

## **LAURA GÓMEZ ABEJA<sup>1</sup>: “LOS ÁMBITOS MÉDICO-CIENTÍFICOS ÉTICAMENTE MÁS CONTROVERTIDOS. ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN PACÍFICA**

### **ETHICALLY CONTROVERSIAL AREAS IN MEDICAL AND SCIENTIFIC FIELDS. SOME PROPOSALS FOR A PACIFIC REGULATION.**

**PALABRAS CLAVE:** ÁREAS ÉTICAMENTE CONTROVERTIDAS, ÁMBITOS MÉDICO Y CIENTÍFICO, PERSONAL MÉDICO, INVESTIGADOR, PACIENTE, CONDICIONAMIENTO IDEOLÓGICO.

**KEY WORDS:** ETHICALLY CONTROVERSIAL AREAS, MEDICAL AND SCIENTIFIC FIELDS, HEALTH WORKER, RESEARCHER, PATIENT, IDEOLOGICAL CONDITIONING.

**RESUMEN:** en las líneas que siguen se da cuenta de las áreas que se considera que han resultado éticamente más controvertidas en los ámbitos médico y científico. Se trata de la interrupción voluntaria del embarazo, la reproducción asistida, la investigación biomédica y los derechos del paciente al final de su vida. A continuación se proponen pautas para superar todo conflicto ético en su tratamiento y regulación. Concretamente, las cuatro siguientes: evitar el condicionamiento ideológico, promocionar la libertad de conciencia, legislar con respeto a la dignidad humana y ponderar tomando en consideración los intereses concurrentes jurídicamente relevantes, sin excluir ninguno y sin añadir otros ajenos a la controversia.

#### **1. INTRODUCCIÓN**

En el ámbito médico-científico se producen constantemente importantes avances a los que el Derecho debe enfrentarse de una u otra forma. Desde el trabajo de investigación que permite alcanzar esas conquistas hasta el uso que de éstas deba hacerse o los derechos que tales adelantos puedan generar, todos ellos son aspectos que han de ser contemplados por el ordenamiento jurídico. Es sabido que al Derecho corresponde formalizar los derechos y obligaciones propios de las situaciones que surgen a resultas de las diversas relaciones sociales, y el ámbito que nos ocupa no es una excepción. No obstante, en este contexto se da una particular circunstancia que necesariamente condiciona su regulación jurídica. Se trata de la

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho. Profesora Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla. [lgomez2@us.es](mailto:lgomez2@us.es)

confluencia, en lo relativo al alcance y los límites del desarrollo científico, de una tercera faceta, la ético-moral.

Las líneas que siguen pretenden dar cuenta, en sencillo esbozo, de los campos que han resultado más controvertidos en el ámbito médico-científico, por su incidencia en esa dimensión de lo ético y lo moral. Seguidamente se formularán, igualmente sin ánimo exhaustivo, algunas propuestas que podrían contribuir a una correcta regulación de estas materias. Esto es, que resulte satisfactoria para garantizar un adecuado desarrollo científico y también, a un tiempo, para que esos avances se produzcan dentro de los límites de lo éticamente aceptable.

## 2. LOS CAMPOS MÁS CONTROVERTIDOS EN EL ÁMBITO MÉDICO-CIENTÍFICO Y SU REGULACIÓN

### 2.1. La interrupción voluntaria del embarazo

El primer ámbito al que es obligado referirse en este contexto es el de la interrupción voluntaria del embarazo. Como es bien conocido, ya la despenalización del aborto en los supuestos eugenésico, ético y terapéutico por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, levantó una fuerte oposición en algunos sectores conservadores de la sociedad española. Contra la citada norma se interpuso un recurso -previo- de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 53/1985, la cual respaldaría la constitucionalidad de las indicaciones previstas en la Ley Orgánica 9/1985<sup>2</sup>. La actual regulación ha causado aún mayor rechazo entre quienes abogan por la protección absoluta de la vida antenatal, por cuanto la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, reconoce ahora esta práctica como un derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, incluyéndolo consecuentemente entre las prestaciones sanitarias que el Estado debe garantizar. Obviamente, este derecho no es absoluto, pues debe cohonestarse con la necesaria protección del nasciturus, bien jurídico amparable a la luz del artículo 15 CE<sup>3</sup>. La Ley Orgánica 2/2010 establece para ello un plazo en el que la mujer puede abortar libremente y a partir del cual se prevén algunas indicaciones para hacerlo, siendo este sistema "de indicaciones respetuoso con la decisión de la mujer" la solución adoptada por la mayor parte de los Estados de nuestro entorno<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Lo que el Tribunal Constitucional declararía inconstitucional serían algunos aspectos formales, que debían ser modificados para que las indicaciones fueran plenamente constitucionales (STC 53/1985, FJ 12).

<sup>3</sup> STC 53/1985, FJ 5.

<sup>4</sup> Se incluyen aquí Portugal, Italia, Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Dinamarca, Suecia, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Rumanía y la República Checa. Puede consultarse BARRERO ORTEGA, A. y GÓMEZ ABEJA, L., "The

Para los defensores de la vida del nasciturus con carácter absoluto, dotar del rango de derecho a la interrupción voluntaria del embarazo resulta del todo inadmisibile. Sin embargo, si se atiende a la tendencia de la legislación, e incluso a la doctrina aquilatada por el Tribunal Constitucional en el contexto de los derechos del paciente, no resulta irrazonable que se haya acabado reconociendo la práctica abortiva como un derecho de la mujer.

No sólo el Derecho comparado de mayor referencia animaba a este reconocimiento<sup>5</sup>; ya en la propia legislación española se había reflejado años antes el profundo cambio que se había venido produciendo en la relación médico-paciente, abonándose así el terreno para el reconocimiento de diversos derechos de los pacientes expresivos de su autonomía individual. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, constituye la plasmación legislativa definitiva de aquel cambio. Tradicionalmente la relación médico-paciente se inspiraba en el principio de beneficencia paternalista, según el cual el profesional sanitario, en exclusiva, decidía sobre el tratamiento médico en función de lo que a su juicio era mejor para el paciente. Con el tiempo, aquel principio pasa a ser sustituido por el de autonomía, siendo desde entonces el propio paciente quien ha de decidir, disponiendo de toda la información necesaria al efecto, sobre cualquier intervención médica a la que someterse<sup>6</sup>.

Como indica en su Exposición de Motivos, la Ley 41/2002 "mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual". Y es que la salud ha de garantizarse "como derecho inalienable de la población", pero no puede hacerse de cualquier forma, sino "en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario". Con este fin, la norma "refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente", reconociendo, entre otros, el derecho que tiene "a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles" (art. 2.3) y, correlativamente, la obligación de "todo profesional que interviene en la actividad asistencial (...) no sólo a la correcta prestación de sus técnicas", sino también "al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente" (art. 2.6).

---

Spanish Legal Abortion reform in 2010", en GARCÍA SAN JOSÉ, D. (dir.), *Biowlaw and Bioethics in Spain*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 71-90.

<sup>5</sup> Junto a los ordenamientos jurídicos ya mencionados, interesa indicar que también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada, invitando a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

<sup>6</sup> Consúltese: GÓMEZ ABEJA, L., *El derecho a rechazar el tratamiento médico. (Análisis de los antecedentes desde una perspectiva constitucional)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 20 y ss.

Por su parte, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, el Tribunal Constitucional había valorado la ponderación de los derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto efectuada por la anterior legislación en la citada STC 53/1985, afirmando entonces que la vida humana es un proceso que comienza con la gestación. Aunque la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental, declararí el Tribunal, tal protección no puede revestir carácter absoluto. En el caso de las indicaciones de la Ley Orgánica 9/1985 -concluiría- su limitación responde a la protección de otro valor jurídico fundamental, la dignidad de la persona, íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y, entre otros, los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), o a la intimidad personal y familiar<sup>7</sup>.

Por lo que hace al derecho a decidir sobre el tratamiento, el Alto Tribunal le atribuiría el máximo rango constitucional, considerándolo integrado, en otras decisiones posteriores, en el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE. El Tribunal se referiría, en este sentido, a un derecho de autodeterminación "que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)". Esta facultad de autodeterminación legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, a "decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad"<sup>8</sup>.

La Ley Orgánica 2/2010, como ya se ha indicado, modifica la primigenia despenalización del aborto en los tres supuestos a los que se refería la Ley Orgánica 9/1985. Inspirada en el referido principio de autonomía, la norma se refiere, en el Preámbulo, al derecho de todo ser humano al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo. En el concreto terreno de la vida sexual y reproductiva, se afirma que todas las personas tienen derecho a adoptar libremente las decisiones que afecten a aquel ámbito, en ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal y "sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes" (art. 3.1).

A la mujer, específicamente, le corresponde un "derecho a la maternidad libremente decidida" (art. 3.2), que implica "que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa

---

<sup>7</sup> STC 53/1985, FFJJ 5, 7 y 8.

<sup>8</sup> STC 154/2002, FJ 9, y STC 37/2011, FJ 5.

decisión, consciente y responsable, sea respetada”. El legislador, a partir de “las indicaciones de las personas expertas y el análisis del Derecho comparado”, ha considerado adecuado dejar un plazo de 14 semanas en el que las mujeres puedan “tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros”<sup>9</sup>. Una adecuada protección del nasciturus exige que la interrupción después de las 14 semanas sólo pueda efectuarse por razón de unas causas concretas y, según los casos, dentro de unos plazos previstos por la propia Ley Orgánica.

El hecho de que tanto el dato comparado como la ampliación legislativa del abanico de derechos del paciente -a la luz del principio de autonomía-, y su respaldo por parte del Tribunal Constitucional, apoyen la legitimación de la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho frente a su previsión como una excepción de antijuridicidad, obviamente no suaviza ni un ápice su carácter controvertido. Como ya se advirtió, la norma provoca el máximo rechazo entre los sectores “antiabortistas”. Las movilizaciones sociales en contra de esta ley durante su tramitación, la batalla personal contra la misma de quien fuera ministro de justicia del gobierno posterior al que aprobó la norma, que concluyó con su dimisión al no poder derogarla, e incluso la polémica STC 145/2015, son muestra de ello.

Interesa dejar claro, no obstante lo anterior, que una vez se concluya que la ponderación de los intereses en liza por parte de la norma resulta constitucionalmente adecuada, la oposición a esa ley por una parte reducida de la sociedad por razones ideológicas resulta ser un debate -además de improproductivojurídicamente irrelevante. Lo que sí puede -y debe- interesar al Derecho es el reparo moral que la satisfacción del deber jurídico derivado de la norma pueda producir al profesional sanitario. Por tanto, habrá que establecer mecanismos para garantizar la prestación pero intentando también, en la medida de las posibilidades, salvaguardar las exigencias éticas de estas personas. Lo que en ningún caso debe hacerse, y en ello se insistirá más adelante, es “ideologizar” el debate jurídico en pos de una regulación normativa acorde con las propias convicciones éticas.

## 2.2. La reproducción asistida

Otro ámbito cuyo desarrollo normativo no puede obviar su dimensión ética es el de la reproducción asistida, que se reguló por vez primera en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Esta norma quedaría pronto obsoleta como consecuencia de los rápidos e importantes avances que se han ido

<sup>9</sup> Es el artículo 14 el que reconoce la interrupción del embarazo a petición de la mujer dentro de este plazo, siempre que esté debidamente informada (art. 14 a) y que transcurran 3 días desde que se le proporciona la pertinente información hasta que se realice la intervención (art. 14 b).

sucediendo en este terreno, aprobándose después, para la actualización del marco normativo, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y finalmente la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La importancia de esta regulación radica en que las técnicas de reproducción contribuyen a paliar los efectos de la esterilidad, pero también, como señala la Ley 14/2006 en su Preámbulo, en que "se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación". La norma toma en consideración el derecho a la salud de la mujer que se someta a alguna de estas técnicas, disponiendo que las mismas "se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito [y] no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia". También reconoce la autonomía de la paciente, exigiendo su consentimiento informado, la "previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación" (art. 3.1).

Ya el hecho de intervenir del modo que sea en el proceso reproductivo resulta éticamente inaceptable para algunas personas, las menos. Mayor controversia en torno a lo éticamente admisible generan ciertas actividades previstas en la última de las normas mencionadas. Concretamente, la Ley 14/2006 autoriza la clonación de preembriones, aunque limitándola a fines terapéuticos y prohibiendo expresamente la realizada con fines reproductivos (art.1.3). También plantea también reparos, de otro lado, el problema de los llamados preembriones supernumerarios, estos es, los sobrantes tras realizar una implantación, pues la norma permite la implantación de tres embriones como máximo (art. 3.2) pero no establece ese límite en el número de óvulos a fecundar. Tanto su conservación como su destrucción tras el plazo de conservación previsto en la ley (art. 11) deberían respetar ciertos límites éticos. Otro aspecto problemático, en fin, lo constituye la posibilidad de utilizar los preembriones con fines de investigación (art. 15).

Aunque la ley española de 1988 fue una de las primeras desarrolladas sobre esta materia entre los países de nuestro entorno, pronto quedó obsoleta, como ya se ha señalado. En efecto, los importantes avances científicos y las nuevas técnicas de reproducción asistida, así como la necesidad de dar respuesta a ciertos problemas que planteaba aquella legislación, instaban a su actualización, pero la Ley 45/2003 sólo resolvió parcialmente aquellas insuficiencias, por lo que se pronto hubo de aprobarse otra norma, la Ley 14/2006. Entre otros importantes aspectos, ésta definiría el controvertido concepto de preembrión,

desarrollando instrumentos, como indica en su Exposición de Motivos, para garantizar su adecuada protección como se ha hecho en otros Estados.

Como sucediera con la interrupción voluntaria del embarazo, la valoración sobre la constitucionalidad de la normativa reguladora de estas actividades se encuentra condicionada por el momento a partir del cual deba protegerse la vida humana en formación. Como quiera que la jurisprudencia constitucional considerara que esta protección ha de activarse sólo cuando se produzca la implantación, hecho determinante para el inicio de la gestación<sup>10</sup>, puede concluirse que, desde la perspectiva del artículo 15 CE, las actividades citadas son acordes con la jurisprudencia constitucional. De otra parte, la legislación española es también acorde al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 2 del citado Convenio, pues el Tribunal de Estrasburgo había afirmado que, a falta del consenso científico y jurídico sobre el inicio de la vida humana, el punto de partida de la misma dependerá del margen de apreciación de los Estados<sup>11</sup>.

La protección de la vida humana en formación del artículo 15 CE no se extiende, pues, al momento en que estas actividades se desarrollan. A ello hay que añadir que, aunque en este contexto debe ponderarse la dignidad humana del artículo 10.1 CE, su alcance para la protección del objeto de tales actuaciones (el preembrión, principalmente) será mucho más reducido que en otros estadios posteriores (de acuerdo con la ya mencionada concepción gradualista). Ahora bien, estas limitaciones no pueden conducir a la conclusión de que cualquier consideración ética desaparece en la previsión y desarrollo de estas actividades, a entender que no rige ninguna limitación deontológica en este contexto. Las cuestiones que inciden en el principio y el final de la vida son asuntos sensibles y a los que socialmente se atribuye siempre una gran trascendencia, sea o no desde una aproximación religiosa. A la hora de regular la reproducción asistida, el tratamiento acertado y correcto de los preembriones y demás componentes que se encuentren en la antesala de la vida humana es una exigencia irrenunciable para el Derecho.

### **2.3. La investigación biomédica**

Sin alejarnos del tipo de actividades previstas por la legislación reguladora de la reproducción asistida, interesa incidir ahora en un campo cercano como es el de la investigación biomédica, que constituye "un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para

---

<sup>10</sup> STC 53/1985, FJ 5.

<sup>11</sup> Puede consultarse la decisión del caso Evans c. Reino Unido, 7 de marzo de 2007, párrafo 54.

aumentar su bienestar”. Así lo indica en su Preámbulo la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que advierte de las incertidumbres éticas que generan en este campo los avances científicos y las técnicas utilizadas para su consecución, instando por ello a una regulación equilibrada y prudente de las primeras.

Según establece aún en su Preámbulo, la norma ha valorado para su redacción “la integridad de las personas y la protección de la dignidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación”. Como hiciera la legislación reguladora de otras materias examinadas con anterioridad, también la Ley 14/2007 reconoce el principio de autonomía, ahora como fundamento “del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa en el contexto de la investigación biomédica”. La ley tampoco se olvida, desde la perspectiva de la actuación investigadora, del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 b) CE a la producción y creación científica y técnica, garantizando esta libertad en su artículo 2.d.

La norma, “de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional”<sup>12</sup> prohíbe expresamente la creación de preembriones humanos con fines de investigación y experimentación (art. 33.1), pero permite la obtención de células troncales embrionarias con fines terapéuticos o de investigación, siempre que ello no comporte la creación de un preembrión exclusivamente para estos fines (art. 33.2). La legislación comparada, por lo demás, coincide mayoritariamente en la prohibición de creación de preembriones con fines de investigación<sup>13</sup>.

Desde la perspectiva jurisprudencial, al margen de la reiterada y ya conocida doctrina sobre el alcance de la protección del artículo 15 CE, interesa ahora destacar, en relación con la dignidad, que el Tribunal Constitucional parece descartar que pueda hablarse sin más de dignidad de la persona cuando se trata de embriones y fetos humanos no viables -sin capacidad para desarrollarse hasta dar lugar a una persona en el sentido del art. 10.1 C.E-, precisamente por cuanto se encuentran ya frustrados “en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un bien jurídico cuya protección encuentra en

<sup>12</sup> Incide en ello en el apartado IV de su Preámbulo, aludiendo concretamente a las SSTC 53/1985, 212/1996 y 116/1999.

<sup>13</sup> Es destacable el caso alemán, cuya legislación no sólo excluye la creación, sino que también limita ampliamente el uso de preembriones y células madre embrionarias con fines de investigación, autorizando sólo muy excepcionalmente su importación y uso con estos fines. El marco normativo alemán que interesa a estos efectos está constituido por la Ley de 13 de diciembre de 1990, de Protección del Embrión y la Ley de 28 de junio de 2002 (modificada por la Ley de 14 de agosto de 2008), por la que se garantiza la protección de los embriones en el contexto de la importación y la utilización de células madre embrionarias humanas.



dicho precepto (el art. 15 C.E.) fundamento constitucional”<sup>14</sup>. Esta afirmación puede, desde luego, flexibilizar la valoración que haga el Tribunal Constitucional sobre el respeto por parte de ésta -y otra- normativa de la necesaria ausencia de “patrimonialización” o cosificación de la persona, incompatible con la dignidad del artículo 10.1 CE. En relación, precisamente, con esta posible patrimonialización, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazaría, en el caso *Brüstle c. Greenpeace eV*<sup>15</sup>, la protección jurídica de la invención biotecnológica que en su proceso de creación haya requerido la destrucción de embriones humanos o el uso de los mismos como material de base. Como bien se ha señalado, en el fondo de esta decisión late más la voluntad de evitar un uso excesivamente mercantilista de los preembriones o embriones no viables, que la de disponer novedades en cuanto a su estatuto jurídico<sup>16</sup>.

Más allá de la libertad de creación científica, es el interés de la sociedad en los avances médicos y científicos, que, en última instancia, redundarán en una mejor protección de la salud, lo que justifica el desarrollo de esta actividad y su regulación normativa. Ello no obstante, como ya se ha apuntado, y se señaló también en relación con la reproducción asistida, el tratamiento adecuado y prudente de los “elementos” que preluden la vida humana es una exigencia a la que el Derecho no puede renunciar. Y es que, aunque la protección del artículo 15 CE no se extienda a ellos, y pueda no predicarse de los mismos la dignidad de la persona propiamente dicha del artículo 10.1 CE, el hecho de que se encuentren en la órbita de estos intereses constitucionales impone un plus de diligencia al legislador en su regulación, un deber de máxima corrección y rectitud en las previsiones sobre su uso, tratamiento o destino.

Conviene concluir con una afirmación similar a la que se hiciera al hilo de la interrupción voluntaria del embarazo, válida para este ámbito y también para el de la reproducción asistida. Si bien a la hora de regular estas materias debe tenerse en cuenta la dimensión ética que concurre en sendos contextos, llegados a la conclusión de que la norma respeta unos límites éticos y efectúa una ponderación constitucionalmente adecuada de los intereses en conflicto, no interesa al Derecho entrar en debates ideológicos.

---

<sup>14</sup> STC 212/1996, FJ 5.

<sup>15</sup> *Brüstle c. Greenpeace eV*, 18 de octubre de 2011.

<sup>16</sup> Así se ha señalado en: ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la unión europea. Proyecciones constitucionales de la sentencia TJUE *Brüstle v. greenpeace* (as. c-34/10)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 17, 2012, p. 720.

## 2.4. Los derechos del paciente al final de su vida

El reconocimiento de ciertos derechos que pueden afectar al momento de la muerte al paciente que sufre una enfermedad terminal o que le produce graves padecimientos es una cuestión harto controvertida y, sin duda, con un alto componente moral. En los ámbitos hasta ahora examinados se planteaban dilemas éticos sobre el inicio de la vida. Ahora estos problemas se plantean en relación con su final.

Sin duda, se impone en este contexto un interrogante cardinal: ¿hasta dónde alcanza el deber que tienen los poderes públicos de proteger la vida (y la salud) de una persona que puede no desear esa protección? El Tribunal Constitucional había declarado que el derecho a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”<sup>17</sup>. Además, la vida no es un derecho fundamental cualquiera, pues “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana-”, y “el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”<sup>18</sup>.

Con todo, no es ilimitado el deber que se impone a los poderes públicos de proteger la vida -que ha de ser “vida digna”, a juicio de su titular-. Esta obligación, en efecto, habrá de aquietarse ante la voluntad de su titular y ceder frente a otros intereses. El Tribunal Constitucional afirmaría en este sentido que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho” pero sí una “manifestación de libertad genérica”, añadiendo que ante “la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta (...) podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad”<sup>19</sup>.

Desde la perspectiva legislativa, la eutanasia activa, con la que se auxilia a alguien enfermo a poner fin a su vida, está castigada penalmente en el ordenamiento jurídico español como un tipo atenuado de homicidio (art.143.4 del Código Penal), pero la posibilidad de rechazar cualquier tratamiento de soporte vital o de solicitar su retirada-lo que se conoce como eutanasia pasiva<sup>20</sup>- es un derecho del paciente adulto y capaz. En ejercicio de su autonomía, el paciente puede manifestar lo que estime pertinente sobre su

---

<sup>17</sup> STC 120/1990, FJ 7.

<sup>18</sup> STC 53/1985, FJ 3.

<sup>19</sup> STC 120/1990, FJ 7.

<sup>20</sup> Se ha definido la eutanasia pasiva como “la interrupción o no iniciación de un tratamiento que, aunque podría retrasar el momento del fallecimiento, no proporcionaría durante ese periodo unas condiciones de mínima calidad vital”: LORENZO SALGADO, J.M., “Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 25, 2004, p. 153.

tratamiento y cuidado médico en las instrucciones previas -también conocidas como testamento vital o voluntad vital anticipada- para el caso de llegar a encontrarse en una situación en que no sea capaz de expresar su voluntad (art. 11 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente). Alguna legislación autonómica ha ido más allá, contemplando derechos específicos del paciente terminal en el final de su vida. Tal es el caso de la Ley andaluza 2/2010, que reconoce, entre otros, un “derecho a la sedación paliativa”.

Desde una perspectiva deontológica, el profesional sanitario que trata a un paciente en situación terminal o de agonía<sup>21</sup> evitará la obstinación terapéutica cuando la acción médica resulte inútil<sup>22</sup>. Se ha indicado, en este sentido, que el problema de esta “eutanasia indirecta se resuelve precisamente en el contexto de las pautas de actuación médica que conocemos como *lex artis* o saber médico del momento”<sup>23</sup>. La muerte del paciente nunca es, claro está, la finalidad directa de la actuación del médico, sino, en todo caso, una consecuencia derivada de su decisión conforme a la *lex artis*, como puede ser la del suministro de medicación paliativa. Lo mismo puede decirse en el caso de la decisión de retirar el tratamiento de soporte vital.

Al margen del contexto médico, la realización de actuaciones que tienen como consecuencia última el fallecimiento del paciente, ha generado reparos éticos en algunos sectores sociales en casos que han tenido cierta repercusión social; llamativos, por ejemplo, por tratarse de enfermos no terminales o no incapaces, como fue el conocido caso de Inmaculada Echevarría en Andalucía.

Puede afirmarse, para concluir, que aún asumiendo que la regulación de estas actuaciones del médico como derechos del paciente garantiza al enfermo el respeto a su dignidad, a la vez que proporciona seguridad jurídica a los profesionales sanitarios, no deja de resultar un asunto con complejas imbricaciones morales, lo cual exige al legislador que oriente sus previsiones normativas sobre la materia tomando como parámetro esencial esta dimensión ética.

---

<sup>21</sup> Es la definición que proporciona la Ley andaluza 2/2010 para referirse a las personas que se encuentran “en proceso de muerte”. Concretamente en su artículo 5, letra j.

<sup>22</sup> Se ha afirmado, en relación con el encarnizamiento terapéutico, que “los sofisticados medios con los que cuenta en la actualidad la medicina no están destinados a prolongar artificialmente la vida que se acaba, creando cadáveres vivientes”: LORENZO SALGADO, op. cit., p. 169.

<sup>23</sup> REY MARTÍNEZ, F., Eutanasia y derechos fundamentales, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p.20.

### **3. PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN PACÍFICA**

No hay duda de que la ciencia avanza a grandes pasos. Las constantes innovaciones en los campos examinados proporcionan a pacientes y enfermos interesantes opciones que, en ocasiones, interesará al legislador reconocer como derechos. El carácter controvertido de estas materias por su implicación ética no puede conducirnos a soslayar su normación sino, muy al contrario, a buscar pautas que propicien una regulación lo más pacífica y satisfactoria posible. Algunas de esas pautas podrían ser las que a continuación se proponen.

#### **3.1. Evitar el condicionamiento ideológico**

Una primera propuesta -dirigida tanto al legislador como al resto de los operadores jurídicos- a fin de ofrecer un tratamiento adecuado a estas materias controvertidas, consiste en efectuar una aproximación lo más aséptica posible a la cuestión. Las creencias personales profundas inevitablemente condicionarán la postura que íntimamente se adopte sobre la regulación e interpretación de ciertos aspectos en los ámbitos que nos ocupan. Pero, precisamente al tener conciencia de este condicionamiento, debe hacerse un esfuerzo por distinguir entre lo que sean exigencias éticas objetivas, comúnmente aceptadas, que pueden y deben tomarse en consideración para el tratamiento de estas materias, y lo que sean convicciones morales exclusivamente personales, que deben dejarse al margen si no se quiere empañar con tintes ideológicos el razonamiento jurídico stricto sensu. Se corre con ello el riesgo de que la ponderación juiciosa de bienes, valores y derechos en liza quede superada por el tácito deseo de imponer una regulación acorde con las propias creencias religiosas o ideológicas.

Distintas voces han acusado a la reciente y polémica STC 145/2015 de encontrarse bajo un claro condicionamiento ideológico. En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional ha considerado lesionada la libertad ideológica (religiosa, en realidad) de un farmacéutico al que la Administración había sancionado por no disponer en la oficina de farmacia -de la que era cotitular- de existencias de la conocida "píldora del día después", a lo que se negaba por razones de conciencia. Ciertamente, utilizar como razonamiento principal la extensión de la objeción de conciencia al aborto del profesional sanitario a este otro supuesto tan alejado del primero, resulta tan endeble jurídicamente que parece comprensible que se haya concluido por algunos que la resolución se ha guiado más bien, en realidad, por ocultos razonamientos espurios, no revelados precisamente por ser estrictamente personales. En el primer voto particular discrepante a esta decisión se afirmaría, en este sentido, que la sentencia, "en lugar de afrontar la

problemática a examen desde la perspectiva estrictamente jurídica propia de la jurisdicción constitucional, parece responder a un posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía”.

Como se ha venido indicando con anterioridad, el rechazo de una ley o del reconocimiento de ciertos derechos en cualquiera de estos ámbitos por ciertos sectores sociales ideológicamente motivados es un factor intrascendente para la ponderación jurídica de los intereses en conflicto. El asunto podría resultar interesante desde una perspectiva sociológica, antropológica o incluso histórica, pero no, insisto, desde la estrictamente jurídica.

### **3.2. Promocionar la libertad de conciencia por vía legislativa**

Como es bien conocido, los derechos fundamentales presentan, además de la clásica dimensión subjetiva, una vertiente objetiva que vincula igualmente a los poderes públicos. Siendo estos derechos “elementos objetivos esenciales del ordenamiento jurídico”, que encarnan un conjunto axiológico de referencia por mandato constitucional, los poderes públicos deben crear las condiciones que hagan posible su ejercicio. En efecto, junto a la posición de abstención que proviene de su vertiente subjetiva, el doble carácter de los derechos fundamentales determina que, al encontrarse también presente una vertiente objetiva, se imponga asimismo a los poderes públicos un deber de protección y promoción de los mismos. Se exige a los operadores jurídicos -significativamente, al legislador- la obligación de desarrollar una función prestacional, que llevarán a cabo a través de políticas activas a favor de estos derechos (art. 9.1 CE)<sup>24</sup>.

Es también conocida la concurrencia de un componente moral en algunas de las actividades reguladas en los diversos ámbitos médico-científicos examinados. Con independencia de que la citada regulación respete las exigencias constitucionales, protegiendo adecuadamente los derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto, la presencia del componente axiológico puede dar lugar a que la satisfacción de estas actuaciones genere algún conflicto de conciencia entre el personal sanitario o investigador obligado a realizarlas. Y es que las demandas que responden a las íntimas convicciones personales no tienen por qué coincidir, obviamente, con las exigencias constitucionales. Sin embargo, como quiera que esas convicciones se encuentran en la órbita de la libertad ideológica y religiosa, lo que sí puede hacer el legislador es tomarlas en consideración mediante la promoción de ese derecho

<sup>24</sup> Véase: BARRERO ORTEGA, A., La libertad religiosa en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 132; y BÖCKENFORDE, E. W., Escritos sobre derechos fundamentales, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 115.

fundamental, reconocido en sus vertientes ideológica y religiosa en el artículo 16.1 CE. La promoción legislativa de la libertad de conciencia, de cualquier derecho fundamental en realidad, tendrá como resultado el reconocimiento de potestades que exceden el contenido prima facie de ese derecho.

Entre estos otros nuevos derechos, que no integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental del artículo 16.1 CE sino que lo complementan, podría autorizarse a estos profesionales para quedar exentos del cumplimiento de ciertas obligaciones -derivadas de la regulación de aquellas actuaciones éticamente controvertidas- cuando les genere un serio conflicto de conciencia, y, como demanda una mínima seguridad jurídica, siempre que se cumplan las exigencias o requisitos que el legislador haya previsto. En resumidas cuentas, otra forma de garantizar la regulación pacífica de las materias que nos ocupan consiste en desarrollar legislativamente una "tónica de sensibilidad para con la libertad de conciencia"<sup>25</sup>, permitiendo al personal que se encuentre ante un conflicto de conciencia que lo sortee. El reconocimiento legislativo de la objeción de conciencia posibilitará que el choque entre la conciencia del profesional y alguna de las actividades que en este contexto se le exigen se resuelva sin comprometer los intereses que la norma persigue, pero sin violentar tampoco las convicciones íntimas del profesional afectado.

A decir verdad, el legislador no se ha prodigado en la legitimación de objeciones de conciencia ante este tipo de conflictos, pero puede citarse, para concluir, el único supuesto que se ha reconocido por la legislación reguladora de uno de los campos médico-científicos que en este trabajo nos ocupan. Se trata de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, cuyo artículo 19.2 ha estipulado que "los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia", estableciendo, claro está, cautelas y límites para garantizar en todo caso la satisfacción del derecho de la mujer, "sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia".

### **3.3. Legislar con respeto a la dignidad humana**

Otro aspecto en el que conviene incidir en aras de una pacífica regulación de las materias médico-científicas éticamente controvertidas tiene que ver con la dignidad. Según dispone el artículo 10.1 CE, la

<sup>25</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "El marco normativo de la libertad religiosa", en A. MOTILLA DE LA CALLE et al., La libertad religiosa a los veinte años de su Ley Orgánica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, p. 193.

dignidad humana es fundamento del orden político y de la paz social. Como señalara el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, la Constitución elevaría, pues, la dignidad a valor jurídico fundamental, “como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”, sin perjuicio de lo cual se halla especialmente vinculada “con el 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)”<sup>26</sup>.

Concluye el Alto Tribunal afirmando que, según puede deducirse del sentido de estos preceptos, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”<sup>27</sup>.

Algunas conclusiones pueden alcanzarse sobre la mayor o menor presencia de este valor entre los intereses ponderados en la distinta legislación reguladora de las materias examinadas. En el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo, el Tribunal Constitucional señalaría en relación con la mujer embarazada que, aunque la dignidad está reconocida con carácter general a todas las personas, cuando deba concretarse en el ámbito de la maternidad, no puede ignorarse “el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina” y la concreción de los derechos a los que la dignidad se halla íntimamente vinculada, “que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir”<sup>28</sup>. Del otro lado se encuentra el nasciturus, al que -como se recordará- el Tribunal Constitucional no consideró titular del derecho a la vida del artículo 15 CE, pero sí un bien jurídico protegido al amparo de éste. A partir de la aceptada concepción gradualista sobre la protección de la vida, la dignidad humana desplegará sus máximos efectos respecto de la persona nacida pero ello no significa que no despliegue ninguno en relación con el nasciturus. En el mismo sentido, situándonos ya en la legislación reguladora de la reproducción asistida, cabe sostener que esta última afirmación es también válida para el preembrión, por lo que la dignidad humana deberá tenerse en cuenta en alguna medida en el tratamiento de aquél. En cuanto a la normativa sobre investigación biomédica, el hecho de que no concorra propiamente la dignidad humana en el caso de embriones y fetos no viables, no excluye tampoco que tal valor tenga “una determinada proyección en

---

<sup>26</sup> STC 53/1985, FFJJ 3 y 8.

<sup>27</sup> STC 53/1985, FJ 8.

<sup>28</sup> STC 53/1985, FJ 8.

determinados aspectos de la regulación de los mismos”<sup>29</sup>. Por último, en relación con la legislación reguladora de los derechos del paciente al final de su vida, puede afirmarse que si la dignidad de la persona exige que en principio deba respetarse siempre la voluntad del paciente, “la vulnerabilidad de quienes padecen una enfermedad incurable y de nefasto pronóstico”<sup>30</sup>, en general, de quienes se encuentran en el final de su vida, exige incluso una seguridad mayor en el respeto de su voluntad.

La mayor parte de la legislación examinada se ha preocupado por respetar la dignidad humana en la regulación de la materia que trata. Tal es el caso de la Ley 41/2002, la Ley 14/2007 o la Ley Orgánica 2/2010. La ley 14/2006, sin embargo, no alude en ningún momento a esta cuestión, ni a ninguna otra conectada con la dignidad humana. En relación con las primeras normas, además, se ha puesto de manifiesto que en algunas se incide en éste y otros aspectos de calado ético sólo formalmente, no teniendo en cuenta realmente a la hora de la ponderación de intereses y la regulación.

Interesa insistir, pues, para concluir, en la importancia de tomar en consideración el valor que representa la dignidad humana a la hora de abordar estas materias, como una forma más de garantizar la máxima corrección en su regulación.

### **3.4. Ponderar sólo (y todos) los intereses en conflicto**

Una última propuesta para regular pacíficamente estos asuntos consiste en asegurarse de efectuar una ponderación correctamente enfocada, y no por lo que hace al resultado alcanzado sobre el derecho, bien o valor que, en última instancia, deba prevalecer, sino en cuanto a la propia concurrencia de tales intereses. Esta propuesta está relacionada con la planteada en primer lugar, pues es precisamente una aproximación ideologizada a la cuestión la que puede conducir a valorar erróneamente los intereses que confluyen, excluyendo alguno que, de hecho, esté presente en el conflicto o ponderando uno que no lo esté. Interesa exponer algunos ejemplos de este tipo de ponderación errónea, esto es, de supuestos en los que se ha pretendido dejar al margen algún derecho o bien jurídico que sí concurría o bien se ha valorado un interés que, por el contrario, no lo hacía.

La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ponderar, de un lado, el derecho de la mujer a recibir la prestación -manifestación de otros intereses con relevancia constitucional, a los que se refiere, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010- y, de otro, el deber de protección del bien

<sup>29</sup> STC 212/1996, FJ 5.

<sup>30</sup> Díez FERNÁNDEZ, J. A., “Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de ley andaluz de muerte digna”, Cuadernos de Bioética, 71, 2010, p. 57.



jurídico que es la vida del nasciturus (que no es titular del derecho fundamental a la vida). Algún sector doctrinal, sin embargo, ha defendido que no se da tal conflicto de intereses, puesto que no existe un derecho de la mujer embarazada a abortar ni, por tanto, un deber correlativo del personal sanitario a interrumpir el embarazo de la mujer que así lo desee<sup>31</sup>. En mi opinión, negar la presencia de los diversos derechos de la mujer en este asunto obedece más que nada al sesgo ideológico desde el que se ha abordado la cuestión y, en todo caso, no creo que este razonamiento resulte jurídicamente sostenible.

Otro ejemplo que puede darse, ahora sobre intereses que realmente no confluyen y que no deberían, pues, ser ponderados, se produce en el contexto del rechazo del tratamiento médico, que constituye una manifestación del derecho a la integridad física del artículo 15 CE. Del otro lado podría concurrir la obligación de los poderes públicos de proteger la salud o la vida del paciente, pero sólo si se trata de una persona incapaz o de un menor. En el caso del adulto capaz, como se expuso en líneas anteriores, la obligación decae ante el deseo del paciente de no recibir el tratamiento. Inicialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se mostró titubeante en este sentido<sup>32</sup>, pero la jurisprudencia posterior<sup>33</sup> y la inequívoca afirmación del principio de autonomía del paciente no dejan lugar a dudas. Siempre que se trate de un adulto capaz y con las excepciones previstas por la ley, no existe un deber jurídico de someterse al tratamiento médico, por lo que, en tal caso, no se produce el pretendido conflicto de intereses.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, CEPC, Madrid, 2006.
- BARRERO ORTEGA, A. y GÓMEZ ABEJA, L., “The Spanish Legal Abortion reform in 2010”, en GARCÍA SAN JOSÉ, D. (dir.), *Biolaw and Bioethics in Spain*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 71-90.
- BÖCKENFORDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, BadenBaden, 1993.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, J. A., “Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de ley andaluza de muerte digna”, *Cuadernos de Bioética*, 71, 2010, pp. 51-60.

---

<sup>31</sup> NAVARRO VALS, R., y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2012, p. 148 y ss.

<sup>32</sup> ATC 369/1984.

<sup>33</sup> A partir de las SSTC 120/1990 y 137/1990. Otras decisiones posteriores son las SSTC 154/2002 y 37/2011.

LAURA GÓMEZ ABEJA: “LOS ÁMBITOS MÉDICO-CIENTÍFICOS ÉTICAMENTE MÁS CONTROVERTIDOS. ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN PACÍFICA

FECHA DE ENVÍO DE ORIGINAL: 18.02.2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 24.03.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2016.i01.05>

- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la unión europea. Proyecciones constitucionales de la sentencia TJUE Brüstle v. greenpeace (as. c-34/10)”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, 17, 2012, pp. 675-720.
- GÓMEZ ABEJA, L., El derecho a rechazar el tratamiento médico. (Análisis de los antecedentes desde una perspectiva constitucional), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- LORENZO SALGADO, J.M., “Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código Penal”, Estudios Penales y Criminológicos, 25, 2004, pp. 149-216.
- MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., “El marco normativo de la libertad religiosa”, en A. MOTILLA DE LA CALLE et al., La libertad religiosa a los veinte años de su Ley Orgánica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pp. 167-215.
- NAVARRO VALS, R., y MARTÍNEZ TORRÓN, J., Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia, Iustel, Madrid, 2012.
- REY MARTÍNEZ, F., Eutanasia y derechos fundamentales, CEPC, Madrid, 2008.