

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Genética y Derecho

Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel
Titular de Filosofía del Derecho. UCM

BIOÉTICA, GENÉTICA Y DERECHO
Ponencia

Serie: *Penal*

VOCES: GENETICA. ADN. INGENIERIA GENETICA. BIOETICA. FILOSOFIA DEL DERECHO. DERECHOS HUMANOS.

ÍNDICE

- I. El origen de la bioética
- II. Aspectos fundamentales del cientismo
- III. Dificultades del debate moral
- IV. El papel del Derecho
- V. La decepción de la bioética
- VI. La solución en los derechos humanos
- VII. Derecho y neutralidad
- VIII. Biojurídica
- IX. Bibliografía

TEXTO

Los trágicos acontecimientos del 11 de marzo, más allá de probar hasta qué punto seguimos empeñados en relacionar el terrorismo con nuestras actuaciones como sociedad víctima más que con la ideología criminal que anima a los asesinos, muestran la forma en que la revolución biológica ha incidido en nuestra vida cotidiana y también en nuestras circunstancias excepcionales. Por un lado, la identificación de algunos de los restos de las víctimas por el ADN, si bien actuando como último recurso, nos ha parecido normal, casi rutinaria, aunque ciertamente sigue vinculada en la imaginación popular a las grandes catástrofes. Por otro, produce escalofríos pensar lo que podría ocurrir si la enorme capacidad de destrucción inscrita en las armas biológicas, multiplicable por la ingeniería genética, llegase al alcance de quienes prueban su total carencia de escrúpulos. Conviene recordar que la física a través del arma nuclear cambió las propias relaciones internacionales, e incluso la doctrina de la guerra, sembrando las dudas sobre la posibilidad de guerra justa y creando la terrible teoría de la destrucción mutua asegurada. La capacidad de destrucción de las armas modifica la valoración ética, política y jurídica acerca de la guerra, en idéntica forma a como los efectos de la contaminación modifican el juicio sobre la industria y sus condiciones. En nuestros días el temor al arma biológica en manos de grupos o estados no controlables, por los ya clásicos sistemas creados durante la guerra fría, ha generado respuestas sobre las que estamos discutiendo, y no es aventurado asegurar que la discusión durará muchos años.

El signo de los tiempos en la segunda mitad del siglo XX ha sido el paso del dominio de la materia inerte, muerta, al control de la materia viva. De los grandes sistemas físicos que cautivaron nuestra imaginación, constituyendo el paradigma del saber científico y dando en los Einstein o Heisenberg la imagen del sabio, hemos pasado a la preeminencia de la biología (KUTUKDJIAN, 2002).

La misma forma de manipular la realidad ha sufrido una drástica transformación. En los años treinta, cuarenta o cincuenta del siglo pasado el mundo, salvo en la mente de unos pocos iluminados o muy avanzados o muy retrógrados, era una res extensa transformable. El impacto humano era lo que creaba la transformación en una realidad que se consideraba estática. El modelo era la industria, el efecto siempre positivo. El desarrollo, la tecnocracia, el progreso lineal fueron los conceptos más destacados de ese momento. En este sentido, el cambio actual no es solo de paradigma, biológico por físico; la preeminencia de la biología viene acompañada de una profunda sospecha sobre la propia actuación del hombre.

En efecto, en algún lugar del siglo veinte perdimos la inocencia. Al principio, tras la primera guerra mundial la revuelta fue contra los viejos ideales que habían utilizado a la industria en la guerra. Es relevante que los cuatro años que transcu-

rrieron entre 1914 y 1918 sirvieron para convertir todo lo vigente en viejo. Desde las ideas políticas y el peso de las mismas, a los referentes literarios, tanto en la novela como en la poesía, desde la pintura al discurso público en los medios parecía que había pasado un siglo más que sólo 4 años. La enorme crisis, que atraviesa la literatura del siglo veinte fue primera para hacerse más modernos, pero luego tras la caída de los totalitarismos, última afirmación radical de la modernidad, la revuelta fue más profunda contra los propios elementos definidores del mundo que culminaba en esos años.

La postmodernidad esta acompañada por una pluralidad de elementos, pero entre ellos destaca la conciencia ecológica. El hombre adquiere conciencia de su impacto en el entorno natural e incluso en un determinado momento llega a la conclusión de que está poniendo en riesgo el propio futuro de la Tierra. Cuando consideramos el momento actual podemos decir que la propia consideración de nuestro entorno como un ser vivo vuelve sospechosa la acción humana sobre el mismo. No hay que ser un radical partidario de Gaia, la madre tierra, ni estar en la secta new age para compartir la creencia de que en el mundo considerado prácticamente como un ser vivo los efectos de la industrialización son ambivalentes, y que junto a un notable desarrollo material hemos generado enormes problemas de los que sólo antes de ayer hemos tomado conciencia. De todas formas, no conviene dejarse arrastrar por determinadas modas, perdiendo la perspectiva. Nunca antes tanta gente ha vivido con sus necesidades básicas cubiertas, ni nunca antes el sistema político representativo o el imperio de la ley han estado tan extendidos.

Hay elementos fácilmente observables en la propia esfera jurídica de este cambio. En el siglo XIX la respuesta susceptible ante el cambio tecnológico era eminentemente reaccionaria o al menos era fácilmente etiquetable como tal. Entiéndase que la caracterización de reaccionario no afecta al valor del diagnóstico, véase si no el éxito de las predicciones de DE MAISTRE, nuestro DONOSO CORTÉS o el propio TOLKIEN, pero sí a la viabilidad de las soluciones propuestas, interpretadas como utopismo hacia el pasado. Eso ya no es igual en nuestros días. Cualquier descubrimiento o innovación tecnológica produce inmediatamente una preocupación por la forma en que la novedad influirá, por ejemplo, sobre las libertades individuales. Piénsese así en cómo observamos la influencia de la informática o cómo se ha trabajado sobre el proyecto genoma humano.

I. El origen de la bioética

En este contexto surgió la bioética, vinculada en sus primeros exponentes a la *deep ecology*, y situada entre el Gargoris del optimismo ante el futuro de la propia biología y el Habidis del temor al efecto sobre nuestro entorno o la propia naturaleza del hombre. El ecologismo radical no plantea una valoración de la ecología dentro de los parámetros dominantes sino que establece una nueva "visión del mundo" en la que por cierto el valor de lo humano resulta claramente disminuido. La nueva situación genera algunas convicciones que debemos tener en cuenta como presupuestos de cualquier razonamiento jurídico (en este punto, POTTER, 1971).

El primero es que no es posible contar con una autoregulación surgida del propio telos de la investigación científica. No es posible remitirse a una hipotética distinción entre el descubrimiento científico y la aplicación tecnológica. Esta ingenuidad no se puede mantener en la ciencia contemporánea, donde el propio descubrimiento se traduce automáticamente en efecto tecnológico, pues el mismo método lo es y además el complejo industrial, y sus intereses, prefigura, incide y dirige el avance científico.

Se suele aceptar la distinción básica entre ciencia y técnica a través de sus diferentes funciones. Así, la función específica y primaria de la ciencia es la adquisición de conocimientos, mientras que la técnica tendería a la realización de ciertos procedimientos o productos. La primera meta de la ciencia es conocer algo, mientras que la meta de la técnica es hacer algo. Por ello, la ciencia es fundamentalmente una búsqueda de la verdad, mientras que la técnica busca realizar algo útil. Conviene recordar la estrecha relación que existe entre ciencia y técnica. Se manifiesta esencialmente en la tecnología, que implica la aplicación de los descubrimientos científicos. A su vez comporta necesariamente una forma de relación entre ciencia y técnica que no se daba necesariamente en otras culturas anteriores a la nuestra.

En última instancia, tanto la ciencia como la técnica se unen en el hombre, que por un lado conoce y, por otro, actúa. Es decir, que conoce para actuar o elabora conocimientos para conocer. Y sobre este sujeto individual o colectivo recae el juicio ético. De esta forma, si en principio el conocimiento es bueno y la aplicación es buena o mala, se ha entendido acertadamente que a veces se conoce para actuar y otras se conoce por medios que pueden ser juzgados.

El segundo esta expresado en una afortunada imagen de LAÍN ENTRALGO en el prólogo a la tesis en Medicina de ROMEO CASABONA (ROMEO CASABONA, 1994): al menos desde la invención del hacha de sílex sabemos que no todo lo que se puede hacer se debe hacer. Esto es cierto, añadiríamos nosotros, pero también sabemos que desde ese momento ya no podemos vivir como si no hubiera hachas de sílex, que en general tuvieron sus ventajas pero que al mismo tiempo nos enfrentaron con unas posibilidades de destrucción hasta entonces desconocidas. Como indica Diego GRACIA "la historia como proceso de posibilidad tiene siempre carácter ambivalente, de modo que nunca hay en ella creación de posibilidades positivas que no tenga como consecuencia colateral la aparición de posibilidades negativas; dicho de otro modo que la historia a la vez que posibilita imposibilita; o también, que a la vez que posibilita positivamente, posibilita negativamente" (Diego GRACIA, 2004).

Este factor tiene su base en la propia naturaleza humana, o al menos en la forma en que históricamente se ha manifestado, al margen de toda utopía que soñara con que la transformación de las circunstancias reales transformaría radicalmente la posibilidad del actuar mal. Esta dificultad del hombre para generar solo posibilidades positivas o benéficas en cada poder adquirido es indiferente al hecho de que el propio ser humano aspire al bien. De nuevo con GRACIA: "Por supuesto que el hombre siempre intenta generar posibilidades positivas. Pero es un hecho a lo largo de la historia que no sabe producir posibilidades positivas sin que colateralmente surjan también posibilidades negativas, es decir posibilidades que acondicionan mal la vida de los seres humanos. que les hacen ser menos humanos, menos perfectos, menos felices" (Diego GRACIA, 2004).

Esta incapacidad va unida a otra que debemos tener muy en cuenta cuando nos referimos a la diferenciación entre ética y política, se trata de la dificultad del hombre para culminar su ideal de perfección o en lenguaje kantiano "el deber". Esto es relevante en cuanto el discurso bioético sólo es referente parcial de un derecho que debe partir de la realidad. Esto sucede en nuestro área cuando nos referimos al ideal de investigación y las obligaciones deontológicas que se relacionan con la misma, también cuando consideramos el telos médico y el alejamiento del modelo respecto a múltiples comportamientos cotidianos. El Derecho no puede actuar como si el comportamiento fuera el ideal, sin considerar la realidad en la atribución. Enténdaseme, no negamos su campo a la bioética o a la deontología, ni mucho menos que lo que describen éstas como bueno no lo sea; sencillamente, y esto es notorio, no podemos actuar como si el comportamiento fuera siempre ése, peor aún la realidad nos induce a actuar como si muchas veces ese comportamiento no fuera el habitual.

II. Aspectos fundamentales del cientismo

En este aspecto la propia filosofía de la ciencia nos ha dado claves que permiten situar el papel del derecho sin caer en ingenuidades. Tanto la ciencia biomédica como la tecnología biomédica pueden ser, y de hecho han sido, instrumentalizadas, tanto por el poder político como por los sistemas económicos-tecnológicos (SERRANO, 2002).

La relación entre el poder y el investigador científico en el complejo militar industrial ha sido objeto de profundo análisis entre nosotros, aunque el grueso de esta reflexión no ha afectado plenamente a la bioética, salvo en los casos de investigación sobre seres humanos con fines militares tan comunes a la literatura de los años 40 y 50, primeramente respecto a las potencias derrotadas en la Segunda Guerra Mundial, pronto respecto a todas (HERRANZ, 1987).

El desarrollo de la biotecnología y de la ciencia biomédica ha centrado de nuevo la relación entre científicos y poder en nuestra época. Esta relación es observable en algunos aspectos que sin ánimo de ser exhaustivos analizaremos a continuación.

Así, en primer lugar, conviene detenerse en el proceso de emulación internacional en ciertas prácticas que convierte al científico, y sobre todo al objeto o beneficiario de estas prácticas, en instrumento de prestigio, con menoscabo de la pretendida neutralidad y, sobre todo, de la deontología profesional.

Esta tentación, que tiene su base en algo tan humano como la vanidad ha rondado siempre la actividad científica, en general, y biomédica en particular, pero en estos tiempos de predominio de los medios de comunicación de masas produce efectos desmesurados, muchos de ellos sorprendentes. Así podemos fijarnos en muchas actuaciones en la investigación en materia de fecundación asistida o, más recientemente alrededor del SIDA, donde el afán de curación, y el mismo afán de conocimiento científico, pierden su prioridad ante el prestigio. Éste puede ser personal, afectar a una institución determinada, como una universidad o un instituto, o incluir el orgullo nacional, tal como ha sucedido en numerosas ocasiones entre científicos franceses o americanos, por poner un ejemplo. Este último caso, como siempre que intervienen Estados o intereses nacionales, es el que causa mayores riesgos.

Incluso puede provocar un efecto en cascada donde las limitaciones bioéticas aparecen como trasnochadas moralizaciones, que harán perder "competitividad" a un determinado país, palabra clave que ofusca en nuestra época un buen número de conciencias. Prevalece así el argumento según el cual si una investigación no se realiza en un país por razones éticas se realizará en otros, por lo que se produciría en el primero un retraso. Término que convoca todas las emociones negativas de nuestra época. Observen que este argumento es especialmente nocivo pues siempre es posible encontrar un país "gamberro", en la terminología actual, que tire del conjunto de la investigación internacional. También que este argumento vale tanto para la limitación bioética, como la ecológica o las relaciones laborales o la protección de derechos humanos. Estas últimas son las que han despertado mayor interés en los tratadistas. Podemos decir que la situación internacional incide en un doble sentido. Por un lado, mediante declaraciones de derechos y convenios existe una acción garantista claramente loable, pero por otro la fuerza de los "hechos" produce una carrera donde las prevenciones no están bien vistas.

Además, no es posible ignorar que el científico y el biomédico están inmersos en la actualidad en un complejo técnico-industrial de gran poder, cuyo concurso es, en buena medida, indispensable no sólo para la investigación sino incluso para la práctica biomédica. Lo que se conoce como la funcionarización del médico tiene su correspondencia en la subor-

dinación del investigador al complejo institucional de investigación. En este sentido, la pretendida independencia del científico y su no-sometimiento a controles sociales, se convierte en impunidad del complejo industrial para alcanzar objetivos discutibles y eludir responsabilidades muy notorias.

La inmunidad del científico que se plantea sólo respecto a la investigación científica, y aún en ella con ciertas salvedades, no debe convertirse en inmunidad del complejo tecnológico. Si la tecnología, que es irrenunciable y ha cambiado de forma decisiva nuestro entorno, es beneficiosa, se debe en buena medida al esfuerzo humano de control que ha llevado al abandono de ciertos procedimientos por su inutilidad o sus riesgos. La Historia más reciente nos enseña que el complejo técnico industrial, o si se quiere el hombre a través de él puede realizar acciones detestables. Así ocurre con los fetos humanos utilizados no sólo para la investigación sino incluso para la elaboración de preparados en la industria cosmética.

Donde probablemente la ciencia y a tecnología se relacionan más estrictamente con el poder es a través de la pretensión de la ciencia y la tecnología de sustituir a la ideología. Como ha indicado AGAZZI, la ciencia pretende tener frente a la ideología una serie de caracteres positivos (AGGAZZI, 1996) Éstos se manifiestan en lo que se ha denominado la humildad científica que aspira a reducir sus afirmaciones a un ámbito constatable. Es decir, la ciencia intenta circunscribir sus conclusiones al ámbito en que han sido formuladas, sin extrapolaciones arbitrarias. Es antidogmática, no es intolerante, y sobre todo maneja el criterio de falsabilidad que desde las aportaciones de Popper se ha convertido en el criterio fundamental de científicidad.

Ahora bien, precisamente las características del cientismo indican que sus conclusiones trascienden el campo de la ciencia al que se refieren. La consecuencia es que la ideología científica tiene todos los caracteres "negativos" de cualquier otra ideología. Caracteres que adquiere al no considerarse a sí misma en su totalidad, y no sólo respecto a cada ciencia en particular, como un modo de saber ilimitado. La ideologización dominante procede más de la tecnología que de la propia ciencia, en cuanto pone su acento especialmente en lo útil. Y parece que en sociedades complicadas como la nuestra no hay mejor solución que la racionalidad, es decir, la correcta disposición de medios y fines, o la antidogmaticidad, es decir, atención a las condiciones de posibilidad. Ambas caracterizan según su propia descripción a la tecnología y a quienes la manejan.

Pero como sabemos, la tecnología ideologizada es la tecnocracia. Es decir, la ideología dominante desde los años sesenta en amplios espectros de nuestras comunidades. Conviene aclarar que la tecnocracia no es la tecnología resolviendo los problemas humanos, como explica en sus argumentos ideológicos, sino que es la ideología sirviéndose de la técnica para encubrir sus fines. Se ha señalado con acierto como la ideología tecnocrática no esta especialmente capacitada para definir esos fines, al menos no mejor que cualquier otra ideología. Si hay en ella algo característico es la capacidad para presentar determinados fines como exigencias de la realización técnica. En los aspectos axiológicos esto es especialmente relevante, pues la tendencia es a presentar los valores como tabúes y las exigencias de la dignidad humana como afirmaciones opinables y fundamentalmente individuales, esto es, sin trascendencia social objetiva.

También es característica de la tecnocracia la negación de la subsidiariedad como principio básico de organización social, concentrando en los expertos la resolución de los problemas sociales sin apelar a conceptos clásicos como el de justicia, ciertamente muy relevante. Se traslada así desde la sede política, o jurídica, la resolución de los conflictos y objetivos hasta organismos tecnocráticos, en los que predomina la irresponsabilidad política respecto a los errores cometidos.

Las ciencias biomédicas son también susceptibles de un manejo tecnocrático. Algunas de las técnicas desarrolladas pueden imponer su lógica respecto a ciertos fines predeterminados, y así fines como la mejora de la salud o el patrimonio genético de la especie humana pueden imponer su lógica técnica afectando a la intimidad de las personas, el derecho a fundar una familia, la libertad de trabajo y otros semejantes.

III. Dificultades del debate moral

Creo que tiene razón Francesco D'AGOSTINO cuando considera que uno de nuestros defectos es que el debate jurídico se está reduciendo a un debate moral. La objeción parece en sí misma un contrasentido. ¿Cómo puede considerarse pernicioso que un debate bioético sea ético? Ni siquiera precisando que lo imputado es que el debate bioético sea ético habremos avanzado gran cosa (D'AGOSTINO, 2003).

Aceptemos que tras una larga discusión en la que hemos intervenido todos los incursos en esta nueva tierra de promisión científica, qué es la bioética; discusión en la que, como es obvio, se han utilizado fundamentalmente argumentos éticos, acordamos que cierta práctica, en determinado supuesto, es honesta o deshonesta. ¿Hemos resuelto la cuestión o, para ser más precisos, toda la cuestión? Parece que no. Aceptemos que la práctica es honesta. Es dudoso que con ello hayamos resuelto si, por ejemplo, los destinatarios tienen derecho a exigir del Estado un gasto extraordinario en investigación para hacerla posible, o que debamos o no, modificar el régimen legal general para facilitar esta práctica, o que la misma se constituya, en sentido estricto, en un derecho para sus beneficiarios; o que esté resuelta la interacción de la citada práctica con derechos de terceros, involucrados más o menos directamente en la cuestión; o si podemos exigir y bajo que condiciones al personal sanitario que la realice; o que finalmente, consideremos la objeción de conciencia a la

misma, y bajo qué supuestos.

Lo mismo ocurre si consideramos que la práctica es deshonesta. ¿Resolvemos con esto la cuestión de si debemos sancionar penal o administrativamente a los que la practiquen? Evidentemente no. Tampoco resolvemos si esta ilicitud es jurídica, estrictamente moral o, más bien, deontológica por apartarse de los cánones de la profesión médica o del telos de la profesión médica.

Para gran parte de las preguntas planteadas hasta aquí la respuesta es jurídica o, si se quiere, biojurídica; para otras, deontológica; para unas pocas política al entrar claramente en el ámbito de la asignación de recursos, o de la política de protección de la familia. Pensemos en lo que ha ocurrido con nosotros en algunas operaciones, médicamente indicadas de cambio de sexo. Algunos derivan de su licitud moral directamente el derecho a la financiación pública, cuando en sentido estricto no parece tener mayor o menor indicación que, por ejemplo, el tratamiento bucodental o ciertas operaciones de cirugía estética de impacto relativamente importante en condiciones psicológicas. Por no hablar de los problemas de asistencia psiquiátrica, tratamiento ambulatorio del dolor y otras cuestiones defectuosamente resueltas por nuestro sistema de sanidad público. Sin despreciar, en absoluto, la cuestión ética y, mas bien, considerándola un prius indispensable en nuestra discusión, está claro que sólo con las respuestas que obtenemos de ella no podemos hacer frente a los numerosos retos planteados en torno a la trascendencia social de la investigación y la práctica biomédicas. Es más, en algunos casos, el tipo de discusión que viene produciéndose en el campo de la moral resulta especialmente perjudicial en su proyección al Derecho.

IV. El papel del Derecho

¿Cómo enfrenta el Derecho las nuevas circunstancias? Malamente, me diría un castizo. Cierto es que algunas de las acusaciones recibidas por el Derecho son francamente rechazables. Me detendré en la primera obviedad que hay que soportar en cualquier congreso médico. La respuesta jurídica es siempre posterior, incluso retrasada respecto a la realidad y muchas veces con normas viejas. En este punto quizás conviniera recordar que este actuar sobre una realidad ya producida en una característica del propio Derecho y que las alternativas no son ni mucho menos mejores. Por otro lado la readaptación de las leyes y de los viejos conceptos es una vieja tradición del Derecho con inmejorables resultados, baste a estos efectos citar lo que hicieron los comentaristas con algunas viejas leyes romanas. En este punto, sería deseable que unos no hiciésemos puntualizaciones infundadas sobre elementos científicos si otros no hiciesen simplificaciones jurídicas.

De todas formas conviene matizar que tenemos nuestras tentaciones y que caemos en ellas aunque discrepo de Oscar Wilde y no creo que sea la mejor forma de combatir las. Una de ellas la hemos visto en nuestra campaña electoral. No teman que una vez terminada intente resucitarla en este foro. Incluso el "divino" marqués aceptaba límites en su sadismo. Pero la tentación esta extendida en todos los programas y sobre todo en las declaraciones, lo malo es que luego con el BOE en la mano la tentación tiene efectos especialmente nocivos. Me refiero a la tendencia a un uso meramente retórico del Derecho, a veces del mismo Derecho penal. Se trata del uso del Derecho como factor de modernidad o la respuesta inmediata a la novedad periodística especialmente grave en las cuestiones más escabrosas. Alguno se empeña en legislar como si esto fuera Harvard dentro de diez años, y eso tiene sus efectos nocivos. Un ejemplo de lo dicho fue el Código penal del 95.

A esto se une una tendencia a olvidar principios básicos, de manual, como el de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal. Nuestro tipo de la clonación es un buen ejemplo. Se penalizó de forma retórica, lo de "los otros procedimientos" es antológico, y al final no se entiende muy bien lo que dice. (Por supuesto hay una interpretación que entiende que el Código penaliza claramente los dos procedimientos que implican clonación SERRANO 2003 y ROMEO CASABONA 1999, este último con matices.)

Otro problema es que el bioderecho se convierta en un mero creador de procedimientos validadores de las situaciones de hecho alcanzadas, sin tener una aportación propia. Como si el Derecho fuera un sancionador técnico de cualquier cosa y no tuviera nada que decir desde las propias exigencias de su condición relacional. En este punto el Derecho se vacía y se impone una situación semilibertaria. Conviene recordar que muchas veces las situaciones de hecho reflejan relaciones de poder, donde él más fuerte impone su voluntad. Un Derecho limitado a ese papel sería un fiel reflejo de la caricatura que sobre su condición ideológica definió el marxismo. Sería irónico que al cabo de los años esa explicación fuera cierta al menos en el área biojurídica (PALAZZANI, 2002).

V. La decepción de la bioética

La reflexión biojurídica o en bioderecho sigue a la discusión bioética. Hemos de reconocer que en este punto la bioética resulta decepcionante. Como ha indicado el iusfilósofo italiano Francesco D'AGOSTINO (2003) la bioética surge de un malestar pero pasado el tiempo no parece que haga mucho para eliminar o, más precisamente, aliviar ese malestar. Mucho se debe a su carácter de novedad, en términos relativos una ciencia con treinta años se encuentra en una fase

infantil, en buena medida su discurso es balbuceante. Quizás es pedirle demasiado que aporte un cuerpo de soluciones cuando sus propios límites y principios apenas se están asentando. Pero junto a su bisoñez hay otros elementos que deben destacarse como causa de la indicada falta de adecuación para ofrecer soluciones.

El primero es su carácter interdisciplinar. Se trata de un tópico que ha generado una abundante literatura e incluso una forma de actuar habitual, algo así como el equipo de guardia de médico, científico, jurista, sociólogo o ético. Esta presencia es muy habitual en las comisiones de bioética, en los comités de asesoramiento de ministerios como el de ciencia y tecnología, e incluso en comisiones muy concretas como las regionales que en Holanda deben revisar los procedimientos de eutanasia, a posteriori, para observar su idoneidad. En cierta forma podría parecer que la condición interdisciplinaria recupera la vieja unión de las ciencias, tan añorada en cierta forma en nuestra época. Es indudable, y aquí reside parte de la dificultad, que la fragmentación del conocimiento se ha traducido en pluralidad de métodos, incluso de lenguajes, que dificulta la comunicación. Se habla de invasión de otras perspectivas especialmente en áreas como la deontología médica, lo que ha provocado una cierta reacción y hartazgo del propio término bioética. Desde nuestra perspectiva jurídica podemos ver una cierta moralización. Una reducción del debate a formas de discusión preferentemente morales. Así sucede cuando se plantean cuestiones desde la única perspectiva de derechos morales, entendidos como reivindicaciones que se dirigen a la comunidad, sin referencias a elementos objetivos que las avalen sino más bien como manifestaciones de voluntad, de deseos entendidos en un sentido fuerte. El acceso a la reproducción asistida con semen de fallecido, de mujeres que han superado la edad de la menopausia o de parejas de personas con tendencias homosexuales, más habitualmente lesbianas, son ejemplo de este fenómeno.

La sensación de malestar se debe igualmente a la fundamentación ética de la propia bioética. No se trata estrictamente del fenómeno del pluralismo moral, tan comentado, y que en un elemento definidor de nuestra época. La cuestión es más compleja. El malestar surge más bien de la dificultad de encontrar fórmulas de solución de las cuestiones en donde se plantean divergencias por razón de la condición pluralista de nuestra sociedad. El debate bioético ha sido especialmente ilustrativo de estos problemas y no deja de ser curioso que en una época de permanente referencia a la ética procedimental nuestra mayor carencia se encuentre precisamente en la ausencia de procedimientos. En este contexto asistimos a un proceso ciertamente contradictorio. Por un lado, vemos como el Derecho remite a la bioética como fuente de soluciones, por otro la propia bioética se juridifica, por influencia de la ética anglosajona, planteándose principalmente como una cuestión de enfrentamiento de derechos o de realización de los mismos.

Lo que podíamos denominar las dificultades del Derecho hacia el razonamiento bioético se inscriben también dentro de las tradicionalmente complejas relaciones entre Derecho y moral. Esta complejidad se expresa en los sucesivos cambios de paradigma que se dan al menos desde la Edad Media, y aún antes. Recordemos, en efecto, que la propia Antigüedad también tuvo sus alternativas, desde una moral que se expresaba en la Ley y un hombre que completaba su perfección en la polis, al descubrimiento del fin individual en el epicureísmo, la moral universal en el estoicismo o la propia conciencia en el cristianismo.

Siguiendo de nuevo a D'AGOSTINO (2003) la relación entre moral y derecho desde los albores de la modernidad puede caracterizarse de la siguiente forma. Primero subordinación del Derecho a la moral, luego independencia, finalmente subordinación de la ética al Derecho.

El primer modelo sería el antiguo y medieval. Entendió al Derecho como una realidad con fin propio subordinado al telos propio del hombre y de su vida en sociedad. Sus ejemplos más acabados se dieron en las filosofías de Aristóteles y Tomás de Aquino, aunque hay intérpretes, como VILLEY que consideran que en estos últimos no se produce la subordinación en sentido estricto, más propia de otras corrientes de pensamiento como el platonismo y el agustinismo. Todos estos modelos parten de la base de que es posible la unidad moral de la sociedad y que, por tanto, una ética única de base racional o revelada se constituye en referente del Derecho de una forma completa.

La división religiosa entre confesiones cristianas producto de la Reforma y la propia evolución de la conciencia del hombre occidental dieron lugar a una visión que separaba la moral del Derecho, siendo lo primero un ámbito interno y lo segundo un ámbito externo y compartido. Con mayor o menor fortuna esta división empezaría su camino en GROCIO, que intentaba con el Derecho internacional facilitar el lugar de encuentro en el trato entre naciones que se había roto tras la ruptura de la Cristiandad, Realidad político cultural predominante en la Edad Media. Tuvo esta posición su exponente más certero en TOMASIO, que en la división entre moral y Derecho por el carácter interno de la primera y externo de la segunda aspiraba a salvar la conciencia individual de los pertenecientes a minorías religiosas. Esta en la raíz de la postura más acabada de KANT que afirma la condición autónoma de la moral y heterónoma del derecho, lo que redundaría a la postre en la minusvaloración ética del propio Derecho, resultado no buscado pero muy presente en formas de pensar contemporáneas.

La doctrina de la separación entre moral y Derecho que crea en el segundo un punto de encuentro social se sustentaba en una serie de presupuestos, provenientes de la homogeneidad moral de las sociedades modernas y contemporáneas. En efecto, las posiciones morales, a pesar de su aparente discrepancia, eran muy semejantes y procedían de una herencia clásica y cristiana común. Precisamente, el intento de construir la moral desde los parámetros racionales e individualistas de la Ilustración, superando cualquier tradición, dio lugar a lo que autores como Alasdair MACINTYRE han denominado el fracaso del proyecto ilustrado.

Aunque convencionalmente muchos piensan que el segundo esquema ha sido el vigente durante el siglo XX, señala dos autores han resaltado como la relación evolucionó hacia una subordinación de la moral al Derecho. En efecto, el siglo XX fue el de la juridificación de parámetros éticos y jurídicos universales en las declaraciones de derechos, entre las que ocupa un lugar privilegiado la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Se construye así un canon jurídico que no sólo se traduce o aplica en cada legislación nacional sino que además funciona como referente ético común. El efecto sobre la ética, por cierto, es algo desconcertante pues esta se ve limitada en cuanto que en lugar de centrarse en el comportamiento que uno debe tener hacia los otros, o en el camino de perfección individual que produce la felicidad, se ocupa en ver cuales son las conductas exigibles a unas personas o grupos respecto a otros.

Con todo, esta aparente subordinación no explica la complejidad de la época postmoderna. En efecto, el mismo esquema de la superioridad de la legislación sufre constantes embates desde la pluralidad ética reinante. Además la legislación del Estado, es decir, el derecho en su sentido moderno, está sometida permanentemente al examen de su respeto a la dignidad del hombre. Es en este contexto donde debemos plantearnos cuáles son las exigencias que debe reunir la biojurídica.

VI. La solución en los derechos humanos

Por supuesto se han intentado soluciones superadoras. La primera es la referencia a los derechos humanos. Estos pueden entenderse en primer lugar como un método de razonamiento y solución. En segundo sentido, como una realidad positiva, en cuanto que afirmamos la existencia de un Derecho positivo.

De forma igualmente paradójica, lo más seguro, es decir, los derechos humanos tal como se manifiestan en las declaraciones de derechos, no garantizan la resolución de los problemas bioéticos, ni parecen darle la razón a los interlocutores en la discusión. Todos los que debaten de bioética afirman defender un derecho humano y pueden atribuirlo a los otros la voluntad de violarlo, minusvalorarlo o reinterpretarlo de forma inadmisibles. Una posible explicación de este rasgo es que los derechos positivos no preveían la situación actual, por la imposibilidad real de predecir el futuro que tenemos los hombres. De esta forma, lo que se debate no es el derecho en sí, tal como se plasmó en su momento –y aunque se concediera la interpretación unívoca entonces, lo que es mucho conceder– sino la aplicación a la nueva realidad. En esta nueva aplicación el derecho humano es un método o una guía pero no una norma que subsume con claridad un hecho y en este punto las ventajas de su carácter positivo desaparecen.

Confundido con este factor se presenta el de la permanente relectura de los derechos, su pretendida extensión a nuevas circunstancias o la pérdida de certeza. Esto viene motivado por la innovación científico-técnica ciertamente, pero también por la profunda evolución social que hemos experimentado, y que fundamentalmente a partir de los años sesenta del pasado siglo ha modificado grandes certezas. Cuando las Declaraciones de Derechos hablaban de un matrimonio en 1945, la interpretación era unívoca, en todo caso con alguna duda sobre sus formas de celebración o disolución, hoy en día el asunto no es claro. Así el derecho de toda persona a contraer matrimonio adquiere un contenido ambiguo. Es significativo en este punto que la salida del problema en alguna legislación como la norteamericana se pretenda resolver mediante un referéndum constitucional que aclare la voluntad popular en este punto, aunque desde luego hay mucho de política electoral de las presidenciales, y no mediante una lectura tradicional del término matrimonio (SERRANO, 1996).

Es indudable que el derecho, algo sorprendido ante la nueva situación, debe eludir ciertos riesgos, que en muchos casos no son exclusivos de la visión jurídica sino que afectan al conjunto de la bioética.

Desde hace algunos años, Leon KASS, procedente de la deontología médica, viene hablando de la bioética complaciente (KASS, 2002). Según su observación, que sigue la evolución de la bioética norteamericana, la nueva ciencia tiene una fuerte tendencia a convertirse en una justificación ideológica de las prácticas ya desarrolladas. En efecto, la bioética procedimental tiende a disolver el dilema ético en una continuada serie de subproblemas y soluciones que se justifican en cuanto representan un nuevo poder o una nueva posibilidad. El obstáculo moral o jurídico de partida queda demolido mediante ese análisis que muchas veces evita extraer todas las consecuencias y analizar los resultados en el mundo real. El efecto es que pasado un tiempo, cualquier nueva propuesta es aceptada y el papel de la bioética se reduce a construir una explicación que permita digerir lo que hasta entonces era escandaloso, muchas veces con el efecto de ignorar o agredir a un bien o un valor.

Como indica KASS los bioéticos se comportan como si no pudieran –ni debieran– más que dar piadosas bendiciones a lo inevitable y los que están empleados ahora por las compañías de biotecnología que deberían estar escrutando o vigilando, reciben la recompensa por no hundir el bote. Esta confusión de papeles se agudiza por circunstancias propias del actual malestar. La sospecha ante el descubrimiento y su aplicación técnica, que existe en el presente y no se conocía en el pasado moderno, crea la necesidad de un control o al menos de una explicación tranquilizadora. Para ello son muy útiles los bioéticos, que proporcionan la explicación. La existencia del 5% ético o jurídico en los presupuestos de proyectos como el del genoma humano significa por un lado que la preocupación existe, pero también quiere decir que la bioética ya no es ingenua, si es que lo ha sido alguna vez.

Es indudable que el campo jurídico esta mejor adaptado para estas circunstancias del juego de intereses. Somos expertos en determinar la incompatibilidad y casi todos nuestros instrumentos tienen muy en cuenta el cruce de intereses. Sabemos entre otras cosas que no se puede vigilar y cobrar del vigilado, que hay que evitar la interferencia corporativa en los ámbitos de decisión públicos, que la presencia de intereses contrapuestos en la misma persona debe evitarse, que el juez tiene que ser neutral y así un largo etcétera de principios que subyacen a todo el Derecho público y privado.

Lamentablemente estos conocimientos no siempre se han utilizado con acierto. Es sorprendente que, por ejemplo, se incida en ellos en los comités de ética o investigación hospitalaria y no en comités asesores gubernamentales como el de reproducción asistida. Se puede argumentar que los comités asesores no son ejecutivos y que en su función los inconvenientes arriba enunciados no son tan graves. De todas formas conviene recordar la incidencia pública de las recomendaciones y recientemente hemos visto incluso las dificultades gubernamentales para discrepar de los informes, convenientemente publicados de los comités asesores. En este punto siempre me he inclinado por una visión clásica del asunto. Las leyes corresponden al parlamento que puede asesorarse pero que al expresar la soberanía nacional legisla y se compromete, y luego responde públicamente de lo que hace. Lo mismo cabe decir de los Ministerios en sus normas propias o en las iniciativas legislativas. El papel asesor es importante pero debe quedar limitado a eso, un papel. En este punto de la cuestión política conviene ser realistas. Por un lado la discusión bioética es utilizable desde el punto de vista ideológico para dar apariencia de progresismo sin excesivo coste, por otro no parece que la citada cuestión sea determinante en la orientación del sufragio, al menos entre nosotros, ni es clave para la constitución de alianzas políticas, ni estabiliza ni desestabiliza gobiernos.

Desde la perspectiva jurídica la actitud complaciente se expresa en la limitación a crear normas procedimentales y se ha plasmado en la creación de una legislación fragmentaria, una jurisprudencia contradictoria y una especie de carrera detrás del descubrimiento científico.

VII. Derecho y neutralidad

Entre las explicaciones generadas para explicar la relación entre la justicia propia de una sociedad democrática y el rasgo del pluralismo moral ha tenido especial éxito la de John RAWLS, dotada de indudables ecos clásicos. Lo más divulgado es su exigencia de que la justicia como equidad excluya la implantación de una teoría omnicomprensiva y su exigencia de un carácter de aceptabilidad (o racionabilidad) a las posiciones que pueden concurrir en dicha sociedad. Esto, sin embargo, no excluye dos matices realmente relevantes, uno es que la construcción de un sistema cívico, con reconocimiento de derechos, con un estado en sentido estricto, corresponde a una determinada tradición con sus elementos de construcción histórica y con unos presupuestos que no se pueden olvidar. En este punto conviene recordar que el propio RAWLS (1996) para definir su sistema que excluye, en su propia opinión, posiciones de fundamentación metafísica parte de una posición propia kantiana, probablemente la postura metafísica por excelencia. Es de sospechar que este punto de partida, por muchos esfuerzos que realice el autor, predetermina su conclusión social.

Por otra parte, la doctrina social explicada por RAWLS, aunque busca la distancia entre sistemas omnicomprensivos no es estrictamente neutral. En efecto, la justicia como equidad mediante el expediente del velo de la ignorancia y la posición originaria, sobre el que no nos extenderemos, define las condiciones de un sistema adecuado que proteja la libertad y la igualdad. Desde esta consideración los presupuestos jurídicos son muy determinados y exigentes. El problema estriba en que en el debate bioético, tal como hemos dicho antes, al plantearse preferentemente como un debate de derechos, un buen número de posiciones se basan precisamente en las condiciones ineludibles de la libertad, la igualdad y la dignidad humana. Este último concepto de base filosófica kantiana y fuerte incidencia en el discurso de los derechos humanos es probablemente el más discutido pero también el más prometedor en el debate planteado.

En efecto, las referencias a la dignidad que, por ejemplo aparecen en la Convención de Estrasburgo para la tutela de los derechos del hombre y la dignidad del ser humano prueban hasta qué punto nuestra construcción jurídica se remite a un concepto que reconoce la sacralidad de la vida humana. Este concepto parte de una intuición básica y de una tradición, sin la que elementos fundamentales de nuestra organización social sencillamente quedan sin apoyo que los sustente. Evidentemente se trata de una convicción que no depende estrictamente de la elaboración filosófica, metafísica si se quiere, pero que ha encontrado en ella, y luego en el propio Derecho el cauce para su realización.

Es importante destacar que, por ello, los autores empeñados por diversos motivos en la desacralización de la vida humana como Peter SINGER (2003), muestran hacia este concepto una notable desconfianza. Como juristas es posible preguntarse si la desacralización seguirá el curso extensivo que pretenden sus defensores, esto es, la valoración de toda vida independientemente de su especie, o el curso sádico en su sentido más estricto de imposición de los "espíritus" o los intereses más fuertes.

En efecto, sin la referencia a la dignidad, la bioética y el Derecho quedan reducidos o a la constatación de los valores inscritos en la sociedad, siempre que estos no se afirmen de forma coherente, o al cálculo utilitarista. En el primer caso sigue sin probarse cual es el criterio surgido de la propia ciencia limitador de su acción. En el segundo, la propuesta que se

autorice cualquier acción que produzca más utilidad y se restrinja la que menos chocha con el obstáculo de la irreductibilidad del sacrificio de unos, si es injusto, frente al beneficio de otros.

Es notorio que el concepto de dignidad exige una constante resemantización y produce en estos tiempos un notable cansancio. Pero es indispensable si el derecho quiere seguir su curso perfectivo y no agotarse en la mera autorización de lo que algunos consideran más conveniente.

En última instancia nos vemos obligados a preguntarnos constantemente si una solución puramente instrumental garantiza la libertad, la igualdad o la solidaridad que nos son tan gratos, o más bien insustituibles.

En este sentido, Eudaldo FORMENT ante la Comisión de Eutanasia del Senado, expuso con claridad que la dignidad del hombre no puede valorarse por sus condiciones, por la utilidad de la misma, menos por el equívoco concepto de calidad. O refiere a la sacralidad de la vida, en el sentido kantiano de inconmensurable o sencillamente se vuelve un concepto vacío, adaptable en cualquier juego de intereses.

VIII. Biojurídica

Podemos concluir que el Derecho tiene una aproximación propia a los temas relacionados con el Derecho. Se trata de un punto de vista que parte tanto de la estructura del Derecho, su característica relacional principalmente, como de los valores que necesariamente debe asumir; por ejemplo, hoy en día, y entre nosotros, lo que se conoce como derechos humanos. Esto plantea también la realidad de las limitaciones del Derecho, por su propio fin y estructura. Así, no es posible, ni desde luego deseable, juridificar toda la relación médico-paciente. También se plantea el impacto de lo real en el Derecho, lo que en cierto sentido se ha denominado también lo natural. En efecto, es difícil sostener que cuando el Derecho se acerca a una relación determinada, como la del médico con su paciente, con un fin dado, la curación del paciente, y una realidad concreta, la situación dependiente del paciente, y el hecho de que el médico sabe y el paciente no sabe, puede actuar como si esa realidad no existiese. Es más, el fin curativo y la tradición que se ha desarrollado sobre su ejercicio constituyen un dato axiológico que el Derecho no puede ignorar.

Esto plantea, igualmente, la dificultad que surge de entender que el Derecho puede resolver las cuestiones desde una posición exclusivamente positiva; es decir, desde la consideración de que la ley dada por el legislador es el único referente jurídico, y puede hacer cualquier cosa que determine la voluntad de dicho legislador, eso sí, manteniendo ciertas características formales. Los nuevos campos como el de la Bioética prueban como desde esta perspectiva reduccionista es imposible reaccionar con acierto cuando no se tiene el bagaje, que no es de origen positivista, que se encuentra dado en la legislación y en el resto de las ramas del Derecho.

Debe huirse de la tentación de aceptar la respuesta, satisfactoria para el positivismo contemporáneo, de entender que lo biojurídico es aquel ámbito sobre el que se ha legislado y se ha impuesto una solución al problema planteado, mientras que sería bioético el campo no legislado, donde rigen fundamentalmente las recomendaciones. Esto no resuelve el problema de cuáles son los aspectos que deben tratarse desde cada una de las perspectivas hasta aquí abordadas, y supone resolver de forma negativa la cuestión de si hay supuestos que exigen un tratamiento jurídico. Pensamos, a este respecto, que hay temas que son jurídicos de forma esencial, independientemente del tratamiento legal o jurisprudencial que hayan recibido.

Hemos concluido que el Derecho no puede evitar la respuesta ante la novedad tecnológica, entre otras cosas, porque ésta le interpela de formas novedosas. Ciertamente el Derecho tiene medios, a veces claramente técnicos de responder a estos retos. Pero es fundamental señalar que para ello debe mantener su criterio y no dejarse arrastrar, en cierta forma, por la vorágine de los acontecimientos. Recordemos, por ejemplo, la simplicidad notable que tenía el tratamiento de la vida prenatal que un buen número de nosotros estudiamos. Unas cuantas normas civiles, fundamentalmente sucesorias, luego la introducción de la investigación de la maternidad, las consideraciones contra la agresión de la vida del feto, procedente de la propia madre o de terceros, y como mucho en unos pocos países y en épocas muy determinadas, como los años veinte, algunas determinaciones eugenésicas, esencialmente negativas, aunque en ciertos países, específicamente en el Tercer Reich, con ofuscación ideológica racista se hicieron previsiones sobre eugenesia positiva.

Los riesgos de la acción sobre las células germinales eran desconocidos. Los principios de familiaridad informaban la legislación a posteriori y desde luego no contemplaban ninguna aplicación tecnológica. Las dudas sobre fertilización post mortem, y problemas jurídicos por posibles errores en la atribución del semen, no aparecieron al menos hasta la guerra de Corea y entonces de forma limitada y prácticamente sólo en los Estados Unidos.

Otro tanto ocurría respecto al final de la vida. Salvo por las aberraciones de la eutanasia social de las propuestas alemanas desde los veinte, recordemos la obra de BINDING y HOCHÉ (1922), el final de la vida era esencialmente una cuestión de constatación jurídica, casi una especialidad de los que podríamos denominar medicina forense. Los trasplantes nos han obligado a buscar una determinación muy concreta, asociada normalmente al cese de la aplicación de medios técnicos. La propia tecnificación, la generalización de medios lenitivos, la distanasia aplicada de forma general

en los setenta han cambiado la realidad de ese momento y han forzado a una intervención creciente del Derecho o al menos un asesoramiento jurídico a quienes intervienen en ese punto.

La investigación con humanos tampoco tenía un tratamiento jurídico apropiado, menos en países como el nuestro donde prácticamente no acontecía. En cierta forma, en ese área es donde se ha pasado de una situación de abuso sobre personas especialmente desfavorecidas –muchas de las prácticas generalizadas en el diecinueve son ahora inimaginables– a una intervención jurídica, cada vez más detallada, de efectos posteriores en el propio campo del tratamiento médico general a través del consentimiento informado.

En las áreas de la investigación, benéfica pero a su vez amenazadora, la bioética ha tenido una firme influencia sobre el Derecho. Los factores antes apuntados han entronizado el principio de responsabilidad y precaución. Descrito fundamentalmente por Hans JONAS (1995) contempla la enorme responsabilidad que tiene el hombre contemporáneo sobre su propio entorno y sobre el futuro de la vida en la tierra. El propio patrimonio genético del hombre, su diversidad esencial para la respuesta futura, con la imposibilidad de planificar estos aspectos, fuerzan a una actuación responsable que responde estos riesgos. Frente al trivial, el que contamina paga, el riesgo de efectos no cuantificables obliga a tomar precauciones. Se expresa en prohibiciones muchas veces de alcance internacional sobre intervenciones sobre el patrimonio genético o en la elaboración de protocolos adecuados.

En todos los aspectos descritos el Derecho se enfrenta ahora con una nueva realidad. En torno al inicio de la vida la novedad es muy evidente. En primer lugar, el diagnóstico prenatal, unido a la indicación denominada eugenésica ha creado un nuevo sentido de la responsabilidad médica que se expresa en el "arrêt" Perruche de la Corte de Casación francesa y que en buena medida sigue la Sentencia de 18 de diciembre de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo. En esta se ha establecido la responsabilidad de los médicos por no advertir de las graves deficiencias de un nasciturus –deficiencias de origen genético y no fruto de mala práctica médica–, impidiendo de esta forma la decisión de un aborto. Es conveniente recordar que en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a fin de no justificar el aborto como pura eliminación de deficientes –grave práctica a la luz de la historia alemana–, se justificaba el aborto eugenésico por la no exigibilidad de otra conducta a una madre sometida al sufrimiento de saber las graves circunstancias en que nacería su hijo. Se evitaba así considerar la eliminación de deficientes como un derecho de los padres, y también implicar al Estado en este tipo de tendencias eugenésicas. La Sala de lo civil del Supremo elimina estos matices y los establecidos por la propia jurisprudencia constitucional española respecto a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. De esta forma, el propio diagnóstico prenatal aparece como una práctica principalmente tendente a la eugenesia.

Indudablemente la mayor novedad es la fecundación asistida con transferencia de embriones que ha inaugurado la época de lo que Jesús BALLESTEROS ha denominado la humanidad in vitro. En efecto, el Derecho debe regular una situación en la que el ser humano en sus primeras fases se encuentra fuera de la protección del claustro materno. En nuestro Derecho, el desconocimiento de la indicación médica para el recurso a la práctica obliga igualmente a regular los supuestos en los que se puede recurrir a la misma. Y la autorización de la denominada fecundación de mujer sola, más la posibilidad de fecundación heteróloga ha creado la necesidad de prohibir en este aspecto la investigación de la paternidad, una limitación inmediata sobre un derecho del nasciturus recientemente adquirido. Determinadas lagunas en la ley de reproducción asistida, más la ausencia de límite en el número de embriones fecundados, han producido el problema de los embriones privados de su curso natural de evolución, congelados, es decir, en cierta forma detenidos en el tiempo aunque sometidos indudablemente a un proceso de deterioro. El fenómeno de los embriones sobrantes abre la discusión sobre la denominada adopción prenatal, realmente el recurso a una concepción heteróloga por donación de embriones y la cuestión de su destino que tuvimos la oportunidad de abordar en otra sede (VILLAPALOS et al., 1993).

Las perspectivas de la medicina regenerativa, que en el tratamiento con células troncales procedentes de adultos se encuentra entre nosotros en fase de ensayo clínico con humanos, ha reabierto la cuestión de la clonación. De esta forma nos encontramos en las fases de vida in vitro con la pretensión de trazar diferencias entre los embriones por su destino, reproductivo o investigador, aunque hasta el momento sigue vigente la prohibición de fecundar embriones con destino distinto a la procreación. Lo que con la actual legislación no significa que todos los embriones fecundados tengan ese destino, sea por el juego del denominado diagnóstico preimplantatorio, sea por el abandono de la voluntad procreativa de los implicados, aunque la última reforma de la Ley de Reproducción Asistida busque limitar este hecho.

Respecto al final de la vida humana, las cuestiones no son menos complejas. Partimos aquí de dos presupuestos, uno es que más que morirnos, nos mueren, en afortunada frase de Rubert de Ventos ante la comisión de Eutanasia del Senado, el otro es que el juego del consentimiento informado afecta necesariamente a los tratamientos terminales, produciendo el fenómeno de las voluntades anticipadas, instrucciones previas o testamentos vitales. En este punto los civilistas han obtenido una victoria técnica, probablemente en detrimento de la claridad, al lograr que no se denominase testamento a un documento que no reúne su principal requisito de tener sus efectos post mortem del causante. La nueva regulación del consentimiento informado en este aspecto presenta una firme voluntad de distinguir la opción de cesar el tratamiento, u objetar al mismo, de la eutanasia, sancionada en nuestro ordenamiento aunque con penalidad notablemente reducida y llevada a la regulación, lo que es en muchos sentidos claramente discutible.

Por lo hasta ahora visto podemos concluir que el Derecho, al enfrentarse con las cuestiones biojurídicas, parte de un bagaje propio que tiende a favorecer determinadas soluciones, si bien es cierto que por otra parte ha emprendido vías de

evolución que son muy discutibles.

La primera nota que debemos señalar es que, desde la definición clásica, la justicia se encuentra dirigida hacia los otros. Es decir, es intersubjetiva. Esto plantea al menos las siguientes consecuencias.

En primer lugar, debe comenzarse por reconocer al otro como tal. Es decir, como sujeto y no como objeto. Esta realidad no puede modificarse nunca, ni siquiera por muy loables fines de investigación científica. El otro en su dignidad es referente de la acción médica y también de la investigación.

Hay que ser conscientes de que algunas de las líneas de evolución más preocupantes se han producido cuando determinadas actividades, por ejemplo, la médica han sustituido su fin propio (la curación), dentro de una relación intersubjetiva, por la lógica investigadora.

En efecto, la primera característica que ha sido destacada por la doctrina al acercarse al ámbito biomédico es que se realiza sobre elementos humanos. Así, en su aplicación técnica, estas ciencias trasladan al hombre una lógica investigadora que, en la generalidad de los casos se ha venido usando sobre elementos que carecen del valor objetivo que tiene el ser humano.

Es más, en algunas prácticas de frontera, por ejemplo, en trasplantes o en reproducción asistida, se ha producido imperceptiblemente una sustitución del fin de sanación por el descubrimiento científico y por el manejo de la naturaleza.

Por todo ello, las prácticas biomédicas pueden afectar a la dignidad de la persona humana. Ésta puede dejar de ser un fin para convertirse en un medio. Debemos considerar que el tratar a la persona humana como tal se ha convertido en un principio básico de nuestros ordenamientos constitucionales.

La amenaza fundamental procede de la aplicación de un concepto restrictivo de persona que tiende a relacionarse con la persona desarrollada o con vida digna. Esto ha permitido considerar que determinados miembros vivos de la especie humana no son merecedores de la protección jurídica debida a la persona, sino de una protección menor, debido a que en ellos está presente el valor denominado vida que no extiende la protección a ciertos casos como el del aborto voluntario cuando entran ciertos valores en conflicto, o la destrucción de embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, o la utilización de éstos para experimentación u obtención de células y tejidos utilizables para fines de curación de ciertas enfermedades. También es observable idéntico proceso en la consideración negada aún en nuestro ordenamiento de que en determinados casos, el bien de la persona consiste en su muerte, de manera que el Derecho debe autorizar un contrato cuyo contenido es precisamente facilitar esa muerte, debido a que esa vida no es digna de ser vivida.

Se ha producido así una reducción de los miembros de la especie humana, cuya vida deja de estar protegida por el ordenamiento de la forma plena y, además, porque las razones se imponen al mero valor vida cada vez son más triviales o más alejadas en el tiempo, como ocurre, por ejemplo cuando se sacrifican embriones presentes para la posible sanación de los pacientes de Alzheimer dentro de veinte años.

El Derecho ha intervenido igualmente sobre las ciencias biomédicas en relación con dos elementos fundamentales de la intersubjetividad propia de la relación médico-paciente. Por un lado, protegiendo la voluntad y la libertad del paciente mediante los protocolos de consentimiento informado, que lo hacen aparecer como sujeto adulto y libre. Igualmente se garantiza la objeción de conciencia al tratamiento médico, aunque ciertamente este derecho es de escasa tradición entre nosotros y encuentra muchas veces dificultades para su desarrollo.

En el otro punto de la relación se encuentra el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario que, aun desarrollado en algunas prácticas, encuentra dificultades para su plena aceptación, tal como ocurre en ciertos países, toda vez que para ciertos órganos estatales, la conciencia individual es esencialmente valiosa y todo lo legal se constituye en moral.

IX. Bibliografía

AGGAZI, Evandro, *El bien, el mal y la ciencia*, Tecnos, Madrid, 1996.

BALLESTEROS, Jesus et al., *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002.

BINDING, Karl, y HOCHÉ, Alfred, *Die freigabe der Derrichtung lebensunwerten Lebens*, Felix Meiner ed, Leipzig, 1922, manejo la traducción francesa con introducción de M. Schooyans. Le Sarmant, Paris, 2002.

D'AGOSTINO, Francesco, *"Bioética"*, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Eiusa, Madrid, 2003.

D'AGOSTINO, Francesco, "La dignidad humana". Tema bioético, en *Vivir y morir con dignidad*. Temas fundamentales

de Bioética en una sociedad plural, Eunsa, Pamplona, 2002.

GRACIA, Diego, *"Como arquero al blanco"*. *Estudios de bioética*, Triacastela, Madrid, 2004.

HERRANZ, Gonzalo, "Experimentación científica en el hombre", en *Deontología biológica*, Facultad de Ciencias, Universidad de Navarra, Pamplona, 1987.

JONAS, Hans, *"El principio de responsabilidad"*. *Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

KASS, Leon, *"Life, Liberty and the Defense of Dignity"*, Encounter Books, San Francisco, 2002.

KUTUKDJIAN, Georges B., en *Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de bioética en una sociedad plural*, Eunsa, Pamplona, 2002.

PALAZZANI, Laura, *Introduzione alla Bioguridica*, G. Giappichelli, Torino, 2002.

POTTER, V.R., *Bioethics: Bridge to the future*. Prentice-Hall, 1971.

RAWLS, John, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.

ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, C.M. en *Comité de Expertos sobre bioética y clonación*, Instituto de bioética, Fundación de Ciencias para la Salud, Madrid, 1999.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *Familia y tecnología*. Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1996.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *Nuevas cuestiones de bioética*, Eunsa, Pamplona, 2002.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., "Sobre la regulación de la investigación con células troncales en España", en *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003.

SINGER, Peter, *Desacralizar la vida humana*, cátedra, Madrid, 2003.

VILLAPALOS, Gustavo et al. *El destino de los embriones congelados*, FUE, Madrid, 2003.