

# El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria

**Eugenio Moure González**  
Abogado



## Sumario

### **I-. Las relaciones entre la moral y el derecho.**

I.i.-¿Ética o moral?

I.ii.-Un “cabo de las tormentas” para la Filosofía Jurídica.

### **II-.La influencia de la bioética.**

II.i.- ¿Qué es la bioética?

II.ii.- Los principios deontológicos como reglas morales de comportamiento.

II.iii.- Límites morales de la ciencia médica.

II.iii.a.- La razón de ser de ciertos límites a la investigación, la experimentación y la asistencia sanitarias.

II.iii.b.-El principio de responsabilidad.

### **III-.La configuración jurídica de la responsabilidad ética.**

III.i.-La juridicidad de los principios deontológicos.

III.ii.-El concepto de “lex artis”.

### **IV-. Conclusiones.**

### **Notas.**



## I.-Las relaciones entre la moral y el derecho.

### I.i.-¿Ética o moral?

Ambos términos son a menudo utilizados como sinónimos, acuñados respectivamente sobre la base de una etimología griega y latina (“*éthos*” en el primer caso, “*mores*” en el segundo) que tienen la misma traducción: “costumbres”. Con todo, la existencia de estos dos términos ha ofrecido la posibilidad (en cierto modo convencional) de distinguir su significado técnico, definiendo la moral como el conjunto de normas y principios que regulan el obrar humano, y la ética como la reflexión crítica acerca de la moral, de modo que ésta se convierte en objeto de estudio de la primera.

Más específicamente Ricoeur reserva el término de ética “para la aspiración de una vida cumplida bajo el signo de las acciones estimadas buenas, y el de la moral para el campo de lo obligatorio, marcado por las normas”<sup>1</sup>, distinción que se fundamenta en la respectiva herencia aristotélica (en la que la ética se caracteriza por su perspectiva teleológica) y kantiana (en donde la moral se define por un carácter deontológico). Realmente la diferencia más que terminológica es conceptual, del concepto de principios morales, lo que enlaza con las distintas doctrinas éticas y morales, variedad que es amplísima desde la antigüedad clásica – Grecia y Roma- hasta nuestros días.

Quizás el momento más crítico de esa evolución doctrinal es en pleno siglo XX, cuando entra en conflicto el Derecho (entendido como la legalidad vigente) y la Moral o, más específicamente, como aclara Gómez Pérez “entre el Derecho basado en una filosofía del derecho relativista, historicista y positivista y la Moral basada en, como mínimo, el antiguo <ius gentium> y probablemente el no menos antiguo <ius naturale>”<sup>2</sup>, enfrentamiento que se hace patente con ocasión de los procesos de Nuremberg. En cualquier caso, entre ambas reali-

dades siempre ha existido una tensión dialéctica en cierto modo históricamente condicionada, “lo cual no quiere decir que una determinada configuración histórica anule lo moral, sino que lo moral se vive, según épocas o culturas, con mayor o menor incidencia”<sup>3</sup>.

### I.ii.- Un “cabo de las tormentas” para la Filosofía Jurídica.

En las postrimerías del siglo XIX el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes puso de manifiesto que “el Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio a otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos”<sup>4</sup>.

Esa línea representa una encrucijada que ha sido definida como el “cabo de las tormentas” de la Filosofía Jurídica, generando un debate doctrinal sobre si estamos ante una frontera abierta que tolera una influencia recíproca entre la Ética y el Derecho, o si por el contrario separa dos realidades de forma indisoluble. La simple proximidad genera una influencia mutua que puede tener su efecto únicamente en cierta ambivalencia conceptual –a la que se refería el juez Holmes-, o por el contrario afectar al contenido esencial de ambas disciplinas. De ahí que la preocupación por la existencia de normas jurídicas “inmorales” o por una moral dominante que dirija al Derecho hacia caminos interesados se torna en un desafío para el filósofo del Derecho, lo que ha dado lugar a disquisiciones enfrentadas a lo largo del último siglo.

El arranque de este breve trayecto por las relaciones entre ética y derecho en el pensamiento contemporáneo comienza con Kelsen para quien “la validez de las normas jurídicas no depende de su correspondencia con el orden moral”<sup>5</sup>. Este



aserto resume en pocas palabras su “teoría pura del Derecho”, con la que pretende sostener que su validez –entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante- está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento. Esa vinculación debemos asumirla o presuponerla al amparo de la propia existencia de una “Norma Hipotética Fundamental”, que expresa un deber ser. Kelsen hace una construcción del derecho de modo axiomático, recurriendo para justificar esa primacía de la norma al componente de fuerza o coacción que lleva implícito.

De los postulados de Kelsen surge la escuela del “realismo jurídico contemporáneo”, que si bien sigue abogando por el principio de utilidad como criterio moral por excelencia, se pone cierta distancia al carácter imperativo de su formulación, pues constriñe el derecho al conjunto de mandatos del soberano, al margen de cualquier conexión necesaria con la Moral, relativizada en todo caso porque la simple utilidad de la norma ya la justificaba moralmente. Esta cuestión en tanto supone la identifi-

cación del Derecho con su origen estatal no resulta ajena a la proyección histórica de la eclosión de los totalitarismos en la primera mitad del siglo XX, los cuales vienen a producir normas revestidas de una evidente inmoralidad, lo que es germen de una reacción en el pensamiento filosófico jurídico contra el positivismo reinante. Radbruch se postula al respecto afirmando que el derecho nacionalsocialista carece totalmente de naturaleza jurídica, no es derecho en absoluto, de modo que para él el positivismo no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Se pretende con ello separar el valor de la ley del valor moral que debe llevar implícito, lo que conlleva el riesgo de confundir el enfoque científico que permite definir qué es la ley, con lo que realmente debe ser.

Surge por ello la necesidad de separar conceptualmente el derecho que es y el derecho que debe ser. Hart afirmaba que si no distinguimos el Derecho de la Moral corremos el riesgo de que la ley positiva suplante a la moralidad, de ahí que



pueda haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de derecho no podía depender en absoluto de tal eventualidad. Intenta por ello mantener la separación sobre la base de encontrar para lo jurídico una señal de identidad predominantemente empírica. Distingue así el Derecho de la Moral por el aspecto estructural del primero, caracterizado por la unión de varios tipos de normas, mientras que la segunda se basa en un conjunto de normas y principios carentes de esa estructura de coordinación típica del derecho. Reduce pues Hart las conexiones entre ambas disciplinas a interinfluencias que puede ser históricas y empíricas, pero que no son ni lógicas ni conceptualmente necesarias.

Dworkin entra en contradicción con Hart al afirmar que el Derecho no sólo es un conjunto más o menos coherente de normas, sino que también incorpora un componente fundamental que son los principios. Según este autor “el principio se define como un estándar que ha de ser observado por una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>6</sup>, de ahí que estemos ante principios morales en un sentido amplio aunque subyacentes y vinculados a un sistema jurídico determinado. Ahora bien, como aclara Laporta, “cuando Dworkin habla de principios es preciso recordar que no parece estar hablando de lo que en la jurisprudencia continental se llaman tradicionalmente <principios generales del derecho> [pues] tienen un origen que descansa [...] (citando al autor) <en un sentido de conveniencia desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo> [...] Viven en la comunidad y en la profesión, están ahí. Y además tienen otra peculiaridad (de nuevo citando al autor): <son proposiciones que describen derechos>”<sup>7</sup>. Estamos, pues, ante principios que pertenecen a la moralidad de una determinada comunidad.

Con esos antecedentes el debate en nuestro derecho, tal y como señala Desdentado Bonete,



está centrado en si el artículo 1.4 del Código Civil al proclamar como fuente del Derecho a los principios generales “se limita a los principios del ordenamiento jurídico (tesis positivista de la <autointegración>) o si se extiende a los principios clásicos del Derecho natural, a los que se denominan valores jurídico-éticos de la comunidad, lo que supone una relativa <heterointegración>, una salida limitada del Derecho hacia la Moral”<sup>8</sup>. Díaz Picazo se inclina, siguiendo la opinión mayoritaria, por la aceptación en este marco de integración de las convicciones morales básicas al incluir dentro del mencionado artículo 1.4 también “los criterios o juicios de valor que [...] profesan en un determinado momento histórico una determinada sociedad”<sup>9</sup>. Ello nos conduce como referencia inexorable a la Constitución, aun cuando sea arriesgado sostener, como advierte Garrido Falla, que “como el Derecho Natural ha entrado en bloque en nuestro ordenamiento a través de los <valores superiores> proclamados en la



Constitución, las lagunas del ordenamiento tengan que ser suplidas por el Derecho Natural<sup>10</sup>. Realmente esos valores se tornan en exigencia moral elevada a norma jurídica con su formulación como derechos fundamentales.

Tales derechos, que con vocación universal aparecen plasmados en 1948 con la Declaración de Derechos Humanos, dice Bobbio que es la mayor prueba histórica del “consensus omnium gentium” acerca de un determinado sistema de valores. Como apunta Rodríguez Paniagua “el acierto de Bobbio consiste en haberse fijado en los valores que se pueden presuponer en la base de estos derechos, porque, de acuerdo con los más destacados teóricos de la axiología, Scheler y Hartmann, los valores permiten una fundamentación de la actuación práctica al margen de las concepciones religiosas y metafísicas<sup>11</sup>. Estamos ante lo que Peces Barba denomina un “prius”, los valores, que supone

el núcleo de la moralidad. De ahí que la importancia de la moral social para el Derecho resida en que la legitimación de éste dependerá de su coincidencia, en orientación y contenidos, con aquélla. Se revela en este punto fundamental el papel de los máximos intérpretes de las normas fundamentales (en el caso español y respecto de nuestra Carta Magna el Tribunal Constitucional), siempre abierto, como señala Andrés Ollero, a una <dinámica de decantación social de lo jurídico> para “lograr que las convencidas propuestas personales de moral social se conviertan de hecho en moral positiva<sup>12</sup>.”

En esa dinámica es importante resaltar el papel que se le otorga al concepto de dignidad en tanto “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 de la Constitución de 1978), pues aunque no se trata de un derecho fundamental nominalmente considerado, es más que eso, dado que estamos, como apunta Romeo Casabona, ante “el principio informador y la raíz de los derechos básicos del hombre reconocidos como fundamentales por la Constitución española, sobre lo que se proyecta, y constituye su filtro interpretativo, integrador y valorativo de aquéllos para los poderes públicos<sup>13</sup>”. En esa línea se ha pronunciado la sentencia del citado Tribunal de fecha 11 de Abril de 1985 cuando establece que “la Constitución [...] ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Quizás sea en la dignidad, así considerada, donde la relación entre la Moral y el Derecho se hace más patente y al mismo tiempo más dificultosa su delimitación, precisamente por la tradicional distinción filosófica entre una dignidad moral y otra dignidad ontológica, la primera referida al obrar, o como explica Martínez Morán cuando afirma que “el hombre se hace él mismo



digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que es considerado moralmente bueno”<sup>14</sup>, y la segunda entendida como la dignidad intrínseca del propio hombre por el mero hecho de serlo, siendo la misma para todos los seres humanos. En la dimensión ontológica del concepto de dignidad reside su valor jurídico fundamental al venir expresado en tales términos en el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mientras que en la dimensión moral hallamos su valor de referencia para el ordenamiento jurídico en cuanto reflejo de la convicción social de lo bueno en cada momento histórico.

## **II.-La influencia de la bioética en la deontología y el derecho.**

### **II.i.-¿Qué es la bioética?**

En el año 1970 el oncólogo americano Van Rensselaer Potter daba nombre de Bioética a un nuevo saber, con el que se pretende tender puentes entre la cultura de la ciencia y de las humanidades, entre los hechos biológicos y los valores éticos. Como recuerda Adela Cortina, desde la perspectiva de Potter “esta forma de saber se presenta como la reflexión y acción ética sobre la vida biológica en sus diversas manifestaciones (humana, animal y vegetal) y cobra una configuración diferente a la de las éticas tradicionales, a fin de cuenta antropocéntricas, una configuración que sitúa a la vida –no sólo al ser humano- en el centro de la reflexión y de la acción”<sup>15</sup>. Posteriormente surgen dos tendencias en el seno de la bioética, la original de Potter y la de Hellegers, que crea en Georgetown (EE.UU.) un centro de estudio de ética médica, imprimiendo a la nueva disciplina un sesgo sanitario, resultando de este modo dos dimensiones del mismo saber: la macrobioética, que se ocupa del conjunto de la vida amenazada, que podíamos considerar como una ética ecológica, y la microética, centrada en los fenómenos de que tratan la ciencias de la salud y la biotecnología.

Esta segunda dimensión de la bioética trabaja a su vez en dos escenarios distintos: la atención socio-sanitaria, dando lugar a una ética asistencial, y los laboratorios de investigación genética, lo que permite hablar ya de una “Gen-Ética”. Las respuestas en la que hoy en día se ufana la reflexión bioética acerca del primer campo de trabajo aparecen en el Informe Belmont<sup>16</sup>, cuyas conclusiones se pueden resumir en cuatro principios de actuación en el campo biomédico: el principio de no-maleficencia, el de beneficencia, el de autonomía y el de justicia. La principal novedad reside en la formulación de principio de autonomía, denominada en el propio informe como <el respeto por las personas>, y que como señala Jafo “incorpora, al menos, dos convicciones éticas: primero, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos; y segunda, que las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección”<sup>17</sup>. Aclara este autor al referirse a este principio que “no se trata del concepto kantiano, el hombre como autolegisador, sino en su sentido más empírico: lo que se haga con el paciente deberá pasar siempre por el trámite del consentimiento informado”<sup>18</sup>. Así formulado e interpretado este principio ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico primero a través de su reconocimiento como derecho en determinadas Cartas de Derechos de los Pacientes, y posteriormente, ya con rango legal, en la Ley General de Sanidad (1986), pero fundamentalmente se halla anclado en el concepto de dignidad, entendida en su dimensión ontológica.

### **II.ii.-Los principios deontológicos como reglas morales de comportamiento.**

Etimológicamente el término deontología equivale a “tratado o ciencia del deber”, al estar constituido por dos palabras griegas, “deontos”, genitivo de “deon” que significa deber, y “logos”, discurso o tratado. Históricamente fue la medicina la primera profesión en manifestar la necesidad de unas nor-

mas morales propias, surgiendo así el Juramento Hipocrático, que constituye el primer código deontológico de la historia. Se inspira ese documento en una relación médico-paciente desigual, pues el enfermo (in firmus = sin firmeza) es una persona que al sufrir por su enfermedad confía en el médico su curación y consuelo. Dada esa situación los médicos hipocráticos imprimieron en su intervención una autoexigencia de calidad que se plasmó, fundamentalmente, en los siguientes principios: perseguir el beneficio de los enfermos, respetar la vida, abstenerse del abuso o cualquier mala acción hacia ellos y preservar el secreto y respeto a su intimidad.

Con ese antecedente la profesión médica dispone en la actualidad de su propio Código Deontológico, si bien adaptando los viejos principios hipocráticos a la nueva y variante realidad social. Su importancia, según Herranz Rodríguez, radica en una doble dimensión, interna y externa, pues se trata de “un requisito intrínseco, esencial, creado por los propios miembros de la profesión [que] se legitima socialmente por su carácter de respuesta que la profesión da a la comunidad”<sup>19</sup>. El Código viene a suplir el vacío de la Ley en lo que atañe a la existencia de ciertos principios éticos de actuación aplicados al caso concreto de una determinada profesión, y en su exigencia a través de un régimen coercitivo establecido en los estatutos de cada Corporación colegial, legitimados en tal sentido por la propia Constitución. Así pues, esas normas deontológicas codificadas representan el conjunto de respuestas de índole moral que la profesión médica da sus miembros y a la sociedad en su conjunto, configurando su particular “ethos”, entendido en el sentido aristotélico de “carácter” o modo de ser del médico en el amplio ejercicio de sus actuaciones, lo que permite referirnos al concepto de dignidad, esta vez en su dimensión moral.

### **II.iii-.Límites morales de la ciencia médica.**

#### **II.iii.a.-La razón de ser de ciertos límites a la investigación, la experimentación y la asistencia sanitarias.**

En 1986 un hasta entonces desconocido sociólogo alemán, Beck, publicaba un libro de sugestivo título: “La sociedad del riesgo”<sup>20</sup>. Su tesis básica era que el nuevo elemento definidor de las sociedades tecnológicamente avanzadas es su constante sometimiento a peligros y amenazas, y precisamente el desarrollo científico y sus aplicaciones –también en el campo médico y farmacéutico-, es el que produce esos efectos perniciosos. El debate subsiguiente ha tenido desde importantes adhesiones –como la de Giddens que denomina a ese proceso “incertidumbre fabricada”-, hasta foribundos detractores que aluden a una epidemiología del alarmismo o incluso a una heurística del terror –acuñada como “tecnoapocalipsis”<sup>21</sup>-, en la línea de la hipótesis de Webber de la “jaula de hierro”, al concebir que un exceso de racionalismo y modernización sólo conduciría a un infierno inhumano. Tanto se trate de un miedo racionalmente concebido o deducido sin más del imaginario colectivo –siguiendo a Hobbes según el cual la naturaleza humana en todo tiempo se asocia al miedo-, la reacción a posibles peligros alimenta el subconsciente general hasta el extremo de que, como señala D’Agostino, “la persona percibe el crecimiento bajo sus propios ojos de un nuevo, terrible y, por lo tanto, temible poder sanitario, un poder indisolublemente benéfico y maléfico”<sup>22</sup>.

La cuestión que se plantea a los efectos de delimitar el origen de ese riesgo que parece caracterizar, especialmente, a la sociedad de nuestro tiempo es si la ciencia y la tecnología son malas “per se” o intrínsecamente buenas. En principio existe consenso en sostener la llamada “neutralidad valorativa”, según la cual el carácter positivo o negativo, desde un punto de vista moral, dependerá de cómo se usen los conocimientos, las técnicas y los instrumentos que ofrecen. Según Olivé “la concep-



ción de la neutralidad valorativa de la ciencia se basa principalmente en la distinción entre hechos y valores (lo que) supone que las teorías científicas tengan el fin de describir y explicar hechos y que no sea su papel el hacer juicios de valor sobre esos hechos”<sup>23</sup>. Partiendo de esa concepción puede ser moralmente admisible que determinados sistemas técnicos puedan causar daños a las personas, especialmente al tratarse de innovaciones tecnológicas, pues no es posible predecir todas sus consecuencias para las personas (de ahí el concepto jurídico de <los riesgos del desarrollo>)<sup>24</sup>. Se acude en estos casos, como salvaguarda moral, al principio de precaución, formulado bajo la idea de “no esperar al elemento de prueba absoluta de una relación de causa a efecto cuando elementos suficientemente serios incitan a pensar que una sustancia o una actividad cualquiera podrían tener consecuencias dañinas irreversibles para la salud o para el medio ambiente y, por lo tanto, no son sostenibles”<sup>25</sup>.

Ni que decir tiene que esa dialéctica entre la búsqueda del conocimiento y la garantía de una seguridad, incluso para el propio investigador, impone, como apunta Rescher, “tanto la solidez cognitiva –la búsqueda inteligente– como la finalidad normativa –los fines apropiados–, de modo que esos dos componentes son, por igual, esenciales para una racionalidad plenamente desarrollada”<sup>26</sup>, lo que implica “invocar también los valores adecuados de modo universal”<sup>27</sup>. De ahí que este autor concluya que “los valores desempeñan un papel central en la ciencia y que ese cometido [...] es inherente a la estructura de fines que es definitiva en la ciencia como búsqueda racional, [de forma] que no hay cabida para el intento de separar la ciencia respecto de cuestiones de evaluación y de ética”<sup>28</sup>. Se concluye, por tanto, que efectivamente debe haber límites éticos a la investigación, a fin de eludir que se pongan en situación de riesgo otros bienes vitales. Bien es cierto que de ahí surge la idea de “conocimiento prohibido” tan presente en nuestras

raíces históricas (pensemos en el mito griego de la “caja de Pandora” o en el pasaje bíblico que relata la expulsión de paraíso por comer del fruto del árbol prohibido) y que, a su vez, tanta curiosidad suscita.

### II.iii.b.-El principio de responsabilidad.

Ya hemos comentado que han sido muchas las teorías de la ética que han logrado una cierta vigencia. Ahora bien, si algo las caracteriza en el siglo pasado y lo que llevamos del actual es en ser “éticas de la responsabilidad”. De ahí la vigencia actual de la alusión de Wiecker hace más de 50 años a la responsabilidad como configuradora del “ethos” del siglo XX. Ello es debido a que la evolución de la ciencia y la tecnología les otorga un poder y una presencia en la sociedad del momento que ha convertido en un tópico el tema de la responsabilidad del científico. A diferencia del actual el científico clásico no tenía conciencia de su responsabilidad moral, pues “se veía a sí mismo como sacerdote de la naturaleza [...] de la verdad, el develador de lo oculto. Y como la verdad no puede ser nunca mala, resulta que su actividad era, por definición, buena”<sup>29</sup>. Esta concepción cambia fundamentalmente a partir de la segunda guerra mundial por el exterminio practicado en los campos de Dachau y Auschwitz y los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki.

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





raza humana. Esta cuestión exige [...] una nueva concepción de los deberes y los derechos, para lo cual, las éticas y metafísicas precedentes no ofrecen ni siquiera los principios y, mucho menos, una doctrina acabada<sup>30</sup>. La tesis de este autor es que el enorme despliegue actual de la ciencia moderna exige el incremento de la responsabilidad moral, de ahí que el saber de la ciencia y el poder de la técnica deban ir acompañados del deber moral, para culminar que “sin valores vinculantes, tal vez quepa lamentar el recelo a la responsabilidad, pero no condenarlo<sup>31</sup>”.

Ese escenario social conduce a Jones invocar un imperativo ético nuevo, que fundamenta ontológicamente y que puede ser formulado tanto negativamente (“obra de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica”), como de forma positiva (“incluye en tu elección actual, como

objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”). El principio de responsabilidad así formulado implica para la ciencia y el arte médicos una superación de su “ethos” tradicional, que constriñe el papel del médico a mero ayudante de la naturaleza (“*medicus curat, natura sanat*”), situación a la que abocan los nuevos medios tecnológicos capaces de modificar el propio curso natural de la vida humana. Distingue de esa forma Jones entre responsabilidad y deontología, entendiendo que con la primera se supera la segunda –realmente lo que hace es enriquecerla aportándole un valor nuevo-, y que obliga a actuar siempre con un género de cautela aun a costa de cierto quietismo.

Partiendo de ese principio Mitcham alude a que el concepto de rol social, entendido como un conjunto de normas que guían la conducta de una persona que desempeña alguna función social (supuesto paradigmático del ejercicio tradicional de la



profesión de médico), implica aceptar ciertos modelos de comportamiento, “pero cuando estos roles constituyen profesiones estrechamente vinculadas a los poderes de la moderna tecnología adoptan un carácter nuevo, por no decir transformado”<sup>32</sup>. De ahí que Ladd al analizar la situación actual de los médicos argumente que la enorme expansión de las tecnologías biomédicas ha incrementado la dependencia de los servicios técnicos y ha socavado su autonomía profesional, lo que trae consigo que los problemas en esa esfera de actuación ya no se vinculen a una ética de roles, sino a una ética del poder, cuyo lado ético es la responsabilidad, noción que expresada en sentido virtuoso, sostiene este autor, requiere que una persona “reconozca sus habilidades para elegir e influir en la situación en la cual se encuentra [y] que esté preparado para tomar en cuenta en su totalidad las consecuencias de su acción o inacción”<sup>33</sup>. De ahí que necesariamente en la responsabilidad moral del médico estén implícitas las cautelas inherentes a la aplicación de principio de precaución -tal y como fue definido de forma antecedente-, lo que impone unas medidas de protección directamente proporcionales a la peligrosidad del entorno tecnológico, tanto en lo que atañe a la limitación del punto de vista del médico por estar su experiencia limitada por la novedad de los medios utilizados, como respecto de los riesgos del desarrollo inherentes a toda innovación terapéutica (y cuya más ilustrativo ejemplo lo tenemos en la actualidad con determinadas terapias génicas).

### **III.-La configuración jurídica de la responsabilidad ética.**

#### **III.i.-La juridicidad de los principios deontológicos.**

Cierta indeterminación conceptual está conduciendo a un uso ambivalente de preceptos que no son sinónimos: bioética –a la que ya nos hemos referido-, deontología médica y bio-derecho o dere-

cho médico. Hemos visto cómo la bioética centra su objeto en el estudio de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, analizando las conductas que se producen en este ámbito a la luz de los principios y valores humanos. Por deontología médica se entiende la ética aplicada al ejercicio de esta profesión, lo que se traduce en nuestro entorno cultural (de la Europa mediterránea) y siguiendo a la tradición pandectista, en un conjunto de normas que los médicos se otorgan con el objetivo de orientar su ejercicio profesional de acuerdo con unos principios y valores comunes, alcanzando con ello un cierto estatuto de certeza. El denominado bio-derecho o derecho médico se define como “aquellas partes del ordenamiento jurídico que se ocupan del ejercicio de la medicina, esto es, de la profesión médica y, por asimilación, de otras profesiones sanitarias o no sanitarias vinculadas directamente con la salud”<sup>34</sup>, incluso cierta expansión del concepto en la actualidad supone incluir también “las implicaciones jurídicas de la aplicación de las llamadas Ciencias Biomédicas sobre el ser humano”<sup>35</sup>.

De acuerdo con lo expuesto de forma precedente, y aun cuando el objeto de las tres disciplinas incurra en un cierto solapamiento conceptual, cada una de ellas analiza su objeto con métodos y fines propios. Si la bioética pretende encontrar una serie de respuestas a los problemas que generan los nuevos avances de la medicina, que le permita establecer pautas morales en este concreto ámbito de las relaciones humanas, pero sin aspirar con ello a que exista un coercimiento externo que obligue socialmente a su observancia, la deontología médica sí que persigue ese fin mediante unas reglas éticas a las que lleva asociada la compulsión propia de un sistema de sanciones para el caso de incumplimiento, mientras que el derecho médico con el mismo objetivo de acatamiento general que tiene toda norma jurídica lo que persigue es el ordenamiento de la actividad médica en sus más variadas relaciones (con el paciente, con el siste-

ma sanitario y con el resto de profesionales de la salud).

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

Pero la deontología –y también la bioética-, no sólo influye en la interpretación de la norma, en cuanto ésta debe ser puesta en relación con el contexto social de relaciones humanas a las que va referida, sino que ha de inspirar al legislador a la hora de acometer la correspondiente producción normativa, especialmente en aquellas materias sensibles por afectar a derechos fundamentales: la vida, la libertad, la igualdad y la integridad física y moral, principalmente. Esa necesidad se hace más acuciante en el contexto de la medicina y de las investigaciones biomédicas, pues su propia dinámica -fruto de un frenesí tecnológico que se traduce en un escenario cambiante-, da lugar a vacíos normativos, que se han de procurar integrar desde unos principios generales de indudable raigambre

ética. Estamos, pues, ante una juridicidad de la norma ética que podríamos denominar de tipo formal, en la idea ya expresada de la necesidad de un arraigo del Derecho en la Moral. Realmente ya nuestro ordenamiento jurídico llega a interiorizar la norma deontológica desde el momento en los estatutos de los colegios profesionales –que a su vez se remiten a sus respectivos códigos-, son aprobados mediante Real Decreto, de ahí su incorporación plena al mundo del Derecho.

Ahora bien, existe igualmente una juridicidad de tipo material cuando la propia norma legal se remite directa y expresamente a la Moral en determinadas relaciones interpersonales, como es el ejercicio de la medicina, hasta el punto de asumirse la integración de las pautas consensuadas de comportamiento ético –que los profesionales se dan a sí mismos pero con miras a la sociedad en su conjunto-, con un expreso reconocimiento a la hora de configurar el núcleo de los deberes que jurídicamente les son exigibles. Así comprobamos primero, y con carácter general, que el artículo 1.258 del Código Civil obliga a las partes de una relación contractual “no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. En un segundo plano, ya de una forma particular referido al contexto de la medicina, esa asimilación se produce en el artículo 4 del Convenio de Oviedo<sup>36</sup>, precepto que proclama que “toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la experimentación, deberá efectuarse dentro del respeto a la normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”. Por último, esa juridicidad a la que aludimos está también presente en la propia norma reguladora del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, y así el artículo 19, b) de la Ley 55/2003<sup>37</sup> les obliga a “ejercer la profesión [...] con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables”.



Tampoco la Jurisprudencia ha sido ajena a ese proceso de asunción de la norma deontológica como criterio ético de actuación para integrar el contenido del deber de cuidado exigible al profesional de la medicina. Aunque son muchas las referencias, nos quedamos con una sentencia de la que fue ponente Ruiz Vadillo siendo presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la cual establece que dicho deber “puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común, sabida experiencia general tácitamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social<sup>38</sup>”.

### III.ii.-El concepto de “lex artis”.

Esta expresión que hemos de traducir literalmente como “ley del arte” y conceptualmente con-

cebimos como el conjunto de reglas de actuación de un profesional, expresa el módulo de diligencia exigible en cada caso de acuerdo con el estado de la ciencia. La “lex artis” ha de englobar –según las tradicionales concepciones al uso- todas las normas y principios teóricos de actuación que garantizan el buen desenvolvimiento práctico de cualquier profesión. Si bien el concepto se aplica a todas las profesiones, suele reservarse para aquellas que precisan de una técnica operativa y cuyos resultados son de naturaleza empírica, como es el caso de la ciencia médica.

El concepto de “lex artis” es reinterpretado con referencia al contexto sanitario por Martínez-Calcerada al añadirle la expresión “ad hoc”, de lo cual resulta una definición que ha sido asumida jurisprudencialmente; se trataría así del “criterio valorativo

de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida<sup>39</sup>. Lo que con esta definición se ha pretendido es situar la pauta de actuación en un concreto contexto, influenciado tanto por factores internos al paciente (gravedad de su estado) y al médico (cualificación del mismo) como externos a ambos (medios y recursos sanitarios para afrontar la actividad asistencial).

Ese contexto, variable según las diversas circunstancias concurrentes en cada caso introduce un elemento de riesgo que necesariamente hay que modular para la imputación que se haga del resultado final. Esa influencia de factores que se escapan a comunes estándares de calidad asistencial obligan a considerar el acto médico como algo irreductible a un común y abstracto protocolo de actuación, pues son variados los factores que pueden condicionar las opciones del galeno. Por muy desarrollados y casuísticos que sean los árboles de decisión que se plasman en los concretos estudios de cada patología, siempre habrá situaciones irreductibles que escapan a la compleja y rica realidad de supuestos; digamos que la literatura científica se nutre siempre “a posteriori” de los casos que son objeto de su estudio. De ahí que se haya recurrido como verdad apodíctica que en medicina a “cada acto, una ley”, en la idea de precisar para el correcto ajuste de corrección la ponderación de muchos y variados factores ya aludidos, incluso “se podría afirmar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá que enjuiciarlo<sup>40</sup>”.

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

Pero sin duda alguna donde el protocolo está cumpliendo una indudable función de certeza de la actividad médica es en la determinación de los riesgos derivados de los tratamientos médicos, fundamentales en la confección de los documentos de consentimiento informado. El paciente a través de tales documentos puede tomar constancia de las consecuencias derivadas de toda intervención en el ámbito de su salud, siendo obligación del médico darle esa información de un modo que resulte comprensible, lo que en modo alguno supone abandonar al paciente a una interpretación libre de un documento redactado con tecnicismos indescifrables para el lego en medicina, sino en adaptar la información a un nivel de comprensión determinado por la edad, la formación y también la extracción social. Con esas premisas finalmente se traslada al paciente la decisión de optar por la vía curativa que desea o simplemente renunciar a ella, porque será



él quien, en definitiva, apreciará o sufrirá, respectivamente, las venturas y desventuras asociadas a cada acto médico, de ahí que esta obligación de información y consentimiento se convierta en un elemento integrador más de la “lex artis” tal y como lo viene exigiendo la doctrina judicial<sup>41</sup>.

El principio de autonomía que asiste al paciente otorga a la información terapéutica un rol de suma importancia en esta materia. Se ha destacado por numerosos tratadistas (entre ellos Bercovitz y Gómez Segade) el valor de la información incluso como requisito para el ejercicio de los más elementales derechos fundamentales, principiando por el derecho a la integridad física y moral. De ese modo, el conocimiento de aquellos datos que influyen en la toma de decisiones de trascendencia vital para la persona es garantía de una correcta protección del consentimiento. Lo contrario, esto es, sesgar la información que fundamenta decisiones que son vitales para la persona atentaría contra su dignidad, considerada como valor informador de nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo respeto es garantía de salvaguarda –como ya hemos visto– de derechos fundamentales que asisten a todo ser humano. Frente a una dimensión ontológica de la dignidad, que en palabras del Papa Leon XIII implica que “están llamados todos a la misma eminente dignidad de los hijos de Dios”<sup>42</sup>, existe una dimensión moral, que no se refiere al ser sino al obrar, esto es, a la actuación de acuerdo con unos parámetros que la ética considera los correctos, de forma que toda actuación fuera de los mismos es moralmente reprobable por atentar a la dignidad así entendida, y jurídicamente perseguible por coartar los derechos fundamentales de los cuales es sustrato.

La confluencia de los dos planos –el de la moral y el de lo jurídico– no se produce en el terreno de la culpa ni en el de las consecuencias que se predica para el ilícito; sí concurre, en cambio, en la valoración de la antijuricidad del acto médico, pues

para conocer los niveles de diligencia exigibles al facultativo en su quehacer profesional es preciso poner en relación su actuación con ese entramado de derechos del paciente, que precisamente surgen fruto de la relación interdisciplinar ético-jurídica a la que antes aludíamos. Sin ir más lejos la moderna figura normativa del consentimiento informado<sup>43</sup> es precisamente una contribución de la bioética a la sociedad a través del Derecho. Yendo más lejos, la juridicidad de la regla ética primaria de no causar daño a nadie (“naeminem laedere”) estuvo presente en la construcción del instituto de la responsabilidad aquiliana del Derecho romano, de la cual es heredero el artículo 1.902 del Código Civil, donde se residencia la responsabilidad extracontractual, incólume hasta nuestros días.

Precisamente ese es el criterio de imputación, haber causado un daño antijurídico al paciente, entendiendo como tal aquél que le reporta un perjuicio tanto físico como moral a consecuencia de la inobservancia de la diligencia debida, la cual vendrá concebida por el trato al paciente con máximo respeto por sus específicos derechos o, lo que es lo mismo, por la atención de los deberes deontológicos puestos en relación con el estado de la ciencia y de la organización sanitaria. En realidad derechos de uno y deberes del otro son las dos caras de la misma moneda o, si se prefiere, el componente activo y pasivo de una relación que necesariamente resulta complementaria, una vez olvidada aquella afirmación de que “no hay enfermos sino enfermedades”<sup>44</sup>. El paciente ya no es el objeto de la intervención médica sino el sujeto de una relación de igual a igual, sin que la enfermedad sea óbice al respecto.

Esa relación se enriquece por la necesaria complicidad para alcanzar el mismo fin, que no es otro que el de vencer a la enfermedad, pero no sólo con las armas que la ciencia pone al alcance del facultativo, sino también bajo las pautas de conducta que la deontología impone al facultativo<sup>45</sup>. En



la medida en que la ignorancia de la regla técnica cause, por acción u omisión, un perjuicio al paciente podrá existir responsabilidad para con él, que en su caso obligará a indemnizar el daño causado, pues esa es la consecuencia jurídica que lleva aparejado nuestro ordenamiento jurídico civil. Sin embargo en aquellos supuestos en que el daño se causa a consecuencia de una conducta que denote ignorancia de la regla ética la obligación indemnizatoria se relativiza, pues si bien la responsabilidad deontológica será evidente, ésta por sí misma no lleva aparejada obligación alguna de resarcir económicamente al paciente, pues a diferencia del procedimiento penal español donde se permite el ejercicio conjunto de la acción civil (resarcitoria) y de la acción penal (punitiva), en el sistema coercitivo de los colegios profesionales prevalece en exclusiva su carácter sancionador. Sólo la ignorancia

de la regla ética obligará a indemnizar al paciente cuando convierta en antijurídica su conducta.

El incumplimiento de la regla ética podrá fundamentar, en su caso, el reproche jurídico y la reacción del ordenamiento procesal cuando sea la causa de un daño que no existía el deber jurídico de soportar, pues la antijuricidad no surge exclusivamente por contradicción a la norma escrita sino por significar un atentado contra los propios valores en los cuales se cimienta nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo las buenas costumbres<sup>46</sup>, entendiéndose por tales también aquellas que incumben en particular al profesional de la medicina. Si el paciente ve limitadas sus expectativas curativas por el incumplimiento del médico de su deber de informar con pormenor de las opciones terapéuticas, evidentemente se produce un daño, si bien no di-



recto, si indirecto en la línea de lo que se ha venido en denominar la pérdida de la oportunidad<sup>47</sup>. Ese deber de informar no se limita a los riesgos de la propia enfermedad puestos en relación con los remedios al alcance del facultativo, sino también a los riesgos inherentes a una organización sanitaria.

Entramos de ese modo en el terreno de la culpabilidad, definida como la atribución de culpa a alguien a través de un juicio de imputabilidad de su conducta<sup>48</sup>. Puede haber culpa y en cambio no existir culpabilidad al concurrir una causa de justificación que disculpe el comportamiento del facultativo<sup>49</sup>. La obediencia debida ha venido siendo considerada como causa de justificación, si bien con el carácter de eximente de la responsabilidad penal. En cambio, la responsabilidad civil, por tener un carácter resarcitorio en lugar de punitivo, se apoya en una concepción social de la culpa<sup>50</sup> que acentúa la obligación de reparar el daño causado, de modo que el reproche jurídico a través de la pena se sustituye por la obligación de damnificar al perjudicado. Con esa noción de culpa –relativizada en un contexto de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva– se amplían las posibilidades para la culpabilidad pues basta con que se produzca un daño antijurídico para que surja la obligación de resarcir al perjudicado. Ausente la información el daño causado se traduciría en la imposibilidad de tomar una decisión que afecta al ámbito de su salud. El reproche jurídico se traduce en la obligación de indemnizar la pérdida de oportunidades terapéuticas por la ignorancia de determinado dato relevante que omite una opción vital.

Vemos, pues, como la influencia de la bioética ha enriquecido el concepto de diligencia exigible, porque introduce un nuevo factor que habrá que someter a consideración para valorar la corrección del resultado. Tal es así que si el paciente se niega a un tratamiento médico la actuación del profesional pasa necesariamente por respetar esa decisión, ofreciendo las posibles alternativas terapéuticas y

advirtiendo de los riesgos inherentes en todos los casos posibles. Las consecuencias derivadas de la decisión que se tome se trasladan así del médico al paciente. Pero esta situación no sólo hace recaer en el paciente la responsabilidad de decidir, sino que correlativamente eleva el nivel de diligencia del médico porque se le obliga a un proceso previo de información al paciente, planteándole todas las alternativas posibles y sus consecuencias, para lo cual habrá de tomar en consideración ese conjunto de factores que enriquecen el concepto de “lex artis” bajo la expresión “ad hoc”. Esto es, no vale con informar de las consecuencias asociadas comúnmente a cada técnica o tratamiento curativo, sino que tendrá que considerar también, como factores añadidos a una singular ecuación, las especiales condiciones del paciente y del entorno en donde el acto médico se va a desarrollar.

Ambos extremos –riesgos personales y riesgos de la organización sanitaria– exigen una doble valoración. Por un lado del estado del paciente, de su historial clínico e incluso del de sus ascendientes a fin de conocer sus antecedentes familiares, todo ello con el fin de personalizar el riesgo de acuerdo con el estado actual y predisposición genética del paciente, pues resulta evidente que no todos gozamos de la misma fortaleza física ante una actuación en nuestro cuerpo aunque sea con fines curativos, ni las posibles reacciones serán equivalentes en todo caso. En el otro lado de la ecuación están los factores de riesgo asociados al entorno clínico donde el acto médico va tener lugar, en referencia tanto a los propios medios empleados como a la carencia de otros que puedan ser más eficaces por modernos o avanzados. Surgen así elementos coyunturales que inevitablemente pueden trastocar la equivalencia del riesgo dentro de la oferta sanitaria existente, tanto pública como privada, de modo que el éxito del tratamiento no siempre dependerá de la eficacia del acto médico, sino también, en última instancia, de la dotación humana y técnica de cada centro asistencial.



Esa doble naturaleza de los riesgos sanitarios –derivados tanto de la interacción del paciente con el propio acto terapéutico como con el medio sanitario en el cual se va a desarrollar–, representa un doble esfuerzo informativo que tiene su correlativo refrendo normativo en los artículos 8 a 13 de la Ley 41/2002<sup>51</sup>. Podemos llegar a hablar, a tenor de esta regulación, tanto de una información asistencial como de otra de carácter institucional. La primera obliga en el ámbito de la salud a recabar el consentimiento libre y voluntario del afectado, lo que supone un deber de información que incluya, básicamente, las consecuencias importantes de la intervención, los riesgos personales o profesionales para el paciente, los riesgos probables en condiciones normales conforme al estado de la ciencia y las contraindicaciones. La segunda, de carácter institucional, obliga en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a informar sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos, lo que se concreta en la necesidad de que en cada centro exista lo que se denomina una carta de servicios.

A tenor de la regulación expuesta comprobamos efectivamente cómo las aportaciones de la bioética, concretadas en especial en el desarrollo del principio de autonomía, han trascendido el ámbito de la Moral para asentarse en el ordenamiento jurídico. La deontología asume ese nuevo rol del médico en sus relaciones con el paciente superando el criterio hipocrático, pero también la norma legal reconoce el nuevo escenario profesional dándole un superior marchamo jurídico, consistente en reforzar el deber de información como premisa básica del consentimiento. Igual sucede en general con todos los deberes del médico, con lo cual resulta que las nuevas y cambiantes técnicas de actuación necesariamente han de ordenarse bajo unos principios éticos superiores, de forma que podamos concebir en este contexto las relaciones entre el Derecho y la Moral de resultados de una dinámica de “vasos comunicantes”.

La implicación y desarrollo de tales principios en la práctica asistencial permite revestir al ejercicio profesional de la medicina de la dignidad moral que deriva de un “ethos” definido deontológicamente. Esa exigencia ética, que imbuye al principio de precaución, es sin duda la mejor salvaguarda frente a los riesgos del progreso sanitario, y, en su consecuencia, fundamento de la responsabilidad en este contexto.

#### IV-. Conclusiones.

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

Asumir estos los retos jurídicos implica un esfuerzo multidisciplinar en esa tónica relacional entre el mundo de los principios y el de las Leyes, o dicho de otro modo, entre la Moral y el Derecho. No basta con legislar, sino con alcanzar un determinado nivel de consenso social, incluso sobre la propia definición del hombre, pues la biotecnología –entendida como el conjunto de técnicas y procesos que emplean microorganismos para desarrollar productos y servicios útiles–, cuya apuesta por la genómica parece remontar la lucha contra la enfermedad a etapas anteriores al momento de la propia concepción, y que parece que quiere inmunizar a las nuevas generaciones frente a cualquier



riesgo de enfermedad, en esa idea que expresa Dworkin de “jugar a ser Dios”.

El gran reto de la sociedad del siglo XXI no reside tanto en dar rienda suelta a la revolución biotecnológica, sino precisamente en establecer unos cauces a este fenómeno imparable que nos permitan sacar el máximo provecho posible del mismo, con beneficios generalizados –esto es, con una dimensión universal- y sin correr riesgos que conlleven perjuicios lamentables. De ese temor surge una conciencia del peligro que los avances biotecnológicos pueden reportar, situación que se enmarca en lo que el Ulrich Beck ha conceptualizado como la “sociedad del riesgo”. Pero el cálculo del riesgo presupone el concepto de accidente, consecuencia que se halla cada más presente por la imparable radicalización de los procesos de modernización, tecnificación y economización.

Frente al riesgo evidente que entraña, por ejemplo, la chimenea de una central térmica, cuya bocana humeante expresa gráficamente una realidad contaminante, se encuentra el riesgo derivado de una tecnología menos aparente, encerrada en el reducto de un laboratorio, pero que ofrece soluciones tan novedosas que sus efectos secundarios se hurtan a la percepción inmediata de los afectados. La manipulación genética, las tecnologías de la comunicación y la inteligencia artificial, que, además están mutuamente interrelacionadas, apuntan –como ha dicho el gurú de la informática Bill Joy- a tres potenciales peligros: se revolucionan a sí mismas sin cesar, son universalmente utilizables y, en cuanto tecnologías basadas en el saber, sólo exigen los conocimientos correspondientes.

Para reaccionar a los peligros asociados a este futuro heterobiológico Beck alude a una reforma de la ciencia, de forma que ya no pueda seguir rigiéndose por el lema “los beneficios se privatizan, pero los riesgos se socializan”, sino alcanzado una cultura que obligue a las empresas a la interioriza-

ción de los riesgos y con ello a la prevención de los mismos. Esa apuesta por la acción preventiva ha de suponer la anticipación de la responsabilidad en el presente para impedir lo que se barrunta en el futuro, pero sin soslayar el antiguo lema quirúrgico de que “vulnerando sanamos”. De modo análogo hay que decir: corriendo riesgos, damos seguridad; produciendo seguridad, incurrimos en riesgos.

Quizás sea el momento de traer a colación nuestra propia herencia cultural, nacida del imaginario de las civilizaciones greco-latinas allá por los siglos VII y VI antes de Cristo. En su mitología encontramos figuras como el inmortal Prometeo, “El Previsor”, inventor de las ciencias, o Dédalo, que escapó del laberinto volando con unas alas de cera, acompañado de su hijo Icaro, que se precipitó al mar por acercarse demasiado al sol. En todos esos relatos legendarios subsiste una concepción fundamental del pensamiento griego: la ambivalencia de la “techné” en su terrible poder de creación, dispensadora de vida y muerte. Esa herencia se traduce hoy en día en la formulación del principio de precaución, con el que se pretende establecer límites al efecto de los riesgos del desarrollo, evitando que puedan ser, de una forma absoluta, la causa de exoneración frente a las acciones de responsabilidad.



## NOTAS

- <sup>1</sup> RICAEUR, "Ética y moral" en "Doce textos fundamentales de la Ética del Siglo XX", Carlos Gómez (ed.), Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 241.
- <sup>2</sup> GÓMEZ PÉREZ, R., Introducción a la obra colectiva "Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología". Vol. 1, UCAM-AEDOS, Murcia, 2003, p.44.
- <sup>3</sup> GÓMEZ PÉREZ, R., op. cit, p. 45.
- <sup>4</sup> HOLMES, O.W., "La senda del derecho", Buenos Aires, 1897, s.f., cfr. Laporta, F.J. "Ética y deecho en el pensamiento contemporáneo" en "Historia de la ética (3) La ética Contemporánea", Crítica, Barcelona, 2000, p. 221.
- <sup>5</sup> KELSEN, H., "Teoría pura del Derecho", Mexico, 1960, s.f., cfr Laporta, F.J., op. cit., p.224.
- <sup>6</sup> DWORKIN, R., "Los derechos en serio", Ariel, Madrid, p.72. cfr. Desdentado Bonete, A., "La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de "Tópica" de Gerardo Pereira-Menant" en "Revista semanal Repertorio de Jurisprudencia", nº45, Marzo 2003, Navarra, p.19.
- <sup>7</sup> LAPORTA, F.J., op. cit., pp. 250-251.
- <sup>8</sup> DESDENTADO BONETE, A., op. cit., p. 22.
- <sup>9</sup> Díez-PICAZO, L., "Comentario al artículo 1 del CC", (LEG 1889, 27) en AA.VV., Paz Ares (coord.), cfr. Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.
- <sup>10</sup> GARRIDO FALLA, F., "La Constitución española como fuente del Derecho", AA.VV., DGCE / Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 43-44, cfr. DESDENTADO BONETE, A., op. cit., p. 22.
- <sup>11</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., "Moralidad, derechos, valores", Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. p 69.
- <sup>12</sup> OLLERO, A., "Deontología jurídica y Derechos Humanos" en "Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología". Vol. I, op. cit., p. 71.
- <sup>13</sup> ROMERO CASABONA, C.M., "Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI" en "Biotecnología, Derecho y dignidad humana" (coord. Martínez Moran, N.), Comares, Granada, 2003, p. 55.
- <sup>14</sup> MARTÍNEZ MORÁN, N., "Persona, dignidad humana e investigación médica" en "Biotecnología, Derecho y dignidad humana", op. cit., p. 24.
- <sup>15</sup> CORTINA, A., "Ética de las biotecnologías", Isegoría, nº27, CSIC, 2002, p. 76.
- <sup>16</sup> Informe Belmont, "Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos en la experimentación", 30 de septiembre de 1978, JHEV Publication No. (05) 78-0012.
- <sup>17</sup> JAFÓ, J., "Historia de una nueva disciplina: la bioética" en "Derecho biomédico y bioética" (coord. Romeo Casabona, C.M.), Comares, Granada, 1998, p. 103.
- <sup>18</sup> JAFÓ, J., op. cit., p. 103.
- <sup>19</sup> HERRANZ RODRÍGUEZ, G., "El Código de Ética y Deontología Médica", en "Plan de Formación en responsabilidad legal profesional (6)", (coord. De LORENZO Y MONTERO), Edicomplet, Madrid, 2000, p. 15.
- <sup>20</sup> Publicado en España por la editorial Paidós, Barcelona, 1998.
- <sup>21</sup> VALLESPÍN, F., "Bienvenidos a la sociedad del riesgo", El País, 25-Noviembre-2000, p. 30.
- <sup>22</sup> D'AGOSTINO, F., "La bioética como problema jurídico. Breve análisis de carácter sistemático", Cuadernos de bioética, nº 28, 4º 96, p. 470.
- <sup>23</sup> OLIVE, L., "El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y la tecnología". Paidós, México, 2000, p. 86.
- <sup>24</sup> Tal concepto aparece recogido en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de Julio, artículo 7.e), al contemplarlo como posible causa de excepción de la responsabilidad del fabricante. También lo encontramos en el artículo 141.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, al excluir de la indemnización por responsabilidad patrimonial "los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos".
- <sup>25</sup> CORTINA, A., op. cit., p. 82.
- <sup>26</sup> RESCHER, N., "Razón y valores en la Era científico – tecnológica", Paidós, Barcelona 1999, p. 85.
- <sup>27</sup> RESCHER, N., op cit., p. 88.
- <sup>28</sup> RESCHER, N., op. cit., p. 95-96.
- <sup>29</sup> "La responsabilidad del científico", editorial del nº. 4 de "Eidón", Revista de la Fundación de las Ciencias de la Salud", Junio – Septiembre, 2000, Madrid, p. 5.
- <sup>30</sup> JONAS, H., "El principio de responsabilidad", Herder, Barcelona, 1995, p.123.
- <sup>31</sup> JONAS, H., op. cit., p. 163.
- <sup>32</sup> MITCHAM, C., "¿Qué es la Filosofía de la tecnología?", Anthropos, Barcelona, 1989, p. 113.
- <sup>33</sup> LADD, J., "Physicians and Society", 1981, p. 43, cfr. Mitcham, C., op. cit., p. 170.
- <sup>34</sup> ROMEO CASABONA, C.M., "El Derecho médico: su evolución en España" en "Derecho biomédico y bioética", op. cit., p. 2.
- <sup>35</sup> ROMEO CASABONA, C.M., op. cit., p.2.
- <sup>36</sup> Así llamado al Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de Noviembre de 1996. Entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 1 de Marzo de 2001 mediante Protocolo de 12 de Enero de 1998 ratificado por Instrumento de 7 de Enero de 2000, BOE nº. 52 de 1 de Marzo de 2003.
- <sup>37</sup> Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de 16 de Diciembre, BOE nº. 301 de 17 de Diciembre de 2003.
- <sup>38</sup> Sentencia de 29 de octubre de 1994, recurso nº2009/93, Actualidad de Derecho Sanitario, nº. 7 y 8, Julio/Agosto 1995, pp. 435 y 55.
- <sup>39</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "Derecho Médico", Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, p. 188.
- <sup>40</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L., op. cit., p. 189.
- <sup>41</sup> Sentencias, entre otras, como la del Tribunal Supremo, Sala I, de 25 de abril de 1994, de la que fue ponente el señor Albarcá López.
- <sup>42</sup> Véase Encíclica "Quod Apostolici numeris", nº 6.
- <sup>43</sup> Contemplado en los artículos 9 a 13 de la Ley básica de autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- <sup>44</sup> Expresión acuñada como interpretación del propio Juramento Hipocrático.
- <sup>45</sup> Esa sumisión a la norma deontológica deriva de lo dispuesto en el artículo 44 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial, aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo (BOE, num. 128 de 28 de Mayo de 1980).



<sup>46</sup> El concepto “buenas costumbres” aparece recogido, entre otros preceptos, en el artículo 1.106 del Código Civil, en el sentido de considerar nulas las condiciones obligacionales que les sean contrarias. La jurisprudencia viene interpretando este concepto como sinónimo a la moral, a que se refiere el artículo 1.255 Código Civil, en cuanto límite al principio de autonomía de la voluntad.

<sup>47</sup> La doctrina de la “perdida de la oportunidad” considera daño moral económicamente resarcible la imposibilidad de haber obtenido un beneficio o de haber podido evitar, con alguna probabilidad efectiva, el daño producido. A modo de ejemplo, ofrecemos la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala I, de 10 de Octubre de 1998.

<sup>48</sup> “...la doctrina y la práctica penales modernas han abandonado con razón la concepción psicológica de la culpabilidad y han caracterizado la esencia de la culpa como un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente (concepción normativa de la culpabilidad). Al agente se le reprocha el juicio de menosprecio que implica la culpa, consistente en no haberse conducido conforme a Derecho, y en haberse decidido por lo injusto cuando pudo obrar lícita y jurídicamente”. SANTOS BRIZ, J., “La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal”, p. 57, Montecorvo, Madrid, 1993.

<sup>49</sup> “El concepto de culpa presupone que el agente, al tiempo de obrar, posee la aptitud general para responder de los actos ilícitos que realice. Pero la culpa puede quedar excluida por la concurrencia de causas especiales de inculpabilidad. Nuestro Código Civil no las regula ...; pero el Derecho Civil necesita reconocer el principio fundamental de que el agente no se le puede acusar de culpa cuando, según las circunstancias, observó una conducta de acuerdo con las normas ... Tampoco existirá conciencia de la antijuricidad cuando erróneamente se actúa protegido por una causa de justificación, aunque ésta no se halle prevista por el ordenamiento jurídico”. Santos Briz, J., op. cit., pp. 56-57.

<sup>50</sup> “Al llegar a la conclusión de que hoy se defiende la existencia de una “culpa social”, que atiende a las consecuencias nocivas de la conducta y que prescinde en gran medida de la diligencia del responsable, surge la discordancia de esa denominada culpa social con la culpa propiamente dicha, noción de origen ético y religioso que quedaría desvirtuada si se separa de estas fuentes. Para obviar este inconveniente se acude a reconocer la autonomía de la culpa jurídica frente a la culpa moral, autonomía que es defendida en mayor medida en la culpa civil que en la penal”. SANTOS BRIZ, J., op. cit., p. 66.

<sup>51</sup> Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de 14 de Noviembre, BOE nº. 274 de 15 de Noviembre de 2002.

