

Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho)

Por ÁNGELA APARISI MIRALLES
Universidad de Navarra

RESUMEN

En la actualidad, el desarrollo de la bioética ha rebasado el marco ético para introducirse, plenamente, en otros ámbitos del saber, especialmente en el jurídico. En realidad, no existe otro campo como el derecho, en el que las controversias que, inicialmente, se plantean como bioéticas, presenten tanta derivación e impacto. La discusión se centrará, precisamente, en la determinación de la frontera entre la moral y el derecho, entre la bioética y el bioderecho. Por otro lado, en la configuración del bioderecho es necesario tener en cuenta diversos factores: entre ellos, los grandes intereses que subyacen a muchas de las nuevas biotecnologías, lo cual genera el riesgo de reducir el bioderecho a una bioeconomía o a una biopolítica.

Palabras clave: *Bioética, ciencia, bioderecho, biojurídica, dignidad humana.*

ABSTRACT

At present, the development of bioethics has gone beyond the ethical framework to fully enter into other fields of knowledge, especially the legal field. Actually, there is no other field such as law in which controversies, initially seen as bioethical, have as many consequences and as much impact. The discussion will precisely be focused on the drawing the line between morality and law, between bioethics and bio-law. On the other hand, it is necessary to consider different factors in the formulation of bio-law, namely the great interests that underlie many of the new biotechnologies, which pose the risk of reducing bio-law to a form of bio-economics or bio-politics.

Key words: *Bioethics, Science, Bio-law, Bio-legislation, Human Dignity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CIENCIA Y SOCIEDAD.—II. EL NACIMIENTO DE LA BIOÉTICA.—III. DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO: III.1. *El lugar del derecho*. III.2. *¿Qué bioderecho?*—IV. BIOJURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: CIENCIA Y SOCIEDAD

Las ciencias experimentales tienen un origen relativamente reciente. Surgen como respuesta al afán que tiene el ser humano por conocer los fenómenos naturales y las leyes que rigen su funcionamiento¹. En las últimas décadas, su desarrollo ha sido tan espectacular, que la cultura ha quedado «deslumbrada», y la misma ciencia ha adquirido un papel decisivo en la vida de las personas. Incluso, en ocasiones, ha provocado conflictos y desajustes internos en la sociedad. Ello tiene cierta relación con la manifiesta ambivalencia que presentan la ciencia y la técnica²: por una parte, contribuyen decisivamente al desarrollo humano; por otra, su aplicación puede llegar a tener consecuencias indeseables para las personas y su entorno. Y ello, especialmente, cuando no hay controles, o cuando se mezclan intereses económicos o políticos.

En lo referente a las relaciones entre ciencia y sociedad, es posible distinguir varias etapas. Hasta entrado el siglo XX, se mantuvo en pie

¹ Vid. APARISI, A.; *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, pp. 17 y ss.

² Es importante diferenciar los conceptos de ciencia y tecnología. La ciencia podría ser definida como «un cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado que constituye un ramo particular del saber humano» (Ossorio, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1974) o, asimismo, como el «Cuerpo o campo de conocimiento sistematizado que se basa en la observación y experimentación analizadas objetivamente, para determinar la naturaleza o principios básicos de la materia estudiada» (McGraw-Hill, *Diccionario enciclopédico de las ciencias médicas*, México, 1984, p. 268). Además, conviene tener presente los distintos parámetros determinantes del conocimiento científico y de las notas que lo caracterizan. Así, por ejemplo, a partir de la edad moderna, el cientificismo, entendido como el absolutismo de la ciencia positiva, llegó a reducir el ámbito del conocimiento aceptable, o digno de consideración, al que resulta, exclusivamente, de los saberes experimentales (vid. LLANO, A., «Ciencia y vida humana en la sociedad tecnológica» y LÓPEZ MORATALLA, N.; RUIZ RETEGUI, A., «Conocimiento científico. II: Sentido y límites», en *Deontología Biológica*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 128 y 145; AGAZZI, E.; ARTIGAS, M.; RADNITZKY, G., «La fiabilidad de la ciencia», *Investigación y ciencia*, 66, 1986, pp. 66 y ss.). Por su parte, la tecnología haría referencia, fundamentalmente, a «un sistema de acciones intencionalmente orientado a transformar objetos concretos para obtener de forma eficiente un resultado valioso» o asimismo «el conjunto de procedimientos sistemáticos mediante los cuales se logra un resultado, a través de una actividad manual o corporal» (JOVEN MARIÉ, J., *et al.*; *Diccionario de Medicina*, Barcelona, Marín, 1986, p. 986). La tecnología utilizaría técnicas basadas en el conocimiento y el método de una determinada ciencia (vid. QUINTANILLA, M. A., «Problemas conceptuales del desarrollo tecnológicos», en *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, pp. 157-158).

el paradigma moderno que identificaba todo avance científico con un progreso indiscutible para la humanidad. Esta visión hundía sus raíces en el dualismo cartesiano, por lo que, en general, se contemplaba lo «natural» como lo «externo» al ser humano. La persona no se consideraba a sí misma como parte de la naturaleza, sino como «algo diferente» a ella, llamada a «dominarla». Desde estos presupuestos, la ciencia perseguía, intensamente, superar las «barreras naturales», intentando conseguir la «liberación» del ser humano frente a la naturaleza y, en última instancia, el «triumfo» definitivo frente a la misma. Podemos recordar aquí las palabras de Saint Simon, quien, enarblando el *slogan* de la modernidad, afirmó que el hombre puede y debe «usar la naturaleza según su antojo»³. Es evidente que esta visión ignoró que también el ser humano forma parte de la naturaleza o, dicho de otra manera, él mismo *es* naturaleza⁴.

A mediados del siglo xx, principalmente a raíz de la incorporación de la energía nuclear a la tecnología bélica, la situación varió con respecto a algunos sectores de la ciencia y a sus consecuencias⁵. Entre los científicos se produjo una toma de conciencia de las implicaciones éticas de su trabajo, lo cual dio lugar, incluso, a asociaciones nacionales e internacionales⁶. Esta transformación se debió a diversas razones: entre ellas, la certeza de la experiencia de los efectos negativos para el ser humano, y para el resto de la naturaleza, de ciertos avances científicos y descubrimientos espectaculares. Así, por ejemplo, el ya referido de la energía nuclear aplicada a fines bélicos. Ello determinó que, a partir de los años cincuenta, la opinión pública abandonara, progresivamente, el paradigma anterior, y comenzara a surgir una nueva sensibilidad hacia las implicaciones éticas y jurídicas de estos fenómenos y, especialmente, frente a la creciente degradación del medioambiente.

A partir de los años noventa, se advierten nuevos cambios. Por un lado, recobra fuerza la convicción de que el desarrollo de la humanidad depende, básicamente, del desarrollo científico y tecnológico. Estamos, de nuevo, ante el paradigma de la ciencia entendida como fuente de progreso ilimitado e infinito⁷. No obstante, ahora adquiere vigor en un contexto distinto, marcado, en gran medida, por el econo-

³ SAINT SIMON, C. H. de, «L'observateur», *Oeuvres de Saint-Simon et d'Enfantin*, Paris, 1877-8, t. XX, p. 127 ([cit. en Cotta, S., *La sfida tecnologica*, Il Bolonia, Mulino, 1969 (3.ª ed.), p. 41].

⁴ SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional. Ensayos de Antropología*, Madrid, Rialp, 1989, pp. 22-51.

⁵ Vid. Comellas, J. L., *El último cambio de siglo. Gloria y crisis de occidente (1870-1914)*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁶ Vid. sobre este tema, fundamentalmente en relación a la tecnología nuclear, ROTBLAT, J. (ed.), *Los científicos, la carrera armamentista y el desarme*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1984.

⁷ Vid. RAMÍREZ GARCÍA, H. S., «Desafíos prácticos de la libertad del científico en la sociedad postindustrial», en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., *Bioteología y posthumanismo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 317.

micismo y el individualismo. La ciencia ya no buscará tanto el beneficio global de la humanidad –intentando, por ejemplo, reducir las desigualdades entre países ricos y pobres, o buscar fármacos para luchar contra las epidemias que diezman a las poblaciones del hemisferio sur⁸–, sino incrementar los años, y la calidad de vida, de las sociedades opulentas del norte⁹. Además, ya no encontramos una fe en la ciencia, entendida como instrumento para alcanzar un mundo más humano, sino que, en muchos casos, lo que se pretende es conseguir, precisamente, un mundo *mejor* que humano¹⁰. Ello se advierte, especialmente, en el surgimiento, y auge actual, de la nueva *medicina del deseo*, de la que, por ejemplo, son un claro exponente las sofisticadas operaciones de cirugía estética genital¹¹. Esta nueva visión se encuentra, por otro lado, en estrecha relación con un creciente pragmatismo epistemológico, de acuerdo con el cual se presupone que *lo verdadero* o *lo bueno*, es básicamente lo útil, lo que funciona o se espera que produzca unos resultados, aunque estos sean escasos¹².

En este nuevo marco se hace evidente, de manera aún más clara, si cabe, la inaceptabilidad de la tesis moderna de la «neutralidad» o asepsia valorativa de la ciencia¹³. En realidad, la decisión humana que se inclina por el fomento de una determinada línea de investigación o aplicación tecnológica, reposa sobre una ideología¹⁴ que propone esa opción frente a

⁸ Vid. LÓPEZ GUZMÁN, J., *Ética en la industria farmacéutica*, Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 59 y ss.

⁹ Bellver, V., «El entusiasmo tecnocientífico y médico», Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y Derecho, Granada, Comares, 2006, p. 33.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Vid. López Guzmán, J., «¿Toda persona sana es un enfermo que ignora que lo es?», *Nuestro Tiempo*, enero, 2006, p. 78.

¹² Se trata, en definitiva, del predominio de la razón instrumental «sobre el pensar genuino, el pensamiento que busca el sentido» (BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Técnos, 2002 (3.ª ed.), p. 19).

¹³ Para entender el alcance de esta afirmación, conviene distinguir los dos planos en los que se desarrolla el debate: *a*) el de la elección de las líneas de investigación y *b*) el de la aplicación de los resultados obtenidos con distintas finalidades. Es evidente que la segunda cuestión, relativa al uso y aplicación de los resultados de la investigación, queda lejos de ser un aspecto meramente técnico y avalorativo. La discusión, por ello, suele centrarse en el primer plano. Como ya se ha indicado, considero que tampoco este asunto puede considerarse como algo neutro. En primer lugar, hay que justificar, en una sociedad con recursos escasos e infinitas necesidades, la elección de una concreta línea de investigación. Por otro lado, se encuentra el problema de la valoración de los medios empleados en la propia investigación: por ejemplo, cuando se emplean animales a los que se les produce un sufrimiento evitable, o cuando se instrumentaliza y cosifica a seres humanos.

¹⁴ Como es sabido, el término ideología se utiliza con significados distintos. En la actualidad es posible reseñar la existencia de, fundamentalmente, dos sentidos: *a*) desde una perspectiva que podríamos calificar como «descriptiva», la ideología hace referencia al sistema de ideas o concepción del mundo que impera en una determinada sociedad y que, por ello, tiene su reflejo en los comportamientos sociales. Éste es el significado que se atribuye al término en el texto; *b*) un segundo sentido, sostenido sobre todo por posiciones marxistas, entendería la ideología como falsa conciencia,

otras, que plantea objetivos en una dirección concreta, y trata de responder a unas determinadas cuestiones en detrimento de otras¹⁵. Por ello, como indica Quintanilla, el desarrollo tecnológico se está convirtiendo en un asunto ideológico, dejando de ser una cuestión meramente tecnocrática¹⁶. En esta línea, para Habermas, muchas veces, en nombre de una aparente racionalidad, y a través de decisiones de pretendido carácter científico, lo que se impone son formas de oculto dominio: «Como la racionalidad de este tipo sólo se refiere a la correcta elección entre estrategias, a la adecuada utilización de tecnologías... (en situaciones dadas para fines dados), lo que en realidad hace es sustraer la trama social global de intereses en la que se eligen estrategias, se utilizan tecnologías y se instauran sistemas, a una reflexión y reconstrucción racionales¹⁷. Y recordando a Marcuse:

«El concepto de razón técnica es quizá el mismo ideología. No sólo su aplicación, sino que ya la técnica misma es dominio sobre la naturaleza y sobre los hombres, un dominio metódico, científico, calculado y calculante. No es que determinados fines e intereses de dominio sólo se avengan a la técnica *a posteriori* y desde fuera, sino que entran ya en la construcción del mismo aparato técnico. La técnica es en cada caso un proyecto histórico-social; en él se proyecta lo que una sociedad y los intereses en ella dominantes tienen el propósito de hacer con los hombres y con las cosas»¹⁸.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, en la actualidad, las ciencias experimentales ya no se dedican, pasivamente, al estudio y profundización en el conocimiento sobre el fenómeno global de la vida. Gran parte de su esfuerzo se dirige, fundamentalmente, a intervenir activamente en ella¹⁹. Como señala Riechmann, «aunque los seres humanos hemos modificado activamente la naturaleza durante milenios, nunca antes estuvimos a nuestra disposición herramientas para «rediseñar» la naturaleza a la velocidad y profundidad que permiten las biotecnologías modernas»²⁰. Precisamente, la biotecnología ha sido el puente por el que se ha transita-

como aquella que en parte enmascara y distorsiona la realidad (vid. AÑÓN, M. J., «Derecho y sociedad», en DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997 (3.ª ed.), pp. 79-80).

¹⁵ Vid. NAREDO, J. M., «Sobre las relaciones entre ciencia, cultura y naturaleza», en *Archipiélago*, núm. 15, 1993, p. 18.

¹⁶ QUINTANILLA, M. A., «Problemas conceptuales del desarrollo tecnológico», *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, op. cit., p. 165.

¹⁷ Cit. en HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»*, Madrid, Tecnos, 1992 (2.ª), p. 54.

¹⁸ MARCUSE, «Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Weber», en *Kultur und Gesellschaft*, II, Frankfurt a. M., 1965, cit. en HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»*, op. cit., p. 55.

¹⁹ Vid. APARISI, A.; LÓPEZ GUZMÁN, J., «Especies vegetales transgénicas: entre la biotecnología, la economía y el derecho», en BALLESTEROS, J.; APARISI, A., *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Pamplona, Astrolabio, 2004, pp. 197-198.

²⁰ RIECHMANN, J., *Cultivos y alimentos transgénicos. Una guía crítica*, Libros de la Catarata, Madrid, 2000, p. 56.

do, desde una ciencia descriptiva de la vida, hacia una ciencia activa en el uso de lo vivo. En consecuencia, el conocimiento se adquiere ahora mediante la incisiva intervención en la vida misma, y se evalúa, fundamentalmente, por su eficacia, por su capacidad de producir resultados. Por ello, los límites entre los conceptos de ciencia y técnica se han diluido considerablemente: más bien, podríamos referirnos a la *tecnociencia*. Un ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de la ingeniería genética, con las especies transgénicas, tanto vegetales como animales y los híbridos *inter especies*.

II. EL NACIMIENTO DE LA BIOÉTICA

Las primeras reflexiones que podrían enmarcarse en el ámbito de la bioética surgieron en los EE. UU., en los años sesenta, en el contexto del ya referido cambio de paradigma en las relaciones entre ciencia y sociedad. También fue determinante el hecho de que, durante esa década, la sociedad norteamericana conociera una serie de escándalos relacionados con la experimentación en seres humanos. En 1963, se supo que en el *Jewish Chronic Disease Hospital* (Brooklyn) se habían inyectado células tumorales a pacientes ancianos sin su consentimiento. Asimismo, se descubrió que, entre 1965 y 1971, en el *Willowbrook State Hospital* (Nueva York) se habían llevado a cabo estudios sobre la vacuna contra la hepatitis infecciosa, inoculando el virus en niños discapacitados internados en el centro²¹.

En 1970, Paul Ramsey, publicó dos libros que pueden ser considerados obras pioneras en el origen de la bioética en los EE. UU. Los volúmenes se titulaban *The patient as person: exploration in Medical Ethics*²² y *Fabricated man*²³. Su autor ponía de relieve, con un marcado énfasis, las profundas implicaciones éticas derivadas de las intervenciones técnicas sobre la vida humana. Ramsey seguía así una línea de trabajo que había sido promovida por André Hellegers en la *Georgetown University*. Lo distintivo de esta corriente fue su defensa de la necesidad de crear un nuevo campo de estudio, dedicado a los aspectos éticos de la práctica clínica. Por ello, sus preocupaciones se dirigieron a lo que, actualmente, se denomina *ética médica*. En 1971, Hellegers fundó el *Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction*

²¹ Vid. JONSEN, A. J., *The birth of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1998; VEGA GUTIÉRREZ, J.; VEGA GUTIÉRREZ, J. M.; MARTÍNEZ BAZA, P., *Experimentación humana en Europa: legislación y aspectos bioéticos*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1997, pp. 18-19.

²² RAMSEY, P., *The patient as person: exploration in Medical Ethics*, London, Yale University Press, New Heaven, 1970.

²³ RAMSEY, P., *Fabricated man. The Ethics of Genetic Control*, London, Yale University Press, 1970. Hay traducción castellana: *El hombre fabricado*, trad. Julián Rubio, Madrid, Guadarrama, 1973.

and *Bioethics*. Se trata del primer Instituto de bioética designado formalmente como tal²⁴.

No obstante, el autor que utilizó, por vez primera, el término bioética, fue Van Rensselaer Potter. Sus trabajos *Bioethics. The science of survival* y *Bioethics. Bridge to the future*, constituyen, por lo tanto, referencias ineludibles en esta nueva disciplina²⁵. Conviene tener en cuenta que su visión de la bioética no coincide con la André Hellegers. Mientras que, como ya se ha indicado, este autor se centró en las implicaciones humanas de las intervenciones médicas, Potter planteó, básicamente, el problema de la supervivencia de los ecosistemas. Por ello, podría ser considerado el iniciador de las denominadas «éticas ecológicas»²⁶.

Potter entiende que la reflexión ética debe nacer del interior de la práctica médica y científica, como consecuencia de haber comprendido la trascendencia de estas actividades sobre el desarrollo de la vida en general²⁷. La bioética surge así en un contexto de inquietud, y de respuesta crítica, respecto a un determinado modo de entender el desarrollo científico, y sus consecuencias, no sólo para el ser humano, sino también, y especialmente, para su entorno. Potter denuncia la ideología subyacente al concepto dominante de progreso: la existencia de una división radical entre el ámbito del saber científico (*biological facts*) y el del saber humanístico (*ethical values*), entre las ciencias experimentales y las del espíritu. Por ello, propone una nueva disciplina orientada a regular el uso de las nuevas tecnologías, buscando favorecer la supervivencia de los ecosistemas y, con ello, también de la misma especie humana. Al presuponer que el ser humano es parte de la naturaleza, considera que existe una amenaza para la persona cuando el medioambiente es reducido a la consideración de objeto manipulable. Por ello, en su ya mencionado trabajo *Bioethics. Bridge to the future*, intenta, como el mismo título indica, establecer un nexo o «puente» entre los dos ámbitos de conocimiento, el propiamente científico y el moral-humanístico.

²⁴ Otro paso decisivo para el nacimiento de la Bioética fue la fundación, por el filósofo Daniel Callahan y el psiquiatra William Gaylin, del *Institute of Society, Ethics and Life Science*, en 1969. Desde 1988 es conocido como el *Hastings Center*. El propósito que perseguían era estudiar y formular normas y principios en el campo de la investigación y la experimentación biomédica.

²⁵ POTTER, V. R., «Bioethics. The science of survival», *Perspectives in Biology and Medicine*, New York, 1970, 14 (1), pp. 127-153. Hay una traducción italiana bilingüe a cargo de Francesco Bellino (Levante editori, Bari, 2002); Potter, V. R.; *Bioethics: bridge to the future*, Nueva Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971.

²⁶ Vid. BALLESTEROS LLOMPART, J., *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995; BELLVER CAPELLA, V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Granada, Comares, 1994; BELLVER CAPELLA, V., «Bioética y ecología», en Tomás Garrido, G. (coord.), *Manual de Bioética*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 279-294; MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Derechos Humanos y medio ambiente», *Humana lura*, vol. 10, pp. 225-273.

²⁷ Vid. GONZÁLEZ, A. M., *En busca de la naturaleza perdida. Estudios de bioética fundamental*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 23-24.

En la actualidad, y siguiendo la Enciclopedia del *Kennedy Institute*, la bioética podría ser definida como el estudio sistemático de los aspectos éticos implicados en las ciencias de la vida y de la salud, utilizando diversas metodologías, en una integración interdisciplinar²⁸. De este modo, se suele entender que esta disciplina aborda el estudio de las implicaciones, e interrogantes, que plantean los avances científicos y técnicos, en cuanto que inciden en la vida y la salud de las personas, así como en los problemas relativos a la degradación del medio ambiente.

III. DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO

La bioética es, como ya se ha indicado, una disciplina específicamente ética. En este sentido, ha señalado Vidal que «la bioética es *formalmente* una rama o subdisciplina del saber ético, del que recibe el estatuto epistemológico básico y con el que mantiene una relación de dependencia justificadora y orientadora. Los contenidos materiales le son proporcionados a la bioética por la realidad del «cuidado de la salud» y por los datos de las «ciencias de la vida», como la biología, la medicina. El análisis de los temas, aunque tiene una omnipresente referencia a la ética, tiene que ser llevado a cabo mediante una metodología interdisciplinar»²⁹.

Esta realidad ha conducido a algunos autores a cuestionarse, incluso, la especificidad de la bioética, considerándola, exclusivamente, como una ética profesional o deontología. En este sentido se pregunta González: ¿no será, más bien, simplemente ética? Si lo específico de la bioética son cuestiones puntuales, problemas nuevos que surgen al compás del desarrollo de las ciencias de la vida: «la forma, lo que daría unidad a tal cúmulo de cuestiones no sería sino la misma perspectiva ética»³⁰. Para esta autora, los principios de la bioética no son otros que los de la ética; de ahí que, en su opinión, el lugar natural de la bioética sea la ética especial y, más en particular, las éticas profesionales.

²⁸ «*Bioethics... can be defined as the systematic study of the moral dimension - including moral vision, decisions, conduct and police- of the live sciences and health care, employing a variety of ethical methodologies in a interdisciplinary setting*» [Reich, W. T. (ed.), *Encyclopedia of Bioethics* (edición revisada), vol. 1, New York, Simon & Schuster, Macmillan, 1995, p. xxi].

²⁹ VIDAL, M., *Bioética. Estudios de bioética racional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 16. Sobre las distintas acepciones del término bioética, *vid.*, asimismo, GAFO, J. (ed.), *Fundamentación de la bioética y manipulación genética*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1988, especialmente pp. 11-130; MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 17-24; LEÓN CORREA, F., «Dignidad humana, libertad y bioética», *Cuadernos de Bioética*, vol. 12, 4.º, 1994, pp. 5-22, etc.

³⁰ GONZÁLEZ, A. M., *II Curso monográfico de bioética* (inédito), p. 6.

Es claro que las diversas ramas del saber no son compartimentos estancos, sino marcos abiertos al progreso del conocimiento, que continuamente se están reconfigurando. En este contexto, la especificidad y amplitud actual de la reflexión bioética –caracterizada, en gran medida, por una metodología característica y un marcado carácter interdisciplinar–, permitiría considerarla, no sólo como una mera ética profesional o deontología particular, sino como un saber específico. Ello no contradice el hecho de que esta nueva materia requiera del auxilio de categorías y conocimientos propios de otras ciencias.

A ello cabría añadir que, en la actualidad, el desarrollo de esta materia ha *desbordado* el marco puramente ético para introducirse, plenamente, en otros ámbitos del saber, como, por ejemplo, la antropología, la filosofía o el derecho. Como ha destacado D'Agostino, la bioética, forzándonos a replantearnos la vida y el orden de sus significados, nos obliga a pensar en el lugar que en ella ocupamos, o que nos corresponde ocupar; nos impone así, entre otras, la pregunta esencial sobre nuestra identidad. Y nos ayuda a elaborarla³¹. También Habermas, entiende que el trato de demos «a la vida humana afecta...a nuestra propia autocomprensión como especie...», de tal modo que existe una «conexión interna de la ética protectora de la vida con nuestra manera de entendernos como seres vivos autónomos e iguales, orientados a razones morales...»³².

III.1. El lugar del derecho

Sabemos que el desarrollo bioético ha tenido una gran incidencia en el campo del derecho. Ciertamente, la determinación de lo tolerable, en relación a las diversas formas de intervenir en el fenómeno de la vida, no es una cuestión que afecta sólo a la ética, sino también, y cada vez con mayor intensidad, al derecho. Actualmente se apela a éste con distintas finalidades. En ocasiones, se pretende eliminar ciertas trabas y prohibiciones legales previas que impiden la investigación, la aplicación o el desarrollo de nuevas tecnologías; otras veces, se demanda del derecho exactamente lo contrario: esto es, que formule prohibiciones e, incluso, que prevea sanciones que restrinjan el acceso a prácticas o técnicas potencialmente lesivas para el ser humano y su entorno. A ello se añade el recurso al orden jurídico, entendido como mecanismo resolutorio de conflictos específicos ya producidos.

³¹ D'AGOSTINO, F., *Bioetica (nella prospettiva della filosofia del diritto)*, Turín, G. Giappichelli, 3.^a ed. Ampliada, 1988. Existe traducción castellana, por la que se cita: «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, trad. G. Pelletier y J. Licitra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 88.

³² HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, trad. R. S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 91-92.

A tal finalidad responden los pronunciamientos jurisprudenciales, cada vez más abundantes, y decisivos, en esta materia.

En realidad, se podría llegar a afirmar que no existe otro ámbito, como el jurídico, en el que las controversias que, inicialmente, se plantean como bioéticas, presenten tanta derivación e impacto. Es más, precisamente aquellas cuestiones bioéticas de mayor calado o trascendencia social, se transforman, en muchos casos, en problemas jurídicos. Es evidente que la acción humana —en este caso tecnificada—, puede producir daños, incluso irreversibles, al medioambiente y a las personas. En consecuencia, la respuesta a esta realidad no debe tener, tan solo carácter moral, ni reducirse, por tanto, a una cuestión privada. Se tratará, en muchas ocasiones, de un asunto público³³. Como ha señalado D'Agostino, en una época como la actual, dominada por el triunfo de la biotecnología, el derecho se presenta, en cierto modo, como un sistema de gestión social del temor o «miedo bioético», nacido cuando prevalece la «percepción social de que la naturaleza se convierte en evanescente y de que ha sido superado el umbral de artificialización de la vida»³⁴. De ahí la necesidad de insistir en la «validez pública, propiamente jurídico-relacional»³⁵ de muchos conflictos que se presentan, *prima facie*, como bioéticos. La controversia se centrará, precisamente, en la determinación de la frontera entre la bioética y el bioderecho y, en definitiva, entre la moral y el derecho.

Ciertamente, la cuestión relativa a los límites, conexiones y diferencias entre derecho y moral es un problema clásico de la filosofía jurídica. No obstante, la complejidad, ya de por sí inherente al tema, se incrementa, en este caso, por la concurrencia de diversos factores. Entre ellos, cabría destacar la ausencia de estudios sistemáticos que ayuden a delimitar con rigor ambas disciplinas, demarcando sus respectivas competencias:

Tal carencia tiene múltiples consecuencias prácticas. Incluso, a nivel terminológico, se advierte la existencia de una patente imprecisión. Con frecuencia, los mismos juristas apelamos a la bioética cuando, en realidad, nos enfrentamos a problemas que poseen una clara dimensión pública. Ello, a su vez, incrementa la confusión conceptual: cuando se plantea una controversia «bioética», se tiende a insertarla en un marco propiamente ético, con el correlativo recurso a unas categorías y a una metodología características, abordándose así como

³³ Vid. CAMBRÓN, A., «Génesis y problemas de la bioética», en Cambrón, A. (coord.), *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares, 1998, pp. 9 y ss.; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Bioética y Derecho», en Tomás Garrido, G. (coord.), *Manual de Bioética*, op. cit., p. 60.

³⁴ D'AGOSTINO, F., «La bioética como problema jurídico», *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 76-77.

³⁵ Vid. D'AGOSTINO, F., «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 70; D'AGOSTINO, F., «Formazione bioetica e diritto positivo», en Sgreccia, E.; Di PIETRO, M. L. (eds.), *Bioetica e formazione*, Milán, Vita e Pensiero, 2000, pp. 111-115.

un problema subjetivo o de conciencia. Esto genera, automáticamente, una resistencia a la plasmación, en normas jurídicas, de los resultados y conclusiones obtenidas y, especialmente, un rechazo a la posibilidad de que tales soluciones se vean respaldadas por sanciones típicamente jurídicas. En definitiva, se entiende que estamos ante problemas y reflexiones ajenas a la ciencia jurídica, más propias de la filosofía moral o de las ciencias de la salud que del derecho.

Ante esta situación se impone, como ya se ha indicado, la elaboración de estudios sistemáticos que permitan establecer ciertos límites entre ambos saberes. Para ello, sería útil recurrir a criterios ya elaborados por nuestra disciplina³⁶. Entre otros parámetros, podríamos recordar la diferenciación clásica, propuesta por Aristóteles, entre el hombre bueno (*anér agathós*) y el buen ciudadano (*polités agathós*), aplicando esta distinción a la bioética y al bioderecho, respectivamente. Ciertamente, los temas objeto de reflexión o de examen pueden ser, en algunos casos, los mismos; pero se podría subrayar el mayor interés del bioderecho por la perspectiva externa y por la dimensión de alteridad de las acciones humanas, mientras que, en la bioética, ocuparía un papel central la noción de virtud³⁷.

No obstante, como ya se ha apuntado anteriormente, al establecer la frontera entre bioética y bioderecho habría que tener en cuenta, además, ciertas peculiaridades. En primer lugar, es evidente que, desde un punto de vista histórico, la reflexión bioética es anterior al bioderecho. Ciertamente, este dato no debería conducirnos a plantear la demarcación entre ambos saberes en términos jerárquicos o de subordinación (así, por ejemplo, no considero adecuado entender el bioderecho como una «rama» o especialidad de la bioética)³⁸. No obstante, dada su más longeva trayectoria, la reflexión bioética aporta datos, reflexiones y metodologías³⁹ extremadamente útiles al bioderecho. A su vez, éste

³⁶ Para establecer las fronteras entre bioética y bioderecho, D'AGOSTINO propone partir del esquema clásico de las vertientes que inciden o pertenecen a una misma realidad, pero lo hacen desde perspectivas diferentes y con una especificidad propia (D'AGOSTINO, F., «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68).

³⁷ En palabras de ARISTÓTELES: «... la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero» (ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco*, trad. y notas J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1995 (3.ª reimpresión), libro V, 1, 1130a, 5-10, p. 239. También en el capítulo II del libro III de la *Política*, afirmaba categóricamente: «es claro, pues, que es posible, siendo buen ciudadano, no poseer la virtud según la cual se es hombre bueno.... La virtud del buen ciudadano, en efecto, debe estar en todos (pues así será mejor la ciudad); mientras que la del hombre bueno es imposible...» (ARISTÓTELES; «Las virtudes del ciudadano y del hombre bueno», *Política*, trad. C. García Dual y A. Pérez, Madrid, Tecnos, libro III, cap. IV, pp. 210-211).

³⁸ Vid. MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. IV, serie LXXI, 1994, p. 129.

³⁹ Vid. ATIENZA, M., «Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica», en Cambrón, A. (coord.), *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares, 1998, especialmente pp. 45 y ss.

añade, entre otras cosas, el respaldo que implica la coacción jurídica, en muchos casos imprescindible. Por ello, como ha señalado Gracia, «el bioderecho sin bioética es ciego, y la bioética sin el bioderecho resulta vacía. Sin la bioética, el bioderecho correrá siempre el riesgo de caer «bajo mínimos»⁴⁰.

III. 2. ¿Qué bioderecho?

A pesar de lo hasta ahora señalado, la cuestión relativa al título y a los criterios que confieren al derecho la capacidad de intervenir en las cuestiones bioéticas no es un tema pacífico⁴¹. También a nivel fáctico, se advierte una cierta reticencia en los juristas para adentrarse en problemas que, a primera vista, pueden parecer más propios de los científicos o de los filósofos morales. Otro posible obstáculo a salvar por el bioderecho es la «novedad» y especificidad que implican los conflictos bioéticos, el tipo de razonamiento que conllevan⁴², así como su ya mencionada interdisciplinariedad.

A todo ello se une un problema añadido: los grandes intereses que subyacen a algunas de las nuevas biotecnologías. No podemos dejar de hacer mención al opaco y lucrativo mercado que se ha originado alrededor de las expectativas generadas en este sector económico⁴³. En ocasiones, es difícil que la sociedad llegue a conocer la vinculación existente entre famosos investigadores y empresas biotecnológi-

⁴⁰ GRACIA, D., *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989, p. 576.

⁴¹ Por un lado, la lógica del imperativo tecnológico reduce, e incluso llega a eliminar, el papel del derecho en este ámbito, al considerar como un *deber* el llevar a cabo todo aquello que la ciencia y la técnica permiten realizar. Por otro lado, no faltan los que sostienen que el derecho no debe ocuparse materialmente de las concretas cuestiones bioéticas, al tratarse de conflictos de naturaleza esencialmente moral, por lo que su resolución debería enmarcarse en la esfera de la conciencia privada. Aquí la función del derecho sería, básicamente, la de garantizar, precisamente, el más amplio margen de autonomía para dicha conciencia individual, ampliando, al máximo, las posibilidades de elección del individuo. Asimismo, algunos destacan la incapacidad de la ética, tanto en su manifestación moral como jurídica, para controlar u orientar, *de facto*, la actividad científica y su aplicación. Con respecto al derecho se insiste en su inhabilitación práctica, en razón de su naturaleza reactiva (*Vid.* GARZÓN, E., «Que puede ofrecer la Ética a la Medicina?», *Isonomía*, num. 8, México, pp. 26-27; RAMÍREZ GARCÍA, H. S., «Desafíos prácticos de la libertad del científico en la sociedad postindustrial», en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., *Biología y posthumanismo*, *op. cit.*, pp. 315 y ss.). No obstante, conviene tener en cuenta que el objeto del razonamiento jurídico es siempre un operable. Por ello, no podemos olvidar que lo que comúnmente se denominan conflictos biojurídicos no son hechos que acontecen o acontecerán irremisiblemente, sino comportamientos humanos, susceptibles de realización efectiva y, en cuanto tales, objeto de conocimiento jurídico.

⁴² ATIENZA, M., «Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica», *op. cit.*, pp. 45 y ss.; MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, *op. cit.*, pp. 124-158.

⁴³ Prueba de ello es, por ejemplo, la existencia de diversas revistas especializadas en negocios e inversiones en el ámbito de las biotecnologías. *Vid.*, entre otras, *The Journal of Biolaw & Business*, (www.biolawbusiness.com), cuyo primer número es del año 1997.

cas, cuyas promesas pueden atraer inversiones públicas y privadas multimillonarias. En este sentido, cabe mencionar, por ejemplo, que Robert Lanza, conocido por sus experimentos de transferencia nuclear en mamíferos y primates, es director de una conocida Revista científica, el *New England Journal of Medicine*, director médico de una empresa que cotiza en bolsa, la *Advanced Cell Technology*, y actualmente también es asesor del Instituto Valenciano de Infertilidad. Es significativo saber que el día en que la empresa que dirige, *Advanced Cell Technology*, anunció en la revista *Nature* que había clonado embriones humanos subieron, no sólo las acciones de esa empresa, sino también las de otras biotecnológicas, como *Stem Cells* o *Geron*⁴⁴. Y ello, a pesar de que, posteriormente, se comprobó que era falso que hubieran conseguido una clonación humana, ya que se trataba, tan sólo, de una mera transferencia nuclear. También cabe mencionar el escandaloso fraude del grupo liderado por el investigador coreano Woo Suk Hwang⁴⁵, el cual había recibido millonarias subvenciones. En otro contexto, es importante aludir al problema del comercio de embriones y óvulos (teniendo en cuenta que su obtención puede generar graves daños para la salud de las mujeres), a la relevancia económica de la información genética (especialmente en el ámbito de los seguros privados)⁴⁶,

⁴⁴ Éstos, entre otros aspectos, han contribuido a mermar la autonomía de los investigadores especializados, alterando su *status* tradicional: éstos aparecen ahora como empleados al servicio de intereses financieros que aportan los recursos para sus investigaciones. Se habla, por ello, de la proletarianización de la investigación científica, con la consiguiente pérdida de libertad en la misma (*vid.* SÁBATO, J.; MACKENZIE, M., *La producción de tecnología. Autónoma o transnacional*, México, Nueva Imagen, 1982, p. 140).

⁴⁵ Un equipo de investigadores de la Universidad Nacional de Seúl, liderado por Woo Suk Hwang, publicó, el 12 de marzo de 2004, en la prestigiosa revista *Science*, la obtención de una línea de células troncales embrionarias, procedentes de un embrión humano clonado (Woo SUK HWANG y otros, «Evidence of a Pluripotent Human Embryonic Stem Cell Line Derived from a Cloned Blastocyst», *Science*, vol. 303, 12 March 2004, pp. 1669-1674). Posteriormente, se supo, no sólo que se había pagado a colaboradoras para obtener óvulos (lo que es contrario a las normas éticas), sino que se habían falsificado los resultados publicados en *Science*. Sung II Roh, un coautor del reportaje de *Science*, admitió que la mayoría de las células madre mencionadas en el artículo de mayo habían sido falsificadas. *Vid.* «Ethics and fraud», editorial de *Nature*, vol. 439, 12 January 2006, pp. 117-118; VARA, A., «Ciencia y mercado. Balance del caso Hwang», *Revista Química Viva*, núm. 3, año 5, diciembre 2006, pp. 15-32.

⁴⁶ Así, por ejemplo, hace ya más de una década se celebró en París una reunión de Compañías Aseguradoras punteras de Europa, con el objetivo de coordinar sus esfuerzos y presionar en los distintos países para conseguir que no se restringiera el acceso a los datos genéticos de sus futuros clientes, dado el enorme potencial económico que implica. Esta política tuvo sus frutos, en primer lugar, en Gran Bretaña. En este país se han autorizado a las Compañías de Seguros a requerir una serie de pruebas genéticas a sus posibles clientes. Esta cuestión no es algo baladí, ya que puede tener consecuencias especialmente graves en países que carecen de una adecuada cobertura pública de sanidad (*Vid.* APARISI, A., *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, *op. cit.*)

a los beneficios generados por las patentes sobre procedimientos y líneas celulares ya existentes⁴⁷, etc.

La ya mencionada reticencia de los juristas a introducirse en estos ámbitos, unida a las presiones del mercado e, incluso, a los intereses políticos en juego, puede crear una estructura abonada para que el bioderecho deje paso libre a la bioeconomía o a la biopolítica⁴⁸. En este sentido, Peces Barba ha señalado que «la escasa juridificación de esta materia, no es sólo debida a las dudas del legislador, sino también a las presiones de quienes quieren mantener una hegemonía que podría contribuir a reforzar la ideológica, la económica o la política»⁴⁹. Ciertamente, no se puede negar la existencia de conexiones entre el bioderecho, la biopolítica y la bioeconomía; pero tampoco debemos ignorar el peligro que conlleva la confusión entre estas instancias. El bioderecho queda, de hecho, reducido a una bioeconomía cuando es la ley del máximo beneficio la que, en definitiva, impone los parámetros de actuación en el ámbito biomédico. Asimismo, el bioderecho deja paso a la biopolítica cuando su función se limita a la mera formalización legal de decisiones de interés partidista o electoralista, en muchos casos ya tomadas con anterioridad⁵⁰.

Por otro lado, cabe referirse al riesgo que, para los derechos individuales, podría implicar la alianza entre bioeconomía y biopolítica, abriendo la puerta a la circulación, sin trabas, de cualesquiera demandas solventes. En esta línea, Habermas recuerda que estamos ante investigaciones que se financian «desde hace ya mucho en el mercado de capitales. Debido a que la investigación biogenética se ha aliado con los intereses de los inversores y las demandas de éxito de los gobiernos nacionales, el desarrollo biotécnico despliega una dinámica que amenaza con hacer desaparecer de la esfera pública los procesos detallados de clarificación normativa»⁵¹. Por ello, plantea el dilema ético y político, de comportarnos «autónomamente, de acuerdo con consideraciones normativas, que inciden en una democrática conformación de voluntad, o *arbitrariamente*, de acuerdo con preferencias

⁴⁷ Vid. TALAVERA, P., «Células madre embrionarias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad», en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., *Biotecnología y posthumanismo*, op. cit., pp. 218 y 238.

⁴⁸ Vid. PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, TORINO, G. GIAPPICHELLI, 2002, p. 64.

⁴⁹ PECES-BARBA, G., «La libertad del hombre y el genoma», AA. VV.; *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, tomo I, Madrid, Fundación BBV, 1994, p. 219. Asimismo, «La libertad del hombre y el genoma» en *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993.

⁵⁰ Para PALAZZANI, el bioderecho se reduce a una cristalización normativa de la voluntad política, reduciendo, de hecho, el bioderecho a biopolítica (PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, op. cit., p. 64).

⁵¹ HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, op. cit., p. 31.

subjetivas, que encuentran satisfacción en el mercado»⁵². También para Ollero, «el empuje de la bioindustria parece invitar a un resig-nado adiós a la bioética para ceder el paso a la biopolítica... la brega biopolítica no se limitará a lograr el visto bueno para las investigacio-nes más inmediatas. Los niveles de inversión (económica) planteados exigen un grado de seguridad que obliga a despejar al máximo el ámbito del juego jurídico. Hay que ganar terreno en el ámbito de lo irreversible. Habrá que lograr legalizar incluso aquello que a corto plazo no es previsible que interese llevar a la práctica, pero podría en su momento convertirse en vía a explorar»⁵³.

Para evitar tales riesgos, el bioderecho debería salvar algunos princi-pios, de carácter estructural –aunque no del todo inútiles–, que permiti-eran percibir cuando abandonamos la lógica del derecho, de la digni-dad, de la igualdad, de la no instrumentalización⁵⁴, del respeto, de la reciprocidad..., para adentrarnos en la lógica de la violencia, del domi-nio, de la propiedad de unos seres humanos sobre otros, de la búsqueda de resultados y beneficios a costa, incluso, de la dignidad del otro. Cier-tamente, nunca podremos elaborar una especie de «Código biojurídi-co», ya que tales principios no pueden ser conocidos con independencia de su realización, exigiendo, por otro lado, ser permanentemente corre-gidos por la dimensión histórico-dinámica de la realidad social⁵⁵. No obstante, ello no impide defender ciertos presupuestos a los que el bio-derecho no debería renunciar: fundamentalmente, el respeto a la digni-dad y al carácter relacional del ser humano. Ello implicaría, en primer lugar, partir del reconocimiento de la cualidad de sujetos⁵⁶ a los indivi-

⁵² *Ibid.*, p. 24. Para este autor, «El argumento de la «rotura de diques» no suena tan alarmista si se piensa en el uso retrospectivo que los *lobbies* de la técnica genética hacen de precedentes no reflexionados y prácticas convertidas imperceptiblemente en costumbre (más o menos como hoy el diagnóstico prenatal) para dejar de lado los reparos morales con un encogimiento de hombros y un «demasiado tarde». El uso metodológicamente correcto del argumento muestra que hacemos bien en controlar el enjuiciamiento normativo de la evolución actual planteándonos las cuestiones con las que el posible desarrollo biogenético podrá enfrentarse un día...» (*Ibid.*, p. 47).

⁵³ OLLERO, A., «De la bioética a la biopolítica», en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 65, 68-69; OLLERO, A., «El estatuto jurídico del embrión humano», en BALLESTEROS, J.; Fernández, E., *Biotecnología y posthumanismo*, *op. cit.*, pp. 370-381.

⁵⁴ Con respecto a las técnicas de diagnóstico preimplantatorio, ha señalado HABERMAS, que «esta especie de controles de calidad deliberados pone en juego un nuevo aspecto del asunto: la *instrumentalización* de la vida humana engendrada con reservas por preferencias y orientaciones de valor de terceros. La decisión seleccionadora se orienta a una composición deseable del genoma. La decisión sobre la existencia o la no existencia se toma según el potencial *ser así*» (HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, *op. cit.*, p. 47).

⁵⁵ Vid. DE LUCAS, J., *Doxa*, núm. 1, p. 149.

⁵⁶ En esta línea, señala D'AGOSTINO que «es un hecho que en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser *cosificada*, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que *no admite equivalentes funcionales*» (D'AGOSTINO, F., «La dignidad humana, tema bioético», en GONZÁLEZ, A. M.; POSTIGO, E., y AULESTIARTE, S. (eds.), *Vivir y morir con dignidad*, Pamplona,

dos parte de una relación biomédica o biotécnica. Ciertamente, podría alegarse que también la bioética parte de esta premisa. No obstante, encontramos diferencias en tal denominador común. Como destaca D'Agostino, la bioética salva tal carácter relacional a través de las formas cálidas de la comprensión, del cuidado, de la acogida y la dedicación, de la entrega generosa al otro, hasta la forma más superior, la del amor. El bioderecho, sin embargo, aborda la relación intersubjetiva garantizando las formas frías del respeto mutuo, de la igualdad, la imparcialidad, la simetría⁵⁷ o la reciprocidad⁵⁸.

Por otro lado, la misma defensa de la relación intersubjetiva remite a la garantía de que ésta sea tal. Por ello, no se consideraría como admisible, no sólo aquella relación abiertamente violenta o fraudulenta, sino también la paternalista, la contaminada y distorsionada por intereses económicos, la que altera o impide el futuro desarrollo de otras posibles relaciones, la que oculta interesadamente la realidad de las cosas, la que ofende o, aún peor, niega la identidad y la dignidad de los sujetos parte en la relación⁵⁹.

IV. BIOJURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Junto al vocablo «bioderecho», no resulta infrecuente el empleo del término «biojurídica». El primero se halla, por razones obvias,

Eunsa, 2002, pp. 27, 23). Mientras que el mundo material, y el resto de los seres vivos, son dominables por el hombre, el ser humano es, y debe continuar siendo, enteramente dueño de sí. Respetar la dignidad implicaría, de este modo, reconocer la riqueza que conlleva el ser un individuo humano, con independencia de sus características genéticas, de los deseos o expectativas ajenas, individuales o sociales. En este sentido, recurriendo a la analogía del ser humano con una obra de arte, D'AGOSTINO afirma que lo que se valora de ésta no es que sea un «producto en serie», predeterminado de acuerdo a parámetros predeterminados, sino la imprevisibilidad e irrepetibilidad de la misma, su peculiaridad concreta. Por ello, la defensa de una obra de arte no se dirige a la belleza en sí, sino a una concreta escultura o pintura que consideramos como «únicos». De igual manera, en el caso de un ser humano, lo valioso no es la idea que tengamos de él antes de su llegada a la existencia, sino su misma vida concreta. Como ocurre con la obra de arte, forma parte del valor de la naturaleza humana la imprevisibilidad y la irrepetibilidad. Tales caracteres son los que constituyen a la persona como la «obra de arte» más excelsa y no como un «producto predecible en serie» (vid. D'AGOSTINO, F., «La bioética, la biotecnología y el problema de la identidad de la persona», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 151).

⁵⁷ Con respecto a la exigencia de *simetría*, y aplicado al diagnóstico preimplantatorio, HABERMAS sostiene que cuando «uno toma por otro una decisión irreversible que afecta profundamente la disposición orgánica de éste, se restringe la simetría de la responsabilidad existente entre personas libres e iguales» (HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, op. cit., p. 26).

⁵⁸ Vid. D'AGOSTINO, F., «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 70.

más cercano a la expresión anglosajona *biolaw*⁶⁰ o *bioethics law*⁶¹. El segundo procede de la doctrina italiana, y se encuentra ampliamente difundido en ese país⁶². En España, se suelen utilizar, indistintamente, ambos vocablos e, incluso, las expresiones «biogislación»⁶³ o

⁶⁰ Vid., entre otros, POLAND, S. C., «Bioethics, biolaw, and western legal heritage», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, jun. 2005, 15 (2), pp. 211-218; CASINI, M., «Documentation and biolaw: achievements and perspectives», *Ann Ist Super Sanita*, 2004, 40 (3), pp. 349-351; SIMPSON, E., «Harms to dignity, bioethics and the scope of biolaw», *Journal Palliat Care*, 2004, autum, 20 (3), pp. 185-192; RENDTORFF, J. D., «Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability. Towards a foundation of bioethics and biolaw», *Medical Health Care Philosophy*, 2002, 5 (3), pp. 235-244; RENDTORFF, J. D.; «The Second International Conference about Bioethics and Biolaw: European principles in bioethics and biolaw», *Medical Health Care Philosophy*, 1998, 1 (3), pp. 271-274, etc.

⁶¹ CLAUDOT, F.; ALLA, F.; COUDANE, H., «Biobanks: changes arising from the new bioethics law», *Rev Epidemiol Sante Publique*, 2006, Dec, 54 (6), pp. 551-554. En ocasiones se emplea, directamente, el término *law*: AA. VV., *Law and Bioethics*, New York, Paulist Press, 1982; DWORKIN, R. B., *Limits: the Role of Law in Bioethical Decision Making*, Bloomington, Indiana University Press, 1996; MENIKOFF, J., *Law and Bioethics. An Introduction*, Georgetown (Washington D.C), Georgetown University Press, 2001; SADE, R. M., «Introduction. Defining the beginning and the end of human life: implications for ethics, policy, and law», *Journal of Medical Ethics*, 2006, spring, 34 (1), pp. 6-7; DUNCAN, N. D., BARNETT, A.; TROTMAN, H.; RAMPHAL, P.; WEST, W.; BADAL, G.; CHRISTIE, C. D., «Conjoined twins: bioethics, medicine and the law», *West Indian Medical Journal*, 2006, Mar, 55 (2), pp. 123-124; MCPHEE, J.; STEWARD, C., «Recent developments in the law», *Journal of Bioethics Inq.*, 2005, 2 (3), pp. 122-129; GAWANDE, A., «When law and ethics collide. Why physicians participate in executions», *New England Journal of Medicine*, 2006, Mar, 23, 354 (12), pp. 1221-1229, etc.

⁶² Entre los responsables del acuñamiento, y difusión del término en Italia, cabría mencionar, sin ánimo de exhaustividad, a Francesco D'AGOSTINO («Dalla Bioetica alla Biogiuridica», en Romano, C., GRASSANI, G (eds.), *Bioética*, Turín, UTET, 1995, pp. 199-204; «Bioética e diritto», *Medicina e morale*, 4, 1993, pp. 675-690; «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit.; «Formazione bioetica e diritto positivo», en Sgreccia, E., Di PIETRO, M. L. (eds.), *Bioetica e formazione*, op. cit.; «La bioetica come problema giuridico», en *Bioética (nella prospettiva della filosofia del diritto)*, op. cit.); LUIGI LOMBARDI VALLAURI («L'embrione humano tra bioetica e biogiuridica. Principi generali», en CATTORINI, P., *Scienza ed etica nella centralità dell'uomo*, Milán, Instituto Scientifico H. San Raffaele, 1990, pp. 225-238); LAURA PALAZZANI (*Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1996; *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, G. Giappichelli, 2002), GIUSEPPE DELLA TORRE (*Inmigrazione e salute. Questione di biogiuridica*, Roma, Studium, 1990), PAOLO IAGULLI («Diritti riproduttivi» e riproduzione artificiale. *Verso un nuovo diritto humano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*, Torino, G. Giappichelli, 2001), FRANCESCO VIOLA (*De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea* (trad. y estudio preliminar de V. Bellver), Granada, Comares, 1998. Este autor emplea, preferentemente el término bioderecho frente al de biojurídica. No obstante, define el primero como «la rama del Derecho que se refiere directamente a los problemas de la Bioética... Para que el bioderecho sea significativo no puede entenderse como una legislación especial, que derogue principios jurídicos generales, sino como un conjunto de principios ético-jurídicos vinculados al sentido general de la juridicidad (p. 48). Como se comprobará más adelante, esta definición se ajusta a la noción de biojurídica que aquí se propone.

⁶³ Vid. PALACIOS, M., *Biogislación española y Consejo de Europa. Analogías*, Gijón, Stella, 1989.

«biojurisprudencia»⁶⁴. A primera vista, este hecho podría resultar irrelevante. No obstante, parece posible advertir una mayor preferencia por el término «bioderecho» o «biollegislación» en aquellos autores que provienen de ramas específicas de la ciencia jurídica (derecho penal, administrativo, civil, constitucional, mercantil...), mientras que la expresión «biojurídica» suele tener más raigambre en trabajos pertenecientes al ámbito de la filosofía del derecho.

Además, y atendiendo al contenido de las aportaciones de los diversos autores, podría afirmarse que la biojurídica y el bioderecho remitirían a niveles de conocimiento distintos⁶⁵. En general, el bioderecho abordaría el estudio de las realidades o «fenómenos bioéticos» —es decir, de los diversos conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones humanas, como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la salud—, *desde la perspectiva de la ciencia jurídica*. Lo fundamental, por ello, es que se trata de aproximaciones *desde* el derecho positivo. Por ello, estaríamos ante una parte de la ciencia jurídica de la que, en realidad, siempre se han ocupado los juristas (recordemos que la Constitución reconoce, en su artículo 43.1, el derecho a la protección de la salud, desarrollado, entre otras leyes, en la Ley de Sanidad⁶⁶). La novedad actual radicaría en el hecho de que, en las últimas décadas, la normativa legal referente a estas materias ha sufrido un notable desarrollo. Ello podría llevar a justificar la existencia de esta nueva disciplina, también denominada biollegislación.

Por su parte, la biojurídica abordaría, asimismo, cuestiones bioéticas, pero adoptando una perspectiva distinta, la aportada por la filosofía jurídica. De este modo, la función de la biojurídica será, precisamente, la de justificar aquellos principios, no morales, sino propiamente jurídicos, en los que se apoyaría el bioderecho o la biollegislación. Así lo entiende, por ejemplo, Palazzani, cuando afirma que: «Los términos “biojurídica” y “bioderecho” (distintos en la lengua italiana, pero indistintos en otras lenguas) remiten a disciplinas académicas».

⁶⁴ MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», *op. cit.*, p. 132.

⁶⁵ En sentido diferente, OLLERO identifica ambos vocablos. Entiende el bioderecho como «una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción a su final. Se la ha calificado en ocasiones, impropiaemente 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 naciente disciplina» (OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 19). No obstante, si trasladamos esta reflexión a otros ámbitos, parece que el tema se clarifica: así, por ejemplo, nos podemos referir al derecho civil —donde el término «derecho» se emplea como sustantivo—, para remitir a una concreta rama del derecho; asimismo, podemos emplear la expresión filosofía jurídica —en la que, por el contrario, el vocablo «jurídica» se utiliza como adjetivo—, para designar la reflexión totalizadora y crítica sobre el fenómeno jurídico (*vid.* ATIENZA, M., «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», *Doxa*, 1, 1984, p. 32).

⁶⁶ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

micas encuadradas, respectivamente, en el ámbito de la filosofía del derecho y del derecho privado»⁶⁷. También, en la doctrina italiana, Iagulli afirma que «la biojurídica remite a la reflexión teórica sobre el tema bioético, desde una perspectiva no ética, sino estrictamente jurídica, mientras que la «biolegislación» es el resultado de la actividad del legislador llamado a traducir en normas legales los principios elaborados en sede biojurídica»⁶⁸.

Partiendo de esta distinción, podría afirmarse que, en realidad, lo que en este caso se presenta a los filósofos del derecho es un ámbito de trabajo que siempre nos ha pertenecido, pero que, en la práctica, todavía se encuentra sin roturar: elaborar una biojurídica, ni moral, ni política, sino estrictamente jurídica⁶⁹. Es evidente que los avances biotecnológicos de las últimas décadas han suscitado complejas controversias. Sin embargo, considero que, desde la perspectiva de la biojurídica, todas ellas serían reconducibles, en definitiva, a cuestiones de las que, tradicionalmente, se ha ocupado la filosofía jurídica⁷⁰. La necesidad de la filosofía del derecho en sede biojurídica es destacada por Iagulli en los siguientes términos: «la perspectiva biojurídica... presupone una precisa especulación filosófico-jurídica: sólo sobre el fundamento de una adecuada definición del derecho, competencia de la filosofía del derecho, la biojurídica parece capaz... de expresar una teórica convincente acerca de temas bioéticamente relevantes»⁷¹.

Adoptando como punto de partida el relativo acuerdo existente en torno al contenido básico de la filosofía del derecho⁷² —salvando, por

⁶⁷ PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, op. cit., p. 54. La traducción es propia.

⁶⁸ IAGULLI, P., «*Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*», op. cit., p. 108, cita a pie de página núm. 173. La traducción es propia. En España, MARCOS DEL CANO afirma que la biojurídica es «el saber que se ocupa de analizar la incidencia de los fenómenos bioéticos en la ciencia del Derecho (de ahí que dentro de esa Biojurídica nos encontremos con los problemas más acuciantes de la ciencia jurídica, como las relaciones entre Derecho y Moral, la axiología jurídica, la búsqueda del fin y las funciones del Derecho, las lagunas del Derecho, la interpretación jurídica, la función creadora de los jueces, etc.); como consecuencia de ello, incluiría el estudio sobre la legislación en la materia (biolegislación) y la jurisprudencia (biojurisprudencia), y sobre todo, la búsqueda del paradigma del derecho capaz de normar estas situaciones de modo acorde con las exigencias de dichos fenómenos» (MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», op. cit., p. 132). La cursiva es nuestra.

⁶⁹ Vid. D'AGOSTINO, *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, Rialp, 1991.

⁷⁰ Vid. PALAZZANI, L., *Il cocetto di persona tra bioetica e diritto*, op. cit., p. 14.

⁷¹ IAGULLI, P., «*Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*», op. cit., p. 113.

⁷² Vid. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1976, pp. 245 y ss. Para este autor, se trataría de la ontología jurídica, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. Por su parte, PÉREZ LUÑO, destaca, como aspectos fundamentales, el ser, el deber ser y el conocer de la realidad jurídica (PÉREZ LUÑO, A. E., *Doxa*, núm. 1, p. 199). También BOBBIO señaló que la filosofía del derecho que él cultivó se podría dividir en tres partes: a) teoría del derecho; b) teoría de la justicia; c) teoría de la ciencia jurídica (BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*,

supuesto, la diversidad de concepciones y metodologías existentes—, parece que la biojurídica podría abordar, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) El problema conceptual. En general, aquí se incluiría la reflexión acerca del contenido de la biojurídica, de sus diferencias y relaciones con la bioética o el bioderecho⁷³. Tal reflexión debe superar los límites que impone el análisis estrictamente normativo, incluyendo, asimismo, la cuestión referente a la relación y articulación de la biojurídica con otros saberes, especialmente con las ciencias biomédicas.

b) La dimensión axiológica. En esta parte se abordarían los problemas relativos al fundamento y legitimidad del bioderecho para intervenir en los concretos problemas bioéticos. También podría incluirse aquí el estudio de las diversas concepciones que subyacen al bioderecho o biolegislación. Como ha señalado Elías Díaz, «No hay normas neutras desde el punto de vista de los valores: todo sistema de legalidad es expresión de un determinado sistema de legitimidad, de una determinada concepción del mundo, de una determinada idea de la misma condición humana»⁷⁴. La función del filósofo del derecho se concretaría, de este modo, en el enjuiciamiento crítico de la adecuación del bioderecho al principio de la dignidad humana, esclareciendo los derechos humanos en juego. Desde esta perspectiva, la biojurídica debe fomentar «la búsqueda de una legislación en bioética universalmente justificable, que promueva una justa coexistencia social»⁷⁵. En este sentido, Palazzani⁷⁶ define al biojurista como a aquel que, dirigiendo su mirada más allá de la validez y de la efectividad, se pregunta si el derecho vigente en estas materias es justo. Se interroga así por el «por qué» del derecho, de su justificación y su fundamento⁷⁷. La

Madrid, Debate, 1990, p. 97). *Vid.*, asimismo, LAPORTA, F.; HIERRO, L.; ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, pp. 93 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, tomo IV, Madrid, pp. 591 y ss.; DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la Filosofía del derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, pp. 25 y ss.; FARIÑAS DULCE, M. J., «Filosofía del Derecho versus teoría del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 207 y ss.; etc.

⁷³ *Vid.* SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Bioética y Derecho», en Tomás Garrido, G. (coord.), *Manual de Bioética*, Barcelona, 2001, pp. 62 y ss.

⁷⁴ DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 252.

⁷⁵ PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, *op. cit.*, p. 98; D'AGOSTINO, F., «Bioética e diritto», *Medicina e morale*, *op. cit.*, pp. 676-677.

⁷⁶ *Vid.* PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, *op. cit.*, pp. 82 y ss.

⁷⁷ Es evidente que, en esta sede, el problema fundamental que se plantea es el de la capacidad de la razón humana para establecer criterios desde los que justificar, o criticar, el bioderecho. Considero que esta dificultad no debe llevar a renunciar a la labor de buscar bases para esta tarea constructiva. En efecto, frente a la perspectiva de la mera irracionalidad o el puro decisionismo, debe abrirse paso, en este ámbito, la

biojurídica también debería justificar aquellos principios en los que podría asentarse el bioderecho futuro. En definitiva, como se puede advertir, ésta sería la dimensión más práctica, y específica, de esta disciplina, centrada, básicamente, en la justificación de la promoción, o prohibición, de determinados contenidos normativos, partiendo del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos en juego.

c) También incumbe a la biojurídica abordar la cuestión relativa a la intersección entre el bioderecho y la realidad social. Ciertamente, entre el sistema legal y el resto de factores que integran la realidad social, existen relaciones de interdependencia e interacción, que determinan, no sólo que las leyes surjan a raíz de necesidades y problemas sociales concretos, sino que, asimismo, actúen, e incluso modifiquen substantivamente, el tejido social. De ahí la necesidad de efectuar una indagación de la realidad legal, contrastada con la estructura social, cultural y política, de la que el propio bioderecho forma parte. En esta sección se incluirían, por ello, no sólo la temática de las relaciones entre cambio social y cambio jurídico, sino también la influencia del bioderecho en la transformación de la sociedad⁷⁸ y la reflexión sobre las funciones sociales del mismo.

Para afrontar las mencionadas cuestiones, la biojurídica se situaría, por un lado, fuera del punto de vista interno característico de la ciencia del derecho, partiendo, al mismo tiempo, del conocimiento sectorial propio de las ciencias jurídicas⁷⁹. Además, el filósofo del derecho que aborde tales retos deberá poseer un importante bagaje de conocimientos de tipo científico-técnico. Considerándolos como un punto de partida auxiliar, no deberá detenerse en los meros datos empíricos, ni extrapolar los métodos y categorías científico-técnicas a su propio ámbito. En este punto, lo que directamente le compete es reflexionar, desde una perspectiva iusfilosófica, sobre los mismos conocimientos proporcionados por las ciencias experimentales. El objeto de su deliberación, por ello, no son simples fenómenos físicos, sino conductas, acciones y decisiones humanas.

posibilidad de argumentar desde razones que permitan proponer como «más preferible» una dirección biolegal que otra. En este sentido, debe admitirse que la razón tiene «algún lugar» en la reflexión sobre la justicia. O, como ha señalado E. FERNÁNDEZ, «La filosofía del Derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica» (FERNÁNDEZ, E., «Filosofía del Derecho. Teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 37).

⁷⁸ Podría aplicarse aquí el esquema de WROBLEWSKI, al sistematizar las diferentes formas en las que puede manifestarse el problema de las relaciones entre Derecho y cambio social: el análisis del impacto del cambio social en el derecho, la influencia del cambio legal en el cambio social y la existencia de cambios sociales sin cambios legales o a la inversa (WROBLEWSKI, J., «Change of Law and Social change», *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1983, núm. 2).

⁷⁹ Vid., en relación a la elaboración de una teoría del derecho, DE LUCAS, J., «Prólogo», en DE LUCAS, J., (edit.), *Lecciones de Introducción al Derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, p. 12.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, la biojurídica llevaría a cabo una reflexión global y crítica sobre el bioderecho. En consecuencia, lo que se espera de esta disciplina no es una mera descripción fáctica de *cómo* es la legislación vigente en estas cuestiones. Dicha labor sería, en rigor, más propia del bioderecho o la biolegislación (e incluso, de la biojurisprudencia). A la biojurídica le corresponde –al igual que la filosofía del derecho–, reflexionar sobre las normas vigentes, a la luz del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos. Es este sentido, podríamos destacar otro reto de la biojurídica: incluir los derechos bioéticos en el contexto de los derechos humanos, garantizando al ser humano las condiciones para ejercer plenamente su identidad relacional y la propia humanidad⁸⁰. Este último aspecto es central, ya que, como destaca Habermas, en la actualidad se ha hecho especialmente nítido lo aberrante del conflicto (moderno) entre el cosmopolitismo del hombre y las lealtades del ciudadano, que no pueden ser universalistas mientras las relaciones internacionales estén sometidas a la eticidad concreta de los más fuertes⁸¹.

⁸⁰ Vid. PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, op. cit., pp. 94 y ss. Como destaca D'AGOSTINO, para ello es imprescindible tener presentes los datos aportados por la antropología filosófica. Esta disciplina permite conocer los caracteres existenciales del ser humano, las «estructuras constitutivas de lo *humanum*» (D'AGOSTINO, F., *Elementos para una filosofía de la familia*, op. cit., p. 84) e indagar en qué medida una eventual regulación jurídica contribuye a su edificación o destrucción (BALLESTEROS, J.; *Sobre el sentido del Derecho*, op. cit., p. 132).

⁸¹ HABERMAS, J., *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, trad. J. L. Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, p. 109; BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3.^a ed. Madrid, Tecnos, 2002, p. 145.