Vida humana, Derecho y Moral

Andrés Ollero Tassara
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos (España)

RESUMEN: El autor se plantea si existe una respuesta propiamente "jurídica" a los principales problemas planteados por la protección de la vida humana, o si solo cabe aspirar a homologar formalmente las realidades aportadas por la ciencia, exigencias morales u otras normas de contenido aleatorio, políticamente legitimadas. Considera lo jurídico como una exigencia ética específica de contenido objetivo, lo que obliga a discernir la frontera entre derecho y moral. Esa sería la respuesta de los modernos Estados constitucionales surgidos tras la última guerra mundial. Particulares problemas derivan de la negación del 'status' de persona humana al embrión. El posible paradigma alternativo sería una dignidad humana tomada en serio. El nuevo escenario de la fecundación 'in vitro', con los derechos fundamentales en juego, pone a prueba tal propuesta.

PALABRAS CLAVE: Vida humana, derecho y moral, estado constitucional, embrión y persona, fecundación 'in vitro'

ABSTRACT: The author question if exists a strictly legal answer to the principal problems set out in the protection of the human life, or if we just can aspire to formally standardize the realities given by science, moral demands or other moral rules of fortuitous contain, politically supported. He considers law as a specific ethical demand with an objective content, which obliges to distinguish the frontier between law and moral. That would be the answer from the modern constitutional states emerged after the last world war. These particular problems derive from the denial of human person status to the embryo. This possible alternative paradigm would be a human dignity seriously understood. The new stage of 'in vitro' insemination, with the human rights in game, tests this proposal.

KEY WORDS: Human life, law and moral, constitutional state, embryo and person, 'in vitro' insemination.

SUMARIO: *I. A la espera de una respuesta "jurídica"—II. La realidad aportada por la ciencia— III. Ética, moral y derecho—IV. El derecho como homologación formal de normas de contenido aleatorio—V. Lo jurídico como exigencia ética específica de contenido objetivo—VI. De nuevo en la frontera entre derecho y moral—VII. La respuesta del Estado constitucional—VIII. La negación del 'status' de persona humana al embrión—IX. Posible paradigma alternativo: la dignidad humana tomada en serio—X. El nuevo escenario de la fecundación 'in vitro'—XI. Derechos fundamentales en juego.*

I. A LA ESPERA DE UNA RESPUESTA "JURÍDICA"

Cuando se reclama una respuesta "jurídica" a la ardua pregunta sobre el estatuto del embrión humano parece darse, implícitamente, por supuesto que el derecho se sitúa en un campo con propia autonomía, capaz por ello de brindar una información o valoración específica sobre el particular. La primera obligada cuestión es pues dilucidar si cabe realmente contar con una aportación que, por ser específicamente "jurídica", no consista en un mero traslado o refrendo de otras: biológicas o morales.

Más de uno, menos dado a complicarse la vida que quienes cultivan la filosofía del derecho, invitaría a descifrar la incógnita de manera bastante simple: indagar la respuesta jurídica consistiría en tomar nota de lo que el derecho hoy en vigor nos dice sobre el particular. Algo así como el "status quaestionis" derivable de unos repertorios normativos o jurisprudenciales de mayor o menor rango. No hay que descartar que se esperara algo más, lo que nos obligaría a preguntarnos por qué.

Una primera razón encontraría apoyo en el ya tópico desfase entre la normativa jurídica y las realidades sometidas a su regulación; particularmente aparatosa en ámbitos tan vanguardistas como el que nos ocupa. Podría añadirse a ello la sospecha, quizá fundada, de que buena parte de lo que en nuestro país se ha legislado no ha rebosado con frecuencia demasiada mesura y equilibrio, sino más bien un cierto inmaduro afán de convertirnos en la vanguardia del vanguardismo.

En tal caso, no se esperaría ya de nosotros una exposición de lo que el derecho nos dice sino, más bien, una propuesta de lo que debería decir; abordando lo aún inédito o rumiando lo demasiado expeditivo. Apuntemos ya que este debería parece marcar una inquietante vecindad con la moral, capaz incluso de hacer perder a nuestra respuesta su pretendida especificidad jurídica. Bentham, por ejemplo, entendería que habríamos así abandonado la ciencia jurídica ocupada del derecho tal cual es- para adentrarnos en una ciencia de la legislación, más preocupada por razonables motivos morales- del derecho que debe ser.

Una segunda razón aún más filosófico jurídica- para no conformarse con el vademecum presuntamente en vigor sería precisamente su carácter presunto. Saber qué nos dice hoy y ahora el derecho no parece asunto que pueda satisfacerse aportando una mera compilación normativa. Más allá de la letra de la norma, el derecho reposa en realidad en el sentido que se le acaba atribuyendo. Para llegar a esclarecerlo habría que recurrir más bien a un repertorio jurisprudencial; siendo deudor de una casuística de querencia asimétrica, lejos de aportar una definitiva solución nos mostraría con particular evidencia su dificultad. O sea que, si se nos pregunta qué opina el derecho sobre tan novedoso asunto, la respuesta más rigurosa podría acabar siendo: vaya usted a saber. Alguien suficientemente tenaz no se amilanaría: de acuerdo, vayamos y sepámoslo.

II. LA REALIDAD APORTADA POR LA CIENCIA

Todo jurista podría estar de acuerdo -lo cual, a estas alturas, no es mala noticia...- en que la respuesta "jurídica" consistiría en la valoración de una determinada realidad, que nos vendría en buena medida aportada por los resultados de la investigación científica. Tal valoración sería jurídica por realizarse con la finalidad de provocar determinados resultados en el comportamiento social.

Como juristas, deberemos mantenernos particularmente atentos a los datos científico-experimentales, para no encelarnos con molinos de viento. Cuando empeñados en la búsqueda del sentido de una norma- se nos recuerda y obliga a tener en cuenta la "realidad social" a que se aplica (como indica el art. 3.1 de nuestro Código Civil), es previsible que no estemos entendiendo por tal un mostrenco dato pre-jurídico, sino más bien un inconfesado o inconsciente constructo fruto de una pre-calificación ("Vorverständnis", en un alemán siempre digno de respeto) nada transparente.

La ciencia nos ofrece, en todo caso, datos que en modo alguno pueden resultar jurídicamente irrelevantes; al menos por dos razones.

En primer lugar, porque si queremos que el derecho regule la realidad, mejor será que se ocupe de ella que de fantasmas. Tanto el dato a regular como la finalidad de dicha regulación dependerá en buena medida de lo que el científico nos cuente. Así por ejemplo, mientras los "científicos" entendían que la vida humana era el resultado de un proceso de animación sucesiva resultaba obligado que el jurista actuara en consecuencia, a la espera de poderse ocupar con certeza de un sujeto humano libre de toda sospecha; de ahí la conversión del nacimiento con figura humana en frontera relevante a la hora de establecer efectos jurídicos. No sería tan lógico mantener incólume esta relevancia cuando los datos científicos disponibles son hoy ya bastante diversos. Lo mismo ha ocurrido con la fecundación "in vitro". Cuando la finalidad que movía a regularla era solventar la dramática infertilidad de mujeres deseosas de maternidad, parece lógico que se excluyera incluso por vía penal- toda intervención no destinada a dicha meta reproductiva; pero cuando, más tarde, entre las posibles finalidades de la clonación de seres humanos figure la reproductiva, será ésta la drásticamente rechazada.

Resulta obvio, en todo caso, que tales cambios de prisma valorativo no vienen dictados por la ciencia misma. El dato científico no lleva a determinar un resultado jurídico preciso. Si así fuera, estaríamos incurriendo en una trasnochada "falacia naturalista", según la cual las cosas *deberían* ser jurídicamente como empíricamente *son*; lo que podría llevarnos a concluir quizá felizmente- que el derecho resulta superfluo. La valoración jurídica no puede aportarla la ciencia misma. Obviedad que parecería vergonzoso recordar, si no fuera porque todos los días se nos viene repitiendo, por el contrario, que el derecho salvo que quisiéramos retroceder a la caverna- no puede plantear obstáculo o freno alguno para la investigación científica;

y se nos repite en nombre de valoraciones ajenas a la ciencia misma e impropias de la neutralidad moral que, según los mismos proponentes, sería obligado atribuir a lo jurídico.

Lo que late tras esta actitud no es dato científico alguno sino un implícito imperativo categórico obviamente moral- según el cual, como de la ciencia sólo cabe esperar progreso y mejora para la humana condición, todo (otro) principio ético debería ceder ante la conveniencia de facilitarle un desarrollo libre de trabas. Lástima para el jurista- que la Constitución plantee de entrada como "valores superiores de su ordenamiento" la "libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1 CE), mientras se toma veinte artículos de respiro para reconocer el derecho a desarrollar una "producción y creación" "literaria, artística" e incluso "científica y técnica" (art. 20.1.b) CE)- y otra veintena más para establecer que "los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (art. 44.2). Es fácil vislumbrar que el carácter "general" del interés dependerá, lógicamente, de su conformidad y apoyo a aquellos valores superiores, y no del valor (intelectual o económico) que la propia corporación científica, o quienes la financian, puedan atribuir a las tareas que tienen en marcha.

Sólo cuando se suscribe -situándose incluso por encima de cualquier discusión o debate- una opción moral de acuerdo con la cual la ciencia sería por definición liberadora, resultaría impensable considerarla susceptible de generar o favorecer injusticias. Por el contrario, su libre desarrollo brindaría a todos sus frutos por igual y constitutiría la máxima expresión histórica de una mentalidad pluralista, superadora de repetitivas cerrazones morales de sospechoso parentesco religioso. Si todo ello fuera cierto, resultaría obligado defender imperturbablemente ese "Diktat" (valga de nuevo el alemán, aunque esta vez menos prestigiado).

El dato científico, aparte de liberarnos de fantasmas, puede tener una segunda virtualidad, nada despreciable para una actividad como la jurídica, marcada en sus mejores horas- por la prudencia. Frente al despotismo ilustrado de quienes pretenden por vía legal reconstruir la sociedad, al servicio de su particular visión 'científica' de ella (la presida la aritmética utilitaria de Bentham, la física social de Comte o el socialismo científico de Marx), el derecho muestra una arraigada querencia a trabajar sobre lo ya hecho. De ahí que si surge un nuevo dato científico, que lleva a alterar el paradigma en vigor cuando se captó la *realidad* regulada por la norma, se produce un fenómeno típicamente jurídico: la gravitación de la carga de la prueba. Si de la animación sucesiva, o del mero desconocimiento de las fases iniciales de la vida de un ser humano, pasamos a la constatación empírica del proceso vital como un *continuum*, quien siga proponiendo un trato jurídico diferenciado en diversas etapas deberá asumir la búsqueda de una argumentación capaz de justificarlas. Aferrarse a la hora, por ejemplo, de establecer a quién se considerará *persona*- a tratamientos jurídicos precedentes, vinculados a paradigmas científicos ya superados, sería un nuevo modo paradójicamente conservador- de fabricarse fantasmas.

III. ÉTICA, MORAL Y DERECHO

De lo dicho es fácil derivar en qué medida el derecho no se limita a constatar la realidad (para eso está la ciencia, sociología incluida...), sino que ha de valorarla con vistas al logro de una finalidad o resultado. Por ello postular una actitud jurídica *neutral* suele condenar a ponerse al servicio, no necesariamente consciente, de resultados sólo valiosos para una determinada propuesta ética. Carácter de tal tendría también aunque no con sus mejores galas- un pragmatismo dispuesto a buscar en cada caso la solución oportunista al servicio de objetivos presuntamente indiscutibles, sustraídos gracias a ello de todo debate.

No menos ético aunque, paradójicamente, no necesariamente para bien- sería un *análisis económico del derecho*, elaborado refinadamente a la americana o expuesto expeditivamente a la europea: el derecho no podría vetar en un país determinadas prácticas científicas que ya se realizan en otros, si no quiere condenarlo al atraso, al desfase tecnológico y al peaje del royalty. Por más que el argumento se ofrezca como una liberación de la ciencia respecto a prejuicios éticos, en realidad se está dando prioridad a un prejuicio ético respecto a otros, sin molestarse en justificar por qué.

La pregunta clave seguirá siendo si esa valoración, siempre inevitable, será en todos estos casos o siquiera en alguno- propiamente *jurídica*, o no consistirá más bien en el mero endoso o refrendo de una valoración *moral*. Reservemos el término *ética* (conscientes de lo discutible de tal propuesta, meramente convencional) para aludir al marco normativo de toda la conducta humana en general; mientras, dentro de ella, se produciría una gemación indispensable para todo jurista que se precie- entre moral y derecho.

Adelantemos, no obstante, que las respuestas a tan decisiva cuestión han venido siendo durante siglos divergentes según se asumiera:

a) la existencia de unas exigencias jurídicas objetivas de contenido material, que no se verían necesariamente identificadas con exigencias morales aunque tampoco desvinculadas de ellas;

b) la consideración del derecho como un mero esquema formal, destinado a albergar preferencias morales subjetivas en mayor o menor cuantía- cuya relatividad en modo alguno comprometería a una respuesta determinada.

A esta doble postura, que nos llevaría a eternizar la manida polémica entre iusnaturalistas y positivistas, se ha añadido más tarde desde la postguerra por antonomasia- la del *Estado constitucional*, de la que habremos de ocuparnos más abajo.

IV. EL DERECHO COMO HOMOLOGACIÓN FORMAL DE NORMAS DE CONTENIDO ALEATORIO

El fácil recurso, como criterio demarcador entre derecho y moral, a la capacidad de las normas jurídicas para garantizar su observancia mediante la aplicación de una *sanción coactiva* invita a una configuración formalista de lo jurídico. Sólo normas precisas más que evanescentes principios- y formalmente identificables como jurídicas podrían provocar la entrada en juego de tan cualificada sanción. El círculo se cierra con la atribución de una peculiar acepción de lo *moral* en el sentido de *pre-jurídico*- a las normas o principios que no exhiban dicha identificación formal.

En todo este planteamiento, típico entre juristas, late la idea de que lo moral es *"menos" que* lo *jurídico*, en la medida en que no llegará a vincular de modo externamente intimidatorio. Ello facilita una visión del derecho como ordenamiento no condicionado moralmente. Expresión particularmente elocuente encuentra esta actitud en la distinción hobbesiana entre *consejo* (moral), que se obedece o no en razón de su contenido ('qué' se nos propone), y *mandato* (jurídico), que se obedece o no en razón de su procedencia ('quién' nos lo impone). Moral sería, por tanto aquello que no ha llegado aún a convertirse en derecho y quizá no esté llamado a convertirse nunca en tal.

Lo *moral* tiende pues, a aparecer para el jurista como inmadura realidad *pre-jurídica*; cuando no como marginable perspectiva *meta-jurídica*. Si se lo presenta como *deber ser* jurídico, con pretensiones de alternativa al derecho vigente, podrá verse aparcado (como posible futura propuesta "lege ferenda") o incluso drásticamente rechazado (como maquinación *anti jurídica*) por considerarse como derecho sólo al derecho positivo. En este caso tales exigencias morales se contemplan como muestra de un subversivo *intrusismo*, mediante el que otro supuesto *derecho* (*natural*) pretende apoyándose, se resalta, en instancias frecuentemente confesionales- desplazar y sustituir al derecho puesto (o *positivo*) que la sociedad civil ha decidido legítimamente darse.

Esta presunta impermeabilidad entre *derecho* y moral, típica del formalismo, olvida en primer lugar en qué medida el ordenamiento jurídico cumple en la sociedad una *función normalizadora* de pautas de conducta o de expectativas personales- no exenta de relevancia moral. El ciudadano tiende a dar por hecho que cuando, a través del derecho, se le impone una conducta es por considerarla legítima y conveniente. De ahí que el contenido de las normas jurídicas tienda a aparecer socialmente como bueno y obligado; mientras que lo que el derecho cesa de imponer se relativiza permisivamente.

Un formalista convencido (Bobbio, por ejemplo) atribuiría esta realidad sin negarla- a un lamentable error; afirmar que sólo es derecho el derecho positivo no exigiría afirmar que todo derecho positivo, por el mero hecho de serlo, sea moralmente

aceptable. Antes que él, Bentham había animado ya a combinar la puntual obediencia jurídica a la ley con la conveniencia moral de criticarla libremente. Pese a este derroche de "fair-play", la neta realidad es que el ciudadano medio no parece demasiado preparado para comportarse de modo formalista; es fácil constatar una repetida experiencia: una mera despenalización legal, con pretensiones de neutralidad moral, se acaba tozudamente convirtiendo en fundamento obvio (inevitablemente moral) para que emerja un presunto derecho subjetivo. El ciudadano se considera facultado para exigir en la práctica la posibilidad de llevar en adelante a cabo, sin obstáculos, lo hasta ahora jurídicamente prohibido.

Nuestro Tribunal Constitucional ha dejado clara -al negar el presunto *derecho* a la muerte de unos terroristas en huelga de hambre, como protesta ante el régimen penitenciario que se les aplicaba- que la mera no prohibición de una conducta no implica el nacimiento automático de un derecho. Nos encontraríamos, más bien, ante la simple constatación de la existencia de un ámbito no antijurídico de libertad de acción (*agere licere*), relegado a la evaluación moral de cada cual. Disponer de un derecho implicaría, por el contrario, estar en condiciones (por contar con título o fundamento adecuado) de requerir de los poderes públicos una intervención que garantice, ante posibles obstáculos, la efectiva posibilidad de realizar una conducta. Que esté permitido dejarse morir no implicaría ser titular de un derecho a la muerte; menos aun si tal conducta pierde incluso su carácter de actuar lícito, por asumir la finalidad antijurídica de obstaculizar prerrogativas legítimas de la Administración penitenciaria.

La presunta frontera impermeable entre lo jurídico y lo moral deviene, en segundo lugar, imposible porque la eficacia del derecho depende a su vez decisivamente del efectivo juego social de unas u otras propuestas morales. Desde el nada sospechoso observatorio del llamado *realismo escandinavo* más sociológico que filosófico- se ha señalado cómo la *validez del derecho* se apoya de modo particular en la existencia de actitudes sociales que inclinan a una obediencia "desinteresada"[1]. Ésta no depende de hecho tanto de un interesado temor individual a la posible entrada en vigor de sanciones coactivas, como del efectivo reconocimiento social de la *legitimidad moral* engendrada por ese precepto jurídico en su dimensión normalizadora de conductas.

El derecho será, pues, más válido cuando logre que el ciudadano por razones formalmente metajurídicas- lo obedezca que cuando, por su actitud de despego, haya de verse forzado a obedecerlo. Un ordenamiento jurídico que hubiera de poner en continuo ejercicio su coercibilidad estaría condenado al colapso funcional (no habría policías o prisiones suficientes para dar abasto a tanta infracción...), y acabaría generando una crispación social capaz de erosionar decisivamente su estable continuidad.

Todo ello nos sugiere, desde una nueva perspectiva, que lo *moral* acaba siendo, por el contrario, *"más" que* lo *jurídico*. Ello explicaría la caracterización anglosajona

---

[1] Sobre ello nuestro trabajo OLLERO, Andrés, "Un realismo a medias: el realismo escandinavo", en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 27-62.

como *derechos morales* (ininteligible desde el marco conceptual propio del positivismo jurídico clásico...) de lo que cabría considerar como núcleo duro de las libertades individuales. Su relevancia fundamental, con rango constitucional, estaría muy por encima de la de los meros derechos subjetivos con apoyo meramente legal.

Una más adecuada relación entre lo moral y lo jurídico suele abrirse paso en la medida en que se relativizan dos acríticos dogmas consolidados por el positivismo jurídico a lo largo de los últimos siglos: destacando la insuficiencia del formalismo jurídico y poniendo en cuestión el concepto mismo de *positividad*.

El *formalismo jurídico* utiliza hoy como fortalezas defensivas planteamientos emparentados con la *sociología funcionalista* (valga Luhmann como arquetipo)&, que defiende un concepto de norma jurídica como esquema formal de contenido fungible. Una sociedad enriquecedoramente variable y obligada por ello a una versátil "reducción de complejidad"- se vería entorpecida por la consolidación social de valores presuntamente considerados inmutables, en razón de su objetivo fundamento o de su vinculación a un inviolable concepto de lo humano[2]. El *relativismo moral* (y por ende el jurídico...) sería, pues, un elemento imprescindible para engrasar adecuadamente la actual maquinaria social.

No menos rentables para el formalismo jurídico resultan las alternativas derivadas del ya aludido *análisis económico del derecho*, que reconoce a la teoría económica el imperialismo científico social que desde Comte se atribuyera la sociología. La economía sería la nueva "física social", y el mercado la óptima expresión racional de cualquier intento de regular la convivencia. La *culpabilidad* se convertiría, por ejemplo, en elemento tan atávico como perturbador a la hora de establecer racionalmente a quién atribuir la *responsabilidad* de lo que se conceptúa como un costo o externalidad social. El derecho debería colaborar a asignar del modo más rentable y ágil tabúes morales aparte- las cargas económicas derivadas de la convivencia social.

Todo ello podrá considerarse plausible. Lo que no parece tan racional es pretender hacerlo compatible con planteamientos antropológicos y éticos absolutamente contradictorios con dicho punto de partida. Así ocurre cuando, suscribiéndose de modo más o menos explícito tales puntos de vista, no se renuncia a apelar a unos *derechos humanos* o fundamentales como presunto eje de todo el ordenamiento jurídico, dando así paso a un lamentable *doble lenguaje*. No es por ello extraño que, desde ese funcionalismo sistémico, haya llegado a defenderse una "*democracia* como aprendizaje". Estaría destinada sólo a generar entre los ciudadanos una *acrítica*

---

[2] De tales planteamientos nos hemos ocupado repetidamente. Entre otros trabajos: OLLERO, Andrés, *"La fonction technocratique du droit dans la "System¬theorie" de LUHMANN, Niklas* "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", 1975 (LXI/4) ps. 557-568; traducido luego al alemán: OLLERO, Andrés, *Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie von Niklas Luhmann en Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik* (ed. por V.Ronge y U. Weihe), Piper Verlag, München, 1976, ps. 131-140, en "El funcionalismo como ideología tecnocrática", en *Derechos humanos...op. cit.*, 89-98.

asunción de determinadas *expectativas*, particularmente adecuadas para garantizar la eficacia de una regulación social que se impone desde opacas instancias meta-políticas.

Si Comte criticó a los juristas como oportunista brazo armado de unos metafísicos históricamente periclitados[3], que se resistían a dar paso a la epifanía positivista, hoy parece concederse al *derecho* el dudoso honor de *hacer socialmente digeribles* gracias a su capacidad de normalización- *opciones morales exigidas por la lógica del mercado*, que resultarían de muy difícil consumo si se presentaran desnudas de ese revestimiento jurídico legitimador.

Desde una óptica formalista, la respuesta jurídica al problema suscitado por el estatuto del embrión humano será muy simple: la que el legitimado para crear normas jurídicas quiera. Si la pregunta se realiza en presente, bastará con recopilar lo que hasta el momento ha querido. Si se formula atisbando el futuro, más que interrogarse por lo que éticamente debería querer (¿con arreglo a qué valores?...) habría que pronosticar sociológicamente cuál se sentirá inclinado a querer, a la vista de los elementos económicos y mediáticos en liza. Se reconocerá por supuesto que la respuesta, cualquiera que fuera, tendrá una dimensión ética; pero no sería en razón de ella por lo que se habría convertido en jurídica.

V. LO JURÍDICO COMO EXIGENCIA ÉTICA ESPECÍFICA DE CONTENIDO OBJETIVO

No es lo mismo considerar al derecho como instrumento de imposición coactiva de cualesquiera opciones morales, formalmente homologadas, que entender por tal aquel conjunto de exigencias éticas que se presentan como necesarias para hacer viable una convivencia que merezca el nombre de humana; no más pero tampoco menos. Daríamos en este caso por hecho que existen unas *exigencias* que, aunque relacionadas con planteamientos *morales* omnicomprensivos, serían propiamente *jurídicas*, sin perjuicio de que su ulterior grado de positivación no resulte en modo alguno irrelevante.

Con planteamientos de este tipo emparentaría el intento de tomarse la dignidad humana y los derechos a ella inherentes- en serio, renunciando a todo doble lenguaje. Esta *dimensión 'material' de lo jurídico* exige una fundamentación que no tiene por qué limitarse a la mera restauración del iusnaturalismo aristotélico tomista. Valgan como ejemplo propuestas como la onto-fenomenología jurídica de Sergio Cotta, con un claro afán por resaltar la dimensión relacional que encontramos presente también en Arthur Kaufmann- del derecho, como instrumento de co existencia social.

---

[3] Al respecto nuestro estudio OLERRO, Andrés, "Comte en los orígenes del sociologismo jurídico", en *Revista de las Cortes Generales*, Tomo 52, 2001, p. 51.

Desde esa perspectiva, *tener derecho* a algo no consistiría simplemente en expresar un deseo y lograr que se vea respaldado por un consenso social[4]; ni en limitarse a esgrimir una individualista pretensión autoafirmadora o posesiva. Se tiene un derecho cuando se plantea una conducta que, a la vez que da paso al ejercicio de la *libertad* alimentando el "libre desarrollo de la personalidad" del art. 10.1 CE-, reconoce al otro como merecedor de *igual* respeto. Este ajustamiento de libertad e igualdad implica inevitablemente una teoría de la *justicia* (consciente o no), definidora del mínimo ético exigido por la convivencia social. Teoría de la justicia que en una sociedad abierta habrá de decantarse por las vías del *pluralismo político*; con lo que acaban resultando congruentemente explicitados todos los "valores superiores" del ya citado art. 1.1 CE.

Esta dimensión material de lo jurídico *no* precisa, pues, circular por la vía de un *uso alternativo del derecho natural*, que no tendría mucho que envidiar al del neomarxismo de los floridos sesenta. Basta con que se reconozca la efectiva inexistencia de lo que hemos caracterizado como *positividad instantánea*[5]: o sea, que no es cierto que el derecho surja como tal cuando se cumple el requisito formal que lo convierte en 'positivo'; ni que siga siendo tal hasta que se cumpla otro requisito formal que lo privaría de tal carácter.

Entender por *derecho sólo* al *derecho positivo* no tiene por qué producir sobresalto alguno[6]. Lo que sí generaría más de un problema es dar por bueno que una norma es positiva (y por tanto jurídica) desde que se publica en el BOE de turno, y que lo sigue siendo hasta que otra norma le sustituya en la citada biblia jurídica. No porque tan caprichosa opción ponga en peligro esencias eternas, sino simplemente porque ese concepto del derecho no tiene demasiado que ver con la realidad más elementalmente comprobable. Los *embriones crioconservados* en España, transcurridos los cinco años previstos inicialmente por la ley, no pasaron por ser *ilegales* a resultar menos existentes; lo cual convirtió en papel mojado al presunto *derecho positivo* que excluía tal posibilidad. La crítica al *positivismo jurídico* como *indeseable*, típica de la sufrida posguerra, da hoy más bien paso al reconocimiento como prácticamente *inviable* del entramado de dogmas de tan arbitraria teoría.

Sólo es derecho el derecho positivo, pero sólo si lo entendemos como fruto de un *proceso de positivación*. Este arranca de unos primeros atisbos de 'materialidad' jurídica, que van luego cobrando positivo reconocimiento, progresivamente más formalizado, pero dependiente siempre del juego de una efectiva *teoría de la justicia* que es la que sirve a cada ordenamiento jurídico como auténtica "regla de reconocimiento" (Hart).

---

4 Sobre el particular nuestras reflexiones en OLLERO, Andrés, "El derecho a lo torcido", en *El fraude del buenismo*, Faes, Madrid, 2005, ps. 70-71.

5 En OLLERO, Andrés, "Positividad jurídica e historicidad del derecho", en *Derechos humanos..., op. cit.*, ps. 183-185.

6 De ello nos hemos ocupado en OLLERO, Andrés, *Derecho positivo y derecho natural*, todavía..., en prensa.

Por esta vía nos veríamos emplazados ante la *utopía jurídica* de dar paso a una *dignidad humana tomada en serio*. Ello obligaría a un radical cambio de perspectiva, dado que su dimensión socialmente revolucionaria no la hará aparecer como políticamente correcta.

Al milenio que se nos acaba de ir se lo podría caracterizar como el del nacimiento de la positivación de los derechos humanos, a través de la puesta en marcha de los mecanismos (Estado de Derecho) exigibles para su garantía y protección. Al milenio que ahora comienza cabría asignar, entre otros objetivos pendientes, la abolición de la *extranjería*, largo tiempo ansiada en el plano teórico: al menos, desde el cosmopolitismo estoico... Pero habría que manejar un concepto de 'extranjero' suficientemente amplio como para incluir en él a todo ser humano al que por variadas razones formales que enmascaran intereses prácticos- se le niega el derecho a ser tratado como un igual: no nacidos, ancianos, mujeres, enfermos terminales, minusválidos...

La principal objeción formulable hoy a este tipo de planteamientos deriva en buena parte de las dudas sobre su capacidad para asumir el ya invocado pluralismo político. Si lo que convierte una exigencia en propiamente jurídica fuera su contenido material, parecería más coherente no hacerla depender sólo del cumplimiento de mecanismos formales o procedimentales inseparables del juego democrático, como el de la regla de las mayorías.

En realidad tal razonamiento atenta menos contra una concepción material del derecho que contra la democracia misma, a la que se relegaría a mero instrumento formal. La democracia es algo más que mero un formalismo de contenido aleatorio, precisamente porque se la presenta como exigencia de algo tan jurídico-material como la dignidad humana. El respeto a las formas y procedimientos del pluralismo democrático no es, pues, un peaje artificioso que se vería obligado a soportar una concepción material de lo jurídico, sino que forma por el contrario parte del núcleo duro de su propio contenido.

Una segunda objeción dejaría entrever el temor a que por esta vía se pretenda dar entrada en el ámbito de lo público a concepciones morales omnicomprensivas, con el peligro de bloquear un efectivo pluralismo; cuestión ésta que merece trato más detenido.

VI. DE NUEVO EN LA FRONTERA ENTRE DERECHO Y MORAL

A la clásica distinción *derecho moral* posteriormente plasmada en la contraposición *mínimo máximo ético*- se le pretende hoy ofrecer como decisivo elemento delimitador la frontera *público privado*. Así, se nos sugiere que en el ámbito de lo público regiría el derecho, cuyos perfiles formales, procedimentales y laicos[7]- se limitarían a

[7] La versión que tal planteamiento encuentra en G.PECES-BARBA hemos tenido ocasión de criticarla en OLLERO, Andrés, "Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIII-XIV, 1996-1997, ps. 509-530.

diseñar el mínimo ético social. Mientras, sólo en el ámbito de lo privado, encontraría su adecuada oportunidad de despliegue una moral material, vinculada a valores y no exenta de vínculos confesionales- encargada de sugerirnos horizontes de máxima perfección personal.

Habría que comenzar por observar que cualquier identificación entre *mínimo ético y ética mínima* implicaría ya una opción previa necesitada de justificación. Una cosa es que el derecho no deba imponer sino lo exigible para el logro y mantenimiento de una convivencia *ajustada* y otro asunto, bien distinto, decidir sin mayor debate que baste con una ética mínima para lograr dicho objetivo. Así lo piensan quienes imponen (más que proponen, puesto que lo plantean como algo fuera de discusión...) que se sustraiga del mínimo ético jurídicamente garantizado todo elemento al que se pretenda atribuir objetividad ética, o en el que quiera detectar denominaciones de origen confesionales o que, simplemente, destile un ambicioso aire de *seriedad* (Rorty)- susceptible de provocar polémica.

El llamado *pensamiento débil* se muestra propicio a trasladarnos del lógico rechazo del argumento de autoridad algo sería jurídicamente vinculante por el hecho de incluir una exigencia ética, considerada objetiva por alguna indiscutible instancia...- a la imposición clandestina de otro *argumento de autoridad en clave negativa*: debemos excluir del mínimo ético social todo contenido cuya objetividad ética se defienda demasiado convencidamente por una parte de los ciudadanos, o cuya propuestas coincidan sospechosamente con las enseñanzas de algún magisterio confesional[8].

Se produciría así una curiosa escala gradual. La *objetividad ética* cedería primero el paso al consenso social; pero éste a su vez para oficiar como "voluntad general" (Rousseau) o intemporal "razón pública" (Rawls), y no como mera "voluntad de todos" o coyuntural "modus vivendi"- habría de forjarse sólo entre los no demasiado convencidos de la objetividad de lo que proponen. Esta pintoresca democracia discriminatoria, diseñada como *consenso escéptico*, queda muy lejos del modelo de la Modernidad, basado en un ciudadano pensante capaz de captar racionalmente la respuesta ajustada para un problema social.

La distinción público privado nos sería, en todo caso, de muy relativa utilidad, porque al intentar establecer su frontera no podremos ofrecer respuesta alguna si no partimos de un previo deslinde entre derecho y moral; lo que nos condenaría a la circularidad. Dictaminar la mayor o menor relevancia pública de una conducta no es algo muy diverso de considerarla más o menos sujeta a exigencias jurídicas, sea cual sea el grado actual de positivación de las mismas; al igual que privatizar una conducta, dejándola al albur altruista de la conciencia de cada cual, equivale a dar por hecho que sólo ha de ser objeto de altruistas exigencias morales.

---

[8] Sobre la cuestión OLLERO, Andrés, *España ¿un Estado laico?*, Civitas, Madrid, 2005, p. 79.

La defensa de una *neutralidad* de lo público, que obligaría a los poderes del Estado a inhibirse para que sean los ciudadanos los que, de acuerdo con su plural conciencia moral, decidan lo que estimen oportuno- incluye, pues, una inevitable petición de principio. Puede estar sugiriéndose que el hecho de que exista una *discrepancia social* sobre su posible solución excluiría a un determinado problema del *mínimo ético* necesario para la convivencia. Ello llevaría a la paradoja de entender que sin duda por una curiosa armonía preestablecida- las cuestiones más conflictivas no afectarían, por definición, a la convivencia social.

Lo que en realidad se estaría postulando sin debate alguno, por lo demás- es que los poderes públicos hagan suya la que no es sino una de las opciones en pugna (la *inhibición*), dando así paso a una parcialidad no por encubierta menos evidente. Si, para mayor mérito, se entendiera que el único posible conflicto proviene de la puesta en escena de opciones excesivamente convencidas de lo fundado de sus propuestas (¿fundamentalistas?), nos hallaríamos ante una presunta neutralidad encubridora en realidad de una *parcialidad* orgullosa de su carácter *infundado*.

Sólo trazando previamente una *frontera entre derecho y moral* podremos definir hasta dónde debe llegar lo público, o qué cabría relegar a un ámbito de decisión meramente privado. La paradoja surge al constatar que el establecimiento de dicha frontera *sólo es posible desde una determinada concepción antropológica y filosófico social de obvia entraña moral*. Entender que despenalizar una conducta supone optar por la neutralidad, sustrayéndose de la necesidad de emitir un juicio moral, rebosa simplismo. Es obvio que penalizar una conducta supone incluirla en ese núcleo duro de la moralidad social positiva que merece la más vigorosa protección que el derecho puede ofrecer; tan obvio como que despenalizarla implica formular un juicio moral de alcance absolutamente simétrico, si bien de signo contrario. Tan privatizador es decidir que la madre no tiene respecto al no nacido más obligación que la que derive de su propia autodeterminación moral, como dar por bueno que los investigadores científicos y sus financiadores sean los que decidan, con arreglo a sus criterios e intereses, dónde puede dar comienzo la intervención jurídica de los poderes públicos (la económica podrá así ser obviamente bienvenida...).

No vendrá mal, por último, apelar a un nuevo argumento para evitar toda confusión entre los puntos de vista meramente morales, garantizadores de una vida buena, y las exigencias propiamente jurídicas, responsables del mantenimiento de una convivencia social realmente humana.

Dése por reiterado, en primer lugar, a la hora de articular la relación entre *derecho y moral*, que sus *ámbitos de acción no se identifican*; por más que tales exigencias jurídicas acaben siendo con obligada frecuencia coincidentes con determinadas valoraciones morales a las que se ha atribuido pública relevancia. No todo lo moralmente rechazable ha de ser jurídicamente prohibido, sino sólo lo que comprometa de modo relevante la convivencia social. Entre lo jurídicamente exigible habrá, por lo demás,

aspectos que respondan más a razones de oportunidad o eficacia que al directo influjo de imperativos propiamente morales.

En aquellos casos en que moral y derecho confluyen sobre la misma conducta conviene, en segundo lugar, hacer notar cómo ambos ordenamientos están *estructuralmente animados por lógicas diversas*. Ignorarlo llevaría a dos fenómenos similarmente perturbadores: una indebida *moralización* del derecho o una distorsionadora *juridización* de la moral.

El derecho ha de mostrarse siempre particularmente atento a la finalidad perseguida por una norma, y por tanto a las *consecuencias* prácticas que de ella puedan derivar. Sin desvincularse del mundo de los principios, ha de estar especialmente atento a los resultados finales de su regulación. Sería por ello notablemente perturbador que el derecho se limitara a asumir miméticamente razonamientos morales, siempre más atentos a valorar una acción aislada que a calibrar el resultado de una *regularidad de las conductas*; o más preocupados de la intención del agente que de las consecuencias de su acción.

Sería por ejemplo poco concebible, en términos morales, la atribución a cualquier sujeto de una *responsabilidad objetiva* ajena a los móviles de su conducta. No tendría tampoco mucho sentido, en términos jurídicos, favorecer que una actitud moral compasiva hacia el enfermo terminal que solicita se ponga fin a su vida desplace a una responsable regulación jurídica, más atenta a la repercusión práctica derivable de una posible despenalización de la eutanasia activa respecto a la vida de ciudadanos que no habrán estado en condiciones de consentir en ello. El derecho no puede permitirse optar por una compasión irresponsable.

También la proyección sobre la moral de planteamientos formales y procedimentales, abundantes en el derecho, puede resultar distorsionadora. Favorecería la asunción acrítica de actitudes sólo aparentemente neutrales, ya que implicarían en realidad inconfesadas valoraciones éticas consecuencialistas o utilitaristas. Difundiría igualmente soluciones proclives a admitir que lo beneficioso del fin perseguido puede acabar justificando el recurso a cualquier medio.

La existencia de un núcleo de exigencias éticas propiamente jurídicas, que presentan como obligada una determinada valoración de una realidad que afecta a la convivencia social, permite establecer un pronóstico, a la vez que plantea una incógnita de orden práctico.

Es fácil pronosticar que, en la medida en que tales exigencias de orden público específicas, en relación al campo más omnicomprensivo de las morales privadas- sean aceptadas como tales, se mostrarán capaces de activar resortes morales de obediencia o desobediencia a las normas que las recogen, incidirán decisivamente en su efectiva vigencia.

La incógnita surge cuando, como es de esperar en una sociedad pluralista desvinculada de argumentos de autoridad, dicha aceptación resulte problemática. ¿Cómo resolver tal situación, dando por descartada una obligada vinculación a cualquier magisterio confesional?

VII. LA RESPUESTA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Todo parece abocarnos a la perplejidad. ¿Cómo trazar, pues, esa distinción entre derecho y moral, capaz de deslindar el ámbito de lo público y el de lo privado? La *democracia moderna* lo resuelve a través de un doble convencimiento: existen principios racionales rectores de la convivencia social, que el ciudadano ilustrado está en condiciones de conocer, al menos con cierta aproximación.

Ese margen de falibilidad se solventaría a través de un *pluralismo* entendido, en clave *no relativista*: como *acercamiento inter subjetivo a una realidad objetiva*. Es obvio que la matriz de esta concepción democrática de la que, con mayor o menor incoherencia, seguimos dependiendo- fue en sus orígenes tan racionalista como iusnaturalista. Su definida alternativa un *voluntarismo no cognotivista*- sólo podía abocar al *absolutismo* político. Bien lo sabe cualquier mínimo conocedor de la historia del derecho europeo, en el que la codificación como ley de leyes- no refleja sino el intento de convertir en derecho positivo el derecho natural racionalista e ilustrado, captado tras liberarnos de las tinieblas del jurisprudencial derecho común premoderno. El principio procedimental de las mayorías ofrecía, pues, la vía de solución siempre provisional- a tan arduo problema.

Quedaría sin embargo pendiente una cuestión, lacerantemente resucitada tras la trágica experiencia de Weimar: ¿cómo evitar quedar a merced de una posible *dictadura de la mayoría*? La invitación a combinar tal principio con una generosa apertura a la *objeción de conciencia* ante la evidente imposibilidad de evitar 'imponer convicciones'- brindaría sólo una mera salida de emergencia. Las Constituciones de la posguerra, y sus herederas, fueron más allá. Dieron paso a un modelo de *Estado constitucional*, en el que el respeto al contenido material de los derechos fundamentales primará sobre cualquier mecanismo formal o procedimental.

Nuestra Constitución, sin ir más lejos, se erige en defensora (art. 53.2 CE) del *"contenido esencial"* de unos *derechos fundamentales* que ninguna coyuntural mayoría parlamentaria (ni siquiera las cualificadas por su capacidad de respaldar leyes orgánicas) podrá desconocer. Ello implica, se quiera o no, la apelación a una objetividad ética; sea cual sea el mecanismo por el que se aspire a delimitar tales contenidos. Tales derechos se consideran exigencias ético-jurídicas (y no meramente morales) directamente vinculantes sin necesidad de 'interpositio legislatoris'[9].

---

[9] Véase ya en la STC 15/1982 de 20 julio, F. 8.

Buena prueba de este predominio de lo jurídico material lo ha ofrecido la reiterada jurisprudencia constitucional española sobre las garantías procedimentales (art. 24 CE), que ha obligado a replantear desde sus cimientos lo que durante decenios se había venido considerando como doctrina legal. Los mecanismos procesales deben entenderse, más allá de toda interpretación formalista, como garantías de derechos materiales (tutela judicial efectiva, entre otros). No pueden, en consecuencia, esgrimirse al margen de ellos, ni menos aún contra ellos. Nos encontramos simplemente ante una traducción a escala individual del contenido del ya citado art. 53, que somete igualmente el principio procedimental de las mayorías a la efectiva protección del contenido material de los derechos fundamentales.

Al final, la delimitación del alcance de esas exigencias propiamente jurídicas de las que no cabe disponer desde mayoría alguna, lo que relativiza inevitablemente el juego de los mecanismos procedimentales- la acabarán trazando los doce magistrados constitucionales, enmendando la plana si preciso fuera a las Cámaras parlamentarias y al mismísimo Tribunal Supremo. No han tenido, en consecuencia, inconveniente alguno en recordar que su función no es la de comprobar si una determinada norma ha perdido "actualidad", por no estar ya de acuerdo con las opiniones socialmente dominantes en un momento dado[10], sino algo a su modo de ver bien distinto: dictaminar si dicha norma está o no de acuerdo con la Constitución. En ésta residencian, pues, unas 'rationes decidendi' que no tienen por qué ser coincidentes con las socialmente compartidas en un momento determinado, ni con las consecuentemente plasmadas en mayorías parlamentarias coyunturales.

No se produce con ello invasión alguna de elementos meramente morales en la esfera de lo jurídicamente exigible, sino que se plantea el inevitable debate sobre cómo determinar ese núcleo fundamental de lo jurídico sin el que la convivencia dejaría de ser humana. El Tribunal Constitucional se convierte así en sede de la prudencia jurídica de la sociedad; asumiendo con toda la deseable autolimitación de que sea capaz- el papel de conciencia pública ante los más graves problemas a los que se reconozca relevancia colectiva.

Debemos añadir, sin embargo, un elemento decisivo del nuevo Estado constitucional, que marca un claro despego con las intenciones de programación exhaustiva características del derecho natural racionalista. Aun asumiendo una óptica cognotivista, no deja de aceptarse el planteamiento kelseniano del control de constitucionalidad entendido como "legislación negativa". El postulado de que sólo es derecho el derecho positivo se ve así atemperado por la capacidad del Tribunal Constitucional de *negar positividad* a determinadas normas. No toda norma puesta habrá, pues, de considerarse válida, ya que se verá confrontada con las exigencias constitucionales y sometida así a un neto control de calidad. Pero el Tribunal habría de renunciar a la vez a *poner normas* por su cuenta, en obligado respeto a las prerrogativas del Legislativo.

---

[10] Véase la STC 81/1982 de 21 diciembre, F. 2.

En consecuencia, no ha de considerase responsable de dar paso al mejor mundo jurídico imaginable. Actuará como control jurídico de la legalidad consciente de que no es lo mismo *derecho* que *ley*-, para garantizar el mínimo de exigencias jurídico materiales que habrá de respetar toda norma que no quiera verse desposeída de su positividad formal.

Desde una perspectiva que, como la kelseniana, no admite la posible captación racional de las exigencias éticas, nos habríamos limitado con ello a multiplicar el número de filtros formales. La Constitución no sería sino una previa norma positiva más, con lo que se ven sólo ampliados los aleatorios controles de una siempre inevitable arbitrariedad. Como consecuencia, el desarrollo de la norma constitucional se convierte, por razones más estadísticas que éticas, en más rígido por menos flexible. Paradójicamente, tal mecanismo acabaría cumpliendo en realidad una función meramente 'ideológica', al aparentar una para él inexistente- vinculación a contenidos jurídicos materiales cuyo posible conocimiento racional se excluye. A la hora de la verdad, seguiríamos sin 'cosa juzgada' alguna; se impondría, sólo que en una instancia adicional, la 'cosa querida' por los magistrados de turno.

Suscribiendo coherentemente esta perspectiva, resultaría ininteligible la relevancia cobrada por el juego de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de la postguerra; muy especialmente, la posibilidad de hacerlos exigibles por vía de amparo o no digamos...- la facultad de esgrimirlos incluso contra los Estados en una sede judicial situada, como la de Estrasburgo, fuera del alcance de sus poderes soberanos.

Para Kelsen[11], la tarea judicial por más que así se la llame- no implica juicio alguno. Encierra un mero acto de voluntad creador de una norma particular, sólo formalmente sujeto a normas anteriores, integrándose en lo que él caracteriza como "sistema dinámico". Lo contrario que es precisamente lo que los Estados constitucionales de la postguerra en buena medida encarnan- implicaría diseñar un ordenamiento jurídico entendido como "sistema estático", cualidad que él atribuye tanto al iusnaturalismo como a los ordenamientos morales, con los que compartiría carácter metajurídico.

El Estado constitucional parte, sin embargo, de la existencia de unos derechos entendidos como expresión de exigencias jurídico-materiales, en las que fundamentará el Tribunal Constitucional su responsabilidad de 'negar' validez positiva a las normas que los desconozcan.

Que todo ello sea compatible con modelos iusnaturalistas que asuman los procedimientos democráticos parece difícilmente discutible. Se ha caracterizado gráficamente a la Constitución como la línea fronteriza entre derecho natural y derecho

---

[11] De su obra nos hemos ocupado con detenimiento en OLLERO, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2ª edición, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, ps. 41-91 y 105-136.

positivo. Hassemer por aludir a un magistrado constitucional- ha reiterado casi sesenta años después[12], frente al planteamiento kelseniano, la apelación del Radbruch de la postguerra a la existencia de un "derecho supralegal" y a la imposibilidad de descartar la entrada en juego de una rechazable "legalidad antijurídica".

Incurriría, por otra parte, en imperdonable incoherencia quien entendiera que, mientras que ese control 'negativo', de mínimos, propio del Tribunal Constitucional ha de apoyarse inevitablemente en exigencias jurídico materiales objetivas, la promulgación positiva de normas realizada dentro de esos márgenes por el Legislador pudiera suscribir actitudes relativistas, pragmáticas u oportunistas ajenas a todo criterio material. Este esquizofrénico dualismo entre el orden de la legalidad y el de la constitucionalidad se ve expresamente rechazado. El desarrollo de la Constitución no es responsabilidad exclusiva del alto Tribunal, sino que tiene como inmediatos destinatarios a todos los poderes públicos. El "pluralismo político" legitima diversas versiones interpretativas, contingentes e históricas, de una misma fuente de exigencias jurídicas; pero en modo alguno introduce una oquedad no cognotivista dentro de los marcos cognotivistas de la Constitución. El debate jurídico material queda abierto, pero no se interrumpe. De ahí que intentar solventar los problemas de fondo por la vía de la mera componenda, o del equilibrio estratégico entre posturas confrontadas, no ahorraría la necesaria justificación jurídico material de la valoración que a fin de cuentas se acabe asumiendo.

Particularmente expresivo de la dimensión cognotivista de las tareas del Tribunal Constitucional -que apuntan decididamente al logro de una 'cosa juzgada' y no al resignado establecimiento de una 'cosa querida'- es su recurso a las llamadas *sentencias interpretativas* como modo de hacer valer el *principio de conservación de las normas*. El afán por respetar las competencias positivadoras del Legislativo, sin renunciar por ello a controlar la constitucionalidad de su tarea, llevará al Tribunal a discernir cuáles de las diversas interpretaciones posibles de una misma norma puesta serían compatibles con la Constitución y cuáles habrían de considerarse enfrentadas a ella. Cualquier intento de explicar tal operación desde un formalismo no cognotivista resultaría imposible, salvo que se pretenda suscribir el carácter 'ideológicamente' falseador de todo el sistema jurídico...

La *Constitución* no renuncia, por lo demás, a cumplir una *función "utópica"*, aspirando (vía art. 9.2) a "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas", o a "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud". Ello obliga, por una parte, a desbordar se quiera o no- el planteamiento del control de constitucionalidad como mera *legislación negativa*, para dar indisimuladamente entrada al propio Tribunal en el proceso de "positivación" de los derechos. Descarta también, por otra parte, cualquier intento de remitir a un consenso social fáctico como fundamento de los derechos, se-

---

[12] "Control de constitucionalidad y proceso político", en *Persona y Derecho*, Tomo 45, 2001, ps. 120-123.

gún la conocida propuesta de Bobbio[13]. Basta repasar la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo[14] para comprobar con qué frecuencia los tópicos socialmente arraigados, lejos de servir de consensuado fundamento a tales derechos, se han erigido en el principal "obstáculo" a superar. Han exigido por ello el recurso a *acciones positivas*, apoyadas en un obligado activismo judicial, para poder convertir en realidad esa urgente dimensión utópica.

Este quizá prolijo discurso puede ayudarnos a abordar ahora las respuestas a algunos de los problemas a que hoy ha de hacer frente nuestro Estado Constitucional:

- exigencias prácticas derivables de la protección constitucional de la dignidad humana,
- fundamento y alcance del concepto de persona,
- identificación o no de personalidad y titularidad de derechos,
- posible repercusión sobre la protección jurídica de la vida humana de la entrada en juego de la ponderación de derechos, habitual en la solución de los más arduos dilemas constitucionales.

VIII. LA NEGACIÓN DEL 'STATUS' DE PERSONA HUMANA AL EMBRIÓN

El concepto de persona se ha convertido en categoría ética decisiva a la hora de valorar jurídicamente conductas. Las exigencias del obligado respeto al otro como un igual, arrancan de la asunción del imperativo categórico que obliga a tratar a la persona humana siempre como fin y nunca exclusivamente como medio. ¿Ha de considerarse tal imperativo aplicable al tratamiento del embrión humano?

Una posible respuesta negativa tendería a acogerse al concepto jurídico-civil de persona, reservado al ya nacido que cumpla además el doble requisito de demostrar su viabilidad, conservando la vida tras permanecer veinticuatro horas separado del claustro materno, y de exhibir figura humana; condiciones todas ellas incumplidas por cualquier embrión.

Tan expeditiva solución tropezaría con dificultades, sin necesidad de abandonar siquiera el ámbito jurídico-civil, en el que se establece a la vez por razones que sería inexplicable olvidar- que al concebido se le considerará como nacido a todos los efectos que le resulten favorables.

No sería, pues, preciso gozar de la condición jurídica de persona para recibir del ordenamiento la protección que todo ser humano merece. Se introduce, sin embargo, con ello una dualidad conceptual que con el tiempo al cobrar el embrión un

---

[13] La hemos criticado en OLLERO, Andrés, "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía", en *Persona y Derecho*, Tomo 22, 1990, ps. 159-179.

[14] Como hemos hecho en OLLERO, Andrés, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

protagonismo antes impensable- se convertirá en escabrosa: se está admitiendo la posible existencia de seres humanos que no son personas, aunque quepa poner a su disposición los mecanismos protectores de los que ellas disfrutan.

El concepto jurídico-civil de persona aspiraba sólo a marcar de un modo definido por razones de seguridad jurídica- cuándo pasaba un nuevo ser humano a convertirse en sujeto del tráfico jurídico. A la vez por razones de justicia- esa protección jurídica se proyectaba expansivamente sobre fases previas más inciertas, en la medida en que se dispusiera de hechos o indicios capaces de demostrar la existencia de un ser humano ya concebido aunque no nacido.

El cambio de circunstancias, operado a lo largo de más de un siglo, podría llevar a cuestionar si tiene aún sentido mantener hoy esta escisión entre ser humano y persona. El mayor conocimiento científico de datos relativos a esa fase previa invitaría más bien, para mantener inalterada la valoración jurídica propuesta, a actualizar el concepto de persona suscrito.

De hecho, el concepto conformado para el tráfico civil y mercantil no había llegado siquiera a asumirse en el ámbito del derecho público. Durante decenios, el derecho penal español incluyó los atentados contra la vida del no nacido entre los "delitos contra las personas". Podría aventurarse que si tal rótulo ha acabado desapareciendo en el Código Penal de 1995 podría deberse a dos razones. Puede que alguien disponga de nuevos datos científicos, capaces de cuestionar ahora más que antes que el no nacido sea persona. Puede que, siendo tales datos más bien de signo contrario, se pretenda facilitar una ponderación de derechos más favorable a la posibilidad de la madre de poner fin a su embarazo. El propio Tribunal Supremo no dudó en descartar implícitamente ambas hipótesis, al reconocer a efectos penales la condición de persona a quien no reunía las características exigidas en el ámbito jurídico-civil.

En el debate abierto en aquella ocasión[15] entre los miembros de la Sección no deja de apuntarse citando la sentencia del Tribunal Constitucional que invalidó la ley despenalizadora del aborto originariamente aprobada por las Cámaras- que "la 'vida humana' designa un proceso integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen diversa consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal". De ahí se deriva, en relación al concepto penal de "otro", que "la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada", lo que remitiría "al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente". El "nasciturus" no podría ser considerado "otro", por no ser "perfectamente discernible de la madre" "mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido espacialmente dentro de ella", ya que "pertenecer a la categoría 'ser vivo'" sería "condición necesaria pero no suficiente para entrar en la

[15] STS (S 2ª) de 29.XI.2002, que condena a un médico por imprudencia en la atención a un parto del que derivó "la muerte del niño", "transcurridas doce horas y cincuenta minutos de su nacimiento".

de 'otro'". "En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad".

Bien es verdad que tan neta argumentación acaba figurando en el voto particular discrepante, mientras que la sentencia acaba suscribiendo otra bien distinta. Comienza por refrendar lo ya indicado en sentencia escasamente anterior a la modificación del Código Penal, que consideraba que "los arts. 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica"; recordaba a la vez que "el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado", por lo que "negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la 'mulieris portio', es desconocer las realidades indicadas". Este punto de partida lleva al Tribunal Supremo a animar a "atribuir al feto, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible". Aunque admite, remitiendo a una netamente posterior sentencia de 1999, que "no existe en Derecho penal un concepto que señale, como sucede en el CC, la delimitación a los efectos pertinentes de la consideración jurídica de la persona", da por hecho que "no es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una 'persona', el otro al que se refieren el art. 420 de CP derogado y el art. 147 del vigente CP".

Precisamente los avatares de los proyectos de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos, incluida la declaración de inconstitucionalidad del primero y único sometido a consideración del Alto Tribunal, brindan elementos dignos de ser tenidos en cuenta sobre la cuestión que, en el fondo, resultaría decisiva: cuál es el concepto de persona que suscribe la propia Constitución.

Resulta indudable que en su texto no se explicita ninguna delimitación precisa al respecto. Invitar a entender que haría suyo el concepto jurídico-civil en vigor, renunciando a cualquier alteración, resulta en principio difícilmente sostenible, al no existir tampoco en su texto indicación alguna que muestre preferencia por esa acepción jurídico-civil respecto a la jurídico-penal entonces con claridad vigente.

Aplicando un criterio interpretativo "histórico" al art. 15 CE que se ocupa, como es sabido, de la protección de la vida humana- cabría sin embargo encontrar argumentos en favor de una constitucionalización de aquel concepto jurídico-civil. En su prolijo debate, la renuncia a la alusión a la "persona" para sustituirla por "todos"- se produce con la confesada intención de garantizar la protección de la vida del no nacido, al entenderse que una alusión a la "persona" (obviamente, en clave jurídico-civil) podría privarla de ella. Acabó pesando más el afán de blindar constitucionalmente la protección de la vida del embrión que el de garantizarle el "status" de persona. Se prefirió que la Constitución no entrara a cuestionar el concepto jurídico-civil de perso-

na, a cambio de garantizar la titularidad del derecho a la vida, desvinculándolo de la personalidad para reconocerlo a todo ser humano.

El razonamiento posterior del TC, a la hora de declarar inconstitucional el originario proyecto despenalizador del aborto, desmonta sin embargo tal posibilidad, al relativizar el alcance del criterio interpretativo "histórico". Analiza el debate constituyente, dando por bueno que el recurso a la expresión "todos" venía motivado por el afán de proteger la vida no nacida, pero no llega a considerar decisiva tal circunstancia. Eludiendo explicitar un concepto constitucional de persona, no se aviene a reconocer al embrión como titular de derechos, recurriendo para no admitir tampoco que quede indefenso- al concepto de bien jurídico digno de protección.

La muy discutible relativización del criterio interpretativo "histórico" al tratarse de un texto que llevaba menos de siete años en vigor- no deja, sin embargo, de mantener abierto el problema. Si su alcance no ha sido considerado decisivo en un sentido tampoco sería lógico considerarlo en el contrario. No sería, pues, razonable argumentar que, ya que en el debate constituyente se partió del no reconocimiento jurídico-civil del embrión como persona, habría que dar por constitucionalmente cerrada de modo negativo la cuestión.

Siempre cabrá analizar si del progreso del conocimiento científico sobre la vida prenatal derivan elementos capaces de establecer con mayor precisión una nueva frontera de la personalidad, diversa de la hace más de un siglo fijada en el ámbito jurídico-civil. Sería preciso, en tal caso, analizar tales datos y valorarlos éticamente, para establecer si podrían servir de ocasión para un replanteamiento de la conceptuación jurídica en vigor. Ello nos obligará a ocuparnos más abajo del estatuto jurídico del embrión preimplantatorio, o del nuevo concepto de "viabilidad" derivado de la fecundación 'in vitro'.

IX. POSIBLE PARADIGMA ALTERNATIVO: LA DIGNIDAD HUMANA TOMADA EN SERIO

Desde una perspectiva jurídico material cabría, en efecto, sugerir un planteamiento bien distinto, que comenzaría por no descartar la existencia de un concepto constitucional de persona. No encontramos, ciertamente, en su texto una explicitación expresa de su contenido y alcance, pero tampoco encontraremos nada semejante en relación a la "libertad", la "igualdad", la "justicia", el "pluralismo político" o la "dignidad". Sería bastante aventurado derivar de ello que no existen en realidad conceptos constitucionales correspondientes a realidades tan relevantes, o que hubiera que acudir a algún recodo de la legalidad ordinaria antes de pronunciarse sobre el particular. En realidad la Constitución remite a un ámbito de valores y conceptos ético-jurídicos previos, forzosamente implícitos en su texto, que los variados responsables de su positivación están llamados a desarrollar, en un proceso destinado a culminar bajo el obligado control del Tribunal Constitucional.

La primera consecuencia de todo ello sería que una asunción coherente de la prioridad de los derechos humanos como fundamento del ordenamiento jurídico, característica de nuestro modelo de Estado constitucional, invitaría a situar en su centro a la "dignidad humana", reconociéndola a todo ser humano desde la concepción. La actitud del Tribunal al respecto dista de ser consolidada y coherente, lo que no supone tesitura particularmente novedosa.

No parece, por ejemplo, muy compatible con una dignidad humana tomada en serio la resignada aceptación de la manufactura de embriones 'sobrantes'. La argumentación utilizada al efecto por el Tribunal no ha contribuido a prestigiar su tarea: la presentan como un "hecho científicamente inevitable". Tan sorprendente aserto mueve al estupor a todo el que no ignore cómo ordenamientos jurídicos muy afines al nuestro la prohiben. En realidad no nos hallamos ante nada inevitable, sino ante una mero imperativo pragmático y funcional, destinado a hacer más elevada la tasa de resultados positivos de una fecundación 'in vitro' contemplada por entonces con finalidad estrictamente reproductiva. En qué medida la mera ventaja utilitarista del incremento de seres humanos fabricados resistiría una ponderación constitucional con el respeto a la vida humana como bien jurídico digno de protección es cuestión que el Tribunal ha preferido eludir cuidadosamente.

Quizá para compensar, el mismo Tribunal invita a comportarse mesuradamente con el embrión humano, esgrimiendo un "principio de mínima intervención", que no parece entender aplicable a embriones de otra especie, sin duda por considerarlos desprovistos de similar dignidad. A la vez no se ha animado a considerar que la dignidad humana se la reconozca o no al embrión- active por sí sola la reserva de ley orgánica que la Constitución sí reconoce a los derechos fundamentales inherentes a ella. La "dignidad humana", tomada en serio, es inseparable de "los derechos inviolables que le son inherentes" (art. 10.1 CE). Ello ofrece un motivo más para abordar el reconocimiento de un concepto constitucional (y no meramente jurídico-civil) de persona.

La disociación entre dignidad y derechos dista de ser irrelevante. Los derechos sirven de punto de referencia en la interlocución socio jurídica de las personas, por lo que negar a un sujeto humano su titularidad equivale inevitablemente a despersonalizarlo y cosificarlo. Así tiende a acabar ocurriendo, coherentemente, aunque sea volviendo la oración por pasiva. Ante la ardua dificultad ética de aceptar que determinados seres humanos no sean personas, surgirá la tentación de dar por hecho que a quien se le niegue la condición de persona habrá de negársele también la de ser humano. Cuando resulte evidente que un embrión, a fuer de existir, no tiene más remedio que ser, se negará que sea (al menos, aún) *humano*. Con ello en adelante no sólo no sería considerado persona, sino que dejará de ser considerado como ser humano o incluso como sujeto vital, para quedar reducido a mera "estructura celular"[16]. El Tribunal no llega a explicitar, por supuesto, qué pueda diferenciarlo de otros conjuntos de células

[16] STC 212/1996, de 19 de diciembre, F. 6.

que sí son considerados sujetos vitales, seres humanos y personas, lo que encierra un nuevo escamoteo del fundamento ético y jurídico de una valoración de no escaso alcance.

La originaria vinculación jurídico-civil de personalidad y titularidad de derechos se producía en el contexto de una remisión del concepto de persona a las relaciones patrimoniales. El que se negara en dicho contexto personalidad (y la consiguiente titularidad de derechos) a los seres humanos no nacidos no resultaba negativo para ellos, al salvarse tal situación sin mayores consecuencias mediante mecanismos tuitivos, que excluían toda posible disponibilidad cosificadora. Nadie planteaba, por inimaginable, ni la fabricación de seres humanos no nacidos (menos aún no nacibles), ni su utilización como material de investigación o su prometedora condición de privilegiada fuente de células o tejidos susceptibles de oferta y demanda. El mantenimiento actual de ese desfasado planteamiento no se limita, obviamente, a dejar las cosas como estaban; produce una situación de indefensión y manipulación antes, por imposible, inexistente.

La persona aparecía, en ese ámbito jurídico-privado, como titular de *derechos subjetivos*. No se concebían por entonces otros, y se entendían por tales los surgidos como efecto o resultado de una norma meramente legal. No se había planteado ni la exigencia ético-jurídica de unos derechos humanos, reducidos si acaso a retórica política, ni por ende la existencia jurídico-constitucional de *derechos fundamentales*. Lo que se negaba al embrión por vía legal se le restituía por similar vía, en la medida en que ello pudiera considerarse "favorable". No ocurre lo mismo hoy cuando a determinados seres se les niegan los derechos que, por humanos, les corresponden y, coherentemente, se les regatea la titularidad de los derechos fundamentales en que aquéllos encuentran positivación; por más que se intente algún tipo de restitución por la vía, progresiva y probadamente insuficiente, de su reconocimiento como bien jurídicamente protegido.

De ahí que una consideración más vinculada a la dignidad del sujeto, como la exigida por el concepto de *derechos humanos*, invite a superar aquella doble negación, para reconocer a todo ser humano desde la concepción la condición de persona y la consiguiente titularidad de derechos. La explícita tipificación penal del aborto como delito contra las personas así lo hacía ya implícitamente; sin que cupiera considerarlo como mero objeto reflejo de la protección de la madre, al no excluirse la defensa respecto a eventuales conductas protagonizadas por ella misma.

X. EL NUEVO ESCENARIO DE LA FECUNDACION 'IN VITRO'

La protección jurídica del embrión ha venido caracterizándose por un doble factor que cambia decisivamente al entrar en juego su posible fabricación 'in vitro'. Hasta entonces, por una parte, la aplicación de sanciones jurídicas se veía en la práctica notablemente relativizada ante la dificultad de constatar de hecho la existencia del

embrión. La punibilidad del aborto tropezaba, por ejemplo, con el fantasma del delito imposible, si no había llegado a probarse la existencia de embarazo. Este ámbito de incerteza provocaba que conflictos estrictamente jurídicos acabaran de hecho relegados al ámbito de la conciencia privada, viéndose inevitablemente tratados como si de cuestiones morales se tratara. Piénsese en los problemas derivables del efecto abortivo de determinados fármacos anticonceptivos o, más tarde, de la llamada píldora del día después. Aun dando por probada la posibilidad de dichos resultados, el conflicto jurídico tiende a desvanecerse en la bruma de un problemático dolo eventual, al no haber constancia de que embrión alguno haya llegado a existir. Por más que se apelara argumentalmente a la protección de la vida humana desde la concepción, la posibilidad de garantizarla con eficacia práctica tendía a quedar inevitablemente aplazada.

Ya vimos, por otra parte, cómo ese inevitable efecto dilatorio se contrapesaba mediante el recurso a una protección 'a posteriori'. Existiendo indicio o constancia de la existencia del embrión los efectos protectores que toda persona merece tendían a proyectarse razonablemente hacia el pasado, partiendo de la consideración del proceso vital como un 'continuum', según el propio TC no ha dudado en reconocer.

La fecundación 'in vitro' ha alterado radicalmente la situación y ello afectará a ambos planteamientos. Por una parte, ahora es perceptible y constatable la existencia del embrión desde el comienzo mismo del proceso vital. Nos encontramos ante una realidad a la que, siguiendo la argumentación clásica no habría motivo alguno para negarle humana condición; a la vez, se encuentra sin embargo en una situación de absoluta disponibilidad respecto a cualquier manipulación. Mientras que antes la incidencia de una conducta sobre el embrión era incierta, y aún más su constancia jurídica, ahora una y otra resultan de fácil identificación. El conflicto jurídico deja, pues, de prestarse por la vía de hecho a una privatización meramente moral.

Por si fuera poco, la fecundación 'in vitro' alumbra también un novedoso concepto de *viabilidad*. Hasta ahora lo jurídicamente relevante, partiendo del concepto jurídico civil de persona, era la viabilidad del neonato; de ahí que se establecieran las ya legendarias veinticuatro horas de rigor como plazo para reconocerle autonomía. Si no se producía contratiempo alguno, el nacido vería reconocida una viabilidad hasta entonces presunta. Ahora, la viabilidad que estará en juego es la del embrión mismo, y precisamente en su fase inicial preimplantatoria. Cuando de un embrión fecundado 'in vitro' se trata, la viabilidad deja de ser una condición obligadamente presumible hasta que se vea desmentida por los hechos. Se convierte ahora en un problemático 'status', alcanzable sólo mediante una intervención que lo transfiera a un útero humano; al menos, mientras que sus réplicas industriales no pasen de la novela al mercado. El antiguo 'nasciturus' se ha convertido en 'moriturus'; si no media una manipulación 'ad hoc', no podrá continuar su desarrollo vital, que ha perdido la continuidad de la gestación natural para hacerse obligadamente discontinuo.

Esta tesitura cobra particular relevancia si no se suscribe una concepción jurídica meramente formalista y se aspira a tomarse los derechos humanos en serio. Si lo jurídico se identifica con una mera estructura formal, compatible por definición con cualquier contenido imaginable, el derecho pierde toda dimensión controladora de contenidos, para convertirse en mero instrumento de una fungibilidad oportunista. Todo valdrá siempre que se cuente con la oportuna mayoría. No es imaginable que llegue a configurarse mayoría alguna capaz de frenar la coyuntural estrategia de mercado, si se niega todo contenido propiamente jurídico y se enclaustran en la intimidad privada las exigencias éticas, reducidas así a meramente morales.

Parece, por ello, razonable intentar deslindar unos problemas de otros y proyectar sobre ellos los diversos niveles de exigibilidad, manteniéndonos siempre atentos a la particular relación derecho-moral.

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO

Siguiendo un orden lógico, el primer problema que se plantea es el de la licitud jurídica de la misma fecundación 'in vitro'. Como hemos señalado, su justificación inicial sería la posible existencia de un derecho a la paternidad esgrimible por cónyuges sin descendencia, que tendría como contrapartida la fabricación en laboratorio de un nuevo ser humano. La existencia de un derecho a tener hijos es notablemente discutible. Más razonable parece incluirlo entre esas esferas de 'agere licere', que sin cobrar propiamente dimensión de exigencia jurídica podrían ser permitidas si no se lesionan con ello otros derechos o bienes jurídicos. Es bien conocido que existen códigos morales, incluso oficialmente mayoritarios en nuestra sociedad, que descartan por principio toda fecundación 'in vitro' al conferir a la reproducción humana una dimensión antropológica no exenta de transfondo religioso- incompatible con ella. Que tal reparo pueda por sí solo cobrar dimensión jurídica no nos parece que cuente en principio con razones convincentes en un contexto social teórica y prácticamente plural.

El casi olvidado debate sobre la diferencia entre una fecundación *homóloga* o *heteróloga*, aparte de su lógica relevancia moral, sí puede plantear ya problemas jurídicos; sobre todo desde el punto de vista de la identidad y entorno familiar del nuevo ser humano. Es bien conocida la incoherencia entre el mandato constitucional que prevé que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad" (art. 39.1 CE) y el carácter anónimo de la donación de semen exigido luego por vía legal; o la fuente de problemas suscitados por la entrada en juego de posibles *madres de alquiler*. Parece, en consecuencia, fuera de duda que reparos morales aparte- la admisión jurídica de una fecundación heteróloga obliga a replantear los fundamentos mismos del derecho de familia. Que ello sea admisible, como madurada aceptación de un cambio de los tiempos, sería asunto susceptible de detenida discusión; que sea cuestión a resolver expeditivamente de la mano de un progresismo acrítico parecería una imperdonable frivolidad.

Un tercer problema, ya aludido, es el número de embriones que sería jurídicamente admisible fabricar para facilitar el 'agere licere' derivado de una expectativa de descendencia. Que quepa para ello fabricar un ser humano no es jurídicamente lo mismo que prever fabricarlos en número tal que se dé por supuesta la existencia de *embriones sobrantes* o, por utilizar vocablo menos burdo, "supernumerarios"- destinados a no ser transferidos. Cada proyecto de 'nasciturus' iría fatalmente acompañado de un cortejo de 'morituri', sin justificación jurídica posible, a no ser que se descarte con la debida contundencia la existencia de un ser humano dotado de dignidad.

Podría alegarse que nos hallamos en una situación dudosa, frecuente por lo demás en la práctica jurídica. Tales perplejidades se resuelven drásticamente mediante el recurso a presunciones vinculadas a una indisimulada opción ética por el más débil o indefenso y a la máxima *exclusión de normas odiosas* restrictivas de derechos. Baste recordar, en el primer caso, el *in dubio pro operario* o, en el segundo, el *in dubio pro reo*. Resultaría sorprendente pretender hacer compatible el ya mentado principio de manipulación mínima del concebido, refrendado por la jurisprudencia constitucional, con la eliminación de una similar presunción en su favor, sin esgrimir una específica justificación jurídica convincente. Nada parece indicar que el 'agere licere' fundado en una expectativa de descendencia merezca, por el contrario, la entrada en juego de una presunción de signo contrario, ya que en modo alguno cabría considerar odiosa una limitación que no restringe derechos.

Una aparente solución la brindaría la crioconservación de los embriones 'sobrantes', sobre todo si en un alarde de imaginación- se la considera destinada a ulteriores transferencias implantatorias. Si se trata de la misma mujer, nos limitamos a dilatar en el tiempo el ya planteado problema de la existencia de embriones con inciertas posibilidades fácticas de viabilidad. Si se piensa en un banco de embriones, nos encontraríamos ante un *hijo de alquiler*, como versión inversa de la madre similarmente motejada. Por otra parte, los moderados entusiasmos natalistas actuales, perfectamente descriptibles, así como la lógica desconfianza ante la situación sanitaria de tales embriones, convierte en notablemente forzado tanto este planteamiento como el de la *adopción* de embriones, propuestos por bienintencionados grupos como salida de emergencia a la inflación actual de embriones congelados.

Bien pronto acabó poniéndose de relieve que la ponderación implícita en la solución a todos estos problemas era (o se convertía en) otra bien distinta. La posibilidad de destinar a la manipulación investigadora los embriones 'sobrantes', como altruista solución de emergencia a un problema precipitadamente provocado, no tardará en perder todo atisbo de inocencia; se reconvierte circularmente en un nuevo 'agere licere' dispuesto a asumir todo el protagonismo. La fecundación 'in vitro' reproductiva parece pasar a la historia mientras se abre paso la fabricación de embriones, todos ellos 'ab initio' reproductivamente 'sobrantes', directamente destinados a convertirse en material de experimentación.

El cambio de escenario, ayudado por la venta en los medios de comunicación de milagros terapéuticos dignos de la más floreciente alquimia, ha permitido abando-

nar con facilidad cualquier tímida alusión a 'agere licere' alguno, para entrar de lleno a esgrimir presuntos derechos: el contemplado específicamente, como vimos, en el artículo 44.2 CE, que establece que "los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general". No faltan también en la polémica actual referencias a la alusión del art. 20.1.b) a la "producción científica y técnica". Notablemente más genérica y situada en el contexto de los derechos morales del autor, se pretende pese a ello atribuirle forzadamente mayor protagonismo para beneficiarse del carácter fundamental que derivaría de su problemática cobertura procesal a través del recurso de amparo[17].

Vuelve a primer plano la necesidad de probar, dado el juego del 'in dubio pro vita' y de la dimensión expansiva de la dignidad humana, que no nos hallamos realmente ante seres humanos vivos. En caso contrario, se estaría produciendo jurídicamente un salto cualitativo de notable dimensión. Cuando el TC se ha ocupado de la despenalización del aborto en determinados supuestos, lo ha hecho dando paso a una ponderación entre la vida humana no nacida, como bien jurídico constitucionalmente protegido, y determinadas situaciones extremas relativas a la madre o al propio embrión. En ningún caso se ha admitido que el sacrosanto derecho de libre autodeterminación de la madre tenga primacía respecto a la vida no nacida, excluyendo así toda configuración del aborto como derecho e, implícitamente, una posible despenalización durante determinado plazo al margen de la existencia de indicación específica. Pretender que la investigación científica, como "principio rector de la política social y económica" tenga, frente a la vida no nacida, peso mayor que la libertad de la madre resulta difícilmente argumentable. Las referencias utilitaristas a reales o presuntas aplicaciones terapéuticas más fácilmente alcanzables, por lo demás, por vías más respetuosas con los bienes constitucionales en juego- no harían sino apelar a otro principio de similar relevancia por el que se reconoce "el derecho a la protección de la salud" (art. 43.1 CE).

El intento de dar paso a una investigación científica sólo atenta a los requerimientos del mercado y emancipada de toda consideración ética se plasmaría jurídicamente en la imposición llamativa, no ya de una ponderación sino de una rígida jerarquía en la que la vida humana no nacida cuya protección justificó incluso la declaración de inconstitucionalidad de la originaria despenalización del aborto- se vería ahora sistemáticamente sometida a los intereses motores de nuevas aplicaciones tecnológicas. Sin duda la Constitución "reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", si bien situándola fuera de los derechos considerados (al menos procesalmente) como fundamentales, pero no parece que apelando a ella quepa justificar tan copernicana revolución jurídica.

---

[17] Hemos estudiado tales vicisitudes en nuestros trabajos OLLERO, Andrés, "Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate" en *Poder Judicial*, Consejo General Poder Judicial, Tomo 11, Madrid, 1988, ps. 31-86 incluido en versión resumida en el libro OLLERO Andrés, *Derechos humanos...*, op. cit., ps. 297-324- y OLLERO, Andrés, "Los llamados "derechos morales" del autor en los debates parlamentarios" en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1995, ps. 29-61.

REVISTA DE DERECHOS HUMANOS

Vol. 1 / 2010
Enero - Diciembre 2010

ARTÍCULOS
MEILÁN GIL, José Luis
OLLERO TASSARA, Andrés
SILVA SÁNCHEZ, Jesús
STITH, Richard
MARTINÉZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis
MARTÍNEZ, Juan Antonio
ZAMBRANO, Pilar
DÍAZ MUÑOZ, Oscar
SAPAG, Mariano
GARCÍA CAVERO, Percy

ENTREVISTA
DE AGOSTINO, Francesco

JURISPRUDENCIA DE LA CIDH AÑO 2009
MOSQUERA MONELOS, Susana

RECENSIÓN
HAKANSSON, Carlos
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo
SALDAÑA, Javier

UNIVERSIDAD DE PIURA

IDH
INSTITUTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA