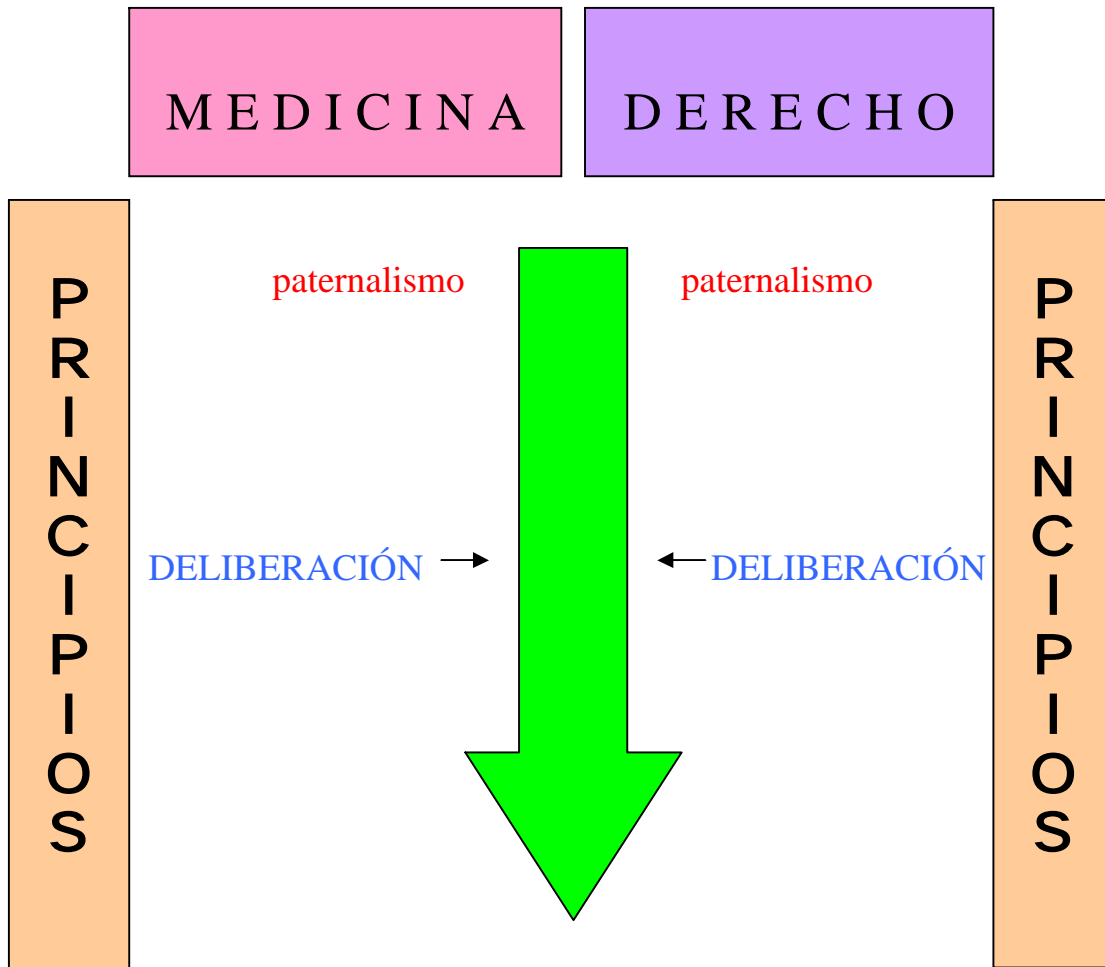
La respuesta que se dé a estas interrogantes manifiesta la consistencia total de la decisión. Los pronunciamientos del comité cada vez son más

aceptados por el equipo sanitario y por los pacientes, en este sentido la bioética ha tenido éxito, pero la compromete en otro enorme reto: que las decisiones y sus procesos sean verdaderas deliberaciones en las que exista un ambiente de respeto, de escucha y de ayuda. Con la ayuda de la bioética el médico podrá comprender que su función va más allá de reestablecer el correcto funcionamiento de un órgano o a combatir eficazmente a la enfermedad. Con el método de la deliberación en bioética el médico, el paciente y la sociedad podrán tener elementos que les permitan solucionar sus posibles conflictos de valores sin necesidad de involucrar al derecho más allá de lo que ha manifestado en la ley. Éste método también contribuye en la transformación del derecho ya que permite incluir en la ley y en sus principios nuevos elementos científicos, además de las múltiples inquietudes que se presentan en el terreno médico.

Cuadro No. 2



Cuadro No. 3



RECONOCER AL INDIVIDUO
MORALMENTE CAPAZ DE TOMAR SUS
PROPIAS DECISIONES EN TORNO A
SU VIDA, SU SALUD Y SU CUERPO.

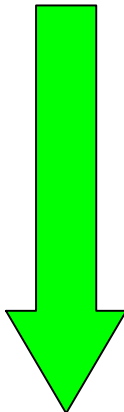
No arbitraria sino informada,
no impuesta sino aceptada.

Cuadro No. 4

FACTORES

- Científicos
- Circunstancias
- Creencias
- Valores
- Intereses
- Beneficios
- Consecuencias
- Principios morales
- Normas jurídicas
- Biomédicos
- (...)

- Cientificismo
- Relativismo
- Secularismo
- Deontologismo
- Racionalidad subjetiva
- Utilitarismo
- Consecuencialismo
- Principialista
- Legalista/positivista
- ¿?



ÉTICA

Comités de ética hospitalarios o de investigación

DERECHO

Comisiones y grupos parlamentarios

Bioética deliberativa

REALIDAD MORAL

REALIDAD BIOMÉTRICA, CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA



CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- Van Rensselaer Potter fue quien acuñó el neologismo “bioética”, sin embargo, existieron tres factores o momentos históricos que propiciaron su nacimiento y su exponencial desarrollo: la medicina hipocrática, el paternalismo médico y los inimaginables avances científicos del siglo XX.

SEGUNDA.- La bioética no es una metodología, no resuelve problemas como por arte de magia, tampoco es ética o deontología médica; por el contrario, es una disciplina, que en primer lugar, que reconoce la complejidad de los problemas actuales donde se mezclan progreso científico y pluralidad moral, para después proponer (y no mandar o decretar al modo de la ética clásica) diversas alternativas de solución, para lo cual se exigen dos requisitos: a) un sólido trabajo de fundamentación que sirva como cimiento de la disciplina y, b) dirigirse a cuestiones concretas.

TERCERA.- Uno de los objetivos primordiales que tiene la bioética médica del siglo XXI es crear canales de comunicación entre la ciencia médica y la sociedad en dos direcciones: a) llegar a acuerdos mínimos a fin de asegurar la vida pacífica y la consecuente observancia de las leyes en materia sanitaria y, b) crear consciencia para que las decisiones de cada individuo sean decisiones prudentes y de calidad, comprometiéndolo para que se responsabilice con las consecuencias.

CUARTA.- El análisis bioético tiene dos momentos: el deontológico y el teleológico. La bioética no es absolutista, es decir, mediante el consenso y la deliberación no se puede llegar a premisas (deberes) aplicables de igual forma a todos los casos. Tampoco es relativista, o sea, considerarse incapaz de establecer algunos acuerdos básicos para la convivencia social, tomando decisiones a la ligera o con mera referencia a las consecuencias. El método del análisis bioético es la deliberación, las decisiones a consciencia, no se circunscribe exclusivamente a los deberes, ni las leyes, ni las consecuencias,

etc. trata de armonizar todos los elementos para responder a todas las dimensiones del ser humano.

QUINTA.- Los principios de la bioética son deberes que obligan *prima facie*, esto quiere decir dos cosas: a) En todo momento y en toda circunstancia obliga su cumplimiento (deja de lado el relativismo moral); sin embargo, pueden ser aplicados en menor o mayor medida de acuerdo a las exigencias del caso concreto (se deja fuera el absolutismo moral), y b) no existe una jerarquización *a priori* que dé preferencia a unos sobre otros (los cuatro tienen igual fuerza normativa), lo que no quita que exista una regla procedimental para facilitar su ponderación en caso de conflicto.

SEXTA.- El derecho y la ética son los dos grandes sistemas normativos presentes en toda sociedad. El derecho sólo puede mandar, prohibir o permitir aquello en lo que existe un amplio consenso, y los casos de excepción a la prescripción de sus normas deben expresarse por ellas mismas. El derecho no puede dotar de contenido a las normas éticas, pero éstas si pueden dar contenido a las normas jurídicas. Aquello en lo que no existe consenso social y que, por tanto no puede ser tratado solamente por el derecho, es materia de la bioética, ya que su análisis involucra una amplia gama de factores o elementos de la vida humana, además de los deberes éticos y jurídicos y las consecuencias de la decisión. Sólo aquí las excepciones pueden provenir de las circunstancias del caso concreto.

SÉPTIMA.- El derecho por sí sólo no es capaz de resolver eficazmente a la mayoría de los cuestionamientos morales de los médicos; en esta materia en particular, el derecho se complementa con la ética, y ésta con el derecho. El derecho sólo establece los mínimos morales en los que existe consenso social, la ética, o mejor dicho, la bioética integra en la valoración las circunstancias del caso concreto; las creencias, valores e intereses de las personas involucradas y las consecuencias previsibles de una u otra decisión. Por tal motivo, las decisiones que se tomen o las respuestas que se den en relación a los conflictos morales que involucran al médico, a su paciente y, en muchos casos

a terceros, no sólo deben ser lícitas jurídicamente, sino también prudentes y moralmente buenas.

OCTAVA.- El paternalismo jurídico experimentado hasta gran parte del siglo XX se ha visto menguado por una sociedad que poco a poco se interesa más en los acontecimientos y en las circunstancias en las que vive. Cada día se exige más y mejor información. La democracia ha permitido la intervención de las personas no sólo en cuestiones políticas, sino también en otros campos que parecían olvidados de la reflexión filosófica y de la consciencia social, tal es el caso de las ciencias médicas. Las expectativas que éstas tienen del derecho en la plena juventud en la que se encuentra la bioética se manifiestan en dos sentidos: a) contribuir en el diálogo interdisciplinario enfocado a resolver los problemas aparejados del avance científico, y b) abstenerse de imponer un sistema de valores que no ha sido producto de la deliberación moral y del consenso social. Por su parte, la bioética exige que el papel la sociedad sea menos representativo y más participativo.

NOVENA.- El reto inmediato de la bioética es académico, es decir, preparar al equipo sanitario y a los profesionales implicados, en la fundamentación y en la metodología de la bioética a fin de ejercitar en ellos habilidades que les permitan solucionar eficazmente dichos problemas. Entre mayor número de casos se resuelvan por medio de la integración del derecho con la bioética, menor será el número de casos expuestos al juzgador.

DÉCIMA.- El derecho es autopoiético o autorrefencial, es decir, es el mismo derecho el que dice qué es derecho, de tal suerte que una de sus características que no se puede negar, por ser necesaria, es la positividad. Los principios de la bioética son producto de la deliberación y éstos tienen su más claro impacto en el derecho al momento en que el operador jurídico (el juez) se enfrenta a los denominados casos difíciles. Pero cuando la bioética deliberativa actúa sin intermediarios en el derecho es en el proceso legislativo, es ahí donde la valoración o ponderación de todos los factores mencionados es más libre e importante porque sentará las bases jurídicas de actuación tanto en el sistema del juez como en el sistema del súbito. La deliberación en el proceso

legislativo tenderá a unir armónicamente la realidad científica (hechos biológicos y científicos) y la realidad moral (valores éticos) en un tiempo y espacio determinado. Políticamente está demostrado que no basta la participación entusiasta o el voto mayoritario en uno u otro sentido, sino que los acontecimientos de este siglo exigen un esfuerzo de igual envergadura. En el juez más que deliberación existe argumentación ya que no puede tomar en consideración todos los factores como exige la deliberación, solo se circunscribe a reglas y principios, producto precisamente de esa deliberación. Al legislador le corresponde deliberar, mientras que al juez argumentar.

DÉCIMA PRIMERA.- El uso de los principios de la bioética por parte del derecho no sólo se identifica con la necesaria relación entre ética y derecho, sino que constituyen el contacto o vínculo por excelencia entre la abstracción legal y la realidad histórica y social. Los principios no son inmutables, obedecen a una dinámica y a un consenso social. El juez al articular las leyes con los principios, sobretodo en los casos difíciles, garantiza la observancia de sus resoluciones (ajusta lo debido moralmente, con lo exigido jurídicamente), resuelve el conflicto tanto jurídica como fácticamente. Los principios garantizan la actualización constante del derecho, ya sea en lo se refiere su libertad de autodeterminación y en la definición de lo benéfico para el propio sujeto, mediante la argumentación; o en lo que se refiere a la no maleficencia y justicia, mediante la deliberación.

DÉCIMA SEGUNDA.- Puede resultar realmente novedoso e innovador el término bioderecho que cada vez tiene más presencia en las publicaciones jurídicas que abordan temas relacionados con la bioética. Ésta no es la ética de la vida, o de la ciencia, o de la medicina, tampoco es el resurgimiento de la ética clásica con un tinte posmoderno; más bien es una impetuosa disciplina que tiene la cualidad, entre otras, de llamar a otras disciplinas para que de forma autónoma, pero interdisciplinariamente, se enfoque a resolver un problema que les atañe a todas y que de abordarlo separadamente, como lo habían hecho, no reportaría un avance significativo. De tal suerte que cuando unen esfuerzos la bioética y el derecho, éste no tiene por qué adoptar un nuevo traje diccional que peligrosamente pueda recordar las estériles disputas

teóricas entre derecho y moral, entre positivismo y no positivismo, entre bioética y bioderecho. Más aún, el derecho debe apostar al diálogo interdisciplinario, a promover acuerdos y participación, a sensibilizarse ante la realidad científico-social; éstos son los verdaderos retos en materia biomédica, científica y tecnológica.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

- ◆ **ABIZANDA CAMPOS, R. y GÓMEZ RUBÍ, J.A.** *Bioética y medicina intensiva*. Edika Med. Barcelona. 1998.
- ◆ **ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.** *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1987.
- ◆ **ALEXY, Robert.** *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Gedisa. Barcelona. 1994.
- ◆ _____ *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa. No. 5. España. 1998.
- ◆ _____ *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. CEC. Madrid. 1989.
- ◆ _____ *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. CEC. Madrid. 1993. Pág. 161.
- ◆ **ANDORNO, Roberto.** *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos. Madrid. 1998.
- ◆ **ARISTÓTELES.** *Ética nicomaquea*. Porrúa. México. 1992.
- ◆ **ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan.** *Las piezas del derecho*. 2ª Ed. Ariel. España. 2004.
- ◆ _____ *Sobre principios y reglas*. Doxa. No. 10. España. 1991.
- ◆ **ATIENZA, Manuel.** *Discutamos sobre paternalismo*. Doxa. Núm. 5. España. 1988.
- ◆ _____ *Juridificar la bioética*. Doxa. No. 8. España. 1998.
- ◆ **BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F.** *Principios de ética médica*. Masson. Barcelona. 2001.
- ◆ **BERGEL, Salvador Darío y MINYERSKY, Nelly (Coords.).** *Bioética y derecho*. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2003.
- ◆ *Bioética, religión y derecho*. Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid, julio 2005. Fundación universitaria española. Madrid. 2005.
- ◆ **BLAZQUEZ, Niceto.** *Bioética fundamental*. BAC. España. 1996.
- ◆ **BRINGAS LÓPEZ, María Isabel e IBEAS CUASANTE, Emilio José.** *Una nueva disciplina: la bioética*. Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos. España. 2004.
- ◆ **BUNGE, Mario.** *Ética y ciencia*. 3ª ed. Siglo XX. Buenos Aires. 1983.
- ◆ **CANO VALLE, Fernando (Comp.).** *Bioética y derecho*. UNAM. México. 1992.
- ◆ **CARLOS SANTIAGO, Nino.** *Ética y derechos humanos*. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1989.
- ◆ **CASADO, María (Coord.).** *Estudios de bioética y derecho*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000.
- ◆ _____ *Hacia una concepción flexible de la bioética*, en *Estudios de bioética y derecho*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000.
- ◆ _____ *Las leyes de la bioética*. Gedisa. España. 2004.
- ◆ **CICCONE, Lino.** *Bioética: Historia, principios y cuestiones*. Palabra. Madrid. 2005.
- ◆ **CORTINA, Adela.** *Ética mínima, introducción a la filosofía práctica*. Tecnos. Madrid. 1986.

- ◆ _____ *La ética de la sociedad civil*. Anaya. Madrid. 1995.
- ◆ **D'AGOSTINO, Francesco**. *Bioética, estudios de filosofía del derecho*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2003.
- ◆ **DE GENNES, Gerard**. *El desarrollo científico de la actualidad*. Imagen. Barcelona. 1998.
- ◆ **DWORKIN, Ronald**. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Ariel. Barcelona. 1984.
- ◆ _____ *Ética privada e igualitarismo político*. Paidós. España. 1993.
- ◆ **ELSTER, Jon (Comp.)**. *La democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona. 2001.
- ◆ **ESQUIVEL ESTRADA, Noe Hector**. *Hacia una ética consensual*. Torres. México. 2003.
- ◆ **FISHKIN, James**. *Democracia y deliberación*. Ariel. España. 1995.
- ◆ **FIX ZAMUDIO, Hector**. *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. CNDH. México. 1997.
- ◆ **FLETCHER, J.C.** *Bioethics in a legal forum: confessions of an expert witness*. The Journal of Medicine and Philosophy. Agosto. No. 22. 1997.
- ◆ **FORONDA, Manuel de**. *Ensayo sobre ética profesional*. Bermejo. Madrid. 1954.
- ◆ **FRANKENA, William K.** *Ethics*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall. New York. 1963.
- ◆ **GAFO, Javier**. *10 Palabras clave en bioética*. 4ª ed. EVD. Navarra. 1998.
- ◆ **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso**. *Principios y positivismo jurídico*. CEC. Madrid. 1993.
- ◆ **GRACIA, Diego; JÚDEZ, Javier; et. al.** *Guías de ética en la práctica médica: Intimidad, confidencialidad y secreto*. Fundación de Ciencias de la Salud. Madrid, España. 2005.
- ◆ **GRACIA, Diego**. *Fundamentos de bioética*. EUDEMA. Madrid. 1989.
- ◆ _____ *Primum non nocere: El principio de no maleficencia como fundamento de la ética médica*. Real Academia Nacional de Medicina. Madrid. 1990.
- ◆ _____ *Procedimientos de decisión en ética clínica*. EUDEMA. Madrid. 1991.
- ◆ _____ *Cuestión de principios*. Univesidad Carlos III de Madrid y Dykinson. Madrid. 1997.
- ◆ _____ *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. El búho. Colombia. Ética y vida. 1998.
- ◆ _____ *Profesión médica: investigación y justicia sanitaria*. El búho. Colombia. Ética y vida. 1998.
- ◆ _____ *Bioética clínica*. El búho. Colombia. Ética y vida. 1998.
- ◆ _____ *Ética en los confines de la vida*. El búho. Colombia. Ética y vida. 1998.
- ◆ _____ *Toma de decisiones en el paciente menor de edad*. Medicina Clínica. Vol. 117. No. 5. España. 2001.
- ◆ _____ *Ética en la práctica clínica*. Triacastela. Madrid. 2004.
- ◆ _____ *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*. Triacastela. Madrid. 2004.
- ◆ **GUTHRIE, Douglas**. *Historia de la medicina*. Salvat. Madrid. 1953.

- ◆ **HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald C. (Comp.).** *Democracia deliberativa y derechos humanos.* Gedisa. Barcelona. 2004.
- ◆ **HUERTA OCHOA, Carla.** *Conflictos normativos.* UNAM. México. 2003.
- ◆ **JONSEN R., Albert y TOULMIN, Stephen.** *The abuse of casuistry. A history of moral reasoning.* University of California. Los Ángeles, Estados Unidos. 1988.
- ◆ **JONSEN, Albert R.** *The birth of bioethics.* The Hastings Center Report. No. 23. EEUU. 1996.
- ◆ **KELSEN, Hans.** *Teoría general de las normas.* Trillas. México. 1994.
- ◆ **KOTTOW, Miguel H.** *Introducción a la bioética.* Universidad de Santiago de Chile. 1995.
- ◆ **KTUKDJIAN, Geroges B.** *La biología en el espejo de la ética.* El correo de la UNESCO 9. 1994.
- ◆ **LAIN ENTRALGO, Pedro.** *La medicina hipocrática.* Alianza. Madrid. 1970.
- ◆ **LAZZATTI, Pablo. (Coord.).** *Ética y derecho.* Fundación Ricardo Baldín. Argentina. 1998.
- ◆ **LÓPEZ DE LA VIEJA, María Teresa (ed.).** *Bioética, entre la medicina y la ética.* Universidad de Salamanca. España. 2005.
- ◆ **MAC CARTHY, Thomas.** *La teoría crítica de Jürgen Habermas.* Tecnos. Madrid. 1987.
- ◆ **MARI, Enrique E.** *Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo.* Doxa. No. 10. España. 1991.
- ◆ **MEJICA, Juan (Coord.).** *Bioética práctica: legislación y jurisprudencia.* Codex. Madrid, España. 2000.
- ◆ **MORIN, Edgar.** *Para el pensamiento completo.* Bertrand. Brasil. 1996.
- ◆ **NAVARRO, Pablo E.** *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho.* Doxa. No. 14. España. 1993.
- ◆ **NICOLESCU, Basarab.** *Un nuevo tipo de conocimiento: la interdisciplinariedad.* Brasil. UNESCO. 2000.
- ◆ **NINO, Carlos Santiago.** *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho.* Ariel. Barcelona. 1994.
- ◆ _____ *La constitución de la democracia deliberativa.* Gedisa. Barcelona. 2004.
- ◆ **PLATÓN.** *Las leyes.* Trad. Pabón, José Manuel y Fernández Galindo, Manuel. Instituto de estudios políticos. Madrid. 1960.
- ◆ **POTTER, Van Rensselaer.** *Bioethics: Bridge to the future.* Prentice-Hall. Englewood Cliffs. 1971.
- ◆ **REICH, Warren Thomas.** *The World "Bioethics": It's birth and the legacies of those who shaped it's meaning.* Kennedy Institute of Ethics Journal. December 1994. Vol. 4. No. 4.
- ◆ **ROSS, William David.** *Lo bueno y lo correcto.* Trad. Leonardo Rodríguez. Sígueme. Salamanca. 1994.
- ◆ **SABARIA ALBAREZUDE, J. y DE LOS REYES LÓPEZ, M.** *Jornada de debate sobre comités asistenciales de ética.* Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. Madrid. 2000.
- ◆ **SEGATORE, LUIGI Y POLI, GIANANGELO.** *Diccionario Médico.* Teide. Barcelona. 1994.

- ◆ **SERRANO RUÍZ-CALDERON, José Miguel.** *Retos jurídicos de la bioética.* Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2005.
- ◆ **SGRECCIA, Elio.** *Manual de Bioética.* Tomo II. Diana. México. 1996.
- ◆ **TRISTAM ENGELHARDT, H. Jr.** *The foundations of bioethics.* Oxford. EEUU. 1986.
- ◆ **VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.).** *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales.* ITAM-FCE. México. 1999.
- ◆ **VELASCO, Juan María de.** *La bioética y el principio de solidaridad.* Universidad de Deusto. Bilbao. 2003.
- ◆ **WEBER, Max.** *El político y el científico.* Altaya. Barcelona. 1995.
- ◆ **ZUBIRI, Xavier.** *Inteligencia sentiente: inteligencia y realidad.* 6ª ed. Alianza. Madrid. 2006.
- ◆ _____ *Sobre el hombre.* Alianza. Madrid. 1986.

- ◆ Código Civil Federal.
- ◆ Código de Nuremberg de 1946.
- ◆ Código Internacional de Ética Médica, aprobado por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en octubre de 1949.
- ◆ Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Consejo General del Consejo de Europa, en abril de 1997.
- ◆ Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, aprobada por su Asamblea General en 1948.
- ◆ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en octubre de 2005.
- ◆ Informe Belmont, de abril de 1979.
- ◆ Ley General de Salud.

- ◆ [htt://bc.unam.mx](http://bc.unam.mx)
- ◆ [htt://www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)
- ◆ [htt://www.elpais.es](http://www.elpais.es)
- ◆ [htt://www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- ◆ [htt://www.ucm.es](http://www.ucm.es)
- ◆ <http://www.georgetown.edu>
- ◆ <http://www.healthsystem.virginia.edu>.
- ◆ <http://www.ncbi.nlm.nih.gov>
- ◆ <http://www.nlm.nih.gov>
- ◆ <http://www.unav.es>