

# Algunos problemas de la biotecnología y su tratamiento jurídico ¿Ciencia o doctrina del Derecho?

Por ASCENSIÓN CAMBRÓN  
Universidade da Coruña

## RESUMEN

*El objeto de esta investigación consiste en la búsqueda de una explicación que identifique las razones que justifican que la intervención jurídica se plasme tan multiforme e incluso contradictoriamente cuando regula las aplicaciones de la biotecnología en la materia relativa a la vida humana. En esa búsqueda se diferencian claramente dos partes en la investigación. La primera, de carácter analítico, describe los rasgos de la biotecnología, acompañada de algunos ejemplos de cómo actúa la intervención jurídica sobre sus aplicaciones.*

*En la segunda parte se lleva a cabo una aproximación a la noción de «ciencia jurídica» desde el decisionismo, normativismo y constructivismo, perspectiva que se completa y complementa aplicando a esas construcciones las exigencias de la reflexión iusfilosófica; es decir, analizando lo habitualmente no dicho por las doctrinas: sus fundamentos ontológicos y axiológicos. De todo lo cual se concluye que las razones por las que la regulación de las aplicaciones biotecnológicas son como son, diversas y contradictorias, y también que el derecho no es todavía una ciencia cognitiva, aunque quizás la reflexión iusfilosófica pudiera contribuir a hacer más consistente este saber. Esta problemática recoge el eslogan del Congreso: «Nuevos problemas y viejos temas».*

Palabras clave: *Biotecnología, vida humana, ciencia jurídica, doctrina y derechos.*

## ABSTRACT

*The object of this investigation consists in the search for an explanation that identifies the reasons that justify legal intervention appearing in so many forms and even in contradictory ones when regulating applications of biotechnology related to human life. This search must be divided in two parts. The first, analytical one, describes the features of biotechnology, and is illustrated with some examples that show how legal intervention acts over its applications.*

*In the second one an approach to the notion of «legal science» is done from the decisionism, normativism, and constructivism points of view. This perspective is completed and complemented applying the demands of iusphilosophical reflections, that is to say, to analyse what the doctrine does not explicitly say: its ontological and axiological foundations. The conclusions of the investigation points to these reasons, the reasons why the regulations of biotechnological applications are, as said before, diverse and contradictory, but also that law is not a cognitive science yet, besides that perhaps the contribution of philosophy of law could make it possible.*

Key words: *Biotechnology, human life, law science, doctrine, rights.*

**SUMARIO:** 1. PRECISIONES SOBRE LA BIOTECNOLOGÍA.–2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS APLICACIONES BIOTECNOLÓGICAS.–3. ¿EL DERECHO ES UNA CIENCIA? 3.1 *El derecho como norma, decisión u ordenamiento.* 3.2 *Segunda oposición: derecho natural versus derecho positivo.*–4. A MODO DE CONCLUSIÓN.–5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PRECISIONES SOBRE LA BIOTECNOLOGÍA

En los últimos treinta años el desarrollo de la bioquímica, la genética molecular y del saber sobre la vida ha sido extraordinario. Paralelo al desarrollo de estos conocimientos han proliferado nuevos recursos técnicos potenciados por los medios informáticos. Así, junto a las biotecnologías tradicionales –como las fermentaciones y la mejora genética mediante cruce y selección– se ha concretado un conjunto de nuevas biotecnologías, como son las técnicas de ADN recombinante o ingeniería genética, fusión celular, cultivos de células y tejidos *in vitro*, clonación molecular de seres vivos, etc. Considerada en su conjunto la nueva biotecnología permite manipular los seres vivos y la materia viva en su constitución, dando a lugar a situaciones nuevas cargadas de consecuencias múltiples sobre la vida social que conocemos.

La discusión sobre las consecuencias de las aplicaciones de la biotecnología ha crecido de modo espectacular, cuando los medios de comunicación informaron (febrero de 1997) de que el investigador Ian Wilmut había clonado a la famosa oveja Dolly. Como es de todos conocido éste ha sido un procedimiento con grandes consecuencias simbólicas y sociales, puesto que lo que se puede realizar con mamíferos es igualmente factible con seres humanos. Sobre el alcance de esta proeza científica, en general, se puede afirmar que: «la clonación de cualquier animal es un tremendo avance en los procesos de cosificación y mercantilización de la materia viva y de los seres vivos». Aunque, en efecto, ningún animal es reductible a su genoma, pues todo ser vivo es el resultado de un proceso biológico guiado por ese material genético, pero es quitar también el fruto de un proceso vital «biográfico» marcado por encuentros singulares, azares irrepetibles, imprevisibles contingencias, ambientes diferenciados y aprendizajes decisivos.

Esto, que es cierto para cualquier animal, lo es en grado superlativo en los seres humanos, para quienes lo cultural y simbólico se añade a lo genético; de este modo lo prolonga y perfecciona en un grado mayor que en cualquier otra especie animal. En un ser humano, el genoma es cosa, objeto; punto de partida desde el cual se llega a ser sujeto en un proceso biográfico –vital e histórico a la vez– que es diferente para cada uno de nosotros y que singularizaría incluso a «clones» cuyo genoma fuese rigurosamente idéntico. Fabricar clones de animales o seres humanos en la creencia de que así conseguiremos seres idénticos supone considerar cosificadamente a los seres así obtenidos, reduciéndolos a objetos.

Un aspecto importante de la biotecnología, a tener en cuenta, es el problema de la mercantilización de la vida: la compatibilidad o incompatibilidad entre los seres vivos y los mercados lucrativos. Esta confrontación afecta a la posibilidad de patentar materiales biológicos y a los seres vivos mismos, hasta la comercialización de partes y sustancias del cuerpo humano, pasando por el coordinado asalto que un grupo de empresas multinacionales realiza para controlar y beneficiarse del gran potencial que acompaña a todas las aplicaciones de la biomedicina.

La base misma de la espectacular expansión de la investigación en biotecnologías se asienta en la relación entre seres vivos y mercados lucrativos. Los gastos en I+D, en este campo, están altamente concentrados: más de un 90 por 100 de la investigación en ingeniería genética se realiza en Estados Unidos, Japón y Europa, y dos tercios de estos gastos son realizados por empresas privadas (Duran, A./J. Riechmann, 1998:13). Sin embargo, la investigación básica y su desarrollo sigue siendo financiada con fondos públicos. La combinación de ambos procesos está en la base del conocido progreso de la medicina e, indirectamente, del éxito de la industria farmacéutica. Este gran esfuerzo de los Estados del mundo industrializado ha acelerado el proceso de

privatización del conocimiento científico y técnico, rasgo asociado al proceso que caracteriza a la tercera revolución industrial y que constata el ocaso del paradigma de Galileo (Esteve Pardo, J., 2008: 145<sup>1</sup>).

El enorme volumen de inversiones necesario para innovar en el campo de las biotecnologías ha eliminado de hecho las posibilidades de competir a las pequeñas empresas e incluso a los propios Estados nacionales. La entrada en esta carrera biotecnológica de las grandes compañías multinacionales, junto a la actitud tolerante de los gobiernos occidentales y la concentración del gasto público en I+D de estos países, significa en la práctica una apropiación privada del conocimiento colectivo por esas grandes compañías. Éstas actúan, especialmente en el campo de la genómica, como «el soberano difuso», invisibles a la opinión pública, sin necesidad de rendir cuentas a nadie (aunque con el respaldo de la OMC y los acuerdos ADPIC); a su vez juegan con las lagunas legales en el campo de las patentes e impiden la divulgación de informaciones genéticas valiosas a la espera de su revalorización en el mercado, perpetrando asimismo verdaderos actos de pillaje respecto a la investigación pública.

En el presente, otro rasgo esencial de la biotecnología es la reducción progresiva del «período de maduración» de los avances conseguidos, es decir, del tiempo que transcurre entre la investigación y la aplicación del producto final puesto en el mercado. Este modo de actuar limita peligrosamente los mecanismos de control público sobre los resultados de la investigación y la imposibilidad de aplicar el principio de precaución, con frecuencia invocado retóricamente.

Sin embargo: «El saber específicamente científico es bastante más problemático, epistemológica y ontológicamente, de lo que da por supuesto nuestra cultura, que lo ha integrado en la producción económica como un factor más. Pero a pesar de sus deficiencias y peligros [...], ese saber se ha mostrado muy capacitado para ampliar la eficacia de la actividad de los seres humanos. No puede ser preterido, sino sólo perfeccionado y encauzado al menos mediante la toma de consciencia de sus deficiencias reales y a través de un mayor dominio colectivo de su transposición técnica en la actividad humana» (J. R. Capella, 1999:13).

Al discutir en semejante contexto los aspectos ético-políticos de las nuevas tecnologías genéticas, o al proponer criterios para la evaluación social de las mismas, muchas veces se adivina que el debate está falseado de antemano. Pues, con frecuencia, se tiene la impresión de que los resultados de esos debates apenas pueden influir en el curso de la I+D, ni en los desarrollos industriales. Y que las comisiones de bioética que los agentes sociales participativos se esfuerzan por democratizar están condenados casi estructuralmente a servir poco más que como una instancia legitimadora para las decisiones que se toman en

---

<sup>1</sup> Organización Mundial del Comercio, 1994 (WTO en inglés) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, en inglés), incorporado al anterior.

otra parte (Durán, A/J. Riechmann, 1998:14). En este contexto y circunstancias es obvio que el recurso a la «responsabilidad» moral sirve de poco, pues ante todo es necesaria la *responsabilidad jurídicamente exigible* a tenor de los bienes sociales implicados en estos asuntos.

La descripción crítica anterior no significa sostener una apuesta por frenar el desarrollo del conocimiento científico, lo que supondría renunciar a ese tipo de racionalidad, pues constituye una de las formas más útiles e importantes de aproximarnos a la realidad y, además, implicaría mutilar sin remedio la política democrática. Con esta salvedad, además, nos parece de interés evidenciar la paradoja que produce la ciencia actual: «[O]curre que en este final de siglo estamos finalmente percibiendo que lo peligroso, lo inquietante, lo problemático de la ciencia es *precisamente su bondad epistemológica*. Dicho retorcendo la frase de Ortega: lo malo de la Física es que sea buena [...]. Lo que hace problemático lo que hacen hoy los físicos es la calidad epistemológica de lo que hacen. Si los físicos atómicos se hubieran equivocado todos, si fueran unos ideólogos pervertidos que no supieran pensar bien, no tendríamos hoy la preocupación que tenemos con la energía nuclear. Si los genetistas hubieran estado dando palos de ciego, si hubieran estado obnubilados por prejuicios ideológicos, no estarían haciendo hoy las barbaridades de la ingeniería genética» (M. Sacristán, 2005: 62).

De lo dicho anteriormente se colige el alcance problemático de la biotecnología, pero también que no se trata de un futurible sino que ya ha comenzado. Aquí se sitúa el drama: en la actualidad cualquier conocimiento científico o supuesto tal tiende con fuerza y rapidez a transformarse en realidad y de modo general sin las precauciones necesarias. Este es un hecho capital: no vivimos en una era de ciencia sino sobre todo de la tecnociencia. En este sentido Gilbert Hottois (2000) y Jacques Ellul (1977) sostienen que la tecnociencia es cosa diferente de la ciencia: la técnica, con toda su carga económica, penetra a la ciencia para hacerla operacional. En este entramado social el teórico se transforma en simple instrumento de un proceso práctico que no gobierna. La ciencia «desinteresada» pasa a estar sometida a la intervención del mundo de los intereses. Esto es así de modo especial en el ámbito de la biomedicina, ampliamente unida a las biotecnologías.

Es necesario evaluar entonces no sólo la ingenuidad sino la peligrosidad de la creencia ritual de quienes consideran que existe un «conocimiento puro» sin contar los beneficios cuando su aportación mayor, según sostiene Jacques Testart, es que no habrá en adelante «ciencia fundamental» en el campo de la biología humana sino sólo investigaciones-aplicaciones permeadas por la tecnociencia y sus normas de representación. Y añade: «Lo que anima hoy la investigación en biología no es la inquietud por conocer más sino la de dominar más eficazmente, incluso aunque dominar esté disfrazado de saber. Estamos en disposición de considerar este camino como una perversión;

tenemos el deber de reconocer que, una vez iniciada, esta dinámica es irremediable. Hacer creer que se sigue aún una investigación «fundamental» en este ámbito sería mantener culpablemente el mito de una ciencia neutra, a la cual no se debe poner ninguna barrera, como si ella fuera indemne a la ideología y a las redes industriales y económicas» (J. Testart, 1990:11).

Las informaciones anteriores evidencian *una* de las nuevas problemáticas jurídicas que la tercera revolución industrial plantea a la *reflexión filosófica* sobre el derecho. Los problemas son de diversa naturaleza: unos tienen que ver con la potencia de la tecnología genética y con el alcance de sus consecuencias para el presente y el futuro de la vida sobre la Tierra; otros problemas son de tipo moral y axiológico acerca de lo que es aceptable realizar pero que, en cualquier caso, es técnicamente posible, y, por último, se nos plantea la capacidad de evaluar la capacidad del derecho para dar respuestas coherentes, acordes con la ciencia, y democráticas, al haz de problemas que plantean a la sociedad las aplicaciones de la biotecnología en la actualidad.

## 2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS APLICACIONES BIOTECNOLÓGICAS

La *insulina humana* ha sido la primera sustancia producida mediante manipulación genética en Estados Unidos. Genetech la desarrolló y después firmó un acuerdo con Eli Lilly, poseedora de un monopolio del 85 por 100 sobre la insulina procedente del cerdo, proporcionándole a esta última compañía derechos exclusivos sobre la producción de insulina humana en los Estados Unidos.

¿Por qué producir insulina humana? En un primer momento se pensó que sería inmunológicamente menos reactiva que la insulina porcina. Pero, de hecho, ambos tipos de insulina tienen las mismas ventajas y defectos, así que la insulina humana no tiene valor terapéutico adicional. Los anuncios publicitarios de Eli Lilly afirman que producen insulina humana para anticiparse a posibles escaseces de insulina porcina. ¿Bajo qué circunstancias podría ocurrir esto? Supongamos que si hipotéticos objetores de conciencia a consumir cerdo se hicieran con el control del mundo, entonces faltarían cerdos. Si esto ocurriera entonces la insulina humana sería necesaria. Aunque, en realidad, se sabe que este laboratorio ha creado la insulina humana para controlar en régimen de monopolio la producción de insulina que ya posee.

Imaginemos que Genetech hubiera firmado el contrato de cesión con otra compañía. Entonces Eli Lilly tendría un competidor en la producción de insulina. En este caso, es obvio que el interés en producir insulina humana nada tiene que ver con la preocupación social por

los enfermos, sino con el interés por mantener la vieja posición de monopolio.

*Jesse Gelsinger muerto por terapia genética.* Este joven, de 18 años, sufría una deficiencia parcial en ornithina transcarbamylasa (la patología que padecen los ratones *sparse fur*, y que se les había corregido en el laboratorio por transgénesis entre 1988 y 1990). Esta deficiencia conduce a una gran acumulación de amoniaco en el organismo y es mortal si no se la trata. Este joven gozaba de una buena vida, aunque su enfermedad le obligaba a seguir un régimen medicamentado y severo. Al mismo le fue propuesto participar en un ensayo clínico de terapia genética, no orientado a conseguir efectos terapéuticos, sino a controlar la inocuidad del tratamiento.

Cuatro días después de haber recibido una inyección de partículas virales Jesse Gelsinger murió. Según el doctor James Wilson, la inyección del vector le produjo una reacción inmunitaria que le provocó un choque inflamatorio violento que no pudo superar. Los otros diecisiete pacientes que también habían recibido el tratamiento no desarrollaron ningún síntoma negativo, subrayó Wilson. Pero muchas cosas habían sido silenciadas o incluso ocultadas. No sólo con relación a la terapia. El *Nacional Institutes of Health* (NIH) dirigió una encuesta a todos los hospitales y laboratorios del país que habían realizado ensayos clínicos aplicando terapia genética para conocer las reacciones provocadas. En las respuestas se comprobó que se habían producido más de 650 incidentes en esos ensayos y todos se habían ocultado. Varias muertes sospechosas no habían sido recogidas en la documentación. En la respuestas devueltas a la *Agencia Norteamericana del Medicamento*, FDA, el IHGT reconocía un determinado número de insuficiencias en el procedimiento adoptado. Pero, tras las explicaciones, se colegía la verdadera motivación, no respecto a las negligencias sino a algo aún más grave: a la necesidad de conservar el *secreto* por razones comerciales respecto a las concretas terapias experimentadas y a sus consecuencias.

Finalmente el resultado de la encuesta dirigida por la FDA al IHGT reveló el «conflicto de intereses» existente entre los investigadores (James Wilson) y una firma de biotecnología (Genovo). James Wilson, director del IHGT, era también el fundador y el consultor científico de Genovo, que financia el 20 por 100 del presupuesto del Instituto que él mismo dirige. La sociedad Genovo es una firma de capital-riesgo, una de las *star-up* cuya eficacia comercial y dinamismo económico son con frecuencia alabados en Europa. Estas sociedades se lucran de una capitalización fundada en la obtención de beneficios que prometen a los inversores. Estos inversores, poco expertos en ciencia, son proclives a retirar sus inversiones ante los primeros signos de alarma para la empresa. Importa pues, a los investigadores y promotores, no divulgar las informaciones que pudieran tener efectos desfavorables sobre los beneficios que esperan obtener los inversores. Por estas razones, ni otras muertes acaecidas antes, ni la de Jesse Gel-

singer, fueron divulgadas a fin de no desprestigiar la imagen de la empresa que había promovido el ensayo.

Contradicción, pues: de un lado se predica la transparencia como condición indispensable al progreso de la investigación biomédica y del otro se mantiene la opacidad para no disuadir a los inversores que pueden no estar interesados si se declaran resultados desfavorables. Paul Gelsinger comprendió que su hijo había sido víctima de esta contradicción (C. Debru, 2003: 330 y ss).

*El tema del final de la vida.* Si se reflexiona sobre el caso paradigmático de Ramón Sampredo y su final, no es difícil percibir, primero, la gran indefensión en que se encuentra este tipo de enfermos desde el punto de vista social y jurídico. Este hombre llevaba veinticinco años sin poder moverse, en cama. No percibía pensión alguna y dependía totalmente de otras personas que lo atendieran; sólo en los tres últimos años de su vida había empezado a recibir una pequeña contribución (diez mil pesetas mensuales) del ayuntamiento de Porto do Son. Este dato debería hacer reflexionar, de modo especial, a los tan preocupados por la «sacralidad» de la vida; sin embargo, a Sampredo no era lo que más le hacía sufrir porque el afecto y la solidaridad de su familia siempre le acompañó. El sólo demandaba que no se penalizase a la persona que le ayudara a morir.

Más sorprendente resulta su situación si se la analiza desde el punto de vista jurídico-institucional a partir de las sucesivas resoluciones que fueron recibiendo sus demandas en sede jurisdiccional. Primero, la del juez de Primera Instancia número cinco de Barcelona, señor don Victoriano Domingo Lorén, que concluye la incompetencia «de la jurisdicción civil para conocer de su solicitud» y de la inviabilidad procesal y legal de la petición. Este magistrado, amparado en el dictamen del representante del Ministerio fiscal, sostiene «la falta de competencia territorial de este Juzgado para conocer de las pretensiones del solicitante»; a esto añade que «existe un obstáculo insalvable a la pretensión del solicitante, la existencia de la admonición que contiene el artículo 409 del Código Penal, conforme al cual, el que prestare auxilio o induzca a otro a que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor». Finalmente, añade el fiscal: «No significa ello, y no es el supuesto que nos ocupa, desconocer el derecho del solicitante a autoinferirse la muerte y a no soportar un tratamiento médico (si por tal puede ser tenida la alimentación) prolongador artificialmente de la vida humana y, en general, impuesto coactivamente al paciente psíquicamente lúcido, pero entonces la protección jurídica deberá prestarse, como dijimos, por la jurisdicción penal, en atención a la comisión de un presunto delito de coacciones, tipificado en el artículo 496 del CP, por más que pudiera precisarse una circunstancia, la del artículo 9 del CP (téngase en cuenta que el auto 369/84, de 20 de junio, reconoce, bajo determinadas



circunstancias, la preferencia del derecho a la salud sobre el de la libertad de conciencia)».

Entre los argumentos jurídicos que el juez toma en consideración para dictar la sentencia destacan, además de los referidos a la «forma», los relativos a la competencia de la jurisdicción civil para conocer el problema, al cauce procesal elegido por el solicitante y la competencia territorial del Juzgado de Barcelona, sobre todo el argumento de fondo referido a la «viabilidad constitucional de la pretensión». En respuesta a la pretensión de R. Sampedro de ajustar su demanda al contenido de los artículos 10, 15 y 24 de la Constitución española, el juez argumenta con relación al derecho a la vida:

«El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar amparo judicial frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o integridad [...] e impone a esos mismos poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985).»

«Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva 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 fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del “agere licere” en cuanto que 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 de carácter fundamental 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 esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho (STC 120/1990, FJ 7).»

«En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.»

Asimismo, el juez rechaza que la «libertad» invocada por Sampedro (recogida en el art. 17 de la CE), tampoco autoriza al actor a rechazar los tratamientos terapéuticos, ni tampoco lo autorizan a invocar el «derecho a la intimidad personal» del artículo 18 CE. Con los anteriores fundamentos, el juez concluyó que «No ha lugar a

admitir a trámite la petición formulada» por el representante del señor R. Sampedro<sup>2</sup>.

El itinerario jurisdiccional del representante de R. Sampedro siguió por los juzgados (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Noia [12 de noviembre de 1995], Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), instancias que desestimaron sus demandas, en cuanto al *fondo*, con similares argumentos a los antes expuestos y por «defecto de forma» complementariamente.

Este movimiento de «vaivén» y ambigüedad de las instancias jurisdiccionales se completó, como veremos, tras la muerte de Sampedro el día 12 de enero de 1998 auxiliado por su compañera Ramona Maneiro. Conocido el fallecimiento del tetrapléjico se abrió un expediente para investigar quién había sido el colaborador al suicidio del actor y que, finalmente, fue archivado por falta de pruebas para imputar a la persona que había colaborado.

Una vez que R. Maneiro reconoció en público su contribución a la muerte de Sampedro, en la comunidad gallega no han faltado voces que la han acusado de «asesinato». Mas también se han oído otras voces puntualizando jurídicamente la cuestión:

«Pese a que la intervención de Ramona Maneiro en la muerte de Ramón Sampedro ha sido adjetivada por algunas personas con gruesos epítetos [...], su contribución en modo alguno puede ser calificada como tal, ni siquiera como homicidio.

La razón es simple: Maneiro no realiza la conducta que pueda ser entendida como autora de un homicidio, puesto que se limita a participar en el suicidio de Sampedro, que es quien en última instancia tiene el *dominio del hecho*, o sea, quien efectivamente decide quitarse la vida.

Dicho de forma más precisa, la conducta de verter cianuro en el vaso y acercárselo a Sampedro para que éste lo beba es una cooperación necesaria activa en el suicidio de otra persona, conducta que aparece expresamente prevista con carácter general en el apartado 2 del artículo 143 del Código Penal y que se castiga con la pena de prisión de dos a cinco años.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa concurren, además, dos requisitos que sin duda permiten aplicar un tipo penal más específico; esto es, el relativo a situaciones eutanásicas. Por una parte, Sampedro padecía una tetraplejía desde hacía muchos años, lo que constituye un supuesto paradigmático de «enfermedad que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar». Por otra parte, pocas veces está tan claro a los ojos de los ciudadanos que la petición de auxilio de Sampedro para poder suicidarse era expresa, seria e inequívoca».

---

<sup>2</sup> Resolución emitida por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, el 19 de junio de 1993.

Al cumplirse ambos requisitos, el precepto aplicable es el definido en el apartado 4 del artículo 143, que fija una sanción penal notablemente atenuada con respecto al tipo del apartado 2; a saber, pena inferior en uno o dos grados a la prevista en éste, lo cual se traduce en una pena de prisión cuyo marco queda establecido entre un mínimo de seis meses y un máximo de un año, once meses y 29 días.

Así las cosas, un delito castigado con esta pena prescribe a los tres años, según señala el artículo 131-1. del Código Penal. Por consiguiente, si el procedimiento penal iniciado a raíz de la muerte de Sampedro se paralizó en el mes de noviembre de 1999 (momento en el que el juez decretó el archivo del sumario) el delito presuntamente atribuido a Maneiro está prescrito desde noviembre de 2002.

[...] El único delito que no estaría prescrito sería el de inducción al suicidio, que se castiga en el apartado 1 del artículo 143 con una pena de cuatro a ocho años y que, por tanto, prescribiría a los diez años. Sin embargo, quienes conocimos a Sampedro podemos afirmar (y testificar si es preciso) algo obvio, a saber, que nunca puede haber una inducción eficaz (penalmente sancionable) cuando desde hacía muchos años el destinatario del influjo psíquico ya estaba firmemente decidido a quitarse la vida. Utilizando la expresión latina que los penalistas empleamos para descartar la inducción, Ramón Sampedro sería el ejemplo más claro de un *omni modo facturus*» (Carlos Martínez-Buján, 2005).

Obviamente, no toda la doctrina ni los magistrados concordaron con la opinión de Carlos Martínez-Buján, lo que evidencia la inseguridad jurídica en que nos movemos cuando se trata de pensar el tema del suicidio asistido.

*El derecho de patentes y alguna de sus consecuencias* (A. Cambrón, 2003). El equipo de investigación estadounidense, dirigido por los doctores William Prusoff y Tai-Shum, demostró en 1988, en la *Medical School* de la Universidad de Yale, las propiedades de la estavudina en el tratamiento del VIH-sida.

La estavudina y los cuatro antirretrovirales de la familia de los inhibidores nucleosídicos han sido inventados en los Estados Unidos y han sido financiados con fondos públicos. Para los otros nuevos antirretrovirales los fondos estatales han sostenido, en un momento u otro, la investigación o las fases de ensayo. No son pues los fondos privados los que han aportado *la* ayuda fundamental. Las universidades efectivamente son propietarias de las invenciones que ellas realizan, incluso si en Yale, como en todos los demás centros públicos, el 80 por 100 de los presupuestos de investigación biomédica son financiados por los fondos públicos federales del *National Institute of Health* [NIH].

Pero una invención patentada no es nada si la misma no es llevada al mercado. En 1990, dos años después de haber depositado su patente, la Universidad concedió al gigante farmacéutico Bristol-Myers Squib [BMS] los derechos exclusivos de explotación sobre su invento, con la «licencia exclusiva». BMS ha adquirido el monopolio en todos

los países del mundo: Estados Unidos, Europa, Canadá, Australia, África del Sur, etc. Con el nombre comercial de Zerit®, este medicamento se ha convertido, desde 1998, en el antirretroviral más prescrito del mundo. Pero en África del Sur, el país más afectado por la pandemia de VIH-sida el precio de venta del Zerit® lo hace inaccesible a la mayoría de la población afectada.

A lo largo del año 2001 el Zerit® se situó en el centro de la batalla de los más pobres por el acceso a las medicinas. Y fue la emisora surafricana de *Médicos sin Fronteras* [MSF] la que abrió el fuego. En febrero del 2001 el doctor Eric Goemaere, en nombre de MSF se dirigió a Jonathan Soderstrom, director de la *Office for Cooperative Research*, entidad que administra las patentes y las licencias en Yale. MSF solicitaba a la Universidad «autorización para exportar [a África del Sur] una versión genérica de la estavudina a fin de proporcionar el tratamiento gratuito a las personas afectadas por el VIH-sida». En la carta menciona también que si se lo autorizaba para fabricar el genérico de la estavudina, el laboratorio hindú *Cipla Ltd.* se comprometía a producir el retroviral «treinta y cuatro veces más barato» que la versión «Zerit®». La respuesta fue negativa.

A finales de febrero (2001), treinta y nueve compañías farmacéuticas norteamericanas denunciaron al gobierno de Sudáfrica ante los tribunales, porque aquel había autorizado la producción del genérico mediante el recurso a las «licencias obligatorias», tal como autoriza la OMC para la concesión de patentes en caso de «urgencia sanitaria». Estos hechos movilizaron el campus de Yale, movilización a la que se unieron también un sindicato universitario y la petición urgente de la organización MSF para fabricar el genérico. A pesar de lo cual, la movilización sólo consiguió una disminución de los precios y así desincentivar la concurrencia, que ha impedido desde entonces la producción de productos genéricos para supuestos semejantes.

A modo de síntesis podemos concluir que el ejemplo expuesto anteriormente pone de manifiesto el entramado institucional que existe entre investigación, concesión de patentes y comercialización de los fármacos. Las investigaciones básicas que conducen al descubrimiento del retroviral se realizan en un centro de investigación público. El descubrimiento se registra en la Oficina de Patentes y Marcas, obteniendo de ese modo licencia para la explotación del producto en exclusiva durante veinte años.

*Las técnicas de reproducción humana asistida a examen.* La aplicación de la inseminación artificial en seres humanos se remonta a finales del siglo XIX aunque no fue hasta 1949 cuando Jean Rostand la practicó con semen congelado. A partir de las experiencias de los científicos Bunge y Sherman, que en 1953 consiguieron tres embarazos con semen humano congelado, estas técnicas comenzaron a prosperar silenciosamente ante la sorpresa de la población y la oposición de quienes se mantienen anclados en el *non possumus*.

Como es obvio, las aplicaciones de las TRHA han ido acompañadas de múltiples problemas relacionados con los distintos campos de poder: culturales y simbólicos, éticos, político-jurídicos y económicos. El proceso técnico que se justificó en sus inicios para paliar la esterilidad humana comprobada fue acompañado por una regulación limitada pero, una década después, la mayoría de ellas han desaparecido sin otras justificaciones que la *demanda* y la *perfección* técnica. Pero al final ¿a quién imputar esta deriva incontrolable sino, como ha mostrado entre otros L. Vandélaç de modo muy argumentado, a la «mutación de la procreación en operación tecnológica y económica, la mercantilización total de la economía sobre la reproducción».

El primer aspecto, de carácter general, que llama la atención se centra en lo que Carlos Lema ha llamado «la aporía de la esterilidad». La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se justifica *médicamente* como destinadas a combatir la *esterilidad* humana, justificación que inicialmente recaba la aceptación social –con excepciones claro está– y que su posterior tratamiento jurídico no cuestiona (cfr. Ley 35/1988 y Ley 14/2006, ambas sobre técnicas de reproducción humana asistida). Sólo que sabemos, desde el comienzo de su aplicación, que la infecundidad no es necesariamente una enfermedad y que se recurre a ellas en otros supuestos socialmente controvertidos. El discurso acerca de la «esterilidad» es en realidad una cobertura justificadora que persigue directamente legitimar esas prácticas (C. Lema, 1999: 157).

El segundo aspecto sorprendente tiene relación con la tipificación de las tres fases que la Ley 35/1988, citada, distingue en los embriones: preembrión, embrión y feto cuya especial «autoridad» nos remite a Mary Warnock (1985). La introducción de esta clasificación en nuestra legislación no fue casual sino claramente justificada para obviar el problema ideológico a que daba lugar: la oposición de quienes sostienen que el embrión, sin matices, es «persona». Asunto controvertido que entre otros objetivos persigue allanar el camino para la aceptación de la investigación con embriones; aunque a pesar de ser la clasificación una distinción convencional, como cualquier otra, deja pendiente el problema ontológico que no puede resolver la ciencia, ni tampoco la teología ni el derecho.

No obstante, la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida tiene también otras «indeterminaciones» que merecen ser destacadas, como son: *el acceso* a las mismas, *la determinación de la filiación* de los nacidos por estas técnicas y *la protección* de los embriones. Indeterminaciones no atribuibles de igual manera a buena o mala técnica jurídica, sino más bien a opciones doctrinales y políticas relativas a la salud, a la población y a la investigación, que evidencian algunas de las limitaciones que hay que atribuir a la actual «ciencia jurídica».

En la ley hoy vigente, en cuanto al *acceso* se incluyen aspectos relativos al conjunto de opciones que configuran la organización del

sistema, de forma que permita a los sujetos beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida. Con este título se agrupan cuestiones como la licitud de determinadas técnicas o los *sujetos* a los que se les permitirá su uso. Las respuestas dadas por la ley a este conjunto de cuestiones no se han adoptado a partir de decisiones normativas explícitas, sino de forma negociada entre el colectivo profesional que aplica estas técnicas y las reglas del mercado (C. Lema, 2001: 25).

El segundo conjunto de cuestiones de interés en relación con la reproducción humana asistida consiste en la *determinación de la filiación* de los infantes nacidos por estas técnicas. Nos referimos a la adaptación de las reglas de determinación de la filiación jurídica a las nuevas situaciones creadas por las aplicaciones de estas técnicas. Pero, en un sentido amplio, se refiere también a la determinación de las consecuencias jurídico-civiles de estas conductas. Entre todas las cuestiones suscitadas la más llamativa quizás sea la relativa al «anonimato» de los donantes de gametos y embriones, cuestión relacionada con la filiación en sentido estricto; del pago o la gratuidad de esas «donaciones» y del caso de la maternidad subrogada.

La Ley 14/2006, sobre reproducción humana asistida, avala el anonimato de los donantes de gametos y embriones: «es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado«derecho salud» (art. 5.1). Y según el artículo 5.5: «La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias excepcionales que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

Con estas medidas, la legislación española no hace más que reconocer un principio impuesto por los profesionales que venían aplicando estas técnicas antes de que estuvieran reguladas por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Esta consideración del «anonimato» en la Ley contraviene el principio recogido por la Constitución española, artículo 39.2, según el cual «La ley posibilitará la investigación de la paternidad» y que, a todas luces, en la Ley no está *jurídicamente* justificado. Con mayor razón aún abunda el artículo 39.2 CE, que establece también que «los hijos serán iguales ante la ley con independencia de su filiación» y a ello se añade la cláusula de igualdad ante la ley del artículo 14 CE Buena parte de la doc-

trina jurídica española, en su momento, tomó partido en contra de la solución adoptada por la Ley de 1988, que la segunda Ley reitera como hemos visto, y que, en algunos supuestos, se defendió incluso su inconstitucionalidad (C. Lema, 2001: 37).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 116/1999, no apreció motivos de inconstitucionalidad (fundamento jurídico 15); a lo sumo, aprecia la necesidad de «cohonestar la obtención de gametos y preembriones [...] con el derecho a la intimidad de los donantes». Aunque la cuestión central cuestionada no es el «supuesto derecho a la intimidad de los donantes», pues, como se sabe, nadie está obligado a donar y como ocurre en otras legislaciones de nuestro entorno (por ejemplo, Suecia) el acceso a ese conocimiento de la paternidad puede regularse con limitaciones. El interés real que subyace a este modo de regular el acceso al conocimiento de los orígenes biológicos no es otro que el fomento de las «donaciones de gametos», que se supone podrían disminuir con una regulación distinta.

El segundo aspecto a considerar es *el pago por las donaciones*. La *gratuidad* aparece en la Ley como el otro gran principio organizativo tradicional de la donación de gametos. Durante el tiempo que sólo se podía congelar el semen, el principio de la gratuidad estuvo operativo y los comportamientos de los donantes fueron presentados como ejemplo de solidaridad y de dignidad de las personas frente a la posible comercialización. Sin embargo, a partir del momento en que técnicamente se empezaron a congelar los óvulos el asunto empezó a recibir un nuevo tratamiento. Ante las notables diferencias y grados de dificultad entre la obtención de semen y la obtención de óvulos el principio de gratuidad empezó a ser cuestionado. Este no fue un cambio inmediato, sino que se ha producido mediante la desactivación del sentido lato de esa expresión, para ser sustituido por el eufemismo de «donación».

La compensación económica por la donación de gametos es rechazada rotundamente en la Ley 35/1988, en sus artículos 5.1 y 5.3, y se mantiene, aunque con matices, en la Ley vigente, que dice: «La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer un incentivo económico para ésta. [A lo que, añade]. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación» (art. 5.3).

El primer Informe emitido por la CNRHA (diciembre de 1998) reconoce que estos materiales, con carácter general están sometidos al principio de *res extracomercium* pero, a tenor de las dificultades y molestias que ocasiona su extracción, deben ser compensados y sugiere unas cantidades que «no supone vulnerar la gratuidad»: 5.000 pesetas por la donación de semen y 100.000 pesetas por la donación de

óvulos (pp. 56-57). Pero interpretar el principio de gratuidad de ese modo significa desvirtuarlo hasta convertirlo en simple argumento de legitimación, el cual cede obviamente ante las presiones mercantiles sin la menor resistencia. «La opción de predeterminar y limitar el pago, con la pretensión de que no sea suficiente como para por sí sólo significar la motivación para la “donación”, se hace difícilmente sustentable cuando el objetivo confeso es el mantener un determinado nivel de «donaciones» para salvar las exigencias legales y las reticencias morales» (C. Lema, 2001: 42).

Esta exigencia legal hasta ahora existente viene avalada también por la jurisprudencia constitucional que, en la sentencia 216/1997, afirma que si el uso del término «donación» no resulta incompatible con la dignidad de la persona, es porque esta singular «donación» (referida en este caso a los embriones muertos o no viables) «no implica en modo alguno la «patrimonialización» que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por nuestra legislación».

El tercer supuesto problemático del que nos ocupamos es el relativo a la *protección de los embriones*. Pues, con la posibilidad de creación y mantenimiento extracorpóreo de embriones preimplantatorios, estos se han hecho accesibles y vulnerables. Y ello no sólo por la extensión que han alcanzado las prácticas de la reproducción asistida: también por la intensificación que la investigación con células embrionarias ha alcanzado en estos últimos años. A pesar de que no faltan voces defendiendo y criticando ambas utilidades de los embriones, la demanda crece exponencialmente (web <http://www.ronsangels.com>) y el tráfico con ellos no disminuye (cfr. A. Cambrón, 2008a).

La utilización de embriones preimplantatorios en la reproducción humana asistida ha presentado dos problemas notables: por un lado, la pérdida de gran número de embriones que se desechan por no ser útiles para la gestación y, por otro, el indeterminado número de embriones congelados sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro* (el I Informe de la CNRHA, de 1998, los cifraba en 25.000). Este segundo problema ha quedado parcialmente resuelto con la Ley 14/2006, que en su artículo 11.4 contempla posibles utilidades de los mismos (A. Cambrón, 2008a). En este punto se puede observar también el aumento de la permisividad experimentada no sé si en la sociedad española, pero evidente en el legislador. La legislación española de 1988 prohibía (art. 15.2) la investigación con embriones «viables», aunque fueran de los congelados. En el mismo sentido se pronunciaba la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, sosteniendo que: «es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos (el de los arts. 15 y 16 de Ley entonces vigente) a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE» (fundamento jurídico 9). No obstante, si atendemos al



contenido de la nueva Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, ésta permite ese tipo de investigación.

La lectura anterior lleva a la conclusión siguiente: el tratamiento jurídico de estos nuevos problemas no se adecuan a estrictas exigencias científicas ni a las de naturaleza moral. Si se presta atención a los casos antes descritos se observa:

a) La *insulina humana* se investiga, experimenta, patenta y produce no por razones terapéuticas –frente a la existente insulina procedente del cerdo– sino para asegurar la venta de esta última en régimen de monopolio. El derecho interviene en este caso para proteger los intereses empresas multinacionales;

b) La muerte de *J. Gelsinger* víctima de la terapia genética pone de manifiesto el escaso valor atribuido por los investigadores a la *vida humana* haciendo prevalecer discursivamente sobre ella «intereses generales», opacos; es decir, en este supuesto se anteponen los intereses científico-empresariales al derecho a la vida y los representantes del Ministerio Público actúan *como si* «el fin justificara los medios»;

c) Los enfermos como *Ramón Sampedro* y tantos otros pacientes terminales con plenas facultades mentales y volitivas que solicitan ayuda para acabar con la indignidad que les supone vivir, ven denegado el necesario amparo legal con razonamientos apoyados en defectos de *forma*, primero, y de *fondo* después: «la vida es indispensable»;

d) El derecho a la salud *versus* el derecho a la propiedad intelectual. El primero aparece en las Declaraciones Internacionales de derechos humanos, en convenios y en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho social y garantizado a los/las ciudadanos/as, esta materialidad lo asemeja a un derecho fundamental. El segundo, se ha transformado en un derecho patrimonial y, obviamente, en la confrontación de ambos debería prevalecer el primero, lo que no sucede ni teórica ni prácticamente;

e) La aplicación de las *técnicas de reproducción humana asistida* se han justificado para combatir la esterilidad humana pero, a la vez, han abierto la caja de los truenos ya se atiende al problema del acceso a las mismas, a la intervención sobre los embriones, a la disociación entre sexualidad y maternidad, la elección del sexo de los descendientes, al tráfico con gametos y embriones, etc., ante los cuales las doctrinas jurídicas se manifiestan polimorfas y divergentes. Ante esas insuficiencias del tratamiento jurídico quizás se argumente que son defectos atribuibles a lo novedosos de la materia que regulan, no obstante, aunque así fuera, estamos obligados a reflexionar sobre ellos porque es una manera de avanzar hacia su solución y de intentar relacionar los «nuevos problemas» con los «viejos temas» de la filosofía del derecho.

Pretender que el derecho, desde la sola *perspectiva interna*, se enfrente a la resolución de estos problemas como meramente «científicos» es una tarea inútil y engañosa porque: «No todos nuestros asertos fundamentales en el plano del saber, y sobre todo del saber social, pueden tener carácter científico. Los seres humanos no vivimos en un mundo esencialmente natural, como los demás animales, sino también, y sobre todo, en un *mundo cultural*, histórico por un lado e *inventado* por otro. Un aspecto de ese mundo es asequible al análisis científico, pero otro es irreductible a él. [...]. Pero el analista no puede eliminar de sí mismo su propia dimensión poética, sus proyectos, sus valores, que necesita sostener en cada momento como irreductibles o últimos pese a saber que son históricos» (J. R. Capella, 1999: 15).

Sin pretender aplicar a un saber social los criterios epistemológicos seguidos por las ciencias naturales a la llamada «ciencia jurídica», se nos presenta imperativo seguir la cautela metodológica siguiente: «Con esta observación no pretendo, como es obvio, hacer anticencia sino todo lo contrario: lo que supongo es que intentar hacer metafísica como ciencia rigurosa es no saber qué es ciencia y, por consiguiente, practicar también mala metafísica» (M. Sacristán, 2005: 57). Innece-sario es advertir que, en la lectura de esta cita, se puede sustituir «metafísica» por «derecho».

### 3. ¿EL DERECHO ES UNA CIENCIA?

En una primera aproximación, los datos del microcosmos analizado nos autorizan a dar una respuesta negativa a la pregunta que encabeza este apartado: se observan tratamientos doctrinales dispares ante supuestos semejantes, tolerancia de la autoridad jurídico-política ante prácticas prohibidas en las normas vigentes que regulan estas materias, aplicación del principio de filiación a los nacidos mediante FIV diferente a los aplicados a infantes que nacen por procesos naturales, la prevalencia concedida al derecho a la propiedad privada frente al derecho a la salud, etc. A esto todavía se puede añadir el frecuente recurso a las falacias de abstracción —o *abstracciones prácticas*— que aparecen en la doctrina y en la legislación que regulan estas materias y que desempeñan importantes funciones simbólicas en el imaginario colectivo y en la vida de los ciudadanos/as. Son concepciones y procedimientos que, en todo caso, nos alejan de las exigencias de las ciencias empíricas en general y de las sociales en particular. Por ello, se puede sostener con Juan Ramón Capella que: «El “saber jurídico interno” que pasa muchas veces por ser una *ciencia* jurídica, versa sobre un conjunto de *doctrinas* que sirven para interpretar la ley. Estas doctrinas se contraponen entre sí o con el cambio histórico. Un saber sobre el derecho que aspire a no ser meramente doctrinal sino científico —en sentido sustancial y no retórico— ha de tomar también por obje-

to suyo esas doctrinas, sus diferencias, sus funciones históricas, etc.» (J. R. Capella, 2008: 51).

Pero también se dispone de otros recursos teóricos que ilustran y reafirman esa conclusión. En primer lugar, se pueden contrastar algunas de las grandes opciones doctrinales de épocas recientes construidas por cualificados juristas y en las que se constata la falta de coincidencia en la misma definición de qué es el «derecho». Al respecto resulta ejemplar la definición de H. Kelsen acerca de qué es «la ciencia del derecho» (H. Kelsen, 1960: 83); también lo son las páginas escritas por el iusfilósofo H. L. A. Hart (1961: 2-7), sobre el concepto de derecho. El contraste entre ambas concepciones, basta tomar cuenta de la falta de coincidencia respecto al objeto formal de esa supuesta ciencia del derecho. Pero las disonancias no acaban en las diferencias conceptuales citadas, pues como veremos entre las distintas doctrinas del derecho se dan además otras distinciones y carencias epistemológicas y ontológicas, significativas para el propósito central en este trabajo.

### 3.1 El derecho como regla, como decisión u ordenamiento

Si se toma el derecho moderno y a su institución como objeto de referencia es necesario considerar también otros componentes ineliminables para su comprensión, como son los contextuales, siendo imprescindible además utilizar determinados parámetros de naturaleza filosófica sin los cuales esta explicación quedaría incompleta. De acuerdo con estas premisas, se puede afirmar que el derecho es una institución humana de normas coactivas o sancionables, destinada a imprimir públicamente una regularidad y un orden determinado a los comportamientos individuales y colectivos. Por esta razón, la aproximación a los problemas desde la filosofía del derecho ha de partir de ese concepto básico de derecho como fenómeno social e histórico a la vez.

Este planteamiento inicial que presupone la existencia de un derecho relativamente separado y autónomo de la institución histórico-social de la modernidad incluye la existencia de diversas acentuaciones en la comprensión del fenómeno jurídico. Aquí es útil referirse a un famoso ensayo de Carl Schmitt (1888-1985) en el que distingue tres «tipos de pensamiento jurídico», según se privilegie la comprensión del «derecho» como *regla*, *decisión* u *ordenamiento*. Ciertamente, todo pensamiento jurídico opera tanto con reglas, decisiones y con ordenamientos y estructuras concretas. «Pero la concepción última que se posea acerca de lo jurídico, de la cual será deducida todo lo que posteriormente venga a ser considerado jurídico, es siempre sólo una: bien una norma (en el sentido de regla o ley), bien una decisión, bien un orden concreto» (C. Schmitt, 1934: 5).

De este planteamiento se siguen tres orientaciones jurídicas concurrentes, que reciben el nombre de *normativismo*, *decisionismo* e *insti-*

*tucionalismo*. Cada una de las tres privilegia respectivamente la comprensión fundamental del derecho, bien como norma, o como decisión, o como ordenamiento jurídico concreto. Obviamente, cada una de estas orientaciones trata de captar la totalidad del fenómeno jurídico, aunque destacando en el mismo un único componente específico. La opción por una u otra acepción, que será situada a su vez como fundamento de la aproximación científica al derecho, estará determinada, obviamente, por consideraciones más generales. Cada autor se decantará, en sustancia, por la dimensión del derecho que aparezca como más coherente con el planteamiento histórico o con el proyecto social perseguido por la teoría y por la cosmovisión del propio autor. En la opción por el elemento a privilegiar respecto de los demás autores aparece como decisiva la situación concreta; es decir, el contexto histórico-social al que la ciencia jurídica toma como referente cada vez, que se propone orientarla, y de la cual recibe los estímulos.

Esta remisión al contexto histórico-social clarifica perfectamente lo puesto en juego por la oposición entre decisionismo y normativismo. El propio Schmitt sostiene la primera de las opciones, quien en otro importante ensayo, reeditado en los primeros años del régimen nazi (1934), escribe que «también el ordenamiento jurídico, como cualquier otro orden, se basa en una decisión y no en una norma» (C. Schmitt, 1934: 24). Es obvio que con esta afirmación Schmitt no se limita a enunciar un principio científico general, sino que en su preferencia por el «decisionismo» desempeña un papel decisivo su adhesión política al régimen hitleriano, considerado como la única respuesta posible y eficaz a la crisis del Estado liberal clásico. Schmitt concibe el derecho como «decisión» soberana y originaria. A su entender sólo así es posible poner término a la crisis de la legalidad, a la que las normas del estado liberal ya no estarían en condiciones de aportar un remedio eficaz. La teoría decisionista se convierte entonces en la óptica operativa a través de la cual Schmitt teoriza el carácter «inevitable» del régimen nazi, lo que le autoriza indirectamente a infravalorar la destrucción de los principios jurídicos tradicionales que eso comporta. Así, tras la comprensión «científica» y, por tanto aparentemente neutral del funcionamiento concreto del derecho, se puede reconocer sin dificultad como determinante la toma de posición política del intelectual que se ha adherido al régimen nazi.

El segundo gran jurista aquí considerado por su aportación científica, en esos mismos años, es Hans Kelsen (1881-1973), quien comparte la escena social con C. Schmitt y que también pretendió elaborar una ciencia jurídica «normativista» que «Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica». (H. Kelsen, 1934: 15). Pero en el prefacio de esta obra reconoce que «El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el Estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un período de equilibrio social. De ahí que nada

parezca tan poco correspondiente con su tiempo como una doctrina sobre el derecho que pretende mantener su pureza, cuando para los otros no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecerse» (H. Kelsen 1934: 12). Es en esta obra en la que Kelsen expone su teoría de la «ciencia pura» del derecho; pero, a su vez, en ella admite que no corren tiempos favorables a un ideal objetivo del derecho. Es decir, en la segunda cita este autor deja entrever que a su propuesta de ciencia jurídica subyacen posiciones precientíficas, de tipo ético y político, que guían su inclinación por la objetividad formal del «normativismo».

La tercera aproximación científica al derecho, aquí considerada, es la que privilegia en él su componente de ordenamiento concreto, y que recibe el nombre de institucionalismo y remite a la obra de Santi Romano (1857-1947), *L'ordinamento giuridico* (1917), que obtuvo amplísimo eco. Como se verifica en la lectura de sus escritos sobre la experiencia jurídica, este autor no parte de la norma sino que, en cambio, sitúa la fuente de la existencia, de la validez y de la eficacia de las normas en el ordenamiento jurídico. Schmitt considera paradigmática la posición de Romano, al que se refiere en el siguiente pasaje: «El ordenamiento jurídico (*L'ordinamento giuridico*) es una unidad esencial, una entidad que en parte se mueve según reglas, pero que sobre todo mueve ella misma las reglas como figuras de una tablero; por eso, las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura» (S. Romano, 1918: 113). Por consiguiente, para S. Romano la fuente del derecho no son las normas, sino el ordenamiento jurídico. Y este último constituye, a su vez, una institución histórico-social: «El orden social que es puesto por el derecho no es el que viene dado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el derecho, antes de ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia» (S. Romano, 1918: 113).

En esta construcción la realidad de la norma no resulta negada, sino que se la inserta en el conjunto complejo de la realidad social. El orden de las normas es, por tanto, consecuencia de la institución de la sociedad en su conjunto: en él no denota un orden natural ya dado y predeterminado, sino que se expresa la creatividad determinada sucesivamente por grupos humanos concretos. Es decir, aquí se vuelve decisiva la equivalencia entre ordenamiento jurídico e institución.

### 3.2 Segunda oposición: derecho natural *versus* derecho positivo

En la modernidad, que constituye no sólo nuestro punto de partida sino también la época histórica en que el derecho conquista una relativa autonomía y distinción de las demás esferas sociales, y ante todo que asume la transmisión tradicional del *ethos*, el conjunto ordenado de las normas jurídicas se presenta como el resultado de complejos procedimientos de deliberación colectiva; es evidente, por tanto, que el derecho moderno ya no se puede configurar, salvo que sea en términos puramente ideológicos, como un ordenamiento fijo y predeterminado, capaz de establecer de una vez por todas, desde fuera, el comportamiento humano en cualquiera de sus aspectos. Es justamente este carácter «instituido» del derecho el que, sin embargo en la misma modernidad, es al mismo tiempo reconocido y luego ambiguamente ocultado, hace pasar al primer plano, con toda su dramática actualidad, la cuestión de una necesaria «justificación» o legitimación del mismo.

Mientras que la oposición entre normativismo y decisionismo es una oposición de tipo esencialmente operativo, el debate abierto acerca de la cuestión de la justificación del derecho se caracteriza por concepciones filosóficas radicalmente opuestas, que interpretan de modos irreductibles entre sí, no ya sólo los componentes esenciales de la experiencia jurídica sino los propios fundamentos filosóficos de esta última. La discordia entre quienes pretenden justificar el derecho reconduciéndolo a un origen universal, o sea, extrasocial y extrahistórico, *trascendente*, y quienes rechazan esta pretensión, no es una discordia puramente jurídica: no se refiere solamente a la naturaleza o al papel del derecho, sino que es una discrepancia radicalmente filosófica y se refiere al núcleo de toda teoría filosófica; esto es, a la ontología o metafísica; es decir, a la concepción fundamental del ser en su totalidad.

Antes se ha aludido al régimen nazi, cuyo advenimiento puso fin dramáticamente al Estado liberal clásico; después el ordenamiento jurídico quedó profundamente modificado por él y la teoría jurídica experimentó las repercusiones consiguientes. Tras el fin de la guerra y la derrota del nazismo, la percepción de las distorsiones del derecho realizadas por los nazis indujo a muchos estudiosos a recuperar el «derecho natural»; esto es, la tesis clásica (cuyo origen se remonta a los estoicos y que más adelante se vuelve a encontrar en la filosofía escolástica), según la cual hay y es accesible una determinación universal y racional de lo que es «justo por naturaleza», en contraposición a lo dispuesto convencionalmente por las leyes humanas. Desde esta perspectiva, a partir del postulado originario de un fundamento extra-positivo del derecho, se pretende formular los principios universalmente justos del orden social, a los que supuestamente todos los ordenamientos jurídicos concretos habrían de atenerse.

En un pasaje de Kant (1797) en la Introducción a su «Doctrina del derecho», el gran filósofo ilustrado distinguía dos respuestas posibles a la pregunta que se formula el experto en cuestiones jurídicas: «¿Qué es el derecho?» (al que Kant llama «el juriconsulto» y que hoy llamamos «teórico del derecho»). En una primera aproximación éste puede responder a la pregunta limitándose a «reconocer y declarar lo que forma parte del derecho (*quid sit iuris*), es decir, lo que prescriben y han prescrito las leyes en un lugar dado». Pero esta respuesta del «juriconsulto» es tautológica: se limita a remitir al ordenamiento positivo, siempre particular y determinado (esto es, histórico-social). Pero para Kant la razón crítica debe ir más allá, ha de ser una respuesta universal. La razón, en suma, quiere saber «si lo que esas leyes prescriben es también justo», y para darle una respuesta el «juriconsulto» debe descubrir «El criterio universal por medio del cual se puede reconocer en general lo que es justo y lo que es injusto (*iustum et iniustum*)». Ese criterio, sin embargo, permanecerá oculto para él «si no abandona por algún tiempo esos principios empíricos y (sirviéndose de esas leyes como excelentes hilos conductores) no busca los orígenes de tales juicios en la razón pura como único fundamento de toda legislación positiva posible». Por eso Kant concluye que «una doctrina del derecho puramente empírica es (como la cabeza de madera de la fábula de Fedro) una cabeza que puede ser bella, sí, pero que no tiene cerebro» (I. Kant, 1797: 38).

Este razonamiento expresa con gran claridad en qué consiste el paso de la teoría del derecho a la filosofía del derecho. Admitir que la interrogación filosófica acerca del derecho va más allá de la respuesta tautológica (la que se detiene en el ordenamiento) a la pregunta «¿qué es el derecho?», no significa en absoluto compartir la solución propuesta por Kant. Esta última parte de la experiencia histórico-social del derecho, pero la abandona inmediatamente; y no para ponerla en discusión, cuestionando eventuales puntos débiles, sino para remontarse a partir de ella a su origen trascendental. Kant presupone al derecho empírico un fundamento universal específico, único y accesible directamente en sí mismo que constituiría, a su vez, su criterio inspirador y el medio con el que valorar, criticar y modificar el ordenamiento. En Kant ese fundamento originario es la «razón pura»; es decir, la capacidad de la racionalidad humana para autodeterminarse necesaria y universalmente, sin que sea modificada por ninguna experiencia histórico-social concreta. Similar perspectiva mantienen quienes consideran que «la naturaleza de las cosas» encierra en sí misma criterios universales y necesarios que permiten distinguir lo justo de lo injusto y el bien del mal. En suma: en ambos casos se sostiene que, tanto la razón como la naturaleza, contienen determinaciones normativas universales, anteriores a la experiencia humana y a las que ésta debe someterse.

Cuando los defensores del derecho natural se oponen al positivismo jurídico, remiten, pese a las diferencias de sus presupuestos filosó-

ficos, a la existencia y a la accesibilidad directa de un orden objetivo que antecede y es la matriz de las experiencias humanas, cuya fuente trasciende a la intervención humana, y sólo puede encontrarse en el orden natural del universo, al que los griegos no por casualidad llamaban «*cosmos*», opuesto a «*nomos*»; el orden del cosmos se reflejaría en el mismo orden social dado históricamente.

Aquí se han descrito dos modos conceptualmente irreductibles de fundamentar y justificar la posibilidad misma de la experiencia jurídica, lo que, por un lado, evidencia la dificultad mayor (la oposición ontológica) para sostener que exista una ciencia jurídica y, por otro, constituye el problema fundamental de toda filosofía del derecho.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Considerando los anteriores precedentes doctrinales, poco puede sorprender que entre juristas, legisladores y filósofos/as del derecho proliferen opiniones diferentes y encontradas respecto a las aplicaciones de la biotecnología a los seres humanos. En último término, esas diferencias se fundamentan en dos modos conceptualmente irreductibles de fundamentar y justificar la posibilidad misma de la experiencia jurídica, y esto se sitúa en el núcleo mismo de la filosofía del derecho. De modo especial se manifiestan razones, argumentos y propuestas contrapuestas entre quienes sostienen fundamentos filosóficos iusnaturalistas y los que se sitúan en las premisas de la filosofía liberal.

En esta dirección polarizada se pueden situar, como exponentes de esa contraposición, los escritos sobre las consecuencias de las aplicaciones de la biotecnología del profesor A. Ollero (2006) y la de los profesores P. de Lora y M. Gascón (2008). El primero, por ejemplo, sosteniendo un iusnaturalismo escolástico niega que se deban permitir muchas de las aplicaciones de la biotecnologías; en esa línea equipara el embrión a un ser humano adulto, afirma que el derecho a la vida es irrenunciable, las técnicas de reproducción humana asistidas son inaceptables, etc. Argumentos que, pretende, tienen un fundamento ontológico absoluto y verdadero y, por ello, *naturalmente*, alejado de cualquier opción ideológica. Obviamente, quienes creen poseer la verdad absoluta respecto al *ser* adoptan mecanismos psicológicos para reforzar su «yo» frente a los «otros», actitud que dificulta la discusión intelectual de los problemas antes mencionados; en suma, esas posiciones son también ideológicas en sentido *gnoseológico* que —a diferencia de otras acepciones posibles del término ideología— es incompatible con los principios de la ciencia y esencialmente integrada en una cosmovisión del mundo «construida» social e históricamente como las demás y cuya longevidad no se debe a la consistencia de sus premisas.



En oposición con los principios y conclusiones de A. Ollero se manifiestan P. de Lora y M. Gascón en la obra citada. Ambos autores desde la aceptación incuestionada del abstracto principio de «libertad», desde el cual defienden argumentadamente la compraventa de gametos y órganos, la maternidad de «sustitución», la eugenesia positiva y otros supuestos tan arriesgados como los mencionados. Aquí lo que se evidencia inconsistente es la omisión de las *consecuencias* sociales e individuales que seguro tendría la permisión de tales actividades, aunque también necesita ser sometido a examen el modelo de sociedad por el que se apuesta.

Ante estos problemas de naturaleza social y filosófica, sostenemos que otras opciones teóricas son posibles. Para ello hay que aceptar sin discusión, en primer lugar, que los seres humanos no obtienen de la naturaleza los modelos que prescriben reglas para sus comportamientos. Mientras que en el mundo de los otros seres vivos la transmisión de los modelos de comportamiento es genética, en el mundo humano es en cambio de tipo cultural. Significados, valores, modelos de comportamiento y normas son pues los protagonistas de la vida cultural de cualquier sociedad y todos ellos han sido construidos social e históricamente.

Cuando hablamos de derecho, o sea, de normas propiamente jurídicas, damos por sentado que en el universo cultural de una determinada sociedad se ha producido una diferenciación interna. Esto es: presuponemos que el momento prescriptivo o normativo, que como tal caracteriza al orden social o al sistema simbólico en su integridad, ha conquistado un espacio autónomo suyo, y que en el interior de tal espacio se produce a su vez una distinción entre los diversos tipos de prescripciones. Se sostiene que las normas jurídicas propiamente dichas son sólo las normas sancionables, esto es, aquellas cuya dimensión coercitiva no está confiada genéricamente al control social, sino a una autoridad pública reconocida y reconocible. Preciso es añadir que también hay que hacer hincapié específico en la naturaleza convencional de las normas.

Lo que aquí llamamos, con una eficaz expresión de Castoriadis, «histórico-social», constituye en realidad el ámbito o el contexto necesariamente colectivo de los valores, de las representaciones ideales, de las motivaciones y de las reglas a través de las cuales todo grupo determinado de individuos vuelve *humana* su propia convivencia. En este sentido, el orden social histórico es siempre necesariamente *simbólico* e *instituido*. *Simbólico* porque sus componentes elementales no son meros datos de hecho: son, en cambio, *significados*, que rigen, estructuran y motivan la experiencia humana. *Instituido* porque esos significados simbólicos no son la transcripción automática de una realidad objetivamente dada; constituyen en cambio el producto o el resultado de una elaboración humana y por eso se configuran como institución social. Esto acredita la dimensión ineliminablemente socio-histórica de la *humana conditio*. Derecho, moral, religión y política representan

paradigmáticamente la relación que mantiene la condición humana con la *institución de normas*, a las que corresponde la tarea de regular y estructurar la vida colectiva.

Desde un razonamiento filosófico como el nuestro, que entiende el derecho como institución humana de normas convencionales y que, por tanto, subraya desde el principio su pertenencia a lo histórico-social, la contingencia del obrar humano, lejos de constituir únicamente una premisa sociológica inevitable de la experiencia jurídica, muestra todas sus implicaciones ontológicas. De esta premisa filosófica fundamental se deriva mi propuesta general ante las aplicaciones de la biotecnología: actuar crítica y responsablemente en los aspectos relativos a elecciones individuales pero, también, en un marco político-social democrático desde el cual determinar los necesarios límites a esas intervenciones que nos propone el consorcio biotecnológico-empresarial con el objetivo de obtener beneficios, transformando esas opciones en medios para mejorar las condiciones de vida e impedir que aumenten las injusticias entre las que es preferente la desigualdad.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- CAMBRÓN, A., «Fecundación *in vitro* y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos». En A. CAMBRÓN (editora). *Reproducción asistida, promesas, normas y realidad*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 165-210.
- «El derecho a la salud ante la realidad del SIDA», en *Télos Revista Internacional de Estudios Utilitaristas*, vol. XI, núm. 2, 2002 (2003), pp. 23-41.
- «Comentarios a la Ley de Investigación biomédica y al comité de Bioética de España», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 12, 2008a, pp.159-184.
- «Los óvulos en el mercado y los derechos de género», en AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid, Dykinson, 2008b (vol. II), pp. 219-264.
- CAPELLA, J. R., *Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- *Fruta Prohibida*. Madrid, Trotta, ed. rev. 2008.
- DE LORA, P. y GASCÓN, M., *Bioética, principios, desafíos, debates*. Madrid, Alianza, 2008.
- DEBRU, C./ P. Nouvel, *Le possible et les biotechnologies*. Paris, PUF, 2003.
- DURÁN, Alicia y RIECHMANN Jorge (cords.). *Genes en el laboratorio y en la fábrica*. Madrid, Editorial Trotta y Fundación 1.º de mayo, 1998.
- ELLUL, J., *Le Système technicien*. Paris, Calman-Lévy, 1977.
- ESTEVE PARDO, J., «El ocaso del paradigma de Galileo», en H. SILVEIRA (ed.). *El derecho ante la biotecnología*. Barcelona, Icaria, 2008, pp. 145-176.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961, hay traducción castellana a cargo de G. R. Carrió. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

- HOTTOIS, G., *Technoscience et sagesse?* Paris, Éditions Pleins Feux, 2000. I Informe de la CNRHA. Madrid, Publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo. Diciembre de 1998.
- KANT, I., *Metaphysik der Sitten* (1797). *La metafísica de las costumbres*. Traducción castellana de A. Cortina y J. Conill. Madrid, Tecnos, 1989.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1960), traducción castellana de R. J. Vernengo. *Teoría pura del derecho*. México, UNAM, 1986, 5.<sup>a</sup>
- LEMA, C., «El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución», en A. CAMBRÓN (editora). *Reproducción asistida, promesas, normas y realidad*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 15-56. *Les Avis du CCNE de 1983 à 1993*. Paris, La Découverte, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Catedrático de Derecho Penal, en *La Voz de Galicia*, 30 de enero de 2005, p. 8.
- OLLERO, A., *Bioderecho entre la vida y la muerte*. Navarra, Aranzadi, 2006.
- SACRISTÁN, M., *Seis conferencias. Sobre la tradición marxista y los nuevos problemas* (1979). Edición a cargo de S. López Arnal. Madrid, El Viejo Topo, 2005.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico* (1917). Traducción castellana de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo, S. ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1963.
- SCHMITT, C. (1922, reeditado en 1934), en castellano se encuentra en *Carl Schmitt. Teólogo de la política*, ed. de H. Orestes Aguilar. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, (1934). Estudio preliminar, traducción y notas de M. Herrero. Madrid, Tecnos, 1996.
- TESTART, Jacques, *Le désir du gène*. Paris, François Bourin, 1990.
- VANDÉLAC, M-L. «L'embryo-économie du vivant, ou du numéraire au sur-numéraire», en TESTART, J. et BOURIN, F. (dirts.). *Le Magasin du vivant*. Paris, François Bourin, 1990.
- WARNOCK, Mary, *Fécondation et embryologie humaines*. Paris, avril, 1985.

Fecha de recepción: 28/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.