

# LA LEY

REVISTA JURIDICA ESPAÑOLA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA

Monterrey, 1. Km 17,200 Ctra. de La Coruña. 28230 Las Rozas (Madrid). Tel.: 634 22 00 (28 líneas). Fax: 634 54 41 (Redacción) y 634 54 73 (Atención al Cliente)

DIRECTOR: José Manuel OTERO LASTRES

AÑO XIV. Número 3315

Madrid, viernes, 30 de julio de 1993

## INTERESES Y VALORES EN LA CONSTRUCCION BIOJURIDICA

Por JOSE MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERON  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad Complutense de Madrid

Si en la transformación del Derecho intervienen causas estrictamente ideológicas, no cabe duda de que la propia evolución material y social es un factor determinante del cambio jurídico. Y afirmamos esto haciendo salvedad de la relación y mutua influencia entre unas y otras de las causas de cambio arriba mencionadas. Es un tópico, por tanto, afirmar que el surgimiento de la revolución biológica y en su consecuencia el profundo cambio en la investigación y en la práctica biomédica obliga a una adaptación jurídica; y es superfluo concluir, como estamos acostumbrados a leer, que por un lado el Derecho no ha sabido prevenir los cambios que se producirían (lo que nos llevaría a una teoría nigromántica del Derecho) y que por otro el Derecho ha respondido tarde a las nuevas realidades sociales (1). Lo que genera también una teoría inmediatista de la respuesta jurídica que puede ser muy cara a la motorización legislativa, pero que conduce a la multiplicación de errores de diagnóstico. Y también en este sentido es conveniente reflexionar sobre hasta qué punto no es más prudente un diagnóstico tardío que uno equivocado.

Lo que sí parece fácil afirmar es que las cuestiones bioéticas han alcanzado una evidente trascendencia jurídica, la cual, como sucede tan a menudo, aparece acompañada de implicaciones políticas. En este punto conviene diferenciar

(1) Esta capacidad de predicción suele estar relacionada con la pretensión de los expertos tecnocráticos de predecir el futuro de la evolución social, predicción que se aborda a través de la acumulación de datos que tiene la burocracia. Un resumen de los argumentos en contra de esta capacidad que se sustenta en las supuestas habilidades de los científicos sociales en Alasdair MACINTYRE, *Tras la virtud*, Crítica, Madrid, 1987, especialmente en el capítulo 8: «El carácter de las generalizaciones de la ciencia social y su carencia de poder predictivo».

(2) Quede claro que ni siquiera en estos últimos casos es sostenible una emancipación del experto técnico respecto al juicio ético y al social. Asumimos así la tesis de Evandro

la polémica social surgida por la diferente valoración que en sectores dominantes tienen aspectos implicados en problemas bioéticos clásicos como serían el aborto y la eutanasia, de, por una parte, los nuevos «datos» aportados a esta polémica por la evolución técnico-científica, como el ensañamiento terapéutico o predicción de malformaciones en fetos, y, por otra, de los nuevos temas bioéticos surgidos por la evolución científica, como la reproducción asistida o la manipulación genética (2).

El Derecho, con defectos, como todo lo humano, ha acudido a responder el reto de los tiempos planteado en todas nuestras sociedades y conviene analizar antes de seguir adelante en virtud de qué título ha respondido, o mejor aún, debería responder. En este punto la propia concepción sobre el derecho juega un papel predominante. Así, cuando pensamos que el Derecho se traduce en un instrumento de ingeniería social, éste en la bioética es un instrumento para favorecer la construcción tecnocrática, el medio favorito será el legislativo y la biojurídica será un patrimonio del Estado y de sus comités de expertos. Parecida actitud tendremos si pensamos que con la biojurídica y en definitiva el Derecho tenemos que reconducir la realidad social hacia lugares convencionalmente aceptados, evitando los excesos de una sociedad que

AGAZZI, *Il bene, il male, e la scienza*, Rusconi, Milán, 1992, págs. 98 y ss.

(3) Estar o no de moda no es, evidentemente, un criterio científico, pero entre nosotros sí ha sido un criterio de adhesión.

(4) El tema es mucho más complejo de como aparece aquí planteado, pero el predominio en la cultura general, tras su triunfo en núcleos intelectuales, de las diversas formas de emotivismo hacen imposible el debate moral racional y, desde mi punto de vista, un acuerdo moral no arbitrario. De nuevo Alasdair MACINTYRE, *Tras la Virtud*, op. cit., especialmente capítulos 2 y 3.

evoluciona vertiginosamente, sobre todo en materia social.

Si con una actitud ideológica algo fuera de moda pretendemos, mediante un uso más o menos alternativo del Derecho, una transformación que sustituya a la aún más anticuada opción revolucionaria, la actitud biojurídica se subordinará el proceso de transformación y en consecuencia se ideologizará (3). Los medios serán más plurales, e irán desde la opinión de los expertos militantes, a la acción alternativa de los jueces comprometidos, a la acción cultura de los grupos sociales marginados o incluso a la acción legislativa cuando se tercie.

Quienes desde diversas opciones entiendan que el Derecho es una norma moral con sanción, concebirán a la biojurídica como una forma de reforzar las normas morales en este ámbito y reducirán la discusión en nuestros temas a un agotador debate moral. Como hay cierto consenso de que cada uno puede tener la moral que le venga en gana, el debate se convierte en una inagotable fuente de opiniones, todas respetables y, en consecuencia, ninguna respetada (4). El problema aparece, en efecto, cuando la quiebra de la moral cristiana y su no sustitución por

En este Diario  
hay una buena noticia  
para que Ud.

**NO PIERDA  
EL JUICIO**

(Información en páginas centrales.)

### DOCTRINA

Intereses y valores en la construcción biojurídica, por JOSE MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERON ..... 1

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Extinción del contrato de distribución comercial y derecho de indemnización, por FERNANDO MARTINEZ SANZ ..... 3

### JURISPRUDENCIA

COMPRAVENTA (TS). No puede asignarse carácter de perpetuidad al contrato de venta en exclusiva concertado sin fijación de plazo ..... 3

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS (TS). La actitud obstruccionista del alcalde a la expedición de credenciales a concejal electo, supone una vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos ..... 6

RESEÑA DE SENTENCIAS ..... 11

ningún sistema moral que no sea un remiendo de lo anterior nos deja sin normas morales que reforzar. Aunque quizás no halla que preocuparse, pues el mismo Estado que fabrica la ley reforzadora acudirá presuroso a suministrar la moral reforzada, aunque ésta no sea más que un enmascaramiento de sus sagrados y permanentes intereses. O una moralina razonada y razonable que nos ayude a subsistir en un orden aceptable para estómagos poco delicados (5).

Si para otros el Derecho es la misma cosa justa o el orden justo de las relaciones sociales, que sin ser lo mismo sí es asimilable para nuestro propósito, el problema se plantea cuando acudimos a determinar en qué ocasiones el Derecho interviene en los problemas bioéticos por estar en cuestión bienes o intereses jurídicos.

Para un buen número de los sustentadores de esta última tesis, la determinación de lo justo concreto, de la misma cosa justa en cada ocasión, se presenta como una eminente labor jurisprudencial; guiada, en todo caso, por una adecuada y previa respuesta de los jurisprudentes contemporáneos. Lo que se traduciría en una revalorización de la doctrina, pero sobre todo en una transformación de la labor del juez, que se alejaría así del modelo que quedó definido tras la Revolución. En este aspecto nos preguntamos hasta qué punto este proceso, más que una vuelta a las raíces romanas, no es otra aportación de la cultura dominante anglosajona.

Por tanto, a la hora de darle a cada uno lo suyo, en una cuestión tan de frontera como las que estamos tratando, parece razonable atender a la respuesta del caso concreto tras una equilibrada valoración de los intereses y valores en juego. Y así se ha lanzado algún tribunal, y no sólo en el admirado mundo anglosajón.

Parece ésta la sede más oportuna para hacer una defensa de la Ley, como fuente de la respuesta jurídica justa. Y rompemos esta lanza con lanza ajena. Pues sabemos desde ARISTOTELES, como mínimo, del riesgo de confiar al arbitrio de uno solo y de las ventajas de confiar en la respuesta elaborada por los representantes de la comunidad (6). Ahora bien, en nuestro tema, más que ninguno, la respuesta aparece más que nunca como una respuesta de razón y no de voluntad. Y ya sé que a estas alturas la opción parece ingenua. Pero debemos preguntarnos si la solución en la imposición de la ley como voluntad del más fuerte, o de los que al consensuar se vuelven más fuertes, es una solución jurídica, pues para ese viaje no hacen falta estas alforjas, o más claro, para esa arbitrariedad toda la reflexión jurídica es superflua.

Respecto a esta respuesta legal, podemos trazar varias conclusiones. En primer lugar, la misma requiere una reflexión previa que sea estrictamente jurídica y sobre todo que esté dirigida fundamentalmente a la respuesta jurídica; en este sentido, buena parte de las declaraciones de organismos internacionales y comités de expertos sobre el embrión, feto, manipulación genética, derechos del enfermo, etc., pueden ser utilizados y combinados para obtener cualquier respuesta jurídica una vez que se plantea el conflicto, por lo que su utilidad es dudosa (7). Por esto mismo, y en segundo lugar, no se puede legislar sin haber realizado la construcción biojurídica, y ello porque frente a la teoría dominante, entiendo que es preferible la ausen-

cia de ley a una mala ley. Frente a la sentencia estridente siempre cabe respuesta, ¿pero qué hacemos con una ley injusta?

En tercer lugar, no parece buena solución el acudir a leyes que respondan de forma parcial a las cuestiones que se vayan planteando de una forma práctica, es decir, evitando pronunciarse sobre los grandes temas, y ello porque las contradicciones entre normas se generalizarían. Ciertamente estas contradicciones serían sobre todo axiológicas, pero también nos encontraríamos, y nos encontramos ya, con contradicciones en sentido estricto.

Surge así la paradoja que caracteriza a los aspectos jurídicos de la bioética en nuestro tiempo. Por un lado, no es conveniente lanzarse a una labor legislativa sin haber realizado previamente una reflexión global sobre cuáles son los principios que deben regir en este área del Derecho y, sobre todo, cuáles son las cuestiones primordiales que deben abordarse y los intereses que deben protegerse con preferencia; por otro, posponer la legislación puede tener efectos nefastos, e igualmente someter la decisión de los casos a rígidos prejuicios dogmáticos puede hacer inútil la misma acción biojurídica.

Pese a estos riesgos, que no conviene despreciar, la respuesta que aquí se propone parte del convencimiento de que una solución utilitaria de los problemas biojurídicos, a partir de estas leyes de solución de problemas puntuales, o incluso de la opción de los jueces entre partes enfrentadas, tienen como efecto la desprotección del más débil o de los intereses de encarnación menos concreta. Conviene explicarse: ¿quién defiende en el caso concreto los intereses (si se le reconocen) del embrión manipulado?, ¿quién bienes tan poco tangibles como la integridad de la especie frente a la manipulación genética? (8).

Es cierto que los daños desde el punto de vista jurídico son apenas predecibles, y que en el campo ecológico, por poner un ejemplo cercano al tema tratado, la reacción sólo se ha producido cuando se han observado los efectos de las acciones perniciosas, es decir, cuando el medio ambiente por su escasez ha pasado a ser considerado un bien económico, pero también es verdad que en el campo biojurídico estamos ya en condiciones de observar, y no sólo en el derecho comparado, los efectos de la desprotección de bienes que merecían serlo y que por otra parte esperar a legislar en algunos campos tan complejos como la hibridación de seres humanos con animales podría tener efectos perniciosos.

Es difícil construir, por tanto, una biojurídica coherente con el resto del sistema jurídico, y sobre todo, y en muchos casos, con los mismos derechos fundamentales, sin proceder a la definición de algunos conceptos básicos y sin aclarar con precisión los bienes en cuestión en los casos más significativos. En este sentido cabe preguntarse si es posible hacer biojurídica sin aclarar previamente el Estatuto del embrión humano. Si desde la bioética esta reclamación se ha formulado con insistencia, para la biojurídica se convierte en la cuestión inexcusable.

Evidentemente, una definición como la solicitada plantea numerosas dificultades, pero la mera presencia de las mismas no es justificativa para diferir un proceso que aparece como inevitable. Entre las dificultades la mayor sería

la falta de consenso sobre algunos aspectos de la definición que debe ser abordada. Ahora bien, esta falta de consenso se traduce en la afirmación de que es imposible alcanzar acuerdo racional final sobre este tema. Pero esta opción favorece la postura no consensuada más restrictiva respecto a la protección de la integridad del embrión humano. Y digo integridad y no derechos para que no parezca que resuelvo la cuestión antes de verla planteada. Además, diferir la definición del Estatuto del embrión favorece la solución política oportunista de los problemas legales planteados, beneficia a los grupos de presión más fuertes o los intereses en cuestión mejor defendidos.

En última instancia, la biojurídica, cuando renuncia a sus funciones más evidentes, se convierte en coartada de la injusticia, y en este papel esta rama de reciente entrada en el mundo jurídico asumiría un papel muy clásico.

Si la biojurídica no quiere disolverse en la bioética y en consecuencia reducir su función a una inacabable discusión de entendidos (donde éstos, por cierto, se encuentran muy cómodos), debe igualmente cumplir su papel de defensa del propio orden jurídico.

El entusiasmo por la novedad tecnológica y por el avance científico ha hecho olvidar que la innovación tecnológica, en cuanto definidora de fines, no es éticamente neutral, y que por otra parte las aplicaciones de los avances de la ciencia son susceptibles de producir transformaciones que afecten incluso a derechos fundamentales. Desde la perspectiva de que el tecnólogo no está especialmente capacitado para presentar la prioridad de los fines sociales, se entiende la reticencia a transformaciones que afectan a instituciones jurídicas fundamentales con el único fin de promocionar determinadas técnicas. No se trata de congelar el sistema jurídico para hacerlo impermeable a la innovación, convirtiendo al derecho en un factor retardatario, pero tampoco es razonable caer en el papanatismo cientifista.

Conviene destacar, llegados a este punto, que muchas de las transformaciones a las que estamos asistiendo en el derecho comparado no obedecen a la presión de los intereses reales en cuestión, sino a la pasión por el avance científico. ¿O es que es razonable que se ponga patas arriba todo el sistema de filiación para favorecer cien o doscientas maternidades subrogadas? En este sentido, conviene que extrememos la precaución cuando la decisión jurídica que se tome pueda afectar a derechos fundamentales, produciendo ciudadanos privados por ley de algunos de ellos. Caso paradigmático es el de la inseminación artificial por semen de donante anónimo en mujer sola, donde nuestro ordenamiento ha favorecido la aparición de ciudadanos sin padre legal y privados del derecho constitucional a la investigación de la paternidad, y todo ello con el convincente argumento de que si no se tomase esta opción, no se producirían donaciones (9).

Casos como el señalado, junto a la inadecuación de muchos de los medios habitualmente utilizados en Derecho para responder a los riesgos que se plantean, por ejemplo, en la manipulación genética, o la propia necesidad arriba señalada de proteger el mismo orden jurídico, evidencian no sólo la necesidad de la reflexión biojurídica, sino igualmente su urgencia.

(5) Otra posibilidad es que el suministrador sea internacional. Véase así la propuesta de Hans KÜNG, *Proyecto de una ética mundial*, Trotta, Madrid, 1991. El seno de esta nueva construcción sería la ONU.

(6) «Por lo tanto, es sumamente importante que las leyes que están bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan». *Retórica*, I, 2, 30.

(7) Así, podríamos preguntarnos en qué se ha traducido por ejemplo la Recomendación 1386 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «Declaración de los Derechos del Niño»

cuando dice «considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

(8) Las Leyes 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y 42/1988 de 28 de noviembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, han entendido que es interés lo defenderá la burocracia estatal, pues un buen número de las prohibiciones recogidas incluyen la posibilidad de desactivación por parte de órganos administrativos; así, en el art. 14.4 de la

primera Ley: «Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente o, en su caso, de la Comisión Nacional multidisciplinaria si tiene competencias delegadas».

(9) Al permitir la inseminación de mujer sola, es decir, sin pareja que cumpla las funciones de padre, y mantener la prohibición de investigación de la paternidad en el caso de donante de gametos masculinos, la Ley 35/1988, en nombre de la igualdad (de la mujer sola) ha creado una grave desigualdad en los hijos surgidos de estas técnicas en este caso concreto.