
ASCENSIÓN CAMBRÓN (COORD.), MANUEL ATIENZA, ÁNGEL CARRACEDO,
MARÍA CASADO, CARLOS LEMA AÑÓN, ENRIQUE MARÍN PALMA,
CELIA PEREIRA PORTO, CARMELA PESTONI, CLARA QUEIROZ, ALFONSO
RUIZ MIGUEL, CHARLES SUSANNE

2
ENTRE EL NACER
Y EL MORIR



GRANADA, 1998

BIBLIOTECA COMARES DE DERECHO Y CIENCIAS DE LA VIDA

Director:

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Las opiniones expresadas en este libro son responsabilidad del autor o autores y no representan necesariamente el criterio del Ministerio de Sanidad y Consumo

© Varios Autores

Editorial COMARES

Polígono Juncaril, Condominio Recife,
parcela 121, nave 11

Tlf. (958) 46 53 82 • Fax (958) 46 53 83
18210 Peligros (Granada)

ISBN: 84-8151-610-4 • Depósito Legal: Gr. 640/1998

NIPO: 351-98-015-x

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES, S.L.

SUMARIO

PRESENTACIÓN 1

CAPÍTULO PRIMERO

Génesis y problemas de la Bioética

ASCENSIÓN CAMBRÓN

1. LA ESPECIFICIDAD DE LA BIOÉTICA	5
2. ORIGEN DE LOS PROBLEMAS BIOÉTICOS	9
3. LA DOS CARAS DE LA BIOÉTICA	17
4. PARADOJA A LA QUE CONDUCE LAS ABUNDANTES REFLEXIONES BIOÉTICAS	22
BIBLIOGRAFÍA	30

CAPÍTULO SEGUNDO

Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica

MANUEL ATIENZA

1. LOS COMITÉS DE ÉTICA	33
2. LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA: LA VERSIÓN ESTÁNDAR Y ALGUNAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS	38
3. UNA CRÍTICA A LOS MODELOS DE JONSEN-TOULMIN Y DE GRACIA ..	43
4. DERECHO Y BIOÉTICA. LA CONEXIÓN METODOLÓGICA	45
5. EL MÉTODO JURÍDICO	49
6. LA «JURIDIFICACIÓN» DE LA BIOÉTICA	55

CAPÍTULO TERCERO

Biología: hasta dónde puede ir

CHARLES SUSANNE

- | | |
|--|----|
| 1. DEFINICIÓN DE LA VIDA | 65 |
| 2. PRINCIPIOS MORALES Y BIOLOGÍA | 66 |
| 3. LA REVOLUCIÓN BIOLÓGICA PROFANADORA | 68 |
| 4. ELECCIÓN DE LA PROPIA BIOLOGÍA | 75 |

CAPÍTULO CUARTO

Nuevos modos de reproducción humana y «sujetos» de Derecho

CARLOS LEMA AÑÓN..... 77

CAPÍTULO QUINTO

Eugenesia y racismo

CLARA QUEIROZ

- | | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 95 |
| 2. CONCEPTO DE RAZA Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN | 97 |
| 3. DE LA INUTILIDAD DEL CONCEPTO DE RAZA Y DE LA NO EXISTENCIA DE RAZAS HUMANAS | 99 |
| 4. RACISMO Y RACISMO CIENTÍFICO | 102 |
| 5. EUGENESIA | 106 |
| 6. POTENCIALIDADES EUGÉNICAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS | 112 |
| 7. RELACIONES CIENCIA/SOCIEDAD | 113 |
| REFERENCIAS | 115 |

CAPÍTULO SEXTO

El aborto, un problema pendiente

ALFONSO RUIZ MIGUEL

- | | |
|--|-----|
| 1. EN LAS FRONTERAS DEL DERECHO | 117 |
| 2. ALGUNOS DATOS SOBRE EL ABORTO | 118 |
| 3. SOBRE LA MORALIDAD DEL ABORTO: EL CHOQUE DE ABSOLUTOS ... | 121 |
| 4. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO | 121 |
| 5. SOBRE EL DERECHO DE LA MUJER AL PROPIO CUERPO | 126 |
| 6. LA AUTONOMÍA DE LA MUJER Y EL VALOR DE LA VIDA HUMANA POTENCIAL | 127 |

- | | |
|---|-----|
| 7. EL PLANO ÉTICO-JURÍDICO: LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO | 130 |
| 8. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA | 130 |
| 9. LA PROPORCIÓN ENTRE DAÑO Y PENA | 132 |
| 10. CONCLUSIÓN | 134 |

CAPÍTULO SÉPTIMO

Agresiones al cuerpo de la mujer: entre costumbre y medicina

CELIA PEREIRA PORTO

- | | |
|-----------------------------------|-----|
| 1. LA EXPERIENCIA DEL PARTO | 137 |
| 2. EL CONTROL DEL PARTO | 148 |
| 3. CONCLUSIONES | 150 |
| BIBLIOGRAFÍA | 150 |

CAPÍTULO OCTAVO

Aspectos éticos del uso de la prueba de ADN con fines forensesÁNGEL CARRACEDO Y M.^a DEL CARMEN PESTONI

- | | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 153 |
| 2. EL POLIMORFISMO DEL ADN | 154 |
| 3. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD | 155 |
| 4. EL USO DE LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL .. | 157 |
| 5. CONCLUSIONES | 163 |

CAPÍTULO NOVENO

Patentes de materia viva

ENRIQUE MARÍN PALMA

- | | |
|--|-----|
| 1. PATENTES | 165 |
| 2. APARICIÓN DEL DNA RECOMBINANTE | 168 |
| 3. PATENTE DE UN MICROORGANISMO | 170 |
| 4. MICROORGANISMOS CONSEGUIDOS POR INGENIERÍA GENÉTICA | 172 |
| 5. MICROORGANISMOS AISLADOS DE LA NATURALEZA | 173 |
| 6. PATENTE DE ANIMALES | 174 |
| 7. PATENTE DE MATERIAL HUMANO | 181 |
| 8. EL DESARROLLO DE UNA DIRECTIVA | 186 |
| 9. CONCLUSIÓN | 188 |
| BIBLIOGRAFÍA | 191 |

CAPÍTULO DÉCIMO

La eutanasia y su tratamiento en los tribunales

MARÍA CASADO	193
LOS AUTORES DE LA OBRA	205

PRESENTACIÓN

Los descubrimientos biotecnológicos de los últimos cincuenta años han producido espectaculares modificaciones en la biomedicina. El desarrollo cualitativo de la ciencia fundamental se ha concretado en ciencias aplicadas, lo que a su vez, ha estimulado la interacción ciencia-sociedad. Si bien a lo largo de este siglo han tenido lugar otros importantes descubrimientos científicos —como la física nuclear o la informática—, sin embargo ninguno como la biogenética ha provocado cambios tan importantes en la sociedad. La biología ha contribuido a desmitificar los procesos vitales. Han cambiado las formas de la reproducción, la manipulación de los caracteres hereditarios, las formas de diagnosticar, prevenir y curar, de identificar a los delincuentes, de tratar a los moribundos, o portadores de enfermedades irreversibles, etc.

Las nuevas posibilidades de las biociencias presentan como Jano una doble faz. Aparecen como recursos valiosos para combatir enfermedades, detectar precozmente patologías congénitas o hereditarias y para proporcionar cantidad y calidad de vida. No obstante, ese inmenso potencial genera grandes inquietudes entre los profesionales y en la sociedad. Son preocupaciones relativas a los mayores riesgos que esas prácticas entrañan, relativos a la integridad de las personas y para la continuidad de la especie. Los temores que suscitan las aplicaciones de las ciencias de la vida están relacionados con el mundo de los hechos y con el ejercicio de las profesiones. Y tienen, también, repercusiones en la ética social y en la política. Y esto porque las nuevas prácticas tienden a modelar los comportamientos individuales y la cultura. Alcanzan incluso a cuestionar la idea misma de sociedad plural. Por ello las innovaciones biotecnológicas afectan de manera especial a las regulaciones deontológicas, éticas y jurídico-políticas.

En torno a la reflexión sobre temas relativos a la reproducción artificial, manipulación y terapia génica, eugenesia, técnicas de mantenimiento vital, trasplantes, consentimiento informado, etc., confluyen profesionales de procedencia disciplinar diversa para analizar los problemas generados y para avanzar vías de solución. Esta reflexión recibe el nombre de *bioética* y constituye en la actualidad «el tema de nuestro tiempo» por la importancia de la asuntos implicados y el alcance futuro de los mismos.

Alrededor de lo que convencionalmente se llama «bioética» se agrupan profesionales de variada procedencia para abordar temas complejos desde un amplio «ángulo multidisciplinar», filósofos, sociólogos, teólogos, juristas, biólogos, psicólogos y médicos. Desde la actividad académica, o como miembros de los comités de ética, contrastan perspectivas con fundamentaciones diversas a fin de avanzar posibles soluciones y opciones morales sin lesionar los derechos subjetivos de los sujetos implicados. Naturalmente que esta específica reflexión deviene trabajo arduo, en la medida en que los problemas se asientan frecuentemente en contradicciones basadas en postular la «autonomía de la voluntad del sujeto» y la dimensión social de la persona. Lo que, necesariamente, exige trazar límites a los derechos subjetivos. Otras veces, los bioéticos han de dar respuestas a problemas que giran en torno a la delimitación de lo científicamente posible y lo legítimo moralmente.

Las reflexiones bioéticas suelen centrarse en los *riesgos* para las personas derivados de la aplicación de las biotecnologías. Riesgos de gran envergadura que parece imposible conjurar con «buena» práctica médica y con las normas jurídicas en vigor, civiles, penales y administrativas. Sin embargo, abundantes bioéticos se obstinan en establecer nuevos límites —en línea de continuidad con las vigentes— para regular las prácticas biosanitarias y para proporcionar criterios a los legisladores que deben subsanar las lagunas de Derecho. Estas iniciativas son en general bienintencionadas e incluso altruistas. No obstante, limitarse a ellas implica seguir un camino que no conduce al completo análisis de los problemas, ni mucho menos a configurar vías de solución a los mismos. Y no sólo porque la vía del *consenso* parece inadecuada para alcanzar acuerdos relativos a la «vida» y a la «muerte», como se aprecia en los escritos bioéticos aparecidos en los últimos diez años. Fundamentalmente, porque además de los problemas «difíciles» ligados a las concretas prácticas biosanitarias, a la diversidad de opciones personales y a la inadecuación o carencia de regulación jurídica, subyacen otros insoslayables problemas, componentes doctrinales, de los que dependerá la identificación de los problemas y su resolución. Sucin-

tamente pueden identificarse éstos con la creciente mercantilización del cuerpo humano y sus productos y con la transformación que las extendidas prácticas biosanitarias han efectuado en las sociedades. Por efecto de ellas se han modificado las costumbres, los valores y las filosofías.

Sobre la comercialización del cuerpo y sus productos se pueden obtener pruebas a diario, aunque este asunto merece detenida consideración. El segundo fenómeno es más profundo y tiene especial relevancia para el Derecho y no sólo en tanto éste regula los conflictos que se producen en la sociedad por lo que intrínsecamente debe adaptarse a los nuevos tráfi-cos. También en la medida en que las aplicaciones de las biotecnologías plantean una cesura cultural que afecta a las *representaciones* que, en una determinada formación social, tienen los individuos de sí y de sus relaciones con los otros. Y ello porque, de las representaciones que nos hacemos de nosotros mismos y de la sociedad, depende también la naturaleza de las relaciones humanas que se establezcan y que son el objeto específico, por definición, del Derecho.

Es indudable el efecto que las prácticas biomédicas han tenido sobre la antigua concepción de la «naturaleza» humana. El cambio representa una cesura entre la cosmovisión y la ontología desde la que tradicionalmente se interpretaba la vida y la muerte y la que existe en las sociedades desarrolladas. Por ello los grandes relatos, o cosmovisiones, vigentes hasta tiempos recientes están ahora en crisis. Y lo que es importante, no sólo en los medios intelectuales, sino para el conjunto de la sociedad llamada a consumir los recursos y mecanismos «normalizados» por las biociencias. Amplios sectores de la sociedad reciben información sobre lo que es biotécnicamente posible hacer y las mismas reglas del mercado se encargan de vender como «producto atractivo». Posibilidades que los ciudadanos contemplan con optimismo y que, sin embargo, pueden ver vetadas en su concreto país. La situación factual coloca a la potencial demanda ante un dilema si quiere optar por el recurso ofertado. Se produce así una situación paradójica: algunos recursos proporcionados por la biomedicina como consumibles son prohibidos por la ley, lo que no significa imposibilidad material para acceder a ellos. Tomemos como ejemplo la maternidad subrogada, que está prohibida en España —lo que no quiere decir que no se realice—, sino que la posible relación contractual no ha dado lugar a conflictos entre los contratantes. Si una mujer o pareja necesita recurrir a una madre de alquiler para tener descendencia, puede desplazarse hasta Gran Bretaña ¿Qué problemas tendría la pareja entonces si ya somos europeos? Tan solo uno: el dinero suficiente para pagar la producción de su descendiente.

Lo expuesto anteriormente es suficiente para mostrar la importancia y la complejidad de los problemas bioéticos. Ocuparse de ellos es una tarea apasionante y a la vez abrumadora. Apasionante porque somos actores y observadores privilegiados que vivimos y conocemos el inmenso poder de las biotecnologías para la humanidad. Pero la tarea se nos presenta abrumadora cuando se constata el poder impresionante de los intereses que actúan en torno a ellas, que envuelven la trama de las aplicaciones biotecnológicas y que agravan antiguos problemas sociales irresueltos. Pero el análisis de esta realidad muestra también la necesidad de trasladar a la sociedad el resultado, siquiera sea provisional, de estas reflexiones para que con la participación de la mayoría se consigan, primero, identificar esos intereses y después negarlos porque representan un obstáculo que dificulta el beneficio necesario de las conquistas sociales conseguidas por las ciencias.

En esta perspectiva rica y abierta se inscriben las colaboraciones que componen este libro. Son aportaciones en conjunto sin ánimo normativo, resultado de investigaciones que pretenden profundizar cuantitativa y cualitativamente sobre la realidad social que envuelve a la bioética, la dimensión ético-jurídica de las aplicaciones biomédicas, los aciertos y limitaciones de la ciencia para determinar límites axiológicos, acerca de la carga eugenésica de la genética, el tratamiento ético-jurídico que en la actualidad recibe la eutanasia, el aborto y las pruebas del ADN, el significado de la concesión de patentes sobre la materia viva, las implicaciones de la reproducción asistida y las agresiones que pueden conllevar para el cuerpo de las mujeres.

Como coordinadora del libro deseo dejar constancia de mi agradecimiento a cuantos han colaborado en él. En primer lugar por unir su aportación generosa al esfuerzo de quien escribe para realizar unas jornadas de discusión sobre «Ciencias de la Vida y Problemas Jurídicos» y, también, por haber respondido a mi demanda solicitando el texto por escrito para la publicación. En conjunto, el libro es la manifestación de la preocupación por lo que acontece y una modesta aportación para clarificar la génesis y gravedad de los problemas bioéticos que a todos nos afectan.

ASCENSIÓN CAMBRÓN

CAPÍTULO PRIMERO GÉNESIS Y PROBLEMAS DE LA BIOÉTICA

Ascensión Cambrón

1. LA ESPECIFICIDAD DE LA BIOÉTICA

Si se atiende a la etimología del término bioética («*bios*» y «*ethos*») puede colegirse literalmente el sentido de la nueva área de conocimiento como «ética de la vida». Conjunto de reflexiones filosóficas y morales sobre la vida que en la cultura occidental no representa novedad alguna. En esta tradición, la reflexión moral sobre la vida en general y sobre las prácticas médicas en particular se remontan al mítico ASCLEPIO y al famoso HIPÓCRATES y llega hasta el presente. Sin embargo, la bioética presenta novedades respecto a la tradición anterior. No sólo por la necesaria adecuación de la teoría moral a las necesidades sociales, sino también por la naturaleza de los problemas a los que ha de dar respuesta en el marco económico y político del Estado Asistencial. Quizás por ello D. Gracia ha caracterizado a la bioética como «la ética civil propia de las sociedades occidentales»¹.

La bioética surge al hilo del desarrollo de las ciencias de la vida, pero las trasciende por afectar al específico ejercicio de la profesión médica y penetra en la esfera política hasta cuestionar la idea misma de composición plural de las sociedades formalmente democráticas. La bioética, desde una perspectiva amplia, tiene que ver con los problemas individuales y colectivos —éticos y jurídico-políticos— derivados del inmenso desarrollo, entre otras ciencias y técnicas, de la biología molecular y la genética y de sus aplicaciones médicas. Las aplicaciones de los nuevos avances bio-

¹ D. GRACIA. *Fundamentos de Bioética*. Madrid, EUDEMA, 1989 (pág. 12).

nte para mostrar la importancia y
os. Ocuparse de ellos es una tarea
isionante porque somos actores y
conocemos el inmenso poder de
ero la tarea se nos presenta abru-
mpresionante de los intereses que
a trama de las aplicaciones biotec-
lemas sociales irresueltos. Pero el
n la necesidad de trasladar a la so-
onal, de estas reflexiones para que
onsigan, primero, identificar esos
esentan un obstáculo que dificulta
ociales conseguidas por las ciencias.
inscriben las colaboraciones que
en conjunto sin animo normati-
etenden profundizar cuantitativa y
l que envuelve a la bioética, la di-
es biomédicas, los aciertos y limi-
mites axiológicos, acerca de la car-
nto ético-jurídico que en la actua-
s pruebas del ADN, el significado
ateria viva, las implicaciones de la
e pueden conllevar para el cuerpo

dejar constancia de mi agradeci-
En primer lugar por unir su apor-
tribe para realizar unas jornadas de
Problemas Jurídicos» y, también,
solicitando el texto por escrito para
la manifestación de la preocupa-
aportación para clarificar la géne-
s que a todos nos afectan.

ASCENSIÓN CAMBRÓN

CAPÍTULO PRIMERO
GÉNESIS Y PROBLEMAS DE LA BIOÉTICA

Ascensión Cambrón

1. LA ESPECIFICIDAD DE LA BIOÉTICA

Si se atiende a la etimología del término bioética («*bios*» y «*ethos*») puede colegirse literalmente el sentido de la nueva área de conocimiento como «ética de la vida». Conjunto de reflexiones filosóficas y morales sobre la vida que en la cultura occidental no representa novedad alguna. En esta tradición, la reflexión moral sobre la vida en general y sobre las prácticas médicas en particular se remontan al mítico ASCLEPIO y al famoso HIPÓCRATES y llega hasta el presente. Sin embargo, la bioética presenta novedades respecto a la tradición anterior. No sólo por la necesaria adecuación de la teoría moral a las necesidades sociales, sino también por la naturaleza de los problemas a los que ha de dar respuesta en el marco económico y político del Estado Asistencial. Quizás por ello D. Gracia ha caracterizado a la bioética como «la ética civil propia de las sociedades occidentales»¹.

La bioética surge al hilo del desarrollo de las ciencias de la vida, pero las trasciende por afectar al específico ejercicio de la profesión médica y penetra en la esfera política hasta cuestionar la idea misma de composición plural de las sociedades formalmente democráticas. La bioética, desde una perspectiva amplia, tiene que ver con los problemas individuales y colectivos —éticos y jurídico-políticos— derivados del inmenso desarrollo, entre otras ciencias y técnicas, de la biología molecular y la genética y de sus aplicaciones médicas. Las aplicaciones de los nuevos avances bio-

¹ D. GRACIA. *Fundamentos de Bioética*. Madrid, EUEDEMA, 1989 (pág. 12).

tecnológicos en las sociedades individualistas y mercantilistas han dado lugar a problemas sociales nuevos, quizás, en necesario cumplimiento de los objetivos globales configurados en el paradigma racionalista moderno. Diseños que apuntan a una mítica finalidad el «progreso». «La idea de «progreso» pasa de ser una expresión descriptiva de un fenómeno material y objetivo, relativo a la capacidad técnica, a tener un sentido moral, proyectivo, respecto de la humanidad misma, aunque no exija ningún comportamiento particular. Su sentido moral es más bien apologetico de la realidad (...). El «progreso» es fundamentalmente de una capacidad omnidireccional: también en la dirección de la barbarie y del exterminio»².

Las nuevas prácticas biogénéticas, nucleares y médicas, penetradas por la lógica mercantil han dado lugar a problemas materiales de gran trascendencia para la humanidad: el riesgo nuclear, la destrucción del equilibrio ecológico del planeta, los múltiples riesgos derivados de la manipulación genética, etc. Esta importante transformación ha provocado, a su vez, consecuencias sociales de gran envergadura y que están relacionadas con el acceso a los recursos biomédicos, las prácticas profesionales, el ejercicio de la libertad individual para decidir acerca de la vida, la salud, la identidad o a la integridad corporal. Es decir, la biomedicina penetrada por la lógica del mercado ofrece a los individuos *libres* inmensos recursos para prevenir, corregir y curar enfermedades y simples características físicas no patológicas. Pero, también, para satisfacer los desmedidos deseos que caracterizan a los individuos de las sociedades «desarrolladas»: elección de sexo, del futuro descendiente a concebir, esterilización temporal, elección del tiempo para morir y nacer. Todo ello es posible, si se puede pagar.

Las múltiples posibilidades que la biomedicina ha puesto en circulación y el uso particular que se hace de ellas ha dado lugar a conflictos de diversa naturaleza. Por un lado, los ciudadanos de las sociedades pluralistas, de acuerdo con sus convicciones morales y, según sus posibilidades económicas, pretenden hacer uso de los nuevos recursos biomédicos sin más limitaciones que las materiales propias y las que impone la contractual eficacia y seguridad. Pretensión que es fuente de conflictos entre intereses materiales e ideológicos. Unas veces por incumplimiento de contrato; otras, porque quienes tienen poder —corporaciones gremiales instituciones o iglesias— obstaculizan el acceso a los recursos biotecnológicos

² J.R. CAPELLA, *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Ed. Trotta, 1993 (pág. 23).

cos en nombre de valores eternos y dogmáticos, negando con ese modo de actuar la predicada pluralidad axiológica de la sociedad. En otros casos, porque personas y grupos conscientes denuncian la peligrosidad de determinadas prácticas biomédicas para el futuro de la especie y de la humanidad misma. Por todo ello las consecuencias de la aplicación de la biomedicina han configurado una nueva área de reflexión, la *bioética*, desde la que se pretende clarificar esos problemas y avanzar líneas de solución.

Los contenidos que caracterizan a la reflexión bioética son de muy diverso calado, orientación, alcance y método. En su conjunto se orientan al establecimiento de *límites* normativos —éticos y jurídicos— desde los que delimitar lo lícito y lo inconveniente. No obstante, ante esa preocupación por los límites cabe interrogarse no sólo acerca de su fundamentación, extensión y naturaleza de los fines: también es pertinente considerar si esos límites éticos y jurídicos que se persiguen bastan para impedir los abusos y proteger los derechos fundamentales de los individuos y los de las generaciones futuras³.

Ante las causas que dan lugar a los problemas bioéticos, es razonable dudar de la eficacia de los solos límites normativos, éticos y jurídicos, para impedir la barbarie. A lo sumo contribuyen a regular el tráfico de las nuevas mercancías generadas por las biotecnologías que afectan al cuerpo humano.

La biología molecular y la genética, así como la tecnología de mantenimiento vital han incidido de manera espectacular en la naturaleza humana, en su corporeidad. Ciencia y tecnología se han hecho omnipresentes en la vida cotidiana. La aplicación de las biotecnologías al cuerpo humano ha aumentado las posibilidades de manipulación sanitaria pero, también, han provocado en la cultura grandes transformaciones simbólicas. En especial en cuanto afecta a la *identidad* personal al *sentido* y al *valor* de la reproducción, de la vida y de la muerte. La biomedicina ofrece las nuevas técnicas sanitarias para curar y prevenir patologías, pero también —siguiendo la lógica mercantil— para corregir «defectos» físicos y gené-

³ Desde los juicios de Nuremberg (1947) se han sucedido declaraciones internacionales y nacionales de derechos: Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), Helsinki (1964), Asilomar (1975), Tokio (1975), Venecia (1983), Hong Kong (1989). Todas estas declaraciones de principios no han bastado para impedir continuos atropellos contra los seres humanos.

ticos y para satisfacer deseos individuales de acuerdo con las formas de vida consumistas de las sociedades del Norte.

Mas cuando los individuos particulares optan por su uso, con la sola limitación de la disponibilidad de recursos y de su conciencia, surgen en la sociedad —formalmente democrática— conflictos entre valores que provocan no sólo problemas de ética individual, sino verdaderos problemas sociales y políticos. Conflictos que, como veremos, son difícilmente resolubles con *justicia* desde análisis teóricos y desde propuestas de éticas prácticas, si no se modifica la filosofía social y el contexto económico y político en el que se producen. Porque algunos de los problemas bioéticos cuestionan la idea misma de «sociedad pluralista».

Las investigaciones biotecnológicas y sus aplicaciones industriales han contribuido a suprimir las distinciones canónicas de la filosofía moderna: entre el reino animal, el vegetal y el específicamente humano. En la actualidad las prácticas biotecnológicas, guiadas por la lógica mercantil, han eliminado esas distinciones y cualquier producto natural y cultural ha pasado a ser utilizable; y por ello mercancías. Sería pues incomprensible que ese conjunto de posibilidades manipulatorias respecto al cuerpo no produjeran conflictos, confrontación, entre los valores desde los que tradicionalmente se justificaba la intervención médica y jurídico-política. Por otra parte, algunos bienes-mercancía son accesibles a través del sistema público.

De esa material inadecuación ha surgido lo que se ha dado en llamar «problema bioético». La nueva realidad muestra que el ser humano, de la mano de las biotecnologías, se ha convertido también en objeto de producción, redistribución y consumo. Aparentemente todo acontece *como si* se disociara la materia del cuerpo de la *persona*. Sobre la materia corporal es posible la propiedad en aplicación de la lógica productiva. De las referencias al cuerpo se han evaporado las connotaciones espirituales para no dificultar la manipulación biogenética: así se habla de «cuerpo terminal», «material embrionario» y/o de «genoma humano». El cuerpo se ha reducido a soporte de la «persona». Disociados los dos componentes, el primero ha pasado, en la práctica, a estar absolutamente disponible, del segundo —la persona— se sigue predicando que es «inalienable», «indisponible».

Las nuevas prácticas biomédicas, cada día más generalizadas, inciden de manera especial en asuntos como: sexualidad-reproducción, paternidad-filiación, estado civil, patrimonio genético, muerte-vida y otras cuestiones relacionadas con ellos. Lo cual afecta necesariamente a las categorías antropológicas, éticas y jurídico-políticas desde las que, en la cultura occi-

dental hasta ahora, se piensan, interpretan y juzgan los comportamientos individuales y sociales.

La naturaleza y la extensión de los problemas planteados recaba la atención de biólogos, genetistas, antropólogos, médicos, filósofos, juristas y teólogos. Son problemas que trascienden el ámbito privado, lo que hace necesario abordarlos desde la perspectiva filosófica, económica y jurídico-política. Por ello la reflexión bioética es, además, interdisciplinar.

En la actualidad, tras veinte años de reflexión bioética, puede afirmarse que los problemas que dieron lugar a esta específica reflexión no han sido resueltos. La aportación más destacada de la bioética ha consistido en que, desde ella, se han reconducido algunos de los problemas materiales a *causes* normativos que limitan formalmente el desorden inicial provocado por la oferta y la demanda de acceso a las nuevas biotecnologías. Desorden o inadecuación entre el discurso ideológico y las nuevas prácticas sociales que ponen en peligro las exigencias del mercado biosanitario, o lo que es lo mismo, el *orden* social capitalista. Por ello la configuración de esta específica reflexión, o área de conocimiento en relación a las fuerzas que en torno a ella actúan, pone de manifiesto a la vez un fenómeno de otra naturaleza: la agudización de la lucha ideológica a finales del siglo XX y la enorme tensión con que trabaja el aparato apologético de la sociedad burguesa.

El conjunto de cuestiones que afectan a lo que comúnmente se llama «problema bioético», los tratamientos teóricos que recibe y las soluciones propuestas a lo largo de los últimos veinte años, bastan para afirmar que la bioética es el intento de dar una respuesta formal a antiguos problemas irresueltos —por ejemplo el del aborto— junto con otros aparecidos en las actuales sociedades mercantilistas e individualistas. Aunque quizás, nunca como ahora, esos problemas habían alcanzado tal grado de complejidad y agudización en tanto que de su resolución dependen las relaciones de alteridad entre los seres humanos, el futuro de la especie y la posibilidad de supervivencia de las generaciones futuras.

2. ORIGEN DE LOS PROBLEMAS BIOÉTICOS

La aparición de la reflexión bioética tiene lugar en Norteamérica a finales de los años setenta ⁴ a partir de las grandes transformaciones cientí-

⁴ Su inicio se cifra en la polémica mantenida en 1970 entre el filósofo D. CALLAHAN y el psiquiatra W. GAYLIN.

ficas, tecnológicas y sociales. El descubrimiento del ADN recombinante dió lugar a la aparición de la biología molecular y a la genética, con especial repercusión en las industrias relacionadas con la guerra, la farmacología, la reproducción vegetal y animal. Para alcanzar esos objetivos de la ciencia fueron necesarias grandes sumas de dinero a fin de sufragar la investigación básica. Se impuso un nuevo modelo de financiación privada que paulatinamente ha redundado en las condiciones en que se realiza la investigación, en el ejercicio profesional de los investigadores y profesionales de la salud. Y, lo que es importante también, en la definición de *objetivos* sociales de la ciencia misma. A ello se añade que, en relación a los fines de las biociencias, se hizo imprescindible la *experimentación* farmacológica y clínica con materiales embrionarios, con fetos⁵ y con seres humanos. Científicos e industriales descubrieron que los nuevos recursos proporcionados por las biociencias tenían un nuevo ámbito privilegiado de aplicación: la salud. Pero estas innovaciones médicas tienen un coste. En la medicina pública de recursos inferiores a la demanda, el problema de asignación pública de recursos escasos quedó planteado al mismo que las innovaciones tecnológicas que hoy son ya medicina habitual (bomba de cobalto, diálisis renal) y que volvieron a plantearse en los trasplantes de órganos.

Las aplicaciones de las biotecnologías han dado lugar a importantes transformaciones sociales: la tradicional función restauradora de la medicina dió paso a otras nuevas, preventivas y correctoras no sólo de patologías adquiridas, sino también de las de origen hereditario o congénitas, que hasta tiempos recientes eran difíciles de diagnosticar y tratar. Aumentaron, en suma, los conocimientos y recursos acerca de la anatomía, la fisiología, los mecanismos de la herencia y de la reproducción. Se empezaron a elaborar nuevos artefactos y fármacos capaces de combatir enfermedades hasta entonces mortales de necesidad y otros que permitieron reali-

⁵ Sin menospreciar la lucha de los movimientos feministas en favor de la legalización del aborto y a modo de hipótesis, podría considerarse en qué medida fue determinante para conseguir su despenalización en los EEUU (1967 y más tarde la Sentencia *Roe v. Wade* 1973) la necesidad *científica* de experimentar con tejidos embrionarios y fetos abortados. Asunto que merece ser considerado si se desea realizar un análisis sociológico del desarrollo científico.

zar manipulaciones con tejidos, órganos y células, así como trasplantes de éstos. Manipulaciones que empezaron a realizarse con gran seguridad y precisión a partir de los años ochenta y que necesariamente han modificado los parámetros axiológicos respecto a la vida, la muerte y la salud.

El conjunto de esos nuevos recursos biomédicos y tecnológicos alentaron entre la población expectativas acordes con las formas de vida actuales. La biomedicina se presentó a la opinión pública como el instrumento idóneo para corregir y sanar cualquier patología. También se promocionaron los nuevos descubrimientos y recursos para corregir «defectos» corporales no acordes con las formas de vida de las sociedades «desarrolladas» y con los cánones estéticos en boga. La biomedicina aparece como instrumento capaz de sanar, pero ha devenido, también, un medio adecuado para satisfacer el ilimitado deseo de los sujetos individuales de las sociedades consumistas. Deseos utilitarios y hedonistas que, en principio, sólo encuentran un límite: la posesión de recursos económicos para hacer frente al coste de la intervención. A este límite se añaden otros más sutiles, ideológicos, impuestos y defendidos por grupos con poder social. Indistintamente se trate de grupos religiosos o profesionales.

Las nuevas prácticas biomédicas han transformado el tradicional concepto de «salud». El sentido moderno que la ha caracterizado ha sido sustituido por el que determina la ciencia misma y que regula la *lex mercatoria*.

El proceso material de los avances biomédicos fue acompañado de un discurso cientificista que, a través de los medios de comunicación, transmitió a la sociedad un mensaje optimista: de la mano de las biociencias se puede erradicar el hambre y las epidemias que asolan a las poblaciones del Sur y su aplicación a la medicina sirve para tratar y corregir todas las enfermedades y defectos físicos de los seres humanos. Paralelamente se fue promocionando el *libre* acceso a los recursos sanitarios de forma similar al que se realiza con cualquier otro producto de consumo. Este era el discurso oficial y público para promocionar el uso industrial de los nuevos recursos biomédicos. Pero, ya se sabe, la realidad frecuentemente no se deja domesticar por la palabra. Y en torno a 1965 empezaron a salir a luz pública una serie de escándalos que mostraron la otra cara de la aplicación de las biotecnologías.

En 1964 un proceso reveló que en un hospital de Brooklin se habían realizado experimentos con ancianos y enfermos inyectándoles células cancerígenas. En 1970, se hizo público que en una institución para retrasados mentales de Nueva York se había experimentado con humanos para obtener conocimientos sobre la hepatitis vírica y otras enfermedades. En

1972 salieron a la luz los experimentos realizados con 400 negros encarcelados en Alabama ⁶.

La difusión de estos datos, y muchos otros en el mismo sentido, ponía de manifiesto ante la sociedad la realización de concretas y repugnantes prácticas biomédicas. Que los derechos fundamentales recogidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1948) no se respetaban, que los límites para la experimentación establecidos en el Código de Nuremberg eran ignorados por los investigadores. Pero, también, la información sobre las «malas» prácticas médicas demostraba: el omnímodo poder con que contaba la corporación científica y médica coaligada con la industria farmacéutica y la ineficacia de los códigos deontológicos y éticos para evitar los excesos en las actividades profesionales. Y que la normativa jurídica vigente era incapaz de regular la oferta y la demanda en cuestiones biosanitarias.

El caso de Karen A. QUINLAN (1975) ⁷, el de BABY M. (1985) ⁸, el de J.

⁶ En todos los casos citados los experimentos fueron realizados sin el consentimiento de los afectados y sin informar a las familias de los menores o incapaces con los que se experimentó. KIEFFER, G.H., *Bioethics. A Textbook of Issues*. Addison-Wesley, Publishing Company, 1979. (Versión española, 1983, trad. E. SÁNCHEZ-MONGE).

⁷ La joven QUINLAN permaneció en coma irreversible durante diez años (1975-85) en el Morris View Nursine Home de los EEUU. Sus padres solicitaron primero a la dirección del centro sanitario la desintubación para dejarla morir. Posteriormente tuvieron que recurrir a los tribunales de justicia. El juez RICHARD HUGUES, tras escuchar el informe del Comité de ética hospitalaria, emitió una sentencia (31-XII-86) en la que autorizaba la retirada de los aparatos mecánicos que mantenían a la joven biológicamente viva.

⁸ «Baby M.» es una niña que fue gestada por Mary BETH WHITE, madre de alquiler. Después del parto la madre biológica se negó a entregar la niña al matrimonio STERN con el que había contratado ese servicio. Los señores STERN denunciaron a WHITE por incumplimiento del contrato. Después de múltiples peripécias el juez HARVEY SORKOW concedió la custodia de la niña al padre comisionado, reconociendo validez y eficacia jurídica al acuerdo de subrogación en base a las leyes del Estado de New Jersey. La sentencia desposeía a la madre biológica y sustituta de cualquier derecho sobre la niña. La sentencia añade, también, que las leyes relativas a la adopción y venta de recién nacidos no son aplicables a los contratos de maternidad subrogada. Por lo que tales acuerdos no violan el orden público de New Jersey, en tanto no exista una ley que lo prohíba expresamente. El abogado, N. KANE, que realizó el contrato entre el matrimonio STERN y la señora WHITE para la gestación de BABY M. aún sigue realizándolos en la ciudad de Nueva York, por la «módica» cifra de diez mil dólares.

MOORE (1979) ⁹ y otros similares aumentaron los escándalos en la sociedad norteamericana.

Al estado de opinión creado por estos hechos se añadieron los efectos provocados en la sociedad por las explosiones nucleares de Hiroshima y Nagasaki, el empleo de armas químicas en la guerra de Vietnam, las sucesivas fugas radiactivas y la difusión incontrolada de bacterias en el medio ambiente. Estos hechos contribuyeron a generalizar en la sociedad norteamericana actitudes de prevención ante los nuevos descubrimientos, así como al desprestigio y deslegitimación de la corporación científica y médica.

Este conjunto de fenómenos levantó gran inquietud en la sociedad norteamericana. En ella empezaron a manifestarse científicos y personalidades conscientes, alertando a los responsables políticos y a la sociedad de los graves peligros materiales y dilemas morales que acechaban a la humanidad, si se continuaba en esa línea. Son peligros que superan con mucho el ámbito individual para afectar a cualquier forma de vida sobre el planeta y que cuestionan incluso la viabilidad futura de la especie.

Ante este tipo de acontecimientos y desde la corencia que caracteriza a la filosofía liberal, se hacía necesario adecuar el discurso normativo a la realidad social sin entrar a cuestionar la base misma del sistema que provocaba los conflictos. En definitiva, el poder político decidió intervenir a fin de proteger a los individuos y los intereses biomédicos e industriales, lo que exigía evitar o aminorar los conflictos sociales provocados por concretas prácticas biomédicas.

⁹ JONH MOORE ingresó en 1976 en un hospital de Los Angeles (California) aquejado de un proceso infeccioso. Los médicos le realizaron una analítica y descubrieron que tenía un tipo de linfocitos únicos en el mundo, capaces de producir efectos inmunológicos contra el cáncer y el sida. Los facultativos diseñaron un sistema para extraerle plasma sanguíneo. Durante siete años al Sr. MOORE se le extrajo periódicamente sangre y después le extrajeron el bazo. Apartir de esas sustancias, dos médicos y los laboratorios Sandoz, patentaron (1979) un producto el «M.O. Cell-Line» que ha proporcionado ganancias millonarias. Enterado el Sr. MOORE demandó a los dos médicos que habían realizado el descubrimiento en sus células, reclamando participación en los cuantiosos beneficios. El juicio se celebró en el Tribunal Supremo de Los Angeles (19-III-86) y la petición del Sr. Moore fue desestimada con el argumento de que el nuevo producto farmacéutico no se había sintetizado a partir de su sangre, sino del bazo. Órgano amputado que ya no pertenecía al sujeto en cuestión.

El malestar social generado motivó la intervención del poder ejecutivo que intervino del modo más cómodo: creando organismos para «orientar éticamente la toma de decisiones ante los *casos difíciles*». Al respecto ha dicho Caplan: «Cuando los políticos americanos titubean, por temor a eventuales repercusiones políticas a adentrarse en el terreno peligroso de la moral, tienen la tendencia a responder a las preocupaciones de los ciudadanos creando comités»¹⁰.

Con esta clara finalidad fueron creados los primeros comités de revisión de protocolos de investigación (*Institutional Review Board*, IRB); en especial para los proyectos financiados con fondos federales¹¹. Poco más tarde estos organismos de control se extendieron a los centros en los que se realizaba experimentación clínica. La experiencia muestra que la creación de los IRBs estuvo motivada por lo que F.A. ISAMBERT ha llamado «ideología de la regulación».

El concepto y las actividades bioéticas adquirieron auge en Norteamérica en torno a los años setenta. El mismo concepto de «bioética» fue creado precisamente por un oncólogo, el americano VAN RENSSLAER POTTER¹². Este autor caracteriza la reflexión bioética del siguiente modo: «Debemos enfrentarnos ahora con el hecho de la ética humana, ésta no puede separarse de la comprensión realista de la ecología en su sentido más amplio. Los valores éticos no pueden separarse de los hechos biológicos»¹³. Las iniciales reflexiones y actividades bioéticas se organizaron en torno al *Hastings Center, Institute of Society, Ethics and the Life Sciences* y al *Kennedy Institute of Ethics*¹⁴.

¹⁰ CAPLAN, A.L. «Etats-Unis: un débat public?», *Autrement*, 39 (1987), págs. 96-103.

¹¹ La influencia de estos organismos, estudiada por GRAY y COOKE (1980), muestra que aunque las investigaciones programadas siguieron en general su curso, los individuos con los que se siguió investigando se beneficiaron de mayor protección. Sin embargo, los investigadores vieron obstaculizado su trabajo. El rechazo de protocolos fue excepcional aunque muchos de ellos tuvieron que ser modificados para su aprobación. Por esta razón, los investigadores pusieron en duda la eficacia de los IRBs, que gradualmente perdieron importancia.

¹² POTTER, V. R. *Bioethics: Bridge to the Future*. Englewood Cliffs (Nueva Jersey) Prentice-Hall, 1971.

¹³ POTTER, V.R. «Evolving ethical concepts», en *Bioscience*, 7, 4 (1977), págs. 251-253.

¹⁴ El *Kennedy Institute of Ethics* publicó bajo la dirección de Warren T. REICH la importante *Encyclopedia of Bioethics* (1978).

La preocupación de las autoridades federales y del Congreso por regular la investigación y las prácticas biomédicas se concretó en la creación de la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research (National Research Act*, julio de 1974)¹⁵.

A mediados de los años ochenta los problemas sociales suscitados por la aplicación de la biomedicina empezaron a preocupar también en Europa¹⁶. Impulsados por distintos intereses se constituyeron grupos de reflexión bioética, comités de ética hospitalaria y de investigación clínica. A partir de 1985 las publicaciones en torno a problemas bioéticos: muerte, reproducción asistida, manipulación genética, terapia génica y técnicas de mantenimiento vital se han multiplicado en el mercado editorial. No obstante, el análisis de las reflexiones y actividades bioéticas desarrolladas en los distintos países europeos muestra sensibles diferencias entre ellos. En relación a los contenidos, a la implantación y a las finalidades que se le atribuyen a la disciplina misma.

Desde la consideración objetiva de estos hechos pueden identificarse las causas que dieron lugar a la reflexión bioética: a) la pérdida de legitimación de las corporaciones científica y médica ante la sociedad; b) la incapacidad de los códigos éticos y deontológicos para guiar la «buena» práctica médica; c) el peligro de la excesiva judicialización de vida social a causa de las aplicaciones incorrectas de la biomedicina; d) los temores compartidos por concretos científicos, intelectuales y amplios sectores sociales de

¹⁵ Esta *Commission* elaboró el *Informe Belmont* (1978) en el que se explicitan los principios éticos que han de guiar la reflexión bioética en el seno de los comités. Son principios *prima facie* cuyo reconocimiento obliga a reconocer: a) la *autonomía* del sujeto; b) el principio de *no-maleficencia* en quienes tratan a seres humanos y c) el principio de *justicia*. Obviamente, ante concretos «casos difíciles» se impone la necesidad de establecer una jerarquía entre principios. Pero el problema no consiste en la necesaria jerarquización, sino en los principios que se declaran prioritarios: el principio de *autonomía* del sujeto se somete, generalmente, a los otros. Lo que materialmente da lugar a que decidan quienes tienen *poder* social, corporativo, para decidir. Sobre este asunto puede verse el artículo de M. ATIENZA en esta obra.

¹⁶ En Gran Bretaña se crea la *Commission Warnock* (julio de 1982). En Alemania la *Comission Benda* (mayo de 1984). En Francia el *Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la vie et de la Santé* (febrero de 1983). En Portugal el *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida* (junio de 1990). En Italia el *Comitato Nazionale per la Bioetica* (junio del 1990).

los riesgos que, para la población, la especie y el medio ambiente, entraña la falta de control de los, por otro lado, necesarios experimentos con seres humanos: biomoleculares, clínicos y genéticos; e) el sometimiento de la salud a las reglas del mercado aboca, necesariamente, a problemas sociales de difícil solución.

Pero además, esas concretas aplicaciones de la biomedicina han modificado las tradicionales categorías con las que se interpretaban las prácticas médicas, las instituciones y roles relativos a la familia-filiación, sexualidad-reproducción, vida-muerte,... Lo que a su vez ha conducido a cuestionar los valores relativos a la *libertad* del científico, a la libre disposición del cuerpo y hace necesaria la intervención de los poderes públicos. En suma, ha afectado a la filosofía de la vida y la muerte, así como a la intervención pública en la esfera privada. Este conjunto de circunstancias muestran que los llamados «problemas bioéticos» no son sólo conflictos de valores —tan antiguos y lógicos como la cultura— sino problemas materiales y subjetivos de imposible solución desde posiciones ideológicas fundamentalistas e incluso de contradictoria solución desde posiciones liberales, normativistas, consecuentes con la ideología burguesa, desde la que se interpreta la naturaleza en general y la vida humana en particular.

Las nuevas prácticas biomédicas, acordes con los principios de la ciencia, cuestionan la concepción antropológica racionalista, asentada en las concepciones de PLATÓN, ARISTÓTELES, Tomás DE AQUINO y DESCARTES¹⁷. Pero, también, muestran la aporía a que conduce la construcción burguesa otrora revolucionaria, asentada sobre la teoría del hombre egoísta, racional y libre (HOBBS), la contractualidad del orden político (LOCKE) y el «progreso» ilustrado como fin último de la sociedad. ¿Cómo justificar la limitación del libre ejercicio de la voluntad individual racional para obligar a hacer u omitir según razones de Estado o religiosas sin cuestionar, al mismo tiempo los valores del mercado y la pluralidad ideológica?

Pregunta de difícil respuesta unívoca y justa. No sólo porque los actuales conocimientos científicos posibilitan y exigen la elaboración de una

¹⁷ Las posibilidades sociales hechas realidad por las biotecnologías reclaman en la actualidad una nueva antropología. *Anthropoéthique* como «l' éthique du monde de l'homme» en la propuesta de Lucien Sève. *Pour une critique de la raison bioéthique*. Ed. Odile Jacob, Paris, 1994 (pág. 360)

nueva antropología individual y social. Que se fundamente en las necesidades humanas, no sólo materiales, y que dé lugar a formas de vida sociales acordes con las verdades de la ciencia y con el *desideratum* político y social de justicia. También porque las respuestas exigen, además de *teorías*, voluntad de cambiar el actual sistema socio-económico, cuya principal y «natural» finalidad es la obtención de beneficios contables. Sin esos cambios, las múltiples y beneficiosas posibilidades de la biomedicina se ven truncadas en la práctica social porque están sometidas a imperativos económicos. El verdadero dilema social que subyace a la bioética académica es: ¿cómo regular selectivamente el uso de las biotecnologías promocionando la demanda y el consumo y ello sin que se alteren las doctrinas éticas y jurídicas y el orden socio-político que también ellas justifican?

3. LAS DOS CARAS DE LA BIOÉTICA

En el marco socioeconómico del Estado de Bienestar las ciencias aplicadas al ámbito sanitario han generado grandes beneficios y también han proporcionado inmensos recursos a la humanidad para diagnosticar, sanar y corregir diversas patologías. Proceso que a su vez ha generado problemas de muy difícil solución, si se pretende, además, respetar los derechos fundamentales de los individuos concretos y preservar los derechos de las generaciones futuras.

Los nuevos recursos biosanitarios puestos en circulación se rigen como cualquier otra mercancía por la ley de la oferta y la demanda y han abierto un amplio y variado mercado de materias y sustancias corporales, así como de posibilidades para modificar los naturales mecanismos genéticos y hereditarios, cosa impensable hasta tiempos recientes. En la actualidad se ofrecen órganos a cambio de dinero o trabajo y también por motivos altruistas; se solicitan y ofrecen madres de alquiler; es posible programar la edad de la gestación, el sexo y la raza de los descendientes; el cambio de sexo, etc. Posibilidades que, de acuerdo con los principios de la filosofía liberal que postulan al ser humano *libre, autónomo, y dueño* de su propia vida, no encuentra más restricciones que las lógicas para poseer un automóvil, o un equipo de música: el precio y la libre demanda. Desde la lógica económica vigente en las actuales sociedades, pluralistas y laicas, cualquier demanda individual para beneficiarse de los recursos que la biomedicina oferta no de-

bería tener más restricciones que las que imponga la particular filosofía y la disponibilidad de recursos ¹⁸.

El tratamiento del cuerpo y de la salud como mercancías ha generado una problemática social compleja que afecta no sólo a los medios y a los fines de la biomedicina, también a la subjetividad individual y colectiva —formas de socialización dominantes en toda cultura—. Es decir, a los valores éticos, religiosos y jurídico-políticos presentes en las culturas. Las decisiones individuales respecto al uso de las nuevas biotecnologías han dejado de ser privadas para hacerse públicas, y esto por exigencias intrínsecas de la biomedicina y por la mercantilización que ha experimentado la salud. Y representan una agresión a los derechos individuales y a los de la especie porque no se reconoce otro interés que el lucro y la autosatisfacción. Este conjunto de circunstancias ha concitado reacciones diversas: la de aquellos que ven amenazado su poder económico, social o profesional; la de los usuarios del sistema de salud que exigen igualdad de trato y respeto a sus decisiones aunque sean opuestas a los tradicionales arcanos de la tribu; y también la de quienes se oponen a la utilización de determinados recursos biomédicos, alegando que «atentan contra la soberanía de Dios» ^{18 bis}.

Este cúmulo de circunstancias hizo necesario la intervención del poder ejecutivo y legislativo. Y lo ha hecho a su modo: *regulando* el uso de lo nuevo para permitir la circulación y tráfico de estas delicadas materias con el menor coste social. De este interés normativizador nace la bioética. Por lo que en esta específica reflexión se diferencian dos caras. Por un lado, se trata de conseguir adecuación entre los nuevos tráficos biosanitarios y las normativas éticas y jurídicas vigentes en la sociedad a fin de eliminar los escándalos y las resistencias en la población que dificultan su utilización.

¹⁸ En verdad esto es posible actualmente a quienes disponen de recursos económicos para desplazarse de un Estado a otro. Lo que obviamente se compueba ojeando la prensa diaria que anuncia clínicas y recursos para reproducir a la carta, morir o para transplantar órganos. Sin embargo, esas posibilidades no están al alcance de todos, sólo para quienes pueden pagar. Para el resto, que acude a la sanidad pública las dificultades materiales e ideológicas se multiplican. Indistintamente se trate de un aborto, de ayuda a morir o solitud de un transplante.

^{18 bis} A. KIMBRELL. *The human body shop. The engineering and marketing of Life*. Harper Colins Religious, London, 1993.

Mas, por otro lado, el interés bioético está movido por grupos de presión culturales, religiosos y profesionales que en nombre de valores morales universales, atemporales y etéreos, dicen oponerse a determinadas aplicaciones de la biomedicina.

Las reflexiones bioéticas, en su conjunto, tratan de proporcionar criterios *formales*, éticos y jurídicos, capaces de mediar entre lo *posible* —manipulación reproductiva y genética, tráfico de órganos, etc— y lo *conveniente* —mantenimiento de los etéreos valores tradicionales: sacralidad de la vida, inviolabilidad del cuerpo y ésto sin cuestionar el poder gremial de médicos, jueces y teólogos.

Por ello la actividad de los bioéticos se centra en esos problemas y se orienta explícitamente a proporcionar *criterios éticos y jurídico-políticos* capaces de guiar: a) las actuaciones profesionales del personal sanitario; b) las elecciones de los particulares en situaciones difíciles y c) la actividad de los legisladores y de los operadores jurídicos en asuntos que afectan a la vida, la muerte, la reproducción y la salud ¹⁹.

Los problemas, pues, a que se enfrenta la bioética aún desde la sola consideración formal son difíciles y no tienen fácil solución racional y justa en el presente modelo civilizatorio. A lo que se añade la radical discordancia entre bioéticos cuando se contrastan sus respectivos conceptos de «vida», «muerte», «reproducción» o «límites de la protección a la salud». Las coincidencias se producen al cifrar los problemas y en la demanda de más normas éticas y jurídicas para proteger el bienestar general, la seguridad jurídica o el respeto de los derechos fundamentales.

Las diferencias en la producción bioética son abundantes y hasta contradictorias entre sí, hasta el punto de resultar algunas inadmisibles desde la moderna racionalidad que ha hecho posible la ciencia y la política misma. Es la contribución que hacen quienes mantienen ideologías y filosofías morales fundamentalistas que ignorando la *verdad* de la ciencia y la pluralidad de las sociedades democráticas pretenden imponer sus valores morales como *válidos, universales y eternos* para toda la ciudadanía.

¹⁹ Por estas razones se dice que los bioéticos de bata blanca han sustituido a los antiguos moralistas de sotana. H.T. Engelhardt. *The Foundations of Bioethics*. New York, Oxford University Press, 2 edición (Versión en español, publicada por Ed. Paidós, Barcelona, 1995, pág. 17).

Quizás por todo esto algún autor ha dicho que la Bioética es: «Un *run-run* en el que todo cabe y poco se avanza, a excepción de conseguir nuevos organismos capaces de restaurar la *legitimidad* perdida de las corporaciones médicas y científicas»²⁰.

En esta línea de actuación la mayor novedad, pues, que presenta la bioética consiste en el intento de proporcionar nuevas guías morales y deontológicas para la actuación individual y posibles líneas de interpretación jurídica a los continuos dilemas que plantean las aplicaciones de la biomedicina. En general, se trata de dar respuestas formales a los nuevos desajustes sociales surgidos con el desarrollo biotecnológico. Sin embargo, en conjunto las respuestas proporcionadas resultan incapaces para clarificar y resolver los problemas estructurales que provocan esos dilemas éticos. En el mejor de los casos contribuyen a concretar la ideología de las fuerzas dominantes, proporcionando recursos formales capaces de integrar las manipulaciones biotecnológicas con el ser humano en los viejos odres doctrinarios en los que se nutre el capitalismo.

Son problemas prácticos y filosóficos que reproducen la antigua tragedia de *Antígona*: no entre la *verdad* y la *falsedad*, sino entre dos derechos en torno a la vida y la muerte, la libertad de la madre y la del futuro ser engendrado, la libertad para «donar» y la prohibición para disponer del propio cuerpo y sus productos, entre la libertad del científico para investigar y la necesidad de preservar los derechos de las personas concretas y de las generaciones futuras. Porque el llamado problema bioético no es más que uno de los muchos aspectos que plantea el extraordinario desarrollo de los medios biotecnológicos, en un mundo en el que aún domina el capitalismo.

Llama la atención que ante la gravedad de estos hechos, muchos de los pensadores que los abordan, aún contando con buena voluntad, rigurosos métodos e inteligencia, pretendan con tan limitadas armas dar soluciones sólo éticas, deontológicas o jurídicas sin cuestionar la base material de las sociedades en que se producen esos conflictos. En esta línea se proporcionan, a lo sumo, respuestas formales de desigual valor. Desde ideologías anacrónicas y justificadoras del orden existente se dan respuestas que tien-

²⁰ BAUD, J.P. «Le tintamarre de la Bioéthique», en *Archives de Philosophie du Droit*, (1995).

den a restaurar la legitimidad perdida por profesionales e instituciones y a limitar el libre acceso a los particulares, excepto a los que puedan pagar. Justifican las restricciones al uso particular en principios que oscurecen los verdaderos intereses subyacentes a los problemas suscitados y que, además, están en contradicción de *principio* con la lógica que reclaman para los profesionales, científicos e industriales, coincidente con el *laissez faire, laissez passer*.

No obstante, si se analizan las actividades de quienes reflexionan y participan en actividades bioéticas es preciso reconocer que a lo largo de los últimos quince años, no todo ha sido estéril. Fruto de esas actividades es el mayor reconocimiento que se presta actualmente a los derechos de los enfermos y usuarios del sistema de salud. Los enfermos afectados por prácticas médicas de riesgo, o experimentales reciben un trato más respetuoso y mayor consideración que en tiempos todavía recientes. Sin embargo, los conflictos no han desaparecido y cuando se desciende del cielo de la teoría bioética a la tierra de los hechos —la realidad hospitalaria y la judicial— sin dificultad puede observarse quién toma las decisiones en los casos «difíciles» y los criterios morales que prevalecen. Situados en el terreno de los hechos concretos, se comprueba que la voluntad de los sujetos «libres» y «racionales» no se respeta, ya sea por acción u omisión. El poder de los profesionales y oficientes se impone en nombre de imponderables valores, incluso contra la voluntad del afectado, aún gozando de voluntad práctica y teórica racionalidad para decidir.

En esos casos, al usuario del sistema sanitario, se le acaba imponiendo la voluntad de los *otros*. Unas veces por no compartir la misma concepción ética de la vida, y otras, por respeto a imperativos legales y deontológicos. De este modo se niega en la práctica el ejercicio de la libertad individual, predicada en la base del discurso jurídico-político oficial para la conservación del orden social y condición necesaria de cualquier conducta individual digna de llamarse ética.

Aún considerando la positiva labor realizada desde los comités de ética clínica y hospitalaria, sin embargo se puede afirmar, si no nos limitamos a reclamar la sola «justicia formal», que la reflexión bioética exige asumir un compromiso con las personas concretas, con las generaciones futuras y con la defensa del medio ambiente y que ese compromiso pasa por conseguir un nuevo orden económico y social distinto del actual. Lo que exige, al menos, cuestionar la actual regulación concurrencial que rige las posibilidades biomédicas, encaminadas a la obtención de beneficios contables, por otra que se oriente a regular los fines de los seres humanos.

4. PARADOJA A LA QUE CONducEN LAS ABUNDANTES REFLEXIONES BIOÉ- TICAS

Así caracterizados en el tiempo los fenómenos sociales, biomédicos y tecnológicos, que han originado la reflexión bioética y la naturaleza ideológica de los asuntos suscitados se colige la identificación de los problemas y la gravedad de los mismos. Las diferencias entre bioéticos afloran en sus escritos y discusiones cuando se trata de especificar las causas que originan esos conflictos y los métodos empleados para su análisis. Sin embargo, por paradójico que parezca, hay coincidencia en las medidas normativas propuestas para regular los conflictos provocados por las demandas individuales. Conflictos que en muchas ocasiones adoptan la forma de choque entre valores opuestos.

Se puede verificar sin dificultad que entre los bioéticos subyacen dos preocupaciones fundamentales: la primera consiste en formular propuestas éticas y deontológicas, capaces de guiar la elección y actuación individual de los usuarios y profesionales de la biomedicina. Esto sin que dicha elección conlleve merma alguna de la libertad de ninguno de los implicados: investigadores, usuarios y profesionales del sistema sanitario —e incluso la libertad de los industriales de biofarmacia—. Obviamente es una aspiración difícil de materializar en la práctica y no sólo por razones teóricas. Esto muestra que el respeto por la «libertad» no recibe la misma valoración según se trate del médico o del usuario del sistema sanitario.

La segunda preocupación consiste en adelantar criterios que permitan incorporar los nuevos tráficos, privados y públicos, en materias biosanitarias a la doctrina ético-jurídica incorporada a los ordenamientos positivos, a fin de aumentar la «seguridad» y la «justicia».

Los mantenedores de ambas preocupaciones dan por supuesta la *idealidad* del Derecho, instrumento privilegiados de justicia. Consideran que éste es el instrumento adecuado para mediar en los conflictos sociales protegiendo los derechos y garantizando la seguridad jurídica ante los nuevos tráficos que la biomedicina ha introducido en la sociedad.

Ambas preocupaciones se imbrican entre sí, indistintamente se atiende a la específica reflexión ética, científica o jurídica. La producción bioética, al especificar sus propuestas de solución, remite necesariamente a cuestiones que trascienden las verdades de la ciencia para concretarse en cuestiones filosóficas, ideológicas, en torno a los específicos modos de concebir e interpretar la vida humana, la libertad y el orden sociopolítico.

En esta línea interpretativa, entre el conjunto de reflexiones bioéticas tendentes a proporcionar en el marco político de los estados de derecho guías de ética general, o de ética práctica, cabe diferenciar dos tipos de análisis contrapuestos: uno fundamentado en principios religiosos, netamente ideológicos, de naturaleza *iusnaturalista*. Los partidarios de esta forma de interpretar los problemas bioéticos muestran una «tendencia ideológica medievalizante (que) tropieza, sin duda, con barreras infranqueables cada vez que da con datos de base positivamente irreductibles a la conceptualización medieval»²¹. Lo que acontece especialmente ante las manipulaciones reproductoras y cuanto afecte a la sacralidad de la vida.

Otra línea interpretativa es de naturaleza *iuspositivista* y *contractualista*. Sus partidarios se sitúan en la tradición laica del racionalismo ilustrado y aspiran a incorporar los principios teóricos de las ciencias positivas a la moral y al derecho.

Ambos modelos explicativos, aunque con desiguales méritos, se muestran incapaces de dar soluciones coherentes y *justas*, siquiera sea formal, a los dilemas que plantea el desarrollo biotecnológico y a su aplicación en las sociedades actuales. Conviene precisar que, ambas líneas de abordaje aspiran a dar respuestas éticas y materialmente posibles. Es decir, sus propuestas son explícitamente sólo *éticas*, pero en tanto que dirigidas a los legisladores y a la sociedad, ellas proporcionan líneas reguladoras de conductas para la ciudadanía. Sus análisis aunque dirigidos al poder legislativo pretenden ser sólo *propuestas morales*. Objetivos que trascienden con mucho el supuesto de que parten y, naturalmente, la finalidad de los mismos. En la medida que ambas líneas de abordaje acaban por reclamar la actuación del derecho positivo de forma más o menos explícita. Con este forma de operar trascienden la dimensión ética individual para hacer, también, filosofía política y social.

4.1. Claves de la bioética *iusnaturalista*

Quienes se ubican en la trayectoria del *iusnaturalismo* pretenden dar resolución a los problemas bioéticos concretos omitiendo el tiempo histórico y las aportaciones de las ciencias positivas y sus consecuencias en las

²¹ M. SACRISTÁN. *Papeles de filosofía*. Barcelona, Icaria, 1984 (pág. 309).

sociedades donde conviven diversas ideologías y fundamentaciones éticas. Desde esa abstracción proponen como remedio para los problemas: comportamientos individuales más éticos, más códigos deontológicos²² y *naturalmente* normativas estatales restrictivas y penalizadoras.

Sus postulantes²³ que dicen apostar por la sola remoralización de las conductas individuales y sociales como única vía para defender la dignidad humana sitúan la aparición de reflexión bioética tras la Segunda Guerra mundial. Señalan que es a partir de 1948 cuando se hizo imperioso establecer límites éticos al comportamiento humano a fin de salvaguardar la dignidad humana.

Esta exigencia la extienden a los actuales problemas morales derivados de las aplicaciones de la biomedicina. En especial los relacionados con el control de la natalidad, la fecundación *in vitro* y la manipulación genética. Afirman que las biotecnologías sustentan grandes esperanzas pero, a la vez, provocan hondas preocupaciones en tanto: «permiten construir sujetos con características determinadas *a priori*. Todo lo cual provoca extremecimientos y la necesidad de poner límites»²⁴.

Los mantenedores de esta ideología podrían, pues, situar el origen de la reflexión bioética en Tomás de Aquino sin ninguna dificultad epistemológica y mucho menos histórica. Dado que esta dimensión es ignorada en sus análisis relativos al caso. No obstante, si los representantes de esta corriente doctrinal sitúan el nacimiento de la bioética tras la II Guerra Mundial, no es por coherencia epistemológica o histórica, sino por intereses ideológicos: desde los cuales se permiten atribuir al positivismo jurídico la responsabilidad del genocidio nazi²⁵.

²² Para esta tradición no bastan los códigos deontológicos médicos y demás colectivos de profesiones liberales. En la actualidad, sus defensores reivindican incluso una «ética empresarial». Demanda que si no puede atribuirse a la estulticia, hemos de concluir que constituye un sarcasmo.

²³ TETTAMANZI, KELLY, SGRECCIA, D'AGOSTINO y otros.

²⁴ SGRECCIA, E. (a cura di), *Corso di bioetica*. Milano, Agnelli, 1986, pág. 52.

²⁵ No deja de ser curioso, por no calificarlo de dramático, que los representantes de la iglesia católica en la Alemania hitleriana, guardaran el más absoluto silencio ante las atrocidades que se cometían con personas humanas. Y que las críticas de las prácticas genocidas sólo fueran denunciadas por representantes de la iglesia protestante.

Esta opción doctrinal define la naturaleza de la bioética como «filosófica» y en consonancia con su *philosophia perennis*, aspira desde ella a formular los límites de la conducta moral individual y colectiva. Apriorísticamente define lo «bueno», lo «justo» y lo «obligatorio» para todos los ciudadanos. Lo llamativo es que los partidarios de esta formación ideológica no se contentan con reformular sus principios morales para orientar la conducta de sus seguidores ante las nuevas posibilidades tecnológicas. A lo que tienen perfecto derecho. Sino que, por la propia naturaleza de sus doctrinas, pretenden que esos principios dogmáticos son universales y deben imponerse a toda la sociedad. En esta línea interpretativa se hace necesaria la intervención del derecho positivo. Afirman de la normativa jurídico-positiva debe proteger los derechos *naturales*, para lo cual es preciso que el Estado establezca límites jurídico-políticos que delimiten lo que se puede hacer y lo que no se *debe* permitir de acuerdo con lo que llaman «derecho natural». Las normas que proponen, pretendidamente asentadas en leyes de la naturaleza, aparecen como principios generales del derecho positivo. Y —como supo ver KELSEN— sin razón suficiente para ello, presentan esos principios como absolutamente válidos, al desdarse de derecho justo o natural.

Desde esta doctrina se hipostatiza el derecho positivo como «natural» y de ese modo se legitima la intervención del Estado para establecer restricciones a las conductas individuales. Restricciones que asistificadas niegan la pluralidad ideológica, supuesto fundamental de las sociedades democráticas. En cuestiones de bioética pretenden reducir la *verdad* proporcionada por las ciencias naturales a sus verdades doctrinales, en especial todo cuanto afecta a la *vida*, a la *muerte* y a la *sexualidad*. Al mismo tiempo que, desde su verdad creencial, religiosa, niegan válida cualquier otra opción moral no coincidente con ella.

Indistintamente del contenido material de cualquier fundamentalismo iusnaturalista —de cuyo análisis histórico particular podríamos deducir el concreto sentido ético de sus propuestas y su legitimidad— es evidente que, en las sociedades actuales, laicas y formalmente democráticas, estas ideologías gozan de legitimidad para expresar sus teorías y puntos de vista. Sin embargo, carecen de ella y de credibilidad histórica, quienes desde esos *principios* reclaman que deben ser éstos los que subyugan a cualquier regulación positiva y, por ello, deben ser asumidos por el Estado y aplicados a toda la ciudadanía. No sólo se muestran indiferentes ante la citada pluralidad que los admite como iguales, sino beligerantes con ella. Pues con esta forma de proceder niegan también el valor de las elecciones indi-

viduales, condición necesaria de cualquier comportamiento ético. Lo que resulta obvio para el pensamiento laico resulta inadmisibile para un iusnaturalista.

Es esta una concepción ideológica que, en la práctica, hace estéril compartir con sus representantes cualquier discusión sobre los concretos problemas bioéticos. La confrontación con quienes mantienen esta posición doctrinal puede, incluso, devenir un sarcasmo, en tanto *teóricamente* esta línea de pensamiento no está dispuesta a modificar su discurso en lo que afecta a la teórica dignidad y sacralidad abstracta de la vida humana. En la amplia bibliografía existente admiten que sólo desde la opción ética *personalista* tienen solución los actuales problemas derivados de la aplicación de la biomedicina.

Sin detenernos a considerar las múltiples contradicciones formales en que incurren los partidarios de estas doctrinas, ni en las injusticias materiales que se han cometido y cometen en nombre de esta ideología justificadora del orden existente, basta subrayar que, en último término, el medio privilegiado que proponen para resolver los acuciantes problemas de que se hace eco la bioética es el derecho positivo, con especial predilección por derecho penal. Son propuestas absolutamente obscurantistas e ideologizadas que niegan en la práctica la libertad y la racionalidad de los seres humanos para decidir sobre sus vidas. Y, más aún, sus análisis y propuestas dificultan la denuncia de lo que hay: los problemas generados por el desarrollo científico en un mundo que no se deja cuadrar de una vez por todas y los también generados por el tráfico con materias corporales, así como la desigual distribución de los recursos biosanitarios.

Las soluciones que proponen como *justas*, ante problemas como el del aborto, la ayuda a morir dignamente, o la manipulación genética, niegan en la práctica los derechos de los seres individuales implicados. Pero, además, en tanto reclaman la directa intervención del derecho positivo, otorgan el poder de decidir a los médicos y a los jueces con lo cual decisiones de ámbito privado pasan a ser públicas. Privan de este modo al individuo particular de recursos y de la posibilidad de decidir sobre su vida de los valores morales propios, teniendo que claudicar ante el poder corporativo que le imponen los aparatos políticos del estado. Los iusnaturalistas abandonan, en la práctica, la exigencia de *justicia* en favor del valor *orden*, componente necesario para la organización de la sociedad burguesa. Mas también se detecta en el discurso doctrinal del iusnaturalismo bioético, un esfuerzo por distanciarse del racionalismo burgués y, al tiempo, la nostalgia

eclesial por la tradición medievalizante que ahora, como en el pasado, claudica ante el derecho positivo ²⁶.

4.2. LIMITACIONES DE LA PROPUESTA IUSPOSITIVISTA

Desde la segunda línea interpretativa, los autores que se ubican en esta corriente, se muestran preocupados por determinar las *formas* normativas éticas y jurídicas adecuadas para la elección individual. En relación a los nuevos tráficos con el cuerpo a que han dado lugar los progresos de la biomedicina. Muestran especial sensibilidad por adecuar las nuevas posibilidades a la legalidad jurídico-política. Son actividades encaminadas a aumentar y proteger el ejercicio individual de la *libertad* predicada, la seguridad jurídica y el bienestar de la ciudadanía en general. Estos autores constituyen un amplio espectro que asume la pluralidad moral de la sociedad y comparten el principio de la contractualidad del derecho. Entre ellos difieren según suscriban éticas de fundamentación utilitaristas, relativistas, individualistas, normativistas o dialógicas.

Para estos autores la aparición de la bioética se ubica en torno a los años setenta. Consideran que esta problemática surgió inducida por el extraordinario desarrollo alcanzado por las biotecnologías, por la aceptación política de la laicidad presente en la sociedad y por la extensión de los derechos individuales. Circunstancias que exigen la elaboración de nuevos criterios racionales capaces de guiar las decisiones individuales, así como la de proporcionar criterios jurídicos capaces de integrar la normativa que regula las nuevas prácticas sociales en la doctrina que subyace a los Estados de Derecho, explicitada en las Constituciones.

La producción intelectual bioética desde el positivismo jurídico contiene análisis y propuestas realistas y eficaces, si bien de desigual calado, según sea el tema en concreto: la manipulación genética, la reproducción asistida, el aborto, la eugenesia y la terapia génica, o la distribución de los recursos sanitarios. En general son posicionamientos sobre dos ejes principales: a) la preocupación por el respeto y protección de los derechos individuales —indistintamente se trate del derecho de los pacientes, investigadores, usuarios o profesionales del sistema sanitario— y b) la preten-

²⁶ M. SACRISTÁN. *Papeles de filosofía*. Barcelona, Icaria, 1984 (pág. 308).

sión de conseguir que la normativización de estas nuevas posibilidades biomédicas se lleve a cabo con rigor, coherencia y sistematicidad desde la doctrina que fundamenta el sistema político-jurídico vigente. En suma, la específica normativa que regule las posibilidades biomédicas ha de ser conforme con los principios doctrinales y con los recogidos en las Constituciones.

Estos autores comparten la convicción de que en las sociedades actuales el derecho positivo es el instrumento más adecuado y eficaz para regular las necesidades y demandas de los individuos respecto a las posibilidades que las biociencias habilitan y para garantizar el respeto a las distintas concepciones éticas. El derecho es, pues, el medio privilegiado para aumentar el ejercicio de las libertades, la seguridad y el bienestar general.

Desde estas posiciones se han realizado valiosos servicios a la cultura burguesa en dos específicos sentidos. Por un lado, mediante sus aportaciones científicas, ha aumentado el rigor, la consistencia y la coherencia de las normas que regulan las nuevas prácticas biomédicas en los Estados de derecho. Así como también, han clarificado las posibilidades de fundamentar decisiones racionales y justas desde diversas fundamentaciones éticas. Así mismo, ésta forma de hacer ha contribuido a desvelar el tremendo error en que se asienta el iusnaturalismo y el desenfoque en que incurre cuando postula como *justo* su particular concepción del derecho.

Las críticas que desde el iuspositivismo se han realizado al iusnaturalismo muestran, además, las dificultades de éste cuando se enfrenta a los problemas relacionados con el desarrollo de las ciencias positivas y su negativa a aceptar que sus análisis y propuestas son tan ideológicas como cualesquiera otras.

En el conjunto de la producción bioética, las reflexiones y propuestas desde el positivismo jurídico pueden calificarse de meritorias. No obstante, la agudeza y alcance de ellas no han podido impedir que los problemas estructurales²⁷ que dieron lugar a esta específica reflexión hayan desapa-

²⁷ La resolución jurídica dada en Norteamérica al «caso Chakrabarty» (1980) pone de manifiesto que tras la sentencia ha sido posible patentar la *materia viva*. Con inmensas consecuencias para la ya próxima patentización del genoma humano y para proporcionar inmensos beneficios a las industrias multinacionales. En esta línea de actuación se ha pronunciado el Parlamento Europeo, mediante la Directiva 94/C 101/04 (texto publicado en

recido, o siquiera que hayan disminuido²⁸. Ya se sabe, que las propuestas iuspositivistas no se encaminan a la resolución de los problemas materiales. Desde la propia racionalidad sistémica, formal, del positivismo se pretende únicamente hacer precisa la regulación normativa, «hacer ciencia». La cuestión clave en bioética es que el iuspositivista tiene que mediar entre valores opuestos con gran transcendencia para los individuos, la especie y la sociedad.

Incluso desde la perspectiva formal en que dice situarse, el iuspositivismo parece olvidar que los problemas bioéticos principales no son problemas *científicos*, sino materiales y *axiológicos*. Aproximarse a los problemas bioéticos, siquiera sea desde la perspectiva formal, implica contemplar la posibilidad de adoptar decisiones racionales y justas ante los valores opuestos tal como los plantea la biomedicina a la sociedad. Y los iuspositivistas saben —al menos desde KELSEN— que pronunciarse científicamente sobre valores opuestos desde la ciencia jurídica es imposible. Lo que no implica cuestionar la voluntad de que el derecho sea justo, sino que plantea un problema distinto. «Una teoría pura del derecho de ningún modo se opone a la exigencia de un derecho justo cuando se declara a sí mismo incompetente para resolver la cuestión de si un determinado derecho es justo o no, el problema acerca de cuál sea el elemento esencial de la justicia. Una teoría pura del derecho —en cuanto ciencia— no puede contestar a esa pregunta, en virtud de que es imposible contestar a ella científicamente»²⁹.

el DOCE, núm. C 101, de 9 de abril de 1994, págs. 65 y sigs.) prohibiendo las patentes de embriones, genes o partes del cuerpo «en su estado *naturab*». Lo que no impedirá la patentización de estos materiales cuando sean aisladas del cuerpo humano. Es decir, cuando sea técnicamente posible. Eso sí la Directiva añade que serán consideradas prácticas aceptables las «compatibles con la dignidad humana».

²⁸ Después de la sentencia del «caso Baby M.» la maternidad por subrogación es frecuente en los EEUU. y en Europa. Aunque esa posibilidad *técnica* sólo está al alcance de parejas, o de mujeres solas con recursos para pagar y por ello las únicas con posibilidad real para elegir.

²⁹ H. KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, (3 edic.) 1969 (traducido por E. GARCÍA MAYNEZ) pág. 6.

Esta exigencia metodológica intrínseca al iuspositivismo sitúa a los bioéticos que lo suscriben ante una aporía: aspiran a integrar con justicia los nuevos tráficos y valores relativos al cuerpo, a la vida y a la muerte en la doctrina político-jurídica con el fin de aumentar la racionalidad, la seguridad, el orden y la justicia. Pero no siendo valores *científicos* con los que tiene que operar sino filosóficos e ideológicos, su intervención implícita contribuye a restaurar el *orden* social que requiere el actual sistema concurrencial. Actuando de este modo claudican ante el orden positivo. Claudicación vergonzante o necesaria si lo que se pretende no es introducir racionalidad y justicia, sino restañar las brechas abiertas por las biociencias en la ideología de la sociedad capitalista.

El conjunto de la producción bioética de sesgo positivista, así como los abundantes «pareceres», informes, de los Comités de Ética nacionales muestran el asunto de los opuestos *valores* —entre juridicidad y seguridad jurídica— como necesario e irresoluble. Y esto porque no existe la posibilidad de adoptar *una* decisión racional sobre ellos. Por lo que se puede afirmar que, la confrontación entre valores sobre la que tiene que mediar la bioética es un conflicto necesario y, a la vez, trágico. En tanto hace excluyente la elección entre la *verdad*, principio fundamental de la ciencia, y la *justicia*, supremo desideratum de la política.

Puede concluirse que cuando se analizan las concretas propuestas de resolución a los problemas bioéticos que realizan los iusnaturalistas y los iuspositivistas —salvando las notables diferencias entre las aportaciones de ambas doctrinas— paradójicamente, ambas, concluyen haciendo una apología del orden burgués existente. En tanto que ambas corrientes claudican ante el valor *orden* en detrimento del valor *justicia*.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSELLI, C. *L'éthique médicale*. Presses Universitaires de France, Paris, 1988.
- BAUD, J.P. «Le tintamarre de la Bioéthique», en *Archives de Philosophie du Droit*, (1995).
- CAPELLA, J.R. *Los ciudadanos siervos*. Ed. Trotta, Barcelona, 1993.
- CAPLAN, A.L. «Etats-Unis: un débat public?», *Autrement*, 39 (1987), pp. 96-103.
- CHIARELLI, B. *Bioetica globale*. Angelo Pontecorbo Editore, Firenze, 1993.
- DRAI, R. et M. Harichaux (études rassemblées par). *Bioéthique et Droit*. Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

- ENGELHARDT, H. T. *The Foundations of Bioethics*. Oxford University Press, New York (Versión española traducida por I. Arias, G. Hernández y O. Domínguez), 1995.
- GRACIA, D. *Fundamentos de Bioética*. EUEDEMA, Madrid, 1989.
- HOTTOIS, G. *O paradigma bioético*. Ed. Salamandra, Lisboa, 1990.
- KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, México, 1949 (3 edic. de 1969, a cargo de E. GARCÍA MAYNEZ).
- KIEFFER, G.H. *Bioethics. A Textbook of Issues*. Addison-Wesley, Publishing Company, 1979 (versión española, 1983, trad. E. Sánchez Monge).
- KIMBRELL, A. *The human body shop. The engineering and marketing of life*. Harper Colins Religious. London, 1993.
- POTTER, V. R. *Bioethics: Bridge to the Future*. Englewood Cliffs (Nueva Jersey), Prentice-Hall, 1971.
- «Evolving ethical concepts», *Bioscience*, 27, 4 (1977), pp. 251-253.
- REICH, W. T. *Encyclopedia of Bioethics*. 1978.
- RODOTA, S. (a cura di). *Questioni di bioetica*. Editori Laterza, Bari, 1993.
- SACRITÁN, M. *Papeles de filosofía*. Icaria, Barcelona, 1984.
- SEVE, L. *Pour une critique de la raison bioéthique*. Ed. Odile Jacob, Paris, 1994.
- SGRECCIA, E. (a cura di), *Corso di Bioetica*. Agnelli, Milano, 1986.

CAPÍTULO SEGUNDO
JURIDIFICAR LA BIOÉTICA. UNA PROPUESTA METODOLÓGICA

Manuel Atienza

A Juan Cabello

1. LOS COMITÉS DE ÉTICA

Hace algunos años, en la primavera de 1992, recibí primero una llamada y luego una visita de un médico del Hospital General de Alicante, para invitarme a formar parte del Comité de Ensayos Clínicos que entonces estaba en vías de remodelación. A un filósofo del Derecho se le supone algún conocimiento de Derecho y de Ética y algo —o, más bien, alguien— le había hecho saber de mi condición de iusfilósofo que, de momento —y merced al proceso de «transformación» llevado a cabo por la Ley de Reforma Universitaria—, lleva consigo también la de filósofo de la moral y de la política. El por qué y el para qué necesitaba el Comité del Hospital contar con una persona con esas cualificaciones se me aclaró a lo largo de esa visita; por suerte para mi, el doctor CABELLO resultó ser una persona notablemente comprensiva, de manera que mi estricta ignorancia de esas razones —que, como era de suponer, tenían fundamentalmente carácter jurídico— no le llevaron a buscar en otro lado —quizás, en ningún otro despacho de la Facultad de Derecho— al nuevo miembro del Comité. La información que me transmitió, y que me llevó a aceptar la propuesta que me hacía, puede sintetizarse como sigue.

La Ley del Medicamento, de 20 de diciembre de 1990, dedica el título tercero a regular los ensayos clínicos, esto es, la evaluación experimental de un medicamento con seres humanos. Se trata, como es obvio, de una actividad indispensable para el progreso de la terapéutica y de la investigación farmacológica, pero que, como también resulta obvio, puede afectar negativamente a derechos fundamentales de los sujetos con quienes se ensaya. Para evitarlo, la Ley establece una serie de cautelas. Por ejemplo, recuerda que los ensayos deben respetar los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki (1964) y en sucesivas actualizaciones (De-

claración de Tokio, de 1975, y de Venecia, de 1983). Presta una especial atención a la necesidad de obtener un consentimiento debidamente informado por parte de los sujetos del ensayo (y/o de sus representantes legales). Obliga al promotor, en determinadas circunstancias, a concertar un seguro que cubra los posibles daños y perjuicios. Y, sobre todo, crea los *Comités Éticos de Investigación Clínica*, sin cuyo informe previo (y favorable) no se puede realizar ningún ensayo.

En realidad, este último es un órgano sólo relativamente nuevo. Desde un Real Decreto de 1978 (de 14 de abril), desarrollado por una Orden de 1982 (de 3 de agosto), existían ya unos *Comités de Ensayos Clínicos* con funciones básicamente de supervisión. Los nuevos comités previstos por la Ley del Medicamento (y regulados en detalle por un Real Decreto de 16 de abril de 1993) se distinguen, sin embargo, de sus predecesores en varios aspectos: sus funciones son más amplias y más decisivas; el carácter ético aparece mucho más resaltado, como lo refleja la nueva denominación; y su composición resulta también notablemente ampliada. Anteriormente (según la Orden de 1982 ya mencionada), se aceptaba la posibilidad de que «cuando convenga» se pudiera incorporar al Comité, pero en calidad de miembros no permanentes, a especialistas ajenos a las profesiones sanitarias, como «ingenieros, juristas, informáticos y otros» (art. 41). Ahora, y seguramente como consecuencia del nuevo perfil «ético» de los comités, los miembros legos adquieren un mayor peso. Así, la Ley de 1990 señala que los comités estarán formados «como mínimo, por un equipo interdisciplinario integrado por médicos, farmacéuticos de hospital, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias de las que al menos una será jurista» (art. 64, ap. 3). Y el Real Decreto de 1993 especifica que el número total de miembros no puede ser inferior a siete, «de los cuales, dos al menos, deben ser ajenos a las profesiones sanitarias, debiendo ser uno de ellos jurista» (art. 41, ap. 1). No era, pues, extraño que los responsables del Comité anduvieran en busca de un jurista al que se le supusiera también algunos conocimientos de ética.

Mi participación en el Comité, durante unos dos años, constituyó una experiencia agradable y enriquecedora. Yo estaba entonces —y sigo estándolo— muy interesado en cuestiones de argumentación y las discusiones dentro del Comité (que se reunía aproximadamente cada dos meses) resultaron ser, en muchos aspectos, un modelo de discusión racional. Mis compañeros me parecieron profesionales serios, altamente competentes, genuinamente abiertos hacia las opiniones de los demás y que asumían con respecto al trabajo del Comité una actitud de «interés desinteresado»

que raramente he observado en otras instituciones. En particular, todo ello contrastaba muy vivamente con las grescas universitarias para confeccionar los planes de estudio en que me había visto envuelto meses antes y que venían a configurar —pensé entonces— un tipo de discusión no sólo distinto, sino justamente opuesto al del Comité. En un caso, el debate se había planteado (desde luego, indebidamente) como una negociación entre intereses particulares, cuyo resultado distaba además de ser una decisión —un plan de estudios— que supusiera una maximización de esos intereses. En el otro caso, el del Comité del Hospital, se trataba de discusiones sobre intereses generales y no negociables y las decisiones se alcanzaban (creo recordar que siempre por unanimidad) guiados exclusivamente por la idea de corrección. Lo que me ha quedado de esa experiencia de dos años no es, sin embargo, únicamente una buena —o excelente impresión, sino también una serie de opiniones más o menos específicas, que contienen alguna que otra matización con respecto al anterior juicio general, y que podría resumir en los siguientes puntos.

1) La presencia de miembros legos en el Comité cumple, sin duda, una función positiva: contribuye a contrarrestar una tendencia al «cierre» que es razonable pensar se encuentra siempre —aunque tan sólo sea en estado latente— en el interior de cualquier profesión; y, de alguna manera, hace que aumenten las posibilidades de un diálogo en el que se llegue a un resultado que *todos* (no sólo los miembros del Comité) podrían aceptar. Me parece, sin embargo, exagerado decir —como alguna vez he oído o leído— que los miembros legos son los que «legitiman» al Comité: los médicos, farmacéuticos, sanitarios, etc. no son «menos» ciudadanos que los demás ni «menos» capaces de pensar en términos de intereses generales o, si se quiere, universalizables. Estimo acertado que, como lo establece la ley, haya más de un miembro lego en cada comité, pero tengo ciertas dudas (a pesar de lo que podría sugerir el título de este trabajo) de que uno de ellos deba, necesariamente, ser un jurista. Por un lado, porque lo que, en mi opinión, requiere un órgano de ese tipo son personas con capacidad para tratar problemas complejos, con mentalidad abierta y actitud no burocrática (no formalista), y estas son cualidades que no creo puedan adjudicarse automáticamente y en exclusiva a los egresados de las Facultades de Derecho; si la ley no exige la presencia de un psicólogo, un asistente social o un filósofo de la moral, no veo por qué ha de hacer una excepción con los juristas. Y, por otro lado, porque si lo que se deseara (y esto me parecería cuestionable) que ese miembro del Comité cumpliera

una cierta función de asesoramiento legal, entonces la licenciatura en Derecho sería manifiestamente una cualificación insuficiente.

2) En la inmensa mayoría de los casos, la participación de un miembro lego en las discusiones del Comité se circunscribe a revisar las hojas informativas que se entregan a los pacientes que van a ser sujetos del ensayo y con objeto de que su consentimiento no consista en una mera fórmula. Los problemas (frecuentes) que aquí suelen plantearse tienen que ver no sólo —como sería de prever— con el uso de tecnicismos innecesarios que dificultan la comprensión, sino también con el carácter incompleto de las informaciones y, sobre todo, con un descuidado uso del castellano que, en ocasiones, lleva a la redacción de frases prácticamente ininteligibles. La causa de esto último me parece que estriba en que, muchas veces, esos textos han sido redactados originariamente en inglés y nadie —incluidos los poderosos laboratorios promotores de los ensayos— parece haber mostrado interés en que la traducción alcance el nivel de corrección exigible a un hablante del castellano medianamente competente. A la vista de lo que he observado también en otras reuniones con médicos, diría que hay algo de cierto en lo que suele decir un amigo mío, filólogo: (Es verdaderamente una suerte que los profesionales de la medicina no tengan hacia la salud de las personas la misma actitud que hacia la del idioma!

3) Dado que las cuestiones éticas son también las cuestiones últimas en todo discurso práctico, me parece justificada la calificación de *ético* que ostentan los comités. Por ejemplo, si se experimenta con comatosos, entonces se asumen, bajo determinadas condiciones, ciertos riesgos que deben evaluarse con la mayor precisión posible, al igual que los beneficios superables para los participantes en el ensayo o para otros enfermos. Con ello, sin embargo, no tenemos todavía la respuesta a la pregunta de «qué se debe hacer en ese caso», que exige la asunción de una norma —necesariamente ética, aunque pudiera también tener carácter jurídico o de otro tipo— como «sólo se debe experimentar con comatosos si los beneficios esperables para él o para otros enfermos superan ampliamente los riesgos» o alguna otra semejante. Pero esto no quiere decir, ni mucho menos, que todo lo que se discute en un comité sean cuestiones de ética. Más bien ocurre al contrario: cualquier decisión de un comité tiene siempre —por lo que se acaba de decir— un carácter ético, pero en la mayoría de los casos ese elemento ético ni siquiera necesita ser tematizado, pues se contiene en una norma que no es discutida por nadie y que, con frecuencia, ni siquiera se explicita. Los casos de controversia ética pueden deberse a

una disputa sobre cuál sea la norma ética aplicable o sobre cómo deba interpretarse una determinada norma o sobre qué norma deba prevalecer en el caso en que resultaran aplicables normas contradictorias. Pero ese tipo de discusión sólo puede plantearse una vez establecidos los hechos del caso, esto es, una vez recabada toda la información de tipo técnico que resulte relevante. Así pues, incluso en los casos (que lógicamente han de ser los menos) en que puede hablarse de conflicto ético, existe un amplio tramo de discusión en que los miembros legos no tienen —no pueden tener— nada que decir.

4) La circunstancia anterior —la posibilidad de distinguir entre cuestiones técnicas y cuestiones éticas permite plantear una modificación en el funcionamiento de los comités que, en mi opinión, los volvería más eficientes (dado el tiempo que ahorraría) y potenciaría también el papel de los miembros no expertos. Se trataría de que las cuestiones de carácter estrictamente técnico no se discutieran en el comité (digamos, en el pleno), sino en una o varias comisiones nombradas al efecto. El trabajo del comité (en pleno) se concentraría en adoptar la decisión final, evaluando conjuntamente los diversos datos de tipo técnico, examinando con detalle los aspectos que la propia ponencia juzgara dudosos, y cerciorándose de que no existen obstáculos de tipo ético (incluidos, de manera específica, problemas de consentimiento) para la realización del ensayo. Todas estas son cuestiones en las que una persona no experta en temas sanitarios podría, sin embargo —y si se le facilita la información relevante—, tener algo que decir.

5) Los Comités Éticos de Investigación Clínica deberían formar parte de, o convivir con, Comités de Ética de Hospital que tuvieran también competencia en cuestiones asistenciales y, probablemente, en medidas de gestión hospitalaria. Me parece que, fundamentalmente, puede pensarse en dos razones que justifican la existencia de comités de ética médica o, más en general, de bioética. Una de ellas es servir de apoyo —pero no sustituir: la conciencia ética es algo de cada cual— al profesional, a los familiares o al enfermo que haya de tomar una decisión en un contexto de conflicto ético. La otra es ejercer un control social en un ámbito en que están en juego derechos e intereses de todos y cada uno de los individuos de una comunidad, pues la salud es, obviamente, un bien primario, esto es, condición para poder gozar de cualquier otro bien.

Sin embargo, ambos tipos de razones no están menos presentes cuando se trata de decidir qué hacer con un paciente testigo de Jehová que se niega a una transfusión sanguínea o con un tetrapléjico que pide se le per-

mita acabar con su vida, que cuando se trata, por ejemplo, de ensayar un nuevo fármaco con enfermos de sida. No parece existir ninguna circunstancia relevante para pensar que el caso es más merecedor de atención ética que los dos primeros. En realidad, en los últimos años han ido constituyéndose diversos comités asistenciales de ética, cuya competencia se extiende a los conflictos éticos surgidos en la práctica clínica del Hospital donde radica el comité. Su composición suele ser muy semejante a la de los comités éticos de investigación clínica pero, salvo excepciones, no han alcanzado aún un nivel de consolidación institucional comparable a la de estos ¹.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA: LA VERSIÓN ESTÁNDAR Y ALGUNAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS

A Juan CABELLO le debo no sólo mi participación en el referido comité, sino también en una serie de encuentros, congresos y seminarios en los que he tenido oportunidad de discutir diversos problemas éticos relacionados con la práctica de la medicina y con la investigación biomédica y biológica. El primer dato que llama la atención a quien se aproxima por primera vez a esta problemática es la existencia de un importante consenso en torno a los llamados «principios de la bioética». Esos principios constituyen el punto de partida obligado en cualquier discusión que uno emprenda con médicos, sanitarios, biólogos, bioeticistas, etc. a propósito de la eutanasia, los trasplantes de órganos, el genoma humano, la optimización de recursos en medicina intensiva, la asistencia a enfermos de sida o la experimentación con algún nuevo fármaco. Pero qué son esos principios y como se ha llegado a su formulación? El origen se encuentra en la creación, por parte del Congreso de los Estados Unidos, de una Comi-

¹ Por lo que se refiere a su grado de institucionalización jurídica, existe, cuando menos, una orden de la Consejería de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (de 14 de diciembre de 1993, de acreditación de los comités de ética asistencial), y una circular de la Dirección General del Insalud (de 30 de marzo de 1995) en la que se dispone que «en aquellos hospitales donde existen profesionales médicos y/o de enfermería formados en bioética, se inicie el proceso de creación de Comités Asistenciales de Ética». En esas dos normativas se pone el énfasis en el carácter estrictamente consultivo de los comités que en ningún caso podrán sustituir en las decisiones clínicas de los profesionales.

sión Nacional encargada de identificar los principios éticos básicos que deberían guiar la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en biomedicina. Esa Comisión comenzó a funcionar en 1974 (unos cuatro años después de que se acuñara el término «bioética» para designar los problemas éticos planteados por los avances en las ciencias biológicas y médicas), y cuatro años después, en 1978, los comisionados publicaron el llamado «Informe Belmont», que contenía tres principios: el de autonomía o de respeto por las personas, por sus opiniones y elecciones; el de beneficencia, que se traduciría en la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios y minimizar los riesgos; y el de justicia o imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios. La expresión canónica de los principios se encuentra, sin embargo, en un libro del año 1979, escrito por Tom L. BEAUCHAMP (quien había sido miembro de esa comisión) y James F. CHILDRESS ². En esa obra se añade a los anteriores principios uno nuevo, el de no maleficencia, y a todos ellos se les da una formulación suficientemente amplia (y vaga) como para que puedan regir no solo en la experimentación con seres humanos, sino también en la práctica clínica y asistencial. De acuerdo con la excelente síntesis que efectúa Diego GRACIA ³, los autores (que curiosamente parten de concepciones distintas de la ética: BEAUCHAMP es un utilitarista y CHILDRESS básicamente un kantiano) entienden que se trata de principios *prima facie*, esto es, que obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí; en caso de conflicto, los principios se jerarquizan a la vista de la situación concreta; o, dicho de otra forma, no hay reglas previas que den prioridad a un principio sobre otro, y de ahí la necesidad de llegar a un consenso entre todos los implicados, lo que constituye el objetivo fundamental de los «Comités institucionales de Ética».

Por lo demás, en esa obra no se contiene una formulación muy precisa de los principios en cuestión, sino que el acento se pone más bien en las diversas interpretaciones de cada principio y en los problemas que surgen al poner en relación cada uno de esos principios con los otros. Así, ser respetado como persona autónoma significa, en primer lugar, reconocer

² *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 30 ed. 1989.

³ *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Eudema, Madrid, 1991, cap. 2, págs. 33 y sigs.

el derecho de las personas a tener su propio punto de vista, a elegir y a realizar acciones basadas en los valores y creencias personales. Pero implica también tratar a los agentes de manera tal que se les permita e incluso se les facilite actuar autónomamente (BEAUCHAMP y CHILDRESS, 1989, pág. 71). Sin embargo, la autonomía no es el principio supremo (no funciona como una especie de principio «triumfo»), sino «un principio moral en un sistema de principios» (pág. 112). El de no maleficencia implica que no se debe causar daño a otro y se diferencia así del principio de beneficencia que envuelve acciones de tipo positivo: prevenir o eliminar el daño y promocionar el bien (pág. 123). Pero se trata más bien de un continuo, de manera que no hay una separación tajante entre uno y otro principio (pág. 194). Finalmente, el principio de justicia en sentido formal significa que una persona no puede ser tratada de manera distinta que otra, salvo que entre ambas se de alguna diferencia relevante (pág. 259). Pero existen diversas teorías de la justicia que interpretan de manera distinta los criterios materiales (sin los cuales, aquél principio es vacío). Concretamente, los autores consideran que hay tres grandes tipos de teorías: las igualitaristas, que ponen el énfasis en el igual acceso a los bienes que toda persona racional desea; los liberales, que ponen el énfasis en los derechos a la libertad social y económica; y las utilitaristas que ponen el énfasis en una combinación de criterios de la que resulta una maximización de la utilidad pública (pág. 265). Las teorías son incompatibles entre sí (al menos en ciertos puntos), pero no cabe optar por ninguna de las tres (ni existe tampoco alguna de orden superior que las articule sistemáticamente), de manera que lo único que cabe esperar es que «las políticas públicas cambien de postura poniendo el énfasis ahora en una teoría y más tarde en otra. Este terreno inseguro puede reflejar una cierta duda y ambivalencia —añaden— pero no equivale necesariamente a injusticia» (págs. 301-2).

Como se ha señalado muchas veces, esta concepción ha conformado, prácticamente desde su formulación, el paradigma dominante en bioética. En la obra de Diego GRACIA ya mencionada, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, se encuentra una clara y completa exposición de la discusión que ha tenido lugar en este campo en los últimos veinte o veinticinco años. Yo voy a referirme aquí únicamente, y en forma muy breve, a dos propuestas críticas con respecto al anterior enfoque principialista y debidas, la una, a Albert R. JONSEN y Stephen TOULMIN, y la otra, al propio Diego GRACIA.

JONSEN y TOULMIN formaron también parte de la mencionada Comisión del Congreso norteamericano y escribieron, en 1988, una obra, *The*

*Abuse of Casuistry*⁴, en la que propusieron, frente a lo que llamaron «la tiranía de los principios» (la idea de que la ética consiste exclusivamente en un código de reglas y principios generales), la rehabilitación de la «casuística», esto es, de un método de pensamiento que se centra, fundamentalmente, en el caso concreto. Se trataría, según ellos, del procedimiento adecuado en campos como la administración pública, el Derecho, la medicina o la ética, en donde deben tomarse decisiones prácticas a la vista de las peculiaridades de cada caso y en donde sólo cabe alcanzar conclusiones provisionales. La razón no opera aquí —cabría decir— de manera deductiva, sino en forma analógica. No es posible partir de principios o reglas generales indiscutibles para obtener una conclusión concreta a través de una premisa menor que especifique las circunstancias del caso. Por el contrario, el punto de partida son simplemente máximas, tópicos o lugares comunes que sólo pueden ser comprendidos en términos de los casos paradigmáticos que definen su sentido y su fuerza (pág. 23); lo esencial, por ello, consiste en elaborar una taxonomía (moral, médica o jurídica) que clasifique los casos según sus semejanzas y diferencias. De acuerdo con los autores, la Comisión habría operado —sin que sus miembros fueran muy conscientes de ello— en una forma casuística, esto es, clasificando las semejanzas y diferencias moralmente significativas que se daban entre los diversos tipos de investigación considerados. Ese método casuístico es lo que les habría permitido alcanzar un acuerdo en sus conclusiones prácticas, por más que los principios generales asumidos por los distintos comisionados difirieran entre sí: «Los miembros de la comisión —escriben— estaban ampliamente de acuerdo acerca de las recomendaciones prácticas de carácter específico; estaban de acuerdo en qué estaban de acuerdo; pero lo único en lo que no podían estar de acuerdo era en *por qué* estaban de acuerdo sobre ello. En la medida en que el debate tenía lugar en el nivel de los juicios particulares, los once comisionados veían las cosas básicamente en la misma forma. En el momento en que se remontaban al nivel de los «principios», iban por caminos separados. En lugar de principios universales establecidos de manera segura, en los que tuvieran una con-

⁴ Albert R. JONSEN y Stephen TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkeley —Los Angeles— Londres, 1988.

fianza incondicional, y que les diera un fundamento intelectual para juicios particulares acerca de tipos de casos específicos, lo que ocurría era justo lo contrario» (pág. 18).

La crítica, y la alternativa, de Diego GRACIA es, en cierto sentido, de signo opuesto a la de JONSEN y TOULMIN. El concede, por cierto, una gran importancia a la casuística —y, en particular, a la «nueva casuística» de estos últimos pero lo que le preocupa, sobre todo, son las cuestiones de fundamentación⁵. La operatividad de los principios de la bioética pasa, en su opinión, por establecer alguna jerarquización entre los mismos que no dependa de la «ponderación» de las circunstancias de cada caso. Su idea viene a ser que esos cuatro principios no tienen el mismo rango, precisamente porque su fundamentación es distinta: «la no-maleficencia y la justicia se diferencian de la autonomía y la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y la voluntad de las personas implicadas, y (...) por tanto tienen un rango superior a los otros dos» (pág. 126). Entre unos y otros hay la diferencia que va entre el bien común y el bien particular. Por eso —añade GRACIA— los primeros configuran una «ética de mínimos» y los segundos una «ética de máximos»: «A los mínimos morales se nos puede obligar desde fuera, en tanto que la ética de máximos depende siempre del propio sistema de valores, es decir, del propio ideal de perfección y felicidad que nos hayamos marcado. Una es la ética del «deber» y la otra la ética de la «felicidad». También cabe decir que el primer nivel [el configurado por los principios de no maleficencia y justicia] es el propio de lo «correcto» (o incorrecto), en tanto que el segundo [el de los principios de autonomía y beneficencia] es el propio de lo «bueno» (o malo). Por eso, el primero se corresponde con el Derecho, y el segundo es el específico de la Moral» (págs. 129-130).

⁵ Anteriormente al libro antes citado (*Procedimientos de decisión en ética clínica*), había escrito una voluminosa, documentada e importante obra, *Fundamentos de bioética* (Eudema Universidad, Madrid, 1989), en donde pasa revista prácticamente a toda la historia de la ética. Ahí en el prólogo, justifica ese (verdaderamente ímprobo) trabajo de fundamentación porque «anunque el clínico desea, por lo general, respuestas rápidas y concretas», «el intento de resolver los problemas prácticos concretos sin un previo trabajo de fundamentación es un error grave, que al final se paga caro» (pág. 12).

3. UNA CRÍTICA A LOS MODELOS DE JONSEN-TOULMIN Y DE GRACIA

En mi opinión, estas dos últimas propuestas están en lo cierto al considerar insatisfactoria —o, al menos, insuficiente— una concepción puramente principialista como la de BEAUCHAMP y CHILDRESS, y ambas apuntan también en la dirección adecuada al esforzarse por construir una ética —o una bioética— que proporcione criterios de carácter objetivo y que, por así decirlo, se sitúe a mitad de camino entre el absolutismo y el relativismo moral. Sin embargo, ninguna de ellas constituye, a mi juicio, un modelo enteramente satisfactorio, por lo siguiente.

En relación con la obra de JONSEN y TOULMIN, me parece que hay dos críticas fundamentales que hacer. La primera es que el recurso que ellos sugieren a las máximas o tópicos es manifiestamente insuficiente para elaborar criterios objetivos de resolución de conflictos. Esto es así porque frente a un caso difícil —bien se trate del Derecho, de la medicina o de la ética— existe siempre más de una máxima aplicable, pero de signo contradictorio; y el problema es que la tópica —o la nueva casuística de JONSEN y TOULMIN— no está en condiciones de ofrecer una ordenación de esas máximas; o, mejor dicho, no podría hacerlo sin negarse a sí misma, pues eso significaría en último término que, lo determinante serían los principios o las reglas —si se quiere, de segundo nivel— que jerarquizan las máximas. La segunda crítica— estrechamente conectada con la anterior— el que estos autores parecen depositar una excesiva confianza en la prudencia o sabiduría práctica —lo que ARISTÓTELES llamó *frónesis* en cuanto opuesto a *episteme*— y en su capacidad para resolver en forma cierta —o, al menos, con toda la certeza que puede existir en las cuestiones prácticas problemas específicos. Como ha escrito John ARRAS, uno de sus críticos: «La fe de JONSEN y TOULMIN en la casuística como una máquina de consenso social es muy probablemente gratuita»⁶.

Por lo que se refiere a la propuesta de Diego GRACIA, su intento de jerarquización de los principios no me parece enteramente logrado. Es cierto, al menos tal y como yo veo las cosas, que las razones utilitaristas —las que están ligadas con la felicidad o con lo bueno— deben subordinarse a

⁶ La cita la tomo de GRACIA, 1991, pág. 105.

las razones de corrección —las que se vinculan con los fines últimos—, pero la división de los principios que él efectúa no la veo justificada. Por un lado, el fundamento de esa jerarquización (el hecho de que unos obligan con independencia de la opinión y la voluntad de los implicados) parece envolver una suerte de *petición de principio*: si se acepta el criterio, entonces, obviamente, la autonomía ha de tener un rango subordinado, pero lo que no se ve es por qué ha de ser ese el criterio de la jerarquía; esto es, queda sin fundamentar por qué la opinión y la voluntad de los implicados —o sea, la autonomía— ha de subordinarse a alguna otra cosa, a algún otro valor. Por otro lado, GRACIA entiende que los principios del primer nivel «son expresión del principio general de que todos los hombres somos básicamente iguales y merecemos igual consideración y respeto» (pág. 128); pero si se acepta ésto, no se entiende muy bien por qué la opinión y la voluntad de un individuo ha de contar menos que la de otro, esto es, no se entiende por qué la autonomía no es también expresión de ese principio general⁷. Finalmente, la distinción entre esos dos niveles presupone dos ideas que no me parecen aceptables: Una es la tesis —no afirmada, creo, explícitamente por GRACIA, pero implícita en su planteamiento— de que causar un daño a una persona es moralmente peor que no hacerle un bien (por ejemplo, que matar es peor que dejar morir); esto es lo que parece estar en el fondo de la prioridad que él atribuye al principio de no maleficencia sobre el de beneficencia, a pesar de que se esfuerza —pero en este punto su exposición no me parece del todo clara— por no presentar estos dos últimos principios como el reverso y el anverso de una misma realidad, sino como una diferencia «entre el bien común y el bien particular» (pág. 129); en todo caso, su afirmación de que «no se puede hacer el bien a otro en contra de su voluntad, aunque sí estamos obligados a no hacerle mal» (pág. 129) carece, en mi opinión, de justificación,

⁷ Adela CORTINA, cuyos planteamientos éticos parece haber tenido muy en cuenta Diego GRACIA, ha defendido en diversas ocasiones la importancia de distinguir entre una ética de mínimos y de máximos (Adela CORTINA, *Ética mínima: Introducción a la filosofía política*, Tecnos, Madrid, 1986). Sin embargo, se muestra más bien reacia a aceptar la jerarquización de los principios de la bioética que presenta GRACIA. En particular, y dada la «reformulación» que ella acepta del principio de autonomía, considera que «resulta imposible situarla entre los máximos, no exigibles, sino opcionales» (Adela CORTINA, *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 240).

pues presupone que el «bien» de una persona es algo subjetivo (lo que él considera como tal), mientras que el «mal» podría ser determinado de acuerdo con criterios objetivos, esto es, con independencia de lo que considere como «malo para ella». La otra idea que no me parece de recibo es la conexión que efectúa de todo lo anterior con el Derecho. La tesis de que el Derecho viene a configurar una especie de mínimo ético puede —con algunas reservas que no vienen ahora al caso y a las que luego me referiré— aceptarse, pero de ahí no se sigue la vinculación que él establece de lo jurídico con el primer nivel de la ética; o, mejor dicho, esto podría resultar cierto en relación con el Derecho del Estado liberal —o con ciertas ramas del Derecho—, pero no parece serlo en relación con el Derecho del Estado social y democrático que proclama como valores consustanciales (entre otros) el bienestar y la autonomía de los individuos.

4. DERECHO Y BIOÉTICA. LA CONEXIÓN METODOLÓGICA

Supongo que, a estas alturas del artículo, más de un lector con formación médica y que no esté dispuesto a mostrar conmigo la actitud benevolente que en su momento me dispensó el doctor CABELLO, se esté temiendo lo peor. Pues el título del artículo, unido a las críticas que acabo de efectuar, podrían hacerle pensar que lo que se esconde bajo el rótulo de «juridificar la bioética» es una vuelta a la deontología médica tradicional, esto es, a la concepción de la ética médica —y, por extensión, de la bioética— como un código único de preceptos y obligaciones aplicados según procedimientos burocráticos y respaldados coactivamente. Como ha escrito gráficamente Diego GRACIA, refiriéndose a la ética médica clásica: «El Código único se ha expresado tradicionalmente en forma de leyes, preceptos o mandamientos. De ahí que el procedimiento de la ética viniera a coincidir con el del Derecho (...) Como se sabe, tal procedimiento consiste en la apertura de expediente disciplinario a un miembro de la profesión a partir de una denuncia, la subsiguiente información de los hechos, su enjuiciamiento desde el código de faltas legalmente establecido, y, en fin, la imposición de la sanción. Es un procedimiento típicamente judicial, bien que realizado por las autoridades profesionales en vez de por los jueces. La llamada deontología tiene, por ello, un carácter jurisprudencial (...) se ha reducido tradicionalmente a eso, a un procedimiento jurídico o parajurídico» (GRACIA, 1991, pág. 22).

Pues bien, no es a esto a lo que deseo referirme con mi propuesta de «juridificar la bioética», sino a algo bastante distinto como en seguida tra-

taré de mostrar. Antes, sin embargo, me parece importante introducir algunas aclaraciones sobre cómo pueden plantearse las relaciones entre el Derecho y la bioética, y sobre en qué consiste la aplicación de las normas jurídicas que llevan a cabo los jueces y tribunales.

Aunque pueda considerarse que el Derecho configura un mínimo ético, esto no quiere decir —o no quiere decir sólo que la moral empieza donde el Derecho termina. Sin duda, esta última afirmación contiene una idea ampliamente aceptada en nuestras sociedades —aunque bastante menos clara de lo que parece a primera vista—: la de que el Derecho —o, al menos, el Derecho penal— debe abstenerse de regular — de prohibir— conductas que sólo tienen que ver con las opiniones morales de los individuos; dicho de otra forma, que el Derecho debe permanecer neutral frente al pluralismo moral: no debe tratar de imponer un determinado código moral frente a los demás; o, como escribió John STUART MILL en un célebre texto: «el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección.(...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás»⁸.

Ahora bien, no hay ninguna contradicción en aceptar lo anterior y entender, al mismo tiempo, que, en un importante sentido, el Derecho empieza donde termina la moral; esto es, que sin una regulación detallada — legalista— unas instancias encargadas de aplicar las anteriores normas a los casos concretos —los jueces— y el respaldo de la fuerza física para asegurar el cumplimiento de esas decisiones —la coacción estatal—, la moral —cualquier moral: incluida, naturalmente, la que defiende la anterior idea del «mínimo ético»— serviría de muy poco. El Derecho es —o debe ser— una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética. Vistas así las cosas, la idea de «juridificar la bioética» no parece fácilmente discutible. Como ha escrito Ramón MARTÍN MATEO:

«Es, pues, necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles sin más de las vagas for-

⁸ John STUART MILL, *Sobre la libertad* (trad. de Pablo de Azcárate, prólogo de Isiah Berlin), Alianza, Madrid, 1970, pág. 65.

mulaciones de la bioética, lo que no puede quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores.

Sólo la ley puede decirnos cuándo y en qué condiciones puede practicarse un aborto o realizarse un trasplante de órganos. La fecundación artificial —y sus consecuencias jurídicas: filiación y herencia— es también de la incumbencia del legislador. El internamiento psiquiátrico imperativo, la vacunación obligatoria, las condiciones de experimentación con humanos, la aceptación general de lo que se considera muerte biológica, son, entre otros, exponentes de campos para los que es inexcusable el pronunciamiento de la ley. Lo mismo puede decirse de los derechos sociales. De nada vale proclamar enfáticamente el derecho a la salud de todos los ciudadanos, si no se adopta un estatuto que haga efectivo el acceso a los servicios públicos sanitarios.»⁹

Mi propuesta de juridificar la ética se refiere, sin embargo, a otro aspecto de la cuestión. No tiene que ver propiamente con lo que cabría llamar la conexión «material» entre el Derecho y la bioética, sino más bien con una conexión de tipo «metodológico». Lo que deseo sostener es que hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste justamente en «ponderar» principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una cierta metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación a los casos concretos de los principios de la bioética.

Me hago cargo de que, en este punto, cualquier lector atento podría objetarme que lo que acabo de decir no es diferente de lo propuesto por JONSEN y TOULMIN, ni contradice tampoco la alternativa de Diego GRACIA. Y, en efecto, es bastante fácil —casi diría, obvio— traducir ambas

⁹ Ramón MARTÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 75. No estoy, sin embargo, de acuerdo con la forma como el autor entiende, en otro aspecto, las relaciones entre el Derecho y la moral, que encierra un positivismo ideológico —por más que se base en la Constitución— y que —me temo— constituye una opinión común entre los juristas españoles. «Si las decisiones que la Constitución incorpora —escribe MARTÍN MATEO— han sido adoptadas democráticamente, si hay un dispositivo para la producción legislativa reconocible que da lugar a la adopción de leyes de general o al menos mayoritaria aceptación, no cabe expresar juicios morales al respecto. Las Constituciones no son buenas ni malas éticamente; a lo más, pueden ser acertadas o erróneas en cuanto al discernimiento por los constituyentes de las convicciones comunitarias» (pág. 164).

concepciones a términos de teoría del Derecho. Lo que JONSEN y TOULMIN vendrían a sostener es algo parecido al realismo americano y, más exactamente, a la tónica jurídica de VIEHWEG. La aplicación del Derecho —al menos en los casos difíciles— no obedece en absoluto, según este último, al modelo de la subsunción, sino al método —mejor, al «estilo» de la tónica: se trata de una técnica del pensamiento problemático —VIEHWEG se remonta también, como JONSEN y TOULMIN, a ARISTÓTELES—, en que el acento recae no sobre las conclusiones, sino sobre las premisas; éstas —las premisas son precisamente tópicos o lugares comunes, esto es, no proposiciones necesariamente verdaderas, sino simplemente opinables o verosímiles¹⁰.

Por lo que se refiere a Diego GRACIA, su *pendant* en la teoría del Derecho vendría a ser la concepción de los principios de DWORKIN¹¹. Como es sabido, una de las ideas centrales de DWORKIN es que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios, y que éstos son, a su vez, de dos clases: unos son —o se expresan en— enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc. (directrices o *policies*), mientras que otros establecen exigencias de justicia, equidad y moral positivos (son los principios en sentido estricto); los primeros vienen a constituir razones de tipo estratégico o utilitarista y están subordinados a los segundos que expresan razones de corrección; tan solo los principios en sentido estricto —pero no así las directrices o *policies*— contienen derechos individuales¹².

¹⁰ He estudiado con cierto detalle la concepción de la argumentación jurídica de VIEHWEG (y de TOULMIN) en mi libro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. La manera como describen JONSEN y TOULMIN el funcionamiento del razonamiento por analogía es enteramente coincidente con el de un realista americano, E. H. LEVI (*Introducción al razonamiento jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1964).

¹¹ Al sostener su tesis de la jerarquización de los principios, GRACIA se refiere expresamente a la teoría de la justicia de RAWLS (en particular, al orden «lexicográfico» que este último establece entre los dos principios de la justicia) (pág. 127) que, sin duda, está también en la base de la concepción de DWORKIN. Por otro lado, este último no es un autor que le resulte en absoluto desconocido a GRACIA, como puede comprobarse leyendo su obra ya mencionada, *Fundamentos de bioética*. Aquí, y en *Procedimientos de decisión en ética clínica*, viene a asumir como principio básico de la ética la formulación dworkiniana de tratar a todos los individuos con «igual consideración y respeto».

¹² He elaborado, junto con Juan RUIZ MANERO, una concepción de los principios ju-

Pues bien, lo anterior me permite precisar en qué consiste mi discrepancia con JONSEN y TOULMIN, por un lado, y con GRACIA, por el otro. Con respecto a los primeros, mi tesis es que, en la aplicación del Derecho —incluso cuando lo que hay que aplicar son esencialmente principios—, hay algo más que simples tópicos o máximas carentes de alguna ordenación interna. Y, con respecto al último, mi posición vendría a consistir, por un lado, en negar que la anterior distinción dworkiniana pueda aplicarse a los principios de la bioética (pues ninguno de ellos podría interpretarse como si fueran simples directrices o *policies*) y, por otro lado, en sostener que, a pesar de ello, aunque los principios (morales) no sean jerarquizables de la manera como él propone, eso no quiere decir que no pueda —mejor, no deba— establecerse algún tipo de ordenación en el proceso de su aplicación; lo que ocurre es que esa ordenación no tiene lugar propiamente en el nivel de los *principios*, sino en el de las *reglas*. Mostraré ahora, antes de volver a los principios de la bioética, de qué manera se produce ésto, es decir, cómo opera la racionalidad jurídica ante conflictos que envuelven principios —principios en sentido estricto— y que plantean exigencias incompatibles entre sí.

5. EL MÉTODO JURÍDICO

La contraposición entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro, constituye un buen ejemplo de este último tipo de conflictos. En relación con el Derecho español, la Constitución reconoce y protege, en el art. 20.1, los derechos «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones...» (apdo. a) y «a comunicar o recibir libremente información veraz...» (apdo. d)); pero el mismo artículo añade que estas últimas libertades tienen su límite «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...» (art. 20.4), que la propia Constitución había ya «garantizado» previamente en el art. 18.1. Naturalmente, además de estas normas constitucionales, existen otras, redactadas en términos menos generales, que, de alguna forma, vienen a resolver en un de-

rídicos parcialmente coincidente con la de Dworkin, en *Sobre principios y reglas*, en «Doxa», n. 10 (1991).

terminado sentido los posibles conflictos entre esa serie de exigencias. Así, por ejemplo, el código penal castiga la injuria, la calumnia y el desacato, y una ley civil (la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) establece en qué supuestos se tiene la obligación de publicar una rectificación, de pagar una indemnización por haber vulnerado la intimidad o el honor de una persona, etc.. Pero las leyes no pueden evitar que se planteen casos, casos difíciles, que los tribunales no pueden resolver aplicando simplemente alguna regla específica previamente establecida, sino efectuando una ponderación entre principios. Mostraré algunos ejemplos de ello, referidos al problema que estamos tratando, y señalaré también, de manera muy sintética, cómo justificó el tribunal constitucional español esas decisiones.

Uno de estos casos, el caso PAQUIRRI (sentencia 231/1988 de 2 de noviembre), se planteó porque una determinada empresa había comercializado, sin la autorización de los familiares, una cinta de video que reproducía la cogida del torero y su posterior tratamiento médico, y fallecimiento, en la enfermería de la plaza de Pozoblanco. Después de diversas vicisitudes judiciales, la viuda del torero planteó un recurso de amparo ante el tribunal constitucional, alegando que se había vulnerado el derecho a la imagen y a la intimidad. El tribunal entendió que el derecho a la imagen no podía ser objeto de protección en amparo (lo que no excluía otro tipo de protección jurídica), debido al carácter personalísimo de ese derecho (en cuanto derecho fundamental, no en cuanto derecho de contenido patrimonial) que habría dejado de existir con la muerte del torero. Sin embargo, el titular del derecho a la intimidad no lo sería solamente el fallecido, sino también su familia. El tribunal entendió que las imágenes reproducidas constituían, en efecto, una intromisión ilegítima en ese ámbito de intimidad, básicamente por estas tres razones: 1) de las imágenes podía inferirse con seguridad que «dentro de las pautas de nuestra cultura (...) inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido»; 2) las imágenes en cuestión no forman parte del espectáculo taurino, esto es, no existe un «uso social» que justifique esa utilización; 3) el que las imágenes hubieran sido ya emitidas por la televisión en programas informativos no elimina su carácter íntimo.

En el caso FRIEDMAN (sentencia 214/1991, de 11 de noviembre), el tribunal constitucional tuvo que enfrentarse con una petición de amparo, por parte de la señora Violeta FRIEDMAN, basada en que las declaraciones realizadas en la revista «Tiempo» por Leon DEGRELLE (un ex jefe de las

SS), en las que negaba el holocausto judío, anhelaba la llegada de un nuevo Führer, consideraba a MENGELE como un «médico normal», etc., significaban un atentado contra su derecho al honor, ya que toda su familia había muerto gaseada, por orden del doctor MENGELE, en el campo de exterminio de Auschwitz. El tribunal comienza recordando los dos criterios que caracterizan su jurisprudencia hasta el momento. Uno se basa en la distinción entre la *libertad de expresión* en sentido estricto (referida a la emisión de juicios y opiniones) y la *libertad de información* (referida a la manifestación de hechos): la libertad de expresión tiene un mayor ámbito que la de información, pues el requisito de la veracidad solo opera en relación con hechos, no con juicios de valor. El segundo criterio es que el derecho al honor tiene un carácter personalista, de manera que su protección es más intensa cuando se trata del honor de las *personas físicas* y más débil si afecta a personas jurídicas o a colectivos de personas. La utilización de esos dos criterios llevaría, en este caso, a denegar el amparo, ya que el tribunal reconoce que las manifestaciones de Degrelle se inscribían en el ámbito de la libertad de expresión y no se referían a ninguna persona determinada, sino a un grupo, el pueblo judío. Sin embargo, concedió el amparo porque, a los anteriores criterios, añadió uno nuevo, según el cual la libertad de expresión no comprende «el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo».

El periodista José María GARCÍA fue condenado por la Audiencia Provincial de Zaragoza (previamente había sido absuelto por un Juzgado de Instrucción) por un delito de desacato (se comete al «insultar a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas») contra José Luis ROCA, a la sazón presidente de la Asociación española de fútbol y diputado de las Cortes de Aragón. GARCÍA había difundido una información según la cual ROCA había cobrado determinadas dietas por supuestos desplazamientos a Zaragoza que, sin embargo, no se habían producido. El tribunal constitucional (en sentencia 105/1990, de 6 de junio) recuerda (remitiéndose, de nuevo, a su propia jurisprudencia) que el derecho de información goza de una máxima protección cuando la información se refiere a una personalidad pública, se vincula con la formación de una «opinión pública libre» y quien la difunde es un profesional de la información y en el ejercicio de su profesión. En el caso se daban todos estos requisitos, además del de veracidad (entendido como información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa), pero el tribunal constitucional no amparó a García, porque éste había emitido «apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor in-

formativa o de formación de la opinión» y «la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto».

En la sentencia 20/1992, de 14 de febrero, el tribunal constitucional resolvió un recurso en que se planteaba un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad. Lo que había motivado el caso fue la publicación, en el diario «Baleares» de Palma de Mallorca, de un suelto sin firma (en febrero de 1986) que decía lo siguiente: «El cuarto caso que se produce en Mallorca del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, lo padece un arquitecto palmesano, quien convivía desde hace algún tiempo con otro compañero de profesión, catalán. Al parecer, el enfermo es L.V., de treinta y nueve años de edad...». El tribunal constitucional desestimó el recurso de amparo (que habían planteado la empresa editora y el director del diario, los cuales habían sido condenados previamente a pagar una determinada indemnización a las dos personas aludidas en el suelto), basándose en estas dos razones: 1) «tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión»; 2) el derecho a la intimidad sólo puede ceder frente al derecho a la información «si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que puede suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena».

Finalmente, el último caso que traeré a colación es el de «El cura de Hío». El diario «El País» publicó, en agosto de 1984, un artículo con estos titulares: «Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos». «Garrote en mano, el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado». Unos días después, el mismo diario publicó otro artículo que recogía las declaraciones del párroco de Hío, desmintiendo su presencia en aquella algarada, y la confirmación de esa versión de los hechos por parte de los vecinos que explicaron que «el equívoco surgió (...) porque los campistas, en los momentos de tensión, confundieron a uno de los vecinos con el párroco». A pesar de la rectificación, el cura de Hío promovió, con éxito, demanda de protección del derecho al honor contra el director del periódico, la autora del artículo y la empresa editora. El tribunal constitucional falló a favor de estos últimos el recurso de amparo que habían interpuesto, y lo fundamentó así. El derecho a la libertad de información goza, con respecto al derecho al honor, de una «posición prevalente, que no jerárquica», pero siempre y cuando la información transmitida sea «veraz» y esté referida a asuntos de «relevancia pública». El tribunal entendió que la información, aunque hubiese resultado falsa, sin embargo era veraz, porque el alcance del error no afecta

ba esencialmente al contenido de la información (al parecer, quien había participado en los acontecimientos había sido el párroco de Viñó, no el de Hío) y porque el periodista había procedido con la diligencia exigible (había contrastado la noticia; el error había tenido carácter involuntario; y había sido prontamente corregido). Además, se trataba también de una información con relevancia pública, tanto por los hechos objeto de la información como por la condición de la persona involucrada en la noticia. Finalmente, a pesar del tono sarcástico adoptado por la periodista, lo allí expresado no podía considerarse como «afirmaciones absolutamente gratuitas o innecesarias» o hubiesen sido dictadas no con una intención informativa, sino «con una finalidad meramente vejatoria o de menosprecio».

Pues bien, me parece que este conjunto de decisiones, con sus fundamentaciones, constituye un buen ejemplo de cómo puede operar la racionalidad práctica —la *frónesis* aristotélica— sin necesidad de partir de una previa jerarquización —una ordenación lexicográfica como la que propone GRACIA siguiendo a RAWLS— entre los principios, pero sin limitarse tampoco al establecimiento de un mero catálogo de máximas o tópicos; lo que construye el tribunal —como en seguida veremos— son verdaderas reglas aunque, naturalmente, no pueda pretenderse que ellas estén en condiciones de resolver de forma indubitada todos los casos futuros; pero una regla abierta —que se aplica, o no se aplica, con claridad a ciertos casos y deja a otros en la penumbra— sigue siendo una regla. El «método» utilizado por el tribunal constitucional podría caracterizarse mediante estos dos pasos.

El primero consiste en la construcción de una taxonomía que permita ubicar cada caso dentro de una determinada categoría, lo que constituye el primer esfuerzo argumentativo del tribunal. A partir de los supuestos que hemos examinado (y que, naturalmente, constituyen sólo una pequeña porción de los resueltos por el tribunal en esta materia), es fácil concluir que existen, básicamente, tres tipos de conflicto, según que la contraposición tenga lugar: a) entre la libertad de información y el derecho al honor; b) entre la libertad de información y el derecho a la intimidad; y c) entre la libertad de expresión y el derecho al honor. El siguiente cuadro permitirá verlo de manera gráfica:

<i>Libertad</i>	<i>Honor</i>	<i>Intimidad</i>	<i>Propia imagen</i>
de información	«El cura de Hío» «García» (a)	«Sida» (b)	«Paquirri»
de expresión	«Friedman»	—	—

A partir de aquí, el segundo paso consiste en la elaboración de una serie de «reglas de prioridad» que —insisto— no suponen una ordenación lexicográfica, esto es, una jerarquización de los principios del tipo de «el principio P1 prevalece siempre frente al principio P2». Sin pretensiones de exhaustividad, sino como mera ilustración de lo que quiero decir, esas reglas podrían expresarse así:

a) «Cuando existe una contraposición entre libertad de información y el derecho al honor:

1. Hay una presunción *prima facie* en favor de la libertad de información.

2. Sin embargo, el derecho al honor puede prevalecer si:

2.1. La información carece de relevancia pública

—Una información tiene relevancia pública si:

1) afecta a una personalidad pública, o

2) a alguien que, sin serlo, desempeña un cargo o profesión de interés público.

—Una información no tiene nunca relevancia pública si:

1) contiene extremos que afectan al honor de las personas, y

2) son necesarios, o

2.2. Es inveraz.

—Una información es veraz si:

1) es verdadera, o

2) es falsa, pero se ha procedido con la diligencia debida».

b) «Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho a la intimidad:

1. Hay una presunción *prima facie* en favor del derecho a la intimidad.

2. Sin embargo, la libertad de información puede prevalecer si:

2.1. La información tiene relevancia pública.

(Sobre lo que hay que entender por «relevancia pública» vale en principio lo señalado en la regla anterior, pero se añade un nuevo criterio):

— Un hecho no es público sencillamente porque suscite curiosidad ajena, Y

2.2. No contradice los usos sociales.»

c) «Cuando existe una contraposición entre la libertad de expresión y el derecho al honor:

1. Hay una presunción *prima facie* en favor de la libertad de expresión.

2. Sin embargo, el derecho al honor puede prevalecer si:

2.1. Lo expresado afecta a personas determinadas o determinables, O

2.2. Se trata de manifestaciones de carácter racista o xenófobo.»

Sin duda, lo anterior constituye un conjunto de soluciones —de reglas— fragmentarias, incompletas y abiertas: muchos de los conceptos a los que se alude necesitan aún ser desarrollados en sentidos imposibles de prever por el momento; cabe suponer que aparecerán, cuando surjan circunstancias que aún no se han presentado, nuevas distinciones relevantes; algunos de los criterios establecidos son sencillamente discutibles y quizás sean abandonados o modificados con el transcurso del tiempo, etc. Pero esto, naturalmente, no priva al procedimiento, y a sus resultados, de racionalidad. Por un lado, no estamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecen a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional. Por otro lado, en la medida en que no suponen simplemente soluciones para un caso, sino que pretenden servir como pautas para el futuro, constituyen también un mecanismo imperfecto— de previsión. Finalmente, al tratarse de decisiones fundamentadas, esto es, de decisiones en favor de las cuales se aducen razones que pretenden ser las intersubjetivamente válidas (al menos, para quien acepte los anteriores requisitos de coherencia, universalidad, aceptabilidad de las consecuencias y respeto de la Constitución), las mismas pueden también ser (racionalmente) criticadas y, llegado el caso, modificadas.

6. LA «JURIDIFICACIÓN» DE LA BIOÉTICA

6.1 De nuevo sobre los principios de la bioética

Y ahora ha llegado el momento de retomar los principios de la bioética. Anteriormente, al referirme a los comités *éticos* de investigación clínica, señalé que las razones éticas son las razones últimas del discurso práctico, en el sentido de que prevalecen siempre —por definición— frente a cualquier otra razón de tipo instrumental, estratégico, etc. Naturalmente, este carácter último no es ninguna garantía de infalibilidad: también las decisiones de los tribunales de última instancia tienen carácter último, pero eso no quiere decir que no puedan estar (jurídicamente) equivocadas. Además, la ética tiene la característica de ser única, en el sentido de que son los mismos principios éticos los que rigen en cualquier ámbito de lo humano. Esto excluye que exista, por ejemplo, una ética peculiar de la esfera de la política y contrapuesta a la que ordena la

vida privada¹³. En relación con la medicina —o con la biología— ocurre lo mismo: los principios éticos que aquí rigen no pueden ser otros que los principios generales de la ética, que adquieren una especial modulación —como ocurre en el caso de la política— de acuerdo con ciertas características típicas de esas esferas de actividad. Por ejemplo, la existencia de relaciones de asimetría entre el médico y el enfermo, el hecho de que lo que esté en juego sea un bien tan primario como la salud o las peculiaridades de la profesión médica lleva a que, en el ámbito de la medicina, adquieran especial intensidad problemas éticos como el paternalismo, el estado de necesidad o los deberes especiales y, por tanto, que ciertos principios éticos pasen a un primer plano de importancia.

Si se examinan con cuidado los llamados «principios de la bioética», me parece que puede llegarse a la conclusión de que los mismos pretenden ofrecer respuesta, básicamente, a estos cuatro problemas generales: 1) ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; 2) ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; 3) ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?; y 4) ¿Qué se debe decir y a quién? Ahora bien, si esos problemas se interpretan de la forma más abstracta posible, entonces no podrán ser otra cosa que los problemas generales de la ética, esto es, diversos aspectos de la cuestión generalísima: qué debo (o qué se debe) hacer. Y la respuesta —según lo dicho— tendría que coincidir con los principios de la ética *tout court*, lo que no me parece difícil de mostrar. Basta simplemente con recordar las cuatro formulaciones que KANT atribuía al imperativo categórico, para que surjan los cuatro principios clásicos de autonomía, dignidad, universalidad y publicidad, como otras tantas respuestas a aquellos problemas. Naturalmente, estos principios pueden aceptarse sin necesidad de hacer profesión de kantismo. En particular, yo no creo que sea asumible el absolutismo moral kantiano y considero equivocada la respuesta que el propio KANT dio a problemas estrechamente conectados con los actuales de la bioética, como el del suicidio¹⁴. La fundamentación de esos principios tiene, sin duda,

¹³ Sobre este problema, me parecen esclarecedores dos artículos de Ernesto GARZÓN VALDÉS, «Moral y política» y «Acercas de la tesis de la separación entre moral y política», publicados en *Derecho, moral y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

¹⁴ En sus Lecciones de ética (introducción y notas de R. RODRÍGUEZ ARAMAGO; traducción de R. RODRÍGUEZ ARAMAGO y C. ROLDÁN PANADERO, Barcelona, 1988), KANT

una importancia decisiva desde el punto de vista teórico y práctico, pero no es asunto en el que quepa entrar aquí. Asumiré, sin más, que los mismos están ligados a ciertos rasgos profundos que caracterizan a las personas, esto es, que reconocemos a otro como persona o somos reconocidos como tales por los demás si: 1) nadie puede decidir por nosotros, si podemos hacerlo; 2) no se nos instrumentaliza, esto es, se nos respeta; 3) no se nos trata peor que a los demás; y 4) podemos conocer para decidir. La formulación de los principios podría ser, pues, como sigue:

Principio de autonomía: Cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta (aquí, en particular, sobre su vida y salud).

Principio de dignidad: Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio.

Principio de universalidad (o de igualdad): Quienes están en las mismas condiciones deben ser tratados de manera igual.

Principio de información: Todos los individuos tienen derecho a saber lo que les afecta (aquí: lo que afecta a su salud).

Estos cuatro principios —y así formulados— es probablemente todo lo que necesitamos para resolver lo que podemos llamar —recurriendo a terminología jurídica— casos fáciles. Así, aceptamos sin más que es el paciente, y no el médico, quien tiene que decidir si se lleva a cabo o no una intervención que comporta determinados riesgos; rechazamos que a una persona pueda usársele como simple conejillo de Indias (lo que, por cierto, no implica asumir que con los conejos —sean o no de Indias— quepa hacer cualquier cosa); aceptamos también que nadie puede estar excluido de los servicios de salud; y exigimos que cualquier persona que vaya a participar en un ensayo clínico sea debidamente informada al respecto.

Pero hay también otros casos, los casos difíciles, en los que esos principios parecen resultar insuficientes. Por ejemplo, ¿qué hacer cuando la persona afectada no puede tomar decisiones sobre su vida o sobre su sa-

llega a escribir que «el suicidio no es lícito bajo ningún respecto, ya que representa la destrucción de la humanidad y coloca a ésta por debajo de la animalidad» (pág. 192). Sin embargo, no me parece difícil interpretar el imperativo categórico de KANT en forma que sea (en determinadas circunstancias) compatible con la licitud moral del suicidio.

lud por su corta edad, por padecer ciertas insuficiencias de tipo psíquico o porque está en estado de inconsciencia? ¿Y no es el trasplante de órganos un caso en que parece usarse a un ser humano como un medio? La realización prácticamente de cualquier ensayo clínico ¿no presupone que, de alguna forma, unos enfermos —los que integran el grupo de control— van a recibir un *mejor trato* que el grupo experimental y que el resto de los enfermos que no participan en el ensayo?¹⁵ Y si todos tenemos derecho a conocer lo que afecta a nuestra salud, ¿significa esto que el médico tiene *siempre* la obligación de decirnos *todo*?

Si bien se mira, las insuficiencias de los anteriores principios para contestar a estas cuestiones no derivan de que consideremos que hay casos en que no se pueden respetar esos principios. Esto es, no parece que para hacer frente a esas dificultades tengamos que aceptar que hay ocasiones en que puede ser lícito conculcar la autonomía, la dignidad, etc.; si así fuera, los principios morales tendrían verdaderamente un escaso valor. Lo que ocurre es, más bien, que esos principios establecen lo que puede o debe hacerse, pero dadas ciertas condiciones que, sin embargo, no podemos precisar de antemano. Por ejemplo, el principio de autonomía lo entendemos en el sentido de que un individuo puede decidir sobre aquello que le afecta, pero siempre y cuando esté en condiciones de hacerlo. Si no se dieran esas condiciones, entonces estamos dispuestos a aceptar que otro pueda —o deba— tomar por él esa decisión, precisamente para asegurar su dignidad, que no sea tratado peor que otro, etc. En estos casos —los supuestos de paternalismo justificado no tendría sentido decir que estamos conculcando la autonomía de una persona, sino más bien que hemos descubierto un nuevo principio moral, al haber aplicado las exigencias anteriores (de autonomía, dignidad, etc.) a un conjunto de circunstancias típicas que antes no habíamos considerado. Si hicieramos lo mismo en relación con los otros tres principios de dignidad, universalidad e información, descubriríamos otros tantos principios a los que propongo llamar, respectivamente, principio del utilitarismo restringido, de la diferencia y

¹⁵ Esto último, debido al llamado «efecto Hawthorne», que consiste en la tendencia, inconsciente o no, a ofrecer mejores cuidados médicos a los pacientes inmersos en un estudio (los cuales, a su vez, muestran una mayor disposición a cumplir las prescripciones de los médicos).

del secreto. Estos últimos podrían considerarse principios secundarios (los otros serían primarios), pues derivan de los anteriores, en el sentido de que su fundamento son las ideas de autonomía, dignidad, igualdad e información; parece también por ello plausible establecer en el discurso práctico —por ejemplo, en su utilización en un comité de ética— una cierta prioridad en favor de los primeros, que podría adoptar la forma de una regla de carga de la argumentación: quien pretenda utilizar, para la resolución de un caso, uno de estos últimos principios (por ejemplo, el de paternalismo frente al de autonomía, etc.) asume la carga de la prueba, en el sentido de que es él quien tiene que probar que, efectivamente, se dan las circunstancias de aplicación de ese principio. De acuerdo con lo que, me parece, constituirían esos conjuntos de circunstancias, la formulación de los nuevos principios podría ser ésta:

Principio de paternalismo: Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si:

- este último está en una situación de incompetencia básica, y
- la medida supone un beneficio objetivo para él, y
- se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.

Principio de utilitarismo restringido: Es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que le supone un daño), si con ella:

- se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros, y
- se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y
- se trata de una medida no degradante.

Principio de la diferencia: Es lícito tratar a una persona de manera distinta que a otra si:

- la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable, y
- produce un beneficio apreciable en otra u otras, y
- se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.

Principio del secreto: Es lícito ocultar a una persona informaciones que afectan a su salud, si con ello:

- se respeta su personalidad, o
- se hace posible una investigación a la que ha prestado consentimiento.

6.2. De los principios a las reglas

Ahora bien, esta serie de principios (y suponiendo que se aceptaran las formulaciones que acabo de proponer) no permiten, naturalmente, resolver, sin más ayuda, la diversidad de casos difíciles que pueden surgir en la bioética. Por un lado, porque es razonable pensar que existen —o que pueden llegar a existir— otros conjuntos de circunstancias que lleven a la formulación de nuevos principios. Por otro lado, porque, aun cuando nos circunscribamos a los anteriores, ellos necesitan ser precisados —concretados— en forma de reglas. Por ejemplo, de acuerdo con lo anterior, cabría concluir que no se puede rechazar *ab initio* la posibilidad de un ensayo que no suponga un beneficio —o incluso que pueda suponer un daño para los enfermos que participan en el mismo, pero eso no es todavía suficiente para autorizar, o no autorizar, un determinado ensayo clínico de esas características; en este sentido, puede decirse que los principios son inconcluyentes: por sí mismos no permiten resolver definitivamente un caso. Además de principios, necesitamos reglas que precisen, por ejemplo, hasta dónde ha de llegar el riesgo para una persona y el beneficio para otra, qué cabe entender por medidas «no degradantes» etc. Pero eso nos lleva a la conclusión (véase, en el cuadro que sigue, una presentación conjunta de todo lo anterior) de que el problema fundamental de la bioética es el de pasar del nivel de los principios al de las reglas; o, dicho de otra manera, construir, a partir de los anteriores principios —que, con alguna que otra variación, gozan de un amplio consenso— un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso. La bioética tendría que proporcionarnos, por así decirlo, la satisfacción de comprobar que nuestros problemas prácticos pueden ser resueltos (al menos, en un buen número de casos) sin dejar de ser fieles a nuestros principios.

6.3 La vía legislativa y la judicial ¿Por qué no un Comité Nacional de Bioética?

Si ahora volvemos la mirada hacia el Derecho (que, al fin y al cabo, no pretende otra cosa que hacer posible la solución de problemas prácticos desarrollando —o, al menos, sin conculcar— los principios de la moral), convendremos seguramente en que hay dos vías, no necesariamente alternativas, para llevar a cabo esta operación, esto es, el paso de los principios a las reglas: la vía legislativa y la judicial.

PROBLEMAS GENERALES DE LA BIOÉTICA	PRINCIPIOS PRIMARIOS	JUSTIFICACIÓN (Rasgos profundos que caracterizan a las personas)	PRINCIPIOS SECUNDARIOS (Se aplican si se dan las siguientes circunstancias)	CASOS CONTROVERTIDOS (Ejemplos)	REGLAS (Ejemplos)
¿Quién debe decidir?	AUTONOMÍA: cada individuo tiene derecho a decidir sobre su vida y salud.	Autonomía	PATERNALISMO: –Beneficio objetivo –Incompetente básico –Consentimiento	–Investigación con niños, personas inconscientes... –Límites de la libertad clínica. –Eutanasia –Testigos de Jehová	Un padre no puede impedir que a un niño se le transfunda en caso de necesidad
¿Qué daño y qué beneficio se puede (debe) causar?	DIGNIDAD: Un ser humano no puede ser tratado como un medio para otros.	Dignidad	UTILITARISMO restringido –Beneficio social apreciable. –Consentimiento. –Medida no degradante.	–Investigación que no mejora directamente la salud. –Realización de trasplantes.	Es lícito trasplantar un órgano de un fallecido sin contar con el consentimiento de los familiares.
¿Cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?	UNIVERSALIDAD: (Igualdad). Quienes están en las mismas condiciones deben ser tratados igual.	Igualdad	DIFERENCIA –Circunstancia universalizable. –Mayor beneficio apreciable. –Consentimiento.	–Listas de trasplantes. –Investigación con placebo. –Trato a sidosos. –Aleatoriedad para el grupo de control.	Es lícito preferir para un trasplante (a igualdad de condiciones) al enfermo al que pueda pronosticarsele mayor cantidad y calidad de vida.
¿Qué se debe decir y a quién?	INFORMACIÓN: Todos los individuos tienen derecho a saber lo que afecta a su salud.	Información	SECRETO: –Respeto de la personalidad. –Hacer posible la investigación.	–Publicidad de los protocolos. –Información que causa dolor innecesario. –Ensayos con técnica de ciego o doble ciego.	El enfermo que participa en un ensayo debe ser informado, en su caso, de que puede integrar (aleatoriamente) el grupo de control.

La primera tiene indudables ventajas (que se incrementan cuando los órganos que establecen las reglas poseen una legitimidad indiscutida —por ejemplo, por su origen democrático— que podría faltar en los «jueces»), pero también algunos inconvenientes. En particular, no parece que éste sea el procedimiento —o el único procedimiento— a seguir cuando las reglas tienen que referirse a circunstancias altamente imprevisibles —como ocurre cuando dependen de cambios científicos o técnicos— o que envuelven juicios de valor, opiniones morales, etc. que están lejos de suscitar un consenso por parte de los «legisladores». El riesgo en estos casos es que las normas producidas no alcancen el nivel de concreción deseable y/o resulten excesivamente rígidas. Me parece que el desarrollo de la bioética ofrece algunos ejemplos de este vano empeño por seguir única o preferentemente una vía «legislativa». Así, en materia de trasplantes, se establece la obligación de contar siempre con la autorización de los familiares del fallecido al que se va a extraer el órgano¹⁶ y se prohíbe que el donante pueda recibir una contraprestación económica¹⁷. Sin embargo, estas exigencias no tienen —como se pretende— carácter ético, sino que, a lo sumo, se basan en criterios de oportunidad que son contingentes; es decir, es posible que, dado el estado de opinión existente al respecto, sea mejor proceder de acuerdo con estas dos exigencias, pero yo no veo que exista ningún obstáculo de tipo ético para aprovechar órganos de un cadáver, que no es ya una persona humana, en beneficio de alguien que sí lo es; o para asignar una cierta cantidad económica a los donantes de órganos —o a sus familiares—, aunque sí habría que excluir —por obvias razones de igualdad— que los trasplantes sigan la ley de la oferta y de la demanda¹⁸. Y algo parecido ocurre con la prohibición de efectuar ensa-

¹⁶ Esta es, cabría decir, una norma «legislada» por las autoridades médicas, pues la ley de trasplantes de órganos (Ley 30/1979 de 27 de octubre, desarrollada por Decreto 426/1980 de 22 de febrero) parte del principio de que basta con que el fallecido no haya mostrado su voluntad en contra para que se pueda usar sus órganos.

¹⁷ Véase el «Documento de consenso» (emitido por la Comisión permanente sobre trasplante de órganos y tejidos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), en «Revista Española de Trasplantes», vol. 2 Extraordinario.

¹⁸ Pero esto no se sigue de lo anterior. Es decir, cabe establecer un sistema de remuneración que, sin embargo, no lo fije el mercado, sino, por ejemplo, las autoridades públicas del servicio de salud. Es curioso que, en materia de trasplantes, todo el mundo parece

yo con niños, con enfermos mentales o con embarazadas que no necesariamente —cuando se entiende como una prohibición absoluta— redundan en beneficio de esas categorías de personas. Se diría que, en todos casos, el afán comprensible por evitar abusos lleva a situar la línea de lo éticamente prohibido más allá de dónde sería razonable trazarla.

La segunda vía, la «vía judicial», es la que, me parece, debería recorrer la bioética con mayor frecuencia y decisión de lo que lo hace. Con ello —insisto— no quiero decir que los jueces profesionales —o, en general, los juristas— hayan de tener en este campo un mayor peso del que ahora tienen. Por el contrario, creo que el protagonismo deberían asumirlo, cada vez más, los Comités de Ética a los que, en su momento, me referí. Pero estos órganos podrían utilizar el método judicial de ponderación de los principios, que antes he procurado ilustrar, como un modelo plausible de racionalidad práctica. Me parece que, con lo que llevo dicho, queda claro que los miembros de esos comités están, en efecto, en una situación análoga a la de los jueces que tienen que resolver casos jurídicos basándose esencialmente en principios. Esa analogía puede, sin embargo, desarrollarse todavía un poco más allá, en estas dos dimensiones.

La primera lleva a proponer la creación de un Comité de ámbito nacional que operase como una especie de tribunal de segunda instancia con respecto a cada uno de los Comités de Hospital. No quiero decir con ello que ese Comité debiera tener el poder de revocar las decisiones de los otros, pues esto no sería ni deseable ni factible. De lo que se trataría es de que existiera la oportunidad de volver a discutir los casos verdaderamente conflictivos (deberían ser los propios Comités de ética de Hospital los que decidieran cuáles son esos casos), de manera que se pudiera ir produciendo una especie de «jurisprudencia» que permitiera que los principios de la bioética se fueran desarrollando —es decir, fueran concretándose en reglas— de una forma más homogénea y coherente de lo que ocurriría en otro caso. Por supuesto, tales decisiones —o, mejor, los criterios o las reglas en que las mismas se basaran— no tendrían carácter vinculante para los comités de hospital (de cara a los casos futuros). Su función sería sim-

haber asumido que, por parte del donante, no rigen los principios de la ética ordinaria, sino el «principio de generosidad», según el cual una donación debe ser siempre un acto supererogatorio.

plemente —pero esto me parece que es muy importante— de carácter orientativo: los criterios serían seguidos en la medida en que resultaran convincentes. La otra dimensión —estrechamente ligada a la anterior— tiene que ver con la exigencia de que las decisiones de ese «Comité Nacional de Bioética» (que podría constar de diversas secciones: ensayos clínicos, cuestiones asistenciales, etc.) deban ser motivadas (tanto las de la mayoría como las de los disidentes) y deban, desde luego, publicarse. Sólo así podría asegurarse un alto grado de coherencia y que la modificación de los criterios (la conversión de las opiniones minoritarias en mayoritarias) obedeciese, en la mayor medida posible, a pautas de racionalidad y no a meros prejuicios ideológicos o a «transacciones» entre intereses en conflicto.

Anteriormente he utilizado las concepciones de la bioética de JONSEN y TOULMIN, por un lado, y de GRACIA, por el otro, como modelos teóricos que contrastar mis puntos de vista al respecto. Esto podría hacer pensar que la distancia que me separa de ellos es mayor de lo que realmente es. Ya antes he señalado que la conexión de tipo metodológico entre el Derecho y la bioética que he propuesto está completamente en la línea de lo propugnado por ellos. Ahora quisiera añadir —y para terminar este ya largo artículo— que lo que acabo de proponer como modelo para el desarrollo de la bioética no pretende ser otra cosa que una síntesis —con algún afán de superación— de estas dos concepciones. En particular, la creación de un Comité Nacional de Ética con las características que he señalado podría contribuir de manera notable al establecimiento de un tejido institucional, que JONSEN y TOULMIN consideran una condición necesaria para que en este campo pueda desarrollarse una verdadera casuística (págs. 338 y 339). Y no me cabe ninguna duda de que, si tal institución llegara a existir, la obra teórica de Diego GRACIA sería una de las fuentes de autoridad a la que los miembros de ese Comité tendrían constantemente que acudir para fundamentar sus resoluciones.

BIOLOC

1. DEFINICIÓN DE

La vida es biológica... mecanismos vitales... y a la regulación de... biológicas ha contribuido a canalizar la vida.

La vida humana es biológica... lógicos, tales como... no biológicos como... tidad,... Abordar... to más correcto, pe... preciso. Puesto que... to, insostenible, tan... del ser humano es pr... ciente de una perso... ción es fundamental... y contracepción, fec... laciones» genéticas,

Realmente los co... tes concepciones de... fecundado es una pr... gico que sólo será re... terior de su desarrol

¹ Traducido del fra

plemente —pero esto me parece que es muy importante— de carácter orientativo: los criterios serían seguidos en la medida en que resultaran convincentes. La otra dimensión —estrechamente ligada a la anterior— tiene que ver con la exigencia de que las decisiones de ese «Comité Nacional de Bioética» (que podría constar de diversas secciones: ensayos clínicos, cuestiones asistenciales, etc.) deban ser motivadas (tanto las de la mayoría como las de los disidentes) y deban, desde luego, publicarse. Sólo así podría asegurarse un alto grado de coherencia y que la modificación de los criterios (la conversión de las opiniones minoritarias en mayoritarias) obedeciese, en la mayor medida posible, a pautas de racionalidad y no a meros prejuicios ideológicos o a «transacciones» entre intereses en conflicto.

Anteriormente he utilizado las concepciones de la bioética de JONSEN y TOULMIN, por un lado, y de GRACIA, por el otro, como modelos teóricos que contrastar mis puntos de vista al respecto. Esto podría hacer pensar que la distancia que me separa de ellos es mayor de lo que realmente es. Ya antes he señalado que la conexión de tipo metodológico entre el Derecho y la bioética que he propuesto está completamente en la línea de lo propugnado por ellos. Ahora quisiera añadir —y para terminar este ya largo artículo— que lo que acabo de proponer como modelo para el desarrollo de la bioética no pretende ser otra cosa que una síntesis —con algún afán de superación— de estas dos concepciones. En particular, la creación de un Comité Nacional de Ética con las características que he señalado podría contribuir de manera notable al establecimiento de un tejido institucional, que JONSEN y TOULMIN consideran una condición necesaria para que en este campo pueda desarrollarse una verdadera casuística (págs. 338 y 339). Y no me cabe ninguna duda de que, si tal institución llegara a existir, la obra teórica de Diego GRACIA sería una de las fuentes de autoridad a la que los miembros de ese Comité tendrían constantemente que acudir para fundamentar sus resoluciones.

Charles Susanne

1. DEFINICIÓN DE LA VIDA

La vida es biológica y también química. Los biólogos la reducen a los mecanismos vitales de una célula, al control del código genético del ADN y a la regulación de la síntesis de las proteínas. El desarrollo de las ciencias biológicas ha contribuido al conocimiento de las funciones vitales y a mecanizar la vida.

La vida humana es definida frecuentemente en función de criterios biológicos, tales como la sensibilidad nerviosa, la viabilidad, ... O también no biológicos como la consciencia, el pensamiento, el sentido de la identidad, ... Abordar conjuntamente estos criterios me parece el razonamiento más correcto, pero ello implica la imposibilidad de definir un límite preciso. Puesto que aislar uno de estos criterios es arbitrario y, por lo tanto, insostenible, tanto en términos biológicos como filosóficos. Al hablar del ser humano es preciso distinguir la vida biológica, la vida humana consciente de una persona y el reconocimiento social de la vida. Esta distinción es fundamental en el debate de numerosos problemas bioéticos: aborto y contracepción, fecundación *in vitro* e inseminación artificial, «manipulaciones» genéticas, eutanasia, etc.

Realmente los conflictos bioéticos encuentran su origen en las diferentes concepciones de la vida humana: se opone la idea de que un óvulo fecundado es una persona o, por el contrario, un óvulo es material biológico que sólo será reconocido como persona humana en un momento posterior de su desarrollo. De hecho, la vida es un *continuum* por lo que cual-

¹ Traducido del francés por Celia PEREIRA PORTO.

quier límite biológico será arbitrario, incluso para los ordenamientos jurídicos, en los que es necesario definir un límite legal. Este no será jamás científico.

Adoptar el criterio de la concepción implica considerar que la fusión del óvulo y del espermatozoide aporta ya toda la potencialidad de la persona. Esto es contrario a la evidencia puesto que los primeros estadios del desarrollo son totalmente indiferenciados y pueden dar lugar, por ejemplo, a gemelos. Frecuentemente este concepto está también ligado a un derecho moral a la vida: derecho absoluto, metafísico, unido a la idea de que la vida es un don de Dios. Normalmente dentro de esta lógica es necesario, entonces, considerar como inmoral la contracepción y el aborto, pero también cualquier forma de guerra, o la pena de muerte, e incluso toda forma de auto-defensa.

El embrión es, naturalmente, una persona potencial, pero su desarrollo es gradual. Se pueden tratar de definir los estadios del desarrollo anatómico del sistema nervioso, o los estadios de viabilidad independiente del individuo. A pesar de lo cual es muy difícil evaluar la maduración de los sistemas anatómicos. La vida humana no es, pues, únicamente biológica, debe ser definida también en términos sociales. Por otra parte, el sentido social de la vida humana variará en función de la importancia que la mujer dé a esa vida potencial, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de su propia existencia. En este sentido la vida se define en función de la intención de dar la vida. La mujer portadora del embrión es la única que, en última instancia, determinará la situación social de éste.

Admitir que la vida (humana) es un fenómeno continuo implica, naturalmente, que cada uno pueda definir libremente la vida del ser humano a concebir en función de sus concepciones filosóficas.

2. PRINCIPIOS MORALES Y BIOLOGÍA

El carácter racional de la ciencia implica armonizar las teorías y las observaciones; la racionalidad en ética implica formular ideas coherentes que respondan al mayor número de situaciones posibles.

No obstante, históricamente las respuestas consideradas como éticas son las actitudes y las costumbres propias de una sociedad particular y de un período dado². En el seno de la sociedad, la persona se individualizará

² A modo de ejemplo citamos un extracto del auto civil llamado el «participat». Este documento dice: «A ventisiete del mes de abril del año mil cuatrocientos sesenta y dos, en

por comportamientos y sentimientos originados en su medio social y familiar a través de la educación y su desarrollo individual.

Pero además, cada nuevo descubrimiento nos perturba debido a las modificaciones que ocasiona en la sociedad y en nuestro modo de vida. En el caso de las técnicas biológicas, las modificaciones nos obligarán incluso a revisar nuestras normas filosóficas y éticas. En lo relativo a la vida humana, a su definición e incluso a su manipulación, el Hombre puede que se encuentre aún en un período de transición entre la interpretación mística de la vida y el conocimiento detallado de los mecanismos biológicos. El conocimiento detallado de las funciones cardíacas, renales, y otras muchas está plenamente aceptado; el de las funciones sexuales lo está menos. Un fibroblasto de la piel o un linfocito de la sangre... son tejidos biológicos. ¿Un espermatozoide o un óvulo no son? La desmitificación de los mecanismos vitales puede alterar a algunos. No obstante, se trata de la relación entre la ciencia, el derecho y la moral y por ello no específica de la biología.

En la medida que la biología ya no se limita al análisis sistemático del reino viviente (si se limitara a esto no sería molesto), o al análisis ecológico de los biotopos (el biólogo en este caso sería incluso tranquilizador), sino que estudia los mecanismos vitales, su labor deviene perturbadora y si el biólogo modificara en el futuro determinadas características del viviente ¡decididamente ocuparía el lugar de Dios!

el lugar de Beaucens (Lavedan) y para que sea conocido por todos: que ciertos acuerdos se han establecido entre el Auger de Carassus de Beaucens, de una parte, y el Auger de la Abadía de Bizos (en Barèges) de otra parte, en relación a un pacto concerniente a una hija del Auger de Carassus que el subsodicho de la Abadía de Bizos toma como sirvienta por cuatro años en las condiciones siguientes: 1.º que si por acaso, el subsodicho Auger de la Abadía no puede tener hijos de la subsodicha GAILHARDINE (la sirvienta en cuestión) en el período de cuatro años, él estaría obligado a pagar a ésta o a su mandado la suma de 29 florines de diez sueldos y un ajuar siguiendo los fueros y costumbres de la tierra de Barèges. 2.º Item, se conviene que si el subsodicho Auger de la Abadía tiene hijos de la subsodicha Gailhardine durante el período fijado, deberá darle la cantidad suficiente para criarlos siguiendo los Fueros y costumbres de la tierra de Barèges. 3.º Item, se conviene que si, por casualidad, el subsodicho Auger de la Abadía se ve separado de su esposa actual por causa de muerte de ella, no lo quiera Dios, que en tal caso el subsodicho Auger deberá tomar como esposa a la subsodicha GAILHARDINE; y los hijos nacidos de éste heredarán sus bienes a su muerte».

3. LA REVOLUCIÓN BIOLÓGICA PROFANADORA

La «revolución» biológica no es ni un golpe de estado de los investigadores, ni el rasgo ingenioso de un biólogo más inteligente que los demás, tampoco es un descubrimiento fortuito, sino el resultado progresivo de los descubrimientos de la estructura básica (molecular) del material genético.

¿Qué es el ADN? ³ ¿Cómo está inscrita en él la información? ¿Cómo se efectúa la duplicación de esa información? ¿Cómo se estructura el ADN en genes? ¿Cómo se controla la información de un gen? Estos descubrimientos son los que nos permiten comprender y manipular la biología de la bacteria, de la mosca, del ratón... y la de los seres humanos, en tanto que estos mecanismos celulares son ampliamente universales.

Sin ninguna duda, la biología se hará cada vez más profanadora en la descodificación de los mecanismos biológicos fundamentales de la vida y también en la capacidad de intervención sobre los mecanismos vitales. En la actualidad ya se puede cartografiar los genes humanos en diferentes cromosomas, descifrarlos, aislar estos genes humanos, multiplicarlos y clonarlos.

3.1. Recombinaciones genéticas

Las recombinaciones genéticas, también llamadas bio-ingeniería o ingeniería genética o «manipulaciones» genéticas, se definen como el conjunto de métodos que permiten integrar material genético extraño al de una célula receptiva y hacer que se reproduzca y exprese.

Históricamente, la primera recombinación genética realizada con un gen humano consistió en insertar el gen de la insulina humana en el seno del cromosoma de una bacteria. En la actualidad la insulina humana se produce de esta manera a escala industrial.

³ El código genético que controla los mecanismos vitales y celulares es un lenguaje simple y lineal de cuatro letras (las bases del ADN) que se traduce también en un lenguaje lineal de veinte letras (los aminoácidos de las proteínas). Estos lenguajes son universales, desde la bacteria al ser humano; del mismo modo lo es la gramática de traducción del ADN en proteínas (cada palabra de tres letras del ADN, o *codón*, se traduce por un aminoácido particular). El gen no es otra cosa que un segmento de ADN codificado por una proteína particular. Y una mutación es una modificación en la serie de letras del ADN y por consiguiente de la proteína.

Con procedimientos similares se producen numerosas hormonas, la del crecimiento, el interferón... Otros avances consisten en la producción de nuevas vacunas sin necesidad de partir de las cepas microbianas atenuadas, sino utilizando las proteínas aisladas de las membranas microbianas. Este es el caso de la vacuna contra la hepatitis B y así será en el futuro lo que acontezca con la vacuna anti-SIDA.

Otras aplicaciones futuras serán las relativas a las plantas y a los animales transformados genéticamente. Los animales podrían, por ejemplo, producir en la leche sustancias químicas medicamentosas. Podrían crearse plantas resistentes a determinadas enfermedades o a ciertos insectos, así como vegetales mejor adaptados a terrenos áridos y con un poder nutritivo más elevado.

Un futuro más lejano verá probablemente el tratamiento del cáncer mediante el control de ciertos genes (llamados oncogenes) e incluso la transformación de órganos a nivel inmunitario para el trasplante de órganos.

La aplicación de estas novedades técnicas va acompañada pues de esperanza y, no obstante, igualmente de temores. Por un lado la esperanza de una mejor calidad de vida y, paralelamente, el temor a una sociedad privada de libertad y en la que no sea posible la libre elección individual.

No se trata de un peligro relativo a situaciones actualmente existentes, sino del miedo y la ansiedad ante las aplicaciones potenciales de la biomedicina. Anteriormente hemos dicho que cada nuevo descubrimiento nos perturba. También se trata de preocupación ante los fenómenos científicos que no comprendemos. Las técnicas de recombinación genética no son sólo asuntos de científicos y/o industriales, sino que atañen al conjunto de la sociedad. La población debe ser consciente de estas responsabilidades. Debe abrirse un diálogo en la sociedad, diálogo franco que sólo es posible disponiendo de un mínimo de conocimientos científicos. La ausencia de una cultura científica da lugar a incomprensiones, malentendidos y prejuicios.

Como peligros potenciales citaremos los peligros de polución del medio, los derivados de la utilización del mapa genético humano y los relativos a la terapia génica humana.

3.3. Polución del medio ambiente

El peligro potencial consiste en la polución del medio por un nuevo ADN recombinante en la medida en que no se puede excluir la creación de nuevas fuentes patógenas. Este peligro ha sido reconocido por los propios

biólogos en Asilomar (1975), donde propusieron, además, una moratoria para controlar sus propios trabajos, mediante técnicas de laboratorio que excluyan estos riesgos.

En la actualidad los proyectos de recombinación genética deben incluir una descripción precisa de la metodología a seguir, de las medidas de seguridad y de infraestructura. Las experiencias se clasifican según los riesgos potenciales de propagación en el medio natural, el grado de heterogeneidad de los ADN recombinantes (a más elevada impureza corresponden mayores riesgos desconocidos) según la utilización o no de toxinas, por el grado de resistencia a los antibióticos y según la utilización que se haga del ADN humano.

Existen diversas comisiones de seguimiento de estos experimentos, pero los intereses económicos ligados a estas técnicas son tan grandes que puede ser enorme la tentación de «olvidar» solicitar consejo a las comisiones *ad hoc*, de no respetar todas las reglas de seguridad, o de preferir trabajar en países donde no existe una reglamentación.

Así, el Instituto Wister decidió experimentar una vacuna contra la rabia, que había obtenido por recombinación de un virus atenuado de la viruela con un gen del virus de la rabia, sobre vacas de granjas argentinas. Eligieron deliberadamente un país desprovisto de reglamentaciones en la materia para evitar los controles americanos.

El mismo temor existe ante el desconocimiento del uso que hacen de estos recursos los militares o terroristas. Los abusos no pueden ser excluidos en la medida en que fuentes altamente patógenas podrían ser creadas. Desde la perspectiva del secreto militar, el control es casi imposible. Existe naturalmente una convención respecto a las armas biológicas, pero no ha sido firmada por todas las naciones y, además, los medios de control no se han previsto. Se realizan, no obstante, investigaciones sobre este ámbito «en los aspectos ofensivos para poder determinar mejor los aspectos defensivos», por ejemplo los presupuestos concedidos a esos laboratorios son conocidos en los países democráticos.

Esos laboratorios fabrican esencialmente vacunas contra los gérmenes patógenos potenciales. ¿Se necesita el secreto militar para tales investigaciones, salvo si se producen al mismo tiempo nuevos gérmenes patógenos? De hecho, en nuestros países se han desarrollado ya, sin la ayuda de la ingeniería genética impresionantes cantidades de toxinas. No tenemos por ello ninguna necesidad de recombinaciones genéticas para «defendernos».

Toda elección de investigaciones es una elección política. El problema suscitado aquí no es por ello el típico de las recombinaciones genéticas.

La elección de financiar investigaciones sobre un modo de producción de energía antes que otro; la de favorecer la producción de nuevos productos químicos antes que potenciar las investigaciones que controlen los efectos mutagénicos o cancerígenos de estos mismos productos, o de elegir técnicas médicas de vanguardia antes que las de la medicina preventiva; estas decisiones son expresión de un poder político y no de un poder social.

3.4. Mapa genético

Las técnicas biológicas permiten actualmente cartografiar numerosos genes humanos. En un futuro próximo, con el proyecto «Genoma humano» se podrá alcanzar la descodificación completa. Mediante estas técnicas se pueden identificar las «huellas genéticas». Se basan en la utilización de tijeras⁴ capaces de cortar el ADN en lugares bien determinados y de «sondas» que permiten reparar un segmento de ADN bien preciso entre millares de otros.

De este modo, mediante esas técnicas se pueden identificar individuos en investigaciones de paternidad, o para fines médico-legales por ejemplo. Las sondas de ADN se emplean para revelar el desarrollo de un cáncer, o para la detección precoz de infecciones bacterianas o virales.

¿El mapa genético humano no puede inducir a utilizaciones discriminatorias? ¿Se podría (o se debería) revelar a un portador sano la presencia de un gen deletéreo? Estas son algunas de las cuestiones que el futuro debe permitirnos discutir, si no resolver.

La utilización de estos «bancos» de datos genéticos individuales por los servicios de salud, o por las compañías de seguros de vida, o por los empresarios bajo la forma de tests para el empleo, son otros tantos factores discriminatorios potenciales. En la actualidad nada se opondría a la realización del test médico previo a la obtención de un empleo, o a la contratación de una póliza de seguros de vida y discriminar con los resultados, puesto que esas pruebas podrían justificarse como parte de un pronóstico de vida, prevención del cáncer, de enfermedades cardíaco-vasculares... y por ello de esperanza de vida⁵. Y sin embargo, si estos riesgos pudieran evi-

⁴ Llamadas también «enzimas de restricción».

⁵ Un ejemplo es el realizado por algunas industrias norteamericanas: consistente en testar con contrastes obtenidos entre portadores de la anemia falciforme. Esta anemia es

tarse las técnicas genéticas podrían ser enormemente prometedoras en términos de medicina preventiva.

3.5. Terapia génica

El patrimonio genético puede presentar anomalías que perturben considerablemente la vida de un individuo, e incluso que le ocasionen la muerte. En nuestras poblaciones más del 10% de los nacimientos presentan (o presentarán) algunas de estas anomalías.

En la actualidad, el diagnóstico prenatal⁶ posibilita descubrir precozmente, durante el desarrollo embrionario, determinadas malformaciones congénitas, lo que a su vez permite contemplar la posibilidad del aborto. ¿No se podría considerar en el futuro tratar algunas de estas enfermedades y practicar, entonces, una terapia génica?

Mediante esta terapia se trataría de introducir por transducción viral, por ejemplo, genes normales en el defectuoso a la espera de que la descendencia celular haya integrado el gen normal suplantando la descendencia patológica⁷. Si se aplica sobre las células somáticas del individuo, la tera-

debida a la mutación de una cadena de la hemoglobina humana. Manifestada dos veces en el individuo (en estado homocigoto) provocará una anemia mortal. En zonas con alta tasa de malaria, el portador de un solo gen (heterocigótico) está sin embargo mejor protegido de ella que el individuo que carece de estas mutaciones. Contemplado el origen de los negros americanos (de antiguos esclavos procedentes de África central) el gen de la anemia falciforme es, pues, más frecuente entre la población negra que entre la blanca. ¿Puede hablarse entonces de discriminación racial, puesto que se sabe que la padecerán más obreros negros que blancos, por lo que los primeros serán excluidos del empleo? Las industrias se justifican afirmando que así practican medicina preventiva, protegiendo a sus trabajadores de determinados puestos poco adecuados a su potencial de salud. A ustedes les corresponde juzgar.

⁶ La amniocentesis permite un diagnóstico hacia la dieciseisava semana y el análisis del *villi chorionique* (vellosidades coriónicas) hacia la décima semana. En el caso de la fecundación *in vitro* el diagnóstico puede realizarse en los primeros estadios celulares.

⁷ Estas técnicas se ensayan en la actualidad con tests sobre animales y sobre escasos tests con humanos, por ahora; se piensa en ellas para el tratamiento de la mucoviscidosis, la hemofilia, la talasemia y de la anemia falciforme. Estos tests se han aplicado con resultados positivos al síndrome de LESCH-NYHAN (también conocido como «niño-burbuja»), cuando el infante es gravemente inmuno-deficiente.

pia génica sólo tendrá efecto sobre el paciente. En caso de reproducirse transmitiría a su descendencia, naturalmente, el gen defectuoso.

En el caso de que las manipulaciones afectaran a las células sexuales (prácticas que los investigadores se prohíben hacer por ahora) incluso la reproducción podría devenir normal.

¿La terapia genética aplicada al ser humano no inicia una nueva forma de eugenismo⁸? Evidentemente, este sería el caso ya que, en última ins-

⁸ El eugenismo ha justificado a lo largo de la historia prácticas repugnantes. Ante los que las poblaciones, o los gobiernos no han mostrado preocupación por el peligro de «degeneración», o de atentados a la «integridad». Es, pues, difícil utilizar el término sin exponerse a incomprendimientos. En nuestra cultura la *eugenesis* aparece confrontada con problemas doctrinales. La preocupación por mejorar el patrimonio genético de la especie humana es antigua. Ya PLATÓN en la *República* hace controlar los matrimonios por el Estado, que ordena abandonar a los niños enfermos. Federico II de Prusia promueve a las élites «entregando sus hijas a los mejores soldados». GALTON teme la proliferación de «los más mediocres» y de «razas inferiores». Es en los Estados Unidos, entre 1900 y 1930, donde se registran los primeros éxitos socio-políticos del eugenismo. Sus partidarios temían deshonrar a «la raza anglosajona-nórdica» por la afluencia de emigrantes de la Europa del sur, considerados de «origen inferior». Con estos argumentos consiguieron promulgar leyes que prohibieran los matrimonios mixtos en muchos de los estados. Votaron la «Johnston Act» limitando la inmigración de los europeos no nórdicos «para purificar la sangre de América». Realizaron campañas por la esterilización de los retrasados mentales y de los portadores de taras genéticas, entre los que estaban incluidos los alcohólicos, los criminales y los homosexuales. Las obras pseudocientíficas y raciales aumentaron igualmente en Europa y fue de esa literatura de la que se nutrió el nazismo en sus comienzos. El biólogo utiliza el término *eugenesis* para designar la técnica que favorece la reproducción de un gen, o por el contrario la perjudica. A nivel científico, los métodos eugenésicos son totalmente ineficaces; por ejemplo, para el albinismo cuya frecuencia genética actual es de 1/140, en el supuesto teórico de que se quisiera hacer pasar esta frecuencia a 1/200, harían falta 59 generaciones de prohibición total de reproducción entre albinos; Las medidas eugenésicas para una población son no sólo ineficaces, sino también éticamente peligrosas: impiden la libertad a la diferencia y fijan la identificación personal a un «standard». Lamentablemente la historia está llena de ejemplos odiosos del tipo nazi. Ejemplos recientes no faltan, se pueden citar el intento ridículo de montar un banco de semen de los Premios Nobel, o el sinsentido de un reglamento en Singapur para favorecer el matrimonio entre intelectuales. Si las elecciones de la sociedad son, pues, ineficaces y peligrosas, por el contrario la elección individual, libremente consentida, puede tener una importancia psicológica y social considerable para la pareja, o para la mujer que deba realizarla. La eugenesis se plantea igualmente respecto a la medicina en términos de progreso. Estos han destruido los equilibrios naturales, por ejemplo, destruyendo las barreras naturales respecto a la muerte

tancia, todo acto médico puede ser considerado en alguna medida como eugenésico. Estaremos de acuerdo en rechazar cualquier forma de eugenismo impuesto o eugenismo social que implique la elección de sexo del futuro niño sin que responda a la elección parental, proyectadora de fantasmas personales; también rechazaremos cualquier elección racista vinculada a la supuesta superioridad de ciertos caracteres. Pero, ¿porqué no responder a un problema real de salud de un niño, porqué no permitir ese tratamiento que se convertirá, de ese modo en una forma de eugenismo individual, pero libremente consentido?

Si debemos continuar rechazando la coacción social y estatal, la decisión ha de ser tomada por la pareja, o la madre. ¿Qué otra persona podría arrogarse ese derecho? Los comités de ética debaten estos problemas, pero los «sabios» no deben convertirse en un nuevo «clero», no deben tomar la decisión última que corresponde a la madre. El debate público debe ser abierto, en tanto estas cuestiones fundamentales no son asunto de especialistas, sino de todos y cada uno. En nuestra época de difusión audiovisual excepcional la información es fácil, los datos científicos pueden ser explicados claramente. Lo que impediría la manipulación de los espíritus y la ocultación de problemas y permitiría tomar decisiones individuales más cualificadas, incluso si ellas hubieran de ser calificada como eugenismo individual.

¿Es posible que actuando de este modo no se consiguiera más que posponer el problema? Pues ¿cómo definir el carácter anormal de una persona? ¿Cómo establecer los límites de un tratamiento genético? De todos es conocido que la noción de anormalidad es subjetiva.

prematura, o ante la incapacidad de procrear. A pesar de la capacidad de la medicina para sanar, subsisten y se transmiten genes desfavorables en el seno de las poblaciones. Las técnicas de diagnóstico prenatal se han desarrollado rápidamente y un aborto terapéutico selectivo puede considerarse ... Pero, ninguna doctrina responde a las nuevas cuestiones planteadas así ¿cuáles son los límites para el aborto terapéutico?, ¿dónde está el límite entre la libertad individual y el futuro de la colectividad?, ¿dónde está el límite entre lo normal y lo anormal?

4. ELECCIÓN DE LA PROPIA BIOLOGÍA

La elección u obligación para intervenir sobre una sociedad humana mediante la interposición de técnicas biológicas es rechazable. No obstante, a nivel individual cuando la persona ha sido informada objetivamente, cuando las diferentes alternativas han sido examinadas, la aplicación de la terapia génica debe dejarse a la libre elección. Con estos requisitos la aplicación de la terapia génica debe formar parte de una libre elección. Es éticamente válido tomar posición en cuanto a la propia biología (procreación, vida, muerte) y esta posibilidad debe subsistir, incorporando a ella las innovaciones más recientes en técnicas biológicas.

Nuestro conocimiento de los mecanismos biológicos es tal que el derecho a la procreación puede realizarse en términos cuantitativos: por un lado en términos de contracepción y aborto, y por otro, en términos de inseminación artificial, de fecundación *in vitro*, de donaciones de óvulos y de trasplante de embriones. El derecho a la calidad de vida puede justificarse igualmente hoy bajo la forma de consejo genético, de diagnóstico prenatal y mañana, puede ser de transferencia de genes.

4.1. Educación

No alcanzamos la vida adulta sin *a priori* morales, sería ingenuo negar la influencia social o familiar sobre esas actitudes morales. No es necesario apelar a FREUD y a las presiones familiares sobre el *ego* sexual, o a MARX y al importante rol del sistema económico sobre la consciencia moral, para darse cuenta de que nuestras actitudes están influenciadas por los condicionamientos de la infancia y por los modos de vida sociales. El primer paso para la independencia y la ausencia de manipulación es desarrollar una autonomía mayor en el propio modo de pensar.

Antes de decidir lo que es moral o inmoral, correcto o falso en las aplicaciones de las técnicas genéticas, sería necesario comprender mejor los mecanismos de las acciones propuestas y la significación de sus resultados. Sería necesario que la sociedad transmitiera mejor información, incluso una cultura biológica.

Si el siglo XXI ha de convertirse en el de la biología, es necesario constatar que nuestra enseñanza está retrasada en la transmisión de conceptos y conocimientos de genética. Nuestra educación reglada no fomenta una cultura científica y biológica. Ahora bien, las nuevas técnicas se basan en una jerga específica y esotérica, su integración se pone en peligro simplemente por la incompreensión. Los malentendidos que aparecen resultan de temores inútiles. «El miedo es la ignorancia» (GHANDI).

Por lo tanto, es la educación permanente la que garantiza nuestras libertades y es la pedagogía utilizada en las discusiones pluralistas, la que puede preservar a la sociedad de la deshumanización.

En el ámbito de la bioética, como en otros, el hombre puede adoptar morales represivas, frente a ellas cabe: la elección éticamente responsable desde la publicidad del conocimiento. Esta educación debe ayudar a descartar la falsa ciencia y los prejuicios, a rechazar el fanatismo y a permanecer probo y libre.

CAPÍTULO CUARTO

NUEVOS MODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA Y «SUJETOS DE DERECHO»¹

Carlos Lema Añón

La aparición de nuevos y dramáticos problemas suscitados al hilo del extraordinario desarrollo de las ciencias de la vida son crecientemente percibidos y perceptibles. Ya no son problemas únicamente conocidos por pequeños «lobbies» de científicos; ni siquiera únicamente por reducidas minorías interesadas en estas cuestiones. Se trata de problemas que reclaman la atención de toda la ciudadanía, debido a las profundas cuestiones morales y políticas —en el más amplio sentido de estos términos— que plantean. Pero se trata sobre todo de problemas que cada vez se vuelven más próximos y cotidianos.

En un periódico coruñés aparecían no hace mucho tiempo estas tres noticias²:

a. «El contrabando de seres humanos es ya más lucrativo que el narcotráfico. Cientos de miles de personas de procedencia asiática pasan a occidente a través de Moscú» (Seminario de Celle, por la Fundación Konrad Adenauer y la Asociación de la Policía Fronteriza alemana). Se trata de un tráfico de personas en régimen cercano a la esclavitud. Al lado de esto, y con organizaciones mafiosas similares, cada vez son más frecuentes las noticias de tráfico de órganos humanos, la mayoría de las veces también con destino a occidente.

¹ Versión original, «Novos modos de reproducción humana e 'suxeitos de dereito'».

² *La Voz de Galicia*, 29-10-1995.

Por lo tanto, es la educación permanente la que garantiza nuestras libertades y es la pedagogía utilizada en las discusiones pluralistas, la que puede preservar a la sociedad de la deshumanización.

En el ámbito de la bioética, como en otros, el hombre puede adoptar morales represivas, frente a ellas cabe: la elección éticamente responsable desde la publicidad del conocimiento. Esta educación debe ayudar a descartar la falsa ciencia y los prejuicios, a rechazar el fanatismo y a permanecer probo y libre.

CAPÍTULO CUARTO

NUEVOS MODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA Y «SUJETOS DE DERECHO»¹

Carlos Lema Añón

La aparición de nuevos y dramáticos problemas suscitados al hilo del extraordinario desarrollo de las ciencias de la vida son crecientemente percibidos y perceptibles. Ya no son problemas únicamente conocidos por pequeños «lobbies» de científicos: ni siquiera únicamente por reducidas minorías interesadas en estas cuestiones. Se trata de problemas que reclaman la atención de toda la ciudadanía, debido a las profundas cuestiones morales y políticas —en el más amplio sentido de estos términos— que plantean. Pero se trata sobre todo de problemas que cada vez se vuelven más próximos y cotidianos.

En un periódico coruñés aparecían no hace mucho tiempo estas tres noticias²:

a. «El contrabando de seres humanos es ya más lucrativo que el narcotráfico. Cientos de miles de personas de procedencia asiática pasan a occidente a través de Moscú» (Seminario de Celle, por la Fundación Konrad Adenauer y la Asociación de la Policía Fronteriza alemana). Se trata de un tráfico de personas en régimen cercano a la esclavitud. Al lado de esto, y con organizaciones mafiosas similares, cada vez son más frecuentes las noticias de tráfico de órganos humanos, la mayoría de las veces también con destino a occidente.

¹ Versión original, «Novos modos de reprodución humana e 'suxeitos de dereito'».

² *La Voz de Galicia*, 29-10-1995.

b. Ese mismo día aparecía un ejemplo —menos brutal, en principio, que los referidos—: «Religiosas italianas, implicadas en el tráfico ilegal de sangre. En el negocio participaba también el director de un centro de transfusiones».

c. Finalmente: «Los médicos ocultan la eutanasia pasiva en los hospitales para evitar represalias. En EEUU las tres cuartas partes de las muertes en centros sanitarios están programadas» (Fundación de las Ciencias de la salud).

1. Las nuevas tecnologías reproductivas, y las líneas de investigación y posibilidades que se abren con ellas, han generado debates públicos más o menos amplios en diversos países, especialmente en los últimos diez o quince años.

Las prácticas de inseminación artificial, que se venían realizando más o menos regularmente durante las últimas décadas, pasaron relativamente desapercibidas. Incluso las técnicas más sofisticadas que, como la fecundación *in vitro*, significaban la manipulación extracorpórea de embriones humanos, fueron saludadas con mayoritario entusiasmo y autolegitimadas ante la rapidez con que se sucedían los anuncios de nuevos logros frente a la infertilidad humana. Ni siquiera empañaba esta satisfacción la sensibilidad frente a los problemas de la manipulación genética —y con ella, en general, a los planteados por el desarrollo de las ciencias de la vida— que acompañó la moratoria en este campo acordada por los científicos en Asilomar a mediados de la década de los setenta, pocos años antes de la consecución del primer parto tras una fecundación *in vitro*.

Fue quizá la publicitación de casos en los que se hacía más extrema la escisión de momentos que hasta entonces habían estado profundamente unidos (como entre procreación y sexualidad, o entre maternidad genética y embarazo), lo que hizo crecer el debate público. Casos, por citar algunos, como el de la mujer a la que se le transfería un embrión fecundado con gametos de su hija y el marido de ésta y se convertía en madre-abuela; o la pregunta sobre el destino de unos embriones congelados cuyos «padres» habían muerto en accidente, dejando una herencia millonaria³. No menos importante fue la divulgación de la existencia de un comercio pa-

³ Citados (p.e.) en R. MARTÍN MATEO, *Bioética y derecho*. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 35.

ralelo ligado a las nuevas tecnologías reproductivas (y más allá de los ya elevados costes de estas tecnologías). Ejemplos de esto son las agencias intermediarias que se lucran proporcionando mujeres que «alquilen sus úteros» a parejas estériles, o mercados de compraventa de gametos (con o sin prohibición) como el aireado no hace mucho en Inglaterra⁴.

Estos hechos extendieron la conciencia de la necesidad de una regulación jurídica sobre estas materias más allá de los asuntos referentes a la filiación (la cual, por lo menos en algunos países como los Estados Unidos, ya se venía regulando desde principios de la década de los setenta).

Para realizar la aproximación que aquí pretendemos a esta materia, vamos intentar a responder sumariamente a cuatro preguntas.

- * ¿Qué es posible hacer técnicamente?
- * ¿Qué problemas éticos y jurídicos son generalmente discutidos?
- * ¿Qué soluciones legales se han dado?
- * ¿Por qué estas no acaban de dar cuenta adecuada de estos problemas?

2. Simplificando la cuestión, podemos decir que existen fundamentalmente tres técnicas de reproducción médicamente asistida: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia intratubárica de gametos. Las dos primeras son las más importantes, tanto cuantitativamente, como por los distintos grados de desarrollo técnico que representan.

La inseminación artificial consiste básicamente en el depósito de semen en los genitales internos de la mujer, intentando que lleguen espermatozoides a un óvulo maduro y para que la fertilización —si ésta se produce— ocurra en el lugar y del modo en que es habitual. El semen utilizado es el de la pareja de la mujer inseminada (indicado para casos de dificultades en el coito, o defectos en los espermatozoides que hagan precisa su selección) o el de un tercero, que es lo más frecuente. Esta variante está indicada para casos de esterilidad masculina, esterilidad de causa desconocida, o simplemente en caso de mujeres sin pareja masculina. Es posible también la congelación de semen durante largo tiempo, que es almacenado en centros especializados con vista a su posterior utilización.

Contrastando con la relativa simplicidad de este procedimiento está la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones. La fecundación *in*

⁴ *El País*, de 2-11-1995.

in vitro consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos en un ambiente creado en laboratorio, que reproduce el de las trompas de falopio, y posterior transferencia del embrión resultante a la mujer. Si se produce la implantación y de no mediar otro tipo de complicaciones se continuaría con una gestación normal. La primera vez en que se consiguió fue en 1978. Está generalmente indicado para casos de malformaciones tubáricas y otros tipos de enfermedades, aunque se ha venido aplicando crecientemente en casos de esterilidades masculinas y otras de origen desconocido ⁵.

La obtención de los óvulos para la fecundación *in vitro* ofrece ciertas dificultades, ya que exige una intervención en la mujer que está precedida habitualmente de una estimulación hormonal de cara a obtener más de un óvulo maduro e incrementar así las posibilidades de éxito. Una vez conseguida la maduración de los óvulos, y una vez que se ha procedido a la capacitación de los espermatozoides se juntan en un medio adecuado creado en el laboratorio, para que se produzca la fecundación. Ultimamente se han venido extendiendo diferentes técnicas de microinyección espermática, en las que los espermatozoides son inyectados en el interior del óvulo. Si se ha conseguido la fecundación, se traslada el óvulo fecundado a un medio de crecimiento, y una vez que se han producido las primeras divisiones celulares el embrión es transferido con un catéter al interior del útero. La mayoría de las veces se transfiere más de un embrión, para aumentar así las posibilidades de que alguno de ellos llegue a implantarse y lograr por lo tanto un embarazo. No obstante, esta práctica no está exenta de problemas y riesgos, como por ejemplo los derivados de los embarazos múltiples. Aunque los datos reales de éxito varían mucho según las fuentes, y según las clínicas, en general no son demasiado elevados, y a pesar de su difusión no es aventurado considerar aun está técnica como hasta cierto punto «experimental» ⁶.

No es posible la congelación de óvulos del mismo modo que lo es la de espermatozoides. No obstante sí que es posible la congelación y conservación de embriones. Esto se hace con relativa frecuencia, ya que se recurre

⁵ TESTART, J. *La procreación artificial*. Debate, Madrid, 1994, pág. 52.

⁶ OVERALL, C. *Human Reproduction: Principles, Practices, Policies*. Oxford University Press, Toronto, 1993, pág. 144.

a tal práctica con objeto de no tener que repetir varias veces la operación de extracción de óvulos. De esta manera, muchas veces quedan embriones congelados «sobrantes» después de conseguirse un embarazo.

Por otra parte, con la fecundación *in vitro* ha hecho posible no sólo que sea utilizado semen de la pareja de la tratada o de un tercero, como ocurría con la inseminación artificial. En este caso también el óvulo puede ser de la misma mujer o de una tercera, y la transferencia puede ser realizada en su útero o no. De entre las posibles combinaciones a que esto da lugar se han dado casos reales que probablemente han superado lo imaginable previamente al desarrollo de estas técnicas. En todo caso, se produce una escisión de la maternidad biológica (no entramos a considerar ahora la maternidad proyectiva, la afectiva, la social o la jurídica). Una escisión entre la maternidad genética y la maternidad de gestación (a veces llamada —quizá equivocadamente— maternidad biológica en sentido estricto).

Al lado de esto, es conveniente señalar una posibilidad técnica más. Se trata del «lavado uterino» o «lavado embrionario» (*flushing*), que consiste en la retirada de un embrión del seno de una mujer para transferirlo a otra. En el caso de esta técnica la fecundación no se produce (o no tiene por qué producirse) *in vitro*. Esta es una práctica que entraña bastantes riesgos y que ha sido prohibida en numerosos países.

Finalmente, la transferencia intratubárica de gametos es una técnica que podríamos considerar como un punto intermedio entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, aunque su desarrollo fue posterior a esta última. La diferencia esencial es que en este caso la fecundación no es *in vitro*, sino que tiene lugar en las trompas de falopio de la mujer, a las cuales se habrá transferido el óvulo y los espermatozoides, para que tenga lugar la fecundación en este medio.

Junto con estas técnicas, se están desarrollando una serie de investigaciones utilizando embriones humanos para la experimentación. Esto ha dado lugar a controversias sobre la licitud de tal uso. Los objetivos pueden ser el desarrollo de la terapia génica, la mejora de las técnicas de reproducción asistida, estudios relacionados con la inmunología, la división celular, etc.

Hay que hacer referencia también a otras técnicas auxiliares o asociadas a las citadas. Además de las ya mencionadas de la congelación de gametos y embriones hay que citar la selección de sexo, que se consigue separando los espermatozoides con cromosoma X de los de cromosoma Y y realizando con ellos alguna de las técnicas de reproducción.

También hay que referirse al diagnóstico prenatal, que aunque no está ligado en exclusiva a estas técnicas (el diagnóstico preimplantatorio sí) por medio de él se consigue un diagnóstico de determinadas enfermedades o malformaciones del feto.

La terapia génica (o intervención terapéutica en el genotipo) podría estar ligada al diagnóstico prenatal, aunque no necesariamente. En un principio la terapia génica podría ser realizada sobre células somáticas o sobre células germinales (gametos). En el primero de los casos se trataría de células que cumplen diversos cometidos en el organismo, y la intervención no significaría una alteración transmisible del patrimonio genético. En el caso de la terapia génica en vía germinal la modificación del patrimonio genético sí que se transmitiría a la descendencia.

Esta cuestión, en la que se están dando los primeros pasos, tiene una enorme amplitud y complejidad. Abre una serie de interrogantes y riesgos que ya en estos momentos, pero sobre todo en el futuro van a tener una gran importancia. Es necesario, pues, hacer referencia a esta cuestión en relación con las nuevas tecnologías reproductivas, entre otras razones porque quizá el momento privilegiado para su puesta en práctica sería durante procesos de reproducción médicamente asistida.

Existen otras técnicas que se han sugerido teóricamente o incluso realizado experimentos —sobre todo con animales—, que a veces resultan inquietantes: por citar sólo algunos ejemplos, la clonación, la partenogénesis (estimulación del desarrollo ovular sin fecundación), ectogénesis (úteros artificiales), hibridación, etc.

3. Estas últimas cuestiones nos llevarían a plantearnos la cuestión moral sobre la manipulabilidad de lo humano. No obstante, los problemas que habitualmente son discutidos al tratar de las nuevas tecnologías reproductivas —sobre todo a la hora de debatir una posible regulación jurídica— no suelen ir tan lejos. Incluso porque lo que a veces se discute es la propia necesidad o no de regular jurídicamente la materia. No obstante, la rapidez con que el derecho no «legal», no estatal, el derecho del contrato entre las partes se ocupa de estas materias, y exige una respuesta de los órganos judiciales (casi siempre en forma mercantil), parece sugerir la necesidad de un abordaje legislativo de la materia⁷. El primer debate que surge

⁷ VIOLANTE, L. «Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nell campo della biologia umana», en *Bioética*. Laterza, Roma-Bari, 1989, págs. 259-270.

al plantearse tal regulación es la definición de los procedimientos, las técnicas y los acuerdos lícitos o ilícitos: ¿el uso de gametos de terceros? ¿la maternidad subrogada? ¿la fecundación *in vitro*? ¿la fecundación *post mortem*? ¿la investigación y experimentación con embriones?

Asimismo es habitualmente debatida la posibilidad del acceso a estas técnicas: ¿sólo a los matrimonios? ¿a cualquier mujer? ¿sólo en caso de esterilidad? Incluso si existe un derecho a la reproducción, a la paternidad/maternidad y qué alcance tendría⁸. En definitiva, si el acceso a estas técnicas ha de estar prohibido, ser un privilegio (económico, por ejemplo) o ser universal (a través de la seguridad social, por ejemplo, lo que desde luego tiene también serios inconvenientes).

No es menos discutida la cuestión de la utilización de gametos (o embriones) de terceros. Así, se debate sobre la conveniencia del anonimato de los «donantes» contrapuesto a un hipotético derecho que tendría el nacido a conocer sus orígenes biológicos. Y también se debate el problema de cómo se deberían afrontar los problemas jurídicos surgidos con relación a la determinación de la filiación y sus consecuencias, por ejemplo sucesorias.

Otra importante cuestión —que a veces se mezcla con todo el resto de debates— es la regulación del estatus del embrión humano. Fundamentalmente en cuanto a que ya es factible su manipulación fuera del seno materno. Así, se discute sobre el destino que se le habrá de dar a los embriones no transferidos, sobre la licitud y requisitos de la investigación y experimentación, sobre las facultades de disposición sobre los mismos, etc.

Es también importante la regulación de los centros donde se realizan estas técnicas, o donde se almacenan gametos y embriones, tanto en sus requisitos de funcionamiento, sus relaciones con las usuarias y usuarios, el control administrativo, o las responsabilidades en que pudieran incurrir los propios centros o los equipos médicos.

4. Son varios los países que han legislado sobre esta materia con mayor o menor exhaustividad. No cabe dar aquí una visión de tales legislaciones por más que pudiese resultar ilustrativo. Como no cabe —lo que

⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, desde la perspectiva constitucional española. También es interesante la perspectiva de C. OVERALL (ob. cit. pág. 19 y sigs.).

quizá fuese más interesante— el análisis de las principales soluciones que los jueces y tribunales de los diferentes países han ido aportando a los casos que se les han ido planteando antes de contar con instrumentos legislativos adecuados.

Por lo que respecta a España, hay que referirse a dos leyes aprobadas en el año 1988. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células Tejidos y Órganos. Con estas leyes, sobre todo con la primera, España se convertía en pionera en la regulación completa de las nuevas tecnologías reproductivas, si bien los resultados fueron controvertidos, y su tramitación accidentada. Hay que aclarar, no obstante, que la efectividad de estas leyes quedó bastante afectada por el incumplimiento de los plazos (que eran de seis a doce meses, según los casos) que las mismas señalaban para el desarrollo reglamentario de sus disposiciones. No será hasta abril de 1996 que se publicarán dos reales decretos que desarrollan algunos de los aspectos en que la ley se remitía a una posterior regulación reglamentaria.

Por otra parte, el código penal de 1995 incluyó un título dedicado a los «Delitos relativos a la manipulación genética», donde se tipifican —entre otras— algunas conductas que hasta ese momento eran ilícitos administrativos en virtud de la Ley 35/1988. Dos son los delitos directamente ligados a las nuevas tecnologías reproductivas: la fecundación de óvulos humanos con cualquier finalidad distinta a la de la procreación humana y la práctica de reproducción asistida en una mujer sin que exista su consentimiento.

La Ley 35/1988 regula las técnicas de reproducción asistida a las se ha hecho referencia: inseminación artificial, fecundación *in vitro* y transferencia intratubárica de gametos. Les atribuye como finalidad fundamental, aunque no exclusiva, la actuación frente a la esterilidad humana. Entre los principios que esta ley recoge destacan la obligatoriedad del asesoramiento y del consentimiento de la mujer (y de su cónyuge, si es el caso), para someterse a estas técnicas, cuya suspensión podrá solicitar en cualquier momento. La mujer habrá de ser mayor de edad, y tener capacidad de obrar, pero no se exige que esté casada o que tenga pareja.

Se regula asimismo la «donación» de gametos y embriones prohibiéndose su comercio y salvaguardando el anonimato del donante. En este sentido se establecen las reglas para que no se instituya ninguna relación jurídica de filiación entre el donante y el nacido por medio de esta práctica. También se permite, en determinados casos, la llamada inseminación *post mortem*.

Los embriones «sobrantes» de una fecundación *in vitro* no transferidos serán congelados por un máximo de cinco años, con la particularidad de que pasados dos años de almacenamiento pueden quedar a la disposición de los centros en donde se conservan.

Está prohibida y sancionada, no obstante, la «maternidad de alquiler», al igual que otro tipo de conductas como el lavado uterino, la clonación y hasta otra veintena más.

Se autoriza el tratamiento *in vitro* en determinadas circunstancias de los embriones con fines terapéuticos. Asimismo está permitida —previa autorización administrativa, consentimiento de los padres, y en todo caso con finalidades tasadas— la investigación y experimentación con embriones, siempre que no superen los catorce días de desarrollo *in vitro*. Para los embriones que superen los catorce días y que no sean viables (abortos, accidentes...) se aplicará lo regulado en la Ley 42/1988.

Por último la ley regula la creación de una «Comisión Nacional de Reproducción Asistida», con cometidos de orientación sobre la utilización de estas técnicas y de auxilio y asesoramiento de la administración.

5. Si no nos perdemos de entrada en las particularidades y detalles de la ley y pretendemos un análisis más distanciado, podremos concluir que uno de sus rasgos más peculiares es un carácter fuertemente *individualista*.

Pretende meramente disciplinar las relaciones interindividuales en un ámbito puramente *privado*, fundamentalmente entre quien se somete a estos procedimientos y los centros que los realizan, poniendo ciertas limitaciones a la actuación de estos últimos. Las limitaciones se producen sobre todo en lo que se refiere a la investigación con embriones humanos en el marco de una regulación que, no obstante, favorece globalmente el acceso a los embriones para tales fines. En nada sustancial enerva esta afirmación la intervención del Estado en un cierto sentido social —que hay que decir que tampoco se llega a consumir realmente— como no lo enerva el mero hecho de que se regule legalmente esta materia.

En otras palabras, se regula simplemente el negocio que suponen estos tratamientos. En ningún momento se inserta en algún tipo de política sanitaria más o menos global. En modo alguno se sitúa en el marco de una intervención de mayor calado, por ejemplo preventiva, con relación a la infertilidad, que sin embargo es esgrimida como la máxima *ratio* legitimadora de la necesidad de poner en marcha toda esta cuestión.

No es sorprendente tal carácter individualista de esta ley. Como no lo es encontrarlo en general en las normas jurídicas que afrontan estas cuestiones, es decir, el nuevo tratamiento de los seres humanos en tanto que seres vivos.

El proyecto de ciencia moderna está basado en la antropología a que nos hemos referido, así como en sus presupuestos epistemológicos. Se caracteriza por la matematización (formalización) y por la experimentación. En este último aspecto, sobre todo, está implícito su ideal reduccionista, intervencionista y manipulador con respecto a la naturaleza, lo que significa un giro radical a favor de la operatividad frente a la empresa logotéorica tradicional. Este giro tendrá consecuencias lejanas en las actuales tecnociencias, en donde la diferencia entre ciencia y técnica aparece fuertemente diluida¹⁴.

Con estas premisas, las ciencias de la vida se desarrollan de forma notable en el presente siglo, especialmente en su segunda mitad. Se fundamentan en el caudal de información y clasificaciones realizadas en el siglo anterior, y en la gran aportación del evolucionismo, y se ven favorecidas por los descubrimientos y los desarrollos de instrumental de otras ciencias. Pero además, se dotan de una base económica sólida en dinero y personas, al hilo de las preocupaciones por la salud y el rendimiento de los trabajadores y soldados durante las guerras, y logrando posteriormente el autofinanciamiento de su desarrollo, fijando cada paso con la introducción de mejoras o productos. La medicina, la agricultura y la industria van a estar lo suficientemente desarrolladas como para permitir y exigir el uso de la experimentación¹⁵.

Después de la segunda guerra mundial, y en lo que no se puede desligar de las políticas del «Estado del bienestar» en los países centrales, la medicina y la farmacia se convierten en industrias de primera magnitud. Las transnacionales farmacéuticas actúan como cualesquier otras; la venta y el consumo de bienes de salud se convierte en su objetivo. Con artefactos y productos cada vez más sofisticados y caros, las promesas de salud son cada vez mayores¹⁶. Si la legitimidad de las prácticas terapéuticas se

¹⁴ HOTTOIS, B. *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia*. Anthropos, Barcelona, 1991, págs. 18-19.

¹⁵ BERNAL, J. D. *Historia social de la ciencia*. Península, Barcelona, 1976, págs. 141-143, vol. II.

¹⁶ LANDMAN, J. *A ética médica sem máscara*. Guanabara, Rio de Janeiro, 1985, págs. 62 y sigs.

viese diluida por las motivaciones consumistas, el marketing y la ideología de la excelencia tecnológica se ocuparía de sustituirla.

Al mismo tiempo, como dijimos, los nuevos avances permiten determinadas formas de apropiación y de enajenación del cuerpo humano, y, sobre todo, permiten la formación de mercados. En el caso que nos ocupa, lo permite sobre los gametos humanos, sobre el tejido embrionario, o sobre los propios embriones, ya sea para que los utilicen otras personas para reproducción médicamente asistida, ya sea para la investigación. Además, en paralelismo con la explotación de la fuerza de trabajo, puede ponerse en marcha la explotación de la fuerza biológica: las mujeres pueden alquilar sus úteros, y pueden enajenar sus embriones, o incluso pueden parir niños acéfalos para su utilización *ad hoc*¹⁷.

Pero aquel sujeto de derecho del que hemos hablado es también, además, y según los casos «ciudadano», pues en tal condición se relaciona con el Estado. El Estado y el mercado, ambos mecanismos de agregación de voluntades, no son, en ningún caso independientes. El Estado puede establecer las reglas de juego que limiten la desmesura de los «sujetos de deseo», puede establecer procedimientos que regulen el acceso a estos deseos.

Hemos visto cómo en la concurrencia en el mercado el sujeto individual actúa, en principio, sin límites para lograr la apropiación. Desaparecidos los vínculos comunitarios, inexistente en gran medida un referente moral común intersubjetivo al conjunto de individuos atomizados, el sujeto percibe cualquier objeto como apropiable. Incluso aquellos elementos humanos no integrados satisfactoriamente en la subjetividad. Delante de esta situación las miradas se dirigen al Estado y, sobre todo, al derecho como instancia a la que se le pide la resolución e integración de las nuevas cuestiones que, como esta, han planteado los desarrollos de las ciencias de la vida.

Enfrentado al abordaje de estas cuestiones, el derecho como último regulador al que se recurre, cumple con esta labor por exceso y por defecto¹⁸. Cumple por defecto ya que contempla como, al igual que ocurre en

¹⁷ VIOLANTE, L. «Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nell campo della biologia umana», en *Bioética*. Laterza, Roma-Bari, 1989.

¹⁸ SOUSA SANTOS, B. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. Afrontamento, Porto, 1994, pág. 70 y sigs.

su tratamiento de otras cuestiones relacionadas con las nuevas tecnologías (p. e. la informática), se hace muy difícil el control social y democrático de las mismas. Cumple por exceso por cuanto las nuevas tecnologías también le otorgan unas enormes posibilidades de extender su actuación hasta límites insospechados. Aun sin llegar a antiutopías del tipo *Brave New World* huxleiano, le dan enormes posibilidades de control sobre las personas (piénsese en la «expropiación» de embriones a partir de un cierto tiempo de almacenamiento), e incluso le permiten imponer modelos de conducta privada, sobre todo desde el momento en que extiende como prestaciones sociales los beneficios de las nuevas tecnologías.

Con respecto al cumplimiento por defecto el derecho, en su intento de regular estas cuestiones, se encuentra con sus propios límites, con los límites que establece su propia construcción. El «sujeto de derecho» en primer lugar. El «derecho» («subjetivo», aunque esta expresión no surge sino tardíamente) aparece simplemente ligado a un sujeto, apenas como potestad individual, independientemente de la antigua concepción *id quod iustum est*¹⁹. No es posible sacarlo de su ámbito narcisista, de su incapacidad de tener en cuenta todo aquello que no sea otro derecho subjetivo. Y al cabo los elementos defectuosamente integrados en la subjetividad acaban por romper con la misma en su unidad.

Particularmente en la cuestión del sexo. El «sujeto de derecho», neutro —o más exactamente, masculino en origen— por extraño que pueda parecer, tiene más dificultades de las previstas en asumir la sexualidad —o más bien, en asumir la feminidad. El derecho al enfrentarse a la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas es incapaz de enfrentarse a la maternidad: esta no existe para él²⁰.

Además las normas del derecho estatal no pueden pasar por encima del ámbito de representación jurídica que permite los actos materiales de intercambio. No puede destruir el ámbito discursivo en el que los sujetos realizan el intercambio, y en última instancia el Estado se ve compelido a fomentar la mercantilización de las relaciones sociales, ya que en el momento las medidas económicas del valor no logran operar en la forma mer-

cantil se hace problemática la estructura del Estado capitalista, que tiene como labor el universalizar tal forma mercantil del valor²¹. Aunque considerase ilícitos tales intercambios —y piénsese en el tráfico de drogas— carece finalmente de los medios para establecer relaciones diferentes. Puede atribuir derechos a los ciudadanos, por ejemplo la sacralidad del cuerpo; o limitarlos, por ejemplo con la estipulación de determinadas políticas de salud. Pero estas limitaciones podrán ser materialmente superadas en cuanto se opongan a las lógicas mercantiles, o incluso —de otra manera— a la iniciativa de la comunidad científica.

Una comunidad que recela de los controles estatales sobre su labor —y hay las suficientes experiencias históricas como para que resulte comprensible— e insiste en su capacidad de autorregulación. Pero las servidumbres por la vía de las necesidades de financiamiento de la labor investigadora establecen controles que ni siquiera son más difusos, pero sí más enmascarados y asumidos. Cuando vienen por vía privada, se apartan de los controles democráticos que son posibles en el marco estatal.

En definitiva, tópicos como la intangibilidad de lo humano, así como la forma en que son desarrollados en forma de derechos subjetivos, encuentran serias dificultades para su real efectividad. Es difícil que se consiga imponer por medios simplemente jurídicos, por miedo —quizá— a un castigo. La simple creencia en él, además de partir de una visión pre-evolucionista no garantiza nada.

Vistas así las cosas, quizá no quepa propugnar soluciones universalmente válidas. Pero sí cabe universalizar la reflexión, e integrarla en la conciencia de nuestra comunicación material —a través de nuestros actos— y laberíntica con la práctica totalidad de los habitantes del planeta²². Es grotesco que se planteen como problemas morales ligado a las nuevas tecnologías reproductivas cuestiones como la masturbación en la obtención del semen²³. Quizá sea más realista cuestionarnos —sin prejuicios— la inversión de enormes recursos sociales en estas tecnologías, ya no sólo cuando se descuida la (más barata y socialmente «productiva») prevención de la esterilidad; sino cuando se fomentan de puertas adentro políticas pro-

¹⁹ VILLEY, M. *Filosofía do Direito*. Atlas, São Paulo, 1977, pág. 120.

²⁰ SAU, V. *El vacío de la maternidad*. Icaria, Barcelona, 1995, pág. 9 e *passim*.

²¹ OFFE, C. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Alianza, Madrid, 1990, pág. 108.

²² CAPELLA, J. R. (ob. cit.), pág. 40.

²³ Lo que no es nada infrecuente, Cfr. SGRECCIA, E. *Manuale di bioetica*. Vita e pensiero, Milano, 1988, págs. 298 y sigs.

natalistas y de cara al exterior el pánico a la superpoblación: programas de anticoncepción coercitivos, incluidas esterilizaciones masivas sin consentimiento²⁴, al tiempo que se asiste a un deterioro mundial de la salud reproductiva de las mujeres²⁵. Eso sí, combinado con un cierre de las fronteras, por miedo a la invasión de los bárbaros.

Este es el panorama, o parte de él, a nuestro juicio. Mucho habrá que hacer y pensar para no perder nuestra paradójica individualidad —ahora manipulable— y los intereses genealógicos de la especie que están siendo cuestionados.

BIBLIOGRAFÍA

- BARCELONA, P. *El individualismo propietario*. Trotta, Madrid, 1996.
- BERNAL, J. D. *Historia social de la ciencia*. Península, Barcelona, 1976.
- CAMBRON, A. *El cuerpo objeto de experimentación: entre saber y poder*. (pro manuscrito).
- CAPELLA, J. R. *Los ciudadanos siervos*. Trotta, Madrid, 1993.
- EDELMAN, B. «Sujet de droit et techno-science», en *Archives de Philosophie du Droit*, (1989), págs. 165-179.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- HOTTOIS, B. *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia*. Anthropos, Barcelona, 1991.
- JACOBSON, J. L. «La salud reproductiva de la mujer», en L. BROWN, *La situación en el mundo 1992*. Apóstrofe, Barcelona, 1992.
- LANDMAN, J. *A ética médica sem máscara*. Guanabara, Rio de Janeiro, 1985.
- MARTÍN MATEO, R. *Bioética y derecho*. Ariel, Barcelona, 1987.
- MARX, K., *Miseria de la Filosofía*. Aguilar, Madrid, 1969.
- OFFE, C. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Alianza, Madrid, 1990.
- OVERALL, C. *Human Reproduction: Principles, Practices, Policies*. Oxford University Press, Toronto, 1993.
- SAU, V. *El vacío de la maternidad*. Icaria, Barcelona, 1995.
- SGRECCIA, E. *Manuale di bioetica*. Vita e pensiero, Milano, 1988.

²⁴ TABOADA, L. *La maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fecundación in vitro*. Icaria, Barcelona, 1986, pág. 10.

²⁵ JACOBSON, J. L. «La salud reproductiva de la mujer», en L. BROWN, *La situación*

- SOUSA SANTOS, B. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. Afrontamento, Porto, 1994.
- TABOADA, L. *La maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fecundación in vitro*. Icaria, Barcelona, 1986.
- TESTART, J. *La procreación artificial*. Debate, Madrid, 1994.
- VILLEY, M. *Filosofia do Direito*. Atlas, São Paulo, 1977.
- VIOLANTE, L. «Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nell campo della biologia umana», en *Bioética*. Laterza, Roma-Bari, 1989.

CAPÍTULO QUINTO
EUGENESIA Y RACISMO *

Clara Queiroz

1. INTRODUCCIÓN

Formalmente, el racismo depende de la existencia de razas humanas y del establecimiento de su jerarquización. No obstante hoy en día está asentado entre los taxonomistas que, en sentido biológico, no existen las razas humanas. Los taxonomistas van incluso más lejos y afirman que también en lo concerniente a otras especies animales, la categoría taxonómica de raza es una ordenación rígida de la especie en compartimentos estancos que empobrece, cuando no imposibilita, una visión global de la dinámica de los patrones de variabilidad de los seres vivos y de sus correlaciones con las condiciones ambientales.

Refiriéndose al racismo, el científico antirracista Jacques RUFFIÉ (1976) ha comentado: «*Que una teoría sin ningún fundamento haya podido ser adoptada y propagada hasta nuestros días es ciertamente sorprendente*» (pág. 422).

En mi opinión, por el contrario, la persistencia del racismo es consecuencia lógica de una teoría seudocientífica que ha sido articulada en el contexto de argumentos políticos de aparente sentido común y de argumentos científicos transpuestos arbitrariamente provenientes de varias disciplinas, en especial, de la antropología, de la biología y, más recientemente, de teorías reduccionistas oriundas de la genética molecular. Se construye así, sin rigor, una noción de «naturaleza humana», para muchos gratificante, pero con vastas implicaciones políticas e ideológicas.

La teorización del racismo busca su argumento de autoridad privilegiado en la incontestabilidad de la ciencia. Frecuentemente, se olvida que el racismo tiene componentes culturales, históricas, religiosas, psicológicas, políticas, económicas y que se inserta en estructuras sociales. Sin embargo, no siendo un fenómeno monocausal, no es tampoco la *resultante* de un conjunto de factores que se encuentren en su origen. Se establecen interacciones entre el racismo y los componentes que lo caracterizan en todas las direcciones; se establecen influencias mutuas que se retroalimentan. El racismo es simultáneamente causa y efecto.

Racismo y eugenismo son teorías que se interrelacionan. Los vemos surgir abiertamente en ciertos períodos históricos, dependientes de condiciones sociales particulares, defendidos por ideologías y teorías científicas de raíz común. Como caso paradigmático, todos recordamos el nazismo y su «limpieza» étnica.

Pero no es fácil definir el racismo. Y esto porque, más allá del concepto clásico de que el racismo consiste en la afirmación de la superioridad natural de una raza o de una población humana sobre otra, el racismo adopta, hoy en día, formas sutiles de discriminación, a veces aceptadas a causa de una profunda incompreensión de lo que es la cultura, de las relaciones entre la capacidad de aprendizaje y los medios sociales y familiares, de la biología de la especie humana, de la ausencia de significado de la vieja controversia entre lo «innato» y lo «adquirido». Por eugenesia se entienden las técnicas que favorecen la reproducción de un gen —eugenesia positiva— o que, por el contrario, la desfavorecen —eugenesia negativa. Eugenismo será, entonces, cualquier proyecto que pretenda influenciar la transmisión de genes con el fin de «mejorar» la especie humana.

Subyacente a cualquier programa eugenista se encuentran ideologías racistas, entendiendo aquí racismo en un sentido lato. Ambos —racismo y eugenismo— se asientan sobre la convicción de que un determinismo biológico confiere a los individuos características, comportamientos y cualidades inmutables por ser innatas. Ambos tienen como presupuesto que ciertas características humanas son «buenas» o «malas» en sí mismas, independientemente de los contextos. En otras palabras, parten de valores que, *a priori*, se considerarán los únicos aceptables e indiscutibles.

Recientemente, las nuevas tecnologías han abierto el camino a nuevas formas de racismo y eugenismo. Estoy pensando no sólo en las posibles consecuencias de la ingeniería genética y de las técnicas de reproducción *in vitro*, sino también en las potencialidades de control de las poblaciones humanas por vía de las tecnologías de la información.

Me gustaría ahora tejer algunas consideraciones sobre ciertos aspectos: lo que se entiende por razas en un sistema de clasificación; por qué no existen razas humanas; relaciones entre racismo y eugenismo; racismo científico; posibilidades eugenésicas de las nuevas tecnologías; y relaciones entre ciencia y sociedad.

2. CONCEPTO DE RAZA Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN

Al término «raza» no le ha correspondido un significado preciso ni en el discurso lego ni en el discurso científico (QUEIROZ, 1991).

Así, en diccionarios de la lengua portuguesa se encuentran definiciones que incluyen: conjunto de individuos que forman un pueblo, una familia, categoría; variedad, especie, subespecie, estirpe, generación, humanidad; o incluso, conjunto de individuos que conservan entre sí relaciones próximas de semejanza y se reproducen por generación.

En el registro científico, el término «raza» se usa con mayor rigor: las acepciones en que se usa varían conforme las áreas y, en una misma área no todos los autores coinciden con su definición.

El sociólogo John REX (1986), por ejemplo, alude a esta situación al decir que «*el uso de los términos 'raza' y 'étnia' varía mucho en el discurso popular y político, hasta tal punto en que se hace difícil promover un debate racional sobre cuál ha de ser su empleo más adecuado para un sociólogo*» (pág. 37). El antropólogo WASHBURN (1962) abrió un encuentro anual de la Asociación Antropológica Americana, en Chicago, con la siguiente advertencia: «*La discusión sobre razas parece generar emociones y confusiones sin fin. No me hago ninguna ilusión de que este artículo mío pueda contribuir a disipar la confusión; podría, eso sí, acrecentar la emoción. La información disponible más reciente, apoya los descubrimientos tradicionales de los antropólogos y otros científicos sociales: no hay fundamento científico de ningún tipo para la discriminación racial*».

Y, no obstante, a causa de confusiones deliberadas o inocentes, la biología y la antropología han proporcionado siempre argumentos que racistas y eugenistas arguyen a su favor.

En el interior de la biología, la raza se identifica generalmente con la «subespecie», es decir, la única categoría taxonómica infraespecífica. (Según MAYR y otros (1953), las categorías taxonómicas generalmente aceptadas son: reino, filo, subfilo, superclase, clase, subclase, cohorte, superorden, orden, suborden, superfamilia, familia, tribu, género, subgénero, especie, subespecie (pág. 48)).

Pero, incluso aquí, el término «raza» es usado consistentemente por los taxonomistas. En sistemática de mamíferos, pájaros e insectos la designación de raza geográfica es sinónimo de subespecie, mientras que los ictiologistas, por ejemplo, utilizan «raza» como poblaciones locales de subespecie.

La extraordinaria diversidad de los seres vivos ha impuesto una ordenación, una disposición que permita su reconocimiento y comprensión. Realmente, la clasificación de animales y vegetales es casi tan antigua como la propia humanidad. Los Papúas de Nueva Guinea atribuyeron 137 nombres diferentes a pájaros que hoy se considera que pertenecen a 138 especies distintas: la discordancia entre los taxonomistas actuales y los Papúas se limita a dos especies (MAYR y otros, 1953). ARISTÓTELES (384-322 a. C.), aunque no propuso una clasificación formal de los animales, afirmó que estos deberían ser caracterizados de acuerdo con su modo de vida, con sus acciones o sus hábitos y las partes de su cuerpo.

Es, no obstante en el siglo XVIII con LINNEO —Carolus LINNAEUS— que se establece el primer sistema coherente de clasificación de las plantas y de los animales, cuyos aspectos metodológicos esenciales aun permanece hoy en la taxonomía moderna. En su *Systema Naturae* (1735), propone la *nomenclatura binomial*, donde la especie quedará designada por un sustantivo, que corresponde al género, y por un adjetivo, o sustantivo adjetivado, que corresponde al epíteto específico. Por ejemplo, *Canis familiaris* (perro) y *Canis lupus* (lobo) son dos especies del mismo género.

En el siglo XIX, las ideas transformistas y, sobre todo la Teoría de la Evolución Orgánica propuesta por Charles DARWIN ponen en cuestión la visión linneana de especie de cariz fijista. En *El Origen de las Especies* (1859) DARWIN concibe que han existido anteriormente especies que con el tiempo se han extinguido, que las especies actuales sufren modificaciones y que nuevas especies se han formado y se formarán continuamente.

La dimensión temporal entra en la biología. La vida adquiere una historia. Un nuevo concepto dinámico de especie, opuesto a la concepción estática y tipológica de Linneo revoluciona la Sistemática.

El taxonomista postdarwiniano recurrirá, ahora, a todos los medios a su alcance para subordinar los sistemas de clasificación a criterios tendentes a una descripción de las especies tan ajustada a la realidad cuanto sea posible. Clasificar será, pues, describir la historia de una inmensa familia —la de los seres vivos— en que los grados de parentesco deben ser debidamente expresados.

Existe siempre, no obstante, un ineludible grado de arbitrariedad. Aunque convenientes, ningún sistema de clasificación ni ninguna jerarquía taxonómica consiguen representar adecuadamente la complicada red de interrelaciones y divergencias que se encuentran en la naturaleza. Una metodología inherente a la investigación científica consiste en la reducción de un problema complejo a una diversidad de problemas más simples. El objeto de estudio se caracteriza, categoriza y somete a sistemas de nomenclatura que permiten el establecimiento de cuadros analíticos. Pero, en realidad, no es posible clasificar sin falsear la realidad. A este respecto me gustaría destacar otra faceta del darwinismo.

Para LINNEO y sus discípulos, la especie, concebida como categoría natural, debería armonizarse con el *tipo*; así, las variaciones dentro de la especie representaban meras imperfecciones, desvíos del tipo original. Para LINNEO, la variabilidad de la especie es un epifenomeno sin ningún significado.

Al contrario, DARWIN estableció los fundamentos de su teoría al desplazar el punto de aplicación desde el esencialismo a la variación. El énfasis que puso en la variabilidad constituyó su contribución más importante y revolucionaria a la biología. Desde entonces, la biología ha venido a otorgar una importancia creciente a la variabilidad en el análisis del mundo vivo. Diversos enfoques recientes proponen definiciones de la variabilidad de las poblaciones en detrimento de los que singularizan la semejanza y la uniformidad. La biodiversidad es hoy en día presentada como una riqueza del mundo vivo que se debe preservar y se tiene, hasta en los peyorativos, como valor incontestable.

3. DE LA INUTILIDAD DEL CONCEPTO DE RAZA Y DE LA NO EXISTENCIA DE RAZAS HUMANAS

Una especie puede ser definida como un grupo de poblaciones naturales que se cruzan entre sí, de hecho o potencialmente, y que están aisladas, desde el punto de vista reproductivo, de otros grupos de poblaciones pertenecientes a otras especies.

Este concepto biológico de especie no se fundamenta en el grado de semejanza o diferencia entre dos formas, sino en el criterio de presencia o ausencia de reproductividad en condiciones naturales. Aunque subsisten dificultades, la especie así definida reviste un cierto grado de objetividad que le confiere un estatuto de categoría real, por oposición a todas las otras categorías taxonómicas sujetas a criterios frecuentemente subjetivos, que no pocas veces conducen a divergencias de opinión entre autores.

Conviene precisar, de todas formas, que aunque se trate de un criterio relativamente objetivo de clasificación, conduce al taxonomista a agrupar, bajo una única designación específica a un vasto conjunto de individuos diferentes unos de otros en muchos aspectos.

Los individuos de una misma especie poseen, por regla general, los mismos genes organizados en cromosomas cuyo número y forma son igualmente idénticos. Mas cada gen puede estar representado, en cada individuo, por una de muchas formas alternativa —los *alelos*—, es decir, variaciones de número y de naturaleza de la secuencia de nucleótidos del ADN (ácido desoxirribonucleico). Los alelos tienen su origen en la mutación y la reproducción sexual se encarga de diversificar las combinaciones entre los varios alelos de los genes. Aunque cada gen esté relacionado con determinadas funciones o estructuras, diferentes alelos de un gen pueden condicionar variaciones en esas funciones o en esas estructuras. Por otro lado, se establecen interacciones entre las acciones de los diferentes alelos y entre estos y el ambiente.

Hasta hace aproximadamente dos décadas, los genetistas suponían que los genes no variarían significativamente dentro de una población. Esta suposición fue por el análisis electroforético de enzimas provenientes de individuos de las mismas especies, incluso de la especie humana. Las enzimas están constituidas por cadenas polipeptídicas sintetizadas de acuerdo con la secuencia nucleotídica de los genes que las codifican. De este modo, la extraordinaria diversidad de cada tipo de enzima corresponde a una diversidad semejante de alelos del gen correspondiente.

A la luz de esta biodiversidad, la ordenación de poblaciones de una misma especie en razas (o subespecies) sólo podría tener sentido si esas poblaciones estuviesen aisladas geográficamente y, de ese modo, según el darwinismo, en vías de especiación, es decir, de aislarse de tal modo que, en el futuro, vengan a constituir nuevas especies. Pero la formación de nuevas especies es un proceso lento y complejo que en los mamíferos puede llevar un millón de años. Basta que desaparezcan las barreras geográficas que imponían el aislamiento de las poblaciones para que los cambios alélicos se reestablezcan anulando el efecto de evolución divergente que se había iniciado.

Excepto, tal vez, en condiciones extremas en que el aislamiento continuado permita la evolución divergente de las poblaciones, raza (o subespecie) es una categoría taxonómica artificial que se inserta en la visión tipológica y a la que no se debe recurrir. La ordenación rígida de poblaciones en compartimentos estancos empobrece, cuando no imposibilita, una

visión global de la dinámica de los modelos de variabilidad de los seres vivos y de sus correlaciones con las condiciones ambientales.

En esta perspectiva, no tiene ningún sentido ordenar las poblaciones humanas en razas. Aquéllas cambian alelos entre sí, esto es, se aparean y nunca ninguna población humana estuvo aislada tiempo suficiente para que se hubiese producido una evolución divergente.

Se admite, con fundamento en los datos paleontológicos y estudios electroforéticos en poblaciones actuales, que la especie a la que pertenecemos —*Homo sapiens*— tuvo un origen monofilético en un área geográficamente restringida del continente africano. Probablemente, desde su origen hasta nuestros días ha habido períodos de aislamiento temporal de grupos poblacionales, a los que han seguido fusiones originadas por corrientes migratorias. Hay razones para creer que las corrientes migratorias se han producido por todo el planeta. En el inicio del neolítico, nuestros antepasados utilizaron barcos, como demuestran los vestigios de su presencia en las islas del Mediterráneo.

El desarrollo reciente de la genética y de la bioquímica ha permitido la identificación de una enorme cantidad de genes humanos que codifican cadenas polipeptídicas. La variabilidad de cerca de 150 de estas proteínas fue analizada por medio de técnicas inmunológicas y por electroforesis, a partir de una vasta muestra de individuos de todos los puntos del globo. Se concluyó que el 75 por ciento de las proteínas estudiadas no presentaban variaciones entre los individuos de la muestra, lo que significa que la mayoría de las proteínas conocidas y estudiadas son comunes, sin variación, a todas las poblaciones humanas. Por otro lado, el tratamiento estadístico del grupo de proteínas variables —el restante 25 por ciento— reveló que gran parte de esa variabilidad (85 por ciento) se encuentra en los individuos pertenecientes a la misma población, el 8 por ciento se encuentra entre poblaciones y el siete por ciento entre grandes grupos de poblaciones humanas, vulgarmente identificadas con grandes grupos raciales (LEWONTIN, 1974).

Esto quiere decir que la variabilidad es mayor *dentro* de cada población que *entre* poblaciones, incluso entre las que están muy separadas geográficamente.

Estos resultados evidencian que, en la historia de la humanidad, la mezcla entre grupos de poblaciones ha sido lo suficientemente intensa como para contrariar los movimientos de aislamiento poblacional ocurridos. Estos resultados significan además que, independientemente de los argumentos contrarios a una visión tipológica de las especies, no existen razas huma-

nas. En otras palabras, no existe fundamento biológico que permita la subdivisión racial de la especie humana.

4. RACISMO Y RACISMO CIENTÍFICO

La ciencia se ha consolidado como el modo de conocimiento dominante de la sociedad industrial. En esta óptica Hilary ROSE y Steven ROSE (1982) sostienen que «*Ciencia es un término usado para describir caminos necesarios para conocer el mundo material, para explicarlo y teorizarlo como una guía para la acción*». No parece así contradictorio que la ciencia haya proporcionado y continúe suministrando teorías que ayudan a la sociedad industrial a racionalizar conflictos resultantes de la estructura de clases, de enfrentamientos entre países, o de situaciones de colonialismo. Creo que no hay ninguna área científica que pueda presumir de haber escapado al desempeño de este papel. Por lo que respecta al racismo, me gustaría discutir principalmente algunos aspectos relacionados con la biología y la antropología.

No será una casualidad que la antropología científica y las sociedades etnológicas y antropológicas aparezcan en el siglo XIX en una Europa en expansión colonial. La primera surge en París en 1839, por iniciativa de W.F. Edwards, bajo la denominación de *Société Ethnologique de Paris*, a la que sigue la *Société d'Anthropologie de Paris*, fundada por Paul BROCCA en 1859. En Gran Bretaña aparece en 1843 la *Ethnological Society of London* y, en 1863, la *Anthropological Society of London*, de las cuales nace, en 1871, el *Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*. Sociedades análogas nacen en Berlín (1869), en Viena (1870) y en Estocolmo (1873). En esa época (1871), P. MANTEGAZZA funda la *Sociedad Italiana de Antropología Física de Florencia*, ciudad que en ese momento es capital de Italia.

Los grandes viajes expedicionarios en que es fértil el siglo XIX son, en algunos casos, organizados por las sociedades eruditas especializadas para conducir a los antropólogos a los lugares de estudio. De esto es ejemplo la expedición organizada por la *British Association for the Advancement of Sciences*, integrada en un programa de investigación de las poblaciones del Canadá occidental iniciado en 1884. Se crean museos de etnografía que vienen a sustituir a los llamados «*gabinetes de curiosidades*» del siglo XVIII, que reunían las colecciones de objetos y especies exóticas importadas de países lejanos. El más antiguo museo es el de París que, instalado en 1879 en el Palacio del Trocadero, vendría más tarde a ser el *Musée de l'Homme*. A partir de aquí, la antropología se afirma como disciplina científica.

Durante esta fase, la antropología tiene una inclinación eminentemente evolucionista y las teorías predominantes no son ajenas al darwinismo social. Estas justifican los imperios coloniales y el racismo y, al mismo tiempo, la estructura social resultante de la revolución industrial. La reificación que la antropología y la biología hicieron de la humanidad es bien patente en textos del siglo pasado y del principio de éste y, en otros términos, en textos y teorías actuales.

Típicamente, los textos antiguos escritos por antropólogos, naturalistas y expedicionarios al servicio de países coloniales confunden, en las descripciones científicas, características físicas con aspectos religiosos, culturales y de organización social, entre los que no hacen distinción alguna.

Los contactos con poblaciones distantes desencadenaron una intensa actividad: se midieron cráneos, se estudiaron anatomías, se observaron costumbres. Y todos estos estudios conducían a sistemas de clasificación variables de un autor a otro, pero en los que las «razas humanas» se disponían según jerarquías en donde los europeos, invariablemente, eran situados en el lugar superior de la escala, y los pueblos africanos en el inferior. Frecuentemente, esos estudios llevaron a la afirmación de que las mujeres deberían ser situadas aun por debajo de los negros.

En 1775, Johann FRIEDRICH BLUMENBACH, considerado como uno de los fundadores de la antropología, propone una clasificación en que distingue cinco razas humanas a partir del color de la piel asociada a otras características morfológicas. En *De Generis Humani Varieta Nativa Liber* sustenta que la raza blanca es la más primitiva y la más noble, mientras que las otras cuatro razas son derivaciones de ésta por degeneración. Georges LOUIS LECLERC, conde de Buffon y autor de la *Histoire Naturelle* cuyos 44 volúmenes se publicaron entre 1749 y 1804, comparte este punto de vista, distinguiendo razas en las que a caracteres morfológicos se asocian caracteres de índole psicológica, sociológica, religiosa e histórica, que se consideran innatos.

Esta confusión permanece durante el siglo XIX y el principio del siglo XX, si bien sus últimos ecos, revestidos de un discurso modernizado, han llegado hasta nuestros días.

Innumerables propuestas de clasificación más recientes se asientan no sólo en el color de la piel, sino también en la forma de los ojos, de la nariz y de la boca, en el tipo de cabello, en características de la estructura facial, en los grupos sanguíneos, etc. El desarrollo científico y el rigor de sus métodos no han promovido la unanimidad en la comunidad científica: desde la clasificación de BOYD (1950) que propone seis razas hasta la de COON

(1965) que propone 50, se diría que existen tantos sistemas de clasificación como autores y que todos ellos padecen una visión tipológica.

La divergencia depende de los criterios utilizados. No obstante, cualesquiera que estos sean, todas ellas tienen en común una reminiscencia de las clasificaciones de los siglos XIX y XVIII: la distinción inicial coincide con los colores de piel predominantes en los grandes continentes terrestres.

La variación en el color de la piel, siempre subyacente en clasificaciones raciales, se debe fundamentalmente a la distribución y concentración diferencial de un pigmento llamado *melanina*; los colores amarillentos de la *queratina* —una proteína de la piel— y de los *carotenos* —pigmentos con origen en la alimentación— y, además, el color rosado de los vasos sanguíneos de la dermis contribuyen también al color visible de la piel. Se piensa que el color de la piel es controlado por un sistema complejo, interactivo, de tres o cuatro genes. Recientemente, Ashley ROBINS, de la Universidad de Ciudad del Cabo en África del Sur, afirma que existe por lo menos un 20 por ciento de variación en el modo de actuación de los genes causada por factores ambientales, como la nutrición, hormonas y exposición solar. Estos trabajos revelan una influencia ambiental semejante en el color de los ojos y del cabello.

Realmente, el color de la piel constituye una *clina*, es decir, una variación gradual, continua, en una serie de poblaciones adyacentes que se distribuyen a lo largo de una vasta área geográfica que, a su vez, presenta variación gradual en uno o más aspectos. Aunque las poblaciones extremas de una clina presenten diferencias de color bien demarcadas, se encuentra entre ellas una variación continua, sin interrupciones, que refleja el intenso intercambio de alelos ocasionado por el emparejamiento entre poblaciones. El color de la piel, tal como muchos otros caracteres morfológicos, representa en gran parte adaptaciones ambientales y no constituye un carácter con valor taxonómico. Aunque sea inmediata la identificación de algunos individuos con poblaciones africanas, o de otros con poblaciones europeas, quedan millones de hombres y de mujeres que no corresponden a ningún «tipo» y que no sabríamos en qué «raza» adscribir.

Otros caracteres morfológicos, como el tamaño del cuerpo y la longitud de los miembros se distribuyen, igualmente, formando clines. Se han aventurado hipótesis para explicarlos a la luz de adaptaciones a variaciones climáticas continuas que habrían ocurrido en épocas remotas. Entre ellas destaca la Hipótesis de LOOMIS (1967) que pretende encontrar una explicación para la distribución del color de la piel en el globo, correla-

cionándola con la formación de vitamina D que, en la especie humana y en otros mamíferos, es necesaria para la fijación de calcio y el crecimiento óseo. La síntesis de esa vitamina ocurre en una capa profunda de la piel, a partir de precursores provenientes de la dieta alimentaria y por activación de la radiación ultravioleta. La melanina la absorbe en gran parte y, así, en regiones de latitud elevada, en que la radiación ultravioleta es débil, la menor cantidad de melanina en la piel tiene valor selectivo. La carencia de vitamina D predispone al raquitismo que, en casos extremos, puede conducir a la muerte; la hipervitaminosis D parece tener un efecto tóxico. De este modo, en las regiones en que la radiación es intensa, la elevada concentración de melanina evita la hipervitaminosis. Es sabido que, durante la revolución industrial, el raquitismo se volvió un flagelo en Inglaterra. En seguida se percibió que la exposición a la luz solar era el remedio más eficaz en el combate de esta enfermedad.

Otras hipótesis del mismo tipo son la Regla de BERGMAN, que pretende explicar la distribución geográfica continua del tamaño del cuerpo de acuerdo con la latitud, y la Regla de ALLEN que correlaciona la variación de la longitud de los miembros con la variación de la temperatura en las diferentes latitudes.

Sin embargo, la especie humana escapa en gran medida a los condicionamientos ambientales climáticos debido a factores de orden cultural. En los Estados Unidos de América, los hijos de inmigrantes sicilianos y de judíos de la Europa Central tienen una estatura media significativamente más elevada que la observada en sus poblaciones de origen que no habían emigrado. Ciertamente, esta diferencia en la estatura no será monocausal, pero la diferencia de dietas es uno de los factores con que parece estar relacionada. Franz BOAS, que estudió estas poblaciones en 1910, encontró también alteraciones significativas en lo que concierne al índice cefálico. Los hijos de los inmigrantes nacidos en los Estados Unidos presentaban un índice cefálico mayor en el caso de los sicilianos, y menor en el caso de los judíos de Europa Central. Posteriormente, otros autores han confirmado estas observaciones.

Numerosos caracteres morfológicos tradicionalmente utilizados por los antropólogos, revelan idénticas adaptaciones, lo que hace de ellos un criterio de reducido valor taxonómico. Un aspecto de esta dificultad está ligada al hecho de que la relación entre la amplia mayoría de los caracteres y los alelos presentes en el genoma de cada individuo es indirecta. No sólo cada carácter resulta de la acción de muchos genes, sino que además la expresión génica depende del ambiente. Las interacciones que se estable-

cen entre los genes y el ambiente y entre los diferentes genes entre sí son extremadamente complejas y, en gran medida, desconocidas.

La verdad es que a pesar del poco significado que tienen las clasificaciones basadas en estos criterios, continúan surgiendo, y el término «raza» continúa apareciendo en muchos dominios. Como el antropólogo Jack STAUDER (1993) comenta, «Nuestra ciencia es utilizable (...) no se trata de un problema de moral individual lo que estoy planteando, no se trata de hacer trabajo 'sucio' o 'limpio'. La cuestión que planteo es, por el contrario, institucional: es que, junto con la investigación en otras ciencias, la investigación en antropología, en general, es sistemáticamente adaptada y utilizada por los intereses dominantes en nuestra sociedad, para fines a los que muchos de los antropólogos, espero que la mayoría, se opondrían.»

5. EUGENESIA

En la segunda mitad del siglo XIX aparece la idea de eugenesia inicialmente presentada en *Inheritance of Human Faculties* (1883) por Sir Francis GALTON (1822-1911), adoptando una visión más consistentemente hereditarista de la selección natural que su primo Charles DARWIN.

Las investigaciones originales fueron consolidadas en la ciencia de la biometría por su seguidor Karl PEARSON. Con excepción de algunos especialistas, la doctrina eugénica se convirtió en corriente dominante ligada a las clases medias en el período anterior a la Segunda Guerra Mundial. La eugenesia se apoyó en la genética, en la antropometría y en la psicometría; a su vez no se concebía la genética y la psicología desligadas de la eugenesia.

GALTON asocia a la antropología física caracteres culturales que considera innatos. En *Hereditary Genius* (1869) afirma que existe un hombre de genio en cada cuatro mil y que el estudio de familias revela que la distribución del genio (escritores, músicos, políticos, jueces) y, alternativamente, la distribución del vicio (crimen, agitación política) no son uniformes sino que se concentran en familias. Esta observación lleva a GALTON a concluir que tanto el genio como el vicio «fluyen» en las familias y son, por lo tanto, hereditarios. Aboga por que sean creadas las condiciones para que las razas y las familias más dotadas prevalezcan sobre las inadaptadas (eugenesia positiva) y que adopten medidas tendentes a hacer bajar la tasa de reproducción de los que se encuentran en el extremo inferior de la escala social (eugenesia negativa). La adhesión a esta doctrina va

lo suficientemente lejos para que muchos se opongan al dispendio de partidas en servicios sociales o incluso en auxilio médico.

La visión de la estructura social británica de GALTON puede ser representada en una curva normal de distribución en que, de izquierda a derecha se sucedan las categorías de criminales, miserables, etc.; pobres y con salarios bajos; clase obrera respetable; trabajadores especializados, capataces, sector terciario, pequeños comerciantes, etc.; profesionales independientes, grandes empresarios, etc. GALTON imaginó una meritocracia en que un cuerpo de élite se debería defender mutuamente en los aspectos sociales decisivos, como en la obtención de puestos de trabajo en posiciones clave de la jerarquía social. En apoyo de su punto de vista, decidió que fuera publicada una «lista de oro», así como una «lista negra», que consistirían, respectivamente, en un índice biográfico de las familias ilustres y de las familias evaluadas por debajo de la media, en lo que respectaba a la salud y a las características mentales. GALTON contaba con la colaboración de sociedades médicas locales para la recogida de los elementos que constarían en estas publicaciones. En 1906, uno de los volúmenes que había planeado fue publicado con el título de *Noteworthy Families*.

Fuera de la comunidad científica de la época, la eugenesia encontró un apoyo sorprendente. Se crearon sociedades eugénicas por todo el mundo occidental, las cuales se convirtieron en fortalezas de protección de los intereses de las clases medias, partiendo del presupuesto de que las leyes eugénicas coincidían con las leyes de la evolución.

En Gran Bretaña, a pesar de que llegó a producirse un amplio debate sobre la esterilización compulsiva de personas de quienes se consideraba sufrían varios tipos de deficiencias, que perduró hasta 1939, el Parlamento no aprobó ningún tipo de legislación en ese sentido. No obstante, la expresión social de la doctrina está patente en los grupos de presión que se formaron paralelamente a la *Eugenics Society* y a la *Society for Constructive Birth Control and Racial Progress* (esta, una sociedad alternativa que criticaba a la anterior por su indecisión en promover el control de la natalidad en las clases más bajas). Son ejemplos de esos grupos la *Malthusian League*, la *National Birth Control Association*, la *National Association for the Care of the Feeble-Minded* y el *National Council for Mental Hygiene*.

El impulso eugenista tuvo una importancia decisiva en movimientos a favor del control de la natalidad, de la esterilización, de la eutanasia y del control de diversos grupos de individuos, desde los ciegos a los deficientes mentales. Todas estas políticas encontraron abogados presurosos entre los médicos británicos, así como entre los médicos alemanes y americanos.

A pesar de la amplitud del movimiento en Gran Bretaña, el impacto de la eugenesia en las políticas sociales se hizo sentir más fácilmente en muchos estados americanos y en la Alemania de HITLER, donde la eugenesia negativa encontró su expresión extrema en las leyes de esterilización.

En los Estados Unidos de América, las teorías tuvieron un apoyo tan fuerte que, en 1920, existían leyes de esterilización en veinte estados. Aunque el ámbito de estas leyes fuese variable, en algunos estados estas implicaban la prohibición de matrimonios entre personas de razas diferentes e, incluso, de personas socialmente indeseables.

Las leyes de inmigración de 1924, que limitaban la entrada en los Estados Unidos de europeos del sur, entre otros, aparecen en un informe elaborado por un miembro del *Eugenics Record Office*, Harry LAUGHLIN, que defiende que la entrada en los Estados Unidos de ciertos inmigrantes constituye una amenaza social. El *Eugenics Record Office* desempeñó un papel importante en la divulgación de los argumentos eugenistas. Su fundador, Charles B. DAVENPORT, director de la *Carnegie Station for Experimental Evolution*, en *Cold Spring Harbor*, afirmó que la mezcla de razas implicaba serios riesgos biológicos. Aunque fue apoyado en esta posición por muchos genetistas del primer cuarto de este siglo, ninguno aportó resultados científicos dignos de crédito en favor de este punto de vista. La cuestión de la demografía ha sido tema de numerosos trabajos en los que se defienden opiniones diversas. En un amplio debate en el que, a partir de los años treinta, participaron voces tan discordantes como las de J.B.S. HALDANE, Julian HUXLEY, WILLIAM y Paul PADDOCK o Paul EHRLICH, no pocas veces los argumentos aducidos en favor de medidas drásticas para resolver los problemas enunciados en los panoramas más alarmistas recurrieron a las creencias eugenistas, como sucedió en una propuesta presentada por Raymond B. COWLES en 1960. «Si se diese un abono de 600 dólares (...) a quien no tiene hijos (sólo se pagaría a mujeres) se ahorrarían los costes de la educación de la criatura no-nacida y se recuperaría, de esta forma, lo pagado. Fundamentalmente, la actuación tendría una base eugénica. El subsidio sería principalmente eficaz en relación al sector de la población más pobre, menos educado y menos ambicioso: los beneficios recaerían principalmente sobre los tradicionalmente dependientes, los que requieren seguridad social y subsidios de desempleo (los que encuentran dificultades para emplearse tienen en general mayores familias). Podríamos suprimir algunos de estos subsidios y hacer recaer el apoyo a la familia en el pago por no tener hijos.» (págs. 339-340).

Pero es sin duda en Alemania dónde el racismo científico va más lejos en su relación con el racismo social institucionalizado. Los higienistas raciales, que apoyaron el programa nazi en la primera mitad de este siglo vieron en GALTON el líder del movimiento. Sin embargo, el cuerpo doctrinal nazi va a buscar también inspiración y apoyo en filósofos, pensadores y científicos nacionales. El pensamiento de científicos como Ernst HAECKEL (1834-1919), profesor de zoología en la Universidad de Jena, va a proporcionar una justificación de apariencias objetiva a los programas de esterilización que anteceden a la cámara de gas. En efecto, HAECKEL (1904) desarrolló una teoría en la que establece una valorización jerárquica del mundo vivo al que compara con la especie humana. En esa teoría afirma que «lo que distingue al hombre de los demás mamíferos superiores y aumenta el valor de su vida es la civilización, siendo la razón condición de la misma. Pero la razón pertenece casi en exclusiva a las razas humanas superiores y muy poco a las otras. Los hombres de la naturaleza (vedas, australianos) están, desde el punto de vista psicológico, más próximos a los mamíferos (monos, perros) que de los europeos civilizados» (pág. 272). Así, el «valor social del civilizado moderno es muy superior al de sus antepasados salvajes» y «sin duda en el propio interior de la vida civilizada hay grados» (pág. 381).

HAECKEL defendió la eliminación de los enfermos y débiles mentales y condenó la aceptación de las cargas sociales que ellos representaban. Para divulgar sus ideas fundó la *Liga Monista* con el apoyo financiero del industrial Alfred KRUPP.

La emigración y fuga de intelectuales, artistas y científicos alemanes después de la subida al poder del Partido nazi sugiere una política de desprecio por los sectores ilustrados, una posición antiintelectual. Esta idea fue fortalecida por la célebre frase de un teatrólogo oficial, Hans JOHST, que hizo fortuna: «Quando oigo la palabra 'cultura' echo mano del gatillo de mi pistola». La verdad es, no obstante, muy diferente: las contribuciones al régimen nazi procedieron de todos los sectores intelectuales y académicos y el gobierno les dio la mayor atención y apoyo. Hubo, es cierto, una total prohibición de expresión de ideas y credos y discriminación de aquellos que el partido juzgaba perjudiciales para el gobierno. Pero eso no invalida el hecho de que el Movimiento Nacional-Socialista haya apelado a los sectores intelectuales y académicos y se haya inspirado en el imaginario de la ciencia y utilizado sus resultados y su autoridad. Por otro lado, la práctica científica fue influida por la ideología nazi. Robert PROCTOR (1993) presenta una amplia documentación a este respecto.

Algunas disciplinas como la psicología, la antropología y la genética humana tuvieron una enorme expansión, principalmente en las áreas de biología criminal, genética patológica y antropología física comparada; el gobierno aportó partidas para el estudio de gemelos e investigación genealógica, con la esperanza de obtener datos a favor de su política en lo relacionado con la controversia sobre la influencia de la herencia frente al ambiente. Se iniciaron las publicaciones de una docena o más de revistas médicas y se instituyeron innumerables institutos y academias científicas. Los servicios de salud fueron ampliamente extendidos: fueron realizados millones de exámenes de Rayos X en un esfuerzo por combatir la tuberculosis y las clínicas dentales establecieron programas de rutina para examinar los dientes de una generación entera de jóvenes alemanes, por ejemplo. Estas medidas formaban parte, obviamente, del programa de eugenesia positiva. Al contrario de lo que muchas veces se afirma, los nazis no despolitizaron la ciencia, sino que la politizaron más claramente que nunca. Cuando HITLER subió al poder muchos científicos colaboraron directamente en la práctica nazi de eugenesia negativa. PLOETZ y RÜDIN, genetistas humanos formaron parte, junto con Heinrich HIMMLER, de una comisión que preparó la legislación para la esterilización de «inadaptados». Se hizo entonces obligatorio que los médicos indicasen quién debería ser esterilizado. La publicación eugenista *Archiv für Rassen-und-Gesellschaftsbiologie* apoyó la expulsión de judíos en un editorial, y las actividades del *Instituto de Antropología, Genética Humana y Eugenesia Kaiser Wilhelm* tenían claros vínculos con la política nazi.

Fritz LENZ, profesor en la Universidad de Munich, expuso en *Human Heredity* (1931) una singular teoría que suponía el establecimiento de una minuciosa escala cualitativa de la especie humana: «Comparados con las razas europeas, los Negros son ciertamente carentes de perspicacia (...) de acuerdo con su experiencia inmediata, vacilan entre una indiferencia bien dispuesta y una depresión desesperada (...) En los Mongoles, son fundamentalmente factores hereditarios los que tienden a promover una aptitud para la vida social muy desarrollada, pero en su globalidad tienen más capacidad para la imitación que para la invención (...) todo chino miente, incluso cuando no parece probable que tenga algo que ganar con eso (...) Las cualidades intelectuales de la raza alpina son, en general, notoriamente inferiores a las de los nórdicos (...) Los Mediterráneos (...) ocupan una posición intermedia entre los Nórdicos y los Negros (...) Los judíos (...) fueron seleccionados para un deseo instintivo de pasar desapercibidos (...) hemos de tener en cuenta la mímica, característica fundamen-

tal que se observa siempre que una criatura gana ventaja, en la lucha por la existencia, en adquirir semejanza con cualquier otro organismo.» (pág. 97).

Estos pasajes que transcribimos son dignos de atención en tres aspectos distintos. En primer lugar, los análisis raciales de los orígenes de la antropología persisten en el siglo XX. En segundo lugar, el modo en que se describe a los judíos que muy difícilmente podrían ser considerados una raza: en ausencia de características distintivas se señala su diversidad uniformizándola en una cualidad común: la inclinación para la mímica. Por último, una adaptación grande, sin gran distanciamiento de esta visión racial llegó hasta los años 1960 y 1970 en Portugal, incluida en un texto de apoyo de un curso de la *Escola de Altos Estudos Militares*, formando parte, de este modo, de la formación científica de los altos mandos del ejército colonial portugués. El General KAULZA DE ARRIAGA, que aun vive, Comandante en Jefe en Mozambique hasta agosto de 1973, afirmó también en uno de esos cursos que «Los negros no son demasiado inteligentes; por el contrario, son los pueblos menos inteligentes del mundo»; «No tendremos demasiado éxito si intentamos hacerlos avanzar; debemos promocionarlos, es verdad, pero no en demasía». (*Lições de Estratégia do Instituto de Altos Estudos Militares em Lisboa*, (Curso 1966/67), vol. XII, Lições 13-14, págs. 10 y 16).

Por lo que respecta a la eugenesia de GALTON, su supervivencia no es menos notable. Además de todo un cuerpo de legislación segregacionista que existía en Sudáfrica hace no mucho tiempo, antes de las elecciones de «un hombre, un voto», VORSTER exortó a la población blanca a empeñarse en la reversión de la relación demográfica entre blancos y negros. A propósito del reciente acuerdo en Bosnia, el periodista del *Washington Post* John POMFRET afirma que hubo una «limpieza étnica» legitimada, porque lo que el acuerdo implica es una legitimación de lo que «pasó en el período de pesadilla que ha transcurrido desde 1991: la expulsión de cerca de dos millones y medio de personas, en su mayoría musulmanes bosnios que o bien fueron obligados a abandonar sus casas o huyeron a un destino incierto en manos de la facción enemiga. (...) El éxodo dio como resultado una Croacia dominada por croatas y casi sin serbios; en una Yugoslavia casi sin croatas y de donde la mayoría húngara sale rápidamente; y una Bosnia que, ya dividida en dos entre una sección étnicamente pura de serbios y una federación de croatas y musulmanes, está siendo rápidamente dividida en tres una vez que los dirigentes croatas van a intentar separar su pueblo de los musulmanes».

En 1962, el genetista americano DUNN comentó que «aunque no todos los genetistas que permanecieron en Alemania aceptasen las doctrinas eugenistas y raciales y las prácticas nazis, hay por lo menos evidencia de que incluso los más serios de entre ellos subestimaron los peligros del movimiento hasta que ya era demasiado tarde. De esto se puede obtener la melancólica lección histórica de que los abusos políticos a que la genética aplicada al hombre está peculiarmente sujeta son influidos no sólo por los que apoyan tales abusos, sino también por aquellos que no los denuncian».

En esta línea, PROCTOR (1993) tiene una opinión algo diferente: «Se habla con frecuencia de 'abuso de la ciencia' por parte del Nacional-Socialismo; pero no obstante surge un problema al concebir la ciencia racial nazi primordialmente en esos términos. Se puede muy bien argumentar que los nazis no abusaron de los resultados científicos en el verdadero uso de la expresión, sino que, simplemente, pusieron en práctica lo que los propios médicos y científicos habían ya iniciado. En este sentido, la ciencia racial nazi no fue un abuso de la eugenesia, sino una tentativa de poner en práctica corrientes teóricas ya implícitas en esta rama de la ciencia. El Dr. Friedrich ZAHN, en su artículo «*Racial Research*», intentó decir algo semejante en 1940 cuando afirmó que «la teoría de hoy se convierte en práctica mañana». «Esto no significa, no obstante, que no se hubiese abusado de la ciencia bajo el régimen nazi, o que la calidad de la ciencia no hubiese sufrido en los aspectos morales, intelectuales (...). Por el contrario, muchos —quizá la mayoría— de los científicos en los varios campos de la biomedicina no vieron ninguna contradicción entre las aspiraciones de la ciencia y los objetivos del régimen nazi.» (*ibid.*).

6. POTENCIALIDADES EUGÉNICAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En el inicio de los años setenta, el descubrimiento de las enzimas de restricción desencadenó una imparable avalancha de posibilidades de manipulación del material genético, con impacto en la agricultura, en la industria y en la medicina. Hasta ese momento, la biotecnología había utilizado organismos existentes en la naturaleza; la tecnología consistía fundamentalmente en el perfeccionamiento de los modos de selección y caracterización de organismo útiles, en la mejora y optimización de procesos industriales. Desde ahí en adelante, la ingeniería genética se ocupa en la producción de organismos nuevos que asocien características que, conjuntamente, no existen en la naturaleza.

Una posibilidad importante que abrieron las nuevas tecnologías fue la del estudio de genomas, esto es, del conjunto de ADN (el material de los genes) de un organismo. Ese estudio puede hacerse tanto con respecto a la localización de los genes en los cromosomas, como a la secuencia de los nucleótidos que contienen.

En 1987, el Departamento de Energía (DOE) de los Estados Unidos estableció centros de investigación sobre el genoma humano en tres laboratorios nacionales (Los Alamos, Livermore y Lawrence Berkeley Laboratory) con el objetivo de establecer el mapa físico del genoma, de desarrollar técnicas de secuenciación rápidas y de investigar técnicas para el tratamiento informático de los datos sobre secuencias del ADN. El interés del DOE por la investigación científica no es nuevo: este departamento descende en línea directa del famoso Proyecto Manhattan, de dónde resultó la primera bomba atómica. Posteriormente, el Proyecto fue iniciado, quedando el trabajo repartido entre el DOE y el *National Institute of Health* (NIH), al tiempo que se internacionalizó, ya que Europa y Japón también participan.

Hoy es posible reconocer ciertas regiones de ADN y, como sería de esperar, algunos científicos trabajan ya arduamente en el sentido de encontrar diferencias significantes entre «razas». El descubrimiento de que las impresiones digitales son diferentes en cada individuo ocurrió en la India, en Bengala, en la época de GALTON, quien aspiraba a probar que las impresiones digitales revelarían la «raza» de su detentador. No obstante, en 1892 GALTON tuvo que reconocer su derrota: no había diferencias sistemáticas entre las impresiones digitales de grupos diversos. Pero un siglo más tarde, los investigadores retomaron la caza y buscan «huellas» en el ADN humano que permitiese, por ejemplo, a los criminalistas adivinar el color de la piel o características de los sospechosos. Es cierto que, en su momento, algunas de estas informaciones surgirán de los esfuerzos internacionales para cartografiar y secuenciar el genoma humano.

7. RELACIONES CIENCIA/SOCIEDAD

En la discusión que he expuesto hasta aquí, espero haber sido capaz de expresar mi convicción de que la ciencia no es neutra y de por qué está permeada por los valores propios de las estructuras sociales y políticas y por la visión vigente del mundo. La sociedad espera de la ciencia la resolución de sus problemas y conflictos; se recurre a ella en busca de teorías en que apoyarse. El racismo será uno de esos problemas sobre los que la

ciencia, recurrentemente, ha aducido teorías y argumentos que alimentan las controversias que se generan a propósito de él. Sorprendentemente, cuando pensamos que la cuestión del racismo y de la eugenesia está cerrada definitivamente, una nueva teoría, un nuevo dato científico, o una nueva tecnología las hacen volver a la luz del día con nuevos ropajes como si, en el pasado, nada se hubiese dicho.

Al analizar los textos científicos que de una manera o de otra han fortalecido al racismo, se echa en falta que no haya existido ninguna corriente, más consistente de la que existe, que rebatiese tantos argumentos fallaces. La mayoría de las críticas desde el interior de la ciencia se limitan, muchas veces, a controversias técnicas de menor importancia; por otro lado, la creciente especialización y el lenguaje científico no posibilitan su crítica más que a los propios científicos, en no pocas ocasiones de la misma especialidad. STEPAN y GILMAN (1993), historiadores de la ciencia, interpretan esta situación apuntando como causa la definición que, a partir de mediados del siglo XIX, la ciencia adoptó para sí misma como *el* camino de conocimiento apolítico, imparcial y neutro. El propio estilo literario del texto científico, definitivamente establecido al final del siglo XIX, y que vino a substituir al estilo más abierto, variado y metafórico de la literatura científica anterior, contribuyó a esta situación. «El estilo neutro del artículo científico, la ausencia de un 'yo' fuerte e individualizado, el énfasis en la factualidad de la naturaleza, en una naturaleza revelada por métodos específicos (experimentales, técnicos) —todas estas facetas convierten al texto científico en problemático para el escritor y para el lector no científico y, con bastante éxito, delimitan el proceso de contestación».

Tom Sawyer entra en la historia

No quisiera negar que, algunas veces, las posiciones racistas están motivadas por actitudes más o menos ingenuas, que reposan en la ignorancia que conduce a una incapacidad de aceptación y entendimiento del otro, del diferente, y de los factores históricos, socioculturales y políticos subyacentes a esa diversidad. Probablemente, un visionario que se juzgue defensor de la verdad única, crea que es justa la destrucción de culturas y valores sociales y religiosos de poblaciones que desconocía, en nombre de la salvación de sus almas.

En otros casos, aun más graves, son los propios países que, al celebrar efemérides relacionadas con los Descubrimientos y el colonialismo, tratan más de la importancia científica, de la fe y del Imperio, que de las atrocidades cometidas, de los genocidios y del racismo subyacente.

Dentro de esta idea, me gustaría terminar con un pasaje de Mark TWAIN que, con humor, habla exactamente de cómo un mismo acto puede ser juzgado según criterios diferentes conforme sea practicado por nosotros o por el otro, pudiendo ese acto incluso ser transformado en un gesto meritorio cuando fuimos nosotros quienes lo practicamos. Se trata de un extracto de *Tom Sawyer a través del mundo* (1894) en el momento en que Tom, Jim y Huckleberry Finn se encuentran dentro de un globo aerostático sobrevolando un desierto. El narrador es éste último:

«Íbamos mirando la sombra del globo, que caminaba a nuestro lado en el suelo y (...) descubrimos de repente, justo debajo de nosotros un grupo de hombres y de camellos acostados, dispersos, tan quietos como si estuviesen durmiendo.

«Hicimos las maniobras necesarias para parar y vimos que estaban todos muertos. Sentimos un escalofrío. (...) Hicimos descender el globo, paramos y yo y Tom saltamos en medio de ellos. Había allí hombres, mujeres y niños. (...) Tom calculó que aquella gente estaba allí desde hacía años. Algunos de los hombres tenían a su lado armas oxidadas, algunos tenían espadas a la cintura y otros fajas de tela con enormes pistolas de empuñadura de plata metidas en ellas. (...) Pensamos que las espadas no eran de ninguna utilidad para los muertos, así que cogimos una para cada uno de nosotros y algunas pistolas. Cogimos también una caja pequeña que nos pareció muy bonita y de un perfecto trabajo de mosaicos. (...) Entonces tomamos altura otra vez y nos alejamos. (...) Abrimos entonces la caja, que tenía dentro piedras preciosas y joyas en cantidad así como algunos velos, semejantes a los que las difuntas del desierto tenían puestos, pero con franjas hechas de curiosas monedas de oro que no conocíamos.

«Quedamos sin saber si no sería mejor volver atrás, buscar los muertos y restituirles todo, pero Tom pensó un poco y dijo que no. Aquella región estaba infestada de ladrones que robarían lo que encontrasen; con ello, el pecado sería nuestro por haberles puesto la tentación en el camino. Seguimos pues nuestro rumbo, pero yo lamentaba no haber cogido todo lo que tenían, porque así no habría tentación posible.» (para quien pasase después)

REFERENCIAS

- BOAS, Franz (1910). *Senate Document 208, 61st Congress, 2nd Session*, Washington D.C.
- COWLES, Raymond B. (1960). «The Non-Baby Bonus» in *Population, Evolution and Birth Control*, Garrett Hardin, W.H. Freeman & Company, San Francisco, 1969.

- DARWIN, Charles (1859). *The origin of species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. Oxford University Press, Londres, Nova Iorque, Toronto, 1951.
- DUNN, L.C. (1962). *American Journal of Human Genetics*, 14: 1-13.
- HAECKEL, Ernst (1904). *Maravilhas da Vida*. Lello e Irmão Editores, Porto-Portugal, s. fecha.
- LENZ, Fritz (1931-32). «Biologie als staatliche Notwendigkeit der Rassentüchtigkeit» en *Der Biologe*, 1 (pág. 97).
- LEWONTIN, Richard C. (1974). *The Genetic Basis of Evolutionary Change*, Columbia University Press, Nueva York.
- MAYR, Ernest; LINSLEY, E.G. e USINGER, R.L. (1953). *Methods and Principles of Systematic Zoology*, McGraw-Hill Book Company, Nueva York, Toronto, Londres.
- POMFRET, John (1995). «Limpeza étnica Legitimada», *Público*, 6 (2085). pág. 6.
- PROCTOR, Robert (1993). «Nazi Medicine and the Politics of Knowledge» en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed., Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis, 1993: 344-358.
- QUEIROZ, Clara (1991). «Raça», *Enciclopédia Einaudi*, 19. *Organismo — Hereditabilidade*, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, Lisboa: 334-363.
- REX, John (1986). *Raça e Etnia*, Editorial Estampa, Lisboa.
- ROSE, Hilary e ROSE, Steven (1982). «On Oppositions to Reductionism» en *Against biological Determinism*, Allison & Busby, Londres, Nueva York: 50-59.
- ROBINS, Ashley. *Biological Perspectives on Human Pigmentation*. citado por Gail Vines en el artículo «Genes in Black and White», *New Scientist*, 147 (1985), 8 de Julio, 1995: 34-37.
- RUFFIÉ, Jacques (1976). *De la Biologie à la Culture*, Flammarion, Paris.
- STAUDER, Jack (1993). «The 'Relevance' of Anthropology to Colonialism and Imperialism» en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed. Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis: 408-427.
- STEPAN, Nancy Leys e GILMAN, Sander L. (1993). «Appropriating the Idioms of Science» en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed. Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis: 170-193.
- WASHBURN, S.L. (1962). «The Study of Race», discurso presidencial dirigido al *Annual Meeting of the American Anthropological Association*, 16 de Noviembre, en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed., Indiana University Press, 1993: 128-132.

CAPÍTULO SEXTO

EL ABORTO, UN PROBLEMA PENDIENTE *

Alfonso Ruiz Miguel

A Francisco Tomás y Valiente

1. EN LAS FRONTERAS DEL DERECHO

La penalización del aborto plantea problemas en las fronteras del Derecho, aceptando incluso el doble sentido de la idea de frontera: de un lado, como zona de paso entre distintos territorios que, por su imprecisión o su difícil acceso, se cruzan y entrecruzan y son cruzadas de hecho, que es el concepto que cuadra a las complejas relaciones entre el Derecho y la ética; y, de otro lado, como borde preciso que no se debe cruzar o más allá del cual no se está ya en territorio propio, qué es la noción aplicable a los límites del Derecho —en su aspecto punitivo, sobre todo— como instrumento inapropiado para resolver ciertos problemas. Por eso la discusión sobre el aborto y su penalización o despenalización, aunque inevitablemente ronda por esa zona abrupta y de paso difícil entre la ética y el Derecho, ha de saber a la vez reconocer los límites del Derecho, más allá de los cuales el aparato jurídico-penal es inadecuado.

* En el presente texto reelaboro dos conferencias presentadas en un curso de verano de El Escorial de 1995 dirigido por Perfecto Andrés IBÁÑEZ y en otro curso organizado por Ascensión CAMBRÓN en la Universidad de La Coruña en noviembre del mismo año. Vuelvo así a un tema que traté más ampliamente en *El aborto: problemas constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990), añadiendo ahora algunas actualizaciones y ciertos cambios no sustanciales en el enfoque y los argumentos (en cuanto a la bibliografía, remito a la que cierra dicho estudio, que puede completarse con las referencias que aquí se citan en nota). Agradezco a Silvina ALVÁREZ sus observaciones a un borrador de este texto.

- DARWIN, Charles (1859). *The origin of species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. Oxford University Press, Londres, Nova Iorque, Toronto, 1951.
- DUNN, L.C. (1962). *American Journal of Human Genetics*, 14: 1-13.
- HAECKEL, Ernst (1904). *Maravilhas da Vida*. Lello e Irmão Editores, Porto-Portugal, s. fecha.
- LENZ, Fritz (1931-32). «Biologie als staatliche Notwendigkeit der Rassentüchtigkeit» en *Der Biologe*, 1 (pág. 97).
- LEWONTIN, Richard C. (1974). *The Genetic Basis of Evolutionary Change*, Columbia University Press, Nueva York.
- MAYR, Ernest; LINSLEY, E.G. e USINGER, R.L. (1953). *Methods and Principles of Systematic Zoology*, McGraw-Hill Book Company, Nueva York, Toronto, Londres.
- POMFRET, John (1995). «Limpieza étnica Legitimada», *Público*, 6 (2085). pág. 6.
- PROCTOR, Robert (1993). «Nazi Medicine and the Politics of Knowledge» en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed., Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis, 1993: 344-358.
- QUEIROZ, Clara (1991). «Raça», *Enciclopédia Einaudi*, 19. *Organismo — Hereditariiedade*, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, Lisboa: 334-363.
- REX, John (1986). *Raça e Etnia*, Editorial Estampa, Lisboa.
- ROSE, Hilary e ROSE, Steven (1982). «On Oppositions to Reductionism» en *Against biological Determinism*, Allison & Busby, Londres, Nueva York: 50-59.
- ROBINS, Ashley. *Biological Perspectives on Human Pigmentation*. citado por Gail Vines en el artículo «Genes in Black and White», *New Scientist*, 147 (1985), 8 de Julio, 1995: 34-37.
- RUFFIÉ, Jacques (1976). *De la Biologie à la Culture*, Flammarion, Paris.
- STAUDER, Jack (1993). «The 'Relevance' of Anthropology to Colonialism and Imperialism» en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed. Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis: 408-427.
- STEPAN, Nancy Leys e GILMAN, Sander L. (1993). «Appropriating the Idioms of Science» en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed. Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis: 170-193.
- WASHBURN, S.L. (1962). «The Study of Race», discurso presidencial dirigido al *Annual Meeting of the American Anthropological Association*, 16 de Noviembre, en *Racial Economy of Science*, Sandra Harding, ed., Indiana University Press, 1993: 128-132.

CAPÍTULO SEXTO

EL ABORTO, UN PROBLEMA PENDIENTE *

Alfonso Ruiz Miguel

A Francisco Tomás y Valiente

1. EN LAS FRONTERAS DEL DERECHO

La penalización del aborto plantea problemas en las fronteras del Derecho, aceptando incluso el doble sentido de la idea de frontera: de un lado, como zona de paso entre distintos territorios que, por su imprecisión o su difícil acceso, se cruzan y entrecruzan y son cruzadas de hecho, que es el concepto que cuadra a las complejas relaciones entre el Derecho y la ética; y, de otro lado, como borde preciso que no se debe cruzar o más allá del cual no se está ya en territorio propio, qué es la noción aplicable a los límites del Derecho —en su aspecto punitivo, sobre todo— como instrumento inapropiado para resolver ciertos problemas. Por eso la discusión sobre el aborto y su penalización o despenalización, aunque inevitablemente ronda por esa zona abrupta y de paso difícil entre la ética y el Derecho, ha de saber a la vez reconocer los límites del Derecho, más allá de los cuales el aparato jurídico-penal es inadecuado.

* En el presente texto reelaboro dos conferencias presentadas en un curso de verano de El Escorial de 1995 dirigido por Perfecto Andrés IBÁÑEZ y en otro curso organizado por Ascensión CAMBRÓN en la Universidad de La Coruña en noviembre del mismo año. Vuelvo así a un tema que traté más ampliamente en *El aborto: problemas constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990), añadiendo ahora algunas actualizaciones y ciertos cambios no sustanciales en el enfoque y los argumentos (en cuanto a la bibliografía, remito a la que cierra dicho estudio, que puede completarse con las referencias que aquí se citan en nota). Agradezco a Silvina ALVÁREZ sus observaciones a un borrador de este texto.

En esa doble vertiente, los dos temas que constituyen el núcleo de este escrito son, de un lado, la valoración directamente ética del aborto, que se plantea sobre todo en el plano moral más radical, el de la decisión individual, y, de otro lado, la cuestión de la (des)penalización del aborto, que se presenta en el plano ético-jurídico. Téngase en cuenta que ambos planos son, en última instancia, un asunto ético, que propone pautas sobre lo que es deseable o lo que se debería hacer, sea ante un conflicto concreto de carácter personal sea sobre las medidas que la sociedad, a través de su organización política, puede y debe afrontar ante tal tipo de conflictos. No es tampoco que la relación entre esos dos planos sea necesariamente sencilla y unidireccional, pues son defendibles distintas fórmulas de conexión entre ambos: así, no es contradictoria ni implausible la posición de quien cree que es inmoral abortar pero moralmente inapropiado castigarlo penalmente, por interpretar que se trata de un asunto de moral privada que requiere un tratamiento jurídico liberal similar al del adulterio o la prostitución. La posición que aquí se mantendrá, sin embargo, es que si bien el aborto no es un acto moralmente inocuo o indiferente, tampoco pone en riesgo derechos que hayan de ser respetados de manera absoluta, y esa es, entre otras, una de las razones fundamentales para excluir su penalización. Antes de discutir los dos temas centrales mencionados, será útil ofrecer algunos datos generales sobre el aborto.

2. ALGUNOS DATOS SOBRE EL ABORTO

El aborto lleva tras de sí una larga historia de práctica como método de control de los nacimientos y, a la vez, de prohibición religiosa y jurídica en la mayoría de las culturas. Hoy sigue siendo una práctica muy común, hasta el punto de que informes internacionales para los años 70 citan la cifra de 55 millones de abortos voluntarios anuales, que, por tanto, afectarían a un 7 por ciento de las mujeres en edad reproductiva. Una sexta parte de la población mundial vive bajo regímenes legales estrictamente prohibitivos de cualquier forma de aborto; otra sexta parte tiene sistemas jurídicos parcialmente limitativos que aceptan una o varias de las llamadas «indicaciones» o motivos que hacen lícito el aborto excepto la económico-social, como el riesgo para la vida y/o la salud de la mujer (indicación médica o terapéutica), la violación (indicación ética o criminológica) o las malformaciones del embrión/feto (indicación eugenésica); las legislaciones más permisivas, que establecen un sistema de plazo o de indicaciones, incluida la económico-social, abarcan a dos tercios de la población.

En realidad, las indicaciones —excepto en caso de peligro vital para la mujer— están siempre sometidas a algún plazo, pero cuando se habla del sistema de plazo se alude a la posibilidad de que la mujer decida sobre su aborto libremente, sin necesidad de alegar motivo alguno. En uno y otro caso, el plazo puede variar entre las doce semanas y los seis meses de gestación: así, el primer plazo, o uno cercano a él, es el más utilizado en las legislaciones europeas, mientras que el segundo, o uno cercano a él, es el que se suele aplicar en la indicación eugenésica y el señalado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en su famosa sentencia de 1973 *Roe vs. Wade*, como límite para cualquier aborto constitucionalmente autorizado. Esos límites temporales, por lo demás, tienen cierta correspondencia con la terminología médica, que distingue entre el *embrión* y el *feto* justamente mediante la divisoria de las doce semanas de gestación, distinción que mantendré en adelante. Una ulterior distinción es la que denomina *preembrión* al óvulo fecundado pero todavía no implantado en el útero, lo que sucede a los quince días: aunque esta última distinción podría ser relevante para la discusión a propósito de la autorización legal de abortos sin intervención médica directa —por ejemplo, mediante la comercialización de la píldora francesa RU 486—, en lo que sigue, salvo que cite específicamente al preembrión, cuando hable de embrión me referiré al óvulo fecundado hasta los tres meses.

En lo que se refiere a España, durante la época franquista era casi un lugar común citar la estimación de unos 100.000 abortos voluntarios anuales. Cierta estadísticamente o exagerada, los últimos años las clínicas autorizadas han declarado de 37.000 a 48.000 abortos al año¹, todos ellos realizados bajo la cobertura de la reforma del código penal de 1985, reforma que abrió las causas de aborto despenalizado a la indicación médica, la ética y la eugenésica, modificando así la estricta legislación franquista vigente hasta entonces, por la que los tribunales sólo venían aceptando el estado de necesidad ante el peligro para la vida de la mujer. El número anterior es sin duda muy elevado para la estrechez de las indicaciones legalizadas, pero se explica si se tiene en cuenta que la indicación de riesgo

¹ Las cifras totales, según el Ministerio de Sanidad, son: 1990, 37.231; 1991, 41.910; 1992, 44.962; 1993, 45.503; y 1994, 47.832.

para la salud psíquica de la mujer es el motivo alegado en alrededor del 98 por ciento de los casos, sirviendo así a modo de indicación económico-social encubierta.

A mi modo de ver, hay varias razones de peso para censurar la regulación penal vigente. Ante todo, la pretensión de los redactores de la ley de que unas indicaciones de tan limitado alcance habrían de servir para normalizar el problema del aborto en términos europeos constituye, en mi opinión, una deplorable actitud hacia el principio de legalidad, por la que el propio legislador traslada a los aplicadores de la ley, sobre todo fiscales y jueces, la responsabilidad de elegir entre aplicar literalmente una ley que, así entendida, no resuelve lo que decía pretender, o extender su significado tan desmesuradamente que se lleve a cabo una interpretación *contra legem* (tan contraria no sólo a la letra sino al propio espíritu de la ley que la indicación sobre la salud de la mujer, sea física o psíquica, a diferencia de las otras dos indicaciones, carece de todo plazo durante el embarazo, lo que prueba que estaba pensada para casos de gravedad que nada tienen que ver con la indicación económico-social).

En tal sentido, el no insignificante número de procesos abiertos tras la entrada en vigor de la ley, si bien no parece que generalmente hayan concluido en condenas, son responsabilidad última de una ley deficiente. En este punto es enormemente significativo, por lo demás, que si se observan las estadísticas de actividad judicial, el número de procesos ha mantenido unas pautas relativamente constantes entre el período anterior y el posterior a la reforma, que oscila entre 28 y 84 procesos abiertos al año (téngase en cuenta, para calibrar la relevancia de estas cifras, que un solo proceso, especialmente cuando es abierto contra una clínica a la que se intervinieron sus archivos, puede afectar a muchas personas a la vez).

De este modo, la combinación de una ley inadecuada y una aplicación judicial indecisa da como casi inevitable resultado una situación de grave inseguridad jurídica, tanto para las clínicas autorizadas a realizar abortos legales como para las mujeres que acuden a ellas, que, sea cual sea el motivo, pueden sufrir investigaciones judiciales o del Ministerio Fiscal. Esta eventualidad, por último, se hará especialmente vívida y grave si se produjera un cambio en los criterios de la política criminal del Gobierno, a través del Fiscal General del Estado, incitando a una aplicación rigurosa de la ley mediante la persecución de los abortos no realizados conforme a ella. Por todas las anteriores razones, me parece necesaria una reforma de la actual regulación despenalizadora que, como mínimo, introduzca la indicación económico-social, si bien, en mi opinión sería preferible una ley

de plazos o, en todo caso, un cuarto supuesto con decisión final para la mujer².

3. SOBRE LA MORALIDAD DEL ABORTO: EL CHOQUE DE ABSOLUTOS

La discusión ética general sobre el aborto gira alrededor de la personalidad del no nacido. Es en ese punto central donde se produce lo que el constitucionalista estadounidense Laurence H. TRIBE ha caracterizado eficazmente como un *choque de absolutos*³: de un lado, la creencia en el derecho absoluto a la vida del no nacido y, en consecuencia, la visión del aborto como asesinato de un ser humano inocente, y, de otro lado, la creencia en el derecho ilimitado de la mujer al propio cuerpo y, en consecuencia, la consideración del aborto como éticamente aproblemático. Lo que aquí voy a mantener es que ambas posiciones son, en sus extremos, inaceptables, pero que ambas contienen algo de relevante éticamente: explorar ambos aspectos es situarse en una posición de diálogo, si bien no necesariamente equidistante, que, más allá de la terminología y de algún aspecto no decisivo que personalmente encuentro discutible, viene a coincidir con la posición tan magistralmente argumentada por Ronald DWORKIN en su libro *El dominio de la vida*⁴.

4. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO

En el primer extremo del mencionado choque de absolutos, sostener el derecho a la vida del no nacido como absoluto desde el momento de la concepción resulta irrazonable al menos por tres razones (de las que la primera es, sin lugar a dudas, la fundamental): la no personalidad actual del embrión, la aceptabilidad generalizada de, al menos, algunos motivos de aborto y, en fin, la diferente consideración social del aborto y de la muerte de personas.

² Sobre la constitucionalidad de esta posibilidad, véanse los argumentos de mi estudio *El aborto: problemas constitucionales* cit., págs. 89-105.

³ Vid. *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton, 1990.

⁴ Vid. *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. KNOPF, 1993; hay trad. cast. de Ricardo CARACCILO y Víctor FERRERES, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

En primer lugar, el embrión al menos —y, plausiblemente, el feto hasta el momento de la viabilidad— no es una «persona» propiamente dicha, salvo de manera meramente potencial. La no atribución de personalidad actual al embrión es un criterio adoptado por algunas legislaciones, incluso antiabortistas, como lo prueba la misma regulación civil tradicional en España, para la que «el nacimiento determina la personalidad. [...] Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno» (arts. 29 y 30 del código civil). Por ello mismo, aunque indicativo de una consideración cultural netamente diferencial entre el no nacido y los nacidos, el criterio jurídico-privado no es necesariamente decisivo desde un punto de vista ético. Desde este punto de vista, la consideración del no nacido como ser humano potencial —en una relación similar a la persona, o ser humano actual, como entre la bellota y el roble— es la conclusión razonable de una argumentación que rechaza los principales argumentos en favor de la indistinción entre ambos y, por tanto, de la consideración del no nacido como persona en el pleno sentido de la palabra.

De un lado, la creencia religiosa de la animación, entendida en el sentido tradicional de que el alma se insufla en el cuerpo en el momento de la concepción, en cuanto creencia religiosa —y, por cierto, como posterior al dualismo cartesiano, desconocida por la escolástica católica—, ni en sí misma ni en sus consecuencias puede pretender imponerse como obligatoria universalmente; al igual que la creencia en la resurrección de Cristo, en la verdad de la predicación de Mahoma o en la divinidad de todo lo creado, puede ser profesada, puede ser predicada, puede ser acogida, pero no debe ser impuesta en quienes no la aceptan libremente.

De otro lado, es falaz la tesis, de sabor naturalista pero en realidad pseudocientífica, que pretende derivar la personalidad del no nacido de la existencia del código genético, esto es, la tesis de que la existencia del código genético en el óvulo recién fecundado hace *esencialmente* (y, por tanto, moralmente) indistinguible al preembrión y al recién nacido. Aparte de la confusión conceptual que manifiesta el pretender deducir criterios normativos o valorativos a partir de observaciones de hecho, ni siquiera los hechos aducidos por la tesis de la continuidad esencial son ciertos en sus propios términos. Así, no es cierta la presuposición implícita en el argumento del código genético de que la identidad personal esté ya predeterminada en el cigoto, como lo prueba, sencillamente, la diferencia personal entre gemelos monocigóticos, que, aun poseyendo originariamente un mismo código genético por ser el producto de la unión de un solo óvulo y

un solo espermatozoide, se separan en las primeras fases de la gestación y terminan dando lugar a personas, entre otras muchas diferencias, con distintas huellas digitales (a la inversa, pero probando lo mismo, también ocurre de hecho a veces que, de forma completamente natural, dos óvulos fecundados gemelos terminan combinándose en uno solo, dando lugar a un solo individuo completamente normal⁵).

Por lo demás, la tesis misma de que cualesquiera células con un código genético individualizado y susceptibles de desarrollo humano son una persona con derecho pleno a la vida tiene implicaciones contraintuitivas actuales y potenciales. Así, ya hoy obligaría a gestar y llevar a término a todos los óvulos fertilizados para asegurar el éxito de las técnicas de reproducción asistida, de los cuales sólo se suele utilizar una parte. Igualmente, en un hipotético pero posible futuro, si llegara a ser técnicamente realizable una reproducción asexual a partir de células que contengan el código genético de una persona, cualquier persona estaría obligada a multiplicarse incontroladamente mediante su reproducción clónica e indefinida (y téngase en cuenta que aquella hipótesis no es tan fantástica como podría parecer a primera vista si, como dicen algunos científicos, sólo es cuestión de tiempo el desencadenamiento de mecanismos de desarrollo autónomo de óvulos no fecundados para dar lugar a seres completos con el mismo código genético que la madre⁶). En todo caso, lo esencial en todo lo anterior es que, no existiendo ni pudiendo existir un criterio científico que determine la personalidad moral de los seres humanos, la presunción de que el no nacido es una persona con un derecho a la vida igual que un recién nacido resulta carente de base y contraria a intuiciones morales bien asentadas, como muestran los argumentos que comento a continuación.

⁵ Cf. Tribe, *Abortion...*, cit., págs. 117-8.

⁶ Cf. Harold MOROWITZ y James S. TREFIL, *The Facts of Life*, Nueva York, Oxford University Press, 1992; cito por la versión cast. de Bibiana LIENAS y prólogo de Josep-Vicent MARQUÉS, *La verdad sobre el aborto. ¿Cuándo empieza la vida humana?*, Barcelona, Alcor, 1993, pág. 65 (este es un raro y recomendable libro que enfoca el problema del aborto desde el punto de vista de los actuales conocimientos científico-biológicos, diluyendo falsas pero extendidas creencias sobre la temprana actividad encefalográfica del feto, la patraña del «grito silencioso» y otros tópicos similares).

Una segunda razón por la que la propuesta del derecho absoluto a la vida del no nacido resulta inaceptable por la inverosimilitud de sus implicaciones es que si el no nacido tuviera un derecho a la vida similar al de las personas, ese título comportaría la ilicitud radical y sin excepción de todo aborto, incluido el de riesgo vital para la madre. En tal caso, así como no encontramos aceptable que se pueda matar a una persona para trasplantarle su corazón a otra, también deberíamos excluir que se pueda provocar un aborto para salvar la vida de la madre. Frente a ello, quienes, según probablemente hacen muchos católicos⁷, aceptan ese supuesto, al igual que la violación, como motivo para aceptar el aborto, están de hecho subordinando el derecho a la vida del no nacido al derecho a la vida (o, en el caso de la violación, la autonomía) de la mujer, que es el que, con razón en mi opinión, se suele considerar predominante. Y, sin embargo, esa conclusión es incompatible con sostener la caracterización del embrión o el feto como persona con un derecho a la vida igual al de la madre. En realidad, tal subordinación no puede constituir a fin de cuentas más que una negación de aquel derecho, pues debe observarse que el caso no se puede considerar como legítima defensa de la mujer en la medida en que falta el requisito de la agresión por parte del no nacido, requisito que es esencial en esa figura justificatoria.

Naturalmente, mi argumentación anterior no niega la posibilidad de que un católico no pueda o no deba revisar dicho criterio, conforme a la doctrina oficial de su Iglesia, y considerar injustificados tales tipos de aborto. El mantenimiento de esta posición sin fisuras, no obstante, habrá de hacerse, como es el caso de dicha Iglesia, adoptando una posición inicial y finalmente poco verosímil y razonable que tiene todo el aspecto de defender a ultranza un dogma determinado sean cuales sean las consecuencias. Y por cierto que, entre tales consecuencias, dicho sea como una prueba más de la inverosimilitud del dogma de que el aborto es un asesinato, debería figurar la previsión de una sanción penal similar a la de ese delito, el más grave que se pueda cometer contra las personas, lo que ni de lejos

⁷ Extraigo esta conclusión, sólo presuntivamente, del amplio número de españoles, alrededor de dos tercios, que en encuestas representativas como las del C.I.S. aceptan la legalización del aborto en caso de peligro para la vida de la madre y de violación.

ocurrió en una legislación penal tan procatólica y antiabortista como la franquista⁸.

En fin, la tercera razón para excluir el derecho absoluto a la vida del no nacido la proporciona una reflexión comparativa sobre las actitudes sociales ante, por un lado, la muerte natural de un niño o de un adulto y, por otro lado, un aborto espontáneo. La actitud no sólo es distinta entre las personas más cercanas al suceso, que normalmente —y cuando se trata de un embarazo deseado— sienten más bien la pérdida de una ilusión, de un futuro hijo, pero sin vivirla como la muerte de un ser querido propiamente dicho. Además, también hay una actitud diferente respecto de terceros, con quienes no se participa el hecho realizando ninguno de los ritos sociales propios de la muerte de personas (ni siquiera la Iglesia católica obliga a celebrar exequias para los «fetos abortivos»⁹). Todo ello es absolutamente inevitable, por lo demás, en los abortos espontáneos tempranos, que, según las estimaciones más moderadas, afectan a más de dos tercios de los óvulos fecundados durante la primera semana de gestación¹⁰.

La conclusión más razonable de las observaciones anteriores es que el momento de la concepción no resulta tan decisivo moralmente como a veces se ha hecho creer, sea mediante pseudoargumentos científicos o sea mediante argumentos pseudocientíficos. Los datos científicos no sólo, en cuanto tales, no obligan a concluir nada sobre la personalidad moral del no nacido, sino que, bien considerados y evaluados, avalan la posición ética que sostiene que el embrión desde luego y plausiblemente el feto no son

⁸ En efecto, el código penal franquista contenía para el aborto penas bastante menores que para el homicidio y, con mayor razón, el asesinato: así, el aborto consentido se castigaba con una pena máxima de 6 años de prisión, la mitad de la mínima señalada para el homicidio y mucho menor que la de 20 a 30 años o muerte prevista para el asesinato (aun así, este régimen constituyó un claro endurecimiento respecto de los códigos penales anteriores, el de 1870 y el de la II República, que castigaban a la mujer que consintiere su aborto con una pena máxima de 6 meses de arresto).

⁹ El vigente Código de Derecho Canónico aunque establece que «en la medida de lo posible se deben bautizar los fetos abortivos (*fetus abortivi*), si viven» (canon 871), también dice que «el ordinario del lugar puede permitir (*permittere potest*) que se celebren exequias eclesásticas por aquellos niños (*parvuli*) que sus padres deseaban bautizar, pero murieron antes de recibir el bautismo» (canon 1183.2).

¹⁰ Cf. MOROWITZ y TREFIL, *op. cit.*, págs. 60-1.

individuos o personas en el mismo sentido que los seres humanos ya nacidos, resultando inverosímil defender que tengan un derecho a la vida igual que éstos, de modo que el aborto sea un asesinato. Ello no quiere decir, sin embargo, que entonces todo esté permitido, que el aborto sea un hecho tan trivial como beber un vaso de agua y que abortar al principio y al final de la gestación sea equivalente. Como vamos a ir viendo, por más que no quepa considerar propiamente a ningún aborto como un asesinato, hay momentos relevantes durante la gestación distintos al de la concepción que permitan distinguir diferentes situaciones moralmente relevantes.

5. SOBRE EL DERECHO DE LA MUJER AL PROPIO CUERPO

En el extremo opuesto al anterior, la tesis absolutista del derecho ilimitado al propio cuerpo de la mujer, entendido como el derecho a una autonomía total e ilimitable, también resulta éticamente irrazonable porque conduce al menos a tres consecuencias difícilmente aceptables (hago observar entre paréntesis que se trata, ciertamente, de consecuencias tan exageradas que, casi sin lugar a dudas, ningún defensor o defensora de la tesis del derecho al propio cuerpo suscribiría expresamente ni aceptaría, pero se trata de consecuencias teóricas relevantes, que se deducen implícitamente de ella, y eso basta para probar que, si conduce a tales exageraciones, la tesis misma resulta manifiestamente inadecuada o, como mínimo, está muy mal formulada).

La primera consecuencia que me parece inaceptable del supuesto derecho absoluto al propio cuerpo de la mujer es que, en tal caso, los abortos en el tercer trimestre serían moralmente equivalentes a los más tempranos. Sin embargo, tanto el criterio de la viabilidad, esto es, de la posibilidad de supervivencia del feto fuera del útero, como el de su capacidad de sentir y sufrir, que se sitúan ambos alrededor del sexto mes de gestación, sugieren que a lo largo del embarazo aparecen intereses moralmente concurrentes que merecen alguna protección frente al mero ejercicio de la autonomía de la mujer.

Una segunda consecuencia inaceptable es que, si la mujer embarazada tuviera un derecho ilimitado al propio cuerpo, no habría nada que reprochar moralmente (ni, por tanto, podría reprocharse jurídicamente) por las conductas imprudentes que durante el embarazo ponen en peligro la salud del futuro niño, como el consumo de drogas. Una combinación de este argumento y del anterior sirve también para excluir el caso que for-

mulo meramente como hipotético, sólo a modo de contraste y como argumento *ad absurdum* del adelanto del parto por razones de comodidad de la mujer cuando por tal adelanto podrían derivarse riesgos para la salud del nacido que si el derecho al propio cuerpo fuera ilimitado habría que aceptar y garantizar.

La tercera consecuencia inaceptable es que los abortos con el fin —que una vez más enuncio sólo hipotéticamente— de utilizar o vender los tejidos fetales o los —también hipotéticamente— realizados por motivos triviales, resultarían tan justificables moralmente como el llevado a cabo por una adolescente, por una mujer violada o por una mujer sola ya con varios hijos a su cargo.

No me importa insistir en que los casos que cito son hipótesis extremas y no, en absoluto, típicos ni realistas, que adopto únicamente como ilustraciones llamativas, de laboratorio si se quiere, para mostrar consecuencias teóricas posibles de una tesis que, como la del derecho al propio cuerpo, está mal planteada en lo ilimitado de su formulación. Si el derecho a la autonomía de la mujer es, como creo, importante, e incluso decisivo, en la aceptabilidad ética del aborto, eso no significa que sea un derecho absoluto, sino que tiene límites que es necesario perfilar más adecuadamente, como voy a intentar a continuación.

6. LA AUTONOMÍA DE LA MUJER Y EL VALOR DE LA VIDA HUMANA POTENCIAL

En los dos epígrafes anteriores he mostrado lo que me parece inaceptable de las dos principales posiciones extremas en polémica a propósito de la licitud o ilicitud moral del aborto. En los dos casos, lo inaceptable está en su respectivo carácter absoluto, y en las inverosímiles consecuencias que, se quiera o no se quiera, se derivan de él. La exclusión de ambos absolutos deja un margen de aceptabilidad de elementos de cada una de las dos posiciones que tal vez permita intentar la formulación de una propuesta intermedia y, en cierto modo, conciliatoria.

Por un lado, y de acuerdo con las visiones religiosas, es perfectamente aceptable la idea de que la vida de los no nacidos es valiosa moralmente y que, por tanto, no es por completo indiferente. El valor de la vida humana potencial, que es de lo que aquí se trata, es diferente, sin embargo, según el grado de proximidad a la personalidad. En el grado más alejado, los no nacidos meramente posibles o futuros, que son los todavía no concebidos —incluso en el doble sentido de esa última palabra, el físico y el

mental, es decir, las generaciones futuras—, tienen un valor meramente globalizado, en cuanto imposible de individualizar, que afecta tanto a su existencia como a su bienestar y por los que parecen justificables políticas, según los casos, de fomento o de limitación de la natalidad. En un grado más cercano a la personalidad, los no nacidos existentes, esto es, los seres todavía en gestación, merecen una cierta protección, incluso penal, que puede ser máxima frente a los abortos no consentidos por la mujer y que, respecto de los consentidos por ella, también admite una graduación para la que es útil y plausible el habitual criterio de los tres trimestres: y, así, mientras en el primer trimestre de la gestación el aborto es cercano y casi asimilable a la libertad de anticoncepción, en asociación con el mayor peso de los derechos a la intimidad y a la autonomía de la mujer, en cambio, en el último trimestre, donde el feto es viable y ha adquirido alguna capacidad cerebral de sentir y sufrir, resulta próximo y casi asimilable a la prohibición del infanticidio; el segundo trimestre, aunque es más cercano al primero que al tercero en cuanto que sólo a su término se producen la viabilidad y la capacidad cerebral dicha, admite distintas regulaciones más o menos protectoras, que también pueden tener en cuenta otros factores de razonabilidad, como el mayor riesgo médico de las intervenciones, las posibilidades de conocimiento de malformaciones en el embrión o el feto y similares. Lo decisivo, en todo caso, es que en los dos primeros trimestres al menos, la protección del no nacido no procede de un derecho a la vida en el sentido fuerte del término, esto es, de un interés que sea incorrecto o injusto desplazar, sino de su valor como ser humano potencial, que alude no al criterio categórico y universal de justicia o corrección sino al de bondad, cuya gradualidad puede tolerar su sacrificio en caso de conflicto con otros bienes o derechos (operando entonces el argumento del mal menor) y, sobre todo, cuya decidibilidad no es ya universalista, sino que corresponde a las particulares concepciones morales y/o religiosas de cada cual, que tiene derecho a ejercerlas y a verlas respetadas ¹¹.

¹¹ Para un mayor desarrollo de este punto, que aquí sólo puede quedar apuntado, remito al libro antes citado de Ronald DWORKIN, pues este es el hilo sustancial de su argumentación en favor de la vigente regulación estadounidense del aborto, que garantiza constitucionalmente la libertad de la mujer durante el primer trimestre, la posibilidad de introducción de ciertas cautelas jurídicas durante el segundo y la necesidad de protección jurídica del no nacido en el tercero.

Por otro lado, como la otra cara de lo anterior y de acuerdo en parte con el argumento de los especiales derechos de las mujeres, en cuanto no existan derechos ajenos en conflicto resulta éticamente intolerable obligar bajo sanción penal a tener hijos no deseados. Lo contrario supone mediante sanciones obligar a toda mujer embarazada no sólo a parir, sino, de hecho, a llevar con ello la principal responsabilidad en su cuidado y educación. La alternativa de la adopción, que a veces se propone como solución, es inviable por lo costosísima que resulta para cualquier mujer, y precisamente porque el nacimiento establece un especial lazo sentimental con el recién nacido, de manera que constituye una nueva y grave desconsideración hacia la dignidad de la mujer sostener que está obligada a tener el hijo para, si quiere, darlo en adopción. En realidad, obligar a parir y, después, a cuidar o a dejar en adopción implica despreciar la dignidad de las mujeres por dos razones diferentes. En primer lugar, por desconsiderar su básica y central autonomía personal, al tomarlas como si fueran máquinas reproductoras sin capacidad de decidir sobre su propia vida ante embarazos no deseados. Y en segundo lugar, por discriminar en contra de las mujeres frente a los varones, pues el embarazo y el parto les afectan sólo a ellas y las cargas familiares subsiguientes son sobre todo y predominantemente de su responsabilidad, al menos en las sociedades que conocemos, y no sólo en las tradicionales (esta discriminación entre mujeres y hombres llega al máximo cuando la obligación de parir toma a la mujer, más o menos veladamente, como principal o único objeto de castigo por «pecados» sexuales que inexcusablemente han sido compartidos con un varón al que no se obliga a nada).

En suma, liberada de sus absolutos extremos, el aborto en los primeros períodos de la gestación plantea un conflicto entre determinados derechos de la mujer y ciertos bienes todavía no personalizados que es ella quien debe resolver, puesto que de su derecho a la dignidad y a la autonomía se trata (incluso en casos de riesgo vital, es defendible, a mi modo de ver, que el mismo derecho a la vida de la mujer es dependiente de su propia autonomía, aunque sin duda habrá quien sostenga que tal derecho es independiente o superior, sin que la mujer pueda disponer autónomamente de él). En cambio, cuando el no nacido adquiere viabilidad y capacidad cerebral de sentir y sufrir, o está próximo a ello, merece una protección equivalente a la de las personas propiamente dichas, cuyo derecho a la vida es protegible incluso penalmente.

7. EL PLANO ÉTICO-JURÍDICO: LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

A diferencia del anterior, el plano de la discusión ético-jurídica (o de política-jurídica) gira sobre la necesidad, conveniencia o justificación de utilizar el Derecho penal para perseguir el aborto. Las argumentaciones en este segundo plano pueden suministrar razones en contra de la penalización de, al menos, ciertos tipos de aborto incluso para quien asuma posiciones más estrictas sobre el valor de la vida de los no nacidos que las que he defendido en las páginas anteriores. Tales razones giran en torno a dos criterios diferentes: el principio de intervención mínima del Derecho penal y la necesidad de proporción entre los daños del delito y los de la pena.

8. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El llamado principio de intervención mínima es un criterio generalizado de política criminal según el cual sólo debe usarse la sanción penal cuando es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o bien. Leído *a contrario*, el principio excluye la justificación de la pena cuando ésta resulta inútil o innecesaria como medio de garantía o de prevención en relación con ciertos derechos o bienes. Pues bien, se ha argüido muchas veces, en mi opinión con razón, que la punición del aborto es un mecanismo jurídico claramente inútil por tres razones: la ineficacia de la pena, la impunidad constitucional de los abortos en el extranjero y la irrazonabilidad de la generalización de la aplicación de la pena.

Que la pena es ineficaz frente al aborto resulta ser una observación de puro sentido común en cuanto se tienen en cuenta los altos índices de abortos voluntarios efectivamente provocados con independencia de que la regulación penal sea más o menos permisiva o más o menos prohibitiva. En lo que respecta a España, no se dispone de estadísticas sobre número de personas condenadas por aborto, pero a juzgar por las escasísimas referencias periodísticas a condenas por abortos —que inevitablemente habrían sido objeto de atención pública por la presión de los colectivos feministas— no es arriesgado afirmar que su número ha venido siendo muy reducido (sin que, por cierto, quepa apreciar en este punto diferencias significativas entre el período inmediatamente anterior y el posterior a la reforma de 1985). Por resguardarme en una cifra indicativa amplia, y seguramente sobreestimada, de entre 5 y 10 personas condenadas al año por aborto, la *ratio* respecto de la cifra de unos cincuenta mil abortos realizados se hallaría entre uno y dos condenados por cada diez mil abortos, lo que constituye un grado de ineficacia penal de no fácil parangón.

En España, además, debido a la regulación jurídica del ámbito de la jurisdicción penal, resulta que no es perseguible ningún delito cometido en el extranjero si la conducta no es también delictiva en el país de que se trate (art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello, en la hipótesis de que la legislación penal sobre el aborto se endureciera en el futuro —o se empezara a aplicar más literal y estrictamente que hasta el momento—, la probable vuelta al llamado «turismo abortivo», que durante el franquismo elevó sustancialmente la cifra de abortos de españolas especialmente en clínicas de Londres, daría lugar a conductas no perseguibles por la justicia española. Es cierto que esta regulación, de rango legal, podría ser cambiada en el futuro, pero los antecedentes constitucionales a propósito de la legislación anterior imponen un criterio de interpretación tan estricta del principio de legalidad en esta materia que para perseguir los abortos llevados a cabo en el extranjero sería necesaria, prácticamente, una deliberada y expresa previsión legal en tal sentido¹².

En fin, el criterio de sancionar penalmente y de forma seria una conducta tan extendida como el aborto comporta la práctica imposibilidad de generalizar su aplicación, o, lo que es lo mismo, de proceder consecuentemente por parte de quienes defienden su penalización. En efecto, quienes propugnan que el aborto debe ser penalmente castigado con privación de libertad deben estar dispuestos a aceptar la imposición de penas de prisión a todas las mujeres y a sus cómplices que realizan abortos. Aun suponiendo que una persecución penal más eficaz rebajara a la mitad el número de los abortos que hoy se declaran oficialmente, entre las 25.000 mujeres que seguirían abortando, sus coautores o cómplices (cónyuges, amigas, etc.) y los médicos o aborteras que practicaran tales abortos, habría que estar dispuesto a aceptar la posibilidad de una cifra de condena-

¹² En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio, que anuló la condena penal a una mujer que había realizado un aborto en Gran Bretaña, excluyó que fuera aplicable en materia de aborto la legislación entonces vigente, que aceptaba la jurisdicción española sobre todos los delitos cometidos en el extranjero por españoles de los que fueran víctimas otros españoles. La argumentación del Tribunal Constitucional —en lo que es relevante para lo que aquí estoy comentando— fue que la consideración del feto como español por parte de las sentencias condenatorias había constituido una analogía prohibida por el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución (FJ 6).

das y condenados que podría rondar, si no superar, la de la actual población reclusa, que es inferior a 50.000 presos (quizá quienes defienden el castigo penal del aborto prefieran excluir las penas de prisión para las mujeres, o imponer penas de multa en todo caso, pero entonces la menor gravedad de este tipo de sanción parece escasamente consistente con la gravedad que suelen atribuir a la acción de abortar para justificar su sanción penal).

9. LA PROPORCIÓN ENTRE DAÑO Y PENA

En la valoración moral del aborto no sólo debe tenerse en cuenta el valor del no nacido como bien potencial —valor, insisto, gradual y no absoluto ni configurable como un derecho propiamente dicho del embrión o el feto—, sino también otros bienes en juego, que ponen de manifiesto la existencia de daños derivados de la prohibición rígida de los abortos tempranos deseados por la mujer. Me referiré a tres tipos de daños: el daño en los hijos no deseados, los riesgos para la salud de las mujeres y, en fin, la doble discriminación social que a éstas se les impone.

Aunque sin duda algunos de los hijos inicialmente no deseados terminan siendo bien aceptados en un seno familiar que constituye un ambiente favorable para su educación, este resultado, lamentablemente, no siempre está garantizado. Un psiquiatra, especialista en salud pública, como Luis ROJAS MARCOS ha escrito que los estudios sobre el tema «demuestran claramente que los hijos indeseados, cuando llegan a la edad adulta, sufren con desproporcionada frecuencia trastornos de conducta, alcoholismo, drogadicción y tienen a menudo problemas de criminalidad»¹³. Sin duda, puede añadirse, entre las causas de la existencia de ambientes familiares educativamente desfavorables se han de contar las dificultades sociales para conseguir un aborto en circunstancias de necesidad. Por ello, la prohibición severa del aborto, en la medida que sea efectiva, sin duda contribuye al aumento de familias desarticuladas y de abandonos o semiabandonos de los hijos que, además de ser semilleros de la violencia, propician vidas desgraciadas que no pueden contarse ingenuamente entre los

¹³ *Las semillas de la violencia*, Madrid, Espasa Calpe, 1995, pág. 213.

bienes de este mundo: como ha dicho James TREFIL, obligar a tener un hijo no deseado «puede crear una vida miserable para el niño, con un sufrimiento que con toda probabilidad persistirá durante generaciones. Francamente, no puedo imaginar un acto humano más profundamente diabólico que traer al mundo a un hijo no deseado».

En segundo lugar, la prohibición penal del aborto de nuevo en el supuesto de que sea efectiva, aunque sea sólo parcialmente produce una cifra importante de muertes y graves enfermedades en mujeres que provocan sus abortos en condiciones sanitarias inadecuadas: la Organización Mundial de la Salud ha estimado que anualmente mueren alrededor de 200.000 mujeres por esta causa. El recurso a personas sin cualificación y la auto-aplicación de técnicas toscas e imprudentes (como la perforación mediante una aguja) son efectos indirectos de las prohibiciones legales del aborto, que suelen perjudicar a las mujeres de menor cultura y con menores apoyos sociales. Evitar este tipo de daños, por lo demás, es una razón de política criminal añadida a las anteriores para excluir las propuestas de castigar penalmente sólo a los médicos que practiquen abortos, lo que podría tener el efecto de abrir la puerta a la incompetencia de personas ignorantes o desaprensivas.

En último término, la punición del aborto genera una doble desigualdad en los hechos, más allá de la genérica enunciación abstracta de la ley: a la mencionada desconsideración hacia la dignidad y la autonomía de las mujeres penalmente obligadas a parir, que resulta claramente discriminatoria respecto de los hombres, la prohibición del aborto tiende a ser además injustamente desigualitaria de hecho dentro de las propias mujeres, pues sus efectos negativos se ceban más gravemente, si no exclusivamente, en quienes tienen menos medios culturales y económicos para procurarse abortos seguros y legales, en el extranjero si llega el caso. Esa carencia de medios, que puede afectar a un sector de las mujeres maduras, es además muy grave en cuanto tiende a cebarse en otro sector especialmente desamparado, como es el de las adolescentes embarazadas¹⁴.

¹⁴ Según un estudio del Instituto de la Juventud, la mitad de las embarazadas menores de 19 años recurre al aborto, estimándose que en España quedan embarazadas anualmente unas 25.000 (*El País*, 13 noviembre 1995, pág. 30).

10. CONCLUSIÓN

El conjunto de las razones aquí desarrolladas, sean más directamente éticas o sean de política criminal, abonan las medidas despenalizadoras de los abortos socialmente típicos, que son los provocados por embarazos no deseados por motivos que comprometen seriamente el conjunto de la vida de la mujer. El aborto, por la naturaleza psicológica del embarazo y por su carácter médico invasivo, no es nunca para la mujer un acto trivial. Entre la mucha literatura que he leído sobre el tema, nunca he visto a nadie al que se pueda llamar propiamente «pro abortista» ni, todavía menos, al que pueda caracterizarse con justicia como defensor de una «cultura de la muerte». En realidad, los autores de esta crítica, obispos valedores de la doctrina oficial de la Iglesia católica, parecen más preocupados por la existencia formal de ciertas normas que por las prácticas realmente existentes en la sociedad. Esa es, al menos, la impresión que da su preocupación, mas dirigida hacia el Estado y los poderes públicos que a la sociedad, antes por la ley actualmente vigente y su eventual ampliación que por el alto número de abortos que realmente se practican. De esa realidad social, muy difícilmente afectable por las leyes, no se oye hablar a los obispos.

Pero las leyes penales tienen sus límites. Hay muchas acciones que la sociedad, a través de las normas y las instituciones jurídicas, puede emprender para aliviar los problemas que subyacen a la existencia del aborto y que, en un cierto grado, pueden ayudar a reducir su número: la creación de centros de planificación familiar, las campañas de información sobre anticonceptivos, la facilitación de medios e intervenciones médicas que garanticen la anticoncepción, las ayudas sociales para madres solas, etc.). Sin embargo, en lo que se refiere al uso de la ley penal, la alternativa que el aborto plantea es muy simple y tajante, pues ante un embarazo no deseado únicamente existen dos opciones básicas para la sociedad: o excluir la pena permitiendo la realización de los abortos en condiciones sanitarias apropiadas o exigir con amenazas penales la llegada a término del embarazo.

El número de embarazos y abortos de jóvenes y adolescentes es muy elevado también en las cifras más reducidas aportadas por la Ministra de Sanidad en el Congreso, sobre abortos realizados en clínicas autorizadas, de los que en 1994 el 14 por ciento de 1994 correspondieron a menores de 20 años (6.695 del total de 47.832), habiéndose producido un ligero aumento sobre el porcentaje habitual desde 1990 (cf. *El País*, 19 noviembre 1995, pág. 27).

La primera opción tiene muy distintas razones en su favor, y predominantemente, desde mi punto de vista, los derechos de las mujeres afectadas, muchas de ellas adolescentes o jóvenes. Pero aunque se mantenga otro punto de vista, la segunda opción, como la experiencia mundial muestra hasta la saciedad, no asegura que no se provoquen innumerables abortos, sino sólo, si acaso, que se realicen en condiciones sanitarias inadecuadas. Y esta inutilidad de la opción represiva es, por sí sola, una de las más sólidas razones para no tomarla en serio.

CAPÍTULO SÉPTIMO
LAS AGRESIONES AL CUERPO DE LA MUJER:
ENTRE COSTUMBRE Y MEDICINA ¹

Celia Pereira Porto

En esta comunicación queremos exponer cuál fue históricamente la experiencia que las mujeres tuvieron del parto, cómo ésta fue evolucionando y cuestionar en qué medida la mujer asumió en algún momento el control del propio parto, y en esa medida del propio cuerpo, o fue siempre un objeto en manos ajenas. El ámbito espacial y temporal objeto de estudio está constituido por la Europa continental a partir del siglo XV.

1. LA EXPERIENCIA DEL PARTO

1.1. La asistencia al parto

El primer aspecto a destacar es la presencia de alguna mujer como asistente del parto. Aun a principios de este siglo lo normal era la presencia de una mujer (comadrona, vecina o anciana del pueblo) como asistente del parto. Los médicos estaban ausentes de la escena, que transcurría en el domicilio de la parturienta, como regla general ².

Las comadronas se podían calificar, a principios de 1800, en dos categorías: por una parte estaban las comadronas *urbanas*, altamente especializadas y sometidas al control de otras mujeres en el ámbito de una institución profesional. La otra categoría estaba formada por las comadronas *tradicionales*, que practicaban en los pueblos, sin preparación específica y

¹ Título original, «As agressions ó corpo da muller: entre costume e medicina».

² Situación que continúa hoy en los países en vías de desarrollo, donde el 65% de los nacimientos están asistidos por comadronas.

sin ninguna forma de supervisión. Estas últimas raramente ejercían a tiempo completo, eran ancianas y carecían de otro medio de subsistencia. Adquirían su «saber» por medio de pruebas y errores y por la tradición colectiva de la cultura femenina del lugar. Sin embargo, no por esto eran incompetentes, por fuerza, en los partos normales. Aunque, cuanto menos cualificada estaba la comadrona menos llamaba a un médico en su ayuda, mientras que las comadronas especializadas reconocían la presencia de complicaciones con una frecuencia mucho mayor.

Las comadronas tenían el sentimiento de poseer un especial conocimiento, *secreto*, que iba pasando de unas mujeres para otras y que se negaban a comunicar a los médicos; cosa que muchas veces tampoco podían hacer por su ignorancia en cuestiones de anatomía y patología.

Algunas de las características de las comadronas tradicionales eran, junto a un excesivo afán intervencionista, la escasa o nula preparación profesional, la pequeña paga que recibían, cierta rutina que pasaba de generación en generación, la ignorancia de la medicina científica, la creencia en la tradición heredada, en su validez y en la voluntad de Dios en otro caso.

En la medida en que las comadronas ejercían un importante papel al ocuparse de la mayor parte de los partos, los gobiernos, municipios, la Iglesia y los médicos mostraron interés en su control. Las primeras leyes eclesiásticas y municipales que regulaban el aspecto moral y religioso de la profesión aparecieron en los siglos XV-XVI. La preocupación principal de la Iglesia fue que las comadronas suministrasen el bautismo de emergencia correctamente.

La supervisión por parte de los médicos se inició en el siglo XVII, a medida que ellos iban teniendo más conocimientos sobre el tema.

A principios del siglo XVIII consideraciones de orden humanitario tendientes a favorecer la natalidad reemplazaron, en buena medida, los precedentes motivos morales y religiosos que sugerían ejercitar un control sobre las comadronas. Comenzaron a aparecer normas de examen y supervisión y a surgir las escuelas profesionales de obstetricia³.

³ En 1800 en Europa occidental había escuelas de obstetricia, pero faltaban las alumnas adecuadas.

Una vez que se establecieron programas formales de instrucción las comadronas de las pequeñas ciudades y del campo empezaron a perder el epíteto de «tradicionales».

Los campesinos consideraban la profesión de comadrona poco honorable y no les parecía importante que la mujer fuese asistida durante el parto por personal especializado. Por eso, en el campo muchos partos fueron asistidos por mujeres acostumbradas a ese tipo de situaciones, incluso en este siglo. En un pequeño número de comunidades la comadrona era una «autoridad social» por ser elegida entre las mujeres del lugar.

La cláusula antiabortista era común en el juramento de todas las comadronas. Lo fundamental, en cualquier caso, era la diferencia importante que había entre las comadronas tradicionales y las de la ciudad. Los conocimientos de las comadronas tradicionales se basaban en la práctica, mientras que las comadronas urbanas eran extremadamente competentes, pero solo estaban en las ciudades de la Europa continental. Las comadronas modernas altamente cualificadas que trabajan en los hospitales bajo un control asiduo solo comparten con las tradicionales el hecho de ser mujeres.

En la Europa tradicional los asistentes masculinos al parto únicamente aparecían en caso de emergencia. Antes del siglo XX, en general, las mujeres evitaban a los médicos por su sexo masculino. Sin embargo, esta actitud empezó a cambiar a mediados del siglo XVIII cuando las mujeres de la ciudad de clase media y alta empezaron a solicitar con insistencia la presencia de médicos y obstétricos en el parto.

Las gestantes querían ver abreviada su agonía durante el parto por medio de los instrumentos que los médicos llevaban con ellos. Los médicos sabían cómo tratar un caso de emergencia mientras que las comadronas tradicionales no. Pero era, también, una cuestión de moda. A principios del siglo XX la preferencia de la clase media por una asistencia masculina había hecho mella en toda Europa central y en el curso de este siglo el dominio del campo obstétrico entre las clases populares y medias pasó de las comadronas a los médicos. Salvo en EEUU y Canadá las comadronas han vuelto a coger auge en este siglo. Las mujeres europeas continúan hoy pariendo con la asistencia de otra mujer, aunque ha habido un cambio radical en las condiciones del parto con respecto a los tiempos de la comadrona tradicional. La presencia de un médico no es hoy fuente de aseguramiento particular para la paciente como ocurría hace un siglo.

Muchos médicos no estaban adecuadamente preparados para ejecutar intervenciones obstétricas, que se practicaban aprendiendo directamente

sobre el trabajo, a través de pruebas y errores. Los médicos mantuvieron durante mucho tiempo una actitud de no intervención en el campo obstétrico, considerado menor, y donde, además, no hacían ninguna práctica efectiva. La incompetencia de los asistentes al parto representó uno de los lados oscuros del parto a domicilio en los años 20 y 30. En ellos (partos a domicilio) se cometían muchos abusos ⁴.

1.2. Las intervenciones durante el parto

Ya dijimos anteriormente que las comadronas mostraban durante el parto un gran afán intervencionista. Hacían romper aguas e intervenían furiosamente en el proceso natural del nacimiento con prácticas muchas veces dañosas e inútiles. Además, ni los médicos ni las comadronas tradicionales sabían nada de infecciones.

Las comadronas mostraban gran impaciencia porque las mujeres parieran, prisa que las autoridades de Europa central trataron de combatir. Todos estaban de acuerdo en que las comadronas debían asistir al parto a domicilio, el problema era el modo.

En el siglo XVII se les recomendaba a las comadronas no intervenir en un parto normal. Sin embargo, las comadronas europeas tradicionales intervenían durante todo el curso del mismo. Esta tradición intervencionista se fijó profundamente en la cultura popular y fue difícil de erradicar hasta nuestro siglo.

Otra práctica obstétrica tradicional consistía en sacar la placenta manualmente, práctica dañosísima que, en el mejor de los casos, podía provocar una infección ⁵. A principios de este siglo aun continuaba esta práctica que, originariamente, había sido enseñada por la medicina académica. Sin embargo, cuando la medicina académica cambió de opinión respecto de esta práctica, las comadronas no quisieron dejar de ejecutarla.

⁴ Como por ejemplo el suministro de pituitarina, droga que estimula el útero, pero que tiene graves efectos secundarios. O el uso excesivo del fórceps y en modo incompetente.

⁵ En el peor podía producir la muerte de la mujer, en la medida en que las comadronas tiraban de la placenta con toda su fuerza, sin piedad. Y así muchas veces además de la placenta arrastraban otros órganos de la mujer que, junto con terribles dolores, le acababan produciendo la muerte.

Un parto largo no equivalía a una condena de muerte pero disminuía las posibilidades de salir bien de él. Los remedios que tenían los médicos y las comadronas antes de que existiese la cesárea para abreviar un parto difícil eran los siguientes:

1.º No hacer nada. En muchas sociedades tradicionales se dejaba sin más a la mujer que no paría normalmente y que podía morir sin parir.

En la Europa de 1800 la tendencia era el intervencionismo. Sin embargo, muchas mujeres que simplemente tenían práctica en la asistencia de los partos, o vecinas, dejaban morir a la mujer. Este también era el caso de muchas comadronas que con su incompetencia e ignorancia causaban muchas muertes de madres e hijas/os durante el parto. Por el contrario, en las ciudades y lugares donde había una comadrona cualificada era mucho más raro que una mujer muriera de parto.

2.º La medicina popular. Es decir, remedios tradicionales que no comportaban intervenciones sobre la vagina. Como:

* prácticas mágicas.

* uso de drogas, pociones, infusiones... Algunas podían estimular las contracciones uterinas. Otras eran seguramente inútiles, si no dañosas.

* tratar de hacer salir a la niña/o sacudiendo violentamente a la madre si las drogas no funcionaban. Esto producía laceraciones del útero, heridas en el canal del parto, hemorragias...

3.º Hacer salir a la niña/o tirando fuerte por cualquier parte de su cuerpo que se consiguiese aferrar. Las madres pagaban muchas veces con su vida la utilización de esta práctica. Era considerado natural romper cualquier obstáculo que impidiese el parto, por lo que las comadronas tiraban con fuerza para hacer salir a la niña/o, con tanta fuerza que, a veces, le rompían algún miembro.

4.º Intervención obstétrica. Cómo:

* La «versión». Consiste en introducir la mano en el útero para girar a la niña/o sobre sí misma. Esto resultaba tremendamente doloroso practicado como era sin anestesia, ya que el éter y el cloroformo no fueron usados en obstetricia hasta 1847. A veces se engañaba a la mujer para ejecutar esta práctica si no había otra forma de hacerla parir. Entre las campesinas tenía tal fama de ser dolorosa que preferían afrontar una cesárea.

La mayor parte de las comadronas tradicionales consideraban que tenían la competencia necesaria para ejecutar esta práctica, que no era un procedimiento reservado a los médicos y que las comadronas cualificadas y las que simplemente tenían práctica ejecutaban regularmente.

* El fórceps no entró a formar parte de la tradición de las comadronas especializadas y las comadronas tradicionales tenían miedo de la difusión de este instrumento por no querer verse desplazadas a un segundo plano en favor de los médicos.

La mortalidad en los partos a domicilio con la ayuda del fórceps declinó constantemente. La anestesia aumentó el uso del fórceps que en 1900 era menos usado en el hospital que en casa. Hacia 1920 se hacía un uso profiláctico, preventivo, de este instrumento. Esta intervención no se afirmó inmediatamente, pero en los años 30 era adoptado universalmente, debido al nuevo interés por un parto lo más rápido posible.

Posteriormente se produjo un declive en el uso del fórceps al aumentar el uso de la cesárea, mejor sistema para concluir un parto que se teme pueda ser demasiado largo.

* *embriotomía* o destrucción de la niña/o con una intervención para este fin, como la craneotomía. Normalmente se trataba de matar a una niña/o viva que, además, podía causar daños a la madre⁶. Por eso los médicos la efectuaban raramente. Sin embargo, esta práctica estaba en boga entre las comadronas, que, de todos modos, no tenían el monopolio de la brutalidad e incompetencia. Vivían, eso sí, en contacto mucho más estrecho con las mujeres de los pueblos y ciudades y estaban dispuestas a usar cualquier instrumento, exceptuando el fórceps, para hacerlas parir. Si se presentaban dificultades en el parto podían costarle a la mujer la muerte o mutilaciones.

* La inducción artificial de un parto prematuro tiene una larga historia. Era un sistema para proteger a la gestante de un feto de dimensiones excesivas. En los años 50 aparece para proteger al feto mismo.

* La *episiotomía* o incisión de una amplia fisura en el perineo trata de evitar laceraciones peligrosas del mismo. En cierto porcentaje de casos la salida de la cabeza del niño/a provoca una laceración del perineo que, cuando se extiende hasta el ano puede ser muy peligrosa. Esta intervención estuvo en boga antes de 1930 con la intención de facilitar lo más posible la suturación de una laceración producida, por lo general, naturalmente, ya

⁶ A través de los instrumentos que se utilizaban para romper el cráneo del niño/a, o por medio de los huesos astillados del cráneo roto, se podían causar a la madre graves heridas y daños.

que una incisión recta operada por una persona es más fácil de suturar que una natural de bordes irregulares.

Usualmente se hacía de lado para evitar el prolongamiento natural de la herida hasta el ano. Hoy, sin embargo, se evita y se sigue la «línea mediana» porque de lado acarrea hemorragias más abundantes, cicatriza más lentamente y resulta más molesta para la mujer.

Sólo en los años 30 el feto comenzó a figurar entre las razones para practicarla, con lo que aumentó su frecuencia para ahorrarle al feto, en el curso del parto, un estadio expulsivo prolongado.

* La frecuencia de la cesárea aumentó en los años 60 y 70 porque anteriormente los médicos experimentaron otros medios para acelerar el nacimiento. En los años 60 la cesárea tenía menos riesgos para la madre y la hija/o que otras intervenciones. La expansión de esta intervención, de la cesárea, contribuyó al triunfo del obstétrico sobre el médico genérico, ya que solo expertos en cirugía podían abrir el vientre de una mujer con conocimiento de causa. Sin embargo, a pesar de esta tendencia en favor del parto con cesárea, ésta, a veces, no tiene como causa la prevención de nacimientos difíciles, sino razones de comodidad de los obstétricos⁷, por ejemplo.

1.3. La escena del parto

El parto tradicional era un evento que congregaba a toda la comunidad junto con las tradiciones colectivas que la comunidad tuviese, como creer en peligros de origen sobrenatural. A veces estaban presentes también los hombres, otras no. En algunos lugares se congregaba toda la familia, incluidos hombres y niños y, otras veces, el marido estaba ausente. De todas formas, aunque los hombres, a veces, asistiesen, la escena del parto era típicamente femenina.

1.4. Las creencias y prácticas habituales

Los campesinos pensaban que la madre transmitía a la hija/o todas las impresiones recibidas durante el embarazo. Se trataba de asegurar que la niña/o naciese sana y perfecta. Sin embargo, las reglas que la mujer debía

⁷ Como revela la mayor frecuencia estadística de partos con cesárea durante las vacaciones estivales y fines de semana. Vid. BERLINGER, G., *Questioni di vita. Etica, scienza, salute*. Giulio Einaudi Editore, Torino, 1991 (pág. 119).

seguir eran, en algunas ocasiones, demasiado estrictas y limitaban la actividad cotidiana de la mujer. Por ejemplo, se practicaban sangrías para que el niño/a no se ahogase en la sangre, para evitar las hemorragias, para que el hijo/a no fuese demasiado grande y, también, para abortar.

A principios de este siglo continuaban con esta práctica aun en algunos sitios y, además, la mayor parte de las mujeres embarazadas no recibían ninguna atención particular en cuanto a dieta o a trabajo, por ejemplo. De este modo, las mujeres continuaban trabajando⁸ hasta el último instante. Muchas veces los dolores las sorprendían en el campo. La justificación real de esta situación era la *restricción* económica y la *indiferencia* del marido por la salud de la mujer, pero la formal, ideológica, era que volvía más fácil el parto.

1.5. El lugar y la posición para el parto

En el pasado el parto no tenía lugar en la cama⁹, ni sobre las sábanas (ya que tenían miedo de mancharlas o estropearlas), sino en el suelo (sobre un montón de paja, por ejemplo). El parto en la cama lo empezaron a introducir los médicos y las comadronas con las mujeres jóvenes, pero las más viejas seguían pariendo en el suelo.

En la Edad Media la mujer daba a luz de pie o acostada, pero en el siglo XV las comadronas de la ciudad empezaron a utilizar la «silla de la gestante» o «silla de parir» inspirándose en Italia, donde se usaba desde antiguo. En el siglo XVI la silla era de uso general en las ciudades de Europa central, mientras que fuera de la ciudad se seguía con la postura clásica. En este siglo se da la combinación «centroeuropea», utilizando la «silla de la gestante» en la ciudad y pariendo de pie las campesinas.

La posición tradicional se justificaba por ser más fácil para nacer el niño/a y por motivos económicos, como el ahorro de ropa, por ejemplo. Las mujeres parían tradicionalmente en la posición juzgada más cómoda, aunque las comadronas estaban a favor de la «silla de la gestante». Sin embargo, las mujeres burguesas del siglo XIX preferían la cama para parir y los

⁸ Muchas de ellas en los trabajos del campo.

⁹ La fase de contracciones tenía lugar en el lecho, pero no así la fase de expulsión del niño/a.

médicos renunciaron a la complicada «silla de la gestante». Parir en la cama, cualquiera que fuese la posición adoptada, se difundió a partir de las clases medias.

En cuanto a la posición para el parto sobre un lado se alegaba que la mujer no veía los preparativos, sufría una menor exposición por motivos de pudor y era extremadamente conveniente para el médico. El parto sobre la espalda se defendía como mejor postura para escuchar los latidos del feto.

1.6. Reposo postparto

En el pasado se consideraba necesario reposar absolutamente nueve días en la cama después del parto, aunque pocas mujeres podían respetar esta regla. En esos días la comadrona visitaba a la mujer una o dos veces al día. Durante el tiempo de reposo era costumbre hacer que la mujer sudase.

Las mujeres de la burguesía reposaban después del parto una media de una o dos semanas, mientras que las mujeres de las clases populares solo un par de días. Si una mujer de éstas reposaba durante largo tiempo era normal sospechar que algo malo había pasado durante el parto.

La duración media del puerperio tratándose de campesinas y artesanas tradicionales era de 2 a 4 días, por lo que éstas mujeres no tenían mucho tiempo para recuperarse después del parto. Además, eran frecuentes las infecciones después del mismo.

1.7. Dificultades y mortalidad durante el parto

Las causas más comunes de las dificultades durante el parto eran las deformaciones óseas, la pelvis demasiado estrecha y la edad excesivamente avanzada de la mujer. Esto daba lugar a retardos, dificultades y obstrucciones en el parto, aun cuando el niño/a se presentase normalmente de cabeza.

Los tipos de dificultades que se podían producir eran:

* hemorragias. Hasta principios de 1900 una hemorragia excesiva podía conducir a un desastre. La cultura popular se caracterizaba por una profunda repugnancia a actuar en presencia de hemorragia, pero la sabiduría popular en materia de obstetricia era inadecuada cuando se trataba de emergencias graves, como en el caso de placenta previa. En este caso, antes del siglo XIX la única posibilidad era hacer parir a la mujer lo más rápidamente posible mediante la práctica de introducir la mano en el útero y girar a la niña/o («versión»).

* convulsiones del embarazo o *eclampsia*. Afectan preferentemente a las mujeres en el primer embarazo. Las comadronas de la ciudad la conocían aunque no se daba muy a menudo. En el siglo XX se produjo un aumento de este mal (la dieta puede ser uno de los factores que contribuyó a esta situación).

En cuanto a la mortalidad en el parto hay que decir que en el pasado muchas mujeres morían dando a luz. Parir constituía un factor importante de mortalidad entre las mujeres en edad fértil. El índice de mortalidad en el parto disminuyó primero y con mayor rapidez en las grandes ciudades que en las pequeñas o en el campo. Este contraste muestra los efectos positivos de diversas reformas en el campo obstétrico, como una mayor preparación médica de las comadronas, uso del fórceps (difusión que partió de la ciudad)...

Después de 1870 la mortalidad en el parto comenzó a disminuir debido a los progresos en el campo médico, como el descubrimiento de la antiseptia en 1867. Este descenso de la mortalidad tuvo influencia sobre el modo en que las mujeres consideraban la sexualidad, la alegría de criar niños/as y la naturaleza de sus relaciones con los hombres.

Las causas más frecuentes de mortalidad durante el parto eran las infecciones, las hemorragias y otras enfermedades a las que la gestante sucumbía por su mayor debilidad.

En cuanto a las infecciones hay que decir que desde tiempos antiguos las mujeres corrían el riesgo de contraer infecciones al parir. Éstas eran fuente general de inquietudes para las parturientas. Se manifestaban, aproximadamente, al tercer día después del parto. Las mujeres tenían miedo de la fiebre puerperal, pensaban que era contagiosa. Pocas mujeres podían esperar superar el embarazo sin contraer una infección o, por lo menos, sin ayudar a una vecina que estuviese infectada.

Tales infecciones no eran llamadas «fiebre puerperal» sino «mala hierba» o «fiebre de la leche». Éste último nombre era debido a que una teoría médica tradicional afirmaba que la fiebre puerperal estaba causada por la abundancia de leche en el seno materno¹⁰. En realidad no existe esta «fie-

¹⁰ Se creía que era un estado febril provocado por la leche que salía de la sangre, donde pensaban que se encontraba, para entrar en las mamas.

bre de la leche». Se trataba de infecciones ligeras a las que los médicos no daban importancia. Lo más preocupante era que la infección se extendiese del útero al circuito sanguíneo, cavidad abdominal o a los miembros inferiores, ya que de una simple infección uterina puede desarrollarse rápidamente una enfermedad mortal.

Los médicos y las comadronas no reconocían muchas infecciones de naturaleza obstétrica como tales. Por esta razón debe presuponerse que todas las infecciones ocurridas en el mes siguiente al parto eran de naturaleza obstétrica.

Las infecciones eran uno de los tormentos del parto afrontados día tras día por las mujeres. Es probable que en el 4% de todos los partos en la era de la obstetricia tradicional la gestante contrajese una infección grave. El 25% si hablamos de todo el curso de su vida. Porque el útero en el parto es como una herida quirúrgica abierta, las mujeres estaban mucho más sujetas a las infecciones bacterias que los hombres.

Las posibles fuentes de las infecciones eran las siguientes:

1.º La operación obstétrica, ya que el uso de instrumental durante el parto aumenta las posibilidades de infección.

2.º La exploración manual del médico o comadrona, el examen vaginal con manos no lavadas.

3.º El ambiente séptico. Eran las condiciones malsanas tanto en las clínicas como en las casas las que contribuían al alto índice de mortalidad de las pacientes. Sin embargo, la mortalidad era inferior en los partos a domicilio que en los hospitales, porque era menor la cantidad de elementos contaminantes y porque muchas puérperas se volvían más o menos inmunes a la propia suciedad. Las mujeres de las clases populares solían morir de infecciones más raramente que las de las clases acomodadas.

Entre 1870 y 1939 el riesgo de morir de fiebre puerperal sufrió una bajada constante. En 1860 el parto en el hospital era seis veces más peligroso que en casa, pero en los años 20 y 30 existía el mismo riesgo de infección.

La revolución de la asepsia tuvo consecuencias inmediatas tanto en los partos a domicilio como en el hospital. Hacia 1898 se empezaron a poner guantes en las clínicas más avanzadas, máscaras, a hervir el instrumental... Con el paso del siglo XIX al XX la mortalidad por infecciones se fue reduciendo tanto en los partos en el hospital como en casa. Entre médicos y comadronas no hubo ninguna diferencia relevante en la rapidez con que adoptaron la asepsia. Sin embargo, muchas comadronas tradicionales se resistieron a romper la rutina para adoptar las nuevas medidas de higiene.

1.8. Alivio de los dolores del parto

El embarazo fue más fácil con el descubrimiento de medios para aliviar el dolor. Antes lo que se solía hacer, a veces, era, por ejemplo, abusar del alcohol, emborracharse. Aunque el alcohol no es un analgésico en la medida en que no elimina el dolor. En 1847 fueron usadas por primera vez en el campo obstétrico dos drogas, el éter y el cloroformo, que provocaban un estado de inconsciencia. Su demanda por parte de las mujeres era incontenible. Probablemente los médicos dejaban que los deseos de las pacientes prevaleciesen sobre el buen sentido.

La resistencia al uso del cloroformo se debía a razones médicas y, en parte, al fundamento bíblico según el cual las mujeres estaban condenadas a soportar los dolores del parto para expiar el pecado de Eva. Esta resistencia de los médicos a usar medicamentos analgésicos dura desde 1847 hasta nuestros días.

La anestesia supone un aspecto del rechazo del parto tradicional por parte de las mujeres más que un resultado del esfuerzo de los médicos.

1.9. ¿Parto en casa o parto en el hospital?

Antes de 1900 parían en el hospital sólo las mujeres núbiles y de condición económica pobre. En los años 90 los partos hospitalarios son la norma en todos los países del mundo occidental. Los partos a domicilio son cosa del pasado. Los médicos no querían que los partos tuviesen lugar en casa por sus malas condiciones. Preferían el hospital por su mayor comodidad, higiene, luz... Además, en el hospital no estaban los parientes de la mujer solicitando una intervención prematura. Las comadronas tampoco se opusieron a este cambio.

El parto en el hospital también se impuso por la práctica de las cesáreas. Antes de 1800 era una operación extrema con una tremenda mortalidad (infecciones, hemorragia interna...) La anestesia en 1847 y la antisepsia en 1867 mejoraron considerablemente esta situación.

2. EL CONTROL DEL PARTO

Las mujeres nunca controlaron verdaderamente el parto, que estaba regulado por una densa red de normas transmitidas por la tradición o impuestas por la comunidad, que dejaban poquísima posibilidad de elección a la puerpera. El protocolo implícito de las comadronas tradicionales no era menos rígido que el de hoy en los hospitales.

Las mujeres, sobre todo las primerizas, tenían aprensión, miedo a morir en el parto. Este temor se trataba de paliar con ritos y plegarias. Esta tradición se iba transmitiendo de generación en generación, de tal forma que las mujeres tomaban conciencia de los riesgos que comportaba su femineidad.

Hacia 1930 existían técnicas que podían permitir a la gestante controlar personalmente todos los aspectos del proceso del parto (control de natalidad, anestesia...). Sin embargo, no se tiene un embarazo controlado por la mujer porque en los años 30 los médicos transfirieron el interés de la salvaguardia de la salud de la gestante a la salud del neonato. Antes de 1930 los médicos prestaban escasa atención a la «perinatología» o cuidado de la niña/o apenas después del parto.

Desde el siglo XVI hasta principios del XX los asistentes al parto tenían prisa por ahorrarle a la mujer la agonía de un parto largo y, después de 1880, también se pensaba en la salvaguardia contra las infecciones. En el primer cuarto de este siglo estos objetivos estaban conseguidos. Además, se comenzaba a practicar la cesárea en vez de las anteriores intervenciones obstétricas tan peligrosas. Pocas mujeres morían de fiebre puerperal. Posteriormente, los médicos, en su afán de proteger al niño/a, interpusieron su juicio sobre el deseo de la mujer de controlar el embarazo. Las gestantes tradicionales también estaban expropiadas de su autonomía en el parto porque las comadronas se aferraban a normas consuetudinarias, porque la mujer estaba sujeta a infecciones impredecibles, embarazos indeseados...

Hoy todos los estadios del embarazo son regulados minuciosamente por protocolos y convenciones médicas. Irónicamente en los años 90 las mujeres están también privadas, de hecho, de su autonomía en el parto. Sin embargo, la diferencia se nota. A cambio de la renuncia a su autonomía las mujeres, hoy, ven cómo se les presentan niñas/os ágiles y rosadas/os. No muere prácticamente ninguno y la experiencia del parto se considera un elemento fundamental de ser mujer.

Desde finales del siglo XVIII a principios del XIX la solidaridad emotiva de las mujeres se transfiere del grupo femenino al núcleo familiar. Las mujeres de clase media desde 1850 empiezan a reducir el número de embarazos y a considerar el nacimiento de un niño/a muerto/a más como una calamidad que como un bien. Se crea una nueva emotividad.

La nueva tendencia hacia la confianza en los obstétricos tendrá un peso enorme sobre la vida de las mujeres, reduciendo notablemente el espacio de autonomía en el parto sobre el que tenían todavía libertad de elección en los años 20 y 30.

Hasta 1930 el progreso en la técnica constituía una liberación de los horrores del parto tradicional y abría nuevas posibilidades de vivir la experiencia del parto en modo agradable, libre del miedo a la muerte o de una mutilación. Con el descubrimiento del feto en los años 30, la medicina moderna arrancó a las mujeres toda la esperanza de autonomía y control del parto de la que había algún vislumbre en el pasado ¹¹.

3. CONCLUSIONES

Este análisis muestra la diferencia existente a través de los últimos siglos en la consideración del cuerpo femenino y, en especial, cómo la noción de «salud» cambió. Esta noción aparece recogida hoy en día en la Constitución española de 1978 como un «derecho» ¹², pero en otro tiempo no tan lejano ni recibía esa consideración, ni la adecuada protección jurídica capaz de evitar los «excesos». Teniendo en cuenta, también, que la situación, hoy, en los países en vías de desarrollo es muy semejante en algunos aspectos a la aquí descrita como situación histórica superada en los países de Europa occidental ¹³.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, B.S., e ZINSSER, J.P., *Historia de las mujeres: una historia propia*. Ed. Crítica, Barcelona, 1992 (2.ª ed.).
- BERLINGER, G., *Questioni di vita. Etica, scienza, salute*. Giulio Einaudi editore, Torino, 1991.
- DUDEN, B., *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto de vita*. Bollati Boringhieri editore, Torino, 1994.
- JACOBSON, J. L., «La mejora de la salud reproductiva de la mujer», en BROWN, L., (coord.), *La situación en el Mundo 1992: Un informe del World-watch Institute sobre desarrollo y medio ambiente*. Apóstrofe, Barcelona, 1992.

¹¹ SHORTER, E., *Storia del corpo femminile*. Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 1988 (pág. 210).

¹² «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», art. 43 CE.

¹³ Vid. JACOBSON, J. L., «La mejora de la salud reproductiva de la mujer», en BROWN, L. (coord.), *La situación en el Mundo 1992: Un informe del World-watch Institute sobre desarrollo y medio ambiente*. Apóstrofe, Barcelona, 1992 (págs. 151-152).

- LAQUEUR, T., *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Ed. Cátedra, Madrid, 1994.
- LEE BARTKY, S., «Foucault, feminismo y la modernización del poder patriarcal», en LARRAURI, E., (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994, págs. 63-92.
- SHORTER, E., *Storia del corpo femminile*. Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 1988.

CAPÍTULO OCTAVO
ASPECTOS ÉTICOS DEL USO DE LA PRUEBA
DE ADN CON FINES FORENSES

Ángel Carracedo y M.^a del Carmen Pestoni

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación de nuevas tecnologías en Biología molecular y el avance en nuestro conocimiento del Genoma humano está provocando una auténtica revolución en la Medicina en el que se abre un horizonte de gran atractivo a la par que se plantean numerosos problemas éticos sobre el alcance de las nuevas tecnologías.

La Genética forense es una de las especialidades médicas que más se ha beneficiado de esta revolución tecnológica. Esta especialidad tiene por objeto la aplicación del análisis genético de la diversidad humana a la resolución de ciertos problemas judiciales.

Son dos los tipos de pericias más comunes en los laboratorios de Genética forense: las investigaciones biológicas de la paternidad y la criminalística biológica, es decir, el análisis de vestigios biológicos de interés criminal, como manchas de sangre, de esperma, saliva o pelos.

Existen otras pericias médico-legales menos frecuentes que también se han beneficiado con el uso de los polimorfismos de ADN, como la identificación de restos cadavéricos o la identificación de individuos o fragmentos corporales en catástrofes tales como accidentes aéreos. En España se realizaron mediante análisis de ADN aproximadamente unas 1200 investigaciones de paternidad en 1995 y unos 1500 casos criminales.

Del total de investigaciones biológicas de la paternidad aproximadamente el 50% son judiciales y el 50% privadas y su número global es muy escaso si lo comparamos con otros países europeos. Ello puede ser debido, en parte, a lo tardío de nuestra reforma legislativa en materia de filiación, ya que únicamente desde la Constitución de 1978 y la reforma del Código civil de 1981 fue efectivo el realizar este tipo de pruebas. La propia legislación actual o razones socio-culturales pueden tener una cierta influencia en este escaso número.

En España existen al menos 15 laboratorios que realizan pruebas de paternidad que incluyen desde Departamentos Universitarios de Medicina legal, centros del Instituto Nacional de Toxicología (dependientes del Ministerio de Justicia), Institutos de Medicina legal e incluso laboratorios privados especializados. La pericia de genética forense en materia criminal es realizada en un número de centros considerablemente menor.

La diversidad de los centros que realizan este tipo de pruebas y la falta de estructura de la pericia médico-legal se ve, en parte, compensada por la coordinación de los centros y de los peritos.

La casi totalidad de los peritos están integrados en el Grupo español y portugués de la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense (ISFH) que emite recomendaciones (tanto a nivel internacional como nacional)¹ sobre los criterios mínimos que deben establecerse para poder peritar en este campo. Los centros realizan también rigurosos controles de calidad.

El objetivo de este trabajo es explicar de forma breve que es el polimorfismo de ADN y que significación tiene en Genética forense, para centrarnos en los dilemas éticos y legales de este campo, desde un punto de vista absolutamente práctico, es decir desde el punto de vista de la aplicación de la prueba de ADN ante los tribunales de justicia en nuestro país.

2. EL POLIMORFISMO DEL ADN

El ADN expresivo o codificante es, en general, poco variable entre las personas. Decimos de él que es por ello poco polimórfico. Desde el punto de vista forense es, por ello, mucho más interesante el ADN no expresivo que cuantitativamente supone la mayor parte del genoma humano.

Aproximadamente la mitad del ADN no codificante es ADN repetitivo y aunque gran parte del mismo es extremadamente polimórfico (esto es variable entre individuos), por diversos motivos, el ADN repetitivo más interesante desde el punto de vista médico-legal es el ADN repetido en tandem y, dentro de él, el ADN minisatélite y microsatélite.

¹ *Recomendaciones de la ISFH sobre el uso de polimorfismos de ADN con fines forenses se encuentran en: For. Sci. Int 43:109-111 (1989); Int. J. Leg. Med. 104: 361-364 (1992); Int. J. Leg. Med. 105: 63-64 (1992); Int. J. Leg. Med. 105: 361 (1993) penal.*

El ADN minisatélite y microsatélite consiste en repeticiones de fragmentos de ADN de número variable. La repeticiones en el ADN microsatélite son de tamaño pequeño (de 2 a 5 pares de bases) por lo que se suelen denominar STRs («short tandem repeats»). (Una base es una letra —uno de los cuatro nucleótidos A,T,C o G— que componen nuestro genoma). Las repeticiones en un locus minisatélite tienen un tamaño medio mayor (alrededor de 30 pares de bases).

Poniendo un ejemplo, un STR puede tener una estructura como ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT..., y los individuos nos diferenciamos por el número de repeticiones de esa secuencia. Un individuo 8-12 para ese STR significa que tiene 8 veces la unidad de repetición (ACTT) en un cromosoma y 12 veces en el otro.

Los minisatélites y microsatélites además de ser extraordinariamente polimórficos (esto es, variables entre los individuos), poseen una herencia mendeliana simple. Esto significa que el individuo 8-12 que antes pusimos de ejemplo ha heredado uno de los alelos de su madre y otro de su padre biológico. Si un pretendido padre es 16-24 por ejemplo es prácticamente imposible que sea el padre del individuo.

Los polimorfismos de ADN que se utilizan son tan variables que la mayor parte de los casos de paternidad se pueden solucionar con una seguridad elevadísima. Incluso en casos de paternidad muy complejos (a partir de restos cadavéricos o con familiares indirectamente relacionados) se puede llegar a conclusiones de mucho valor. Igualmente en muchos casos criminales o de identificación se proporcionan, gracias al análisis de ADN, datos de gran valor para el juez.

3. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

No ha supuesto la prueba de ADN en este tipo de pericias una nueva problemática sobre el empleo de marcadores convencionales. Sin embargo, la experiencia acumulada en estos doce años de funcionamiento efectivo de la prueba de paternidad en España desde la reforma del Código Civil de 1981 hace necesario que meditemos sobre algunos aspectos éticos y prácticos.

3.1. LA NEGATIVA A LA PRUEBA

Es un problema muy de actualidad por la reciente controversia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (Sentencia 7/1994 de 17 de enero de 1994. Sala Primera del Tribunal Constitucional. B.O.E. de

17 de febrero de 1994) a raíz de un recurso de amparo aceptado en el mismo sobre negativa de una persona a someterse a una prueba de paternidad.

La prueba biológica de la paternidad requiere, por su naturaleza, la colaboración del presunto padre a fin de llevarla a la práctica; y la negativa de éste es un hecho que se da frecuentemente.

Efectivamente cabe preguntarse si la negativa a someterse a la prueba se puede amparar en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física que conceden los artículos 15 y 18 de la Constitución y si pueden ser impuestas coercitivamente.

Desde nuestro punto de vista como expertos en Genética forense, profanos en Derecho, no podemos menos de dejar expreso nuestro acuerdo con la última sentencia del Tribunal Constitucional. Es obvio que la prueba no se puede imponer coercitivamente, manu militari, pero hay que recordar que el derecho a la investigación de la paternidad tiene rango constitucional y en definitiva se trata de la eterna disputa de si priman los intereses familiares y sociales (e individuales de la madre y el niño) sobre los estrictamente individuales del padre representados por la protección de su intimidad e integridad física.

No quisiera hacer una aproximación demasiado simplista al problema que ha sido y debe aún ser debatido y analizado en profundidad, sino sólo señalar que con la prueba de ADN es posible realizar una paternidad sin recurrir a la sangre sino utilizando cabellos, saliva o incluso orina. No creo que por lo menos en este último caso se pueda argumentar el menoscabo de la integridad personal.

3.2. La práctica de la prueba privada de paternidad

No ha sido debatida la conveniencia o no de permitir la práctica a título privado de las investigaciones de la paternidad, que es la manera más habitual de realizar la prueba en este país. En efecto, algo más del 50% de las pruebas biológicas de la paternidad se realizan de forma puramente privada sin recurrir a instancias judiciales.

Parece difícil discutir el derecho de una pareja a realizar una investigación de la paternidad, pero la práctica diaria de la prueba muestra tantas veces situaciones injustas de indefensión por parte de la madre que uno no puede dejar de plantearse el problema. Es sintomático que la casi totalidad de las pruebas privadas sean impugnaciones de la paternidad y la mayoría de las paternidades «judiciales» sean reclamaciones de paternidad

por madres y supuestos hijos, y que en más del 90% de las impugnaciones el supuesto padre, que trata de averiguar si sus hijos legales son sus hijos biológicos o no, es el padre biológico. La madre es difícil que por presión social o económica pueda dejar de someterse a la prueba y el padre no pone nada en juego al someterse a la misma.

Una prohibición total de las paternidades privadas sería igualmente injusto con nuestra actual legislación por cuanto algunas parejas realizan la prueba privada de paternidad para tener un principio de prueba e iniciar una demanda de paternidad.

Más criticable es la aceptación por algunos laboratorios de pruebas de paternidad sin el consentimiento expreso de la madre.

Para realizar una prueba de paternidad no es, hoy en día, necesario disponer de sangre de la madre. Si debería ser, al menos éticamente, necesario su consentimiento.

No existe un consenso entre los laboratorios sobre ésta práctica y aunque algunos, como el nuestro, se niegan a realizar este tipo de pruebas, sin tener al menos el consentimiento expreso de la madre, otros las aceptan.

El tema debería pues ser urgentemente debatido y posiblemente legislado.

4. EL USO DE LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Como ha quedado claro donde la prueba de ADN ha tenido una particular importancia es en el contexto del análisis de vestigios biológicos de interés criminal. Ha representado no sólo una revolución técnica sin igual en nuestro campo sino un esfuerzo coordinado para el análisis de los problemas que implica su uso sin parangón en la historia de la Medicina legal.

Sin embargo, y pesar de este esfuerzo y de las recomendaciones que la ISFH, y sus grupos de trabajo (DNA Commission y EDNAP) realizan e incluso a pesar de la recomendación No.R (92)1 del Consejo de Europa se ha avanzado muy poco a nivel legislativo en muchos países europeos, como es el caso de España, donde una reciente propuesta de Ley sobre este aspecto no prosperó, desgraciadamente, por escaso margen.

Vamos a subrayar los problemas más importante que exigen debate y que posiblemente deban ser legislados, siguiendo de forma aproximada el articulado de la Recomendación No. R(92) 1 del Consejo de Europa y finalizando con otros problemas no contemplados en la citada recomendación pero de la máxima importancia práctica.

4.1. La obtención de las muestras, su uso y el de la información que de ellas se deriva

La Rec. R (92) 1 del Consejo de Europa indica que la toma de muestras deberá ser únicamente realizada en las circunstancias determinadas por las leyes nacionales. En España para casos penales el problema no difiere excesivamente del debatido tema de la obligatoriedad de los análisis de alcoholemia.

Existen lógicos reparos respecto a la validez probatoria de obtener una muestra sin el consentimiento del interesado. Se ha apuntado que afecta al derecho a la autodeterminación de la información y la integridad personal², aunque, al igual que comentamos al respecto de la investigación de la paternidad, en la actualidad este último derecho puede no sufrir atentado alguno dado que se pueden utilizar para la comparación otras muestras biológicas no sanguíneas.

En cualquier caso aunque algunos centros, como es nuestro caso, únicamente aceptamos realizar los análisis a petición judicial o gubernativa, en otros se aceptan peticiones privadas de análisis de vestigios biológicos (manchas de esperma, principalmente). Particularmente me preocupa que muchas muestras que se analizan han sido obtenidas posiblemente sin el consentimiento del acusado (colillas de cigarrillos, por ejemplo, en individuos en prisión).

Aunque sea decisión del juez aceptar finalmente esas pruebas, creo que tales prácticas deberían ser reguladas por la ley, partiendo del respeto a la libertad e intimidad de la persona, y aún si la ley permitiese la recogida de las muestras sin el consentimiento del sospechoso, esa recogida debería sólo ser realizada con autorización judicial y si las circunstancias del caso justificasen tal acción.

Mi postura particular, poniendo en una balanza los pros y los contras es contraria a la validez de la recogida de muestras sin el consentimiento del sospechoso o acusado, sin perjuicio de los efectos jurídicos que puedan derivarse de esa negativa.

En general, como se expresa en muchas reuniones sobre aspectos éticos del genoma, en muchos trabajos doctrinales y en las recomendaciones del

² ROMEO CASABONA, C. «El proyecto genoma humano: implicaciones jurídicas» En J. Gafo: *Ética y Biotecnología*. Madrid, Univ. Pontificia de Comillas, 1993.

Consejo de Europa existe una preocupación sobre la obtención y el uso de otra información genética (fundamentalmente médica) no relacionada con el propósito de la investigación.

No es realista pensar que un laboratorio forense o de la policía se ponga a analizar marcadores genéticos de enfermedad en un caso particular, y, por otra parte los minisatélites y microsátélites que se analizan sólo están relacionados muy indirectamente con patologías, de tal modo que sólo con análisis familiares se puede con algunos STRs tener una idea de si los individuos padecen o pueden padecer una determinada afección. Hay que recordar que se analiza de forma casi exclusiva ADN no expresivo, situado en general en intrones y no se analizan exones con la excepción de un HLA de clase II (HLA DQA1).

Tiene poco sentido esa preocupación actual cuando hasta el descubrimiento de los polimorfismos de ADN se analizaban exclusivamente polimorfismos de expresión, muchas veces vinculados de forma directa a enfermedades.

Muchos de estos últimos polimorfismos todavía se usan en algunos laboratorios y en ocasiones plantean un dilema. ¿Se debería informar a los presuntos padres, hijos o acusados portadores de un alelo Z en la alfa-1-antitripsina o deficitarios de enzimas y proteínas, del riesgo que corren, sin haber pedido ellos expresamente ese análisis?

Nuestra actuación particular en casos de paternidad era la de informar a la parte afecta de un déficit enzimático o proteico de importancia, aunque se les informaba también previamente de la posibilidad de ese hallazgo.

Con el empleo del ADN este tipo de problemática desaparece por cuanto los polimorfismos que se utilizan son útiles sólo a efectos de identificación.

También refleja una exagerada preocupación el apartado 3.2 de la Rec. R(92) 1 que indica que las muestras obtenidas de personas vivas para propósitos médicos y la información que de ellas se deriven no pueden ser usadas, salvo que se especifique en la ley nacional, con propósitos de investigación criminal.

En estos casos la obtención de muestras entraría dentro de la problemática general de la obtención de muestras sin consentimiento, y ,repetimos, los polimorfismos de ADN que se analizan con fines médicos son distintos que los que se utilizan a efectos de identificación, por lo que este párrafo es prácticamente anecdótico.

Otros problemas sobre los que convendría meditar son el escaso número de muestras analizadas en relación con los delitos contra la libertad

sexual, la deficitaria recogida de la muestra y la falta frecuente de una adecuada cadena de custodia.

4.2. Conservación de las muestras y de los datos: las bases de datos de delinquentes

Es uno de los aspectos más controvertidos de la aplicación forense del ADN y uno de los que deben de ser solucionados con la mayor urgencia.

De la controversia que conlleva cabe indicar que Alemania, Holanda y Noruega se reservaron el derecho de sus gobiernos de cumplir o no el apartado 8 de la Rec. R(92) 1 que regula estos aspectos.

Parece lógico que las muestras de ADN obtenidas en el lugar del crimen o extraídas a un individuo para su comparación con aquellas tengan períodos de conservación estrictamente definidos por la ley dependiendo de las circunstancias del caso y posiblemente debieren ser destruidas una vez el caso concluye. En la práctica los laboratorios poseemos un absoluto desconocimiento de la marcha del proceso, y nunca se ha recibido en nuestro Instituto una orden judicial que nos solicite la destrucción de muestras.

El hecho de que muchas muestras de casos anteriores al descubrimiento de la PCR están todavía depositadas añade una nueva problemática: ¿deberían estas muestras ser reanalizadas o no? Nuestra actuación es no realizarlo sin orden judicial, pero posiblemente este aspecto deba de ser meditado. Hay que darse cuenta de que la información que el laboratorio puede proporcionar es incomparablemente mayor, pero que la mayor parte de los casos a los que nos referimos están definitivamente juzgados.

El problema de la conservación de los datos está íntimamente ligado a la creación de bases de datos de ADN para la persecución de delitos.

El potencial del ADN como medio de identificación hizo que pronto se propusiese la realización de bancos de datos de delinquentes para delitos graves y con altas tasas de reincidencia, como el delito de violación.

En un informe de la TWGDAM³ el FBI propuso por primera vez la creación de bases de datos nacionales de ADN. En el se establece que la

³ TWGDAM. «The combined DNA index system (CODIS): A theoretical model». FBI Laboratory. Quantico. Virginia. p. 284. October 15 (1989).

«base de datos se limitaría a personas convictas de crímenes violentos». Posteriores propuestas en Europa⁴ mostraron las ventajas en la reducción de la criminalidad en delitos contra la libertad sexual utilizando estas bases de datos.

Un informe de la OTA (Office of Technology Assessment)⁵ sobre el uso forense de los test de ADN expresó ya las preocupaciones sobre la privacidad y otros aspectos éticos de las bases de datos y posteriormente el tema fue ampliamente debatido.

Las razones contra la implantación de las bases de datos van desde la privacidad de la información genética hasta las dificultades de mantener la confidencialidad en las redes informáticas. La privacidad es un problema que debe ser debatido y debe realmente sopesarse si el inculcar este derecho fundamental está o no compensado por las ventajas de la implantación de las bases de datos.

En Europa, las posturas que están tomando los países son muy distintas. En el Reino Unido se están implantando bases de datos con carácter general para toda la población. En otros países se restringen exclusivamente para individuos convictos de crímenes graves. En España no están legisladas.

4.3. La acreditación de laboratorios e instituciones. La estructura de la pericia médico-legal

Ante una prueba tan especializada como la prueba de ADN con fines forenses y de tanta trascendencia judicial es lógico que en todas las normativas y recomendaciones exista una preocupación sobre la acreditación de laboratorios e instituciones, lo que incluye controles de calidad.

Sin embargo el desarrollo de este aspecto básico de la prueba de ADN está mucho más adelantado en Norteamérica que en los países europeos. Casi la única excepción en Europa son España y Portugal donde existe un control de calidad que regularmente realiza la Unidad de Garantía de calidad del Ministerio de Justicia español.

⁴ GILL, P.; SCRANAGE, J. *Results of a proficiency testing exercise organised by the Forensic Science Service*. CRSE. Forensic Science Service. Aldermaston. Reading. (U.K.) (1992).

⁵ OTA report. *Genetic Witness: Forensic Uses of DNA Tests*. U.S. Gov. Printing Office. (1990).

Un problema adicional lo representa la disparidad de recursos humanos, técnicos y laboratoriales entre la pericia de la acusación y de la defensa. En algunos países, los grandes grupos de servicios científicos policiales admiten únicamente pericias para el fiscal, y las contrapericias para la defensa son realizadas por pequeños laboratorios universitarios o grupos privados, sin los medios materiales y humanos necesarios para emitir una segunda opinión en igualdad de condiciones. Particularmente, en la actualidad, una situación típica, es que un laboratorio oficial de la policía disponga de uno o varios secuenciadores automáticos, con los que analiza por PCR multiplex varios STRs simultáneamente, mientras que, con la misma cantidad de muestra, ningún laboratorio, al que tenga acceso la defensa, pueda repetir ese análisis. Se impide así un principio legal básico que es la contrapericia, esto es, la emisión de una segunda opinión.

4.4. La prueba de ADN en los tribunales

Además de los problemas éticos y legales que hemos contemplado hasta ahora, existen otros problemas de una importancia relativamente mayor en la aplicación práctica de la prueba de ADN en los tribunales de Justicia.

El primero es la difícil comprensión para jueces, fiscales y abogados, y aún en ocasiones para peritos médicos no especializados, de la metodología básica de la prueba de ADN, tanto en sus aspectos analíticos como en la valoración de los resultados. Esto provoca que se malinterprete muy a menudo el valor de la misma. Hemos ya indicado que tal vez ello pueda ser quizá debido a que se han implantado estos procedimientos demasiado deprisa, pero en muchos casos subyacen graves problemas de fondo como la necesidad de que aspectos básicos de la Medicina Legal sean enseñados en las Facultades de Derecho, y como la formación y reciclaje de abogados, jueces, fiscales y de los propios médicos que intervienen como expertos en los tribunales.

Uno de los problemas más graves es el de la evaluación de la prueba, sobre el que se ha llamado ya la atención en algunos trabajos⁶. La proble-

⁶ CARRACEDO, A.; BARROS, F. *El cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad*, "Revista de Derecho y Genoma Humano", 3: 193-208 (1995).

THOMPSON, W.C.; SCHUMANN, E.L. *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trail*, "Law and Human Behaviour", 11:167-187 (1987).

mática es doble. Por una parte, la influencia de casas comerciales y medios de comunicación, que presentan la prueba de ADN como absoluta en términos de identificación, hace que, en ocasiones, se suponga inadecuada la pericia que evalúa correctamente los resultados, otorgando un valor probabilístico a los mismos.

En efecto, el análisis del polimorfismo del ADN es la prueba de más valor que poseemos en términos de identificación, pero esto no significa que la coincidencia de un patrón de un minisatélite de ADN, entre una mancha y un individuo, sea ya una identificación absoluta. Unas veces la probabilidad de que la mancha provenga de esa persona será elevadísima y otras veces no tan alta, dependiendo del número de polimorfismos ADN que se hayan podido investigar y de la frecuencia de las bandas compartidas. En cualquier caso, siempre se deberá calcular esa probabilidad en términos bayesianos, para que el juez la evalúe conjuntamente con otras pruebas.

Ahora bien, y aquí aparece el segundo problema, ¿evalúan los tribunales correctamente un valor probabilístico de esta naturaleza? Han sido puestos numerosos ejemplos⁷ de como se incurre con demasiada frecuencia en las denominadas paradoja del fiscal y de la defensa, cuando se dan valores sobre la probabilidad de que esa mancha de sangre o de esperma provenga de ese individuo. Realmente, la interpretación correcta de esos valores no es algo intuitivo y sería importante que los jueces que intervienen en casos relacionados con este tipo de pericias adquiriesen un conocimiento básico de probabilística. Sería la única forma de que se interpretasen correctamente los resultados de la prueba de ADN y se evaluaran conjuntamente en términos de teoría de la decisión con otras pruebas aportadas en el juicio.

Igualmente sería necesario una adecuada formación de los peritos en estos aspectos básicos del informe médico-legal.

5. CONCLUSIONES

El análisis del ADN con fines de identificación forense es un método de enorme valor, si se realiza con rigor en laboratorios especializados.

⁷ THOMPSON, W.C.; SCHUMANN, E.L. *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trails*, "Law and Human Behaviour", 11:167-187 (1987).

Desde el punto de vista pericial ha representado un enorme avance técnico, pero tan importante ha sido la mejora que ha supuesto en la estandarización, coordinación de laboratorios e impulso de programas de control de calidad, tanto a nivel nacional como internacional.

La aparición de un método tan poderoso de análisis está reabriendo debates que ya existían en nuestro campo y planteando nuevos problemas éticos y legales.

En la investigación biológica de la paternidad los aspectos más controvertidos son la negativa a la prueba y la práctica de pruebas de paternidad sin el consentimiento expreso de la madre, aunque convendría meditar sobre la problemática de la prueba privada en su totalidad.

La prueba de ADN ha tenido una significación especial en el contexto de la investigación criminal que es donde se plantean la mayoría de los problemas. Deberían de ser debatidos y legislados con urgencia aspectos como la obtención de las muestras, su uso y la información que de ellas se deriva, la conservación de las muestras, las bases de datos de delincuentes e individuos y la acreditación de laboratorios, entre otros problemas.

A pesar de las recomendaciones de sociedades científicas nacionales e internacionales y de la propia Rec R (92) 1 del Consejo de Europa no se ha avanzado desde el punto de vista legislativo en nuestro país.

En la práctica los problemas más graves, en nuestro país, provienen de una inadecuada estructura de la pericia médico-legal y de la necesidad de información, en todos los estamentos implicados, sobre aspectos básicos de la prueba de ADN especialmente en lo que se refiere a la valoración probabilística de la prueba.

CAPÍTULO NOVENO PATENTES DE MATERIA VIVA

Enrique Marín Palma

Lo propio de la técnica actual no consiste en imitar a la Naturaleza como pensaron los griegos, ni sólo en gobernarla o utilizarla como se pensó en el siglo pasado, sino en crear naturaleza, en hacer lo que la Naturaleza no ha hecho (Pedro Laín Entralgo).

1. PATENTES

Se entiende por Propiedad Industrial un conjunto de derechos exclusivos que protegen tanto la actividad innovadora manifestada en nuevos productos, nuevos procedimientos o nuevos diseños, como en el caso de la actividad mercantil, mediante la identificación en exclusiva de productos y servicios ofrecidos en el mercado.

La patente, como instrumento de impulso tecnológico, fue creada en el siglo XIX para proteger los intereses económicos del inventor durante el periodo legal establecido para su explotación transcurrido el cual, se convertiría en dominio público. Por tanto, nacen en plena revolución industrial y estaban vinculadas a la industria. Mediante este sistema se amparaban desde la ley las invenciones en el campo de la mecánica, llevadas a cabo por artesanos, o determinados productos químicos. Por aquel entonces surgió la idea de que los inventos eran actuaciones del hombre para cambiar el curso de la naturaleza o para poner las fuerzas naturales a sus pies. De esta manera, se protegían las invenciones, entendidas como «reglas para el obrar humano caracterizadas por su carácter finalista y su utilidad», pero quedaban fuera de juego los descubrimientos.

Desde un punto de vista técnico, la patente de invención es un título otorgado por el Estado o Estados, que confiere a su titular un monopolio de explotación industrial de la invención patentada. A cambio del monopolio de explotación otorgado por el Estado, el titular se compromete a describir su invención suficientemente como para que un experto medio

Desde el punto de vista pericial ha representado un enorme avance técnico, pero tan importante ha sido la mejora que ha supuesto en la estandarización, coordinación de laboratorios e impulso de programas de control de calidad, tanto a nivel nacional como internacional.

La aparición de un método tan poderoso de análisis está reabriendo debates que ya existían en nuestro campo y planteando nuevos problemas éticos y legales.

En la investigación biológica de la paternidad los aspectos más controvertidos son la negativa a la prueba y la práctica de pruebas de paternidad sin el consentimiento expreso de la madre, aunque convendría meditar sobre la problemática de la prueba privada en su totalidad.

La prueba de ADN ha tenido una significación especial en el contexto de la investigación criminal que es donde se plantean la mayoría de los problemas. Deberían de ser debatidos y legislados con urgencia aspectos como la obtención de las muestras, su uso y la información que de ellas se deriva, la conservación de las muestras, las bases de datos de delincuentes e individuos y la acreditación de laboratorios, entre otros problemas.

A pesar de las recomendaciones de sociedades científicas nacionales e internacionales y de la propia Rec R (92) 1 del Consejo de Europa no se ha avanzado desde el punto de vista legislativo en nuestro país.

En la práctica los problemas más graves, en nuestro país, provienen de una inadecuada estructura de la pericia médico-legal y de la necesidad de información, en todos los estamentos implicados, sobre aspectos básicos de la prueba de ADN especialmente en lo que se refiere a la valoración probabilística de la prueba.

CAPÍTULO NOVENO
PATENTES DE MATERIA VIVA

Enrique Marín Palma

Lo propio de la técnica actual no consiste en imitar a la Naturaleza como pensaron los griegos, ni sólo en gobernarla o utilizarla como se pensó en el siglo pasado, sino en crear naturaleza, en hacer lo que la Naturaleza no ha hecho (Pedro Laín Entralgo).

1. PATENTES

Se entiende por Propiedad Industrial un conjunto de derechos exclusivos que protegen tanto la actividad innovadora manifestada en nuevos productos, nuevos procedimientos o nuevos diseños, como en el caso de la actividad mercantil, mediante la identificación en exclusiva de productos y servicios ofrecidos en el mercado.

La patente, como instrumento de impulso tecnológico, fue creada en el siglo XIX para proteger los intereses económicos del inventor durante el periodo legal establecido para su explotación transcurrido el cual, se convertiría en dominio público. Por tanto, nacen en plena revolución industrial y estaban vinculadas a la industria. Mediante este sistema se amparaban desde la ley las invenciones en el campo de la mecánica, llevadas a cabo por artesanos, o determinados productos químicos. Por aquel entonces surgió la idea de que los inventos eran actuaciones del hombre para cambiar el curso de la naturaleza o para poner las fuerzas naturales a sus pies. De esta manera, se protegían las invenciones, entendidas como «reglas para el obrar humano caracterizadas por su carácter finalista y su utilidad», pero quedaban fuera de juego los descubrimientos.

Desde un punto de vista técnico, la patente de invención es un título otorgado por el Estado o Estados, que confiere a su titular un monopolio de explotación industrial de la invención patentada. A cambio del monopolio de explotación otorgado por el Estado, el titular se compromete a describir su invención suficientemente como para que un experto medio

en la materia pueda ejecutarla ¹. También tiene la obligación de explotar la patente, bien por sí mismo o bien a través de persona autorizada por él.

En la actualidad, el derecho exclusivo es de 20 años en todas las legislaciones industriales ², necesitando un pago de tasas anuales. Una vez transcurrido el tiempo de duración, la invención es de dominio público y cualquier persona puede utilizarla libremente.

El artículo 52,1.º del Convenio de Munich establece que para que una invención sea patentable requiere:

1. Ser nueva a nivel mundial ³.
2. Ser el resultado de una actividad inventiva (dar una solución, no evidente a los expertos, a un problema técnico).
3. Tener carácter y aplicación industrial, es decir, que su objeto pueda ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria.

Por todo ello, sólo son susceptibles de patente las invenciones y no los descubrimientos. Podemos entender por «invención» una regla para lograr algo útil y que se describe como conseguirlo. Entendemos por «descubrimiento» la adquisición de conocimientos sin necesidad de una aplicación práctica, es decir, los alumbramientos de algo que ya existía aunque no fuera conocido y que, por tanto, no puede ser «inventado».

Puede ser objeto de patente:

- * Un procedimiento.
- * Un método de fabricación.
- * Una máquina o aparato.
- * Un producto
- * Un producto químico o farmacéutico.

¹ Mediante la publicación de esa descripción, el Estado consigue que se incremente el acervo tecnológico nacional.

² De esta manera se establece también en la Ley de Patentes española de 20 de marzo de 1986.

³ Sólo son protegibles las invenciones nuevas, es decir, las que no han sido dadas a conocer al público ni en España ni en el extranjero, bien sea de manera escrita, verbal o por cualquier otro medio, o lo que es lo mismo, no pueden estar incluidas en lo que se conoce como el «estado de la técnica». La novedad se exige a nivel nacional para ser protegible. Se exceptúan de lo anterior algunos supuestos, como la presentación de la invención en exposiciones oficialmente reconocidas.

No es protegible por patente:

- * Los descubrimientos.
- * Las teorías científicas o métodos matemáticos.
- * Los métodos económico-comerciales.
- * Los programas de ordenador.
- * Las razas animales.
- * Las variedades vegetales.
- * Las invenciones contrarias al orden público o las buenas costumbres.
- * Las invenciones de procedimiento no se pueden proteger por modelos de utilidad.
- * Las obras literarias, artísticas o científicas protegidas mediante los derechos de propiedad intelectual.
- * Las formas de presentar informaciones.

Aunque cuando se tratara de una invención no incluida en ninguno de los casos anteriores, no podrán patentarse:

- * Las razas animales o variedades vegetales⁴.
- * Los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de las mismas.
- * Intervenciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Para los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales, el contenido del término «esencialmente biológico» estará determinado por el mayor o menor grado de intervención del hombre, según comporte o no una intervención técnica.

Lo dispuesto para las variedades vegetales, las razas animales y los procedimientos esencialmente biológicos no afectará a la patentabilidad si se trata de procedimientos microbiológicos o productos obtenidos por dichos procedimientos.

La patente debe reunir unos requisitos estrictos de forma. Las partes generales de las que consta son:

- * La instancia: esta contendrá el nombre del solicitante/s, el nombre del inventor/es, los datos del solicitante/s y el título de la invención que se solicita.

⁴ En el caso español, siempre que no puedan acogerse a la Ley de Obtención de Variedades Vegetales de 1975.

* Una descripción de la invención: pudiendo contener dibujos o gráficos y pudiéndose nombrar la bibliografía más relevante para el análisis por los expertos de la patente.

* Una o varias reivindicaciones: donde se describen las características que se desean proteger de la invención.

Dibujos: o gráficos que no siendo obligatorios en las patentes puedan servir para aclarar lo que se desea proteger.

* Resumen: obligatorio, no debe superar las 150 palabras.

* Pago de la tasa de solicitud: siendo obligatoria en el momento de la presentación y estando exento de tasas las patentes universitarias.

Existen cuatro posibilidades fundamentales de patentar: la patente individual de cada país ⁵, la Patente Europea, la Patente Americana y la Patente Japonesa. La Patente Europea engloba en un solo proceso, la patente individual de cada uno de los países que la constituyen conservando el mismo alcance en cada uno de ellos como si se hubiese tramitado de forma individual ⁶.

2. APARICIÓN DEL DNA RECOMBINANTE

Es a partir de los años 70 cuando el impulso tecnológico se hace más patente, en concreto en el campo de las ciencias biomédicas. Fruto del descubrimiento del DNA a finales del siglo pasado ⁷ y de estudios posteriores que fueron concretando su estructura hasta 1953 cuando James WATSON y Francis CRICK descubrieron la estructura de doble hélice del DNA que les supuso el Premio Nobel, momento en que se iniciaron una serie de estudios e investigaciones que culminaron en las técnicas de DNA recombinante en 1973. Estas técnicas permiten integrar partes del DNA de un organismo en otro ⁸.

⁵ Dentro de ésta incluimos la patente japonesa y la correspondiente a los países de Sudamérica que no cubre la Patente Americana.

⁶ Los países que cubre la Patente Europea son los firmantes del Convenio de París de 20 de marzo de 1883.

⁷ El DNA fue descubierto en 1871 investigando sobre el esperma de la trucha del río Rhine.

⁸ Uno de los beneficios más importante que representaban estas técnicas era la posibilidad de convertir bacterias y otros microorganismos en fermentos de valor humano, así

Sus posibilidades médicas y biológicas eran inmensurables, también sus riesgos ⁹, pero el campo comercial que comenzaba a abrirse mostraría una características hasta entonces desconocidas para el mundo de las patentes: se integraba en su compleja estructura la materia viva.

Antes del advenimiento de las técnicas de DNA recombinante, la investigación científica era mucho más académica. Eran pocos los investigadores que habían pensado en la vinculación de sus trabajos con la industria. El DNA recombinante revolucionó todo. Las empresas biotecnológicas existentes y las que a un ritmo frenético comenzaron a aparecer, denotaban el terreno comercial multimillonario que se presentaba como seguro para la inversión de sus capitales ¹⁰.

Las relaciones entre la industria privada y los centros de investigación se incrementaba, incluso hasta el punto de contratar las primeras a investigadores de las segundas a tiempo completo. Ello supuso un perjuicio para el avance de la investigación al relativizarse el libre intercambio de información entre los científicos, por el nuevo valor económico que ahora ha-

como la obtención de proteínas deficitarias por trastornos patológicos en las personas y que se pudieran producir para su utilización en su tratamiento a un menor coste del que hasta ese momento tenían.

⁹ Prueba de ello fue la celebración de la conocida Conferencia de Asilomar de 1975, para debatir sobre los riesgos que podía representar la tecnología del DNA recombinante, sirviendo de base para la elaboración en Estados Unidos y Europa de *Guidelines* que regularan la investigación científica, y como no, sus usos comerciales. A lo largo de su evolución hasta nuestros días han ido adaptándose a las circunstancias concretas de investigación.

¹⁰ Las revistas científicas empezaron a hacerse eco del interés de la industria:

WADE, Nicholas, «Cloning Gold Rush Turns Basic Biology into Big Business», *Science*, 16 de mayo de 1980, volumen 208, páginas 688 y siguientes.

WADE, Nicholas, «Three New Entrants in Gene Splicing Derby», *Science*, 16 de mayo de 1980 volumen 208, página 690.

Los periódicos informaban constantemente a la sociedad de los avances que se producían en un campo que hasta ahora había tenido poca transcendencia social, muestra de ello fue los numerosos titulares que inundaron los diarios de todo el mundo entre enero y junio de 1980: «La biotecnología es una de las mayores oportunidades para la industria en los últimos veinte años», decía el *London Economist*, «Donde la ingeniería genética cambiará la industria», según el *Business Week*.

bía adquirido¹¹. Los intereses económicos comenzaban a marcar las pautas sobre lo que se atenía o no al tenor de la ley para ser patentado.

Como hemos visto, la aparición de las biotecnologías en el sector industrial y comercial era insoslayable, y la necesidad de establecer una regulación legal que controlase esta nueva faceta del Derecho de patentes era necesaria. Además, los avances en biotecnología en Estados Unidos y los acontecimientos allí sucedidos con respecto a determinadas patentes, empujaban cada vez más a Europa a tener que regular una materia a la que era reticente a admitir dentro de su normativa mercantil de patentes, pero que se hacía obligatoria, no sólo por armonizar los sistemas legales, sino para no crear desprotección de la industria biotecnológica europea respecto a la americana.

3. PATENTE DE UN MICROORGANISMO

Los acontecimientos que se producían en el mundo científico y social no parecían tener una gran repercusión en el mundo de las oficinas de patentes mundiales ni en los tribunales de justicia hasta que se planteó la necesidad de patentar el primer microorganismo en el invierno de 1969.

El investigador Ananda M. CHAKRABARTY se personó en la *Oficina de Patentes y Marcas Registradas de los Estados Unidos* con una bacteria manipulada genéticamente del género *Pseudomonas*¹². Este microorganismo de diseño era capaz de convertir el petróleo crudo en alimento para el ganado. Muy pocos antes habían intentado registrar industrialmente, sin éxito, lo que podríamos denominar un *invento vivo*. En principio este tampoco fue una excepción.

¹¹ Sociológicamente, esto suponía para los biólogos moleculares un avance en su status social: era el paso de ser un simple científica en una empresa investigadora pública, con un poder adquisitivo no muy elevado a convertirse en verdaderos hombres de negocios. Estas situaciones condujeron incluso a que investigaciones realizadas en centros públicos, una vez conquistadas como invención, fueran ocultadas para ser vendidas a empresas privadas que pagaban precios astronómicos, difíciles de conseguir con las compensaciones económicas que las empresas públicas daban a sus inventores en la comercialización de su invención.

¹² El microorganismo no había sido creado por métodos de DNA recombinante, pero sí por ingeniería genética convencional.

La posibilidad se hizo real cuando en el conocido como caso *Diamond v. Chakrabarty*¹³, de 1980, el *Tribunal Supremo de los Estados Unidos* dictó, por mayoría de 4 votos sobre 5, que era patentable la citada cepa de *Pseudomonas*.

Tras una década de negativas por parte de la *Oficina de Patentes de Estados Unidos* de Estados Unidos, acalorados debates entre científicos, juristas y bioéticos, e innumerables recursos legales que alzaron el caso hasta el *Tribunal Supremo*, se decidió conceder en 1980 a la *General Electric Company*, la empresa que había financiado la investigación, la patente de la bacteria: «Cualquier cosa bajo el sol que sea creada por el hombre puede ser patentada», este fue el argumento en que se sustentaron los jueces para tomar la histórica decisión.

Por esta sentencia se reconocía el derecho a patentar los microorganismos modificados o no genéticamente. A partir de este momento el reconocimiento de la patentabilidad de los microorganismos a sido un hecho frecuente en las legislaciones de los países más industrializados y parece que a muy pocos les repugna el hecho de patentar estos seres vivos.

La comunidad científica, sorprendida, se echó las manos a la cabeza. La industria celebró la decisión, pues es conocido el interés de los países industrializados por completar secuenciaciones de genomas que, o bien son tomados como modelos o poseen reconocida importancia industrial¹⁴. Por su parte, la opinión pública apenas reaccionó, ya que en definitiva, se trataba de un mero microorganismo imperceptible a la vista.

Desde el punto de vista de la ética de las patentes, los dos aspectos enfrentados eran, por un lado, la conveniencia de poseer formas de vida, y los problemas conexos que esto podría representar, y por otro lado, se encontraba el rentable campo económico que se presentaba en torno a la industria biotecnológica. Su peso era elevado frente a la situación estática que presentaban las empresas que se dedicaban a este sector, y los temores

¹³ *Sidney A Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Ananda M Chakrabarty et al.*, 16 de junio de 1980, nº 79-136.

¹⁴ Tal es el caso de *Drosophila*, *Arabidopsis*, *Caenorhabditis*, *Bacillus*, *Saccharomyces*, etc.

de lo que podría representar poseer formas de vida, como eran los microorganismos, no amenazaba, todavía, la dinámica de los derechos de nadie, sólo el favorecimiento de los que poseían sus propietarios.

Desde una perspectiva jurídica, los términos en los que se centra la cuestión están referidos a las dos posibilidades en que el microorganismo puede ser patentado:

- a) Manipulado genéticamente.
- b) Aislado de la naturaleza.

4. MICROORGANISMOS CONSEGUIDOS POR INGENIERÍA GENÉTICA

Estos presentan menos problemas a la hora de ser patentados, pues los requisitos necesarios no son difíciles de demostrar: son novedosos a nivel mundial, ya que no existen en la naturaleza como tal¹⁵, han requerido una actividad inventiva para ser conseguidos¹⁶ y tienen aplicación industrial¹⁷.

El primer supuesto planteado fue el ya analizado de CHAKRABARTY en 1980 al considerar el *Tribunal Supremo* que su consecución había sido fruto de una actividad de su inventor. Se marcaba de este modo, la diferencia entre invención y descubrimiento, en base al supuesto de que para conseguirlo se requiera una determinada actividad.

Esta facilidad en la patentabilidad al no cuestionarse como en los microorganismos aislados de la naturaleza si es o no invención, se complica al tener en cuenta que sus características deben respetar lo establecido en las directivas del *Consejo de Europa* sobre «Utilización confinada de mi-

¹⁵ La modificación genética que se realiza implica la aparición de un nuevo microorganismo, distinto al del huésped sobre el que se ha realizado la modificación.

¹⁶ La actividad inventiva corresponde al estudio y técnica a aplicar para realizar la modificación genética.

¹⁷ La manipulación en el genoma del microorganismo esta dirigida a potenciar determinadas características que, o bien son propias del microorganismo, o bien, mediante la modificación genética pueden desarrollarse. Lógicamente, su fin es conseguir una aplicación económicamente más rentable en la industria biotecnológica o en su utilización científica.

croorganismos modificados genéticamente»¹⁸ y «liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente»¹⁹, así como las respectivas transposiciones de estas directivas a la normativa interna de cada uno de los países²⁰.

5. MICROORGANISMOS AISLADOS DE LA NATURALEZA

Su patente presenta el problema de su diferenciación como invención o descubrimiento, pues se considera que algo que se encuentra en la naturaleza, no requiere por su inventor una actividad para su creación, puesto que ya estaba creado, independientemente de la tendencia manifestada por los expertos legales del *Consejo de Europa* de considerar la naturaleza como patrimonio de la Humanidad, y por tanto no patentable.

Los acontecimientos, ayudados por los intereses económicos e industriales que de la posibilidad de ciertas patentes podían derivarse, llevó a realizar, sobre todo en Europa, una interpretación más restrictiva de las prohibiciones.

En este sentido, el Convenio de Munich, en su artículo 53 párrafo b) establece, dentro de lo que no es posible patentar:

- a) Las razas animales.
- b) Las variedades vegetales.
- c) Procedimientos esencialmente biológicos.

No comprende esta prohibición los procedimientos microbiológicos ni los productos obtenidos por este procedimiento.

En relación con este artículo, «The European Patent Convention» (EPC), establece en su capítulo IV parte C, cuando describe lo que se entiende por «descubrimientos»:

¹⁸ Directiva 90/219/CEE de 23 de abril de 1990 sobre *Utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente*, D.O.C.E.: núm. L 117, 1-14, de 8 de mayo de 1990.

¹⁹ Directiva 90/220/CEE de 23 de abril de 1990 sobre *Liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente*, D.O.C.E.: núm. L 117, 15-28, de 8 de mayo de 1990.

²⁰ En el caso español, la Ley 15/1994, de 3 de junio sobre Bioseguridad, B.O.E.: 4 de junio de 1994.

«Si una persona encuentra una nueva propiedad de un conocido material o artículo, eso es simplemente descubrimiento y no es patentable. Si una persona establece que esa propiedad tiene un uso práctico, ha hecho una invención que sí es patentable.

Encontrar una sustancia libre en la naturaleza es también descubrimiento y por tanto no patentable. Pero si una sustancia encontrada libre en la naturaleza tiene primero que ser aislada de su medio y mediante un proceso obtener su desarrollo, ese proceso es patentable.

Las variedades animales y vegetales, excepto los productos de procesos microbiológicos, son excluidos en algunos supuestos por el art. 53 (b) de la EPC».

Visto esto, el artículo 53 (b) del mismo texto legal describe lo que se entiende por «proceso microbiológico»:

«El término 'proceso microbiológico' cubre no solamente el proceso industrial utilizando microorganismos, sino también los procesos para obtención de nuevos microorganismos (ingeniería genética). El producto de un proceso microbiológico puede también ser patentado por sí (producto demandado). La reproducción del mismo microorganismo es considerado como un proceso microbiológico para los propósitos del artículo 53 (b). Consecuentemente, el microorganismo puede ser protegido por sí como un producto obtenido por un proceso microbiológico. El término 'microorganismo' cubre a plásmidos y virus también».

Visto esto, podemos deducir que es posible en Europa patentar un microorganismo extraído de la naturaleza, si:

- a) Es posible aislarlo del medio en el que se encuentra.
- b) Tiene posibilidad de crecer por sí mismo en las condiciones adecuadas.
- c) Posee una utilidad industrial demostrada.

6. PATENTE DE ANIMALES

Desde entonces, se ha seguido el precedente de CHAKRABARTY en otros casos relativos a patentes de microorganismos, hasta que en el año 1988, la *Oficina de Patentes de Estados Unidos* concedió la solicitud del denominado «onco-ratón» de la Universidad de Harvard. El oncoratón es un animal «transgénico» portador en su genoma de un gen de otra especie, en este caso un «onco-gen» humano relacionado con la formación del cáncer. Resulta ser un animal de investigación valioso para los estudios de determinados cánceres humanos y para el análisis de los fármacos de lucha contra estos.

Los creadores del onco-ratón fueron Philip Leder, de la *Universidad de Harvard* y su colega Timothy Steward, de la compañía *Genentech*. Estos habían logrado introducir en óvulos de la hembra de ratón un gen humano cancerígeno²¹, en concreto un oncogen, secuencia de DNA implicada en el desarrollo de ciertos tumores. Hoy, por 1.250 pesetas el ejemplar, la multinacional Du Pont, que los cria bajo licencia de la *Universidad de Harvard*, facilita a cualquier laboratorio del mundo roedores a medida para el estudio del cáncer.

Desde entonces, otras seis patentes relacionadas con animales han sido concedidas por la Oficina de Patentes de Estados Unidos. Continúan los intentos para introducir una moratoria en la patentabilidad de animales en los Estados Unidos²², pero hasta ahora no han prosperado. Esta patente intensificó la discusión ético— jurídica pues se trataba de un ser vivo superior.

Pero allí donde hay beneficiarios aparece un mercado y una competencia desleal. Siete años después de que el *Tribunal Supremo* estadounidense dictaminara que un microorganismo vivo creado por el hombre podía ser patentado, la Oficina de Patentes protegía una ostra manipulada genéticamente y en 1988, amparaba el oncoratón o ratón de Harvard.

En octubre de 1991, la Oficina Europea de Patentes, con sede en Munich, decidió seguir los pasos de la norteamericana, al aceptar la solicitud de patente del oncoratón. La razón: el Convenio de la Patente Europea no prohíbe patentar animales, sino razas de animales.

Los términos legales facultaban para ello y la interpretación legal es la siguiente: el Convenio de Munich, en su artículo 53 párrafo b) establece, dentro de lo que no es posible patentar:

- a) Las razas animales.
- b) Las variedades vegetales.
- c) Procedimientos esencialmente biológicos.

De este modo, se interpretó el artículo citado²³ del siguiente modo: no se permite patentar razas animales, pero si «animales», de modo que al

²¹ En concreto un oncogen, secuencia de DNA implicada en el desarrollo de ciertos tumores.

²² El ejemplo más significativo es la *Propuesta Hafeld*, que lleva el nombre de la persona que la propuso.

²³ Correspondiente al artículo 5 párrafo primero letras b), c) y d) y al párrafo segundo de nuestra Ley de Patentes.

patentar un animal, que por cierto era genéticamente «inventado», no sólo era la patente de «un animal» (no raza) sino que además tenía una actividad implícita: su manipulación genética (caso del onco-ratón). Del mismo modo sucedía con las variedades vegetales: no es posible patentar éstas, pero sí plantas. Es decir, en realidad, lo que se patentan son las líneas de animales transgénicos, no el animal en sí mismo. Gracias a esta protección legal, es posible que muchas empresas que hace tan sólo unos años no serían capaces de arriesgar su capital en transgénicos, ya que se trata de investigaciones a largo plazo, costosas y que pueden fracasar, ahora lo están haciendo.

El resultado es que mediante esta interpretación legal se protegían razas y especies, ya que por medio de la patente de ese «animal» o «planta», quedaba, lógicamente, protegido también su linaje.

Ante el éxito, tanto científico como comercial que ha tenido el onco-ratón, los biotecnólogos se han animado a crear nuevos animales y plantas transgénicos²⁴, es decir, seres a los que se les introduce en su material hereditario genes extraños de otras especies. Varios laboratorios han puesto a trabajar a sus quimeras en la producción de proteínas humanas que puedan servir como fármacos y a precios mucho más competitivos que los productos obtenidos a partir del empleo de cultivos celulares y bacterias²⁵.

Desde el punto de vista comercial e, indudablemente, científico, la importancia que representa no ofrece dudas: comercialmente, rendimientos excesivos, científicamente, posibilidades de avanzar en la lucha, curación y prevención de enfermedades y estudios en ciencia básica que ofrece nuevos caminos en la investigación aplicada a humanos.

Sin embargo, también tiene su aspecto negativo: el rechazo social. Gran parte de lo relacionado con transgénicos es motivo de repulsa por parte

²⁴ Es decir, seres a los que se les introduce en su material hereditario genes extraños de otras especies.

²⁵ Así, Halan COLMAN y sus colegas del *Pharmaceutical Proteins* y del *Instituto de Fisiología Animal AFRC* de Edimburgo, en Gran Bretaña, han obtenido ovejas que fabrican en la leche alfa-1-antitripsina humana, una glicoproteína eficaz en el tratamiento de ciertas enfermedades genéticas. Y John MCPHERSON, de Genzyme, y Karl EBERT, de la *Escuela Universitaria de Medicina Veterinaria Tufts*, en North Grafton, Estados Unidos, ordeñan cabras que además de leche dan otra proteína humana, el activador plasminógeno tisular, el t-PA, eficaz para disolver trombos.

de los ecologistas y los defensores de los animales que están presionando a los gobiernos para que cesen este tipo de investigaciones. En algunos países, como Suiza, han logrado que se recorten los presupuestos destinados a transgénicos. Si a este sentimiento de repulsa le añadimos la posibilidad de patentarlos, el rechazo es total.

No tardó, como en el caso de los microorganismos, en surgir posturas contrapuestas entre los beneficios y los perjuicios que podía causar el patentar seres vivos superiores.

La defensa que esgrimió la Oficina de Patentes de Estados Unidos fue el gran beneficio médico-social que la concesión de esta mención podía producir. En el caso de la bacteria fue la posibilidad de hacer frente a los enormes daños ecológicos y económicos que ocasionaba el vertido de petróleo por accidentes de buques, y en el del onco-ratón, los beneficios que se obtendrían con el estudio de enfermedades humanas sobre estos ratones, que lógicamente eran superiores al daño que a los propios animales se les ocasionaba.

Pero el debate jurídico-ético iba aún más lejos. Se estudiaban otras implicaciones presentes y las futuras que se podrían desarrollar. La polémica surgió en torno a si es lícito registrar legalmente una cosa que existe en la naturaleza o si debía constituir un patrimonio de la Humanidad.

Entre las ventajas de patentar materia viva se encuentra el hecho de que la invención patentada posee, por el hecho de serlo, un medio de publicidad, lo cual ayuda a difundir los resultados de la investigación, para que basándose en el conocimiento de lo ya inventado, no se dupliquen los esfuerzos investigadores, máxime cuando la patente no interferiría con la investigación académica, ya que las legislaciones en general contemplan que el uso experimental de una patente no constituye infracción de la misma (artículo 31 de la EPC).

Las tendencias europeas contrarias a la patentabilidad de formas de vida es mayor, a tal punto, que los expertos legales del Consejo de Europa estudian si la ingeniería genética, que consiste en el cambio o adición de segmentos de material genético (DNA) a un ser vivo puede considerarse un invento o simplemente un descubrimiento. En este último caso no serían patentables las especies transgénicas.

La opinión de la *Comisión Jurídica del Parlamento Europeo* mostró su reserva cuando, en una entrevista realizada a Will Rothley²⁶ dijo que:

²⁶ Quien ocupó la vicepresidencia de la *Comisión* citada.

«La humanidad nunca podrá deshacerse de los inventos de la biotecnología y es difícil imaginar qué tipo de monstruos andarán por ahí dentro de 1000 años».

Es dudosa, pues, la conveniencia de poseer formas superiores de vida ya que sería el primer paso para patentar seres humanos, llogándose a la creación de nuevas razas con el único fin de desempeñar determinados trabajos. En este sentido Jean DAUSSET (Premio Nobel) señaló que:

«(...) en el futuro se corre el riesgo de hacer con el ser humano lo que ya se ha hecho con animales y de, a largo plazo, crear razas de esclavos y soldados».

Esta consideración tiene en cuenta que, aunque el fin de una manipulación genética sea obtener un beneficio directo sobre el aumento del bienestar de los seres humanos, puedan considerarse como «aumento de ese bienestar» determinadas conductas tendentes a generar una eugenesia positiva, sobre todo, cuando viendo el curso de los acontecimientos (primeros microorganismos, después plantas y animales), se presume que el siguiente paso sean los seres humanos²⁷.

Además entrarían en juego los derechos de propiedad sobre la descendencia, y ello implicaría la posesión de seres humanos por seres humanos, vulnerándose los principios más elementales de los derechos humanos: la Dignidad, la Libertad y la Igualdad.

La HUGO (*Human Genome Organization*) no se encuentra vinculada a la idea de la patente en esta materia, pues defiende como principio de su organización el compartir y hacer pública la información obtenida, es decir, la libre circulación de la información científica. La patente podría conducir a ocultar la información hasta el momento de garantizarse su propiedad mediante la patente retrasando así el proceso de la investigación. Por tanto, no defienden el hacer que las invenciones que sean dominio de la humanidad se encuentren en manos de unos pocos²⁸. La posibilidad

²⁷ Determinadas alteraciones provocadas sobre los genes del individuo podrían, por ejemplo, disminuir su inteligencia y agudizar su capacidad para el trabajo manual.

²⁸ Aunque en nuestra Ley de Patentes, el artículo 52 apartado b) establece que los actos de utilización de la invención que no pueden ser prohibidas por el titular son los realizados con fines experimentales o de investigación.

de patentar unos resultados facilitaría que las investigaciones iniciadas y prácticamente culminadas por un investigador o centro no pudieran ser completadas y reconocidas públicamente como propias por otro investigador que en aras de la fluidez de la información accediera a todo lo desarrollado por el anterior.

Además podría desencadenar una serie de problemas dentro de otros planos del Derecho, como el laboral y el penal²⁹.

El interés acerca de la patentabilidad de animales ahora se ha centrado principalmente en Europa, donde se ha concedido la solicitud de patente sobre el ratón transgénico de la *Universidad de Harvard* (tras una gran polémica) por la *Oficina Europea de Patentes* y se están examinando otros varios casos contenciosos. El punto principal en que tiene que decidir la *División de Oposición de la Oficina Europea de Patentes* es cómo tratar el artículo 53 (a) del Convenio Europeo de Patentes, que abarca temas de «orden público» y de «buenas costumbres». Se acuerda, en general, que una actitud sensata a adoptar ante dicho artículo es la adoptada por la *División de Oposición* en su decisión del 15 de febrero de 1993 sobre la Patente europea O 242 236 (Sistemas Genéticos de Plantas). Esta decisión indicaba:

«Solamente en aquellos casos muy reducidos en los que existe un consenso aplastante que la explotación de una invención sería inmoral podrá excluirse una invención de la patentabilidad en virtud del artículo 53 (a).»

Si se considera que determinadas invenciones biotecnológicas son indeseables por razones morales o medioambientales, entonces la legislación reguladora apropiada debe aprobarse por las vías normales. La existencia

²⁹ Así pues, en el caso de que el investigador se encuentre bajo un contrato de trabajo con una empresa o centro, y este sea de los tipos descritos en los artículos 15 y 17 de la Ley de patentes, es decir, invenciones de servicio o mixtas, fruto de su capacidad inventiva, pertenecerá a la empresa o empresario para la que trabaja. Hoy en día que la labor de un investigador no se resume al desempeño de su trabajo en un único lugar, sino que requiere para completar su investigación de moverse entre distintos centros colaboradores que prestan su material y sus conocimientos en ayudarle, se podría plantear la discusión de a cual de estos centros pertenece la invención, y de compartirse, en que proporción.

de una patente no afecta la necesidad de cumplir con los reglamentos nacionales, por ejemplo, controlar la liberación de microorganismos tratados genéticamente al medio ambiente. Se piensa que la Bioética no debe tratarse mediante la legislación de patente que está relacionada con la protección de invenciones frente a las copias.

No se ha realizado ningún principio o directriz decisivo sobre esto a nivel de *Junta de Apelaciones* en relación con las invenciones biotecnológicas relacionadas con materia viva, pero las consideraciones más importantes son:

1. Hasta ahora parece que no existe ninguna cuestión de moralidad, desde el punto de vista de la *Oficina Europea de Patentes* asociada con la patentabilidad de plantas fruto de la ingeniería genética. En febrero 1993 la *División de Oposición de la Oficina Europea de Patentes* emitió una decisión por escrito que apoyaba una patente relacionada con plantas transgénicas resistentes a herbicidas y rechazó la oposición de *Greenpeace*.

2. Se tratarán caso por caso la patentabilidad de animales transgénicos después de ponderar todos los hechos pertinentes.

De este modo se consideró, en la solicitud de patente del onco-ratón, que las reclamaciones eran patentables porque el beneficio potencial para el público pesaba más que cualquier sufrimiento causado al animal. Por otra parte, se desestimó una solicitud relacionada con ratones transgénicos calvos, ya que la utilización de los ratones era como animal-modelo para ensayar los restauradores de pelo.

La posición actual es que la oposición presentada contra la patente del onco-ratón está por decidir y cualquiera que sea la postura que adopte la *División de Oposición* en el asunto, inevitablemente, será apelada por el *Consejo Técnico de Apelación*. En febrero 1993 el *Parlamento Europeo* aprobó una resolución instando a la *Oficina Europea de Patentes* a no permitir las patentes de animales por motivos éticos³⁰. Queda por ver si esto tendrá algún impacto en sus decisiones.

A nivel nacional, pocas oficinas de patentes han clarificado su posición sobre la patentabilidad de los animales transgénicos. Dinamarca se opone

³⁰ Recordemos lo dicho anteriormente respecto a la interpretación que se hizo del artículo 53 párrafo b) del convenio de Munich.

a patentar cualquier animal por razones éticas. Suiza, sin embargo, ha afirmado claramente su aprobación de patentar formas de vida, dando las siguientes razones:

«los beneficios de ingeniería genética para la medicina y para la nutrición, el salvaguardar las inversiones, el fomento de Suiza como un centro de investigación y (para mantener) la competitividad de la industria suiza.»

Finalmente, merece destacar que la *Oficina Europea de Patentes* está tomando muy en serio los temas éticos relativos a la patentabilidad de animales. Una parte considerable del Informe Anual de 1991 se dedicaba a este tema y se celebró un simposio («Eposium») y un concurso de ensayos sobre el tema en el año 1993.

La importancia que en materia de patentes se daba a los aspectos éticos (algo novedoso hasta ahora), iba aún más lejos de lo visto. Se estudiaban otras implicaciones presentes y futuras que se podrían desarrollar. La polémica surge sobre donde debe establecerse la frontera entre los seres vivos que pueden ser objeto o no de patente sobre todo ante el deseo por parte de investigadores estadounidenses de patentar genes y secuencias de genes y plantearse la posibilidad de llegar a poseer al propio ser humano.

7. PATENTE DE MATERIAL HUMANO

Para analizar detenidamente los problemas éticos que puede suscitar la patentabilidad del material humano es necesario establecer los distintos niveles de complejidad de este. Un primer nivel molecular abarcaría a todas las moléculas de origen humano, ya sean genes, proteínas u otras sustancias. En un segundo nivel celular se considerarían todas las células del organismo. El tercer nivel lo constituirían los órganos humanos y un último nivel el propio ser humano.

Según la legislación actual, el primer nivel no plantea demasiados problemas éticos en la concesión de patentes, y así se han concedido numerosas patentes de genes humanos que son la base de la producción industrial de sustancias de interés en microorganismos tratados genéticamente. Estos genes o secuencias de DNA codifican para proteínas de indudable valor terapéutico y no parecen existir dudas de que estas invenciones son moralmente aceptables. Sin embargo, no todas las patentes de secuencias de DNA parecen aceptables, y así existen ciertas dudas sobre la moralidad de determinadas invenciones. Uno de estos casos se suscitó contra la pa-

tente de la relaxina humana, en la que se consideraba inmoral el haber utilizado para el aislamiento y caracterización de dicha hormona un tejido ovárico extirpado como consecuencia de la suspensión de un embarazo ectópico (Green Party vs Howard Florey Institute of Experimental Physiology and Medicine). La impugnación fue rechazada, ya que se consideró que la suspensión de un embarazo ectópico es esencial para preservar la vida de la madre y es una práctica moralmente admitida.

Otro caso de gran actualidad en este sentido es el tremendo debate provocado por la solicitud de patente presentada en la *Oficina de Patentes de Estados Unidos* en el verano de 1990, por parte de Craig Venter, investigador de los *Institutos Nacionales de la Salud (NIH)* de una serie de secuencias de DNA humano de función desconocida. Quizás podrían estar relacionados con la diabetes, la esquizofrenia, la enfermedad de Alzheimer o alguna de las aproximadamente 4.500 enfermedades genéticas catalogadas³¹.

Algunos científicos expresaron su opinión acerca del intento, primero en 1991 por el *U.S. National Institutes of Health (NIH)* representado por Venter y Adams y después, en 1992, por el *U.K. Medical Research Council (MRC)* de patentar ciertas secuencias expresadas (segmentos de cDNA) aisladas por métodos rutinarios en investigaciones sobre el genoma humano.

Ante ello reaccionó el Consejo de *Investigación Médica (CIM)*, Londres, apoyando, ante estos acontecimientos, un acuerdo internacional que no permitiese patentar las secuencias de genes de utilidad desconocida, lo que provocó una mayor polémica.

Desde el punto de vista jurídico, los problemas surgen a raíz del requisito de la innovación en la patente, es decir, la posibilidad de patentar solamente formas de vida totalmente nuevas. Un gen es un bien que ya se encuentra en la naturaleza³². El hecho de requerir una naturaleza total-

³¹ Para aislar los genes, VENTER recurrió a una técnica de secuenciación automática que permite manejar el DNA complementario (cDNA). Este DNA de una sola cadena está formado a partir de un molde de RNA mensajero, siendo este proceso mediado por un enzima, la transcriptasa inversa.

³² De este modo, como comenta RODRÍGUEZ DE CÓRDOBA, investigador del *Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)* miembro de la asociación *HUGO*, «se puede patentar un proceso para extraer un determinado producto de la leche de vaca, lo que es ridículo es patentar la leche».

mente nueva y no algo ya existente, podría plantear llegado este punto graves problemas sobre todo teniendo en cuenta los beneficios económicos que esta posibilidad podrá reportar para las empresas que lo desarrollasen. Además se encuentra otro problema anexo al de la novedad, y es el de la utilidad, es decir, en el caso de los genes, que se conozca su función³³.

Posteriormente, la solicitud del *NIH* fue rechazada por la *Oficina de Patentes Estados Unidos* por no cumplir con las condiciones necesarias para la patentabilidad (porque según alegaba no cumplía con el «requisito de utilidad» y por transparencia). Ante esta resolución, el *MRC* anunció que pensaba seguir con su solicitud original con el fin de recibir un dictamen de la Oficina Europea de Patentes sobre su patentabilidad. La situación actual es que tanto el *NIH* como el *MRC* retiraron sus solicitudes. Queda por ver lo que sucederá con las solicitudes presentadas por los grupos de investigación privados, que están sin duda preparadas para presentarse³⁴.

Por tanto, la decisión de la *Comunidad Europea* relativa a qué genes cuya función es desconocida deberán ser excluidos de la patente fue insertada en la Propuesta de Directiva³⁵. Sin embargo, esto no era suficiente para los que trataban de presentar al *NIH* y al *MRC* como alteradores de los principios básicos que rigen la investigación del genoma humano. Aunque el *NIH* y la *MRC* retiraron estas observaciones, el daño había sido hecho aumentando las quejas de los lobbies anti-patentes biotecnológicas.

En lo que se refiere al nivel celular es también una práctica corriente al admitir como invenciones patentables las líneas celulares humanas mante-

³³ Elemento este que obligó a dimitir a James WATSON como director del Proyecto Genoma Humano en Estados Unidos debido al apoyo que prestó a la patente presentada por Venter de secuencias de genes de los que se desconocía su función.

³⁴ A este respecto, es de destacar la posición predominante de defender el carácter público de la información derivada del Proyecto Genoma Humano, hasta el punto que se pretende el desarrollo de la investigación realizada en centros públicos, los cuales al disponer de mayores recursos investigadores consiguen los adelantos antes que las empresas privadas, publicando rápidamente sus resultados e impidiendo que puedan ser patentados por otros centros. Esta función es realizada en la investigación pública por centros como por ejemplo la *Washington University*.

³⁵ Proyecto de elaboración de una directiva sobre Invenciones Biotecnológicas que iniciados los trabajos en 1988, terminaron con su no aprobación por el *Parlamento Europeo* en 1995.

nidas in vitro en el laboratorio y cultivadas en gran escala en la industria. El hecho de que las células sean incapaces de organizarse en estructuras de mayor nivel parece que evita la controversia, ya que en cierta forma estas células pueden considerarse como microorganismos y, de hecho, para poder patentarse tienen que ser previamente depositadas en las colecciones internacionales que operan a tal efecto. En el caso de las células la cuestión que se ha suscitado en algunas ocasiones es, quién debe ser el propietario de la patente, el individuo del que se ha aislado la primera célula o el investigador que la ha aislado y cultivado. Hasta ahora siempre se ha fallado a favor del investigador.

Este fue el caso aparecido en torno a la figura de John Moore en Estados Unidos. Moore había aparecido en un programa de televisión opinando sobre el hecho de que células tomadas de su bazo habían sido «inmortalizadas» y patentadas por su médico quien aparentemente sin el consentimiento de sus pacientes, estudiaba dichas células para patentar una línea celular. Moore demandó a su médico y a la Universidad que respaldaba esta investigación. La reclamación de sus derechos sobre la patente no fue mantenida por la *Corte Suprema* de California quien alegó que el demandante no estaba legitimado para reclamar sus derechos en la línea celular. La causa por la que justificaron la denegación de su derecho era por considerar que la línea celular objeto de la patente desarrollada desde las células del bazo del demandante, eran diferentes de las extraídas directamente de este. Por otra parte, la *Corte* era de la opinión que la donación por una persona de un órgano para investigación, no suponía ningún derecho para el donante cuando se empleaba dicho material en tan bondadoso fin.

La necesidad de la novedad en la invención para seres vivos encuentra finalmente un límite ético: conseguido el mapa génico del ser humano, no podrá ser patentable por faltar el elemento novedoso: es algo que ya existe en la naturaleza. Pero, ¿que sucedería en el caso de una nueva raza, fruto del cruce entre un humano y un mono, cuyo mapa génico no existe en la naturaleza, siendo un producto fabricado en un laboratorio? Baste en este caso con tan solo apuntar el problema. Las complicaciones se presentan solas.

Por el momento, los fines de patentar genes humanos discurren por otros derroteros. Los estudios biológicos en genética humana avanzan enormemente. Ya han comenzado a identificarse los genes responsables de la aparición de determinadas enfermedades. Una vez identificados estos y su alteración (responsable de la aparición y predisposición a determinadas enfermedades), permitirá que el gen productor de dicha enfermedad sea, o

bien sustituido por uno «sano», con lo cual la dotación genética del embrión carecería del gen productor de la enfermedad, o bien situar un gen «sano» junto al «enfermo» permaneciendo este pero neutralizado en su función. Esto es lo que se conoce como terapia génica y es uno de los provechosos fines económicos que presenta la patente de genes humanos.

En el «Encuentro Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano» celebrado en Bilbao en el mes de mayo de 1993, el tema estrella de la segunda jornada giró en torno a la licitud de patentar genes humanos. Los científicos y juristas europeos y americanos discreparon en esta cuestión, al interpretar estos últimos que las secuencias de genes no constituyen materia viva, en contra de la posición más humanista y universal de los intelectuales europeos. Craig Wenter, que preside y dirige el *Instituto para la Investigación Genética de Gaithersburg* en Estados Unidos, señaló que no considera los genes como algo vivo, puesto que no se pueden reproducir en un laboratorio ni cobrar vida, aunque sean esenciales para la vida. Manifestó, asimismo, su firme convicción de que las patentes ayudan al desarrollo de la investigación, y fundamentó esta afirmación apoyándose en el hecho de que en Estados Unidos gran parte de la investigación está financiada por empresas privadas que, lógicamente, pretenden obtener beneficios de sus inversiones.

Por su parte, John Collins abogado estadounidense, se pronunció también sobre la patentabilidad de los genes, señalando los requisitos que deben reunir las invenciones para ser patentables.

El Catedrático de Derecho Mercantil de la *Universidad a Distancia*, Alberto Bercofritz, explicó, al hilo de las reflexiones de Collins, que en Estados Unidos se intentan proteger con patentes, genes cuya utilidad es todavía desconocida. Y esto, según dijo, va en contra de uno de los dogmas del derecho de patentes, según el cual sólo pueden patentarse invenciones de utilidad conocida. En este mismo sentido, Christian Byk, Consejero Especial sobre Bioética del Secretario General del *Consejo de Europa*, afirmó que el respeto a la dignidad humana debe prevalecer siempre sobre el derecho a la patente.

Por último, habría que señalar que si bien en ninguna legislación el hombre como tal parece estar muy lejos de poder ser considerado como objeto de patente, lo que ya no está tan claro es que en un futuro no muy lejano no se pueda plantear el problema de la patentabilidad de los órganos humanos obtenidos por medios biotecnológicos.

8. EL DESARROLLO DE UNA DIRECTIVA ³⁶

La necesidad de regular de una forma adecuada y uniforme la patente de las invenciones biotecnológicas, impulsó los trabajos en la elaboración de una Directiva comunitaria que comenzaron el 20 de octubre de 1988 y terminaron con su no aprobación por el *Parlamento Europeo* el 1 de marzo de 1995.

A pesar de existir una regulación, esta se encuentra en Europa muy fraccionada, llegando a presentar conflictos entre algunos países y produciendo vacío legal en determinadas situaciones.

Si partimos de que Europa continúa manteniendo el liderazgo en cinco sectores económicos: el aeroespacial, el farmacológico, el químico, el agrícola y el agroindustrial y que los cuatro últimos sectores se ven beneficiados por la aplicación de la biotecnología, la situación que respecto de estas industrias se estaba produciendo requería una regulación más adecuada.

La biotecnología es la fuente principal de innovación para el desarrollo de nuevos productos y procesos, lo cual puede conllevar la mejora de funciones, mayor seguridad y la solución a problemas que, hasta ahora, no se podían resolver. Sin embargo, la expansión de la biotecnología en Europa encuentra varios elementos desfavorables:

1. La rigidez de las legislaciones europeas, que deberían promocionar la innovación y la seguridad, pero que no se encuentran adaptadas a las circunstancias.
2. La protección de la propiedad industrial e intelectual de las invenciones biotecnológicas.
3. La baja inversión de los países y bloques de países en biotecnología.
4. El relativamente bajo nivel de financiación pública en biotecnología.
5. La escasa percepción pública por parte de la industria causada por una inadecuada interpretación del potencial ofrecido por la biotecnología.

³⁶ Para un completo estudio del desarrollo y evolución de la Directiva así como de los motivos que impidieron su aprobación, ver Enrique MARÍN PALMA, «La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (parte I y II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 3, julio-diciembre de 1995 y número 4, enero-junio de 1996.

Durante un largo período de tiempo, Europa se presentó más como consumidor e importador de productos biotecnológicos que como inventor, productor y exportador.

El debate existente entre los diferentes comités europeos, puso de manifiesto que la creciente investigación a escala mundial de productos y procedimientos biotecnológicos, hacía necesaria la creación de un derecho de patentes más acorde y más homogéneo que recogiera todos los posibles usos aunando el valor jurídico con el ético en un mismo texto. De esta forma, surgió en 1988 la necesidad de crear una Directiva comunitaria que respondiera las continuas quejas de las industrias europeas por la falta de claridad del derecho de patentes y que permitiera otorgar, a través de normas claras, un nivel igual de protección mediante patente, para todas las invenciones biotecnológicas siendo vigente en todos los Estados miembros. La Directiva contendría una serie de definiciones y reglas de interpretación para determinar lo que es o no es patentable y resolver los problemas de delimitación con el derecho de obtenciones vegetales, razas animales y el ser humano o partes de este.

El principio básico de la Directiva era asegurar que la invención no fuera protegida por patente por la sola razón de tratarse de material biológico. Esta incluía organismos clónicos conseguidos por algún sistema, nuevos microorganismos no conocidos, plantas y animales transgénicos, líneas celulares, virus, genes u otro tipo de DNA o RNA. Este principio ha sido aceptado durante muchos años por la mayoría de los países industrializados de Europa, aunque no lo fuera por los últimos países adheridos a la Comunidad Europea.

Sin embargo, no podemos pasar por alto la influencia que la Directiva podría tener sobre la actual regulación comunitaria existente, y en concreto sobre los convenios europeos de patentes que se verían indirectamente afectados por las soluciones que se adoptan en esta. Claros ejemplos de lo que señalamos son el Convenio de Munich sobre concesión de patentes europeas de 5 de Octubre de 1973 y el Acuerdo sobre Patente Comunitaria (APC) de 15 de Diciembre de 1989.

En este sentido, ha existido una clara influencia tanto del Convenio Europeo de Patentes como de alguna decisión concreta de la Oficina Europea de Patentes en la aplicación del citado Convenio a la hora de elaborar ciertas disposiciones de la Directiva. Tal influencia se aprecia en temas como la patentabilidad de animales (artículo 2.3º c), el criterio de valoración de la intervención humana para conocer si nos encontramos ante un procedimiento esencialmente biológico de obtención de animales o vege-

tales (artículo 6) o también el principio de no considerar como descubrimiento o invención carente de novedad la materia biológica que forme parte de una materia preexistente (artículo 7).

Desde otra perspectiva, también se puede aventurar que la Directiva tendrá alguna incidencia en la práctica que la *Oficina Europea de Patentes* pueda adoptar en el futuro, incluso, se ha llegado a afirmar que la Directiva puede suponer la necesidad de modificar el Convenio Europeo de Patentes. En efecto, con la aprobación de la Directiva se abren nuevas perspectivas para la *Oficina Europea de Patentes* sobre algunos aspectos interpretativos del Convenio de Munich. Cualquier norma del Convenio Europeo de Patentes que no pueda ser aplicada de acuerdo con las disposiciones de la Directiva implicará una desigualdad entre las patentes nacionales y europeas que resultará contradictoria con la finalidad práctica de la propia Directiva: armonizar el régimen jurídico de las invenciones tecnológicas en el territorio comunitario. Un diferente tratamiento jurídico a las patentes europeas y nacionales generaría un proceso desarmonizador en materia de patentabilidad, en relación con la protección de las invenciones en el territorio de la Unión Europea. Por tanto, si no fuera posible una interpretación de las normas del Convenio Europeo de Patentes en consonancia con las soluciones aportadas por la Directiva, resultaría necesario proceder a una reforma de dicho Convenio.

En relación con el APC, la Directiva puede suponer nuevos problemas para la «operatividad» de la patente comunitaria. Así, se puede aventurar, que la Directiva ha dejado obsoleto parte del texto comunitario, como son las normas relativas al ámbito de protección de la futura patente comunitaria. Concretamente, se puede afirmar que las patentes nacionales relativas a invenciones biotecnológicas (de no modificarse el APC) tendrían una cobertura de protección más eficaz que las patentes comunitarias.

Por eso, si se pretende que todas las patentes que operen en el futuro *Mercado Común* otorguen los mismos derechos a sus titulares, resultará imprescindible armonizar con los postulados de la Directiva los derechos otorgados por las patentes comunitarias.

9. CONCLUSIÓN

Desde la perspectiva ética, las posturas extremistas de prohibición en torno a la licitud moral de las patentes de materia viva pueden ser tan peligrosas como las extremadamente permisivas.

Es obvio la falta de previsión de las legislaciones sobre patentes para enfrentarse con el hecho de que los seres vivos sean patentables, máxime si tenemos en cuenta la rapidez con que se desarrollan los acontecimientos científicos que no sólo encuentran desprevenido el sector social (la capacidad de la sociedad para asimilarlo) sino también al sector jurídico (para tener una adecuada capacidad de regularlo).

Por tanto, es necesario que la sociedad reconozca los beneficios y los perjuicios de la nueva biotecnología y su potencial, y el Derecho asuma y reconozca como propio la importancia de esta y elabore las adecuadas directrices que rijan su desarrollo.

La Bioética (como la ética aplicada a la biomedicina) es la que debe establecer dentro del Derecho los usos adecuados respecto a la biotecnología y, en concreto, respecto al Derecho mercantil, los límites a las patentes de materia viva.

El elemento más importante a tener en cuenta a la hora de regular las patentes biotecnológicas es donde debe establecerse la frontera entre los seres vivos que pueden ser objeto de patente y los que no.

La posesión de organismos inferiores en la escala taxonómica al hombre manipulados genéticamente no debería representar grandes problemas de aceptación, máxime si tenemos en cuenta que desde ancestro los animales y plantas «naturales», es decir, no manipulados (en principio mediante el trueque, posteriormente mediante la compraventa) siempre han pertenecido al hombre ostentando sobre ellos títulos de propiedad, como es el caso de los ganaderos y los agricultores³⁷. Si su posesión se ha basado en la importancia que esta representa para el resto de la sociedad, pues el cuidado y posterior obtención de los distintos productos que nos ofrecen aumenta el bienestar social, en el caso de animales y plantas transgénicas, siempre que estos representen un bien médico o científico que aumente nuestra calidad de vida en su aplicación, no debe representar su repulsa.

El límite, por tanto, debería establecerse en el Hombre³⁸. Aquí, de nue-

³⁷ Ver la polémica desatada durante la elaboración de la propuesta de Directiva sobre Invenciones Biotecnológicas en torno a lo que se denomina «Privilegio del agricultor» y en torno a los ganaderos con un privilegio similar, siendo una de las causas que propiciaron la no aprobación de la propuesta por el *Parlamento Europeo*.

³⁸ Entiendo por «Hombre» la especie, es decir, tanto a hombres como mujeres. Utili-

vo deberíamos tener en cuenta los niveles, bien sean partes de este, moleculares, celulares u órganos como el propio ser humano.

De nuevo, un límite mínimo deberíamos establecerlo en la utilidad social que pueda representar y el límite máximo en lo que pueda dañar al ser humano como tal.

Desde el punto de vista de su utilidad, esta es manifiesta en lo que respecta al nivel molecular y celular: los estudios sobre estos dos niveles pueden representar grandes avances en la investigación de enfermedades y por tanto en avances sobre prevención, curación y tratamiento de estas. Pero nos encontramos con el hecho de ser partes del cuerpo humano, que como tales no representan nada pero que en su conjunto (bien sean proteínas, genes o células) constituyen un ser humano.

En lo que respecta al nivel de órganos, su posesión es más conflictiva, primero por no poseer ninguna novedad, con lo cual no reuniría uno de los requisitos indispensables de las patentes. Segundo porque complicaría enormemente los avances conseguidos en trasplantes de órganos, pues el hecho de poseer un precio impedirían el acceso a esta rama de la sanidad a aquellas personas que no pudieran pagar el precio establecido por ellos vulnerando gravemente el principio básico de la Igualdad y con ello todos los derechos humanos y fundamentales vinculados a este principio: derecho a la salud, a una asistencia sanitaria adecuada, etc. El problema se complica respecto a los órganos conseguidos por manipulación genética en animales (xenotrasplantes), pues estos sí reúnen los requisitos legales para su patente y como tales, pueden suponer una alternativa valiosa a la escasez actual de órganos para trasplantar.

Poseer seres humanos es un tema que hoy en día no admite discusión, desde los tiempos en que se abolió la esclavitud. El momento en que se reconoció la imposibilidad de poseer el cuerpo en su conjunto y las voluntades que este representa gracias a su capacidad de raciocinio, supuso también por la aplicación temporal a los nuevos acontecimientos científicos que se desarrollan en la actualidad, la imposibilidad de poseer al hombre en base a su esencia más íntima: su genoma. Por tanto, el conocimiento que se genere de este en base a las investigaciones desarrolladas bajo lo

zo el término por ser el más representativo, aunque quizás no el más adecuado del ser humano, sea cual sea su sexo.

que se conoce como Proyecto Genoma Humano no podrá ser objeto de patentes particulares al ser patrimonio de la Humanidad, y al responder de esta manera mejor a los fines que su obtención persigue.

En lo que respecta a los híbridos conseguidos por manipulación de seres humanos aplicando técnicas de DNA recombinante³⁹ y consiguiendo así seres mezcla de un hombre y de un mono, no cabe plantear el problema dentro del Derecho de patentes, ya que de por sí, este tipo de experimentación no supera el límite ético que se establece en el Derecho en general: vulnera completamente todos los principios sobre los que se basan los derechos humanos, véase Dignidad (tanto del Hombre como tal como del ser híbrido creado), Igualdad y Libertad, pues el fin que podrían tener estos seres sería la experimentación o su utilización en funciones que no fueran moralmente aceptables para desempeñar por un «ser humano superior».

BIBLIOGRAFÍA

- ALDHOUS, Peter, «Progress on animal patents», *Nature*, vol. 355, 30 de enero de 1992, pág. 382.
- BARTON, John H, «Patentar seres vivos», *Investigación y Ciencia*, mayo 1991.
- BEGUER DEL SALVADOR, Manuel, *Investigación y Patentes, Temas de Futuro*, CEFI, Barcelona, 1992.
- Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación (Editor), *Reflexiones sobre la protección de las investigaciones en el umbral del 2000*, CEFI, Barcelona, 1994.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Proposición de Directiva del Consejo relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas* COM (88) 496 final/SYN 159, Bruselas, 21 de octubre de 1988.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas*, COM (92) 589 final-SYN 159, Bruselas. 16 de febrero de 1993.
- COPERIAS, Enrique M., «La polémica de los genes patentados», *Muy Interesante*, n.º 128, enero de 1992, págs. 6-13.
- Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. II*, Fundación BBV, Bilbao, 1994.

³⁹ Las técnicas de DNA recombinante consisten en la posibilidad de la adición de fragmentos de DNA de una especie en el genoma de otra.

- Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: ética*, Fundación BBV, Bilbao, 1991.
- GAFO, Javier (editor), *Ética y biotecnología*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993.
- HIRST, Sally I., «Biopatents; a sense of order», *Trends in Biotechnology*, vol. 10, agosto de 1992, págs. 269-271.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- LEMA DEVESA, Carlos, «El Convenio Europeo de Múnich ante la protección de nuevas tecnologías», *Actualidad Civil*, n.º 34, 1993, págs. 605 y sigs. Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.
- MARÍN PALMA, Enrique, «La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, julio-diciembre de 1995, págs. 279-295.
- MARÍN PALMA, Enrique, «La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 4, enero-junio de 1996, (en prensa).
- Parlamento Europeo, *Informe sobre la propuesta de la Comisión al Consejo de una directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*, Ponente: Sr. Rothley, PE 201.664/def, Documento A3-0286/92, de 5 de octubre de 1992.
- Parlamento Europeo, *Proyecto de Informe sobre la comunicación en la que se promueve el entorno competitivo, para las actividades industriales basadas en la biotecnología en la Comunidad*, Ponente: Sra. Hiltrud Breyer PE 203.456/8, 17 de diciembre de 1992.
- Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.
- REPRESA, Domingo y BLANCO, Araceli, «La protección de los resultados de la actividad investigadora mediante patentes», *Política Científica*, n.º 41, diciembre de 1994, págs. 7-11.
- ROOSSITER, Belinda J. F. (Ed.), «HUGO Statement on Patenting of DNA sequences», *Genome Digest*, vol. 2, n.º 2, abril de 1995, págs. 6-9.
- Watson, J. D. y Tooze, J., *The DNA Story*, Freeman, San Francisco, 1981.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA EUTANASIA Y SU TRATAMIENTO EN LOS TRIBUNALES

María Casado

En la actualidad determinadas actuaciones médicas pueden, al alargar la vida de ciertas personas, convertirse en actos que prolonguen artificialmente la muerte y que fuercen a los pacientes a sobrevivir en contra de su voluntad y en unas condiciones contrarias a los criterios de dignidad que hubieran podido sustentar durante toda su vida. Este hecho nos coloca frente a la posibilidad de tener que decidir cuestiones sobre el hecho y el momento de la muerte, que en otros tiempos no estaban a nuestro alcance.

Ante estas circunstancias se plantea a menudo la cuestión de la eutanasia, entendiéndola como terminación intencionada de la vida de un paciente, aquejado de una enfermedad grave o terminal, por voluntad del mismo. Hay que tener en cuenta, además, que las sociedades actuales, —al ser pluralistas y estar constituidas en la forma de Estado de Derecho, no confesional—, no aceptan soluciones dogmáticas y unívocas para los problemas de las personas, ni para los de la sociedad en su conjunto.

La posibilidad de decidir cuando no se desea seguir sometido a tratamientos que se consideran degradantes por determinados individuos, plantea ante la Sociedad y ante el Estado de modo extremo cuáles son los límites a la autonomía individual y cuáles son las atribuciones del Estado en cuanto a la protección de los mejores intereses de sus ciudadanos.

Los nuevos problemas precisan de una respuesta normativa que los trate y que propicie soluciones aceptables para la mayoría de la sociedad. Pero, en muchas ocasiones, el tratamiento legislativo es lento puesto que requiere un tiempo de discusión social y de debate político. Así sucede, principalmente, en aquellos temas —como es el caso de la eutanasia— que afectan a los aspectos más íntimos de los seres humanos y en los que los principios y valores están tan implicados que dificultan la objetividad en los planteamientos y en la discusión colectiva.

- Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: ética*, Fundación BBV, Bilbao, 1991.
- GAFO, Javier (editor), *Ética y biotecnología*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993.
- HIRST, Sally I., «Biopatents; a sense of order», *Trends in Biotechnology*, vol. 10, agosto de 1992, págs. 269-271.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- LEMA DEVESA, Carlos, «El Convenio Europeo de Múnich ante la protección de nuevas tecnologías», *Actualidad Civil*, n.º 34, 1993, págs. 605 y sigs. Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.
- MARÍN PALMA, Enrique, «La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, julio-diciembre de 1995, págs. 279-295.
- MARÍN PALMA, Enrique, «La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 4, enero-junio de 1996, (en prensa).
- Parlamento Europeo, *Informe sobre la propuesta de la Comisión al Consejo de una directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*, Ponente: Sr. Rothley, PE 201.664/def, Documento A3-0286/92, de 5 de octubre de 1992.
- Parlamento Europeo, *Proyecto de Informe sobre la comunicación en la que se promueve el entorno competitivo, para las actividades industriales basadas en la biotecnología en la Comunidad*, Ponente: Sra. Hiltrud Breyer PE 203.456/8, 17 de diciembre de 1992.
- Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.
- REPRESA, Domingo y BLANCO, Araceli, «La protección de los resultados de la actividad investigadora mediante patentes», *Política Científica*, n.º 41, diciembre de 1994, págs. 7-11.
- ROOSSITER, Belinda J. F. (Ed.), «HUGO Statement on Patenting of DNA sequences», *Genome Digest*, vol. 2, n.º 2, abril de 1995, págs. 6-9.
- Watson, J. D. y Tooze, J., *The DNA Story*, Freeman, San Francisco, 1981.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA EUTANASIA Y SU TRATAMIENTO EN LOS TRIBUNALES

María Casado

En la actualidad determinadas actuaciones médicas pueden, al alargar la vida de ciertas personas, convertirse en actos que prolonguen artificialmente la muerte y que fuercen a los pacientes a sobrevivir en contra de su voluntad y en unas condiciones contrarias a los criterios de dignidad que hubieran podido sustentar durante toda su vida. Este hecho nos coloca frente a la posibilidad de tener que decidir cuestiones sobre el hecho y el momento de la muerte, que en otros tiempos no estaban a nuestro alcance.

Ante estas circunstancias se plantea a menudo la cuestión de la eutanasia, entendiéndola como terminación intencionada de la vida de un paciente, aquejado de una enfermedad grave o terminal, por voluntad del mismo. Hay que tener en cuenta, además, que las sociedades actuales, —al ser pluralistas y estar constituidas en la forma de Estado de Derecho, no confesional—, no aceptan soluciones dogmáticas y unívocas para los problemas de las personas, ni para los de la sociedad en su conjunto.

La posibilidad de decidir cuando no se desea seguir sometido a tratamientos que se consideran degradantes por determinados individuos, plantea ante la Sociedad y ante el Estado de modo extremo cuáles son los límites a la autonomía individual y cuáles son las atribuciones del Estado en cuanto a la protección de los mejores intereses de sus ciudadanos.

Los nuevos problemas precisan de una respuesta normativa que los trate y que propicie soluciones aceptables para la mayoría de la sociedad. Pero, en muchas ocasiones, el tratamiento legislativo es lento puesto que requiere un tiempo de discusión social y de debate político. Así sucede, principalmente, en aquellos temas —como es el caso de la eutanasia— que afectan a los aspectos más íntimos de los seres humanos y en los que los principios y valores están tan implicados que dificultan la objetividad en los planteamientos y en la discusión colectiva.

Sabido es que generalmente el cambio jurídico sigue al cambio social. Esto es así especialmente en el campo que aquí nos ocupa ya que los gobiernos no se sienten generalmente impulsados a tomar decisiones conflictivas en temas de por sí tan sensibles. Por ello puede detectarse que en numerosas ocasiones son los tribunales de justicia los primeros que se ven obligados a adoptar soluciones que o bien fuerzan la legalidad vigente, llevando la interpretación más allá de la norma en el sentido de la demanda social, o bien se ven obligados a denegar verdadera justicia material siguiendo el rígido marco normativo. Todo ello redundará en una situación de inseguridad jurídica y ocasiones de sufrimiento personal altamente indeseables.

En otras ocasiones grupos de presión pueden verse abocados a plantear ante los tribunales cuestiones en las cuales lo que en realidad se pretende no es sólo la solución del caso concreto sino el obtener precedentes y forzar la solución general de carácter normativo.

Aunque de unos a otros sistemas jurídicos el papel de la jurisprudencia difiere sustancialmente, podemos encontrar evidentes coincidencias ante el tratamiento del problema de la eutanasia por los tribunales en países de la familia Romano-germánica y en los de Common Law. Estas coincidencias son esclarecedoras para el fondo del debate que nos ocupa.

En tal sentido puede proporcionar un valioso ejemplo el análisis del famoso caso de Nancy CRUZAN, —de 26 años, que estuvo de 1983 a 1990 en coma anóxico, producido a consecuencia de las lesiones causadas en un accidente de automóvil— y su comparación con otro de gran actualidad en nuestro país: el de Ramón SAMPEDRO, —tetrapléjico que pide asistencia de los tribunales en su decisión de morir dignamente sin que su médico o su familia puedan ser incriminados—, cuya última resolución es precisamente de los Tribunales de Primera Instancia de La Coruña.

En el primer caso el Tribunal Supremo de Missouri negó a los padres el permiso para suprimir la sonda nasogástrica que mantenía con vida a Nancy en una discutida sentencia. Posteriormente, el Tribunal Supremo de los EEUU confirmó que el Estado de Missouri estaba legitimado para exigir,— como de hecho lo hacía en su legislación ¹—, una evidencia for-

¹ A causa de un cambio en la fiscalía de Missouri, desde enero de 1993 esta política ha cambiado, aceptándose que las familias de los pacientes asuman estas decisiones.

mal que probase la contraria voluntad de Nancy Cruzan a ser mantenida con vida con la ayuda de soportes vitales ².

A partir de esta decisión, —en la que la mayoría de los jueces admitieron que los individuos adultos, en uso de sus facultades, podían tomar disposiciones sobre si querían o no ser mantenidos con apoyos vitales en determinadas circunstancias, como el estado vegetativo persistente—, diversos Estados adecuaron sus normas para reconocer los testamentos vitales y distintas disposiciones para el cuidado de la salud. El mismo Congreso aprobó, en 1990, una ley obligando a los hospitales que reciban fondos federales, a informar a todos los pacientes de la legislación estatal en esta materia y de las formalidades que deberán ser adoptadas para asegurar el cumplimiento de su voluntad al respecto.

Inicialmente los padres de Nancy CRUZAN solicitaron al personal del hospital en que estaba ingresada que retirasen a su hija la alimentación e hidratación artificial después de que, tras tres semanas de coma, cayera en lo que se constató como un estado vegetativo persistente y de que las medidas de rehabilitación no dieran resultado positivo alguno, evidenciándose la falta de posibilidades de recobrar la consciencia. Dicho personal se negó a hacerlo sin un mandamiento judicial, que fue recabado y otorgado en primera instancia.

Este Tribunal de Primera Instancia declaró que toda persona en tales condiciones tiene el derecho fundamental garantizado por las Constituciones Estatal y Federal a rechazar «cualquier procedimiento de prolongación de la agonía». Se consideró además probado que Nancy había manifestado a los 25 años, a una compañera de habitación, que preferiría no seguir viviendo en caso de que una enfermedad o accidente la incapacitasen para poder llevar una vida normal.

El Tribunal Supremo de Missouri anuló esta decisión negando a los Srs. Cruzan el derecho a que decidieran «subrogadamente» por cuenta de Nancy y considerando que su voluntad no estaba formalmente probada mediante el testimonio presentado y dada la inexistencia de declaración

² Según la prestigiosa e influyente Academia Americana de Neurología la alimentación e hidratación artificial constituyen un tratamiento médico con lo cual pueden interrumpirse. En este sentido se orientan también las pautas de la Asociación Médica Americana.

escrita de la paciente. El Tribunal manifestó asimismo que las cuestiones de política general concernientes a la vida y la muerte deben plantearse ante las asambleas representativas y no ante los cuerpos judiciales.

La revisión del caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos planteó la cuestión de si los derechos constitucionales de Nancy CRUZAN podían obligar al hospital a retirar el tratamiento de prolongación de la vida en tales circunstancias³. El Tribunal Supremo asumió en la sentencia gran parte de los supuestos de los que partía el Tribunal de Missouri. Consideró que si bien en el derecho común y los principios constitucionales se establecen claramente las doctrinas del consentimiento informado, no agresión, derecho a la intimidad,... en base a las cuales se permite al individuo en uso de razón rechazar el tratamiento médico, más allá de ahí existen dudas que requieren se respete la exigencia de manifestación formal de la voluntad contraria si el Estado así lo establece, como es el caso, y que se considere esta legislación como conforme a la Constitución de los Estados Unidos.

Afirma que el interés de Missouri es el de la protección y la preservación de la vida humana, «indiscutible por tanto». Se pone de manifiesto que la opción que se plantea es de carácter definitivo, e irreversible en el caso de que la decisión sea de finalizar la vida, y por ello se estima fundamentado que sea tan exigente la carga de la prueba⁴. Rechaza la sentencia la posibilidad de que tomen la decisión los familiares más íntimos en defecto de la interesada, aunque especifique que no consta nada en los autos que permita dudar de que el padre y la madre de Nancy fuesen unos competentes progenitores.

³ Véase el texto de la sentencia «Missouri contra Cruzan» dictada el 14 de diciembre de 1990 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Dicho tribunal estuvo presidido por el juez REHNQUIST y se adhirieron a su argumentación los jueces WHITE, KENNEDY, O'CONNOR y SCALIA; estos dos últimos hicieron constar sus votos particulares concurrentes. El juez BRENNAN hizo constar un voto particular discrepante, al que se sumaron los jueces MARSHALL y BLACKMUN; por su parte, el juez STEVENS también hizo constar su voto discrepante. Un resumen de esta sentencia puede consultarse en R. BAIRD y S. ROSENBAUM (eds.) *Eutanasia. Los dilemas morales*, ed. Martínez Roca, Barcelona, 1992, pag. 191 y sigs.

⁴ Es interesante resaltar que puede partirse de presupuestos absolutamente contrarios y estimar que es peor seguir viviendo en tales circunstancias. Véase R. DWORKIN *El dominio de la vida*, Ed Ariel, Barcelona, 1994, pag. 257.

El juez O'CONNOR suscribió el fallo, haciendo constar no obstante que la decisión sólo establece que la Constitución permite que el Estado exija pruebas formales, pero que nada impide que los estados desarrollen otros sistemas de protección de la libertad individual. Todavía no considera formado un consenso nacional al respecto y estima que resta la tarea de desarrollar los procedimientos adecuados para salvaguardar la libertad de los incapacitados.

El juez SCALIA, que también suscribió el fallo, hizo constar que, pese a no estimar deseable mantener con vida a Nancy CRUZAN, para poder considerar que el desconectar la mencionada sonda constituyese un derecho constitucional habría que crearlo de la nada, puesto que dicho derecho no existe ni en los textos legales ni en las normas consuetudinarias, y que precisamente el hacer eso invalidaría las garantías que conlleva el que las leyes tengan que ser aprobadas por una mayoría democrática.

El juez BRENNAN hizo constar un voto particular discrepante, al que se adhirieron los jueces MARSHALL y BLACKMUN, en el sentido de que la sentencia se basa en obstáculos de procedimiento que no deben primar sobre la elección de morir con dignidad, ya que «el instante de la muerte, en otro tiempo cuestión del destino, hoy día se halla en manos del hombre...el 80% de las personas que mueren cada año fallece en instituciones hospitalarias y quizás un 70% de estos casos motivan una decisión de mantener o retirar un tratamiento de prolongación...esas decisiones siempre son arduas y personales y deben tomarse en base a valoraciones individuales informadas por las realidades médicas, pero regidas en un marco de referencia legal y que precisamente incumbe a los tribunales la definición de ese marco. Es preciso recordar en qué sistema jurídico se desarrolla este conflicto, no sólo por la diferente consideración del papel del juez en el derecho anglosajón o en los sistemas de derecho continental, sino por el especial reconocimiento y arraigo que tiene en los EEUU el derecho a rehusar tratamiento como derivado de las doctrinas de no agresión e intrusión corporal y el derecho de que sea el paciente y no el médico quien decida.

El juez BRENNAN rechaza también que el Estado sea garante de la vida de Nancy si no era ese su deseo, ya que no existe ningún interés general legítimo de mantenimiento de la vida que pueda prevalecer sobre el de la propia persona. Considera dicho juez que el interés del Estado estriba solamente en determinar con certeza cual es la voluntad de la persona, o bien en asegurarse de que aquella que toma la decisión por cuenta del paciente es la que éste hubiera elegido, y también en la comprobación de la

exclusión de motivos venales, que resultan perfectamente detectables en primera instancia. También trata extensamente la cuestión de la exigencia de unas determinadas formalidades escritas en la declaración de voluntad al respecto, argumentos que resumen admirablemente los problemas fácticos de la posible generalización de los testamentos vitales.

El voto particular del juez STEVENS, también discrepante, basa su argumentación en que el Tribunal deja de lado el mejor interés de la moribunda para centrarse en cuestiones formales referentes a la declaración de voluntad, considerando además que la sentencia asume la finalidad didáctica de promover el respeto a la vida, y señala que el carácter general ejemplarizante de la misma no puede perjudicar los intereses concretos de la paciente y su familia, ya que «...por encomiable que sea el interés del Estado hacia la vida humana no puede fomentarlo apropiándose de la vida de Nancy CRUZAN como símbolo para sus propios fines». Explicita dicho juez que «...las vidas no existen con abstracción de las personas y pretender lo contrario no es honrar la responsabilidad del Estado sino profanarla. Cualquier Estado que quiera demostrar su compromiso para con la vida puede hacerlo ayudando a quienes luchan activamente por la vida y la salud; para este propósito, por desgracia, nunca le faltarán oportunidades sin que haga falta el pretender ejemplarizar con casos trágicos como el de Nancy CRUZAN».

Finalmente se autorizó la desconexión de la sonda, el 14-XII-1990, reconociéndose por primera vez el derecho a suspender la alimentación e hidratación artificial —considerándolas como una medicación—. Nancy Cruzan murió el 26 del mismo mes, después de casi ocho años de estado vegetativo.

Es interesante señalar que en España, pese a la constatación de que conductas de análogo carácter constituyen un hecho reiterado en la práctica hospitalaria, hasta abril de 1993 no se habían planteado ante los tribunales casos semejantes.

La Primera solicitud de este tipo se presentó en Barcelona, utilizando el cauce procesal de la Jurisdicción Voluntaria, el 30 de abril de 1993. El solicitante, Ramón SANPEDRO, a consecuencia de un accidente ocurrido el 23 de agosto de 1968, quedó parapléjico y tetrapléjico a causa de un sección medular, pedía que se autorizase a su médico de cabecera a que le suministrase los medicamentos necesarios para morir sin dolor —sin que ello le acarrease consecuencias penales de ningún tipo—, y que se respetase su derecho a no ingerir alimento por medios naturales ni artificiales.

Antes de admitir demanda el juez encargado pidió informe al fiscal, como es corriente en cuestiones que puedan afectar a los derechos fundamentales; podía además presentarse una cuestión de competencia, como de hecho sucedió, dado que el solicitante es gallego.

El 19 de junio el Magistrado Titular del Juzgado de Primera Instancia Número 5, de lo civil, Ilmo. Sr. Victoriano DOMINGO LOREN resolvió no admitir a trámite la petición. El rechazo se fundamentó en la inviabilidad constitucional de la petición de fondo, ya que el silencio constitucional no faculta para declarar «in genere» la existencia de un derecho fundamental en tal sentido, mientras que sí existe la prohibición general, que alcanza también a jueces y médicos, de colaborar al suicidio ajeno.

En los razonamientos jurídicos aducidos se recoge el informe del fiscal y se señala que la jurisdicción civil utilizada y el cauce procesal elegido, —la «jurisdicción voluntaria»—, no son los adecuados. También se señala la incompetencia territorial del mencionado juzgado y en consecuencia declara no se admite a trámite el expediente.

Frente a esta resolución se presentó auto de apelación ante la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona integrada por los Ilmos Sres. Magistrados: Juan POCH, José Francisco VALLS y Enrique ANGLADA, quienes el 28 de febrero de 1994 resolvieron confirmar el auto apelado utilizando análogos razonamientos jurídicos, insistiendo en el tema de la competencia y del cauce procesal utilizado.

El Tribunal considera que «no es función de los tribunales suplir o rellenar vacíos u omisiones del ordenamiento jurídico», y que «corresponden al Poder Legislativo impulsado y motivado desde los cauces políticos de expresión y participación, propios de un Estado de Derecho democráticamente constituido, previos los correspondientes trámites, el dictar o promulgar la pertinente y necesaria norma, con todas las garantías de representatividad colectiva que se insertan y derivan del debate parlamentario, expresión viva, directa y plural del sentimiento social».

Es interesante señalar que en ambas resoluciones se insiste en que, si quiere, el Sr. Sampedro se puede dejar morir de hambre y en que esta es «una facultad natural y esencial integrada en el contenido jurídico de la propia persona», y se cita incluso la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1990. Estas dos últimas cuestiones —la posibilidad de dejarse morir de hambre y el papel de los tribunales— estaban también presentes en la argumentación de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Nancy CRUZAN.

Habida cuenta del especial cauce utilizado en la demanda del caso Sampedro, la Jurisdicción Voluntaria como se ha dicho, esta decisión de la Audiencia de Barcelona ponía fin a la vía ordinaria y solo cabía la interposición de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, recurso que fue presentado el 17 de marzo de 1994. Se invocó la infracción de los preceptos 10, 15 y 20 de la Constitución española especificando que «El objeto del amparo es que, dado que el derecho a morir con dignidad es un derecho fundamental de la persona, es decir un derecho constitucional, el ejercicio de tal derecho no puede ser impedido por una norma de rango inferior (art.409 de Código penal), tal cual es el auxilio al suicidio»⁵. También se hacía hincapié, en el punto tercero del desarrollo jurídico de los motivos, en el paradigma de que «...si todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y se tiene derecho a hacerlo esto debe ser completado con la consideración de que...tan sólo puede prohibirse aquello que resulte trascendente para las libertades ajenas»⁶.

La Sala Segunda de la Sección Tercera del Tribunal Constitucional, con fecha 18 de julio de 1994, declaró la no admisibilidad del Recurso por considerar que, probada la incompetencia territorial alegada por la Audiencia de Barcelona, el demandante debía de acudir al tribunal competente por razón de territorio. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adonde se dirigió a continuación la representación de Ramón SAMPEDRO, estimó que no se había cumplido el requisito previo de agotar la vía interna.

Llevado el caso a los tribunales gallegos, el 9 de octubre de 1995 el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña ha dictado Auto en que se considera que no ha lugar a lo solicitado por SAMPEDRO. La argumentación de los fundamentos jurídicos utilizados entra en el fondo de la cuestión de manera mucho mas profunda y valerosa de lo que se había hecho en las anteriores ocasiones en que se había planteado el caso.

⁵ El texto completo del mencionado recurso, así como las resoluciones antes mencionadas sobre el caso de Ramón SAMPEDRO, pueden verse en *La mort en les ciencies socials*, María CASADO y Graciela SARRIBLE eds., Universidad de Barcelona Gráficas Signo, 1995. la cita corresponde a la pág. 136.

⁶ Op. cit. pág. 138.

Considera el juzgador que en la demanda se encierra la doble petición de autorizar unos tratamientos paliativos que no es necesario autorizar pues se contemplan en el Código Deontológico y en la misma ley General de Sanidad y, por otra parte, la petición de autorizar un tratamiento que le produzca la muerte, solicitada, asumida de manera libre, voluntaria y responsable. Además, constata personalmente en el acto de reconocimiento judicial tanto la seriedad de la petición como la imposibilidad de SAMPEDRO para hacer nada por si mismo.

En el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia se explicita que si desapareciera la figura del auxilio al suicidio del Código Penal podría quedar impune dicha pretensión, pero que entre tanto no puede el juez destipificar una conducta que regula y castiga dicho código. Por otra parte «En cualquier caso entiende este juzgador que de 'lege ferenda' es preceptiva una regulación jurídica que delimite con claridad el ámbito de lo prohibido y lo permitido a fin de garantizar la seguridad jurídica. Sólo de esta forma las personas implicadas —médico, paciente, parientes...— en situaciones como la presente podran actuar siempre dentro de los límites permitidos sin temor a una sentencia penal...», y se refiere al tratamiento previsto en el proyecto de 1992.

Efectivamente, el día 23 del noviembre se publicó en el BOE el nuevo Código Penal, —que entró en vigor en el mes de mayo, seis meses después de esta fecha—, que contempla una reforma, si bien limitada, del tratamiento de este tipo de actuaciones. El nuevo art.143.4. rebaja la penalidad de las conductas eutanásicas, siempre que se den determinadas cautelas tendentes a asegurar el consentimiento⁷.

El 19 de noviembre de 1996, —estando ya vigente, por consiguiente, el nuevo Código Penal—, la Audiencia Provincial de La Coruña dictó Auto

⁷ El nuevo Código Penal establece la siguiente regulación: Art. 143.4. «El que cause la muerte o cooperare activamente con actos necesarios y directos, a la muerte de otro, por petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

desestimando el recurso apelación interpuesto por la demanda y confirmando la resolución de 9 de octubre de 1995 dictada por el Tribunal de Primera Instancia.

La decisión sienta sus fundamentos jurídicos en una interpretación del artículo 15 de la Constitución que principalmente se basa en la efectuada, a su vez, por el Tribunal Constitucional en las famosas sentencias 53/85, referente al constitucionalidad de la despenalización del aborto, y en las 120/90 y 137/90, a propósito de la huelga de hambre de los Grapo.

Considera esencial el fundamento jurídico 7 de la sentencia 120/90 en que se establece: «Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positivo que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella facticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa manifestación del «agere licere», en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que su posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte».

De la lectura de este mismo texto, que se recoge en el Auto, se evidencia que pueden existir otras interpretaciones más favorables a los intereses de la petición de Ramón SAMPEDRO. No parece ilícito restringir el ámbito de aplicación de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional a aquellos casos en que, —como ocurría en el litigio para el que tuvo lugar el pronunciamiento—, existan deberes específicos por parte del Estado, derivados de la especial relación de custodia que lleva aparejado el encarcelamiento. Y considerar que, en consecuencia, desaparecidas esas circunstancias la interpretación pueda ser otra.

La Audiencia de La Coruña utiliza a continuación un argumento normativo que le hace desestimar el recurso: tanto el artículo 409 del Código Penal antiguo, —vigente en el momento de interponerse la demanda—, como el 143 de nuevo penalizan el auxilio al suicidio; además el párrafo 4.º de este tipifica de manera precisa la petición del demandante y establece una rebaja de la penalidad.

LOS AUTORES DE LA OBRA

Como suele suceder, el derecho va a remolque de la realidad social: ha habido que esperar a que exista un grado elevado de consenso en la opinión pública para abordar una cuestión que, para muchos, era decididamente urgente. Y una vez emprendida la reforma esta ha sido insuficiente y se ha instrumentado además a través de una medida casi vergonzante en sus planteamientos, —la rebaja de pena—. Por otra parte se omite el reconocimiento y la regulación de la posibilidad de la objeción de conciencia del personal sanitario implicado.

Una vez más se ha dejado pasar la oportunidad de resolver jurídicamente un problema ético y social de gran envergadura, articulando tímidas medidas que a nadie contentan, en vez de tratar la cuestión en profundidad recogiendo las orientaciones elaboradas por la doctrina, en nuestro país y en el derecho comparado ⁸.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASADO GONZÁLEZ, María: *La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos*, Ed. Reus, Madrid, 1994.
- CASADO, María y SARRIBLE, Graciela: *La mort en les ciencies socials*, Ed. Universidad de Barcelona-Gráficas Signo, Barcelona, 1995.
- DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- HUMPHRY, Dereck y WIECKET, Anne: *El derecho a morir. Comprender la eutanasia*, Ed. Tusquets, Barcelona, 1989.
- ROMEO CASABONA, Carlos: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, ed. Centro Ramón Areces, Madrid, 1994.
- SOULIER, Jean-Pierre: *Morir con dignidad*, Ed. Temas de hoy, Madrid, 1995.

⁸ Constituyen un buen ejemplo, las leyes específicas para la regulación de los supuestos eutanásicos propiciados por C. RODRÍGUEZ-AGUILERA y la Asociación pro Derecho a Morir Dignamente, o la completa propuesta de reforma general *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, Alicante 12-II-1993. Ambas —así como las principales líneas de desarrollo del derecho comparado en torno al tema—, se recogen en *La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos*, M. CASADO, ed. Reus, Madrid, 1994, págs. 114-126, 73-80, 44-47 y 58-63.