

BIOÉTICA, BIODERECHO, BIOPOLÍTICA...

ANDRÉS OLLERO TASSARA

*Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
de Granada.*

La vida humana se ha visto reconocida desde los primeros pasos de la reflexión ética como un bien de obligado y prioritario respeto. De ahí que hablar de *bioética* hace siglos hubiera sonado a redundante. ¿Cómo sería concebible hablar de ética sin incluir en ella el respeto a la vida?

No muy distinta era la situación en el ámbito jurídico. Cuando se prescindió de la sociabilidad iusnaturalista como fundamento del Derecho, para adoptar una fundamentación contractualista más adecuada al individualismo moderno, será la protección de la vida el elemento clave (HOBBS) para justificar el 'pacta sunt servanda'.

No puede extrañar que el juramento hipocrático, expresivo de una ética respetuosa de la vida humana, se tipificara dentro de la moralidad social positiva como expresión de la deontología médica, sin necesidad de presentarse tampoco como bioética.

Los *juicios morales* relativos a la vida humana han pretendido siempre, como es lógico, ajustarse a la realidad. Acudieron pues a la *información científica*, para ajustar a ella sus propuestas o exigencias valorativas. Los rudimentos científicos disponibles favorecieron durante siglos una querencia al dualismo. Se daba, por supuesto, un notable abismo entre el soporte material presumible en el ser humano en sus inicios y su poste-

rior creatividad intelectual. Ello explica que las *teorías filosóficas* hilemórficas abonaran una presunta 'animación' sucesiva, que retardaría la decisiva entrada en juego de la forma humana hasta que resultara razonable presumir como existente una materia capaz de recibirla. El ser humano esperaría para animarse a emerger a que su soporte corporal estuviera adecuadamente dotado para albergar sus capacidades.

En esto, como en tantos otros aspectos, la *perspectiva teológica* se limita a aportar un 'saber más', partiendo de lo que la ciencia y la filosofía le proponen. Referirse al 'alma' supondrá hablar de bastante más que de la mera animación, pero sin necesidad de rectificarla o desmentirla. También el alma parecía necesitar, incluso con más razón, un soporte digno; por lo que, en principio, no cabría dar por hecha su presencia en presuntas etapas infrahumanas del desarrollo de la gestación. Sin embargo, la fe en la encarnación del Verbo invita ya a sintonizar humanidad y concepción, descartando la posible animación humana de un embrión previo; la misma liturgia acabará asignándole la convencional distancia de nueve meses respecto a la navidad. Todo ello iluminará, por otra parte, una antropología en la que el cuerpo no se considera ya mero soporte sino elemento sustancial del ser humano, cuya inmortalidad se plasmará no en un cielo pasajero poblado por almas sino en una definitiva resurrección de la carne.

También respecto a la *muerte*, como punto final del ciclo vital, la moral se remitirá a los datos y métodos científicos disponibles. En consecuencia, a falta de refuerzos instrumentales que desbordaran la mera constatación sensorial, el ritmo respiratorio y, sobre todo, el latido cardíaco, se convertirán durante largo tiempo en criterios decisivos.

El *derecho* se apoya, a su vez, en estos juicios morales para delimitar cuáles de sus exigencias podrían considerarse jurídicas; por quedar vinculadas a una justicia entendida como ajustamiento de las relaciones sociales, capaz de posibilitar una convivencia digna del hombre. Dentro de este desarrollo cobra implícitamente una notable relevancia la *visibilidad* del proceso en juego, al condicionar ésta decisivamente la percepción de

la *alteridad* que caracteriza a todo fenómeno jurídico. No tendrá por ello nada de extraño que, por más que los juicios morales puedan equipararlos, acabe siendo dispar el tratamiento penal del aborto, que el del homicidio o, más aún, el del asesinato.

Influye en ello también el hecho de que lo jurídico no tendrá como punto de referencia tanto una determinada teoría moral como la *moralidad social positiva* en la que el debate entre teorías morales acabe reflejándose. El *reproche social* se convierte en elemento decisivo a la hora de hacer efectivo el principio de mínima intervención penal. De ahí que, sin abierta colisión con los absolutos morales reconocidos por la teoría moral (plasmados en figuras delictivas indiscutidas), se acabe llevando a cabo una implícita ponderación jurídica, que se traducirá en atenuantes o en tipos amortiguados, como el llamado aborto –o incluso infanticidio– ‘*honoris causa*’. No muy distinta será la situación en los umbrales de la muerte, al considerarse la *eutanasia* como suicidio asistido, con similares benévolas consecuencias basadas en el presumible altruismo del autor.

El reconocimiento de la existencia del ser humano se plasmará jurídicamente de acuerdo también a su práctica relevancia dentro de la convivencia social. En el ámbito penal, preocupado de garantizar el respeto a la vida humana, el aborto se incluirá en todos los casos entre los delitos contra las personas. En el ámbito del Derecho privado, atento a regular el tráfico jurídico, el reconocimiento como persona de quien entrará en juego como nuevo interlocutor, lleva consigo constataciones adicionales: comprobación de que el fruto de la gestación es en efecto humano (constatando su figura) y de que está en condiciones de protagonizar una presencia social mínimamente estable (*supervivencia* fuera del claustro materno) capaz de consolidar una relación jurídica. Todo ello sin perjuicio de que se dé por supuesto un incondicionado respeto al ser humano desde su concepción, a todos los efectos favorables.

La invisibilidad seguirá no obstante gravitando, lo que confiere a este peculiar reconocimiento una, tan obligada como engañosa, apariencia *retroactiva*. Por más que se acuda a él con frecuencia argumentalmente, re-

sultará sólo a medias relevante en la práctica el dato de la individuación; la posibilidad de un embarazo plural no condicionaría, en ningún caso, la necesaria protección jurídica de sus frutos, sino que, por el contrario, invitaría a multiplicarla. Argüir que no se sabe si hay que proteger jurídicamente a una persona porque quizá en realidad nos acabemos encontrando ante dos, resulta un tanto surrealista.

Esa misma invisibilidad jugará decisivamente en el ámbito penal, haciendo, por ejemplo, inviable considerar producido un aborto si no se ha probado previamente la efectiva existencia de un embarazo; de lo contrario, nos encontraríamos ante la figura del delito imposible.

Los avances científicos van propiciando un notable incremento de *visibilidad*, que no dejará de generar repercusiones de orden moral y jurídico. Se constata elocuentemente la continuidad del proceso de gestación y la falta de fundamento de una presunta animación sucesiva. Por otra parte, la diferencia, genética entre el embrión y el seno materno que lo alberga queda igualmente fuera de duda. Siendo todo ello favorable al no nacido, no cabe ignorar que este cambio de escenario se traduce a la vez en un incremento de *disponibilidad*. No sólo cabe observar mejor al ser humano en gestación sino que acaba siendo posible influir sobre su desarrollo e incluso acceder a él.

Este doble proceso resultará decisivo para que acabe cobrando autonomía propia un nuevo ámbito de ética aplicada: la *bioética*. Bien pronto su tarea se centrará en la justificación de un *gradualismo* en el respeto debido al ser humano, por más que resulte con frecuencia incongruente con las constataciones científicas a las que tiende a remitirse. Al fin y al cabo, establecida científicamente la pertenencia a una misma especie, toda propuesta de trato desigual resultaría, inevitablemente, sospechosa de discriminación. La repercusión jurídica de estos equilibrios bioéticos no tarda en hacerse notar.

Típica entre las propuestas gradualistas será la importancia conferida a la *anidación* del óvulo fecundado en la pared del endometrio; se con-

vierte en mítica la cifra de los catorce días como punto de arranque de una individuación ajena a toda duda. No faltarán, sin embargo, otros criterios adicionales, casi siempre diseñados con intención pragmática y traducidos en *plazos* evaluadores de la protección penal del no nacido.

Si todo ello se ve facilitado por el ya señalado incremento de visibilidad, el paralelo de disponibilidad se traducirá en una cultura 'pro choice', que abre las puertas a la posibilidad de desembarazarse del no nacido. Éste no aparece ya como portador de una dignidad propia que lo haga indisponible, sino que será su condición de *deseado* por los ya nacidos lo que le haga merecedor de protección. La confrontación entre esta intervención del Derecho en su favor y el posible reconocimiento de derechos a disponer sobre él, sobre todo a la madre que lo alberga, marcará una etapa decisiva en lo que ya cabría llamar *bioderecho*.

Nos encontramos, en efecto, ante una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción hasta su final. Se la ha calificado en ocasiones, impropriamente, como "Biojurídica". La bioética es una rama de la ética, entendido este término como sustantivo y no como adjetivo; si llamamos "Derecho" al estudio de la regulación jurídica de diversos aspectos de la vida en sociedad, parece lógico acudir a tal sustantivo y no a un adjetivo para identificar a la nascente disciplina.

En paralelo a esta más fácil creciente accesibilidad y disponibilidad del no nacido se desarrolla una creciente tecnificación del estadio final del proceso vital. Con su habitual capacidad expresiva el dibujante "el Roto" lo plasmó con particular elocuencia en una viñeta en la que un enfermo terminal rodeado de cables y tubos musitaba, más o menos: "ha entrado alguien, pero no sé si es el médico o el electricista". La proliferación de recursos técnicos disponibles multiplica los inevitables juicios morales, en más de un caso con repercusión jurídica, planteados por la problemática distinción entre lo *factible* y lo realmente *proporcionado*. Resulta obvio que la *distanasia*, como prolongación artificial de la vida, no puede considerarse como un elemento positivo en sí mismo, al margen

de una atinada consideración de lo que exigiría una deseable *ortotanasia*. Todo ello acabará sirviendo de telón de fondo a la recurrente polémica mediática sobre una posible despenalización de la *eutanasia*.

En este contexto la *bioética* experimenta la presión de una creciente deriva *utilitarista*, ya que la entrada en juego de una medicina de supervivencia, más tecnificada, implicará también un notable incremento de costes económicos. Ello invita, de modo cada vez menos disimulado, a un trato desigual proclive a la *discriminación*, al establecerse prioridades en la asignación de recursos, vinculadas a la edad, a las expectativas de vida del enfermo o a la existencia de precedentes familiares e indicios genéticos que llevarían a constatar una mayor predisposición o vulnerabilidad ante determinadas situaciones de riesgo. La *bioética*, que venía girando en torno a la autonomía personal como valor supremo, cambia de signo en la medida en que su objeto no parece ser ya el respeto de la vida, sin más, sino la garantía de una *calidad de vida*, inevitablemente heterónoma: en la medida en que la acabarán estableciendo los que deben atender al enfermo, soportar la carga de su enfermedad o asumir su financiación.

Dentro de esta paulatina evolución marcará una nueva etapa la puesta en marcha de la llamada *fecundación 'in vitro'*, que abre la posibilidad de producir artificialmente seres humanos. Se produce así una decisiva alteración de los términos en que se venían produciendo las relaciones interpersonales tanto al generarse una nueva vida como en la asistencia sanitaria posterior.

La cultura *pro-life* queda emplazada en una situación dramática. Antes llamaba a respetar una vida que, a salvo de agresiones ajenas, progresaría paulatinamente; ahora será preciso, además, contar con alguien que la salve de su radical dependencia albergándola altruistamente. El peregrino argumento *pro-choice* que comparaba la actitud de cualquier nueva madre con la de un buen samaritano, tan encomiable moralmente como poco exigible por vía jurídica, parece convertirse en plausible. Por otra parte, la posibilidad de planificar técnicamente el surgimiento de un

nuevo ser humano, condicionando incluso algunas de sus características, distorsiona la relación al establecer una radical situación de desigualdad y subordinación, salvada antes por el juego casual del azar (o el de la providencia, desde una perspectiva teológica). Igualmente, la sumisión de la praxis sanitaria a criterios utilitaristas amenaza al respeto a la igualdad; crece, sin duda, el ámbito de juego del *consentimiento informado*, pero paradójicamente sólo en relación a aquellos recursos que según criterios ajenos se consideren, en cada caso, oportunos.

Podríamos resumir el nuevo escenario diagnosticando una *sobredosis de visibilidad*. Mientras que antes los momentos iniciales de la gestación constituían todo un misterio, de problemática relevancia jurídica, ahora la génesis del nuevo ser humano resulta observable desde sus primeras divisiones celulares. Ello resalta, sin duda, la continuidad del proceso vital y brinda argumentos para un decidido respeto al ser humano emergente; pero, a la vez, su acusada *dependencia* y su práctica *disponibilidad* tienden a trivializarlo. La aparente insignificancia cuantitativa del nuevo ser puede facilitar el paso cualitativo de unos absolutos morales que exigen respeto incondicionado a un pragmatismo utilitarista o consecuencialista.

Por si fuera poco, esa mayor disponibilidad, justificada inicialmente para satisfacer el presunto *derecho a un hijo* por parte de parejas con dificultad para engendrarlo, acaba convirtiéndose en pieza decisiva de una auténtica *bioindustria*. Los cálculos, más o menos realistas, sobre las posibilidades económicas abiertas por la ingeniería genética alumbran escenarios sólo comparables a los suscitados en su momento por las nuevas tecnologías de la comunicación. La fe (en sentido literal) en las posibilidades de avance del conocimiento científico supera con creces el riesgo de que no acabe yendo más allá de la generación de una auténtica poco meditada 'burbuja' financiera.

La magnitud atribuida a esos nuevos horizontes, en el marco de una economía globalizada, confiere particular *relevancia pública* a lo que inicialmente estaba sólo al servicio de la satisfacción de un entrañable e íntimo problema familiar. La posibilidad, presuntamente altruista, de fa-

bricar *embriones* humanos, que acabarán mereciendo el calificativo de *sobrantes*, marcará un nuevo Rubicón. No bastará con admitir que se fabriquen seres humanos; como resultaría complicado evitar sobras en el proceso, habrá que permitir que los embriones no transferidos se conviertan en material de investigación. Todo antes que descolgarse de una línea de progreso científico llamada (más a voces que con hechos, por el momento) a sanar las enfermedades hoy más difundidas y amenazadoras. La bioética y el bioderecho van dando así paso a una imperiosa *biopolítica*, a la que deberán someterse.

Los juegos malabares de la bioética cada vez traslucen más nítidamente, dados sus bandazos, un endémico sometimiento a estrategias de legitimación y demonización de determinadas conductas y procedimientos, según soplen los vientos biopolíticos: hoy descarto moralmente (y criminalizo jurídicamente) la fecundación artificial con fines no reproductivos; mañana admito moralmente (y permito jurídicamente) la clonación, pero sólo si no tiene fines reproductivos; y así sucesivamente ...

La *bioética* parece llamada a convertirse en una moral aplicada al servicio de la *biopolítica*. La pregunta pendiente es qué papel estará reservado al *bioderecho*.

Por una parte, parece adjudicársele el de servir de instrumento para generar una *moralidad social positiva* que consolide y arraigue las oportunas recetas de una bioética al servicio de los intereses industriales de la biopolítica.

Parece pues aconsejable explorar una novedosa vertiente de la siempre obligada distinción entre moral y Derecho. Hasta ahora se había puesto repetidamente énfasis en una obviedad: no toda propuesta moral debe convertirse en exigencia jurídica. Convendría recalcar también, ante la escasa capacidad demostrada por más de un planteamiento bioético para garantizar elementales exigencias del bien común, que el Derecho ha de suscribir, a su vez, actitudes específicas que la moral podría minusvalorar o incluso considerar negativas. Valgan tres apuntes:

– El Derecho implica racionalidad práctica y juicio prudencial; en la moral, pasar de la constatación de absolutos morales a la admisión de un juicio prudencial es lo más parecido a un sálvese quien pueda.

– La moral puede y debe ser compasiva ante un penoso caso individual; el Derecho debe ser extremadamente responsable a la hora de modificar normas de alcance general, para evitar que la solución de un caso penoso se haga a costa de convertir en penosos multitud de casos hasta entonces ajenos a la cuestión.

– El consecuencialismo suele suscitar en el ámbito moral reacciones peyorativas. Evaluar las consecuencias forma, por el contrario, parte de las mínimas actitudes de responsabilidad exigibles a cualquier jurista que se precie.

Frente al aludido intento de convertir al Derecho en instrumento para generar una moralidad social positiva al servicio de la biopolítica, surge una clara alternativa. Lo que en los últimos decenios represtigió a lo jurídico –pese a su perversa y repetida instrumentalización por ideologías totalitarias o racistas– ha sido su presumible capacidad para poner límites al poder político, dando paso a un *Estado de Derecho* que merezca tal nombre. Como señalábamos al comienzo, incluso autores pioneros del más estricto positivismo jurídico, e incluso apologetas de un absolutismo político con las mínimas trabas, considerarían inconcebible asumir un ordenamiento jurídico que dimitiera de la tarea de hacer respetar la vida humana. Lo que hoy está en juego, en los continuos debates suscitados en torno al bioderecho no es sino, simple y llanamente, el futuro del Derecho mismo.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

Académico de Número de la

*Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
de Granada*

ESCRITOS JURÍDICOS EN MEMORIA DE LUIS ROJAS MONTES



ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA

(PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA GRANADINA DEL NOTARIADO)

GRANADA, 2007