



## AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis está dedicada principalmente a Estela, mi Mujer. Sin su sacrificio y entrega, el presente trabajo de investigación no se hubiera realizado. Ella me enseña a amar la vida y a vivir cada día como un regalo. También está dedicada a Federico.

A mis padres, Juan y Amparina, que han sido mis dos primeros regalos en la vida. Ellos me la han dado y viven en mí: ellos son mi historia.

A mis hermanos, Juanje, Carlos, Jorge y Miguel y mis sobrinos, Juanje, Carlos, Helena, Jorge y Lucía: el fruto de mis padres, mi sangre y la continuación de la vida.

A mis amigos, especialmente a Javier, Guillermo, Miguel Ángel, Fernando, Tony, Elena, Ana y Laura.

Por su dedicación, enseñanza y vida, de modo muy especial, dedico esta Tesis a Ginés, quien la ha dirigido desinteresadamente: con su paciencia, y no solo con su ciencia, se han logrado los objetivos perseguidos.

A la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, tanto a los miembros que forman el PAS como el PDI. Especialmente al Observatorio de Bioética, y más concretamente a Justo Aznar y María José Torres.

Dentro de la Universidad, en mención aparte, debo nombrar a Germán Cerdá y a Asunción Gandía: fueron ellos quienes me animaron a empezar la Tesis.

Así mismo, debo mencionar a la Facultad de Derecho, y a su Decano José Vicente Morote, por su confianza prestada en mí.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, en la que aprendí el oficio de jurista, concretamente agradezco las clases de Jesús Ballesteros y los escritos de Ernesto Vidal.

A la Facultad de Teología “San Vicente Ferrer” de Valencia, donde aprendí la ciencia buena y bella que es la Teología, concretamente a Juan José Garrido, Daniel Pla, Esteban Escudero, Emilio Aliaga y José Antonio Taléns (+).



## **SUMARIO**

|               |   |
|---------------|---|
| PRÓLOGO _____ | 7 |
|---------------|---|

### **PRIMERA PARTE**

#### **TEORÍA DEL BIODERECHO O INTRODUCCIÓN AL BIODERECHO (FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MENOR)**

|  |    |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN _____                                     | 21 |
| CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO: BIODERECHO _____            | 41 |
| CAPÍTULO 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN _____                | 65 |
| CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA _____                          | 71 |
| CAPÍTULO 4. BIODOCTRINA, BIOPOLÍTICA Y ACADEMIAS _____ | 85 |

### **SEGUNDA PARTE**

#### **FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MAYOR APLICADA A LA BIOLEGISLACIÓN Y A LA BIOJURISPRUDENCIA SOBRE EL INICIO DE LA VIDA**

|  |     |
|--|-----|
| CAPÍTULO 5. BIOLEGISLACIÓN _____   | 167 |
| CAPÍTULO 6. BIOJURISPRUDENCIA _____  | 195 |
| CAPÍTULO 7. INFLUENCIA DE LA BIODOCTRINA, LA BIOLEGISLACIÓN Y<br>LA BIOJURISPRUDENCIA EN EL SENTIMIENTO JURÍDICO. SUS EFECTOS<br>EN LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS _____ | 223 |
| EPÍLOGO: OPINIÓN DEL AUTOR EN TORNO A LA PROTECCIÓN<br>JURÍDICA DEL NASCITURUS _____   | 235 |

### **TERCERA PARTE**

#### **RESULTADOS Y CONCLUSIONES**

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| CAPÍTULO 8. RESULTADOS _____   | 243 |
| CAPÍTULO 9. CONCLUSIONES _____ | 249 |



# **PRÓLOGO**



La realidad de la legislación española actual sobre el aborto, que afecta directamente a la protección jurídica del nasciturus, puede ser mirada desde distintas perspectivas. En el presente trabajo se ha descubierto una por la que apostamos como núcleo central de la Tesis, de ahí que una vez descubierta debemos sacarla a la luz para que esa misma realidad sea más conocida y mejor comprendida, al menos esta es nuestra intención.

Para conseguir tal finalidad (comprender mejor el fenómeno legislativo del aborto en España y, más en concreto, el tratamiento dispensado al nasciturus) hemos empezado por plantearnos tres preguntas complementarias:

La primera cuestión la hemos formulado en el sentido de por qué el aborto en España era antes un delito y hoy es un acto lícito.

Esa primera cuestión nos ha llevado a plantearnos una segunda, que consiste en preguntarse qué hay detrás de ese cambio, más permisivo, de la ley.

Y, finalmente, cómo podemos comprender que el legislador español tenga ahora esa interpretación sobre el aborto, y no otra.

Ante tales preguntas, puede haber una reacción espontánea a modo de respuesta inmediata: el Derecho cambia por la evolución que sufren los valores en la sociedad. Hoy se valora más la autonomía y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, al cambiar los valores sociales, ha de cambiar la Ley.

Pero que sea una respuesta inmediata e incluso parcialmente cierta (dependería de su contrastación mediante las técnicas confirmatorias correspondientes), no quiere decir que sea la respuesta definitiva ni omnicomprensiva de esa realidad social: puede ser una respuesta obvia, pero también puede ser la punta que esconde un iceberg que requiere una mayor profundidad en la investigación.

No estamos negando ni afirmando la certeza de esa respuesta, lo que postulamos es su compatibilidad con otra u otras que nos ayuden a comprender mejor el cambio legislativo operado en la realidad social y legislativa española.

De tal modo que la finalidad que nos guía en el presente trabajo no es demostrar que ir en contra del aborto es mejor que ir a favor (o viceversa); ni dar con la explicación causal definitiva del cambio legislativo antes indicado.

Esto último no quiere decir que la explicación no sea necesaria, o que no entre dentro de nuestras intenciones, sino que lo es (y esto es lo importante) en la medida y sólo en la medida en que nos ayude a comprender mejor las diversas valoraciones que hay detrás de ese cambio y, por ende, de esa realidad; después, extraeremos una de esas valoraciones o representaciones todavía no estudiadas en toda su amplitud; y, finalmente, la examinaremos con mayor detalle.

Todo lo cual nos ha llevado a la idea central de la Tesis que pasamos a formular desde este momento:

**En Bioderecho las ideas preceden a la praxis. Dicho a la inversa, la praxis social, especialmente de calado bioético y en el concreto campo del inicio de la vida, es el resultado de ideas que han empezado a articularse en el ámbito bioético-académico.**

**Son, pues, esas ideas las que influyen en la praxis social, no al revés: la respuesta al cómo, constituye el desarrollo de la presente Tesis cuyo núcleo central acaba de exponerse.**

Con todo y con eso, se ha de anticipar desde ahora que la investigación realizada en su día para obtener el Diploma de Estudios Avanzados no fue el aborto, sino que tuvo por objeto la eutanasia.

En concreto, el tema tuvo por título *La eutanasia: una reflexión ético-jurídica*. Es más, el trabajo dejó una línea de investigación abierta y concreta: elaborar el estatuto jurídico del enfermo terminal. La intención era, evidentemente, continuar con la citada línea de investigación.

Ha habido un cambio (eutanasia/aborto), sin embargo también hay cierta coherencia entre ambos temas, pues consideramos que el debilitamiento del derecho a la vida, cuyo correlato es la legislación sobre la eutanasia, hunde sus raíces en una minusvaloración de la vida del no nacido. Es decir, no deja de haber una continuidad entre eutanasia y aborto: la defensa del derecho a la vida.

Además, dada la dedicación profesional en el Instituto de Ciencias de la Vida de la Universidad Católica de Valencia, a la que pertenece el autor de este trabajo, y debido a la importancia social del tema del aborto y las expectativas legales que estaba generando en esos momentos con el anuncio de una ley sobre el aborto<sup>1</sup> (que, finalmente, se ha llevado a cabo) era obligatorio profundizar en el estudio científico sobre el mismo.

---

<sup>1</sup> Nos referimos al Informe del Comité de Expertos sobre el aborto nacido del entonces Ministerio de Igualdad

Es necesario indicar que el verbo *profundizar* es empleado a conciencia porque entendíamos antes de empezar que era fácil suponer que del aborto ya se había dicho todo, y cabía esperar poca novedad en relación con el conocimiento ya adquirido previamente.

La creencia fue errónea<sup>2</sup> y, lejos de lo esperado, nos hemos encontrado con un tema apasionante, complejo, rico en matices, multidisciplinar e interdisciplinar, paradójicamente cada vez más novedoso en su existencia vetusta, y que acabó despertando un profundo interés.

En efecto, confirmando la idea según la cual cada vez que se profundiza en el estudio surgen más dudas que respuestas, a medida que la investigación ha ido avanzando se han encontrado preguntas que, lejos de lo pensado, resultan difíciles de responder. Incluso, hemos llegado a la conclusión de que cuando una persona afirma tener claro el problema del aborto, en múltiples ocasiones ni lo ve como problema, ni tiene la claridad si quiera suficiente para exponer esa afirmación.

Lo que queremos poner de manifiesto es que el planteamiento del fenómeno del aborto es ya, de inicio, un planteamiento complejo, multidisciplinar e interdisciplinar, que, por ende, puede ser abordado desde distintas perspectivas si se quiere comprender mejor.

La primera dificultad se sitúa en la misma definición de aborto: plantear qué entendemos por aborto no es una cuestión baladí.

De entrada, la delimitación del concepto hará que se aborde el estudio desde una perspectiva más jurídica o más biomédica, perjudicando su análisis holístico, y condicionando, por ende, su investigación.

Es decir, se corre el riesgo de caer en la posibilidad de infringir el principio de objetividad de modo más o menos consciente: ya utilizar el término *aborto* o el término *interrupción voluntaria del embarazo* significa no sólo escoger una perspectiva u otra (con claras implicaciones morales en ambos casos), sino posicionarse en una determinada ideología que, en este asunto, como hemos dicho antes, es lo mismo que decir posicionarse *frente a* o *en contra de* una posición u otra; y, ¿es correcta esta actitud como presupuesto de una investigación científica?

Como consecuencia de la respuesta que se haya obtenido ante la propuesta de la primera pregunta, se abren otra serie de interrogantes, es decir, otras dificultades, ya conocidas pero cuyas respuestas no resultan, todavía y a día de hoy, nada claras.

Esas preguntas a las que nos referimos, y que pasamos a plantear, acreditan más si cabe la multidisciplinariedad y la interdisciplinariedad del planteamiento del aborto, a la par que nos ayudan a distinguir las dos posiciones básicas que existen hoy frente al mismo.

---

<sup>2</sup> 1 Cor 8, 2: “Si alguien cree conocer algo, aún no lo conoce como se debe conocer”.

En efecto, respecto del aborto hoy existen *básicamente* dos posturas o categorías, que podemos clasificar por ahora en: aquella que está en contra (postura *pro life*) y aquella que está a favor (postura *pro choice*).

Para intentar exponer ambas posiciones, lo haremos por medio de un análisis comparativo y sobre la base del paradigma interpretativista (Zapata-Barrero & Sánchez Montijano, 2011, pp. 32-33), es decir, categorizando las interpretaciones que ayudan a conformar las dos posturas indicadas, y que podemos clasificarlas en: un análisis científico, un análisis filosófico, un análisis jurídico y, finalmente, un análisis desde el sentimiento científico, moral y jurídico de la sociedad.

En cuanto a la primera interpretación, que conforma el análisis científico, parece que hay un acuerdo científico bastante amplio en entender que la vida humana (o, más bien, una vida humana) empieza antes de su nacimiento.

Pero, ¿cuándo estamos concretamente ante la presencia de una vida humana? ¿Desde cuándo hay vida humana: desde la fusión de los gametos masculino y femenino, desde los catorce días, desde que se forma la corteza cerebral?... Si hay un límite, ¿qué criterio se sigue para delimitar exactamente los 14 días? ¿Por qué no desde los 15? Durante todo ese tiempo, ¿exactamente de qué o de quién estamos hablando: de seres no humanos, de seres humanos no del todo humanos, nada humanos, expectativas de vida?

Parece, pues, que el dato científico es el que tiene más peso pero, ¿es que acaso un científico no hace una lectura distinta de otro científico respecto de ese mismo dato que la ciencia aporta... si es que estamos hablando del mismo dato? En este sentido, ¿compete a la ciencia biológica responder a la pregunta de si el nasciturus debe ser protegido?

Y esto es así, como tratamos de explicar, porque ante preguntas bien conocidas y que vienen de antiguo, parece que las respuestas que hasta ahora se habían dado no parecen ser tan contundentes o tumbativas frente a otras. Su explicación puede consistir en que ni esas preguntas son tan superficiales ni las respuestas tampoco.

Continuando con las cuestiones científicas, pero acercándonos a la segunda interpretación, que llamaremos el análisis filosófico, ¿es precisamente la ciencia biomédica la que debe determinar si estamos ante la presencia de una persona? Ahondando más en ello, ¿es lo mismo individuo perteneciente al género humano que ser humano propiamente dicho? y ¿Es lo mismo ser humano que persona? ¿Hay que reconocerle, por tanto, la misma dignidad que a un recién nacido? La dependencia biológica del nasciturus con su madre, ¿es criterio suficiente para afirmar que no es un ser humano? ¿Es que acaso, cada uno en cada fase existencial no somos seres dependientes en nuestra autonomía? Incluso, en este último sentido, ¿es que acaso no es el cigoto por sí mismo, es decir, de modo autónomo, quien sintetiza sus propias proteínas y enzimas?

Se dé una respuesta u otra a los anteriores interrogantes, siguen planteándose otros que entran dentro de la tercera interpretación, el análisis jurídico: ¿tenemos derecho (nosotros o los poderes públicos) a acabar o autorizar a acabar con alguien en virtud de nuestra propia idea o concepción de lo que es persona, de lo que es dependencia o de lo que es autonomía? ¿Es constitucionalmente correcta esa acción

realizada porque entendemos que tenemos derecho a hacer una selección discriminatoria consistente en afirmar quién es persona y quién no?

Dentro de esta necesaria reflexión jurídica y, desde ella, ¿qué protección merece el nasciturus y a partir de cuándo? ¿Por qué antes de un determinado día no es delito y después sí? ¿Por qué genera injusticia la discriminación por razón de deficiencias físicas y/o psíquicas y está despenalizado el aborto *eugenésico*, considerándose un supuesto legal y moral, por tanto?

Yendo más allá, ¿es que el Derecho ha cambiado tanto que ya no protege con eficacia jurídica a los seres humanos que se encuentran en una situación de indefensión?

Por su parte, de la última interpretación, cuyo análisis proviene del sentimiento científico, moral y jurídico en la sociedad, hay dos tipos de respuestas a todas las anteriores preguntas que van en cada una de las dos direcciones interpretativas ya descritas:

Por un lado, las respuestas a modo de frases ya conocidas de la interpretación pro choice suelen ser: “mi cuerpo es mío; el padre no tiene nada que decir ni que decidir; de hecho, no es lo mismo ser hombre que mujer en este campo, por lo que la decisión es exclusivamente autónoma de la mujer; y ella no va a desviar su proyecto de vida por el hecho de estar embarazada”.

Por otro lado, las respuestas a modo de frases también conocidas ya de la interpretación pro life van en la línea de: “el nasciturus tiene su propia autonomía (que va desarrollando a lo largo de su vida); el padre sí tiene algo que decir si quiere ser coherente con su propia responsabilidad; si la decisión de la mujer es autónoma, ¿por qué emplear profesionales sanitarios y organizaciones sanitarias para curar las consecuencias de esa autonomía y los gastos de todo ello van a cargo de la Seguridad **Social**?”

No por ser respuestas más o menos superficialmente planteadas dejan de entrañar un humus dramático. Porque en el trasfondo del aborto hay profundas sensibilidades morales y afectivas que se ven alteradas y que, además, dificultan un debate sereno y desapasionado: ¿Qué es lo que hace que un ser que no se ve genere esa turbación moral y emotiva, hasta tal punto que provoca dos posturas difícilmente reconciliables: pro choice - pro life?

Si bien la pregunta la trataremos de responder a lo largo del presente trabajo, conviene ahora aclarar lo indicado antes de modo sucinto, y es que hay que matizar que la postura pro vida no significa realmente que esté en contra del aborto (aunque fuera así al principio), sino que más bien es defensora de la vida.

Del mismo modo, hay que matizar también que la otra postura no es que esté a favor de la mujer o, directamente, a favor del aborto; si no que en caso de conflicto, está a favor de la decisión de la mujer.

Lo que hay detrás de ambas posturas es, pues, la siguiente pregunta: ¿qué valor otorgamos a la vida del nasciturus en caso de conflicto?

El contenido de los anteriores análisis se ha obtenido de las siguientes fuentes<sup>3</sup>:

### ANÁLISIS CIENTÍFICO

Aznar, J. & Pastor, L. M. *El estatuto biológico del embrión humano*. En Aznar, J. (Coord.). (2007). *La vida humana naciente. 200 preguntas y respuestas*. Editorial BAC: Madrid. (pp. 21-29)

López, A. (1990). *Ética y vida. Desafíos actuales*. Ediciones San Pablo: Madrid. (pp. 125-151)

López, N. & Iraburu, M. J. (2004). *Los quince primeros días de una vida humana*. Editorial EUNSA: Pamplona (Navarra)

Soria, B. *Si pensase que un embrión es un ser humano, no podría investigar*.

Disponible en:

<http://www.muyinteresante.es/bernat-soria>

### ANÁLISIS FILOSÓFICO

Ballesteros, J. *El estatuto ontológico del embrión*. En Montoya, V. M. & Ortiz D. (Coords.). (2009). *Vida humana y aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*. Editorial PORRÚA: México. (pp. 99-113)

Lucas, R. (2003). *Bioética para todos*. Editorial Trillas: México. (pp. 19-22)

Marías, J. (2009). *La cuestión del aborto*.

Disponible en:

<http://anghara.wordpress.com/2009/03/19/la-cuestion-del-aborto-julian-marias-abc/>

Sádaba, J. (2007). *Investigación con embriones y células madre embrionarias*. (pp. 6-9)

Disponible en:

[http://colegiodebioetica.org.mx/seminarios/2007/Javier\\_Sadaba\\_Investigacion.pdf](http://colegiodebioetica.org.mx/seminarios/2007/Javier_Sadaba_Investigacion.pdf)

Sarmiento, A. (Preparador de la Edición). (2003). *El don de la vida. Textos del magisterio de la Iglesia sobre bioética*. Editorial BAC: Madrid.

---

<sup>3</sup> La fuente recoge el contenido, no quiere decir necesariamente que su autor esté vinculado a una postura o a otra. De hecho, en ocasiones una fuente compara el punto de vista de ambas posturas respecto de un tipo de análisis. Por otro lado, hay textos que contienen la descripción y/o explicación de dos o más análisis, pero hemos optado por indicar las páginas que se refieren a un análisis determinado por concretizar y acotar la cita.

## ANÁLISIS JURÍDICO

Atienza, M. (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Palestra Ediciones, S. A. C.: Lima (Perú) (pp.121-127)

Casado, M., et al. (2008). *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*. Observatori de Bioètica i Dret.

Disponible en:

[http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Interrupcion\\_Embarazo.pdf](http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Interrupcion_Embarazo.pdf)

González Morán, L. (2006). *De la Bioética al Bioderecho*. Editorial Dykinson, S. L. y Universidad Pontificia de Comillas: Madrid. (pp. 387-500)

Martínez, I. *Bioderecho y religión en España: El aborto y la reproducción humana asistida*. Universidad Autónoma de Madrid.

Disponible en:

[http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestion/archivos/07\\_10\\_26\\_984.pdf](http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestion/archivos/07_10_26_984.pdf)

Muñoz Conde, F. (2007) *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Tirant lo blanch: Valencia. (pp. 82-88)

## ANÁLISIS DESDE EL SENTIMIENTO SOCIAL

Arguments.

Disponible en:

<http://www.arguments.es/proyectos/jmj>

Nodo 50 (2010) *Acción “Nosotras parimos, nosotras decidimos”*.

Disponible en:

<http://info.nodo50.org/Accion-Nosotras-parimos-nosotras.html>

En aras a la claridad, en la página siguiente se muestra una tabla donde se describen más pormenorizadamente las distintas interpretaciones que conforman ambas posiciones:

**TABLA 1**

|   | <b>POSTURA PRO CHOICE</b>  | <b>POSTURA PRO LIFE</b>  |
|---|--|--|
| <b>ANÁLISIS CIENTÍFICO</b>                  | <ol style="list-style-type: none"> <li>Hay vida humana después del nacimiento.</li> <li>Hay vida humana antes del nacimiento:               <ol style="list-style-type: none"> <li>Desde los 14 días de la fecundación. Antes, pre-embrión.</li> <li>Desde las 21 semanas.</li> </ol> </li> </ol>      | La vida humana comienza desde la fecundación. El significado biológico de la fecundación es dar inicio a un nuevo individuo. El cigoto es, pues, un viviente (y no una mera célula viva), capaz de desarrollarse a organismo completo por ser una realidad celular intrínsecamente totipotente.                        |
| <b>ANÁLISIS FILOSÓFICO</b>                  | Vida, depende de la autonomía: disponible. Distingue entre ser humano, individuo y/o persona, en función de sus distintas propiedades: pensamiento (autonomía), sentimiento (sufrimiento), voluntad (ambas), relación con los demás (aceptación por los demás).  | Vida, don de Dios: indisponible. Todo ser humano es persona y es digno desde su concepción. Por tanto, no hay distinción, pues al ser humano no se le define (y menos por sus propiedades), sino que se le reconoce como tal.  |
| <b>ANÁLISIS JURÍDICO</b>                    | <ol style="list-style-type: none"> <li>Antes de su nacimiento no tiene derechos.</li> <li>Debe estar menos protegido que otra persona ya nacida.</li> <li>El aborto es un derecho, depende de la mujer ejercerlo o no. Legislarlo fuera del Código Penal.</li> </ol>                                   | <ol style="list-style-type: none"> <li>El derecho a la vida lo ostenta el nasciturus desde su concepción.</li> <li>De ese derecho dependen los demás.</li> <li>El aborto no es un derecho porque se acaba con una vida humana.</li> </ol>  |
| <b>ANÁLISIS DESDE EL SENTIMIENTO SOCIAL</b> | <ol style="list-style-type: none"> <li>El aborto depende de la autonomía y voluntad de la mujer (calidad de vida).</li> <li>Porque es su cuerpo.</li> <li>El hombre no tiene ninguna decisión al respecto.</li> <li>Abortos han habido siempre.</li> <li>Una ley prohibitiva es anacrónica.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>Su vida no depende de nadie, es del propio nasciturus.</li> <li>Se aloja en la madre, no es una parte de su cuerpo.</li> <li>La madre y el padre deben cuidarlo.</li> <li>El aborto es un drama y una cuestión social.</li> <li>Una ley permisiva está ideologizada.</li> </ol> |

Fuente: elaboración propia

Y en el subsuelo de dichas interpretaciones existen dos concepciones antropológicas y existenciales diferentes: entender la vida humana exclusivamente como calidad de vida o como vida ontológica.

De acuerdo con Masiá (2006, p. 11), “las divergencias en el tratamiento ético de los problemas relacionados con la vida humana radican en diferencias fundamentales en la postura antropológica que, explícita o implícitamente, nos apoya”.

Toda esa turbación intelectual ha sido la que ha motivado la interrupción de la línea de investigación que se dejó abierta en el DEA y la concentración en el estudio sobre el aborto.

Ello no quiere decir ni que se haya dejado de lado la investigación sobre el derecho a la vida (de ahí la continuidad), ni que se aparte definitivamente la investigación sobre la eutanasia, sino que en este último sentido se sigue dejando la línea abierta para retomarla en el momento social oportuno y después de defender la presente Tesis Doctoral. De hecho, como es sabido, el pasado año 2010, el Ministro Portavoz del Gobierno español anunció la intención del Gobierno de promulgar una futura ley sobre la muerte digna<sup>4</sup>.

Por último, hemos de añadir que nuestra pretensión en el presente exordio ha sido alcanzar un triple objetivo: 1) Mostrar la complejidad del fenómeno del aborto, y que éste puede ser abordado desde distintas perspectivas. 2) Describir cuál es el planteamiento actual del aborto a través de las dos categorías o posiciones básicas que existen hoy ante él, según el paradigma interpretativista. 3) Extraer una de las interpretaciones que conforman tal tipología.

Así pues, de lo que se trata a partir de ahora es de escoger una determinada y concreta interpretación de las indicadas en el cuadro anterior, la jurídica; justificar su elección; y analizarla, después, según el diseño de Investigación que ha guiado el presente trabajo.

---

<sup>4</sup> Con el advenimiento de la 10ª legislatura y con el consiguiente cambio de Gobierno con fecha 20 de noviembre de 2011, esa Ley no ha sido promulgada.



**PRIMERA PARTE**

**TEORÍA DEL BIODERECHO O  
INTRODUCCIÓN AL BIODERECHO  
(FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MENOR)**



## **INTRODUCCIÓN**



## **1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1. IDENTIFICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN. SU FORMULACIÓN EN EL TÍTULO Y EN EL SUBTÍTULO**

Una vez hallada la realidad social del aborto como primer acercamiento nuclear al objeto de investigación de la Tesis, motivada por la experiencia personal e intelectual acabada de describir, y la mostración de las distintas interpretaciones sobre el mismo, la tarea siguiente ha consistido en ir delimitando y acotando dicho objeto para, buscando la parte de esa realidad social objeto de nuestro interés, llegar a la cuestión que, finalmente y por un lado, ha guiado la línea de investigación; por otro lado, ha desechado otras, identificado paulatina y concretamente su objeto; y, por último, ha servido finalmente de catalizador para la formulación de los objetivos y de la hipótesis.

De ahí que los objetivos que se han pretendido alcanzar en este apartado son: A) Motivos de la elección del objeto de investigación. B) Acotación del objeto de investigación.

Todo ese iter disquisitionis acabado de describir ha pasado por las siguientes fases de acotación temática:

#### **1.1.1. PRIMERA ACOTACIÓN: MARCO ACADÉMICO**

La primera acotación ha consistido en delimitar la ciencia social académica dentro de la cual circunscribir la investigación. Entre las dos posibilidades viables, dados los estudios superiores realizados de Teología y Derecho, se optó por la segunda, desistiendo de la tarea teológica (lo cual no ha impedido el estudio de la misma). El motivo fue la expectativa legislativa generada por el *Informe* indicado supra, expectativa que requería más bien el estudio desde el enfoque jurídico.

Dentro de él se mantuvo la duda de si, por motivos de interdisciplinariedad, se debía ampliar el estudio a las ciencias biológicas y médicas. Esta duda ha sido finalmente despejada, como aclararemos más adelante.

### **1.1.2. SEGUNDA ACOTACIÓN: ESPECIALIDAD JURÍDICA**

La siguiente fase ha consistido en elegir qué especialidad jurídica tomar para su estudio, ya que en el terreno del Derecho, el aborto también es una cuestión que puede ser analizada de modo multidisciplinar e interdisciplinar. De hecho, en este sentido, el aborto puede ser abordado desde varias especialidades jurídicas: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Sanitario, Filosofía del Derecho, entre otras.

#### **A. DERECHO CONSTITUCIONAL**

El Derecho Constitucional dedica al tema del aborto, o más propiamente al tema del derecho a la vida, los derechos y libertades siguientes: valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), principio de legalidad (artículo 9.3), dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, e interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales conforme a la Declaración de Derechos Humanos y a los Tratados Internacionales (artículo 10), derecho a la vida (artículo 15), derecho a la igualdad (artículo 14), a la libertad y la objeción de conciencia (artículo 16), a la intimidad (artículo 18), a la protección de los niños y las madres (artículos 39.2 y 39.4), a la protección de disminuidos físicos y psíquicos (artículo 49), a la obligación de tutela y garantía de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos, las cuales deben informar su legislación desde el ordenamiento vigente y al amparo de la Constitución (artículo 53.1 y 53.3).

Además, las Sentencias que se han dictado por nuestro Tribunal Constitucional en esta materia son: STC, nº 75/84, de 27 de junio; STC, nº 53/85, de 11 de abril; STC, nº 70/85, de 31 de mayo; STC, nº 212/96, de 19 de diciembre; STC, nº 116/99, de 17 de junio. Dichas Sentencias han sido analizadas y tomadas en consideración, pero no desde el punto de vista del Derecho Constitucional, si bien éste ha sido trabajado debido a su carácter transversal. Este carácter ha tenido más peso y ha sido el que ha hecho desistir del Derecho Constitucional como estudio exclusivo y excluyente en el presente trabajo.

#### **B. DERECHO PENAL**

Por su parte, el Derecho Penal estudia el aborto como delito autónomo en sus artículos 144 a 146 y 417 bis del Código Penal<sup>5</sup>, además de analizar otros delitos afines, como el delito de lesiones al feto (artículos 157 y 158 del referido Código) y los delitos de manipulación genética (artículos 159 a 162 del mismo Cuerpo Legal).

---

<sup>5</sup> Hay que tener en cuenta la reforma operada por la Ley 2/2010, que en su Disposición Adicional Primera, números uno, dos y tres, ha modificado tales artículos, incluyendo otro (el artículo 145 bis), y derogando el artículo 417 bis del Código Penal.

El *Informe del Comité de Expertos* contiene un título ciertamente largo y, del mismo, la frase que primero generó la cuestión catalizadora de la investigación fue la contenida en la segunda parte del mismo: *Propuestas para una nueva regulación*. La pregunta a estudiar nacía necesariamente de esa frase, concretándola en la formulación al principio indicada: *¿Por qué el aborto era antes un delito y ahora podía pasar a ser un derecho?* En principio, la especialidad elegida fue la del Derecho Penal.

Sin embargo, existe abundante documentación científico-jurídica sobre el delito de aborto, motivo por el cual la aportación de la presente Tesis a la comunidad científica sería escasa si no nula. Habiendo sido apartado el Derecho Penal como marco teórico de la Tesis, la cuestión prístina también lo fue, debiendo ser reformada y reformulada.

### **C. DERECHO CIVIL**

Por su parte, las materias de Derecho Civil que afectan al aborto son las relativas a la persona (Libro Primero del Código Civil), la personalidad, la capacidad, el nacimiento (artículos 29 al 34 del mismo Libro), el derecho de familia y en concreto las relaciones paterno-filiales (Título VII del mismo Libro), las donaciones (Título II del Libro Tercero), y las sucesiones (Título III del mismo Libro).

Si bien es cierto que esas materias tocan de fondo el tema del aborto, no es menos cierto que también hay abundante bibliografía al respecto, motivo por el cual esta opción también fue desechada.

### **D. DERECHO SANITARIO**

El Derecho Sanitario se ocupa del aborto en aspectos como el derecho a la salud sexual y reproductiva, la píldora del día después, la responsabilidad civil sanitaria, o la organización de las Instituciones Sanitarias.

Pero el Derecho Sanitario es todavía muy joven, en el sentido concreto de que no está lo suficientemente estructurado y organizado, por lo que también se acabó por desistir de él, fundamental y precisamente porque la falta de estructura afectaba a la metodología de investigación del presente trabajo.

### **E. FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Falta por considerar la opción relativa a la Filosofía del Derecho, opción por la que se consideró en un primer momento (aunque fue posteriormente orillada, como veremos más tarde). Desde ella tratábamos de responder a la siguiente pregunta: *¿qué relación puede tener la Filosofía del Derecho con el cambio legislativo que se estaba produciendo en el ordenamiento jurídico español en relación con el aborto?*

La respuesta ha de comenzar por el motivo de la elección de esa especialidad.

La razón de la misma se basa en que la Filosofía del Derecho es aquella por la que mostramos más interés, toda vez que en ella incide más nítidamente la Ética en el Derecho y, por ende, es la disciplina en la que más propiamente convergen los estudios jurídicos y teológicos.

Y es que más allá de un interés exclusivamente especulativo, científico, lo que buscábamos era la especialidad que exigiera una mayor implicación personal. La respuesta a ese compromiso lo encontramos en esta especialidad jurídica, por su relación con la ética y, sobre todo, con la vida humana y, por ende, con la dignidad humana. Aspectos todos ellos que inciden de lleno en el tema del aborto.

Tiene razón Serrano Ruiz-Calderón (2005, p. 103) al decir que hoy la ética sirve para criticar a la Ley, más que para alcanzar la excelencia moral personal: “En el debate moral contemporáneo (...) los discursos morales se dirigen, preferentemente, a la transformación de la legislación”.

La tarea investigadora ha requerido desde entonces recabar información, registrarla y organizarla, con el fin de realizar recensiones acompañadas de aportaciones críticas sobre documentos bibliográficos de prestigiosos juristas, fundamentalmente españoles (dado que lo que me interesa es la situación del aborto en España).

En ese momento del proceso de investigación, el criterio que se ha seguido ha sido (y sigue siendo) el aportado por la dimensión tridimensional del Derecho, es decir, los elementos constitutivos del mismo: hecho social, norma y valor.

La metodología utilizada ha tenido un sustrato descriptivo y hermenéutico, permitiéndose una reflexión crítica de la documentación registrada y ordenada según el criterio mencionado.

La muestra recogida para la investigación ha quedado delimitada por autores juristas españoles, y excepcionalmente de estudiosos del Derecho en otros países, con libros publicados desde 1961 hasta 2010.

La intención era poner el límite temporal mínimo e inicial en la Constitución Española de 1978, pero el libro de Herbert Hart titulado *Concept of Law*, publicado en 1961 ha hecho necesario retrotraernos a esta fecha.

El resultado fue la acotación de cuatro líneas de trabajo a investigar que, resumidamente, han sido las siguientes: 1) Investigar si en la ciencia iusfilosófica española se está reflexionando sobre el Derecho desde una perspectiva de carácter reduccionista. 2) El grado de calado que tenía esa perspectiva en el sentimiento jurídico de la ciudadanía. 3) Sus implicaciones sobre el nasciturus.

Con todo, es importante anticipar qué entendemos por la expresión *reflexión de carácter reduccionista*, sobre todo en aras de clarificar la pregunta de investigación que más tarde se formulará.

Es aquella que, partiendo de la teoría tridimensional del Derecho y con la intención primera de interrelacionar los tres elementos, acaba explicando y construyendo el mismo desde la dimensión axiológica y/o desde la dimensión social, relegando por tanto la dimensión normativa.

Llegados a este punto, y como acercamiento a la siguiente fase en la acotación del objeto de la Tesis, la cuestión principal a investigar requería ser reformada y, por ende, necesitaba ser reformulada, y hacerlo además en un doble sentido.

Ya no se trata de si el aborto va a ser o no un delito, sino de si en el sustrato axiológico y sociológico de la sociedad española, el aborto había pasado de ser un ilícito moral a ser un valor y, por lo que a la investigación importa, si tal antecedente se comprueba, cuáles son sus consecuencias para el Derecho, en concreto: cómo tratar al nasciturus y, por ende, cómo y cuánto protegerlo.

Más importante aún, y este es el segundo sentido, una vez respondida la cuestión tal y como ha sido formulada, lo que nos interesa es sobre todo averiguar la causa de ese cambio operado en lo social, en lo axiológico y en lo normativo desde el punto de vista iusfilosófico.

Dado que, en el fondo, lo que ocupa el centro de nuestro interés es la defensa de cada vida humana, sobre todo desde su comienzo, como compromiso personal y profesional producto del estudio del aborto, efecto ya descrito ab initio, la acotación temática se circunscribe en el nasciturus; pero, más en concreto, en su protección jurídica.

### **1.1.3. TERCERA ACOTACIÓN: TÍTULO DE LA TESIS Y ESPECIALIDAD JURÍDICA ESCOGIDA PARA ABORDARLA**

Es importante aclarar esta nueva y definitiva fase de acotación del objeto de investigación, formulada en el título de la Tesis.

No se aborda el estudio del nasciturus en sí mismo, en cuanto tal, porque eso llevaría necesariamente al estudio pormenorizado de la biología y la medicina, ciencias que, aunque se han tenido en cuenta a la hora de abordar el trabajo, escapan a nuestra formación cuando la finalidad de la misma es incluirlas en una Tesis Doctoral.

El objeto que interesa estudiar es, pues y en concreto, la protección jurídica del nasciturus, puesto que éste puede quedar en indefensión jurídica ante la posibilidad real del advenimiento del nacimiento del *aborto libre* en la realidad social y normativa española después de la publicación del meritado *Informe* emitido por el Ministerio de Sanidad, y teniendo en cuenta el contenido del mismo y la posterior Ley 2/2010.

Por eso la primera parte del título de la Tesis es *La protección del nasciturus*. Sin embargo, dicho título debe ser todavía más especificado y articulado, lo que pasamos a aclarar a continuación, identificando y justificando el subtítulo.

Como se ha dicho, en el referido documento oficial se informaba de la viabilidad legal e incluso constitucional del *sistema de plazos*, con los evidentes efectos de indefensión jurídica en detrimento del nasciturus. En otras palabras, que cada ser humano que iba a nacer a partir de la publicación de ese documento ministerial, en el concreto tramo de su vida que transcurre desde el comienzo cronológico y existencial de la misma hasta sus catorce primeras semanas, corría el riesgo de poder ser terminado provocadamente; y ello al amparo de la, por aquel entonces, virtual futura Ley.

No ha sido sino esta última consideración la que ha causado el cambio de título de la Tesis, aprovechando el carácter abierto y cambiante de la realidad sobre la que recae la investigación en Ciencias Sociales, como es el caso de la Ciencia del Derecho.

Como viene a indicar Castro Noguiera, Castro Nogueira & Morales Navarro (2005, pp. 54, 66-67), a pesar de que la hipótesis ha de estar bien determinada, no hay que olvidar que lo que se investiga son acciones sociales; y en ciencias sociales la realidad está viva, es cambiante, por lo que las hipótesis son más bien estimaciones. Ello es así porque los objetos sobre los que investigan las ciencias sociales son no terminados, no definitivos, inconclusos; además, pueden ser múltiples y a veces contradictorios, de ahí que la investigación en ciencias sociales sea un campo abierto. En ciencias sociales el hombre es objeto y sujeto de investigación.

De hecho, si en un principio se esperaba un análisis especulativo realizado con interés profesional, tal espera se había transformado en un estudio más implicado y de un calado existencial aún mayor.

Por otro lado, hemos de advertir ahora que más que descartar, hemos orillado la filosofía del derecho como especialidad jurídica a considerar en la presente Tesis, decantándonos más nuclearmente por el Bioderecho.

En ese momento de la investigación, la Filosofía del Derecho en sí misma considerada de modo exclusivo y excluyente había dejado de responder a las nuevas expectativas, entendiéndose más coherente con las mismas el abordaje del estudio del aborto desde la perspectiva de la Bioética, pues ella incide de lleno, no ya en la vida (que, evidentemente incide plenamente), sino en la misma identidad del ser humano (D'Agostino, 2003, p. 65: "la bioética (...) nos impone, pues, la pregunta esencial sobre nuestra identidad") y, consecuentemente, en los derechos que inherentemente tiene y le protegen, como más tarde se intentará acreditar.

Pero es necesario remarcar que aunque el marco teórico de la presente Tesis es el Bioderecho, la llamada a la Teoría del Derecho o la Filosofía del Derecho obedece, por un lado, a su evidente relación con el mismo, pues, como tendremos ocasión de comprobar, los avances biotecnológicos y biomédicos han obligado a repensar sobre qué es el Derecho y su relación con el resto del universo, que es el paso que da el Bioderecho (que hace el mismo ejercicio reflexivo); y, por otro lado, como se verá en el momento oportuno, a la comprobación del hecho de que las características que distinguen a una determinada concepción del Derecho, concretamente la que hemos llamado Relativismo Jurídico, se encuentran en la biotecnología relativa al inicio de la vida.

La inclusión de la Bioética en la presente Tesis ha abierto una posibilidad de diálogo positivo en torno al aborto con el fin de poder llegar a acuerdos entre los partidarios del mismo y los que no están de acuerdo con él (entre los que me encuentro).

Esta visión positiva ha enervado el riesgo de la mirada negativa que ha rodeado el trabajo desde el principio, dotando de mayor objetividad a la investigación en la medida de lo posible.

La Bioética unida a la Filosofía del Derecho exige una mayor reflexión crítica constructiva, sobre todo a la luz de la dignidad humana y de los Derechos Humanos, aprovechando las ventajas de su multidisciplinariedad e interdisciplinariedad. Pero sobre todo y fundamentalmente, la utilización del diálogo, más en concreto la deliberación, como herramienta bioética imprescindible para, esperamos, llegar a consensos en una sociedad democrática y plural como la nuestra. Ese diálogo, deliberación y consenso deben ser las fases previas a dictarse una Ley de contenido bioético.

Pero la aparición de la Bioética, y ahora más en concreto del Bioderecho, ha generado en la ciencia jurídica una serie de preguntas sobre la esencia de la misma que necesitan ser respondidas.

En efecto, como más adelante se tratará con más detalle, los avances biotecnológicos han requerido de la respuesta del Derecho, pero ¿el Derecho es capaz de dar una respuesta tal y como ha sido concebido hasta ahora, o esos avances le han pillado por sorpresa, es incapaz de dar respuesta y, por consiguiente, lo que necesita primero es repensarse a sí mismo?

De ahí que el abordaje de tal finalidad cognoscitiva haya tenido que estar anclada en la disciplina del Bioderecho, marco teórico de la presente Tesis que será analizado con mayor profundidad más adelante.

Por otro lado, nos circunscribimos al caso español, sobre todo en cuanto a la biogislación analizada, dejando una línea de investigación abierta para realizar un estudio de biogislación comparada.

La postrera pretensión de este trabajo es, por tanto, la siguiente: a partir de toda esta compleja reflexión y deliberación biojurídica, por lo que aquí importa, y, debido a todos los riesgos apuntados, intentar conseguir una mejor protección jurídica al nasciturus, y haciéndolo desde la dimensión tridimensional del Derecho, pero considerada en su justo equilibrio (si es factible).

De tal modo que si nos remitimos al cuadro arriba expuesto, el objeto de investigación entraría dentro de la interpretación llamada análisis jurídico, aunque veremos al final del presente trabajo científico si se referirá a categoría, postura o tipo pro choice o pro life.

#### **1.1.4. CUARTA ACOTACIÓN: SUBTÍTULO DE LA TESIS**

El primer elemento de la Teoría Tridimensional del Derecho es el hecho social, entre otras razones porque hay que examinar, antes de la elaboración de una Ley, si es eficaz socialmente realizar una reforma legal para adecuar lo más posible el contenido de la misma a la realidad social de los tiempos.

Este es el motivo por el cual algunos autores entienden que debe existir un cuarto elemento, el elemento histórico (Pérez Luño, 2005, p. 40).

Desde esta perspectiva es comprensible suponer que si ha habido una reforma legislativa con el contenido que refleja la Ley 2/2010 es que el sentimiento moral y

jurídico de la sociedad ve como correcta la práctica del aborto o, al menos, valora sobre todo, incluso sobre el nasciturus, la autonomía de la mujer para la toma de decisiones en esta materia y la consiguiente plasmación de ambas realidades sociales en una Ley.

Los datos que aportan la sociología y la estadística no harían sino confirmar ese hecho social, de tal modo que la norma debe reflejarlos sin mayor reflexión. Es más, desde este enfoque, la misión del Derecho constituiría simplemente en dotar a esa realidad social de un marco jurídico adecuado.

Siendo así las cosas, por tanto, el Derecho se limitaría a ser un mero apoyo normativo al hecho social, sin mayores reflexiones jurídicas, las cuales, si fueran contrarias a ese sentimiento social, merecerían el calificativo de inmorales y, por ende, antijurídicas (cuando no ilegales).

Este panorama era el que nos esperábamos encontrar antes de realizar la investigación. Y, de hecho, no pocos juristas muestran tal preocupación. Como ejemplo, las líneas de Serrano Ruiz-Calderón (2005) son elocuentes:

Se ha dicho que la inclinación contemporánea es hacia el sociologismo moral. Según esta tesis, se trataría de identificar la moral común en la sociedad y actuar en consecuencia; esto es, adoptar una actitud coherente con el no cognoscivismo ético. Sino es posible diferenciar la moral correcta, según un parámetro compartido, al menos podremos definir la moral mayoritaria. (p. 117)

Sin embargo, como ya anticipábamos al exponer el núcleo central de la presente Tesis pero respondiendo ahora a la pregunta “cómo”, nuestra sorpresa ha sido descubrir que la influencia de la Ley en la sociedad es mucho mayor de lo que suponíamos en un primer momento, sobre todo en materia bioética.

En este sentido conviene recordar que al anticipar dicho núcleo de la Tesis en la página 10 decíamos que el origen de la citada influencia está en las Academias: hay Leyes que nacen de informes de Ministerios pero que están elaborados por Comisiones de Expertos, algunos de ellos formados en determinadas Academias o que forman parte de ellas.

Profundizando más en ello, conviene explicar, si quiera brevemente que una de las funciones del Derecho es la orientación de conductas o pedagogía legislativa, y en estas materias tal función se ha sobredimensionado hasta tal punto que influye en el sentimiento jurídico de la sociedad.

En este campo, además de lo dicho en relación a las Academias, la presión de ciertos grupos de interés, unida al biopoder y a la biopolítica (más preocupada por la negociación que por el diálogo) convierte el Bioderecho en un tuciorismo político-moral que tiende a influir, cuando no a dirimir, en los dilemas éticos y sociales mediante la Ley.

Esto tiene una consecuencia: hemos pasado de reflexionar jurídicamente el análisis de la realidad social, a contaminar el tono moral de esa misma realidad social

mediante la utilización ideológica de la Ley, reduciendo cada vez más las líneas separadoras entre la Moral y el Derecho.

En este sentido, otra vez Serrano Ruiz-Calderón:

Desde nuestra condición de juristas, se hace evidente en el actual debate cierta moralización, realizada en forma aparentemente jurídica, pero que no mantiene la atención del Derecho al dato real u objetivo, a la consecuencia y a la atribución de bienes. (p. 117)

En la misma línea argumentativa, al preguntarnos de dónde nace la Ley, no nos parece (una vez realizada la investigación) que nazca sólo del hecho social sin más, sino que detrás y delante de algunas normas, particularmente las de contenido bioético, existe un iter político-moral que tiene su inicio en las Academias (sobre todo las Universidades) como lugar natural de reflexión teórica.

El punto de partida es pues ese marco teórico, y el punto de llegada es el sentimiento jurídico de la sociedad. Se pretende así que el Derecho sea motor del cambio social.

De ahí el subtítulo de la Tesis: *De la teoría a la praxis*.

Por último, hemos de indicar que nuestra intención, al hacer el proyecto de investigación, era ampliar esta al estatuto epistemológico del Derecho, pues entendíamos (y seguimos entendiendo) que la reflexión reduccionista actual, sobre todo la del Relativismo Jurídico, alcanza al citado estatuto. Sin embargo, hemos postergado tal investigación por motivos metodológicos, pues excede la acotación del objeto de la Tesis, lo cual no impide dejar abierta la pregunta abierta: en el fondo, ¿lo que está en juego es el mismo estatuto epistemológico del Derecho?

### **1.1.5. QUINTA ACOTACIÓN: LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

La pregunta de investigación en el presente trabajo es, pues, doble:

1. ¿La reflexión biojurídica española está teniendo hoy un carácter más reduccionista?
2. En el caso de ser así, ¿tiene consecuencias sobre la protección del nasciturus? Y, si las tiene, ¿cómo?

Si la consecuencia es, o puede ser, su insuficiente protección, lo que se pretende es proponer una alternativa, concretamente la del equilibrio entre las tres dimensiones de lo jurídico, con la finalidad de que el nasciturus esté mejor protegido legalmente.

Ese equilibrio lo hemos encontrado en las reflexiones de Vidal, Pérez Luño, Ollero, Aparisi, León Correa y, sobre todo, John Finnis: lo que se ha venido en llamar Iusnaturalismo Deontológico o Nueva Escuela de Derecho Natural.

Hemos de reconocer también que la obra de Kelsen<sup>6</sup>, o más bien su intención de extraer lo político de lo jurídico, ha influido, y no poco, en las páginas del presente trabajo.

Por lo demás, y hasta ahora, el criterio que se ha seguido para identificar el objeto de la investigación en este momento de la presente Introducción ha sido el cronológico, es decir, describiendo y explicando las fases por las que ha pasado el proceso de investigación.

Para una mayor claridad expositiva, pasamos ahora a elaborarlo de modo sucinto, esquemático, y en forma de tabla, a modo de progresivo acercamiento y acotamiento temático hacia la definitiva delimitación de la identificación del problema objeto de investigación.

**TABLA 2**

| <b>ACOTACIONES</b>         | <b>CONTENIDO</b>   |
|----------------------------|--|
| OBJETO NUCLEAR DE LA TESIS | El aborto y la protección del nasciturus   |
| PRIMERA ACOTACIÓN          | El Derecho como ciencia social en la que circunscribir el objeto de investigación                          |
| SEGUNDA ACOTACIÓN          | Qué especialidades jurídicas se han descartado para abordar la cuestión                                    |
| TERCERA ACOTACIÓN          | Título de la Tesis y especialidad jurídica escogida: la protección del nasciturus en el Bioderecho español |
| CUARTA ACOTACIÓN           | Subtítulo de la Tesis: de la teoría a la praxis  |
| QUINTA ACOTACIÓN           | La pregunta de investigación   |

Fuente: elaboración propia

## **1.2. PERTINENCIA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Hasta ahora hemos intentado explicar el proceso a través del cual se ha llegado a identificar y justificar el título de la Tesis y su subtítulo; así como cuáles han sido las fases por las que hemos pasado para confeccionar la cuestión a investigar y que motiva la hipótesis a proponer, hipótesis que se indicará en su momento metodológico oportuno.

Sin embargo, puede pensarse por buena parte de los lectores que el tema del aborto ya no es un objeto de interés tan importante como para elaborar una Tesis, sobre todo desde la promulgación de la Ley 2/2010.

Es más, desde que ha entrado en vigor la citada Ley, y conforme al contenido de la misma, la respuesta a la pregunta sobre la protección del nasciturus en España viene ya dada. Pero conviene analizar esta reflexión con mayor detalle. De hecho, en este

<sup>6</sup> Más en concreto su libro *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Esa intención es expresamente manifestada por Legaz en el prólogo de la edición española, concretamente en la p. 15: “él quiere darnos una teoría antiideológica”.

momento nuestra pretensión es doble: A) Demostrar la relevancia del objeto de investigación. B) En función, sobre todo, de la actualidad del mismo.

En este sentido, de entrada, la entonces situación de espera de una nueva regulación podía haber servido de catalizador para un diálogo sereno, constructivo, abierto, democrático y científico. Pero ciertos sectores, de uno y de otro signo, han impedido que esto fuera así<sup>7</sup>.

Con todo, es cierto que el autor de estas páginas también tiene una postura concreta y determinada, más cercana a la denominada pro life, pero ello no ha impedido realizar la investigación con toda la honestidad intelectual que ha sido posible.

En cualquier caso, desde que se publicó el meritado *Informe*, y la posterior andadura en la tramitación legislativa, se ha dado a entender por parte de ciertos sectores ideológicos que el sustrato axiológico de la sociedad actual requería una nueva legislación y, por ende, mantener el artículo 417 bis y concordantes del Código Penal estaba vulnerando la eficacia social de la norma. Esto estaba acreditado por el análisis estadístico que se incluye en el *Informe*<sup>8</sup>, todo lo cual requería, por tanto, de una reforma abierta del delito de aborto.

La situación generada hacía ver la evidencia de que se requería una nueva ley que incluyera un sistema de plazos, que se entendía más acorde con la evolución de los tiempos, por lo que, en lo que aquí respecta, trabajar en una Tesis sobre el aborto no aporta nada nuevo, no vale la pena, no es útil para la comunidad científica. El resultado se conoce de antemano: depende de la postura que se tenga, con la promulgación de la Ley 2/2010, el nasciturus en España no está protegido o, por el contrario, lo está suficientemente. Ha acabado la investigación.

Sin embargo, nosotros entendimos y seguimos entendiendo que suponer la evidencia sobre la certeza de una ley de plazos (o de un sistema mixto) como la opción jurídica más adecuada para la sociedad española, no es precisamente una base científicamente sostenible. Es más, esa suposición va en contra de la característica abierta y evolutiva propia de la ciencia y de su investigación.

Como se ha dicho antes, el tema del aborto tiene una existencia vetusta, pero su estudio e investigación aporta nuevas cuestiones que deben ser respondidas, sobre todo dados los avances biotecnológicos, muchos de los cuales influyen directamente en el inicio de la vida (diagnóstico genético preimplantacional, FIV, maternidad subrogada, píldora RU-486,...) y, consiguientemente, en el derecho a la vida.

La investigación que realizamos no servirá para resolver toda la cuestión, pero al menos sí para comprenderla mejor y reconocer, cuando menos, que *no está todo dicho definitivamente*. Sigue siendo una cuestión abierta.

---

<sup>7</sup> Esto continúa ocurriendo. De hecho, y sin ir más lejos, el 20 de enero de 2013, en la edición digital de "El País" podemos leer: "El Gobierno elige con criterios ideológicos retrógrados a los expertos en bioética que deben pronunciarse sobre leyes como la del aborto".

<sup>8</sup> Concretamente en la p. 7 del Informe.

Una investigación científica debe, al menos, exponer y, si se puede, demostrar que las conclusiones dejan líneas de investigación abiertas para futuros proyectos. Declarar de antemano que el aborto no es válido para una Tesis porque ya no se puede decir nada nuevo o porque es evidente que los valores de la sociedad han cambiado es ir en contra de las características metodológicas más elementales de la investigación científica.

Es más, la evidencia de que no tiene sentido realizar una Tesis sobre el aborto, es de por sí una base consistentemente motivadora para iniciar una investigación.

En efecto, volviendo una vez más al *Informe*, desde que se publicó este, el tema del aborto ha generado una amplia discusión entre los partidarios de su permisión legislativa y los que no estaban de acuerdo con que se convirtiera en un acto lícito, y ha llenado ríos de tinta en periódicos, ha sido objeto de programas de televisión, entrevistas a políticos y debates entre ellos, se han publicado informes científicos cuyos autores han presentado dichos documentos a la Ministra de Igualdad... en suma, el debate está en muchos subsistemas de la sociedad.

El trámite parlamentario, la aprobación de la Ley 2/2010 y su posterior publicación han dotado de relevancia y actualidad al aborto. Tan es así que en estos momentos queda pendiente la revisión por vía de Sentencia del Tribunal Supremo ante el recurso formulado por el Grupo Parlamentario del Partido Popular<sup>9</sup>.

A los meros efectos clarificadores, pero sobre todo porque va a ser importante para la investigación, como más tarde se verá, describimos ahora a modo de esquema las fases por las que ha pasado la tramitación legislativa y jurisprudencial:

1. Informe del Comité de Expertos.
2. Anteproyecto.
  - a. Informe del Consejo Fiscal, conforme al artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
  - b. Informe del Consejo General del Poder Judicial
3. Proyecto.
4. Ley Orgánica 2/2010.
5. Recurso.
6. A día de hoy, pende la Sentencia del Tribunal Constitucional y la reforma del actual Ministro de Justicia.

Así pues, el nasciturus, escondido en el seno materno, a quien una parte de la sociedad no le otorga validez social, axiológica y/o jurídica, es quien está generando relevancia, actualidad y, por lo que aquí importa, pertinencia a la hora de elaborar un estudio científico: ¿qué tiene un ser tan diminuto e “invisible a simple vista” que es capaz de generar tanta polémica?

De tal modo que ha habido un cambio social, axiológico y legislativo en España en torno al aborto. Un tema que podía parecer superado, ha cobrado actualidad en virtud de ese cambio. Es un fenómeno científico lo suficientemente relevante como para

---

<sup>9</sup> Hay que tener en cuenta, además, que el actual Ministro de Justicia, Sr. Ruiz Gallardón, ha anunciado una reforma de la Ley 2/2010.

constituirse en base consistente para dotar de pertinencia al objeto de la presente Tesis. Ese cambio obedece a una causa o, mejor, a una serie de causas que, sino todas, algunas requieren ser sacadas a la luz y evaluarlas con el fin de comprenderlas, interpretarlas con sesgo crítico, si cabe, y explicarlas mejor.

De hecho y, tomando como ejemplo el dato social, la constatación de ese cambio ha venido avalada por análisis estadísticos, pero este análisis no es un argumento válido de por sí que dé razones del cambio: por insuficiente, no por carecer de validez.

Con ello se está queriendo decir que con un análisis estadístico parece que ya está todo dicho: hay un número elevado de abortos en España, por lo que es lógico que se legalice su permisión; pero a nadie se le escapa la subjetividad de que adolecen algunos estudios estadísticos en este campo. Este es el sentido que hemos querido dar supra cuando hemos hablado de la certeza parcial que tiene la afirmación “cambia la valoración social del aborto, cambia la legislación sobre el aborto”.

Esta última afirmación, que puede resultar desproporcionada y su inclusión en un trabajo científico puede calificarse de incorrecta, ya la puso de manifiesto Vila-Coro (2003). La cita es larga, pero merece la pena incluirla aquí para evitar equívocos sobre su falta de objetividad:

El lenguaje de los números también se ha manipulado. A partir de los años 70 han circulado cifras que, más allá del rumor, se recogen en la Enciclopedia Espasa: “300.000 abortos clandestinos anuales, realizados en pésimas condiciones sanitarias con un saldo de 3.000 muertes. Otras 10.000 acuden a Londres sin contar los que se llevaban a efecto en otros países”. Se repetía, en la década de los 70 y primeros de los 80, que sólo las mujeres acaudaladas tenían medios para salir de España y recibir asistencia en clínicas extranjeras. La falta de recursos económicos condenaba a las otras a sufrir la carencia de atención asistencial con el resultado de complicaciones, secuelas para la madre e incluso la muerte. Un informe del Fiscal del Tribunal Supremo, Herrero Tejedor, en 1974, calcula la misma cifra de 300.000 abortos clandestinos en España.

Las estadísticas han demostrado la falsedad de tales afirmaciones. A partir de la despenalización, se han registrado, según el Ministerio de Sanidad: en 1985: 9; en 1986: 467; en 1987: 16.766; en 1988: 26.069; en 1989: 30.552; en 1990: 37.213; en 1991: 41.910; en 1992: 44.962; en 1993: 45.503; en 1994: 47.832; en 1995: 49.367; en 1996: 51.002; en 1997: 49.578; en 1998: 53.847; en 1999: 58.399 y en 2000: 63.756. Como se puede observar la escandalosa desproporción con la realidad muestra, por sí misma, una intención mendaz. Se afirma la necesidad de regular un hecho social inexistente que se presenta, engañosamente, como cierto, sobre la base de que el control reducirá su número. (pp. 117-118)

En el mismo sentido se manifiesta Gafo (2004):

Cuando se ha producido el debate social sobre el tema del aborto, las oscilaciones de las cifras han sido muy importantes entre los partidarios

de políticas liberadoras de esa práctica –que tendían a amplificar esas cifras- y los que se oponían al aborto, que daban números muy inferiores. La experiencia parece haber probado siempre que la realidad social del aborto no era numéricamente tan importante como la que indicaban los favorables a su legalización o despenalización. En efecto, incluso con legislaciones muy liberales respecto del aborto, la realidad numérica posterior a su despenalización ha sido bastante inferior a la que se afirmaba precedentemente. (pp. 41-42)

Así pues, el aborto sigue siendo una cuestión abierta y actual, por los avances biotecnológicos que influyen en el derecho a la vida (en este caso, en el inicio de la misma), y, sobre todo, porque si la entrada en vigor de una Ley genera tanta expectación e interés social, es que el tema del aborto continúa estando vigente.

### **1.3. ACOTACIÓN DE LOS ASPECTOS ESPECÍFICOS O MODALIDADES DE CÓMO SERÁ EXAMINADO EL OBJETO DE LA TESIS**

Lo que intentamos conseguir ahora es anticipar a modo de esquema-resumen introductorio y ordenado lo que se va a decir en cada capítulo.

Para ello, hemos de empezar diciendo que la Tesis que defendemos en el presente trabajo es que la biolegislación influye en el sentimiento jurídico de la sociedad, al menos en lo que se refiere a la protección jurídica del nasciturus; y esa biolegislación –cargada de biopolítica- hunde sus raíces en las Academias.

Con el fin de llegar a ese resultado, en el presente trabajo hemos empezado por delimitar el marco teórico en el que encuadrar nuestra investigación. Así, dicho marco teórico –que constituye el capítulo primero- es el Bioderecho, pero para llegar a él hemos tenido que empezar a hablar de bioética, sin la cual el bioderecho no hubiera existido. Hemos delimitado la naturaleza, el objeto y, sobre todo, su distinción de la bioética, reflejando las dificultades de esta última delimitación. En el fondo, no ha sido sino trasponer la vetusta distinción entre moral y derecho, adaptándola a las peculiaridades propias de la bioética y el bioderecho. Hemos acabado definiendo el mismo y purificando la terminología apropiada, apostando por el término ya dicho, el de bioderecho.

El capítulo segundo ha estado dedicado al estado de la cuestión, es decir, quién, qué y dónde ha escrito sobre el objeto de investigación de la presente Tesis. Para ello hemos dividido la exposición en tres apartados, siguiendo la clasificación que hace De Miguel (2004) entre teorías que defienden la personalidad del nasciturus; las que defienden una personalidad incompleta, y las que defienden que no tiene ninguna personalidad antes de nacer conforme a los requisitos del artículo 30 del Código Civil.

El capítulo tercero ha estado dedicado plenamente a la metodología empleada para realizar el trabajo. Dicha metodología es eminentemente cualitativa, la cual, comenzando por la observación de documentos doctrinales, legales y jurisprudenciales desde la perspectiva de la teoría tridimensional del derecho, se ha basado en las metodologías descritas por García Ferrando (análisis descriptivo, explicativo y exploratorio/confirmatorio) y Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano (la categorización y el esquema básico: introducción, proceso y conclusiones). Nuestra apuesta por esa

metodología mixta ha venido dada por el objeto de investigación, los objetivos y las preguntas de investigación. En el fondo, la pregunta que ha guiado la investigación ha sido: ¿el reduccionismo biojurídico que se da en la biodoctrina se plasma en la biolegislación y en la biojurisprudencia? Una vez visto, ¿influye en el sentimiento jurídico de la sociedad? Si es así, ¿de qué modo?

En los capítulos siguientes no hemos hecho sino aplicar la metodología descrita a la biodoctrina, la biolegislación y la biojurisprudencia, empezando por aquella concretamente en el capítulo cuarto. En dicho capítulo, después de desgranar la teoría tridimensional del derecho y abordar el Iusnaturalismo, el Iuspositivismo y el Realismo Jurídico, la investigación nos ha llevado a lo que hemos llamado Relativismo Jurídico, el cual, lejos de equilibrar los tres elementos constitutivos del Derecho (hecho social, norma y valor), reduce el mismo a los elementos de hecho social y valor (de ahí el reduccionismo biojurídico antes mencionado).

Es necesario concretar que el estudio de corte biojurídico que realizamos reclama, para su mejor fundamentación, una remisión a la teoría del derecho, porque sostenemos que una de las disfunciones que se producen en la investigación aplicada a las nuevas realidades del Derecho pone entre paréntesis u orilla una reflexión rigurosa de los principios que deben inspirar toda reflexión jurídica.

Por tanto, aunque no sea (ni mucho menos) el propósito de esta Tesis adentrarse en los espacios doctrinalmente acotados a la teoría del Derecho, no es menos cierto que toda praxis biojurídica deberá, en un momento concreto, invocar vestigios de fundamentación que solo se pueden encontrar en sede de teoría del Derecho.

Una vez concretado lo dicho, dentro de esa investigación doctrinal nos esperábamos encontrar con la idea de Manuel Atienza: el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo han sido superados. Sin embargo, con lo que nos hemos encontrado es con que las corrientes doctrinales conviven, lo que ocurre es que sobresale aquella que está más cerca de la biopolítica a través del biopoder. La corriente que está más cerca del biopoder la hemos encontrado en el Relativismo Jurídico.

Como alternativa al Relativismo Jurídico, planteamos el Iusnaturalismo Deontológico, con autores como Pérez-Luño, Ollero, Aparisi, Vidal o Finnis. Entendemos que es la corriente que más se adecua al equilibrio entre los tres elementos constitutivos del Derecho.

Una vez comprobado que es el Relativismo Jurídico el que más ha sobresalido entre las corrientes explicadas (y por las razones indicadas), el paso siguiente ha sido si dicha corriente ha influido en la biolegislación (capítulo quinto) y en la biojurisprudencia (capítulo sexto) españolas.

Para ello hemos analizado la legislación bioética relativa al inicio de la vida, acotando dicha biolegislación en tres leyes: la Ley de Reproducción Asistida (Ley 14/2006), la Ley de Investigación Biomédica (Ley 14/2007), y la llamada Ley del Aborto (Ley 2/2010).

Por su parte, en el capítulo relativo a la biojurisprudencia, hemos realizado el análisis exegético sobre las sentencias 53/85, 212/96 y 116/99 por ser las más emblemáticas en la materia.

La pregunta que ha guiado nuestro análisis ha sido: ¿las características constitutivas del Relativismo Jurídico se dan en la biolegislación y la biojurisprudencia?

Hemos dedicado un capítulo, concretamente el séptimo, al sentimiento jurídico de la sociedad con el fin de analizar si la biodoctrina, la biolegislación y la biojurisprudencia influyen en ella en el concreto campo de la protección del nasciturus.

Por último, a modo de epílogo, hemos manifestado nuestra opinión jurídica en torno a la protección jurídica del nasciturus.

Una vez aplicada la metodología indicada, hemos expuesto los resultados y las conclusiones.

## **1.4. HIPÓTESIS Y OBJETIVOS**

### **1.4.1. HIPÓTESIS**

El carácter reduccionista en la actual reflexión académico-jurídica en el Bioderecho español como una de las posibles causas explicativas de la insuficiente protección biojurídica del nasciturus. Su influencia en el sentimiento jurídico y en la praxis social.

### **1.4.2. OBJETIVOS**

#### **A. GENERAL**

Es séxtuple:

1. Explicar qué entendemos por Bioderecho.
2. Explicar qué entendemos por *carácter reduccionista de la actual reflexión académico-jurídica en el Bioderecho español*.
3. Dentro del Bioderecho, contrastar la hipótesis en el concreto campo de la biodoctrina y, por extensión relacional, en la Teoría del Derecho.

4. Determinar si el reduccionismo indicado en la hipótesis se da en nuestra biolegislación y biojurisprudencia en la concreta materia del inicio de la vida.
5. Proclamar la importancia del valor de la protección en el Derecho, concretándola en la del nasciturus.
6. Proponer, si es factible, una reflexión biojurídica de carácter integrador, que recoja de modo interrelacional los elementos social, normativo y valorativo; con la finalidad de conseguir una protección del nasciturus válida, eficaz y dotada de seguridad jurídica.

## **B. ESPECÍFICOS**

Para conseguir el objetivo general, los pasos a seguir son las tres líneas de investigación siguientes:

- i. Identificar si en la biodoctrina, biolegislación y biojurisprudencia española se está reflexionando desde la perspectiva reduccionista indicada en la hipótesis y en los objetivos generales. Más concretamente, si la reflexión que realiza la biodoctrina en las Academias influye en la biolegislación y la biojurisprudencia.
- ii. Comprobar si esta clase de reflexión alcanza e influye en el debate jurídico-moral de la sociedad.
- iii. Concretar si las anteriores investigaciones (reduccionismo en la reflexión del bioderecho y su calado en el sentimiento jurídico de la sociedad) dan como resultado que la reflexión reduccionista en biojurídica es causa de la insuficiente protección jurídica del nasciturus en España.



**CAPÍTULO 1:**  
**MARCO TEÓRICO: BIODERECHO**



## **2. MARCO TEÓRICO: EL BIODERECHO.**

Una vez acabada la Introducción, en la que se ha concluido que el marco teórico de la presente Tesis es el Bioderecho (sin olvidar la llamada que se hará a la Teoría del Derecho o a la Filosofía del Derecho por los motivos ya expuestos), es necesario detenerse ahora en el examen del mismo, no sólo porque la citada Tesis se encuadra científicamente en él, sino porque al ser tan joven y no haber unanimidad en la doctrina sobre ciertos aspectos (empezando por la propia denominación, como luego se verá), requiere ser examinado con mayor rigor.

Sin embargo, es conveniente hablar de modo previo sobre la Bioética, sin cuya existencia el Bioderecho no hubiera nacido. Otra cosa es la dependencia o autonomía de ambas, como esperamos tener ocasión de analizar en su momento.

### **2.1 BIOÉTICA.**

#### **2.1.1 ORIGEN DEL TÉRMINO.**

El término “Bioética” fue acuñado por primera vez en 1970 por el oncólogo estadounidense Van Ransselaer Potter en su artículo titulado *Bioethics, science of survival*, origen de su famoso libro *Bioethics, a bridge to the future* (1971).

La etimología griega de dicho término hace referencia directamente a dos expresiones con un trasfondo multidisciplinar: bios (vida) y ethos (ética). El tema del aborto, que entra de lleno en el inicio de la vida, es claramente una de las materias de la Bioética.

Pues bien, el propósito de la Bioética es conseguir su adecuada “composición” (Vidal, 1991, p. 302), es decir, no ya su multidisciplinariedad sino, y más importante, su interdisciplinariedad, más necesaria y urgente.

Desde dicha necesidad y urgencia se entiende mejor la intención de Potter, expresada con acierto en el nombre del título de su libro, ya que él pretendía crear un puente entre las ciencias y las humanidades con el fin crear un futuro con mejor y mayor calidad de vida, dado que los avances de las ciencias biológicas y biotecnológicas exentas de actitud ética podían provocar la degradación de la vida, es decir, del hombre y su entorno, cuya supervivencia estaba en juego.

Apenas seis meses después, la creación del *Kennedy Institute* por parte de André Hellegers, primer Centro de Investigación Biomédica, hizo que la Bioética se centrara más bien en la ética aplicada a la medicina y a la investigación biotecnológica. Esta acotación temática ha sido la que más importancia ha tenido hasta hace bien poco.

Sin embargo, estudios recientes han descubierto que el término fue utilizado por primera vez por el teólogo protestante alemán Fritz Jahr. En 2007 el Profesor Hans-Martin Sass descubrió que es a Jahr a quien hay que concederle el mérito de haber sido el primero en crear el término *Bioética* al publicar en 1927 un artículo en la revista alemana *Kosmos* titulado *Bio-ética: un panorama de las relaciones éticas del ser humano con los animales y las plantas*.<sup>10</sup>

En dicho artículo, Jahr defiende la hipótesis de que el hombre no sólo tiene obligaciones morales para con los demás hombres, sino con todos los seres vivos. A esa relación ética la llama *Bio-Ética*. Basa su idea sobre el imperativo categórico kantiano, ampliándolo a todas las formas de vida: *respetar a todo ser vivo esencialmente como fin en sí mismo y tratarlo de este modo si es posible*.

### 2.1.2 BIOÉTICA: CAUSAS DE APARICIÓN.

Ahora bien, sea cual fuere el origen del término, si (haciendo un esfuerzo de imaginación) a los filósofos de la Grecia clásica se les dijera que hoy existe una ética para la vida, la perplejidad sería su respuesta inmediata (y con razón) porque nunca entendieron una ética que no sirviera para la vida. En este sentido, Ollero (2006):

La vida humana se ha visto reconocida desde los primeros pasos de la reflexión ética como un bien de obligado y prioritario respeto. De ahí que hablar de bioética hace siglos hubiera sonado a redundante. ¿Cómo sería concebible hablar de ética sin incluir en ella el respeto a la vida? (p. 15)

Ya Platón (2007, p. 144) decía que “el mejor partido que podemos seguir es vivir y morir en la práctica de la justicia y de las otras virtudes”.

En el mismo sentido, actualmente Ana Marta González (2009) recalca el carácter práctico de la ética al decir que:

Ciertamente, el objeto de la ética es algo tan práctico como el obrar humano, y su finalidad última no puede ser sino contribuir a la dirección del obrar. Pero ello no nos autoriza a confundir el

---

<sup>10</sup> Martin Sass, *Fritz Jahr's 1927 Concept of Bioethics*, pp. 279-295.

plano de la praxis, con el plano de la reflexión sobre la praxis.  
(p.14)

De tal modo que con la expresión “Bioética, estamos ante un término nuevo para afrontar una realidad ya antigua”. (Gafo, 2003, p. 17)

Pero si la interrelación ética y vida es connatural y se ha dado siempre, ¿por qué nace la Bioética si ya existía, como digo, la ética general y, más específicamente, la ética clínica o la deontología profesional? En otras palabras, ¿a qué se debe el cambio de nombre?

El nacimiento, siguiendo a Gracia (1996, citado en Alarcos, 2002, pp. 131-136), responde a tres cambios importantes operados en el campo de la medicina:

Por un lado, un factor que ha desencadenado una multitud de problemas y conflictos éticos ha sido el enorme progreso de la tecnología sanitaria en los últimos cuarenta años. Con acierto, Flecha (2005, p. 9) dice que “la técnica plantea cada día innumerables cuestiones éticas sobre el cuidado de la vida”. Dicho progreso ha generado no ya reformular cuestiones antiguas, sino la aparición de temas nuevos como la biogenética, el diagnóstico prenatal, el trasplante de órganos, los nuevos métodos de anticoncepción o las posibilidades que ofrece hoy la reanimación.

Por otro lado, una de las cuestiones antiguas que han tenido que reformularse ha sido el cambio en la relación médico – paciente (de la ética paternalista al respeto por la autonomía del paciente) y en la relación médico – enfermera (de sumisión y abnegación a respeto por la autonomía, funciones y capacidad e independencia moral de cada profesional).

Y, finalmente, hay más necesidades sanitarias que recursos (sobre todo económicos) para atenderlas. Esto plantea algunas cuestiones éticas y de justicia: ¿cómo se distribuyen esos recursos?, ¿con qué criterios?

De ahí que la Bioética sea calificada como ética aplicada. Su autonomía y distinción respecto de la ética se debe a las causas de aparición citadas (que inciden sobre todo en el objeto) y a la metodología multidisciplinar empleada, que viene dada precisamente por el objeto, y que habitualmente requiere al menos de la reflexión científica, ética y jurídica. Sin embargo, depende de ella en cuanto a su fundamentación, pues su reflexión estará basada sobre el paradigma ético (utilitarista, personalista,...) que se emplee y se aplique al objeto bioético que se estudie.

No vamos a entrar en la polémica de si estamos ante una disciplina o una subdisciplina porque entendemos que la Bioética es demasiado joven para llegar a una conclusión definitiva al respecto.

### **2.1.3 CONCEPTO, OBJETO, CARACTERÍSTICAS Y FUNDAMENTO DE LA BIOÉTICA.**

En punto al concepto y objeto, a lo largo de la historia de la Bioética se han dado muchas definiciones, pero aquí vamos a utilizar por ahora la más conocida, que es la primera realizada por Reich (1978, citado en Ciccone, 2003, p. 25), coordinador de la

Enciclopedia de Bioética elaborada por el Kennedy Institute, de la Georgetown University:

Estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales.

El motivo de la elección de dicha definición es que la misma ayuda a centrar el objeto de la Bioética.

Dicho objeto, por un lado, incide de lleno en las ciencias de la salud, es decir, en las ciencias biomédicas. El crecimiento de estas se pone de manifiesto en el “aumento de las posibilidades de intervención del hombre sobre la vida, especialmente en el momento en que surge y en su tramo final”. (Ciccone, 2003, p. 26)

Queda acreditado, repetimos, que la Bioética puede ser uno de los marcos teóricos adecuados en los que encuadrar el presente trabajo de investigación, toda vez que el objeto del mismo queda inserto en el inicio de la vida humana; con un matiz importante ya dicho: la intervención del hombre sobre la misma.

Este ha sido el motivo, además de la trayectoria profesional, por el cual se ha escogido este marco teórico y no otro.

Por otro lado, ahondando y ampliando más en el objeto de la Bioética, éste se extiende a las ciencias de la vida, respecto de las que éste último autor indica que:

Hay otro campo que se ha abierto debido a la toma de conciencia, más viva y científicamente fundamentada, del importante papel que juegan en la salud y en la misma vida factores no estrictamente médicos, como son hábitos de alimentación, condiciones de trabajo, elecciones de conductas, políticas sociales y otras. (p. 26)

Sin embargo, el conocimiento de esas ciencias interesa, fundamentalmente, cuando son analizadas a la luz de los principios y valores morales, es decir, cuando sus implicaciones afectan a la conducta humana, y acabemos preguntándonos por la cuestión bioética por excelencia: ¿todo lo que se puede hacer se debe hacer?

Por lo que respecta a sus características, y tomando como referencia a Amor Pan (2005, pp. 72-74), las mismas son: laica, multidisciplinar e interdisciplinar, dialogante y, finalmente, va más allá del puro convencionalismo.

Pasamos a desarrollarlas:

**Laica:** Según Callahan (1990, citado en Gafo, 2003, p. 75), “el cambio más llamativo de las dos décadas pasadas ha sido la secularización de la Bioética”. Si bien es cierto que en sus primeros momentos, los autores que se han dedicado a la Bioética procedían de la Teología (Ramsey, McCormick, Curran o Fletcher) o reconocían su condición de católicos o de otras confesiones (el propio Callahan en su primera época, sin ir más lejos), no es menos cierto que el recorrido que está llevando la misma

coincide con el extendido y general proceso de secularización característico de nuestra sociedad. En este último sentido, se entiende que las creencias personales deben de quedar en el terreno íntimo y privado de la persona, pues pueden crear tensiones que hacen difícil un diálogo en nuestra sociedad plural. Sin embargo, bajo nuestro estricto punto de vista, de lo que se trata más bien es de repensar el término y concepto de laicidad. Precisamente sobre la base de la característica de la pluralidad social, en la Bioética caben las reflexiones teológicas. Lo laico es sinónimo de plural y, por ende, de igualdad y no discriminación-no exclusión. Lo único que debe ser no teológico es la terminología que se emplea con la finalidad de crear el diálogo, no el concepto que hay detrás de las palabras (que puede tener una riqueza de matices varios). Ciertamente es que, en el caso de la Teología, esto tiene como consecuencia inevitable sacrificar el significado de fondo que hay detrás de la terminología utilizada (no es lo mismo solidaridad o beneficencia que caridad); pero también lo es que aún utilizando expresiones provenientes de las éticas civiles, no impide explicar su trasfondo teológico, siempre y cuando no se imponga a los que no piensan del mismo modo porque evitaría el diálogo. Es decir, no es lo mismo laicidad, que laicismo.

**Multidisciplinar e interdisciplinar:** La anterior característica está muy relacionada con ésta. Precisamente porque la Bioética es laica, es también multidisciplinar. Sobre una misma cuestión inciden varias disciplinas que deben ser relacionadas para observar el problema y abordarlo en su conjunto, de un modo holístico, de tal manera que no quede fuera de la reflexión ningún aspecto que incida sobre él y poder así tomar la mejor decisión en función del análisis más completo posible. Así, la interdisciplinariedad genera la siguiente característica.

**Dialogante:** En una sociedad plural, en la que conviven al mismo tiempo distintas concepciones sobre la vida y la salud, es preciso crear el diálogo como metodología propia del debate bioético. Así, de la norma como fuerza se ha pasado al diálogo como herramienta previa y posterior a la norma, con la finalidad de que la misma norma se consiga por medio del mayor consenso posible. Esto tiene sus riesgos, que ahora indico.

**Va más allá del puro convencionalismo:** Uno de los mayores peligros de llegar al consenso por medio del diálogo es caer en ciertos reduccionismos que impiden conseguirlo de un modo éticamente correcto. Hay que evitar tanto imponer el propio punto de vista a los demás; como dirigir el debate hasta tal extremo que se produzca una injerencia indebida en el contenido y dirección del mismo por parte de la entidad o persona que dirige el diálogo; como, finalmente, darle tanta importancia al acuerdo que no se tenga en cuenta suficientemente el contenido de las líneas de reflexión o del propio acuerdo al que se llegue.

Pasando ahora a analizar el apartado del fundamento, para hablar de Bioética es necesario, como cuestión previa, preguntarse quién es el hombre. De una respuesta u otra a esa cuestión antropológica dependerá que estemos hablando de una Bioética o de otra.

Es decir, no tendrán las mismas implicaciones éticas y jurídicas si entendemos por hombre el ser humano que recorre su existencia desde el momento de su concepción hasta su muerte natural; o si el comienzo de su vida lo datamos en el día catorce después de su concepción; o que en la respuesta a la pregunta sobre el hombre se le de

importancia a sus propiedades (pensar, sentir, relacionarse con) y no a su ser ontológico; no faltando propuestas que, en su fundamentación, sin incidir en el dato antropológico, se limitan a un principialismo jerárquico no metafísico, como es el caso del Dr. Diego Gracia.

Las consecuencias ético prácticas de sostener una u otra concepción antropológica inciden de lleno en temas como el aborto, la eutanasia, la biogenética, el trasplante de órganos, los xenotrasplantes, la relación médico-enfermo, los ensayos clínicos,... y, en definitiva, con el aspecto más fundamental de la Bioética: la dignidad humana, que es, en el fondo, de lo que estamos hablando.

Como ya hemos anticipado antes, de una respuesta u otra nacen distintos (que no necesariamente opuestos en todos sus aspectos) paradigmas bioéticos (personalismo, utilitarismo en sus distintas concepciones, comunitarismo,...) desde o sobre cuya base se analizan y reflexionan las diversas cuestiones; si bien la cuestión fundamental, aquella de la que nacen las demás cuestiones bioéticas y a la que todos los paradigmas tratan de responder sigue siendo la dignidad humana.

## **2.2 DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO**

### **2.2.1. NECESIDAD DEL BIODERECHO**

La bioética pretende resolver problemas morales que surgen en el campo de las ciencias de la vida y de la salud. Dichos problemas aparecen cuando, en ese contexto, el comportamiento humano se ve afectado en su dimensión ética, que es tanto como decir en su dimensión más humana; de ahí que la bioética, como ética aplicada, sea eminentemente práctica.

En otras palabras, la bioética –que no deja de ser una ética aplicada, por lo que estas primeras reflexiones caben tanto para la una como para la otra- intenta reflexionar metodológicamente, comprender fundamentadamente y orientar la conducta humana con vistas al bien. En ética se reflexiona para actuar.

Como dice Rodríguez Luño (2006, p. 19), la ética o filosofía moral es “el estudio filosófico-práctico de la conducta humana”; de ahí que –continúa afirmando, p. 27- “la Ética es un saber moral, y no sólo un saber acerca de la moral”.

En el mismo sentido, Ana Marta González (2009) confirma:

Ciertamente, el objeto de la ética es algo tan práctico como el obrar humano, y su finalidad última no puede ser sino contribuir a la dirección del obrar. Pero ello no nos autoriza a confundir el plano de la praxis, con el plano de la reflexión sobre la praxis. (p. 14)

Por lo tanto, continúa diciendo la citada autora (p. 16), la tarea específica de la filosofía moral es “reflexionar sobre la experiencia moral cotidiana, para tratar de clarificar y discernir los principios del obrar moral”.

La ética es, pues, una disciplina práctica, ya que enjuicamos una acción como acertada o desacertada, buena o mala, verdadera o errónea, y tales juicios tienen la virtud de ayudar a poder modificar y reordenar nuestra conducta.

Ahora bien, como hemos dicho, la bioética intenta dar respuestas a cuestiones morales en el entorno de la salud y la vida, pero las soluciones que aporta o puede aportar son inevitablemente insuficientes, toda vez que al tener que convivir en sociedad, las consecuencias de nuestros actos trascienden a los demás. Esa repercusión social hace que entren en juego otras disciplinas, ya que puede consistir en un daño a otro u otros, y la producción del daño no solamente está regulada por la Moral, y de modo más específico por la Moral Social.

Vila-Coro (1995) explica esa deficiencia aclarando:

Pero la norma moral es insuficiente porque, aunque abarca la dimensión social de la persona humana, opera inmediatamente en el plano interno de la conciencia, y el hombre es un ser dialógico que vive en sociedad. (p. 21)

Este aspecto relacional como dimensión fundamental de la persona humana (o más bien, de las personas humanas) hace que las consecuencias de nuestras acciones no acaben en nuestra individualidad o, dicho de otra manera, que no sólo entre en juego la Moral Fundamental entendida como Moral que termina finalmente en la conciencia reflexiva pero íntima del individuo, toda vez que como pone de manifiesto Stein (1971, citada en Gascón, 1990, p. 258), “la libertad de conciencia se refiere necesariamente a la conducta humana y no se limita a la libre formación de la conciencia, sino que se extiende también a la libertad de actuar según dicha conciencia”.

En la misma línea, Serrano Ruiz-Calderón (En Tomás Garrido, 2001):

En efecto, una parte de la Bioética no se dirige hacia una introspección individual sobre el telos o fin propio del científico o del médico, sino que se refiere a relaciones intersubjetivas de trascendencia social. (...) Es entonces cuando en el contexto contemporáneo llegamos a la conclusión de que no se puede reducir la solución a una respuesta individual de carácter ético. Por ello interviene el Derecho, que es la forma pública de intervención en el Estado de Derecho. (pp. 59-60)

Esa intersubjetividad propia de nuestro comportamiento exige una normatividad regulada por el principio de precaución (*better safe than sorry*: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2002, conocida como la Sentencia Virginiamicina), sobre todo cuando no existe certeza científica de las consecuencias técnicas y, subsiguientemente, sociales, morales y jurídicas de los avances tecnológicos. Este principio tiene por objeto, por tanto, prevenir, si es posible, y proteger derechos, incluso medioambientales (de donde nació), fijando límites a tales avances con el fin de evitar extralimitaciones que conlleven posibles riesgos para la salud o la vida de los demás, más aún cuando esos riesgos no son ya tan previsibles como lo eran antes.

Un claro ejemplo de esto último lo tenemos en el progreso de la medicina -lo que se ha venido en llamar la Nueva Medicina (Álvarez, 2004, p. 3)-, que ya no se limita a prevenir, diagnosticar, pronosticar, curar y/o cuidar, sino a informar adecuada y correctamente al paciente obteniendo previamente su consentimiento, alargar la vida de un ser humano (en qué condiciones), coadyuvar a impedir el nacimiento de una nueva vida humana, alterar la identidad genética natural de un individuo o, más claramente, mejorar la especie humana.

De nuevo Vila-Coro (1995):

Se impone, por tanto, un nuevo ámbito del **deber ser** en el que se regulen las relaciones intersubjetivas a la luz de los principios de la Bioética. Las normas deberán ser jurídicas, pues su carácter coercitivo impedirá al científico sucumbir a la tentación experimentalista y a la presión de intereses económicos. Su objetivo es que no se desborden los cauces por los que transcurre el respeto a la dignidad, identidad y vida del ser humano y no se vea afectada su esencia específica. (p.22)

Ese principio de precaución, si quiere ser efectivo, sobrepasa los límites de la ética, por carecer ésta de carácter coercitivo. Debe venir, pues, del Derecho, que sí está dotado de fuerza, si bien con la condición de que tal fuerza esté respaldada por lo jurídico. Como acredita Aparisi (2007),

(...) el desarrollo de esta materia ha desbordado el marco puramente ético para introducirse, plenamente, en otros ámbitos del saber, como, por ejemplo, la antropología, la filosofía o el derecho. Para D'Agostino, la bioética impone, entre otras, la pregunta esencial sobre nuestra identidad. Y nos ayuda a elaborarla. Habermas entiende que el trato que demos a la vida humana afecta...a nuestra propia autocomprensión como especie..., de tal modo que existe una conexión interna de la ética protectora de la vida con nuestra manera de entendernos como seres vivos autónomos e iguales, orientados a razones morales. (p. 2)

De tal modo que ni la Moral Fundamental o Ética General ni siquiera la Moral Social son suficientes para resolver los problemas que causa la Bioética.

Esas son las razones por las que el marco teórico en el que encuadrar la presente Tesis sea, más que la Bioética, el Bioderecho.

En otras palabras, el Derecho actúa porque se puede producir -o ya se ha producido- un daño a otro u otros, tanto más actúa cuanto mayor es la magnitud del daño (y lo será al ser la acción humana cada vez más tecnificada: medio ambiente y número de personas afectadas); de tal modo que puede decirse que se traspasa lo puramente privado incidiendo plenamente en la "validez pública, propiamente jurídico-relacional de muchos conflictos que se presentan, prima facie, como bioéticos". (Aparisi, 2007, p. 3)

Por tanto, la aparición del Bioderecho se hace necesaria por dos motivos:

Por un lado, protege los derechos de los demás cuando son, o se prevé que van a ser, vulnerados por las consecuencias de las acciones humanas en el contexto de las ciencias de la vida y de la salud.

Por otro, respeta la dignidad humana mejor que la bioética porque la protege de modo más efectivo, precisamente por su carácter coactivo.

Ese carácter coactivo hace que unas veces se llame “al Derecho para anular viejas prohibiciones que impiden el desarrollo de los nuevos caminos emprendidos, otras se pide que el Derecho construya nuevas prohibiciones e incluso intervenga con su arma más poderosa, esto es, la sanción penal”. (Serrano Ruiz-Calderón, en Tomás Garrido, 2001, p. 60)

Así pues, y resumiendo, el papel que el derecho juega en la bioética pasa por las siguientes funciones: 1) *Eficacia*: la ética no es coactiva. 2) *Seguridad jurídica*: debemos saber a qué atenernos. 3) *Garantía*: el derecho sirve para garantizar derechos. 4) *Minimum ethicum*: uno puede pensar lo que quiera, pero no debe hacer lo que quiera, pues existen límites que no deben sobrepasarse<sup>11</sup>.

### **2.2.2. DIFICULTADES EN EL TRÁNSITO DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO**

Así pues, se pide al Derecho que actúe. Ahora bien, si el salto de la bioética al bioderecho aparece como necesario, no es menos cierto que ese tránsito no está exento de dificultades.

En efecto, puede pensarse, y de hecho no deja de ser cierto en parte, que su labor se limita a dotar de un marco o forma jurídica a los principios y valores éticos o a los acuerdos bioéticos, por emplear expresiones de Tornos Mas o Vila-Coro<sup>12</sup>.

Pero, sobrepasando ésta última idea, lo bien cierto y verdad es que, como así lo hemos anticipado al comienzo del presente apartado, si la bioética da una respuesta insuficiente a los problemas morales, y tiene que acudir al Derecho para dar una respuesta jurídica, resulta que ésta se hace cada vez más difícil, porque en ocasiones puede dar una solución incluso distinta, y no pocas veces la respuesta jurídica es insatisfactoria como solución a esos mismos problemas.

Ello es así, entre otras razones que más tarde se matizarán, porque la Ética tiene que ver con la bondad o maldad moral de nuestro comportamiento, mientras que el Derecho tiene que ver con lo justo o injusto de nuestras acciones conforme a él mismo.

---

<sup>11</sup> Esta última función la veremos en el siguiente punto, aunque ahora anticipamos que es importante no confundir mínimo ético con ética mínima: el Derecho no es Ética.

<sup>12</sup> Tornos Mas en el Prólogo a la recopilación *Legislación básica sanitaria*, p.11-15, y Vila Coro, *El marco jurídico de la bioética*, pp.313-322.

Como vuelve a indicar con acierto Serrano Ruiz-Calderón (en Tomás Garrido, 2001):

Es indudable que el Derecho interviene de una forma peculiar, que no necesariamente anula o sustituye a la moral. Muchas veces nos encontramos no sólo con una respuesta jurídica y otra Bioética, sino también con una pregunta Bioética y una pregunta jurídica. Ni lo que se pretende saber en la pregunta, ni lo que se obtiene en la respuesta es lo mismo. (p. 61)

Este es el segundo gran drama de la Bioética (el primero lo indicaremos después): estar a la espera de una respuesta jurídica que puede ser distinta a la respuesta bioética, puesto que, como recuerda Ollero (2006):

El derecho implica racionalidad práctica y juicio prudencial; en la moral, pasar de la constatación de absolutos morales a la admisión de un juicio prudencial es lo más parecido a un sálvese quien pueda.

La moral puede y debe ser compasiva ante un penoso caso individual; el derecho debe ser extremadamente responsable a la hora de modificar normas de alcance general, para evitar que la solución de un caso penoso se haga a costa de convertir en penosos multitud de casos hasta entonces ajenos a la cuestión.

El consecuencialismo suele suscitar en el ámbito moral reacciones peyorativas. Evaluar las consecuencias forma, por el contrario, parte de las mínimas actitudes de responsabilidad exigibles a cualquier jurista que se precie. (pp. 22-23)

Y ello en el caso de que el Derecho posea la capacidad de tener respuestas para todas las cuestiones bioéticas y, sobre todo, repetimos, que sea al final una respuesta satisfactoria.

No se quiere decir con ello que el Derecho no sea una herramienta útil, únicamente nos limitamos a señalar los límites del mismo para resolver conflictos que, precisamente en este campo, en muchas ocasiones, distan mucho de ser una cuestión de mínimos, y el Derecho es por esencia minimalista.

En este sentido, es evidente y queda fuera de toda duda que para convivir en una sociedad plural como la nuestra (excuso decir a nivel europeo o mundial), es necesario alcanzar un consenso de mínimos, sobre la base de la teoría de los bienes básicos, que tenga *per se* fuerza jurídica. A este nivel, el Derecho es (o, al menos, debe ser) una herramienta necesaria y eficaz, a no ser que el diálogo previo al consenso sea dirigido para satisfacer intereses que distan mucho de ser realmente objetivos, o que excluyan al sujeto como fin en sí mismo o no consideren a todos los sujetos como iguales y responsables en sus decisiones (Vidal, 2004, p. 10).

De Miguel (2004) confirma esa intervención mínima, aunque eficaz, del Derecho al decir que:

(...) el Derecho, como disciplina destinada a la sociedad en su conjunto, y no a la persona en particular, debe basarse en una serie de consensos mínimos, cuyo incumplimiento rompe la paz social, dejando de lado otros conflictos que, afectando a la Ética, no suponen, en realidad, un riesgo de quiebra social. (p. 64)

El mismo autor (p. 64) cita en la Nota 214 a Andorno (1988), quien dice que “el derecho está llamado a fijar el “minimum ethicum” de la sociedad, es decir, los principios de base sin los cuales una vida social digna se torna imposible”. Sin embargo hemos de añadir con Ollero (2006, p. 245) que no es lo mismo mínimo ético que ética mínima.

Este último añadido es importante porque como dice Binetti:

El Derecho no pretende la perfección del hombre porque su fin es la realización de la justicia y la pacífica convivencia de los ciudadanos. (p. 10)

Ahora bien, lo que se trata de expresar con intención de claridad es que dejar la respuesta última al Derecho es otorgar al mismo una capacidad para resolver problemas bioéticos que éste no posee. Una cosa es que el Derecho sea necesario y útil para ajustar determinados intereses, bienes o necesidades, otra cosa es que le queramos dotar de una omnipotencia que, sintiéndolo mucho, no tiene. No tratamos de menospreciar al Derecho, sino de acreditar la existencia de dificultades en el paso de la bioética al bioderecho.

De nuevo Ollero (2006) afirma con agudeza jurídica:

Ante ciertas comprensibles querencias “moralizantes”, no vendría mal recordar algo muy elemental: el derecho no sirve para todo. Su minimalismo le lleva a renunciar a dar respuesta a todos los problemas humanos u ofrecer satisfacción a todas sus necesidades. (p. 193)

Hemos dicho antes que este es el segundo drama, porque el primero, del que deviene aquél, es la diferencia entre la antropología filosófica y la antropología jurídica, como de alguna manera hemos anticipado en la cita de De Miguel. Aquella es más profunda, más humana e incluso tiene una finalidad humanizante y compasiva; mientras que ésta es más genérica y fría, deteniéndose menos en el aspecto más cálido del sujeto e, incluso, en cada individuo.

En este sentido, D’Agostino (2003) aclara:

La ética y el derecho están llamados a salvar el carácter relacional del ser del hombre: éste es el sentido que los une. Pero lo salvan de diferente manera. (p. 68)

Y Ballesteros (1997) lo ratifica con claridad expositiva, en concreto lo hace al hablar de la característica de la tipicidad, que es propia del Derecho y está más alejada de la Moral:

(...) el derecho no se refiere al comportamiento individual, de Juan, de Pedro o Pablo (...), sino a posiciones genéricas, en las que puede encontrarse en diferentes momentos cualquier persona, como vendedor, comprador, acreedor, deudor...

La tipicidad implica al propio tiempo que el derecho juzga tan sólo acciones y no personas. En definitiva, el derecho opera siempre con la noción de “sujeto de derecho” que no es plenamente identificable con la persona, ya que carece, afortunadamente, de medios para indagar la realidad profunda del ser humano (...). (p. 99)

¿Por qué decimos que es el primer drama? No sólo porque la Antropología está en la base de la Bioética (o de las bioéticas, más bien), sino porque si bien el Derecho protege más eficazmente la dignidad humana por su carácter coactivo, paradójicamente puede ocurrir que esa eficacia no sea todo lo eficaz y resolutive como se pretende postular a todo lo jurídico, precisamente por su carácter típico.

Así pues, y resumiendo, los dos aspectos que dificultan el tránsito de la Bioética al Bioderecho son, en primer lugar, el carácter minimalista del Derecho, que regula lo exigible para ajustar correctamente la convivencia social; y, por otro lado, la antropología jurídica y ética, pues aquella no tiene capacidad para resolver todos los problemas que a ésta se le plantea.

### **2.2.3. BIOÉTICA Y BIODERECHO: ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA DEPENDENCIA**

En el fondo, detrás de todo lo dicho lo que se ha trasladado a la Bioética y el Bioderecho es el vetusto problema de las relaciones y diferencias entre la Moral y el Derecho, las cuales, si a día de hoy no se han conseguido resolver de modo cabal, no se espere que se resuelvan las de aquellas a corto ni a medio plazo.

Ahora bien, el hecho de que no se hayan resuelto del todo no impide que se haya avanzado en su solución o, al menos, en una mayor comprensión: hoy se sabe que se necesitan, lo que se ignora son los límites de esa necesidad.

De hecho, para D'Agostino, “estas relaciones pueden caracterizarse de la siguiente forma: subordinación del Derecho a la Ética, independencia entre Ética y Derecho, y subordinación de la Ética al Derecho” (citado por Serrano Ruiz-Calderón, en Tomás Garrido, 2001, p. 62). A esa respuesta habría que añadir la zona de conexión entre ambas, lo cual quiere decir que no hay identidad ni relación total, por tanto, entre Derecho y Moral.

Ciertamente, la pregunta de cómo conseguir la autonomía de ambas disciplinas, Bioética y Bioderecho, respetando la relación entre ellas no es una cuestión baladí.

González Morán (2006) plantea tal situación del siguiente modo:

(...); frente a los dos extremos, el panjuridicismo de un lado y el paneticismo de otro, se impone un actitud intermedia que, respetando la autonomía de cada uno de los dos ámbitos, permita su influencia recíproca (...). (p. 18)

Para tratar de resolver este problema, se intentará responder primero al por qué de él, luego se hará un repaso de cómo se ha intentado conseguir hasta ahora y, finalmente, se tratará de responder a la cuestión de cuánto incide la mutua influencia y sus consecuencias. .

La primera cuestión, ¿por qué?, es la cuestión fundamental.

Y lo es porque si uno de los fines del Derecho es ajustar y reunir unos principios jurídicos que sirvan de base para una convivencia ordenada y justa en una sociedad multicultural y si, recogiendo ahora la idea de D'Agostino, la relación entre bioética y bioderecho es de tal modo que se puede llegar a una subordinación, ¿de qué clase de Ética estamos hablando? ¿Sobre qué fundamentos filosóficos se basaría? Dependiendo de tales fundamentos basales, la posterior legislación iría por unos cauces o por otros, con consecuencias jurídicas distintas, en este caso, para las diversas materias bioéticas.

No es lo mismo legislar desde el consecuencialismo que desde el personalismo, por poner dos ejemplos, materias como células madre, maternidad subrogada, aborto, bebés medicamento, eutanasia,...

De ahí que venga después la segunda pregunta: ¿cómo?, que trataré de responderla a continuación.

Si, por un lado, los autores han intentado salvaguardar la autonomía de ambas disciplinas respetando su mutua influencia, al final hay un grupo de autores que han caído en acentuar más la influencia, mientras que otros han dado más importancia a la autonomía.

Nuestra intención, sin embargo, en contra de unos y de otros, es de reforzar la reflexión jurídica, con la finalidad doble de, por un lado, dotarla de mayor rigor científico (en este caso, jurídico) y, por otro, desposeer de imbricaciones morales o políticas a la ciencia jurídica que acaban convirtiéndola en esclava de la ética.

Para los primeros, de lo que se trata es de plasmar en leyes los principios, valores y normas de la bioética, por un lado; y utilizar la bioética como crítica legislativa, por otro. Como ejemplos, se recogen los siguientes:

Vila-Coro (1995) define la Biojurídica como:

La ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de lege ferenda y de lege data, para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de

la Ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir, su adecuación a los valores de la Bioética. (p. 22)

González Morán (2006):

(...) la ética como instancia crítica y canónica del derecho; y (...) éste, como expresión positiva y práctica de la ética. (p. 19)

De Miguel (2010):

De entre todas ellas, una de las más importantes es el Derecho, en cuanto éste otorga a la Bioética los instrumentos esenciales para que pueda transitar desde el marco de lo teórico a una ordenación real de la vida humana.

(...)

La relación entre la Ética y el Derecho surge así, fundamentada en una mutua necesidad. Aquella necesita de éste como instrumento imprescindible para garantizar la aplicación de sus conclusiones. El Derecho, por su parte, sólo puede aspirar a realizar su fin último, la justicia social, si tiene una ética que respalde sus normas. (pp. 63-64)

En el segundo grupo, cabe destacar a Ollero (2006), para quien:

La bioética parece llamada a convertirse en una moral aplicada al servicio de la biopolítica. La pregunta pendiente es qué papel estará reservado al bioderecho.

Por una parte, parece aplicársele el de servir de instrumento para generar una moralidad social positiva que consolide y arraigue las oportunas recetas de una bioética al servicio de los intereses industriales de la biopolítica.

(...)

Frente al aludido intento de convertir al derecho en instrumento para generar una moralidad social positiva al servicio de la biopolítica, surge una clara alternativa. Lo que en los últimos decenios reprecipitó a lo jurídico (...) ha sido su presumible capacidad para poner límites al poder político, dando un paso más a un Estado de derecho que merezca tal nombre. (pp. 22-23)

Aunque ninguno de los autores indicados cae en ningún extremo, en el ánimo de generar un equilibrio entre bioética y bioderecho, acentúan más el aspecto ético o el aspecto jurídico, en detrimento de uno u otro.

Frente a ello, y con el ánimo de resolver (o, al menos, de no caer en) tanto la moralidad del derecho como la juridificación de la moral, la propuesta del presente

trabajo es intentar encontrar el equilibrio buscándolo en la teoría tridimensional del Derecho. Es decir, entender éste desde sus elementos constitutivos de hecho social, norma y valor, pero interrelacionándolos pues nuestro intento es evitar la injerencia de la biopolítica en la biolegislación.

La interrelación entre ellos quizá genere ese equilibrio, puesto que si bien el elemento axiológico es uno de los elementos constitutivos del Derecho, no es menos cierto que no es el único: encontrar el ajustamiento entre los tres es uno de los objetivos más importantes del presente trabajo de investigación.

Pero, dado que tal criterio es el que guía todo el diseño de investigación de la presente Tesis y, por ende, tenemos que abordarlo más adelante con mayor amplitud, nos limitamos ahora a trasponer el mismo al Bioderecho.

En este sentido, el Bioderecho puede entenderse y abordarse desde tal teoría, teniendo en cuenta que el calado científico debe ser tenido en cuenta.

Así, el hecho social estaría constituido por los avances biotecnológicos y biomédicos; el valor, por los principios y valores de la bioética; y la norma por el ordenamiento jurídico construido desde la Constitución a nivel de Derecho interno y por los Tratados y Convenios internacionales a nivel de Derecho supranacional (artículo 10.2 de la Constitución Española).

De modo no muy distinto, Aparisi (2007, pp. 12-13) opina que quedan por investigar varias cuestiones importantes de la biojurídica.

En efecto la primera cuestión consiste en **el problema conceptual**. Contenido de la biojurídica y sus relaciones y diferencias con la bioética y el bioderecho.

Por su parte, la segunda cuestión se debe a **la dimensión axiológica**. Fundamento y legitimidad del bioderecho para intervenir en los concretos problemas bioéticos. También, las diversas concepciones que subyacen al bioderecho o biolegislación. De ahí la importancia de encontrar una “legislación en bioética universalmente justificable, que promueva una justa coexistencia social” (Palazzini).

Por último, cabe citar **la intersección entre el Bioderecho y la realidad social**. Es lógico, puesto que responde a la eficacia como valor del Derecho.

En el fondo, aunque con diferencias, está adaptando la teoría tridimensional del Derecho al Bioderecho como un intento de comprender el mismo.

En el mismo sentido, pero complementándolo, para Binetti “el legislador no puede legislar según su fantasía, sino “de acuerdo con lo que las cosas son”. No le está permitido satisfacer deseos particulares ni intereses unilaterales; debe buscar en todo momento el interés general”. (pp. 9 y 10)

Con tal finalidad, la autora insiste en que el legislador debe tener en cuenta, al menos, los siguientes elementos:

Por un lado, el **alcance social**, es decir, valorar los hechos que, por su incidencia social, deben ser regulados. Hasta que una costumbre no ha arraigado suficientemente en la conciencia de la sociedad, no debe ser regulada, puesto que atentaría contra la seguridad jurídica: un hecho puede ser relevante pero temporal. Por eso las leyes nacen con vocación de permanencia.

Por otro, el **conocimiento de la realidad social sobre la que se va a legislar**, concretándose en la conexión entre la Biociencia y la Bioética.

Así mismo, el **aspecto moral**, es decir, “El Derecho no pretende la perfección del hombre porque su fin es la realización de la justicia y la pacífica convivencia de los ciudadanos”.

Y, por último, la **preservación del fin del Derecho ante la diversidad de teorías éticas**: Pueden formularse muchas teorías éticas, pero el ordenamiento jurídico regula relaciones de alteridad. “El fin del Derecho es marcar los cauces jurídicos adecuados para que las relaciones interpersonales transcurran en un marco de orden con el fin de evitar el conflicto de intereses”. (p. 10)

Una vez intentado responder a las cuestiones de por qué y cómo se ha resuelto el problema de las relaciones y diferencias entre Bioética y Bioderecho, nos proponemos ahora, tal y como hemos indicado supra, responder a la cuestión de cuánto incide (el calado) la mutua influencia y sus consecuencias.

En este sentido, según Vila-Coro (2003):

Suene o no solemne, parezca grandilocuente o simple verdad cotidiana, lo cierto es que nuestra generación está asistiendo, viviendo y soportando una de las grandes revoluciones de la Historia de la Humanidad. (...) Hoy es la especie humana la que asiste con temblorosa incertidumbre a los sucesos que se desenvuelven en su propio seno. Es la esencia, la índole, la condición del hombre la que se conmueve, por más que éste se aferre a su propia identidad huyendo de matraces, vidrios y placas de laboratorio. Los avances científicos han dado lugar a nuevas realidades sobre las que hay que tomar posiciones (...). (p. 26)

La biotecnología avanza más rápidamente que el Derecho, lo cual ha tenido varias consecuencias.

Por un lado, genera lagunas legales por la lentitud de la respuesta del Derecho, puesto que éste, inopinadamente, se ha quedado parado ante la dificultad de legislar sobre materias biocientíficas que son complejas en sí, y, cuando se ha atrevido a hacerlo, ha debido de reformar posteriormente la legislación por haberse quedado obsoleta.

Ante la existencia de lagunas legales, las soluciones que se pueden dar son las siguientes: no legislar, adaptar conceptos clásicos a las nuevas situaciones, o reinventar el derecho.

No legislar generaría inseguridad jurídica, no sabiendo los científicos a qué atenerse a la hora de realizar sus investigaciones, con el riesgo que esto puede suponer no ya ante posibles reclamaciones, sino por las consecuencias para la propia identidad y dignidad del ser humano. Promulgar leyes que regulen materias bioéticas es algo, por tanto, necesario.

Si se opta por la segunda solución, hay conceptos que sí son aplicables y adaptables, pero precisamente por el progreso de la biotecnología, hay campos en los que los conceptos jurídicos clásicos han quedado derogados, por lo que no quedaría del todo resuelto el problema de las lagunas jurídicas.

Al no quedar resuelto, para remediar (a veces remendar) esas lagunas, no hay otro modo de hacerlo que acudir a la bioética, la cual, si bien es más lenta que la biociencia, por el contrario es más rápida que el bioderecho, de ahí que (por cierto) la bioética esté siendo hoy el elemento fundamental del derecho que más influye en el bioderecho: por eso el bioderecho sea visto más bien como el marco jurídico de la bioética, sin más.

Pero, y esto es lo más importante, recogiendo la idea ya dicha de D'Agostino y de Vila-Coro, si la biotecnología y la bioética inciden claramente en la cuestión sobre la identidad del ser humano,... influyen de modo directo en la concepción tanto de los derechos como del propio Derecho, de ahí que, quizá, haya que repensar tanto los unos como el otro.

La obsolescencia de algunos conceptos jurídicos clásicos debido al y en relación con el progreso científico ha calado en nuestra manera de concebir el Derecho y los derechos... Esto y la identidad y dignidad del ser humano es lo que nos jugamos en esta lid, ni más ni menos.

Porrás del Corral (en Ruiz de la Cuesta 2005) ya había visto el problema:

Desde hace ya unos años, vengo dedicando buena parte de mi investigación a los derechos humanos y, más en concreto, a cómo estos se han visto interpelados, en las últimas décadas, por los avances habidos en el ámbito de las ciencias de la vida (biología, genética, medicina, etc.) y sus aplicaciones tecnológicas, (...). (p. 143)

(...) la biotecnología permite al hombre el poder introducir cambios sustanciales en la naturaleza (...), incluso el poder intervenir en la propia estructura de la vida. (pp. 143-144)

González Morán (2006) lo ratifica:

(...) el progreso acelerado de las ciencias biomédicas (...) vino, una vez más, a quebrar el postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico, es decir, el disponer de, al menos, una respuesta para cada hecho de la realidad social, cuya naturaleza exija su regulación jurídica. (...) la rapidez imparable con que se

sucedan los avances y aplicaciones biotecnológicos desborda la capacidad de rapidez de cambio de la norma jurídica: incluso, la intensidad y profundidad de los cambios experimentados hacen que no sólo se hayan producido lagunas normativas, sino que se haya cuestionado la validez de algunos de los conceptos jurídicos hasta ahora vigentes.

(...)

Es, por tanto, necesario repensar, “redefinir” el derecho, sobre todo en este campo de la biotecnología y sus “límites”; (...). (p. 112)

Y, finalmente, en la misma línea, Ollero (2006, p. 23) remata la idea al confirmar que “lo que hoy está en juego, en los continuos debates suscitados en torno al bioderecho, no es sino simple y llanamente el futuro del derecho mismo”.

La respuesta que proponemos a la dialéctica entre autonomía y dependencia de la Bioética y el Bioderecho pretendemos aportarla en el apartado relativo a “Bioderecho y valor”. Solamente anticipar de nuevo que tal propuesta está en la línea del Iusnaturalismo Deontológico de Finnis, Vidal, Ollero, Aparisi, y León Correa.

## **2.2.4. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y CONCEPTUAL**

### **A. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA**

En cuanto a la primera, desde el principio, el neologismo utilizado ha sido el de Biojurídica, pero posteriormente otros vocablos han sido utilizados para la misma materia, como bionomótica, biogislación o bioderecho.

¿Cuál sería el término correcto?

Para responder a la pregunta, nos referiremos primero a las propuestas que tienen al respecto varios filósofos del derecho. Después propondremos nuestra opinión tratando de argumentarla.

Para Vila-Coro (1995):

Ha nacido una nueva rama del Derecho: la BIOJURÍDICA, término utilizado por primera vez por José María Martínez del Val en 1986. Más próximo en el tiempo, en 1993, Serrano Ruiz Calderón publica un trabajo donde se hace eco de la obra de Francesco D’Agostino en la que aparecía el término Biojurídica. (pp. 21-22)

Por su parte, Ollero (2006) apela al análisis sintáctico gramatical para decir:

Se la ha calificado en ocasiones, impropriamente, como “Biojurídica”. La Bioética es una rama de la ética, entendido este término como sustantivo y no como adjetivo; si llamamos

“Derecho” al estudio de la regulación jurídica de diversos aspectos de la vida en sociedad, parece lógico acudir a tal sustantivo y no a un adjetivo para identificar a la nascente disciplina. (p. 19)

A la misma conclusión, pero por otros cauces, llega González Morán (2006):

Después de reflexionar sobre esta denominación, me ha parecido que este neologismo (“Bioderecho”) se adecua muy bien a su contenido: porque esta disciplina jurídica, primo et per se, no trata de las relaciones entre los profesionales de la salud y los pacientes y usuarios de la sanidad pública y privada, para lo cual no es necesario el establecimiento de una normativa específica, siendo suficiente el recurso a la regulación general de los derechos y obligaciones, sino que regula la aplicación de la biomedicina y de los avances biotecnológicos a los seres humanos. (p. 113)

Un análisis más detallado lo hace Aparisi (2007, pp. 9-12), para la cual, antes que nada, según el criterio que se utilice, el vocablo puede ser uno u otro. Así, según la citada autora:

Por razones de lenguaje, bioderecho está más cercano al ámbito anglosajón (biolaw), mientras que biojurídica es un término más propiamente italiano (biogiuridica).

Por razones de especialidad, salvo excepciones, los estudiosos de la ciencia del derecho (penal, administrativo, civil,...) prefieren hablar de bioderecho; mientras que los filósofos del derecho apuntan más bien al de biojurídica.

Por razones de objeto o de campo de estudio, “el bioderecho abordaría el estudio de las realidades o fenómenos bioéticos, es decir, de los diversos conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones humanas como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la salud”. O sea, la perspectiva propia de la ciencia jurídica.

Por su parte, la biojurídica abordaría también cuestiones bioéticas, siendo su perspectiva más propiamente de la filosofía del derecho. “De este modo, la función de la biojurídica será, precisamente, la de justificar aquellos principios, no morales, sino propiamente jurídicos, en los que se apoyaría el bioderecho o la biolegislación”. En el mismo sentido, Palazzini y Lagulli.

Por nuestra parte, entendemos que, por ser una nueva rama del Derecho, en sus comienzos inevitablemente no hay unanimidad respecto a ciertos puntos como el relativo a cómo denominarla.

Nuestro punto de vista se basa en las ideas de Aparisi (ya mencionadas) y Ciuro, que tienen la virtud de saber y hacer saber distinguir con claridad la biojurídica del bioderecho.

En efecto, son luminosas las aportaciones de Ciuro (1997, a) (pp. 11-12), quien distingue entre **FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MENOR** o **INTRODUCCIÓN AL BIODERECHO** (de alcance menor), que se ocupa del Bioderecho en sí mismo; y una **FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MAYOR** o **FILOSOFÍA DEL BIODERECHO**, de alcance mayor, que trata de las relaciones del Bioderecho con el resto del universo.

Con lo cual, todo lo expuesto sobre Bioderecho en el presente Marco Teórico pertenece a la Filosofía Biojurídica Menor, Teoría del Bioderecho o Introducción al Bioderecho; mientras que cuando posteriormente tratemos de la teoría tridimensional del derecho en su dimensión legislativa y social, al circunscribirla al inicio de la vida, estamos hablando de Filosofía Biojurídica Mayor, precisamente porque no nos interesa en este último caso qué piensa el Bioderecho sobre sí mismo, sino su relación con la biolegislación, la biojurisprudencia y el sentimiento biojurídico social en esa etapa de la vida.

Así pues, sobre la base de esta idea junto con la de Aparisi, estamos ya en disposición de concluir lo siguiente:

El término **BIODERECHO** es un término englobante. Con él se quiere expresar toda especialidad del Derecho que tiene que ver con la bioética o con los campos propios de la misma.

Por su parte, la **FILOSOFÍA BIOJURÍDICA O FILOSOFÍA DEL BIODERECHO** es la Filosofía del Derecho aplicada al campo de la bioética.

Dentro de esta última distinguimos, por un lado, la **Teoría del Bioderecho, Introducción al Bioderecho o Filosofía Biojurídica Menor**, es decir, el Bioderecho que piensa sobre sí mismo (que coincidiría con la Primera Parte del presente trabajo, pero sobre todo con los Capítulos 1 y 4); y, por otro lado la **Filosofía Biojurídica Mayor o Filosofía del Bioderecho**, que analiza las relaciones del Bioderecho con el resto del universo (que coincidiría con la Segunda Parte de la Tesis, centrada en el inicio de la vida o, más propiamente, en la protección legislativa y jurisprudencial sobre el nasciturus).

De otro lado, con la voz **BIOLEGISLACIÓN** se trataría de hacer una mera exposición fáctica de la legislación bioética. Si, además o en lugar de tal exposición, se analiza o interpreta una legislación concreta, se añadirá el adjetivo que concuerde con la especialidad en cuestión (civil, penal, administrativo, laboral,...).

La **BIODOCTRINA** es la doctrina elaborada por juristas sobre materias propias de la bioética; mientras que la **BIOJURISPRUDENCIA** se limita a las Sentencias en materia bioética.

Por último, **BIOJURÍDICA** es, sencillamente, un adjetivo.

Con la finalidad de conseguir una mayor claridad expositiva, trasladamos los términos y las explicaciones en una Tabla que pasamos a transcribir:

**TABLA 3**

| <b>TÉRMINO</b>                                   | <b>EXPLICACIÓN</b>   |
|--|--|
| BIODERECHO                                       | Es el término que expresa el nombre de la disciplina, por eso es englobante  |
| FILOSOFÍA BIOJURÍDICA O FILOSOFÍA DEL BIODERECHO | Filosofía del Derecho aplicada a la bioética. Es Teoría del Bioderecho (o términos análogos) cuando el Bioderecho reflexiona sobre sí mismo. Es Filosofía del Bioderecho (o términos análogos) cuando analiza las relaciones del Bioderecho con el resto del universo. |
| BIOLEGISLACIÓN                                   | Exponer fácticamente la legislación bioética   |
| BIODOCTRINA                                      | Doctrina elaborada por juristas sobre materias bioéticas   |
| BIOJURISPRUDENCIA                                | Sentencias en materia bioética   |
| BIOJURÍDICA                                      | Es un adjetivo   |

Fuente: elaboración propia

## **B. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL**

Por lo que respecta a la última cuestión, la conceptual, no hay menos ofertas. No es de extrañar que las haya, puesto que a la dificultad de la novedad de la presente rama jurídica, se añade la consiguiente discusión filosófica sobre la misma.

Mostramos, pues, nuestra conformidad con Ciuro (1997, a) cuando afirma que:

La pregunta acerca de qué es el Bioderecho tiene, como todo interrogante acerca del ser profundo de un sector del universo, carácter filosófico. (p. 11)

Así, para mostrar la complejidad que tiene este punto concreto, antes de proponer nuestro concepto, recogemos distintas definiciones sobre Bioderecho:

Para Vila-Coro (1995), es:

(...) la ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de lege ferenda y de lege data, para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de la Ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir, su adecuación a los valores de la Bioética. (p. 22)

Según Ollero (2006):

Nos encontramos, en efecto, ante una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción hasta su final. (p. 19)

González-Morán (2006), por su parte, además de proponer su definición, recoge, entre otras, la de Porras del Corral (2002):

(...) aquella rama del derecho que estudia los principios y normas jurídicas que regulan las relaciones de los individuos entre sí, las relaciones entre individuos o grupos, y entre todos estos con el Estado, cuando esas relaciones afectan al nacimiento, desarrollo, tratamiento y fin de la vida humana y vienen provocadas por la aplicación al ser humano de la biomedicina y las biotecnologías. PORRAS DEL CORRAL (...) define al bioderecho como la ordenación de las relaciones sociales en el campo de las ciencias de la vida y de sus aplicaciones tecnológicas, según un criterio de justicia. (p. 113)

Por nuestra parte, dado que el criterio que estamos siguiendo en este trabajo de investigación es el de la teoría tridimensional del Derecho, partiendo de ella y sobre la base de la definición de Derecho expuesta por Pérez Luño (2005, p. 38), nos atreveríamos a decir que el Bioderecho consiste en *el conjunto de acciones biosociales (especial y eminentemente biotecnológicas), creadoras “de” o reguladas “por” normas biojurídicas, que deben establecer un orden justo en un determinado momento histórico*. En cuanto a los elementos que recogemos en la misma, nos remitimos a lo indicado supra.

**CAPÍTULO 2:**  
**ESTADO DE LA CUESTIÓN**



## **2. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

En la Prólogo y en la Introducción hemos acotado el objeto de la presente Tesis, propuesto la hipótesis y marcados los objetivos. Así mismo, hemos escogido la perspectiva científica o disciplina desde la que hemos reflexionado sobre todo ello, el Bioderecho, cuyo estudio ha sido desarrollado en el Capítulo anterior.

Resta por examinar la relación del Bioderecho –a través de la biodoctrina, la biolegislación, y la biojurisprudencia- con la protección del nasciturus, aunque más propio sería decir que resta por determinar si las características más importantes de cierta biodoctrina han influido o se encuentran en la biolegislación y en la biojurisprudencia.

Pero antes de abordar esto último analizaremos dos aspectos más: por un lado, el estado de la cuestión, para de conocer cuáles son las opiniones actuales sobre la personalidad jurídica del nasciturus, es decir, qué se ha dicho y por quién sobre la protección jurídica del mismo, con la finalidad de descubrir dónde se sitúan la biodoctrina, la biolegislación y la biojurisprudencia españolas; y, por otro lado, qué metodología se ha utilizado para llegar a ese descubrimiento (que constituye el contenido del Capítulo siguiente).

Así pues, y por lo que respecta al estado de la cuestión, dividiremos su exposición según las posturas doctrinales que existen sobre la personalidad jurídica del nasciturus, y conforme a la clasificación que realiza De Miguel (2005, pp. 129-133).

## **2.1. TEORÍAS QUE DEFIENDEN LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO ANTES DE SU NACIMIENTO.**

Los partidarios de estas teorías coinciden en considerar que el Derecho debe reconocer al concebido no nacido la titularidad de sujeto de derechos como persona que es.

Sin embargo, hay diferencias en torno a cuándo ha de producirse tal reconocimiento, en el sentido de que unos autores piensan que ha de ser en el momento de la concepción (en el que ya es un ser humano completo), y otros opinan que en el momento de la anidación (es decir, cuando se ha producido la individuación del óvulo fecundado) o incluso después (formación de la corteza cerebral).

Como paradigma del primer caso, reproducimos una cita de Vila-Coro (1995)<sup>13</sup>:

Al concebido no nacido por su condición de persona humana desde el momento de la concepción, le corresponde el reconocimiento explícito de su personalidad jurídica. La personalidad jurídica queda **determinada** por el nacimiento, pero tiene su origen en la concepción. El nacimiento es un acto declarativo, no constitutivo de la personalidad jurídica; el acto constitutivo de la personalidad jurídica es la concepción. (p. 281)

En cuanto al segundo caso, recogemos las palabras de Muñoz Conde (2007), quien lo argumenta como un proceso en el avance de la investigación científica, argumento respecto del que no estamos de acuerdo:

La comprobación científica de que la reproducción humana realmente surge a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide permitió fijar el comienzo de la vida en ese momento, llamado de la fecundación. La posterior evolución de la Medicina ha obligado, sin embargo, a revisar este criterio y a fijar el comienzo de la vida en otros momentos posteriores tales como la anidación en el útero del óvulo ya fecundado, el comienzo de la actividad cerebral en el feto, etc., que son determinantes de la existencia de algo más que un mero proceso biológico. (p. 87)

## **2.2. TEORÍAS QUE DEFIENDEN LA PERSONALIDAD INCOMPLETA DEL NASCITURUS.**

Frente a los anteriores, los que respaldan esta segunda postura doctrinal opinan que si bien es desproporcionado considerar al nasciturus como sujeto de derechos igual que una persona ya nacida, sí tiene sin embargo cierta personalidad jurídica, si bien ésta es “incompleta, anticipada y condicionada” (De Miguel, 2005, p.131).

---

<sup>13</sup> En el mismo sentido, Serrano Ruiz-Calderón (2002), Ollero (2006), Germán (2012) o Aparisi (2012) .

Es incompleta porque no puede equipararse un embrión a un ser humano ya formado, por lo que la personalidad jurídica no puede ser la misma, sobre todo si ese ser humano es adulto.

A pesar de eso, es anticipada porque el nasciturus, aunque no es persona, lo será en el futuro, por lo que tal dignidad debe de protegerse jurídicamente en alguna medida.

La condicionalidad se refiere a los dos peligros que le pueden acontecer al nasciturus: aborto o inviabilidad.

Así pues, el nasciturus aunque humano, no es persona del mismo modo que un ser ya nacido, por lo que el respeto y la consiguiente protección jurídica de la dignidad de aquel ha de ser menor que el que se le ha de profesar y otorgar a éste.

Para De Miguel (2004)<sup>14</sup>:

La conclusión más clara de este corolario será la siguiente: si bien el concebido no tendrá una capacidad suficiente para que el Derecho le otorgue derechos patrimoniales, salvo de forma condicionada, su propia dignidad, no obstante, le concede entidad suficiente para ser poseedor de unos derechos de la personalidad que son inherentes a todo ser humano. Si el Derecho civil puede limitar los derechos patrimoniales, no puede por el contrario estipular condicionante alguno sobre esta segunda clase de derechos, en cuanto que son anteriores al propio Derecho, esenciales, innatos y originarios en el ser humano. (p. 132)

### **2.3. TEORÍAS QUE NIEGAN AL CONCEBIDO Y NO NACIDO CUALQUIER TIPO DE PERSONALIDAD JURÍDICA.**

Para los autores que mantienen esta posición, el nasciturus no es persona humana y, por tanto, no es sujeto de ningún derecho. No tiene sentido, pues, hablar de personalidad jurídica.

Es un futurible, por lo que su protección jurídica se basa en lo que llegará a ser, no en lo que es: un mero conjunto de células.

Como ejemplo, recogemos las palabras de Díez-Picazo (1995)<sup>15</sup>:

El concebido no es persona ni tampoco posee una personalidad especial o limitada. No hay siquiera una genuina igualdad entre el concebido y el nacido; la equiparación establecida por el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es parcial (para los efectos que le sean favorables), y, además, sometida a una *conditio iuris* (que nazca con los requisitos del artículo 30) (...) Lo que pretende el ordenamiento jurídico es asegurar, prescribiendo las

---

<sup>14</sup> Cita a autores como Storch (1987), Femenía (1999) o Bianca (1984).

<sup>15</sup> En el mismo sentido, Hualde (1995), Cornu (1980) o Arroyo (1992).

correspondientes medidas, que los pueda adquirir (sus derechos) si nace con los requisitos legales. (pp. 227-228)

Por último, no podemos dejar de indicar que la Ley 21/1957 del Registro Civil ha sufrido una importante reforma, concretamente por medio de la Ley 20/2011, de 21 de julio. En esta última Ley se reforma el artículo 30 del Código Civil, pues en su Disposición Final 3ª se dice que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

**CAPÍTULO 3:**  
**METODOLOGÍA**



### **3. METODOLOGÍA**

#### **3.1. TIPO, MATERIAL, Y TÉCNICA DE ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS**

El objeto social estudiado científicamente ha requerido emplear un tipo de metodología cualitativa basada en la observación indirecta, la cual ha comenzado siendo no-sistematizada para acabar caracterizándose como sistematizada. Este tipo de investigación corresponde a la posición material de la observación según las terminologías y clasificaciones –relacionándolas- de Köning y Duverger.

El material que se ha empleado para la obtención de los datos de la presente investigación ha sido un grupo concreto de documentos escritos jurídicos, éticos y bioéticos en los que los hechos sociales han quedado reflejados y a partir de los cuales se han obtenido los datos.

El tratamiento que se ha seguido para la obtención, registro y clasificación de los datos se ha guiado por la teoría tridimensional del derecho; además, el análisis de los datos y de la información obtenida, por ser también conforme con ese método y con la pregunta de investigación, la hipótesis y los objetivos previstos, es el resultado de aplicar una técnica mixta descriptiva, explicativa y exploratoria-confirmatoria, técnica que no ha estado exenta de un sustrato hermenéutico crítico.

Ahora bien, esta diversa metodología requiere siquiera de una breve explicación previa al desarrollo y articulación de cada uno de los métodos y técnicas contenidas en la misma: el marco teórico es multidisciplinar, el Bioderecho que, lejos de ajustarse a un área de conocimiento, exige más bien ampliar horizontes.

La realidad social es compleja y variada. Es decir, en una realidad social hay muchas realidades sociales, por su carácter poliédrico. Cada una requiere una

metodología o perspectiva científica, de ahí que la realidad social, para comprenderla mejor, requiera a su vez de varias perspectivas o metodologías.

De hecho, como afirma García Ferrando (1986):

La realidad social es compleja, multivariada y difícil de comprender, presentándose a los ojos del investigador o del estudioso como múltiples realidades. Su análisis no puede, por tanto, ser sencillo ni realizarse solamente mediante una metodología o perspectiva científica. Es necesario recurrir a diferentes métodos/perspectivas para su estudio; a cada aspecto de dicha realidad social –objeto de estudio, por tanto- le cuadra una determinada metodología; una metodología es adecuada a un determinado objeto de estudio. (p. 15)

El caso del aborto, objeto de este estudio, como realidad social que es, no está exento de este método pluricognitivo, viéndose reforzado por el marco teórico en el que se encuadra el presente trabajo de investigación, pues no hay que olvidar que la bioética y, más específicamente, el bioderecho, tiene la característica inherente de multidisciplinariedad e interdisciplinariedad.

Esta plurimetodología empleada ha sido, pues, necesaria; puesto que ha sido la más coherente y la que más ha cuadrado con el objeto de investigación seleccionado, toda vez que, recordemos, el objeto de la investigación es el que marca de modo clave la metodología adecuada.

El aborto, y más en concreto la protección jurídica del nasciturus, lejos de ser una cuestión cerrada, totalmente investigado y entendido, del que ya pocas cosas se puedan decir, es un tema muy complejo, es decir, también es una realidad en la que hay muchas realidades sociales, múltiples prismas, que requieren ser investigados para que todo él sea mejor comprendido.

### **3.1.1. METODOLOGÍA CUALITATIVA**

Se ha de empezar diciendo que entre la inducción y la inferencia, hemos optado por ésta última.

Para Gómez López, la inducción consiste básicamente en:

Establecer enunciados universales ciertos a partir de la experiencia, esto es, ascender lógicamente a través del conocimiento científico, desde la observación de los fenómenos o hechos de la realidad a la ley universal que los contiene.

Sin embargo, como es sabido, esta metodología ha sufrido críticas a lo largo de la historia. Para resumirlas, reproduzco las mismas tal y como están contenidas en Castro Nogueira, et al. (2005, p. 95) quien las aplica, a modo de ejemplo, a la teoría de Wolfe, la cual puede resumirse en los cuatro pasos siguientes:

1. Observación y registro de todos los hechos.

2. Análisis y clasificación de todos los hechos observados y registrados.
3. Derivación inductiva de generalizaciones a partir de ellos.
4. Contrastación ulterior de las generalizaciones.

Siendo para la época un método muy avanzado, adolece sin embargo y en efecto, de las siguientes críticas, que enumeramos correspondiendo los números a los anteriormente ordenados:

1. Es imposible registrar **todos** los hechos.
2. La clasificación debe hacerse conforme a una teoría o interés práctico, ya que no existen autclasificaciones.
3. Las hipótesis no son el resultado de la inducción, sino la condición de posibilidad de la misma actividad investigadora.
4. El análisis inductivo de los datos carece de fórmulas algorítmicas que permitan la producción de generalizaciones empíricas.

En un principio se pensó la posibilidad de utilizar la lógica inductiva teniendo en cuenta en todo momento las citadas críticas e ir solucionándolas a medida que avanzaba la investigación, pero (como hemos dicho) hemos optado más bien por la inferencia, la cual es definida por el Diccionario de la Lengua Española (con la voz *inferir*) como “sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa. Llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado”<sup>16</sup>.

Ha sido así porque entendemos que la inducción es más propia de la investigación cuantitativa; mientras que la inferencia pertenece no solo a la cuantitativa sino también a la cualitativa, es su “punto de encuentro, y consiste en un proceso en el que se utilizan hechos que conocemos para aprender sobre los que desconocemos” (King, et al 2000, citado en Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano, 2011, pp. 34-35).

Y la metodología que finalmente se ha optado por emplear en el presente trabajo de investigación ha sido cualitativa, no cuantitativa.

En efecto, ni se ha tratado de cuantificar datos ni de establecer o construir ninguna ley o teoría generalizable a partir de la inducción; sino que el objetivo ha sido conocer la existencia de un posible cambio en la realidad social, normativa y axiológica del aborto en España y tratar de comprenderlo.

Es decir, no ha sido nuestra intención investigar un hecho neutro buscando explicaciones causales. Evidentemente que buscamos explicar, pero sobre todo “comprender los significados que las personas atribuyen a sus acciones (...). (De tal modo que lo que nos interesa) no es el hecho, sino las diferentes interpretaciones que suscita este hecho; los valores y en definitiva los significados que les otorgamos a los hechos. (...), entender la variedad de razones que se dan sobre un hecho o fenómeno”. (Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano, 2011, pp. 32-44)

No hemos estado en contacto directamente con la realidad, sino que ésta ha venido a nosotros mediante las distintas interpretaciones que sobre la misma han quedado plasmadas a través de documentos concretos. Nos hemos limitado a

---

<sup>16</sup> <http://www.rae.es>

categorizarlas y a analizar una de ellas (de ahí la Tabla 1), para que el fenómeno legal de aborto sea más comprendido y se haga, por ende, más visible (Dezin & Lincoln, 2000, citado en Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano, 2011, p. 49).

En este último sentido, es conveniente no olvidar que la investigación llevada a cabo ha sido aplicada a la ciencia *social* del Derecho que, como tal y por tanto, admite la investigación cualitativa.

Como afirman Pita & Pertegás (2002):

La **investigación cuantitativa** es aquella en la que se recogen y analizan datos cuantitativos sobre variables. La **investigación cualitativa** evita la cuantificación. (...). La diferencia fundamental entre ambas metodologías es que la cuantitativa estudia la asociación o relación entre variables cuantificadas y la cualitativa lo hace en contextos estructurales y situacionales. La investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su sistema de relaciones, su estructura dinámica.

### 3.1.2. BASADA EN LA OBSERVACIÓN INDIRECTA

Para Francis Bacon, en su *Novum Organum*, como es sabido, la ciencia consiste en observación y experimentación.

Entre ellas, la realidad elegida como objeto de análisis del presente trabajo (documentos jurídicos, éticos y bioéticos) ha sido investigada por medio de la observación científica, ya que esa realidad social que se ha examinado no ha requerido de ninguna alteración provocada por parte del sujeto de investigación.

Para Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano (2011):

La observación es la primera técnica para adquirir conocimiento. (Pero la observación científica) trata de estructurar este flujo de conocimiento y sistematizarlo, de manera que el investigador/a se transforma en un receptor, consciente e intencionado, de información útil para poder dar respuesta a una pregunta de investigación. (pp. 91-92)

Además, no hay que olvidar que la observación es una de las técnicas más apropiadas y adecuadas a la investigación en ciencias sociales, ya que la meta de las mismas consiste fundamentalmente en conocer para comprender, no para que los conocimientos sean posteriormente aplicados.

Como afirma García Ferrando (1986):

La necesidad para los sociólogos de investigar y crear conocimientos, en lugar de limitarse a aplicarlos como hacen otros tipos de profesionales, ha conducido a que los planes de

estudio de las Facultades de Ciencias Sociales incluyan cursos introductorios y avanzados sobre Metodología y Técnicas de Investigación Social. (p. 9)

La centralidad de la observación en la investigación que hemos llevado a cabo ha sido, pues, acreditada, teniéndose en cuenta además lo que concluye García Ferrando (1986):

Queda claro, pues, que la observación científica es el proceso por el que los datos se hacen asequibles al investigador a través de sus sentidos, (pero añade) desde una estricta posición teórica. (p. 100)

La observación científica requiere previamente de una teoría. Es decir, se requiere partir de alguna teoría –por provisional que sea- para determinar qué observaciones han de ser tenidas en cuenta. De tal modo que dependiendo de ella, el investigador se apropiará de unos datos y desechará otros

En el presente trabajo de investigación, se ha escogido la teoría tridimensional del Derecho.

Y es que los hechos sin teoría carecen de significado (son meros ruidos), pero la teoría sin hechos también. (Beltrán, en García Ferrando, et al. 1986, p. 19)

Por otro lado, para acceder a los datos se han desarrollado diversas técnicas o instrumentos. El autor antes citado, a partir de Köning (1973) y Duverger (1962), distingue dos criterios para clasificar los tipos de observación:

Por un lado, la posición material de la observación, en cuya virtud distingue entre observación directa y observación indirecta.

Por otro lado, la posición del observador respecto de la realidad, lo que hace distinguir entre observación participante y observación no participante.

En el caso de la presente investigación, el tipo de observación ha sido indirecta, ya que la directa exige, como apuntaba Duverger (1962, citado en García Ferrando, et al, 1986, p. 100), que el investigador tomara parte directa en el objeto de investigación, participando en el mismo.

En cambio, según el propio García Ferrando, la observación indirecta, (...) por su propia definición, no puede ser participante o no participante. Corresponde a la observación indirecta el empleo de documentos y, en general, todo tipo de materiales escritos, tanto de naturaleza cuantitativa como cualitativa. (p. 100)

En efecto, en la observación llevada a cabo en el presente trabajo, nos hemos mantenido como espectadores de la misma, no integrándonos en el colectivo observado, lo cual ha dotado a la observación de una mayor perspectiva a la hora de recoger datos, conductas y opiniones, adquiriendo la investigación una paulatina graduación cada vez más estructurada y sistemática.

Del objeto de investigación ha devenido, pues, la observación científica indirecta.

Además, este tipo de observación científica indirecta ha sufrido una evolución en el presente trabajo: de no-sistematizada a sistematizada.

El punto de inflexión ha sido doble: el cambio como elemento inherente a la realidad social y la consecución de la acotación definitiva del objeto de investigación.

En cuanto al primero, según Castro Nogueira, et al. (2005), la observación no-sistematizada es aquella en la que “el observador accede al escenario de observación o se enfrenta al objeto sin una definida red conceptual o categorial elaborada expresamente para guiar dicho proceso de observación”. (p. 110)

Desde el principio de la investigación hemos entendido que a lo largo de ella podían ocurrir acontecimientos no esperados, caminos imprevistos; además, ha habido cierta actitud premeditada porque hemos querido minimizar lo más posible nuestros prejuicios respecto al objeto de investigación.

Es decir, no estamos hablando de carecer de marcos conceptuales previos, sino de maximizar la espontaneidad y abrirnos al hecho de observación, con la finalidad de conseguir un tipo de observación más flexible, más creativa.

Sin embargo, a medida que se ha avanzado en la investigación, ésta ha devenido en sistematizada, concretamente al ir acotándose de modo definido el objeto de investigación.

Como vuelven a indicar los autores citados,

(...) su naturaleza sistemática viene dada por su integración en un programa de investigación completo y por su dependencia teórica explícita de un marco teórico bien definido, de unos objetivos cognoscitivos expresamente formulados y por la existencia de un conjunto de hipótesis, relativas al objeto de estudio, cuya pertinencia se desea observar. (pp. 111-112)

La investigación se ha vuelto, pues, más precisa, con exigencias imprescindibles para garantizar tanto lo sustantivo como lo procedimental. No olvidemos la advertencia indicada supra por García Ferrando, et al. (1986, p.19) de que una metodología es adecuada al objeto del estudio científico.

Por tanto, se ha intentado que exista: A) Coherencia entre marco teórico, hipótesis y procesos concretos de observación. B) Claridad en la selección y definición de los procedimientos de observación así como de los instrumentos que se ha tenido que utilizar. C) Control riguroso del proceso de observación (tanto del sujeto investigador como del objeto investigado) por parte del director de la Tesis. D) Por último, se ha intentado que los resultados ofrecidos puedan ser analizados de acuerdo con las técnicas adecuadas a los objetivos de la investigación.

### **3.1.3. OBSERVACIÓN MEDIANTE EL MÉTODO DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN CONTENIDA EN DOCUMENTOS ESCRITOS (MATERIAL DE INVESTIGACIÓN)**

Cualquiera que sea la teoría que se haya utilizado previamente para dirigir la observación científica, y siguiendo en este punto a García Ferrando, et al. (1986), la obtención de datos en ciencias sociales se realiza normalmente por medio de tres métodos:

1. La observación del comportamiento de las personas.
2. La entrevista a los sujetos.
3. La recogida de información que se contiene en documentos escritos u otro tipo de material impreso o grabado, en los que los hechos sociales han dejado huella. (p. 93)

De ellos tres, coherentemente con el objeto de investigación enmarcado en la hipótesis y los objetivos de la misma, se ha utilizado el tercer método.

De tal modo que, desde el punto de vista expuesto en el anterior párrafo, del objeto de investigación también ha devenido que la observación indirecta se haya realizado sobre material documentado y escrito.

El mismo se ha gestionado y organizado en función de la dimensión tridimensional del Derecho.

En cuanto al tamaño de la muestra documental, no he tenido más remedio que darle la razón a Alvira Martín (en García Ferrando, et al., 1986):

Existen muchas maneras de evaluar un diseño; tantas como criterios/ dimensiones tienen éstos. Así, puede evaluarse un diseño de investigación desde el punto de vista de la adecuación/coherencia entre los recursos disponibles (humanos y financieros) y los recursos que previsiblemente serán necesarios; (...). (p. 69)

### **3.1.4. Y ANALIZADA A TRAVÉS DE UNA TÉCNICA MIXTA**

De las distintas tradiciones que existen para analizar la información obtenida, se ha optado por la fenomenología y el análisis de contenido, complementándolas con la interpretación a través de la categoría.

La primera “trata de identificar el fenómeno. Se basa en la producción de fenómenos (clúster) o categorías que de forma conjunta describen lo nuclear y la estructura del fenómeno”.

Para la segunda, “el contenido y el contexto están relacionados. Trata de conocer cuáles son los temas principales y cómo se tratan, con qué frecuencia y cómo se relaciona con categorías externas, principalmente contextuales”.

En cuanto a la tercera, las categorías son:

Conceptos que clasifican y agrupan diferentes sujetos o acciones, y nos ayudan a entender las interacciones de algún asunto concreto. A través de las categorías expresamos perspectivas, argumentos, lógicas de pensamiento, o enfoques sobre un problema/conflicto. (...) Analíticamente, la categoría tiene la función de distinguir lo que es diferente o distintivo de algo. (...) Categorizar supone, así, clasificar y ordenar la información mediante un proceso de inclusión en nociones más abstractas que ayuden al conocimiento de la realidad. (Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano, 2011, pp. 170-172)

Así mismo, el análisis e interpretación de la información obtenida, que ha partido de la teoría tridimensional del Derecho, puede ser descrito con palabras de Alvira Martín (en García Ferrando, et al., 1986):

Los objetivos de diferentes investigaciones son normalmente diferentes; de igual manera tiene que serlo el tipo de análisis a realizar en los datos de cada investigación. A este respecto cabe agrupar los diseños de investigación (...) en tres categorías:

1. Las investigaciones que tienen como objeto la “descripción” de una realidad.
2. Aquellas cuya meta es “explicar”.
3. Y, por último, investigaciones con carácter “exploratorio”. (p. 307)

No es una clasificación tajantemente pura, pero por lo que al presente trabajo de investigación se refiere, ha servido como marco de referencia para el análisis y, más concretamente, como diseño de investigación del mismo.

A este respecto, sigue diciendo el mismo autor:

De hecho, el análisis de los datos de cualquier tipo de investigación debe seguir una línea jerárquica/ascendente:

- En primer lugar, descripción/exploración de los datos.
- En segundo lugar, análisis explicativo/confirmativo.

Obviamente, cuando el diseño no sea explicativo, el segundo paso no tendrá relevancia. (p. 307)

## **A. ANÁLISIS DESCRIPTIVO**

La calificación de descriptiva viene dada de haber tomado una muestra, es decir, un conjunto limitado de un universo a investigar: de hecho, hemos analizado documentos de contenido bioético actuales e históricos y, en concreto, hemos utilizado fuentes bibliográficas biolegislativas, biodoctrinales y biojurisprudenciales.

La intención de haber escogido esa muestra ha consistido en analizar las principales características de un grupo, institución o acontecimiento social. En este caso, como decimos, un conjunto concreto y determinado de documentos, jurisprudencia y legislación bioética. Pero no nos ha interesado cualquier característica, sino aquellas que han tenido que ver con los objetivos perseguidos. Esto ha tenido como consecuencia la selección de unas características a costa de haber prescindido de otras.

En el fondo, no se ha hecho más que seguir las indicaciones del mencionado autor:

Los resultados/datos “recogidos” en una investigación se resumen en una matriz de datos  $N \times M$ , donde  $N$  es el número de unidades de análisis utilizados (número de casos) y  $M$  es el número de características de dichas unidades que hemos medido, es decir, unidades de las que disponemos información. (p. 307)

Con la salvedad de que, dado que la investigación del presente trabajo ha sido cualitativa, no ha hecho falta construir matriz alguna.

## **B. ANÁLISIS EXPLICATIVO**

El diseño de investigación ha continuado una línea ascendente jerárquica, en este caso, de ahí que la misma tenga un análisis de contenido explicativo porque no solo nos hemos limitado a describir o extraer esos rasgos o características, sino que hemos tenido que determinar las causas que justifican determinados fenómenos. Esto ha sido en lo que más se ha tenido que incidir.

En este sentido, se han tenido en cuenta los principios de determinismo y de relación limitativa, tal como están descritos en Cabrero, et al. (2001, pp. 1-2), fundamentalmente por la claridad y sencillez en la exposición de los mismos: el objetivo de la ciencia es poder explicar el por qué de las cosas, es decir, contestar a la pregunta ¿por qué las cosas cambian?

Como bien describen estos autores, es ya sabido que los fenómenos tienen un orden, unos suceden a otros. Se puede suponer que los cambios son aleatorios y al azar, pero lo usual es que los efectos sean debidos a la acción de una causa (principio de determinismo). Pero podemos encontrar multitud de causas e, incluso, cada causa está a su vez afectada por otra causa.

Es factible hablar, por tanto, de la multicausalidad de los fenómenos: es el llamado principio de las relaciones limitativas. Pero, advierten los autores que no todas las variables tienen igual peso causal. A esto se le conoce, según ellos, como el

“presupuesto de las relaciones limitadas”. (p. 2)

Ahora bien, como hemos dicho, se han tenido en cuenta esos principios pero en la medida en que sirven para explicar que un fenómeno no puede ser entendido desde una sola perspectiva ni obedece a una sola causa, confirmando la naturaleza multidisciplinar e interdisciplinar del fenómeno legislativo del aborto.

Es oportuno indicar en este sentido que no ha importado el peso que tiene lo que se ha descubierto en la investigación sobre el cambio operado en España en relación con el aborto. Nos hemos limitado a descubrirlo y a sacarlo a la luz con la finalidad de comprender mejor ese cambio/conflicto.

Es decir, en la nueva legislación sobre el aborto han influido multitud de causas que pueden ser observadas por otros métodos. Simplemente nos hemos propuesto exponer una que probablemente no ha sido suficientemente tenida en cuenta hasta ahora.

Con todo, lo expuesto no ha impedido que, siguiendo a Castro Nogueira, et al. (2005, pp. 66-67), a pesar de que la hipótesis ha quedado bien determinada, no hay que olvidar que lo que en el fondo se ha investigado (la realidad nuclear del aborto) está imbricado en un conjunto complejo de acciones sociales; y en ciencias sociales la realidad está viva, es cambiante, por lo que las hipótesis son más bien estimaciones. Ello es así porque los objetos sobre los que investigan las ciencias sociales son no terminados, no definitivos, inconclusos; además, pueden ser múltiples y a veces contradictorios, de ahí que la investigación en ciencias sociales sea un campo abierto: en ciencias sociales el hombre es objeto y sujeto de investigación.

Esto es fundamentalmente aplicable a la realidad del aborto, ya que el mismo incide directamente en la antropología, motivo por el cual la duda que existía supra (si es científicamente correcta una investigación sobre el aborto desde una postura determinada), ha quedado finalmente despejada.

En efecto, con la modernidad ilustrada quedó acreditado que la realidad es tal como la vemos, de tal manera que cualquier observador que adopte la misma perspectiva debe ver lo mismo. Sin embargo, la aparición de las ciencias sociológicas, filosóficas, históricas y psicológicas demuestran que una misma imagen se puede ver de manera diferente. Cada individuo tiene *su* visión y lo que ve lo ve como *algo significativo*, dado que se trata de una *elección descriptiva*.

Pues bien, en el campo de la ciencia ocurre algo parecido: los protocolos no son instrumentos neutros, abstractos, sino que se encuadran y derivan de teorías generales: aquello que vemos es inseparable de presuposiciones y conceptos teóricos, causa y efecto, a su vez, de otras observaciones previas.

Los planteamientos o enfoques científicos están mediados por creencias personales. No es cierto que la evaluación de una afirmación científica dependa exclusivamente del experimento: el planteamiento empirista ha caído, puesto que intervienen otros elementos, como teorías anteriores, datos previos, presupuestos... “que afecta a la fiabilidad y objetividad de los datos”. (Castro Nogueira, et al., 2005, p. 42)

Los datos, cuando vienen, vienen ya interpretados: hecho y valor/significado son inescindibles. La observación pura y objetiva no es que haya dejado de tener validez universal, sino que sencillamente no existe.

### **C. ANALISIS EXPLORATORIO/CONFIRMATORIO**

Por su parte, en cuanto al análisis exploratorio, este ha consistido en confirmar si los resultados de los análisis descriptivos y explicativos aplicados a la biodoctrina se dan en la biolegislación y biojurisprudencia españolas, además de darse en el sentimiento jurídico de la sociedad.

De nuevo Alvira Martín (en García Ferrando, et al., 1986):

La descripción analítica de los datos de una investigación no tiene únicamente una finalidad descriptiva, sino que permite que el investigador conozca sus “datos”. Las técnicas de análisis exploratorio constituyen un paso más en este comprender qué se puede hacer con los datos antes de utilizar las técnicas de análisis confirmatorio, es decir, de contrastación de hipótesis. (p. 314)

Ahora bien, tenemos que seguir insistiendo en que la investigación es cualitativa, por lo que lo importante es únicamente que los resultados de esos análisis inciden o no en el análisis de la biolegislación y biojurisprudencia española, no el grado o peso de los resultados de los dos primeros análisis en dichos documentos jurídicos. De ahí que el análisis exploratorio haya cedido su importancia más bien al confirmatorio<sup>17</sup>.

### **3.2. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA AL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Pues bien, aplicando toda la metodología acabada de exponer y adecuándola ya de modo concreto y definido a la investigación realizada, a efectos clarificadores y en síntesis, la misma ha recorrido los siguientes pasos:

El primero ha consistido en la realización de recensiones de libros escritos fundamentalmente por iusfilósofos, además de por los motivos ya dichos, porque son los que más se han ocupado de estudiar el Bioderecho. Los autores escogidos han sido sobre todo españoles. Las recensiones han ido acompañadas de comentarios críticos.

El contenido del segundo paso ha consistido en la clasificación de las recensiones y los comentarios críticos han sido guiados por la teoría tridimensional del Derecho, dando como resultado el reduccionismo en la reflexión biojurídica. Para evitarlo, hemos propuesto como alternativa una concepción jurídica que entendemos consigue tal equilibrio con más plausibilidad. El estudio de estos dos pasos nos ha llevado a descubrir la influencia de la biopolítica y las Academias en el Bioderecho, como tendremos oportunidad de exponer más detalladamente.

---

<sup>17</sup> Hemos intentado emplear una metodología netamente jurídica, pero apenas hemos encontrado nada en la actualidad que la desarrolle. Por otro lado, el Bioderecho es una ciencia multidisciplinar y exige una metodología que amplíe horizontes. Al ser la ciencia del Derecho una ciencia social, la metodología escogida es perfectamente compatible con el Derecho y, por las razones indicadas, con el Bioderecho.

El tercer paso ha consistido en confirmar si tal reflexión ha influido en la legislación española vigente en torno al nasciturus.

Continuando con dicho proceso, posteriormente hemos realizado la misma operación que en el paso anterior, pero en esta ocasión la confirmación se ha referido a la Biojurisprudencia en torno al nasciturus.

El quinto paso ha consistido en la descripción, explicación y confirmación, si se da, de si todo lo anterior ha tenido consecuencias en el sentimiento jurídico de la sociedad.

Finalmente, una vez realizado todo ese proceso, se han extraído los resultados y las conclusiones.

Para la aplicación de la metodología al presente trabajo de investigación y en aras de conseguir la mayor claridad expositiva posible, seguimos el esquema de las tres fases de la investigación cualitativa expuesto en Zapata-Barrero & Sánchez Montijano (2011, p. 179), el cual está estructurado en diseño, proceso y resultados.

El contenido de ese esquema es la expresión resumida de la metodología utilizada en la presente Tesis, acotada, en este punto, en el análisis descriptivo, explicativo y exploratorio/confirmatorio, en tanto en cuanto el primero será utilizado para la Biodoctrina; mientras que el segundo se aplicará a la Biolegislación y la Biojurisprudencia.

Esos análisis se aplicarán a las restantes líneas de investigación que coinciden con los objetivos propuestos: protección jurídica del nasciturus en España; influencia en el sentimiento jurídico de la sociedad.

Conviene reiterar que metodológicamente en esta parte del trabajo nos basamos en las ideas de Alvira Martín (en García Ferrando, et al., 1987, pp. 307 y ss.), es decir, análisis descriptivo, explicativo y exploratorio/confirmatorio; y ello, una vez realizada la gestión de información (descrita supra) consistente en su organización y categorización según las directrices de Zapata-Barrero & Sánchez Montijano (2011, pp. 70-76) y la teoría tridimensional del Derecho.

**CAPÍTULO 4:**  
**BIODOCTRINA, BIOPOLÍTICA Y ACADEMIAS**



Los objetivos que nos hemos marcado en este Capítulo son:

En primer lugar, la descripción y explicación del contenido y alcance biojurídico de los tres elementos constitutivos del Derecho. Estos tres elementos son una ayuda pedagógica para comprender mejor las distintas concepciones del Derecho y el consiguiente reduccionismo jurídico (valorar desproporcionadamente o incluso excluyentemente un elemento sobre los otros dos en lugar de buscar el justo equilibrio).

En segundo lugar, acreditar que lo que hemos llamado Relativismo Jurídico es la expresión del reduccionismo jurídico actual, y que tiene como consecuencias la influencia de la Biopolítica y las Academias en el Bioderecho.

Este segundo objetivo conviene aclararlo sucintamente:

Como indica Ana Marta González, la ética hoy es antropología cultural. Así, el Derecho describe en la ley los valores que la sociedad estima más importantes (con lo que los normativiza). Es lo que nos esperábamos encontrar.

Por su parte, para M. Atienza, el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el realismo jurídico han sido superados, ya que el Derecho debe ser el motor del cambio social a través de la orientación de conductas. Es lo que nos hemos encontrado.

Nuestra Tesis (descriptiva y explicativa de lo que ocurre hoy en el bioderecho) es que las tres corrientes conviven actualmente y, en contra de los dos autores citados, sobresale aquella filosofía bioética o biojurídica nacida de las Academias, que se encuentra detrás del biopoder (que es quien dicta las leyes a través de la biopolítica), y que influye en el sentimiento jurídico de la sociedad (Capítulo 7): de la teoría a la praxis, no su contrario.

Como alternativa al Relativismo Jurídico, y para evitar la injerencia indebida del biopoder en el bioderecho, estamos de acuerdo con John Finnis, León Correa, Andrés Ollero, Ángela Aparisi y Ernesto Vidal, mostrando nuestra conformidad con la necesidad de un Iusnaturalismo Deontológico que, para proteger eficazmente a la persona (sobre todo al más débil), fortalezca al Derecho y justifique tal fuerza.

Por último, es necesario recordar que tenemos que hacer una llamada necesaria a la Teoría del Derecho o a la Filosofía del Derecho (de hecho, hemos utilizado el trialismo jurídico para, entre otras cosas, ordenar la obtención y recogida de datos), tal y como lo comentamos en la página 26, y esa llamada obedece a que aunque el marco teórico de la presente Tesis es el Bioderecho, entre éste y la Teoría del Derecho o la Filosofía del Derecho hay una estrecha relación, y ello por dos motivos:

Por un lado, los avances biotecnológicos y biomédicos han obligado a repensar sobre qué es el Derecho y su relación con el resto del universo (en definitiva, el Bioderecho hace el mismo ejercicio reflexivo).

Por otro lado, como se verá en el momento oportuno, hemos comprobado que las características que distinguen a una determinada concepción del Derecho, concretamente la que hemos llamado Relativismo Jurídico, han influido en la regulación relativa al inicio de la vida.

En este último sentido, la metodología no deja de tener un sesgo fenomenológico, puesto que va del fenómeno al fundamento, y el fundamento de la biotecnología lo aporta la biodoctrina.

Por todo ello, comenzamos con el examen de los tres elementos constitutivos del Derecho para relacionarlos con el Bioderecho.

#### **4.1. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO: HECHO SOCIAL, NORMA, Y VALOR**

Estudiar el Derecho desde sus tres elementos constitutivos no es un fenómeno nuevo.

En este sentido, Pérez Luño (2005) dice:

Constituye un mérito del tridimensionalismo jurídico el haber insistido, en nuestro siglo, sobre los tres componentes básicos: el hecho social, la norma y el valor, que conforman la estructura global del Derecho, lo que ha permitido clarificar el alcance peculiar de cada uno de ellos (Radbruch, Saber, Recasens Siches, García Máynez, Reale...). (pp. 40-41)

En los últimos años, en nuestro país, es precisamente Pérez Luño uno de los autores que más ha estudiado y analizado el Derecho desde los elementos constitutivos del mismo, es decir, Hecho Social, Norma y Valor, (o también, como se ha indicado, lo

que se ha venido en llamar “teoría tridimensional del Derecho”), y lo hace del siguiente modo en el mismo manual:

Toda sociedad, con independencia de su amplitud y grado de evolución, precisa regular las relaciones entre sus miembros mediante normas que posibiliten la convivencia. El término “derecho” suele aludir a las conductas dirigidas a crear, aplicar, o cumplir esas normas; al resultado de esa actividad formalizada en un conjunto de normas o reglas sociales de comportamiento; así como a los valores que para la convivencia que inspiran, o a cuyo logro se orientan, esas conductas y normas; y todo ello en un ámbito históricamente delimitado. (...). El derecho posee una incuestionable significación social, normativa y axiológica, (...). En cualquier experiencia jurídica se advierten esas tres dimensiones básicas del derecho. (p. 38)

Con todo, si bien el citado autor es el que más ha empleado tal teoría, no es el único que está de acuerdo con ella y, por otro lado, es habitual relacionarlos con los fines jurídicos de eficacia social; validez y seguridad jurídica; y, finalmente, justicia.

De hecho, González Morán (2006) confirma:

Desde la concepción tridimensional del derecho se han establecido tres elementos fundamentales que lo constituyen: el derecho como “hecho social”, como “norma” y como “valor”.

(...), desde la dimensión social del derecho se considerará su eficacia en la sociedad, es decir, el grado de conocimiento y aceptación que los ciudadanos tienen de las normas, o, dicho de otra manera, la eficacia que éstas tienen en la configuración del ideal de convivencia y defensa de los derechos de los ciudadanos que el derecho persigue.

En su dimensión de norma, se establece para la validez del derecho el criterio de la legalidad, es decir, que haya sido creada con la observancia y cumplimiento de todos los requisitos de procedimiento previstos para la producción de normas en el correspondiente ordenamiento jurídico; (...).

Finalmente, el derecho como valor, constituye (...) la materialización entre los hombres de los ideales de justicia: nos hallamos en presencia de la validez axiológica, ética o legitimidad. (p. 92)

En el mismo sentido, De Lucas (1997, p. 30) dice que “hasta ahora hemos insistido en la idea de que el Derecho es una realidad muy compleja. Podemos sostener que el orden jurídico presenta, al menos, tres dimensiones esenciales: la normativa, la social y la valorativa. O dicho con otras palabras, el Derecho es un sistema de normas, un hecho social y una aspiración de justicia”.

El autor continúa relacionando tales elementos con los fines antes aludidos (p. 30), que más tarde explicaremos con mayor detalle.

A mayor abundamiento, no hay que olvidar -y bien lo saben los que han estudiado o están estudiando la titulación académica de Derecho-, que es habitual en los Manuales y en los libros científico-jurídicos tratar las relaciones y diferencias entre derecho y sociedad; derecho y norma (y otros órdenes normativos no jurídicos); y derecho y moral.

Así, por ejemplo, Lacruz & Sancho (1982, pp. 9-19) hablan al comienzo del primer Volumen de sus *Elementos de Derecho Civil*, sobre las relaciones y diferencias entre derecho y sociedad, derecho y regla jurídica, y la justicia.

Ballesteros (1984, pp. 92-138), analiza pormenorizadamente y, sobre todo, desde la etimología, las relaciones y diferencias entre derecho y ley, derecho y orden, y derecho y ética.

Para Latorre (2003), después de manifestar la dificultad de conseguir un concepto general del Derecho, opina que dicha dificultad estriba en las diferentes concepciones del Derecho (y de la moral) que existen. En cualquier caso, para este autor están siempre presentes unos elementos comunes: “el tratarse de normas de conducta obligatorias (que viene a ser el elemento axiológico) en una comunidad (elemento social) y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado (elemento normativo)”. (p. 31)

Antes que ellos, Rodríguez Paniagua (1977) contemplaba el Derecho desde tres visiones o perspectivas, que son las mismas que la contemplada por la teoría tridimensional del Derecho. Aunque cambia la terminología técnica (estatal-formalista, social, y óntico-valorativa) no lo hace su contenido. Además, las relaciona (como los autores anteriores) con tres de los fines del Derecho (eficacia o convivencia social, seguridad jurídica, y justicia).

Si integramos, pues, los aspectos o elementos hasta ahora considerados en un concepto mas elevado o comprensivo, tendremos que el Derecho ha de ser un orden que garantice la seguridad, aspire a desarrollar el bienestar general de acuerdo con el consenso mayoritario de la sociedad y respete la justicia. (p. 13)

Una vez comprobado que la teoría tridimensional del Derecho ha sido una constante o es tradicional en el estudio de la Teoría del Derecho y que se ha vinculado con los fines del propio Derecho (eficacia, validez y seguridad, y justicia), vamos a ver ahora la relación entre el derecho y la sociedad, el derecho y la norma, y el derecho y el valor, todo ello con el objeto de explicar más pormenorizadamente por qué son estos sus elementos esenciales.

Además, describiremos la influencia de la biotecnología en esos tres elementos constitutivos, que es tanto como decir, la influencia de la biotecnología en el Derecho.

Con esa comparación queremos enfatizar que el marco jurídico del presente trabajo de investigación se circunscribe al Bioderecho, no a la Filosofía del Derecho o a la Teoría del Derecho, por lo que trataremos de delimitar ambas especialidades; aunque, al mismo tiempo, relacionándolas debidamente.

La relación entre la Teoría del Derecho y la Introducción al Bioderecho ya ha sido analizada<sup>18</sup>, pero para diferenciarlas debidamente, en cada elemento comenzaremos primero con el análisis iusfilosófico y, después, con el análisis biojurídico.

#### **4.1.1. DERECHO Y SOCIEDAD**

El carácter social del Derecho es incuestionable, y hasta tal punto cierto que hoy no habría sociedad sin derecho, fundamentalmente porque las sociedades son cada vez más complejas, así como las relaciones entre los ciudadanos, que exigen estar reguladas.

##### **A. EL DERECHO, PRODUCTO DE LA SOCIEDAD**

Como afirma Pérez Luño (2005, p. 20), “el derecho es un producto de la actividad humana que se expresa a través de determinadas formas normativas que regulan el desarrollo de la convivencia social. (...) El origen, ubicación o conocimiento hay que situarlo, por tanto, en el actuar humano, (...)”.

La actividad del hombre (**acción social**) es, sobre todo, proyectiva, pero la supervivencia y la consecución de nuestros fines esenciales exige un **orden social**: no sólo por la existencia de los otros, sino porque mis comportamientos (que influyen en los de los demás, y viceversa), pueden entrar en conflicto con los comportamientos de los otros (sociedad). Todo ello hace que, independientemente de las preferencias de cada uno, ante determinadas situaciones típicas, el ordenamiento presuponga una cierta uniformidad de comportamientos, a fin de hacerlos previsibles: y todo ello para conseguir nuestros fines sin que existan conflictos en la medida de lo posible.<sup>19</sup>

Entrar dentro de esos comportamientos es lo que se llama **proceso de socialización**, es decir, comprensión e interiorización de las normas sociales, lo que hace que la obediencia a las mismas no dependa tanto de que la norma, en su origen, sea externa, sino porque ha habido esa interiorización y, por tanto, se han satisfecho mis fines con el cumplimiento de la norma.

Lo que ocurre es que hay dos modelos de comportamiento que se separan de ese proceso de socialización (no socialización): **1) Variación**: cambio no reprochado por la sociedad. **2) Desviación**: cambio reprochado por la sociedad.

De ahí que exista el **control social**, cuyos objetivos son dos: 1) Conseguir la conformidad con las normas sociales (mantenimiento del orden mediante técnicas promocionales que ligan consecuencias favorables al comportamiento socialmente deseado: sanción positiva). 2) Evitar, impedir o castigar la desviación (mantenimiento

---

<sup>18</sup> Cfr. pp. 69-70 de la presente Tesis.

<sup>19</sup> Seguimos aquí las ideas no literales, es decir, reproducidas como citas indirectas, de Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, pp. 11-14.

del orden mediante la sanción negativa o técnica disuasoria, que consiste en ligar consecuencias desfavorables al comportamiento desviante).

El Derecho es, pues, un instrumento o técnica de control social.

De todo ello se deduce que el Derecho no es un elemento natural de la realidad, sino que está puesto o pactado por la propia sociedad. Es decir, es posible una sociedad sin derecho, pero hoy las sociedades no serían lo que son y como son sin el derecho, porque es apto para conseguir algunos objetivos o fines.

## **B. RELACIÓN ENTRE HECHO SOCIAL Y EFICACIA SOCIAL**

Entre estos últimos está la eficacia social, tan íntimamente relacionada con este elemento constitutivo.

Como dice Añón (en De Lucas, 1997):

(...)Por otro lado, el Derecho influye decisivamente en una determinada sociedad, tiene unos claros efectos sobre ella: o bien puede promover el cambio social u obstaculizarlo. También es cierto que, en ocasiones, el derecho no responde a las necesidades reales de una sociedad. En definitiva, no es posible entender el fenómeno jurídico sin tener presente la sociedad en la que nace y rige. (p. 30)

Ahora bien, hay que tener claro que el Derecho ni es una entidad autónoma ni depende absolutamente de la sociedad, ya que no se identifica con todas las dimensiones de la realidad social.

En este sentido compartimos la idea de la citada autora:

Y ciertamente el Derecho se proyecta sobre zonas amplísimas de la realidad social, pero no se identifica en todas sus dimensiones con ellas y con todos los comportamientos que en ellas se dan, sino que regula algunos de esos comportamientos y, al hacerlo, también interviene en los procesos de cambio de los diferentes factores sociales. De lo que se trata aquí, pues, es de mantener un punto de vista intermedio entre las dos teorías anteriores y poner de relieve la condición social de los fenómenos jurídicos. (p. 70)

De todo ello se deduce, en efecto, que la nota del Derecho más importante que tiene que ver en la cuestión de las relaciones entre Derecho y sociedad es la de la **efectividad de las normas**, es decir, como vuelve a decir Añón, “el grado de realización, en la práctica social, de las reglas enunciadas por el Derecho (...), también está conectado con la **eficacia social** de las normas jurídicas, es decir, los efectos o las consecuencias que producen las normas jurídicas, consecuencias que en parte se encuentran preestablecidas en las propias normas, pero que están condicionadas por los hechos externos a esas normas (...) exige tener en cuenta el problema de la adecuación o no entre los efectos previstos por las normas y los efectos que realmente éstas despliegan”. (p.82)

Si las normas no tienen los efectos previstos, o en un momento determinado deja de tenerlos, puede ser un indicador de que necesiten ser reformadas... por lo que dichos cambios son consecuencia de la influencia de los cambios sociales en el Derecho.

Si los cambios en la sociedad influyen en los cambios normativos, también es verdad que estos últimos influyen en los primeros. Esto se da cuando el Derecho se anticipa a los cambios sociales, es decir, cuando se convierte en un factor que influye en ellos, ya que no hay que olvidar que no deja de tener su propia autonomía. Si el Derecho fuera simplemente un reflejo de la sociedad, no influiría sobre ella, se limitaría a asegurar y consolidar los cambios sociales. Como indica Almoguera (2009, pp. 62-63), “que un Derecho es eficaz implica que es aceptado por los ciudadanos”.

Lo que no puede ser es que no influya en nada, es decir, que el cambio de normas no influya en el cambio social. Por ineficaz, debería reformarse.

### **C. EFICACIA SOCIAL Y ORIENTACIÓN DE CONDUCTAS**

A este respecto, es indudable que una de las funciones del derecho, derivada de la eficacia social, es el de la orientación de conductas. Así, para Añón, “las normas tienen por objeto orientar conductas y expectativas, dirigir a personas independientes para que observen determinados modelos de conducta” (p. 87).

Comúnmente se le llama función educativa o pedagógica. Es el ejemplo claro de la influencia del Derecho en la sociedad, ya que actúa directamente sobre ella, modificando comportamientos, costumbres y valores.

“Esta función se pone de relieve cuando se analiza el Derecho como forma de comunicación” (p. 88). Mediante mensajes, influye y prevé el comportamiento de los otros.

“Todas las funciones que desempeña el Derecho en la sociedad hacen del Derecho un factor de control social” (p. 88). Por medio de las normas, entre otros instrumentos, la sociedad establece un control sobre las conductas y sobre el orden social.

No hay que olvidar que las normas jurídicas, entre otras cosas, son normas de conducta para ordenar una relación social determinada (es decir, donde hayan dos personas o más).

En el mismo sentido, Latorre (2003) confirma:

No han faltado ni faltan (...) opiniones que defienden como misión del Derecho precisamente el difundir e imponer modelos éticos de conducta. El Derecho se convierte así en un instrumento educador de los ciudadanos, y aspira a modelar su personalidad sobre ideales determinados. En realidad, el Derecho cumple siempre esa función, puesto que el imponer unas conductas determinadas en nombre de la comunidad es una forma de educar.

Lo que varía es la forma y la intensidad con que se persigue ese fin. (p. 25)

Y González Morán (2006) ratifica que el derecho “constituye una regla de conducta humana, tiene la función de ordenar o regular el comportamiento o acción del individuo en sociedad”. (p. 92)

Esta función de orientación de conductas es de capital importancia para el tema del aborto o, más bien, de la protección jurídica del nasciturus, toda vez que cabría preguntarse si lo que ha influido en la reforma del artículo 417 bis y concordantes del Código Penal mediante la Ley 2/2010, ha sido la constatación del cambio en los valores sociales respecto de la protección del concebido y no nacido; o, más bien, habría que hablar de la influencia del cambio de la norma en la percepción social sobre el aborto.

Esta idea es clave, y trataremos de responderla en el momento metodológico correspondiente.

#### **D. BIODERECHO Y SOCIEDAD**

En el Bioderecho, por analizar y regular las cuestiones relativas a las ciencias de la vida y de la salud, la dimensión social reviste una cualidad eminentemente científica.

De modo que una investigación o un progreso en la investigación biotecnológica o biomédica es una acción social (el hecho científico es un hecho social por ser una parte de la realidad social) que, al ser proyectiva, repercute en el resto de la comunidad científica y en la sociedad en general (ya que se intenta que se haga en beneficio de la misma).

Ahora bien, no estamos hablando solamente de que los avances científicos están al servicio y en beneficio de la sociedad (como el binomio genética/prevenición y curación de enfermedades), sino que influyen en la misma, en el comportamiento de los ciudadanos (y viceversa). Un ejemplo claro es que los resultados del diagnóstico genético prenatal influyen en la decisión de abortar o no.

Las consecuencias de dicha acción exigen un orden científico-social y un proceso de socialización científica para aprobar o evitar las conductas que, aun siendo alteraciones, la sociedad acepta (porque avanza) o reprocha (porque atenta contra la dignidad humana). Estamos hablando de las variaciones y las desviaciones<sup>20</sup>.

Ese orden social exige, por tanto, un control social, en este caso, normativo-científico, con el objeto de prevenir conflictos o, en caso de surgir, resolverlos (de ahí los protocolos científicos, por ejemplo).

El hecho social científico lo es, pues, en un doble sentido: ad intra y ad extra.

---

<sup>20</sup> Cfr. p. 106 de la presente Tesis.

## 1) **Ad intra:**

Se dirige a regular los actos de la comunidad científica en sí, es decir, al comportamiento de la labor o investigación científica (más bien biotecnológica y biomédica) de los profesionales dedicados a ella: quién, qué (qué no), cómo, para qué pueden investigar; la incidencia de la economía en la investigación,...; todo ello para proteger la dignidad o el valor científico de la investigación (todavía no el valor ético o normativo).

## 2) **Ad extra:**

Se dirige a regular la relación de la comunidad científica con la sociedad, respondiendo a la pregunta “para quién”.

Hoy la autoridad del científico, en tanto que poseedor de conocimiento biotecnológico, es superior a otros tiempos. Como pone de manifiesto Ciuro (1997, a):

En cuanto a la dimensión sociológica, el despliegue de la Bioética y el Bioderecho es importante si se quiere advertir y equilibrar la gran autoridad que permiten las nuevas técnicas. (p. 32)

Y, en otro texto (1997, b), el mismo autor afirma:

La casi “omnipotencia” de los hombres de los laboratorios, las salas de terapia intensiva, etc. puede ser manejada en mucho por las tendencias económicas. (p. 12)

Con lo cual, en este sentido que hemos llamado ad extra, la cuestión de si el Derecho influye en el cambio social o el cambio social influye en el Derecho, se plantea de otro modo: la incidencia de la Biotecnología en el Derecho y del Derecho en la Biotecnología.

### 2.1.) **Incidencia de la biotecnología en el derecho:**

Al evolucionar la Biotecnología más rápido que el Derecho, ha provocado repensar muchas materias ya antiguas (no ya aborto, eutanasia,... sino personalidad jurídica, capacidad jurídica, filiación,...) y estudiar otras nuevas (células madre, hibridación, maternidad subrogada, nueva genética,...), por no decir la posibilidad de encontrarnos ante el nacimiento de derechos de cuarta generación, como el derecho a la identidad genética o, sin ir más lejos y a causa de la clonación, el propio derecho a la identidad.

## 2.2.) Incidencia del derecho en la biotecnología:

Aquí la influencia tiene que ver con la pregunta sobre si el derecho limita o amplía la libertad de investigación (principio de precaución/principio de beneficencia); pero también tiene que ver con la tramitación previa y la elaboración de la ley, en la que no solamente participan juristas para elaborarla, pues a ellos se le suman necesariamente expertos en materias como genética, bioquímica, biomedicina,...

Además, plantea una serie de interrogantes: ¿cómo equilibrar el principio de libertad de investigación con el principio de precaución? Es más, ¿cómo equilibrar el principio de beneficencia con el principio de precaución?

Las nuevas técnicas biomédicas generan interrogantes que influyen en actos antes ilícitos hasta tal punto que pueden convertirlos en lícitos o crear nuevas figuras que, siendo afines, son, en cambio, lícitas: técnicas de resucitación o respiración artificial/eutanasia-limitación de esfuerzo terapéutico; relación médico-paciente/beneficencia-autonomía-consentimiento informado; reparto de bienes y servicios escasos ante una mayor demanda de la población/justicia-derecho a la protección a la salud...

Así lo concibe Ciuro (1997, a) al decir que:

Para comprender los alcances, de cierta manera enormes, de la biotecnología aplicada a la vida humana, vale tener en cuenta que no sólo pueden superar deficiencias y enfermedades y promover seres con características diversas a las actuales, tal vez superiores o inferiores, sino afectar los grandes soportes de la personalidad, como son los instintos de amor y de muerte. (p. 13)

Esta incidencia externa es respectiva porque la sociedad también puede influir en la comunidad científica, con la consecuencia de replantear la cuestión bioética tradicional.

Si antes la pregunta era “¿todo lo que se puede hacer se debe hacer?”; ahora se debe plantear de otro modo: “¿todo lo que la sociedad demanda a la ciencia que haga, debe hacerlo?” o también: “¿todo lo que la empresa financiera de los laboratorios exige a los mismos debe hacerlo según los cálculos de rentabilidad?”. Piénsese, sin ir más lejos, en la investigación con células madre embrionarias o en la llamada clonación terapéutica: los resultados, hasta ahora, han sido muy pobres (si no nulos), y ¿es lícito continuar con tales investigaciones teniendo en cuenta tales resultados? Sino es lícito, ¿por qué se siguen realizando?

#### **4.1.2. DERECHO Y NORMA**

##### **A. NORMA JURÍDICA Y OTRAS NORMAS: NORMA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Probablemente, la primera idea a la que se recurre cuando se piensa en el derecho son en las normas. Sin embargo, no hay que confundir las leyes con el derecho, en el sentido de que las leyes no agotan el derecho, no ya porque también existen principios, actos, relaciones y procedimientos, sino porque el mismo es, fundamentalmente, ordenamiento jurídico.

Si en un primer acercamiento podemos decir, con Hervada (2002, p. 105), que “una ley es una regla obligatoria que tiene un carácter general” y que, en cuanto que general, regula la convivencia en sociedad delimitando derechos y obligaciones de los ciudadanos, no es menos cierto que esa regla requiere, correlativamente, el de una autoridad que haga efectivas esas normas, vele por los intereses generales (poder ejecutivo), y dirima las contiendas entre los miembros del grupo (poder judicial).

Traer a colación esta idea es pertinente porque existen varias clases de normas (éticas, religiosas, sociales,...) y, por tanto, no todas son jurídicas. Ese primer acercamiento nos sirve para delimitarlas en el sentido de que serán jurídicas si forman parte de un ordenamiento jurídico.

En efecto, existen actos cotidianos que tienen trascendencia jurídica y otros que no la tienen. Ello es así porque dentro de las conductas humanas están las jurídicas, que son aquellas que, si son vulneradas, podemos reclamar a otros por el daño infringido u obligar a los demás (y los demás a nosotros) a acciones u omisiones conducentes a respetar nuestra situación o nuestros actos. Pero debe haber detrás un conjunto de normas en que apoyar nuestra reclamación. Es decir: exigimos a los demás (y los demás nos exigen) una determinada conducta, siempre y cuando haya detrás una ley que ampare o autorice esa exigencia.

Además de la ley y de la reclamación, ha de haber una autoridad o tribunal ante quien pueda presentar mi reclamación y que tenga la potestad de poder satisfacerla. De esa potestad nacen las características de obligatoriedad y coacción. De ahí que las normas jurídicas puedan aplicarse a través de los órganos establecidos para ello y que tienen los medios para hacerlas cumplir.

Las demás normas carecen de las notas de autoridad (Estado), obligatoriedad y coacción.

Pero, ¿por qué existe esa autoridad o tribunal? Porque vivimos en una comunidad organizada políticamente, lo cual implica la existencia de un poder. Vivimos en un Estado, con la aguda advertencia de Díaz (2010, p. 31), ya que hablamos de Estado de Derecho, esto es, “el Estado sometido al Derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley”.

## B. NORMA Y JERARQUÍA DE NORMAS: VALIDEZ Y SEGURIDAD JURÍDICA

El ordenamiento jurídico no solamente se refiere a la producción de las normas, a su ejecución y a su aplicación. También se refiere a la organización o estructura de tales normas. No se trata de una mera yuxtaposición de leyes, ya que “las normas jurídicas no se presentan nunca solas, sino orgánicamente relacionadas en un sistema”. (Lumia, 1982, p. 53)

Pérez Luño (2005, p. 202) lo ratifica al decir que “las normas jurídicas no están aisladas, sino que, como “totalidad ordenada”, constituyen un sistema”.

Lo que queremos poner de manifiesto es que el derecho como ordenamiento jurídico, como sistema, es clave para entender el mismo desde los tres elementos constitutivos, es decir, para no entenderlo exclusivamente desde lo moral o desde lo social. De hecho, sirve para de-finir tres ideas fundamentales:

La primera consiste en que mediante el ordenamiento jurídico como sistema se puede *explicar la existencia del derecho*. Para el institucionalismo, el derecho existe porque existe el ordenamiento jurídico, y el ordenamiento jurídico existe porque existen las instituciones.

Por su parte, la segunda es que mediante el ordenamiento jurídico como sistema se puede *comprender qué es el derecho*. Para el normativismo, el derecho es un ordenamiento (no una norma), pues las normas son jurídicas por el hecho de formar parte de un ordenamiento jurídico.

Por último, la tercera consiste en que mediante el ordenamiento jurídico como sistema se puede *conocer lo que es derecho*, lo que es jurídico. Para el normativismo, la validez de una norma deriva, en el contexto del ordenamiento al que pertenece, y conforme al principio de legalidad, de la validez de otra norma superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental del ordenamiento.

De hecho y como ejemplo, para Almoguera (2009) una norma es válida si cumple estas tres exigencias:

- a) Promulgada por una autoridad competente.
- b) No estar derogada por otra norma posterior.
- c) No estar en contradicción con otras normas del propio sistema positivo.

El objetivo de estas operaciones es, pues, establecer el Derecho válido, esto es, el conjunto de normas que valen como Derecho y no como otra cosa. (pp. 64-65)

En el mismo sentido y por su parte, Ollero (2007) indica:

Este normativismo empuja a la ciencia jurídica a una tarea de captación y elaboración que presenta y trata al derecho como

sistema compuesto únicamente de normas. Mientras la norma jurídica aislada podría concebirse como fruto de un arbitrario e imprevisible acto de voluntad, el sistema tiende a prestar racionalidad a lo que sin él habría sido un mero agregado de mandatos dispares. El sistema articula y jerarquiza las normas. Diseñará a la vez transversalmente instituciones de temática homogénea. Posibilitará adjudicar al ordenamiento resultante características tan jurídicamente relevantes como la coactividad o la eficacia. (p. 42)

Todo esto quiere decir que las normas jurídicas forman una totalidad ordenada, un sistema, cuyas características son: 1) *Unidad*: totalidad jerárquica. 2) *Plenitud*: intenta dar respuesta a los hechos sociales. 3) *Coherencia*: no debe haber antinomias o contradicciones entre las normas que lo componen.

Con Lumia (1982) insistimos en la misma idea:

Una norma es VÁLIDA si está en vigor de conformidad con las normas de producción propias del sistema normativo del que forman parte (...). Depende de su conformidad con las normas de grado superior que disciplinan la producción de las normas jurídicas. (p. 48)

Así pues, con lo que nos enfrentamos, como así lo afirma Pérez Luño (2005) es no sólo con la existencia del derecho en el sentido más autónomamente jurídico de la expresión, sino también y sobre todo con:

(...) la validez jurídica, concibiendo el ordenamiento jurídico como una pirámide normativa en cuya cúspide se halla la norma fundamental, de la que deriva la validez de todas las normas jerárquicamente estructuradas. (Lo que ocurre es que esa pirámide no es estática sino dinámica, puesto que) la validez jurídica de una norma no sólo depende (como en los sistemas estáticos) de la norma fundamental; depende también de las condiciones de validez puestas por las demás normas superiores a ella. (pp. 203-204)

### **C. ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DE LA CONSTITUCIÓN?**

Queda demostrado, por tanto, que es la Constitución, al final, la que otorga validez y legitimidad a las normas inferiores a ella, haciéndolo en un doble sentido: que la ley se haya promulgado conforme a los requisitos formales de producción de normas que la Constitución haya establecido; y que esa ley contenga los requisitos materiales (de contenido) adecuados a la citada Ley Fundamental.

Sin embargo, el problema se plantea cuando nos preguntamos cuál es el fundamento de la Constitución. Todas las demás normas serán jurídicas si entran dentro del ordenamiento jurídico y si están basadas en una Norma Fundamental. Pero, ¿en qué se basa la Norma Fundamental?

Para intentar solucionar ese problema, hay autores que acuden a la teoría de la norma fundamental (Kelsen), al criterio de la regla de reconocimiento (Hart, y en España, Atienza, Peces Barba,...), a la justicia como equidad (*justice as a fairness*, Rawls), a la teoría del título (Nozick), al criterio de reconocimiento por los órganos de aplicación (Ross y Raz), al acuerdo social (Lumia), a la dignidad humana (Hervada, Barraca), a los Derechos Humanos (Pérez Luño),...

Y, se quiera o no, esta es la pregunta fundamental, puesto que preguntar en qué se basa la Constitución es, al final y en el fondo, preguntar en qué se basa el Derecho, ya que si la Norma Fundamental no se basa en la ley, se ha de basar en el hecho social o en el valor... y ¿quién tiene la potestad o legitimidad para establecer el criterio social o moral que sea fundamentador, dirigido a la generalidad de las personas, y obligatorio en cuanto a su cumplimiento?

Para esclarecer la cuestión, mostramos nuestra adhesión al Iusnaturalismo Deontológico, ya que responde adecuadamente a la misma y así, sobre la base de John Finnis, entendemos, con León Correa (2011, p. 33), que “se debe complementar la ética del discurso con la ética de los bienes básicos y con la visión antropológica y ética del personalismo”.

#### **D. BIODERECHO Y NORMA**

No todo avance científico es, de por sí, legítimo. Lo será siempre y cuando no atente contra la dignidad humana o contra los derechos de los demás. De ahí que sea necesaria la norma para prevenir el conflicto jurídico o para, una vez producido, resolverlo.

Pero a la hora de regular estos hechos sociales científicos, la Ley se encuentra con el siguiente problema.

Los avances en la Biotecnología inciden en la vida de cada ser humano, como sabemos, pero el desarrollo del Bioderecho es lento, fundamentalmente porque (en este campo sobre todo) es difícil que la ley se anticipe a la sociedad, porque la tramitación de las leyes hace que así lo sea, y porque la ley no tiene todas las respuestas para las preguntas que la biotecnología plantea.

La consecuencia evidente de esa desproporción temporal y material es que la biotecnología genera lagunas legales. ¿Cómo resolverlo?

De hecho, según Ciuro (1997, a, p. 15), “las posibilidades de la biotecnología enfrentan a enormes carencias (“lagunas”) de carácter histórico, por novedad de los problemas”.

Esa desproporción motiva que los tradicionales criterios de Savigny sobre la interpretación de la norma (gramatical, lógico, fin de la ley, histórico y sistemático), se deban tener en cuenta, sí, pero quizá haya que complementarlos con otro tipo de criterios que están todavía en vías de desarrollo (incluso más allá de la teoría argumentativa-racional), toda vez que en la interpretación de cualquier biotecnología han de converger otras disciplinas más científico-experimentales... y porque al Derecho

le cuesta responder a preguntas que o bien no se ha planteado nunca, o bien no es el Derecho quien tiene que responderlas (al menos en su totalidad, y menos a través de una ley).

Al tardar en responder a la par que se le exige respuesta, las implicaciones de la bioética en la biotecnología (en la norma) tienen un mayor calado, porque la reflexión ética aunque es más lenta que la científica, sin embargo es más rápida que la jurídica. Además, al existir lo que Ollero llama biopolítica detrás de la biotecnología, la respuesta que al final se plasma en las leyes obedece más bien a la corriente bioética que sigue el Gobierno que a la ciencia biojurídica en sí mismo considerada.

Es más, hoy la norma puede ser el resultado de la presión que ejercen determinados grupos sociales sobre el Gobierno. En este sentido, Almoguera (2009) lo confirma al decir:

En muchas ocasiones los legisladores relacionan su voluntad sólo indirectamente con la norma que producen. Vale decir que, incluso en el caso de un legislador individualmente identificable, la norma no es algo directamente querido, un producto directo de su voluntad, sino que responde más bien a la voluntad, intereses, propósitos, de ciertos grupos que actúan sobre él y que permanecen, más o menos, en la sombra. (p. 336)

Todo esto obliga plantearse una serie de preguntas no ya sobre la interpretación de la norma, sino sobre su elaboración, preguntas que, además, sino fuera por los avances de la Biotecnología, no saldrían a la luz.

## **E. EL LEGISLADOR O TARDA EN LEGISLAR O LEGISLA DEMASIADO<sup>21</sup>**

Si la Bioética es joven, el Bioderecho lo es más, lo que ha llevado a la situación de que se ha tardado en legislar materias propias de la bioética, como la investigación biomédica, el trasplante de órganos, la fecundación artificial, o los Comités de Ética Asistencial.

Los motivos son varios.

1) Entre ellos, quizá el primero se encuentra en la mutua desconfianza entre los profesionales del Derecho y la Medicina.

La llamada medicina defensiva hace que los profesionales de la salud tengan poca confianza en los profesionales del Derecho (que son los encargados que formular las denuncias de los pacientes que ejercitan su derecho a la acción en los casos de responsabilidad civil sanitaria) e, incluso, hace que la confianza médico-paciente se vea afectada.

---

<sup>21</sup> En este punto seguimos fundamentalmente, aunque no en todo, las ideas no literales, es decir como citas indirectas, de González Morán, *De la bioética al bioderecho*, pp. 91-110.

2) El segundo motivo se encuentra en la dificultad que comporta a los juristas la investigación y estudio de temas que están alejados del mundo propiamente jurídico.

Ello es así porque los que se dedican a las tareas de la Bioética relacionada con el Derecho, les toca estudiar temas como células madre, embriones, genética,... que son extremadamente difíciles, pero que no hay más remedio que abordarlos, y esa dificultad retrasa la investigación jurídica.

Aparisi (2007) lo confirma al decir que “(...), se advierte una cierta reticencia en los juristas para adentrarse en problemas que, a primera vista, pueden parecer más propios de los científicos o de los filósofos morales”.

3) Por fin, el último motivo se halla muy unido al anterior, ya que esa dificultad se trasladada también al legislador.

Lo que ocurre es que, en este caso, a la complejidad de los temas objeto de regulación por las leyes del Estado o de otras Administraciones, se une otra, que consiste en que determinados temas tocan sensibilidades muy íntimas de los ciudadanos. Piénsese en la eutanasia o el aborto, sin ir más lejos.

Sin embargo, siendo conscientes de que la Ley va más lenta que la Medicina, no es menos verdad que las anteriores afirmaciones ya no se pueden mantener con tanta asertividad. De hecho, leyes hay en estas materias.

Lo que ocurre es que de la tardanza o retraso en legislar, hemos pasado a la hiperlegislación. Al menos, por lo que ocurre en España, una materia bioética puede estar regulada por demasiadas leyes (incluso autonómicas).<sup>22</sup>

Parece que los Gobiernos de los Estados tengan prisa por normativizar materias que, quizá, no debieran estarlo tanto, pero no hay que olvidar que uno de los fines de la Ley es la orientación de conductas o pedagogía ciudadana, y de lo que se trata es de maximizar esa finalidad de la Ley: hemos llegado al extremo de “juridificar la moral” (en este caso, la Bioética).

Llegados a este punto, conviene cuestionarse varias preguntas.

Así, la primera que abordaremos será si es necesario legislar o no. Si la respuesta es afirmativa, se abren otras tres preguntas: ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuánto? legislar.

---

<sup>22</sup> En torno al nasciturus, sin ir más lejos, inciden varias leyes: además de las recogidas en esta Tesis, hay que añadir, al menos, el Código Penal (artículos 144, siguientes y concordantes), el Código Civil (artículos 29, siguientes y concordantes), y las leyes autonómicas reguladoras de la materia, como la Ley 6/2009 y el Decreto 13/2011, ambas normas de la Comunidad Valenciana.

## E.1. ¿ES NECESARIO LEGISLAR?

Durante un tiempo se ha mantenido el criterio de que no se debía legislar. De hecho, antes de la década de los ochenta apenas había legislación bioética en España<sup>23</sup>.

Las razones eran varias:

En primer lugar, las ciencias de la salud progresan a un ritmo sensiblemente superior que las ciencias jurídicas, además de tratarse de materias nuevas y que, en ocasiones, tocan sensibilidades morales o religiosas.

En segundo lugar, existe el riesgo de que a más leyes, más límites que se imponen a la libertad de investigación.

Por último, una cosa es la ética y otra la ley, y esto en un doble sentido: por un lado, demasiada legislación puede indicar poca confianza entre los profesionales sanitarios y los pacientes, cuya relación es o debe ser más personal y menos legal; por otro, no por obedecer a la ley se es mejor persona.

Sin embargo, se ha visto la necesidad de legislar, y ello fundamentalmente por razones de seguridad jurídica y de prudencia normativa.

La seguridad jurídica sirve para prevenir y curar una de las enfermedades que puede tener el Derecho: son las lagunas legales. Es un limbo jurídico no legislado en el que, por ello, nadie sabe cuáles son sus derechos ni cuáles sus obligaciones. Por otro lado, sirve para saber a qué atenerse.

Por su parte, la prudencia normativa o el principio de precaución lo que hace es poner límites a posibles extralimitaciones, en este caso de la investigación científica. Se trata con ello de primar la dignidad humana.

Esto abre otras tres preguntas: ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuánto? legislar.

## E.2. “QUÉ” Y “CÓMO” LEGISLAR

La respuesta la hallaremos escogiendo una materia y viendo cómo está legislada en varios países. González Morán (2006, pp. 98-104) pone como ejemplo la reproducción asistida:

**Reino Unido:** Tiene una legislación muy abierta, que nace del conocido Informe Warnock, y que dota al Consejo de Fertilización Humana y Embriología de importantes funciones (artículos 8, siguientes y concordantes de la Ley de 1990).

**Alemania:** Tiene una ley sobre Protección de Embriones, concretamente de 1991. Hay que tener en cuenta que, por motivos históricos sobradamente conocidos, este país es muy sensible en estas materias; de ahí, por ejemplo, las restricciones que establece en los artículos 1 al 12.

---

<sup>23</sup> Si se acude, por ejemplo, a la colección *Legislación básica sanitaria*, de la editorial Tecnos, la Ley más antigua data de 1979, que es concretamente la relativa al trasplante de órganos, recientemente reformada.

**Francia:** Es probablemente la más completa, ya que contiene varias leyes al respecto (las más importantes de 1994). Tiene una legislación más restrictiva que la inglesa, pues garantiza la primacía de la persona humana y el respeto al cuerpo humano (Título I de la Ley 94-653 de 1994), lo que sirvió para reformar el artículo 16 del Código Civil francés en tal sentido.

Por su parte, en España es habitual leer en la biolegislación que la tendencia es la adecuación del marco legislativo español al de los países de su entorno. Sin embargo, lo cierto es que el pluralismo cultural hace difícil tal armonía.

Como ejemplo de lo dicho podemos leer en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley 2/2010 lo siguiente:

(...) la finalidad de la presente Ley es adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, así como establecer,.. una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal..., siguiendo una pauta mas extendida en los países de nuestro entorno político y cultural.

Ante tal afirmación, sobre todo en lo referente al sistema de plazos como denominador común de la legislación europea en esta materia, el Consejo Fiscal concluyó que aun cuando la Exposición de Motivos del entonces Anteproyecto alude a la tendencia normativa de incluir un sistema de plazos en materia de aborto en nuestro entorno europeo, tal afirmación debe ser sopesada con cautela.

Lejos de existir una armonización europea en tal sentido, lo que realmente hay es una heterogeneidad de legislaciones. De hecho, según el Consejo Fiscal (2009),

(...) el análisis de dichas legislaciones nos muestra una realidad bien distinta a la reflejada en el anteproyecto (...). En este sentido, salvando los casos de Irlanda y Malta, donde el aborto está prohibido y penado en todo caso, nos encontramos con que 2 de cada 3 Estados miembros exigen siempre la concurrencia de causas justificadas. (p. 9)

### **E.3. “CUÁNTO” LEGISLAR**

Si todas las cuestiones que surgen de la práctica médica o enfermera, o de las investigaciones biomédicas, o de los descubrimientos biotecnológicos se dejaran en manos de la Bioética, probablemente muchas de esas cuestiones quedarían sin resolver; toda vez que, en el fondo, al depender su solución de la conciencia de cada uno, nadie puede obligar a otro a que la cumpla.

De ahí que hay materias que hay que convertir en derecho, donde la eficacia y la exigibilidad sí se dan plenamente.

La biolegislación es necesaria, por tanto. Pero, ¿hasta dónde?, ¿cuál debe ser la extensión de la materia legislada?

En otras palabras: ¿hay que legislar mucho o poco? Esta es una materia controvertida:

De hecho, ya dijimos que a más ley, más restricciones, más límites a la ciencia. Sin embargo, es común encontrarse en situaciones en las que los propios profesionales sanitarios piden a los profesionales del Derecho mayor y mejor formación jurídica, sobre todo legal. Al paciente se le llama cliente: los médicos y las enfermeras quieren saber qué hacer y cómo jurídicamente hablando... para evitar reclamaciones.

Por su parte, el paciente, al reclamar, exige derechos y, por ende, leyes. Y cuando la ley o el juez no le dan la razón, entonces el paciente culpabiliza de su situación a la falta de leyes, la impericia del juez o el corporativismo de los médicos.

Abel (1994, citado en González Morán, 2006, pp. 105-106) opina al respecto lo siguiente:

1. Cuando los valores sociales son menos compartidos, la normatividad ha de ser amparada por la ley.
2. Las leyes cambian rápidamente, por lo que (salvo delitos tipificados por el Código Penal), en principio, cuanto menos se legisle sobre el acto médico, mejor.
3. Las reclamaciones han aumentado, por lo que el interés de la bioética por la ley esconde detrás el miedo a la reclamación, lo que ha desembocado en la Medicina Defensiva.
4. En ocasiones, las presiones sociales o de ciertos grupos hacen que se legisle precipitadamente y mal.
5. La ley y los tribunales se han convertido en un mecanismo de defensa de la norma, en lugar de profundizar desde la ética para resolver, *antes*, los conflictos que se puedan dar.
6. La solución a todo esto pasa por reconocer que vivimos en una “democracia deliberativa”. Hace falta más diálogo entre bioética y bioderecho y entre los agentes implicados en ambas.

Por nuestra parte, entendemos que el Bioderecho es necesario, sobre todo en nuestras sociedades cada vez más plurales y en las que el relativismo está en pleno auge.

Sin embargo, compartimos la idea de que hacen falta pocas leyes y más claras; menos leyes y más formación moral y deliberativa. Cuanta más ley, menos libertad; cuanta más ley, menos confianza; cuanta más ley, más estarán dirigiendo el tono moral de la sociedad. Incluso, en muchas ocasiones, lo que la ley hace es poner por escrito lo que los médicos realizan habitualmente en su práctica.

Pero, además, la ley es general, por lo que debe ir legislando poco y claramente a medida que la biotecnología avanza. Porque legislar no es tener un código de respuestas para situaciones concretas, y menos únicas.

Debemos ir caminando hacia tres metas convergentes, una ético-social, otra jurídica, y otra estrictamente legal:

Según la ético-social, compartir principios morales universales (el diálogo es uno de ellos).

En punto a la jurídica, proteger derechos fundamentales.

En cuanto a la estrictamente legal, promulgar pocas leyes y claras, desde unos pocos Códigos Biojurídicos Internacionales compartidos por todos.

Vamos (estamos ya) hacia una globalización. La aldea global, que es el mundo, no debe limitarse a las materias de la información, las finanzas y la economía. Debe haber también una globalización ética y otra jurídica en conexión con ella, pero sabiendo diferenciarlas para evitar la mutua injerencia indebida.

Entendemos que el Iusnaturalismo Deontológico basado en la regulación de los bienes básicos de toda sociedad, en la línea de John Finnis, Correa, Vidal, Aparisi y Ollero ofrece una respuesta cabal a todos esos interrogantes, siendo la Carta Europea de Derechos Fundamentales un avance en este sentido.

En el momento oportuno desarrollaremos con detalle nuestra propuesta.

#### **4.1.3. DERECHO Y VALOR**

Ya cuando hemos hablado de las relaciones del derecho con la sociedad, hemos comprobado que aquel no es una disciplina totalmente autónoma ni totalmente dependiente, pues si quiere ser efectivo necesita relacionarse con otras disciplinas, como la economía, la sociología o la política.

Si esto es cierto cuando hablamos de los demás elementos constitutivos del Derecho, lo es más cuando nos referimos a la ética; asunto vetusto en la Filosofía del Derecho.

González Morán (2006) lo pone de manifiesto al negar que sean dos compartimentos estancos, sino que se exige (refiriéndose a la bioética y al bioderecho) la:

(...) necesaria relación entre bioética y bioderecho, en el sentido de que, aún siendo profundamente distintos en sus epistemologías, se necesitan mutuamente y se complementan; frente a los maximalismos extremos, el panjuridicismo de un lado y el paneticismo de otro, se impone una actitud intermedia que, respetando la autonomía de cada uno de los dos ámbitos, permita su influencia recíproca (...). (p. 19)

Partiendo de la base de que la moral es una dimensión fundamental de la persona, y el Derecho no, entendemos que, sin embargo, la relación entre ellas sí se da (cuya intensidad será mayor o menor dependiendo de la especialidad del Derecho de que se trate). ¿Cómo delimitar sus relaciones y diferencias?

## A. DIFERENCIAS

Tiene razón Aparisi (2008, p. 34) al decir que un jurista no es un moralista, porque existen diferencias entre el Derecho y la Moral; diferencias que se explican por dos motivos que tienen que ver, por un lado, con la finalidad o intención de una disciplina u otra; y, por otro, con la naturaleza u objeto de la conducta humana respecto de la que el Derecho puede interesarse más que la Moral o viceversa.

En el primer caso se habla de **perspectiva o finalidad** como elemento diferenciador, y en el segundo de **notas diferenciadoras**.

Ambos motivos, aunque sobre todo el segundo, explican una clasificación de conductas (o comportamientos) que pueden ser tipificadas del siguiente modo: a) hay comportamientos que no son jurídicos ni morales; b) otros que son jurídicos (pero no morales); c) otros que son morales (pero no jurídicos); d) otros en los que se acentúa más una vertiente u otra de la conducta; e) y otros en los que pueden coincidir los dos.

Estamos por tanto de acuerdo con las siguientes afirmaciones de Ollero (2007):

Queda fuera de discusión que, mientras el ámbito del actuar moral es omnicomprensivo<sup>24</sup>, el de lo jurídico se circunscribe a aquello imprescindible para garantizar el ajustamiento de las relaciones sociales. En consecuencia, no todo lo considerado moralmente tiene que –ni debe– convertirse en jurídicamente obligatorio. Siempre quedará abierto un ámbito de posible discrepancia; sobre si determinada conducta debiera o no ser –por motivos inevitablemente morales– objeto de regulación jurídica y, también, sobre si no se verían esos requerimientos mejor satisfechos regulándola de modo diverso al planteado. (p. 66)

En cuanto a la **perspectiva o finalidad**, al Derecho lo que le interesa es crear una convivencia social justa mediante el ajustamiento de los intereses, las necesidades, los bienes o las relaciones de los ciudadanos que conviven en esa sociedad.

A la moral lo que le interesa es el perfeccionamiento de la persona en tanto que persona, bien sea en su dimensión individual, social y/o religiosa (si es el caso), o las tres.

En este sentido, Aparisi (2008) aclara:

En realidad, el Derecho es un sistema de normas cuyas pretensiones son mucho más limitadas que las de la moral: su finalidad es, básicamente, lograr una convivencia pacífica y justa. No persigue, como la ética, el bien humano integral. (p. 160)

---

<sup>24</sup> Aquí discrepamos porque hay comportamientos que, en sí, no son necesariamente morales.

Ese distinto punto de vista es el que hace que el Derecho se preocupe más por unos rasgos de la conducta humana que por otros. Tales rasgos son las **notas diferenciadoras**. Han sido puestas de manifiesto por numerosos autores. Recogemos aquí las detalladas por Ballesteros (1984): 1) Alteridad. 2) Reciprocidad. 3) Exteriorización. 4) Tipicidad. 5) Coacción.

Ahora bien, queremos dejar sentado que las siguientes notas no significan que no se den en la moral, sino que se acentúan más en el Derecho que en la moral, salvo las de tipicidad y coacción que se dan en el Derecho pero no en la moral.

En relación a la **alteridad**, el autor recuerda que Aristóteles distingue entre hombre bueno y buen ciudadano: la ley regula la conducta de éste (mandando o prohibiendo) en tanto en cuanto afecte a otro u otros. Es más, es posible ser un buen ciudadano sin ser un hombre bueno.

Por lo que respecta a la **reciprocidad**, dice el autor que “junto a esta nota de alteridad o de la relevancia social de la acción que tenga interés para el derecho, Aristóteles intuyó también la dimensión de la “reciprocidad”, del respeto mutuo, como elemento fundamental para la existencia del derecho”. (p. 97)

Por su parte, Santo Tomás subraya que “la justicia no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solamente las acciones y cosas externas, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro” (p. 98). Pone la atención, por tanto, sobre la relevancia de la nota de **exteriorización** y su conexión con la referencia social de la acción.

Fue el aquinate, y no Thomasio o Kant, el que distinguió entre obediencia material y formal. Es decir, importa que obedezcas, no por qué obedeces. “En otros términos, el derecho exige la corrección de la acción, pero deja libre la intención (...)”. (p. 99). Este aspecto es esencial para la diferenciación entre derecho y moral.

Otra diferencia es la nota de **tipicidad**, relacionada con la intención.

Significa por de pronto que el derecho no se refiere al comportamiento individual, de Juan, de Pedro o Pablo (...), sino a posiciones genéricas, en las que puede encontrarse en diferentes momentos cualquier persona, como vendedor, comprador, acreedor, deudor...

La tipicidad implica al propio tiempo que el derecho juzga tan sólo acciones y no personas. En definitiva, el derecho opera siempre con la noción de “sujeto de derecho” que no es plenamente identificable con la persona, ya que carece, afortunadamente, de medios para indagar la realidad profunda del ser humano (...). (p. 99)

Otra de las notas diferenciadoras es el recurso a la **coacción**, la cual pertenece al nivel de efectividad del derecho, siempre y cuando la fuerza para ejercerla sea regulada por el derecho.

Vuelve a la nota de reciprocidad en relación a derechos y obligaciones. El derecho aparece como el campo de la reciprocidad, de la identidad de derechos entre el yo y el otro, porque nadie es más que nadie.

De ahí que en derecho sea importante el juicio o Tribunal para crear orden, es decir, lugar donde se decide cuál de las pretensiones es válida, mientras que en la ética rige la donación, el perdón, el no juzguéis.

La reciprocidad básica del orden jurídico, basada en la paridad entre el y el otro, explica las incomprensiones del derecho en el pensamiento, tanto por parte de los autores que potencian la dimensión del yo (...) como por los que potencian la dimensión del otro (...). (p. 102)

## **B. RELACIONES**

Ahora bien, si todo esto es cierto y claro a nivel teórico, a nivel práctico las dificultades aumentan y la distinción se hace más difusa.

De entrada, la distinción fuero interno y externo fue un argumento de Thomasius y Kant, no para referirse a la Moral y al Derecho, sino que lo esgrimieron para evitar la injerencia del Estado en la conciencia de las personas. Por otra parte, existen figuras jurídicas claramente referidas al fuero interno, como la *bona fides* o el *dolus*, la responsabilidad o la culpabilidad. Por lo que respecta a la moral, por mucha rectitud de intenciones que se tenga, ésta debe llevarse a la acción, no se debe quedar en el interior de nadie.

En cuanto a la unilateralidad y la bilateralidad, tampoco es cierta tal distinción, pues olvida el carácter social de la moral: el hombre es un ser constitutivamente social.

En cuanto a la autonomía y la heteronomía, Pérez Luño (2005, p. 128) indica que “si es cierto que cada hombre debe tomarse como fin a sí mismo, no lo es menos que ningún hombre puede alcanzar plenamente sus fines sólo por sí mismo”. No se trata tanto de vivir sino de con-vivir.

Con todo y con eso, desde Dworkin<sup>25</sup> las leyes han incorporado en sus textos valores éticos como principios informadores de tales legislaciones. Aquí, la relación entre Derecho y Moral es más intensa, a veces, incluso, imperceptible (el artículo 1.1 de nuestra Constitución, por ejemplo). Ya no hay solamente normas primarias y secundarias, sino también principios y reglas.

## **C. BIODERECHO Y VALOR**

La Biotecnología ha afectado ya a los valores éticos y jurídicos. Hasta tal punto esta afirmación es cierta que, debido a la nueva genética, es la propia persona la que está cuestionada.

---

<sup>25</sup> Dworkin, *Los derechos en serio*, entre otras, p. 277.

Como afirma Ciuro (1997, c),

Las posibilidades abiertas en estos días en el campo de la **genética humana** (...) ponen en honda **crisis** no sólo la concepción de persona sino su realidad, lo que significa también un profundo cuestionamiento de los merecimientos y del resto del Derecho en su conjunto. (p. 65)

Tal influencia exige repensar no pocos valores morales, ante lo cual urge la necesidad de interesar la ayuda de otras disciplinas como la Filosofía, la Ciencia o la Sociología, porque en muchos casos el Derecho no es capaz de resolver la cuestión (excede de sus límites, minimalistas por definición).

La FIV, la maternidad subrogada, la teoría del género, el diagnóstico genético prenatal, la hibridación,... han influido en la terminología y la definición de conceptos que tienen una profunda carga moral y que hasta hace bien poco estaban claros para la sociedad.

Incluso, tales términos necesitan (al menos y en determinados casos) de un adjetivo para saber qué es qué o quién es quién.

Piénsese en conceptos como dignidad humana, identidad, madre, padre, matrimonio, familia, hijo, género, sexo, varón, mujer, persona, ser humano, personalidad,...

Vuelve a decir Ciuro (1997, a):

Si siempre es difícil saber qué es justicia, salud, utilidad, verdad, amor, etc., en estos casos lo es con particular intensidad.

(...)

La presencia de un complejo de valores tan rico es una muestra muy esclarecedora de que el Derecho requiere siempre apoyo en la interdisciplinariedad. Urge evitar que, por el contrario, como algunos temen, la constitución del Bioderecho lleve a un aislamiento de los planteos jurídicos, como el que a menudo suele producir la “pureza” normativista. (p. 16)

Por otro lado, recordemos lo dicho sobre la influencia de la Bioética en el Bioderecho por la lentitud de la respuesta jurídica a los dilemas planteados por la misma. Con ello queremos decir que si la diferencia entre el Derecho y la Moral no es siempre clara, lo es menos entre la Bioética y el Bioderecho.

#### **D. LA JUSTICIA**

La justicia es el fin fundamental que persigue el Derecho, y lo hace sobre todo cuando se relaciona con la dimensión del valor. Así lo afirma Barraca (2005, p. 103)

diciendo que “el Derecho se ha conectado con la ética, fundamentalmente, a través de la noción de justicia”.

También lo indica De Lucas (1997):

Los objetivos y valores que presiden la realidad jurídica convergen en torno a los fines ya clásicos de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, que quedan integrados en la idea de justicia, cuyo contenido plantea múltiples problemas del máximo interés y complejidad.

(La justicia) afecta a la vida cotidiana del hombre y surge de su interior como una exigencia a la que se dota de un amplio y difuso contenido (...). La gente normal coincidiría en ver una estrechísima relación entre justicia y Derecho, porque el Derecho debe realizar la justicia: un buen Derecho sería para la mayor parte de la gente lo mismo que un derecho justo. (pp. 299-301)

En qué consiste la justicia es algo respecto de lo que los autores suelen tener algunas diferencias, aunque coinciden en que es el fin fundamental del Derecho, y en que es un concepto complejo e integrador, como lo ha puesto de manifiesto De Lucas.

Hemos dicho y acreditado que la justicia es el fin fundamental que persigue el Derecho y, de hecho, siempre aparece como el valor que se utiliza para criticar la norma, precisamente por considerarla injusta; pero eso siempre ocurrirá porque se confunde la noción que el ciudadano tiene de “justicia” con la “justicia jurídica” que, al ser tal, debe incluir los otros elementos constitutivos para reflexionar el Derecho de modo correctamente jurídico (como después veremos).

Con esto último simplemente queremos indicar que el ciudadano, cuando habla de justicia (a la hora de criticar o no una Ley), lo hace desde el sentimiento jurídico, exento de ciencia jurídica propiamente dicha y con excesiva carga ética, cuando no emocional.

Ese ideal de justicia (que tenemos todos) es difícil que coincida con la justicia que emana de la Ley o de cualquier otra herramienta o institución netamente jurídica.

De Lucas lo vuelve a confirmar:

El Derecho no satisface los ideales de justicia más que de una manera parcial: el Derecho siempre es imperfecto respecto a la justicia. La “justicia jurídica” no es nunca completa, entre otras razones porque para serlo debe tener en cuenta la totalidad de situaciones y circunstancias personales, mientras que el Derecho no se ocupa, en principio, más que del sector socialmente relevante de las acciones humanas; se refiere a posiciones genéricas, abstractas, y no al comportamiento de las personas concretas; y se propone como fin la consecución de la seguridad y la certeza, exigencias del orden social (*iustum ut certum*), aún a

costa de no poder realizar los principios postulados por la idea de justicia (iustum ut verum). (...)

Lo que aquí interesa subrayar es que el Derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada (Coiné). No cuesta descubrir que entre ambos polos inalienables se da siempre una cierta tensión. (p. 303)

## **E. BIODERECHO Y JUSTICIA**

En este caso concreto, además de que el trazo que divide la justicia jurídica y la justicia ética es más fino en el Bioderecho que en el Derecho en sí mismo considerado; la Bioética, concretamente la mesoética, ha alcanzado al concepto de justicia, desvirtuándolo.

Cierto es que en este campo la justicia sigue siendo eminentemente distributiva: ¿cómo repartir bienes tan escasos ante tanta demanda?

Pero la mesoética, en tanto que bioética aplicada a las políticas, instituciones y organizaciones sanitarias, más incluso que la biotecnología, está planteando al Derecho (o más bien al Bioderecho) la pregunta o la posibilidad de añadir un cuarto elemento constitutivo: la utilidad.

Porque la mesoética, así entendida, abarca el problema de la salud pública; de la atención y el derecho a la protección de la salud, pero desde la administración (que a veces es Administración) o gestión de los recursos disponibles.

Parece que el Derecho sin la Economía está vacío, carece de parte de su contenido, lo cual es tanto como decir que no tiene utilidad.

Estamos empezando a ser conscientes de una nueva realidad, sobre todo en estos tiempos: que el ejercicio de los derechos cuesta dinero, por lo que hasta la distribución de los mismos tiene que pasar no ya por el tamiz de la justicia, sino por el de la eficiencia.

La mesoética ha abierto el campo a la bioeconomía; y ésta a la biopolítica y al biopoder.

Por otro lado, al preguntarse cuándo empieza y acaba la vida humana e, incluso, quién es o ha de ser el ser humano, la protección jurídica del mismo debe reforzarse para evitar caer en la pretensión de decidir quién debe vivir y quién debe morir (aunque en la formulación de la pregunta se eviten deliberadamente ambos infinitivos).

La protección es, pues, el rasgo más definitorio de la justicia biojurídica: ¿cómo, cuánto, desde y hasta cuándo se ha de proteger al ser humano, teniendo en cuenta que el propio ser humano está siendo cuestionado al menos en sus fases vitales más indefensas?

En pocas palabras, lo que está en juego es la consideración del ser humano como fin en sí mismo. De ahí la importancia de la protección biojurídica.

Como afirma Ciuro (1997, a):

El régimen de justicia debe construirse mediante la **protección** de cada individuo contra los demás individuos, frente al régimen respecto de sí mismo y ante todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.), en gran medida combinando todas estas fuerzas, pero las posibilidades de la biotecnología colocan ante conflictos en la protección de los individuos del pasado, el presente y el provenir y hacen muy difícil combinar las fuerzas para lograr un resguardo justiciero. (p. 18)

Y en otro texto (1997, b) añade:

Conforme ya señalamos, en la **dimensión dikelógica**, el despliegue de la Bioética y el Bioderecho es imprescindible para equilibrar con **aristocracias no utilitarias** y con realizaciones **democráticas** el imperio tecnocrático, surgido en este caso de manera destacada en la biotecnología. También lo es para lograr que cada ser humano tenga la debida consideración de **fin** y no de medio para otros seres humanos, aunque a su vez es asimismo imprescindible el respeto del resto de la vida que vendrá. (p. 32)

#### **4.2. NECESARIA INTERRELACIÓN ENTRE LOS TRES ELEMENTOS: HECHO SOCIAL, NORMA Y VALOR**

Ahora bien, la mayoría de los autores (si no todos) están de acuerdo en afirmar la necesaria integración y/o interrelación de los tres elementos.

La realidad jurídica es muy compleja, no pudiendo abarcarla solamente el aspecto social o el normativo o el valorativo: son necesarios las tres dimensiones correlativamente, es decir, de modo interrelacional.

Esa interrelación es importante para evitar caer en un sociologismo jurídico, en una moralización del derecho, en una juridificación de la moral o –ya en último término- en un normativismo dogmático que nada tenga que ver con la realidad social que debe regular.

La interrelación se convierte, así, en un equilibrio necesario. De hecho, la postulan diversos autores. Vamos a ver unos cuantos ejemplos, incluso, de distintas décadas.

Ya Lumia (1982) hablaba de esa integración (la primera edición del libro es de 1973), si bien empleaba distinta terminología, puesto que llamaba norma a lo que nos estamos refiriendo como elemento axiológico o, más bien, regla de comportamiento; ordenamiento o teoría institucional, al elemento normativo en tanto que creado de modo consciente por un grupo estructurado; y, finalmente, se refiere al hecho social llamándole relación, ya que el Derecho regula relaciones intersubjetivas.

Pues bien, para dicho autor,

Las tres teorías del Derecho –como norma, como ordenamiento y como relación- lejos de excluirse mutuamente, en realidad se integran y completan en una visión más plena y comprensiva de la experiencia jurídica. (p. 24)

Más modernamente, y como hemos visto antes, De Lucas (1997) analiza las tres dimensiones del orden jurídico: ahora sí, normativa, social y valorativa. Aunque destaca la normativa como rasgo identificatorio de lo jurídico (p. 23), conviene en que las tres se interrelacionan, pues existe una íntima conexión entre ellas: son tres perspectivas que requieren verlas globalmente si queremos tener una concepción integral del Derecho.

Conviene no olvidar que, en realidad, esas facetas se interfieren entre sí, existe una íntima conexión entre ellas. Por ello, una aproximación a la riqueza de lo jurídico desde una visión que se pretenda global y general debería tener en cuenta las tres perspectivas y no reducir el concepto de Derecho a una de ellas. (p. 30)

González Morán (2006) lo confirma al decir:

De todas formas, se trata de tres dimensiones o visiones de una misma realidad, y que, por tanto, no deben ser disociadas: el derecho tiene un componente social, normativo y axiológico, pero no es solo hecho social, ni solo norma ni solo valor, sino que estos tres elementos están necesariamente interrelacionados. (p. 92)

Y según Almoguera (2009),

Parece que hay una respuesta muy elemental e inmediata: la unión de los tres territorios que acabamos de examinar nos proporcionaría la noción del Derecho, por decirlo así. Así como las mejores normas serían las que gozan al mismo tiempo de validez, eficacia y justificación, también el mejor Derecho sería el válido (formalmente correcto), eficaz (aceptado) y justo (conforme a valores). Esta solución no es solamente una posibilidad, sino que ha sido seriamente considerada por algunos juristas, que han formulado una teoría o concepción del Derecho que se conoce como tridimensional (así, principalmente, Reale). (p. 66)

Más categóricamente, Pérez Luño (2005) después de reconocer el mérito que tiene el estudio del Derecho desde los susodichos elementos, y a partir de la Teoría de la experiencia jurídica, dice que también lo es:

(...) el mostrar el condicionamiento mutuo de estas dimensiones. Esta última orientación doctrinal ha reivindicado la necesidad de captar el Derecho en su entero desenvolvimiento desde su

fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos (Gurvitch, Sander, Capograssi, Recasens Siches, Legaz, Reale...).

(...)

Concebir el derecho desde una perspectiva globalizadora implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica. Se trata, a la postre, de asumir que el derecho postula un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia. (pp. 41-42)

Circunscribiéndonos ahora al Bioderecho, cualquier avance biotecnológico o biomédico es, por definición, ambiguo<sup>26</sup>, ya que dependiendo de la intencionalidad o la finalidad de la investigación, e incluso del procedimiento utilizado, puede ser valioso éticamente para el ser humano o no.

Tal ambigüedad genera o puede generar conflictos éticos o jurídicos, por lo que requiere de la norma para resolverlos y, si la norma quiere ser cabalmente tal, debe orientar su regulación creando, distribuyendo o repartiendo justicia.

Optamos por la teoría tridimensional del Derecho porque tiene por finalidad, entre otras, evitar las injusticias nacidas de reduccionismos que pueden esconder detrás manipulaciones de orden social, normativo/político, o moral (desde el punto de vista bioético en cada uno de los tres casos).

Con Ciuro (1997, d),

Entendemos, en suma, que el desafío biotecnológico ha puesto en situación de colapso teórico a la mayoría de las posiciones jusfilosóficas “menores” tradicionales pero, al propio tiempo, ha hecho evidente la aptitud esclarecedora de la teoría tridimensional. Si el Derecho tiene algo valioso que decir al mundo que vendrá, deberá hacerlo aprovechando las enseñanzas tridimensionales. (p. 48)

Sin embargo, nuestra Tesis, en este punto concreto, es que el equilibrio que persigue la Teoría Tridimensional del Derecho se consigue combinándola con el Iusnaturalismo Deontológico expuesto por Vidal, Finnis, Aparisi, Ollero, y León Correa: salvaguardando lo jurídico se protege más eficazmente a la persona.

Queda, pues, acreditada la necesaria interrelación entre las tres dimensiones.

---

<sup>26</sup> Cfr. Gafo, *Bioética teológica*, p. 331.

### **4.3. VISIÓN O CARÁCTER REDUCCIONISTA DEL DERECHO**<sup>27</sup>

Ahora bien, ni tal interrelación se ha dado siempre, ni hoy se está dando en todos los manuales y libros de estudio jurídico.

No en vano es habitual exponer que el iusnaturalismo puede correr el riesgo de sobredimensionar el valor; el positivismo jurídico la norma; el realismo jurídico el hecho social; y, como veremos más adelante, el relativismo jurídico la combinación del hecho social y el valor.

Ya Rodríguez Paniagua (1977, p. 56), afirmaba con rotundidad que en la Edad media se dio más importancia a la dimensión social; en el siglo XIX a la segunda (norma); y hoy a la tercera (ética).

Para Almoguera (2009), los inconvenientes de llegar a la interrelación o combinación de los tres elementos derivan

(...) del carácter cerrado e independiente de cada una de las dimensiones que intentan relacionarse. En efecto, aunque lo ideal sería la superposición de estos tres espacios, imagen que anima la concepción tridimensional, la realidad es que cada dimensión se aviene mal a someterse a las demás, y tiende a separarse. (...) En pocas palabras, cada uno de estos territorios pretende ser plena y exclusivamente jurídico. (pp. 66-67)

Y hoy, Serrano Ruiz-Calderón (2005) dice que la ética está de moda en el debate moral, el cual no busca el bien, sino transformar la legislación:

(...) en el debate moral contemporáneo (...) los discursos morales se dirigen, preferentemente, a la transformación de la legislación (...).

Así, una determinada norma de conducta puede ser desacreditada si es abordada como un impedimento desde la perspectiva feminista, de una minoría sexual o de un grupo marginado.

Tiene razón Francesco D'Agostino cuando considera que uno de los defectos de nuestra época es que el debate jurídico se está reduciendo a un debate moral. (pp. 103-110)

Continúa el citado autor diciendo:

Es interesante que este proceso (se refiere a las críticas de Mac Intyre y, en concreto al emotivismo) da lugar a cierta juridificación de la ética. En efecto, aunque se tiende a limitar aparentemente el campo de la ética, considerado en general

---

<sup>27</sup> Dado que nuestra idea es que la biolegislación está influida por corrientes iusfilosóficas que existen detrás del biopoder, no diferenciamos aquí tan definitivamente entre Filosofía Biojurídica Menor y Teoría del Derecho.

parcial, por las razones arriba indicadas, la expresión de las preferencias se manifiesta en forma de derechos reivindicables. Esto ha extendido la tendencia anglosajona de discutir de moral en clave de derechos.

La reflexión sobre el Derecho desde el inicio de la Modernidad ha recibido muchas influencias de personas que sabían poco de Derecho.

(...), la tendencia es a producir acuerdos de ética mínima de forma institucional, que normalmente reflejan equilibrios reivindicativos expresados en forma de derechos. (p.112)

En otro texto, el meritado autor cita a D'Agostino (Serrano Ruiz-Calderón, en Tomás Garrido, 2001), confirmando la misma idea:

Siguiendo a D'Agostino, estas relaciones (se refiere a las relaciones entre ética y derecho) pueden caracterizarse de la siguiente forma: subordinación del Derecho a la Ética, independencia entre Ética y Derecho, y subordinación de la Ética al Derecho. (p. 62)

En efecto, tales fases no han sido sino las etapas por las que ha pasado la fundamentación iusfilosófica del Derecho. Son conocidas ya las etapas del Iusnaturalismo y el Iuspositivismo.

Almoguera (2009) habla del peso que pretende tener cada elemento de tal modo que intenta adecuar los otros dos a uno de ellos, hasta tal punto que:

(...) su autonomía es tan potente que cada una de ellas pretende someter a las otras dos a sus propios planteamientos y enfoques.

En virtud de este reduccionismo, pues, cada esfera:

- a) No sólo pretende determinar y explicar por sí sola qué sea el Derecho, la norma jurídica, etc.
- b) Sino que también pretende que las otras dos problemáticas no son sino corolarios de la suya propia (problemática principal), de modo que resuelto el problema central los otros dos, debido a su reducción, quedan también solucionados. (p. 68)

De tal modo que, continúa el citado autor (p. 69), se puede hablar de tres reduccionismos: sociológico, normativista y valorativo.

Con todo y con eso, es importante poner de manifiesto que según una corriente doctrinal dominante hoy (encabezada por Manuel Atienza), el Positivismo Jurídico ya ha sido superado (excusamos decir el Realismo Jurídico), encontrándonos ahora en la fase que podríamos llamar Relativismo Jurídico, caracterizado por esa subordinación del derecho a la ética, tal y como afirmaba D'Agostino.

Sin embargo, lo que postulamos nosotros, en contra de tal opinión, es que, lejos de que el iusnaturalismo esté superado, realmente las tres corrientes han convivido siempre (incluso hoy), como luego veremos.

Comprobémoslo:

#### 4.3.1. IUSNATURALISMO

Según Pérez Luño (2005, p. 70), el Derecho Natural “se halla integrado por el conjunto de valores previos al derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente el derecho positivo en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante por quien ejerce el poder en la sociedad”.

En efecto, el legislador no puede legislar arbitrariamente, sino que debe basarse (además de los datos sociales) sobre principios éticos que deben orientar la norma: son por tanto previos a la misma y que aquél no puede vulnerar, pues dimanen de la misma naturaleza humana compartida por todos, no de la propia ley positiva (son, por tanto, universales e inmutables).

Lo que debe hacer el legislador es plasmar los mismos en el derecho positivo si quiere que sus normas tengan validez.

A lo largo de la historia ha habido y sigue habiendo distintas corrientes en torno a la Ley Natural o Derecho Natural. Esta diversidad viene justificada por la interpretación de la expresión “natural” o “naturaleza” aplicada al derecho, que tiene como consecuencia que se entienda de modo diverso el origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el derecho natural, y que C. S. Nino (1983, pp. 28 y ss.) reagrupa en las siguientes:

Por un lado, el *Iusnaturalismo teológico*: La naturaleza es *creada* por Dios, por lo que se considera al derecho natural como la participación de la Ley Eterna en la criatura racional (en este caso, al legislador), negando fuerza jurídica a cualquier precepto positivo que no concuerde con los principios que no dimanen de aquella (Santo Tomás de Aquino).

Por otro, el *Iusnaturalismo racionalista*: Naturaleza como *razón*. Los principios del derecho natural son asequibles a la razón porque derivan de ella, de su naturaleza o estructura (Spinoza, Pufendorf, Wolf, Kant).

También menciona la *Concepción historicista*: Naturaleza como *producto de la historia*. Las normas universales devienen del desarrollo de la propia historia humana, la cual está dirigida a algún fin o destino (Savigny, Puchta).

Por último, la *Teoría de la naturaleza de las cosas*: Naturaleza como *realidad*. Según esta teoría, no toda la realidad, pero sí ciertos ámbitos ontológicos de la misma poseen fuerza normativa. El derecho positivo debe adecuarse, pues, a esa ontología jurídica (Dietze, Maihofer, Welzel).

En el siglo XX hay que resaltar a Víctor Cathrein, Max Scheler, Nicolai Hartmann, Gustav Radbruch, Sergio Cotta y; mientras que en España han sobresalido Ruiz-Giménez, Recaséns Siches, Legaz Lacambra o Elías Tejada. Fuera de España nombramos como contemporáneos a Francesco D'Agostino y John Finnis.

En España, Jesús Ballesteros (1990) es, quizá, el representante más destacado de la corriente que reivindica el Derecho Natural como fundamento ontológico del Derecho (de ahí que también hable de la naturaleza de la cosa), con una salvedad importante, y es que “el derecho natural no pretende en modo alguno ser un orden jurídico distinto y separado respecto al derecho positivo, sino que no es otra cosa que la raíz del único orden jurídico”. (p. 106)

Junto a Ballesteros hay que mencionar a Andrés Ollero, Rodríguez Paniagua, Javier Hervada, Ángela Aparisi, y Ernesto Vidal.

#### 4.3.2. IUSPOSITIVISMO

Separa la Moral y el Derecho, y entiende que debe prestarse obediencia a la ley por la ley misma (*dura lex, sed lex*), dotando al Derecho de una metodología concreta con el fin de considerarlo como ciencia propia e independiente.

Para intentar explicarlo mejor y ver, así, su evolución, acudiremos a tres representantes: Austin, Kelsen, y Hart.

El Positivismo más clásico lo podemos encontrar en la primera mitad del siglo XIX, con **John Austin** (1790-1859), quien parte de la clasificación de las normas en obligatorias (mandatos), declarativas, prohibitivas, y permisivas.

Para Austin, el derecho es un conjunto de mandatos emanados del soberano, que además es la autoridad. De tal modo que la norma es un mandato, es decir, la expresión de un deseo del soberano con la amenaza en caso de no cumplirlo. Por eso hay dos tipos de normas: las preceptivas y las prohibitivas.

Como dice Pérez Luño (2005):

(...) mandato, deber y sanción se conectan recíprocamente, y se reflejan inseparablemente en la idea austiniana de la “expresión de un deseo unida a la intención de provocar un perjuicio si no es satisfecho”. (p. 180)

Austin analiza también la persona de donde emana el mandato, es decir, la *autoridad soberana*.

Las normas, al ser mandatos, proceden de superiores y vinculan a inferiores. Aquellos tienen poder, poseen la facultad de influir en los subordinados forzándolos a actuar conforme al deseo del propio superior mediante las amenazas: emanan, pues, del soberano legislativo. La soberanía, por tanto, tiene dos elementos: la comunidad, que debe obediencia y sumisión al superior; el superior, que no obedece ni está subordinado a nadie.

Pero, ¿qué ocurre entonces con las normas declarativas y las permisivas? Que aquellas no son auténticas normas y que éstas son excepciones que, como tales, refuerzan las imperativas (al ser revocaciones de mandatos).

Entonces, ¿las normas no confieren derechos? Para Austin, una norma otorga un derecho a alguien porque impone una obligación a otro u otros.

El paso decisivo en la corriente Iuspositivista lo da precisamente su máximo representante, **Hans Kelsen** (1881-1973).

Se trata de obedecer al Derecho por el Derecho mismo, no por la fuerza, ni por el despotismo de la autoridad: no es lo mismo el derecho a la fuerza que la fuerza del Derecho. Para ello hay que dotar de metodología a la ciencia jurídica y al ordenamiento jurídico; y de identificar Derecho y Estado, puesto que el Estado es tal si es Estado de Derecho.

De ahí que escribiera una obra fundamental: *Teoría Pura del Derecho*, cuyo objetivo primordial es proporcionar al Derecho de autosuficiencia científica, quedando fuera de ella disciplinas como la ética o la política. La ciencia del derecho es, pues, una ciencia exclusivamente normativa.

De modo que para Kelsen la única naturaleza y objeto del derecho *es* el derecho positivo.

El derecho es un conjunto coherente de normas escalonadas jerárquicamente a modo de pirámide (la anterior deroga a la posterior y la superior a la inferior).

Por último, la norma ya no es la emanación de la voluntad del soberano, sino que Estado y norma coinciden, ya que Estado y Estado de Derecho son la misma y única cosa.

Como culmen de esta evolución, no podemos dejar de mencionar a **Herbert Hart** (1907-1992). Hart parte de la distinción entre normas primarias y normas secundarias, pero con la aclaración de que “el derecho es una unión de normas primarias de conducta y de normas secundarias sobre la identificación, modificación y determinación de la violación de las normas de conducta” (Pérez Luño, 2005, p. 199).

Así, las normas primarias se dirigen a la organización social, a la sociedad. Son prescriptivas, pues prescriben comportamientos, imponen obligaciones a sus destinatarios (las normas penales o las de responsabilidad civil, por ejemplo).

Por su parte, las normas secundarias se dirigen a la organización o estructura del ordenamiento jurídico, ya que autorizan a sus destinatarios para crear normas, reformarlas o derogarlas. Por ejemplo, las que facultan al poder legislativo a dictar leyes o a los jueces a decidir sobre el caso que se les plantea.

Son de tres clases: 1) Las *reglas de reconocimiento* de un ordenamiento jurídico establecen los requisitos que debe contener una norma para ser tal, para reconocérsele como tal, es decir, para que tenga validez. Regulan el procedimiento para crear normas jurídicas. 2) Las *reglas de cambio* de un ordenamiento jurídico establecen los requisitos que deben tener ciertos actos (ahora no normas) para que generen la promulgación de normas o la derogación de las ya existentes, es decir, los requisitos para cambiar el ordenamiento. Regulan el procedimiento para reformar normas jurídicas. 3) Las *reglas de adjudicación* de un ordenamiento jurídico establecen los requisitos que debe contener una decisión (no una norma ni un acto) entendida como aplicación del derecho tras haber seguido un procedimiento. Regulan el procedimiento para conocer si se ha infringido o no una norma jurídica.

La regla de reconocimiento es la que legitima a las demás y de algún modo reconoce que tiene un mínimo de carácter moral (en este caso, de práctica social), pues existe porque los jueces y/o los ciudadanos les atribuyen validez.

Lo que quiero resaltar en esta exposición es que el Positivismo Jurídico ha experimentado una importante evolución y actualmente ya no hay tantas diferencias con el Iusnaturalismo contemporáneo (que también ha tenido importantes cambios, como veremos).

En cualquier caso, es importante remarcar que hoy hay autores de renombre que opinan que el Positivismo Jurídico ya está superado, habiendo entrado en una fase que personalmente he calificado de Relativismo Jurídico.<sup>28</sup>

### 4.3.3. REALISMO JURÍDICO

Nos encontramos con el reduccionismo sociológico-jurídico, en el que se estudia las distintas corrientes de sociología jurídica a través, sobre todo, de los siglos XIX y XX.<sup>29</sup>

En efecto, antes había una preocupación por el modelo normativista; pero a partir del siglo XIX, adquiere mayor importancia la eficacia social de la norma, es decir, las relaciones entre la sociedad y el derecho, con lo que solo es válido, justo y legítimo lo que es eficaz, no lo que es legal.

De esta tendencia nace el sociologismo jurídico, teniendo dos líneas de pensamiento:

Según la primera, Derecho es lo que dice la sociedad que es, describiendo la realidad social, sin efectuar valoraciones. Como ejemplo, E. Durkheim.

En cambio, para la segunda es importante responder a la pregunta cómo se cumplen los fines del derecho en la sociedad de la manera más eficaz. Así, para R. Ihering el fin del derecho es proteger los intereses (lo que me conviene y me da placer, siguiendo a Bentham). El derecho, pues, sirve para proteger intereses, armonizando los

---

<sup>28</sup> Otros autores hablan de Constructivismo o Contractualismo, como Barraca, *Pensar el Derecho*, pp. 90-100.

<sup>29</sup> Seguimos, sobre todo, los análisis de Pérez Luño, *Teoría del Derecho*, pp. 87-101, y Elías Díaz, *Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho*, pp. 75-103.

míos con los de los demás. Pero el interés colectivo es más importante que el individual. El derecho lo regula mediante la coacción.

La crítica general que hace Pérez Luño (2005), respecto de la que estamos de acuerdo, es que conlleva a “un reduccionismo judicialista antinormativista, posible fuente de subjetiva arbitrariedad y de peligrosa inseguridad jurídica y social, al depender exclusivamente el derecho de lo que los jueces hagan o piensen”. (p. 89)

Como ejemplos de esta corriente se suelen citar al Movimiento del Derecho Libre (en caso de conflicto resuelve el juez según los valores morales de la sociedad); el Derecho Escandinavo (las normas contienen modelos de conducta que influyen psicológicamente en la conducta humana); y Critical Legal Studies (suplanta el derecho legal por el derecho judicial).

En este momento queremos poner de manifiesto que antes de comenzar el presente trabajo de investigación esperábamos encontrar una mayor influencia de la sociedad en el Bioderecho, concretamente en la biodoctrina y en la biolegislación. Es decir, lo que Ana Marta González llama en *Ética “antropología cultural”*<sup>30</sup>, pero trasladada al ámbito jurídico: las leyes se limitan a “pintar” lo que piensa la sociedad respecto del objeto de la ley de que se trate (según estadísticas).

Desde ese punto de vista, entendíamos que el elemento constitutivo más importante tenía que ser el social.

Pero nos hemos encontrado casualmente (después de leer a Atienza, como luego matizaremos) con una ideologización política de la ley: no es que la sociedad influye en el Bioderecho, es que el Bioderecho influye en la sociedad aprovechando la función de orientación de conductas.

Con lo que el elemento más sobresaliente en la Biodoctrina y en la Biolegislación española no es el social, sino la combinación entre el social y el valor (ético-político en este caso).

De todas formas, el riesgo de convertir en Derecho lo que la sociedad crea que es, es evidente; de ahí que aunque estamos de acuerdo con que es muy importante el elemento social en el Derecho, entendemos que urge diferenciar Derecho, Sociología del Derecho y Sociologismo jurídico.

Estamos, pues, de acuerdo con Elías Díaz (1965), para quien al jurista, lo que le interesa es la norma, el Derecho como sistema normativo: ese es el contenido del concepto de ciencia jurídica “*stricto sensu*”.

Es decir, los juristas no se oponen a la existencia de la Sociología Jurídica ni a la Historia del Derecho, que las ve como ciencias; a lo que se oponen es a la injerencia de esas ciencias en el campo de la Ciencia del Derecho “*stricto sensu*”.

La Sociología jurídica estudia el Derecho como hecho o fenómeno social; estudia la interconexión Derecho-Sociedad. Sus

---

<sup>30</sup> Ana Marta González, *La ética explorada*, p. 118.

dos temas fundamentales expresan, respectivamente, esa relación que la Sociología jurídica mantiene, tanto con la Ciencia como con la Filosofía del Derecho. (p. 77)

El sociólogo del derecho se interesa por la norma siguiendo metodológicamente dos pasos:

El primero consiste en analizar cómo nace una norma jurídica, es decir, por qué surge y para qué surge (las necesidades que trata de satisfacer). Sería la fase sociológica anterior a su publicación. La consideración de la norma que subyace en la sociedad.

Mientras que en el segundo lo importante es cómo funciona en la sociedad. Sus efectos en ella. Sería la fase posterior a su publicación.

Esas son las recíprocas implicaciones derecho-sociedad de la que hablaba antes.

En este primer tema, la Sociología del Derecho se vincula a la Ciencia del Derecho: analiza el fondo sociológico de todo sistema normativo y observa la vivencia y efectos reales de un determinado Derecho en una determinada sociedad. (p. 78)

Esta primera fase relaciona la Sociología Jurídica con la Ciencia del Derecho.

Pero hay una segunda fase, que se conecta con la Filosofía del Derecho, que es la interconexión entre valores jurídicos y sociedad. Para la Sociología del Derecho, los valores operan como hechos, es decir, no se valoran los hechos, si no que se constata la existencia o no de esos valores en la sociedad y su acción en ella.

Así pues, la Sociología Jurídica trata a los valores como hechos, por eso los constata, los describe y ve su influencia en la sociedad y en la norma. Pero:

La Filosofía del Derecho, en cambio, lo que pretende en su aspecto de Axiología o estimativa jurídica es precisamente la comprobación de la validez objetiva y racional de los valores jurídicos; no cabe, por tanto, confusión entre ambas tareas: la Sociología del Derecho constata valores jurídicos —su presencia y su acción sobre una determinada sociedad—, la Filosofía del Derecho indaga crítica y racionalmente sobre la validez objetiva de esos valores. (p. 79)

Finalmente, como tercera fase, el autor distingue eficazmente entre sociología jurídica y sociologismo jurídico. Si la primera es compatible con la Concepción Normativa del Derecho; la segunda, no.

La razón se encuentra en que el sociologismo jurídico acaba destruyendo al Derecho entendido como norma.

Reivindicamos, por tanto, la exigencia de un fundamento jurídico (no ético ni político) que refuerce, precisamente, lo jurídico de la ley. Entendemos que tal fundamento hay que buscarlo en la línea de la llamada Nueva Escuela de Derecho Natural. Más en concreto, en el Iusnaturalismo deontológico, como luego defenderemos.

#### **4.3.4. RELATIVISMO JURÍDICO**

Si bien en las anteriores corrientes el reduccionismo alcanzaba a un elemento, en esta corriente alcanza, como ya hemos anticipado, a dos elementos: el hecho social y el valor.

En efecto, hoy se rechazan valores absolutos, como la verdad; pues se entiende que la verdad impuesta impide el diálogo en una sociedad plural en la que cada quien tiene su verdad ética.

Se afirma, pues, la “ineptitud de cierta clase de orientaciones éticas para hacer posible un diálogo moral plural en el exclusivismo de fondo exhibido por muchas escuelas éticas y en su obsesión por unos ambiciosos máximos morales”. (Barraca, 2005, p. 91)

Por eso son tan importantes valores como la autonomía, la voluntad individual, la dignidad como “mi” calidad de vida,...

Para Laporta (2007):

Desde hace algunos años el concepto de autonomía personal ha asumido un papel muy importante en las discusiones sobre campos muy variados de la investigación científica y moral. Tanto la ética médica, como la ética de los negocios o las mismas cuestiones de la educación han visto ensancharse sus horizontes con la aparición de demandas de autonomía personal que antes sólo eran frecuentes en áreas como la interferencia paternalista del Estado o la moralidad sexual. Esto se debe seguramente a que esa noción, de ser una más de las ideas que trataban de expresar valores morales (...), ha pasado a ser una suerte de presuposición básica del razonamiento moral. (pp. 18-19)

De ahí que Barraca (p. 93) afirme que hoy en todo discurso ético, debe haber, al menos, estos tres principios: “el principio central de la autonomía de la persona, el de la inviolabilidad del sujeto, y el de la dignidad del individuo”.

Es evidente, pues, la centralidad de la autonomía. Esa centralidad influye o condiciona la inviolabilidad y la dignidad; y la conecta directamente con la autoconciencia y con la voluntad propia, tal como lo explica en la misma página.

De hecho -concluye después el citado autor- hoy hay:

(...) una visión del Derecho marcadamente racionalista e individualista. Para (esa visión) el Derecho se fundamenta, en último extremo, en la necesidad de protección de los derechos individuales básicos, y esta, en el principio moral clave de la autonomía personal. (p. 94)

Laporta (p. 23) acredita tal afirmación al decir que el ser humano es dueño tanto de su acción como de su omisión, las cuales nacen en él, no le vienen impuestas por ninguna fuerza externa ni le llegan de ley alguna de la naturaleza. Es un sujeto cuya peripetia le pertenece a él mismo. “Esta percepción es básica para el entendimiento de nuestras instituciones y su carácter normativo”.

Y Ollero (2006) lo confirma al decir:

El voluntarismo individualista lleva a considerar como “derechos” todas las manifestaciones de la libre autodeterminación de la voluntad que no lesionen expresamente el marco contractual de convivencia positivamente establecido para hacer posible la propia libertad. (...). Dentro del voluntarismo individualista – derecho es todo aquello que puedo querer, porque nadie me lo ha prohibido- (...). (pp. 109 y 121)

C. S. Nino (citado en Barraca, 2005, p. 94) afirma que “(...) es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea, de un gobierno establecido”.

Se regulan, pues, los valores que la sociedad crea, como los descritos. Es decir, en este sentido, se regula el cambio ético-social. Puede que alguien no esté conforme con tales valores, por eso las normas se pactan. El acuerdo moral, el consenso o, mejor, la negociación, actualmente, es el fundamento del Derecho.

Como ya decíamos antes en una cita de Serrano Ruiz-Calderón y otra de D’Agostino<sup>31</sup>, la ética sirve para criticar a la ley, ya no se utiliza para alcanzar la excelencia moral. Y la ley regula intereses individuales, como hemos visto.

Por eso, en ocasiones, el único resquicio que queda, si moralmente no se está de acuerdo con la Ley, es la *objeción de conciencia*.

Como luego tendremos ocasión de analizarlo con mayor detenimiento, ahora dejamos simplemente constancia de los nombres de algunas leyes en materia de bioética como la Ley 41/2002 de, entre otros objetos regulados, **autonomía** del paciente o la Ley 2/2010 de interrupción **voluntaria** del embarazo.

Como paradigmas del relativismo jurídico en la doctrina vamos a escoger, a modo de muestra, a Aarnio, Atienza y Laporta.

---

<sup>31</sup> Cfr. pp. 36 y 43, respectivamente, de la presente Tesis.

**Aarnio** (2010) realizó un artículo con el título *¿Una única respuesta correcta?*, que no era sino un homenaje al que considera su maestro, A. Peczenick. En dicho artículo ya es interesante que diga que las reflexiones críticas de su maestro “fueron de naturaleza filosófica moral. Su respuesta, que recuerdo al final de esta ponencia, podría calificarse de relativismo convencionalista moderado”. (p. 9)

Desde luego, el párrafo ya es indicativo de lo que hemos dicho antes: hoy la ciencia jurídica está influida casi exclusivamente por la moral, pero el problema es lo que se entiende por moral.

En cualquier caso, es evidente que el autor se distancia mucho de cualquier teoría que pueda calificarse de correcta y, mucho menos, de la única correcta. Prefiere hablar de *respuesta definitiva* que de *respuesta correcta*, siendo la primera necesaria para que una resolución tenga fuerza ejecutiva. Incluso, el concepto de respuesta correcta no es inequívoco. Es más, “a este respecto, la solución definitiva constituye una parte esencial del principio del Estado de derecho”. (p. 10)

Dentro de la teoría de la única respuesta correcta, distingue dos corrientes:

Por un lado, la versión fuerte: “De acuerdo con esta doctrina, la única respuesta correcta siempre existe y también puede ser detectada en cada caso”. (p. 10)

Por otro lado, la versión débil: “esta versión acepta la idea de que la respuesta correcta existe en el sistema, pero no siempre (quizás nunca) puede ser detectada”. (p. 11)

Es pertinente traer ahora a colación la idea que dice respecto a la primera versión, toda vez que vuelve a dar a entender que el iusnaturalismo y el positivismo han sido superados:

Esta clase de doctrina únicamente es válida partiendo de la premisa de un sistema cerrado. La conclusión siempre se deduce de premisas axiomáticas y evidentes. La idea de un sistema jurídico cerrado se representó, por ejemplo, en las doctrinas extremas del derecho natural nacionalista y en la dogmática jurídica conceptualista (Begriffsjurisprudenz). En la teoría jurídica actual, apenas se encuentran indicios de este pensamiento. (p. 11)

De lo que se infiere que si no hay un sistema jurídico cerrado (lo cual va más contra el positivismo que contra el iusnaturalismo), es por los cambios sociales y, por ende, morales.

Sea ello como fuere, para el autor ni existen respuestas jurídicas correctas en el razonamiento jurídico ni, por tanto, pueden ser detectadas. Siempre hay una ambigüedad semántica, motivo por el cual las anteriores teorías deben ser abandonadas.

Acto seguido habla de Perelman (otro de los paradigmas doctrinales actuales), estando de acuerdo con su doctrina y la idea del argumento moral.

Escoge a Perelman porque le parece el punto de partida, considerando que “el análisis se basa en una tesis relativista en relación con los valores éticos, los principios morales y también las interpretaciones en los casos difíciles (desde el punto de vista jurídico)”. (p. 17)

Una vez ha expuesto lo que le interesa de Perelman, el siguiente apartado tiene un título muy sugerente: *Hacia un relativismo convencionalista moderado*. Lo llama así porque, siguiendo a su maestro, distingue entre *prima facie* y *teniendo todo en cuenta*. Los valores morales básicos se refieren a los valores *prima facie*; mientras que el resultado del razonamiento *teniendo todo en cuenta* viene condicionado por el contexto. A este tipo de razonamiento lo llama Relativismo Convencionalista Moderado. Los valores no dimanan del gusto, de la intuición ni de ninguna luz misteriosa: tiene que ser debidamente argumentados. Y, en cualquier caso, los valores solamente serán objetivos cuando sean compartidos por una sociedad.

A esos valores objetivos los llama *creencias mutuas compartidas*.

Los juicios morales y de valor, en tanto que cuestiones sociales, se basan necesariamente en punto de vista compartidos acerca de lo que es bueno o malo, lo que está bien o mal en la sociedad de que se trate. Los juicios de valor compartidos no sólo están ligados a los individuos, no son meramente “subjetivos”, sino inter-subjetivos. Forman parte de nuestra forma de vida común y, de esta forma, también de la comunicación humana. (pp. 24-25)

Algunas ideas del relativismo convencionalista, en opinión de Aarnio, están relacionadas con Carlos Santiago Nino. Éste autor “intentó combinar la moralidad ideal con la práctica social. Las prácticas morales de la sociedad formulan puntos de vista con respecto a la moralidad ideal y, de esta forma, los criterios para un punto de vista moral válido se encuentran en la práctica moral. Analizando la práctica social, podemos explicar (al menos una parte de) la moral ideal”. (p.28)

De lo que sigue, (pp. 36 y ss., sobre todo, 37-38) lo que más nos interesa resaltar se encuentra en las reglas aritméticas que aplica al principio de la mayoría. Resulta, por abreviar, que la moral depende de la mayoría, y la mayoría es una regla aritmética a modo de ecuación. Ese es, parece ser, el criterio último de la moral como práctica social... que es lo mismo que decir como fundamento de derecho.

Además de Aarnio, otro de los paradigmas de esta fase lo encontramos en **Atienza** (2004), para quien deberíamos abandonar ya las expresiones iusnaturalismo y positivismo jurídico y, si prescindimos la cuestión terminológica, “lo que queda es la necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender (no sólo describir o explicar externamente) el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar con ellos”. (p. 114)

En su libro *El sentido del Derecho* (2004) ya comienza en la *Presentación* explicando por qué ha escogido el título del libro y, así, entiende por el sustantivo “sentido” dos cosas: por un lado, “la pregunta busca una explicación del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico” (pp. 9-11), lo cual exige la respuesta a otras

preguntas: por qué y desde cuándo existe el Derecho, “en qué medida consiste en normas” (p. 10); por otro lado, “cabe también preguntarse si el Derecho (o cierto tipo de Derecho) integra una práctica social valiosa, constituye un tipo de realidad que quizás sólo puede llegar a entenderse si se asume un determinado punto de vista, y una realidad que no está ahí simplemente para ser conocida, criticada o utilizada estratégicamente, sino para ser mejorada por los sujetos que forman parte de la misma”. (p. 10)

Es interesante la idea del Derecho como fenómeno social e histórico y como práctica social. Más aún cuando se pregunta en qué medida consiste en normas, pues parece que las normas hayan perdido en el Derecho el protagonismo que siempre han tenido (de ahí sus conexiones con la moral y con el poder). De modo que parece que la importancia del hecho social es evidente, sobre todo porque el Derecho puede ser mejorado por nosotros, es decir, por los sujetos que formamos parte de la sociedad.

Continúa diciendo que la sociedad siempre prohíbe la violencia y la sanciona, pero ¿por qué mediante normas jurídicas y no meramente sociales, morales o religiosas?

Para el autor, la respuesta no es fácil y, de hecho, no hay consenso, puesto que no hay un concepto inequívoco sobre la pregunta qué es Derecho. Por ejemplo, según los autores marxistas, el Derecho es un instrumento que sirve para monopolizar la fuerza física, de ahí la necesidad del aparato del Estado y de autoridades centralizadas. Por su parte, para Malinowski las normas son jurídicas cuando se conciben como obligaciones vinculantes.

A pesar de esa dificultad, existe quizás un procedimiento que permite llegar a una respuesta razonable a la cuestión planteada. Consistiría en averiguar cuáles son los rasgos sobresalientes que caracterizan a lo que normalmente solemos llamar “Derecho”, y comprobar luego hasta qué punto esos elementos están o no presentes en todos los otros tipos de sociedad. Pues bien, si partimos de lo que usualmente consideramos que es un sistema jurídico (por ejemplo, el Derecho español actual), podemos convenir en que el mismo está formado no solamente por normas de conducta que establecen prohibiciones, obligaciones o permisos; al fin y al cabo, también la religión, la moral o la costumbre producen una regulación de la conducta humana en esos términos. Lo privativo del Derecho parece estar en la existencia de órganos públicos, de autoridades, de varios tipos. Por ejemplo: autoridades (legislativas o administrativas) que tienen poder para establecer o modificar normas de conducta que son vinculantes para los otros miembros del grupo; autoridades (judiciales) que tienen poder para aplicar esas normas a los casos en disputa y para resolver los conflictos en forma vinculante para las partes; autoridades (policía en sentido amplio) con poder para hacer cumplir las anteriores decisiones recurriendo en último término al ejercicio de la fuerza física. (p. 26)

El párrafo es largo, pero lo recogemos porque relacionar tanto el Derecho con el poder o con la autoridad ya llama poderosamente la atención.

De hecho, cuando trata sobre el concepto de Derecho, entiende que preguntarse por él es una tarea difícil de responder, entre otras razones porque:

Por ejemplo, los legisladores y los juristas al servicio de la Administración y del poder ejecutivo tienden lógicamente a ver en el Derecho, sobre todo un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico, etc., es decir, metas que en sí mismas no son jurídicas. (p. 37)

Relaciona, pues, al legislador y al jurista con el poder ejecutivo y al derecho con lo político, económico... Para acabar concluyendo que “el Derecho es una forma de regular la conducta de la gente y ello envuelve necesariamente juicios de valor”. (p. 40)

En este sentido, Latorre (2003) afirma que:

No han faltado ni faltan (...) opiniones que defienden como misión del Derecho precisamente el difundir e imponer modelos éticos de conducta. El Derecho se convierte así en un instrumento educador de los ciudadanos, y aspira a modelar su personalidad sobre ideales determinados. En realidad, el Derecho cumple siempre esa función, puesto que el imponer unas conductas determinadas en nombre de la comunidad es una forma de educar. Lo que varía es la forma y la intensidad con que se persigue ese fin. (p. 25)

De ahí que Atienza, para aclarar el concepto de Derecho prefiere ponerlo en relación con conceptos afines y, a veces, superpuestos. Para él, “los más importantes parecen ser los de “norma”, “moral” y “poder” (...) (p. 58).

Es pertinente recordar aquí la cita de Almoguera (2009), ampliándola:

En muchas ocasiones los legisladores relacionan su voluntad sólo indirectamente con la norma que producen. Vale decir que, incluso en el caso de un legislador individualmente identificable, la norma no es algo directamente querido, un producto directo de su voluntad, sino que responde más bien a la voluntad, intereses, propósitos, de ciertos grupos que actúan sobre él y que permanecen, más o menos, en la sombra. Se trata de grupos sociales que pueden mantener relaciones muy diversas con los legisladores (a veces clientelares), de modo que éste último hace suya su voluntad o intereses. La cuestión se complica, además, porque dichos intereses tampoco resultan impuestos sin más al legislador: a veces son producto de una negociación entre varios grupos, o entre uno de estos grupos sociales y el grupo político al que pertenece el legislador, existiendo a este propósito diversas fórmulas. (p. 336)

Por contraposición a esta corriente (con la que no nos identificamos), Hervada (2002) critica con agudeza la misma argumentando que es importante delimitar lo que es Derecho de lo que no es (y que sería, por ejemplo, política).

Confrontar a ambos autores ayuda aclarar dos visiones o corrientes del Derecho diferentes, cuando no opuestas.

Cuando el derecho se toma como ley, el principio no es el reparto de las cosas, sino la ordenación de las conductas. El hecho originario no es el reparto, sino el orden del obrar humano; pues, en efecto, la ley tiene por función propia ordenar racionalmente las conductas humanas. Pero no se debe olvidar que ordenar o regular la vida social según criterios racionales no es lo propio del jurista, sino del gobernante. Por eso, las leyes no las hacen los órganos judiciales, las hacen los órganos políticos: el Parlamento, el gobierno o el propio pueblo por costumbre o por plebiscito o referéndum. (pp. 33-34)

Lo que queremos resaltar es la relación Derecho-Poder. Es evidente que ambos elementos están relacionados; pero una cosa es la relación y otra la excesiva conexión.

En este sentido, Latorre (2003) al hablar de la distinción entre normas jurídicas y otra clase de normas dice que estas últimas carecen de las notas de autoridad (Estado), obligatoriedad y coacción.

Pero, ¿por qué existe esa autoridad? Porque vivimos en una comunidad organizada políticamente, lo cual implica la existencia de un Poder. Es decir, vivimos en un Estado.

Las normas jurídicas son tales, no porque gocen de ninguna cualidad intrínseca y especial que les dé ese carácter, sino simplemente porque son respaldadas en su cumplimiento por el poder coercitivo del Estado, y el mismo Estado ha de determinar qué normas han de gozar de esa protección, es decir son jurídicas. (p. 15)

De esa idea se pueden extraer consecuencias muy actuales: en la medida en que lo importante es el Estado y éste es poder, la visión del mundo de quien tenga ese poder viciará las normas que dicte: de ahí el carácter ideológico de la ley. Es más, para el citado autor, Derecho es “el conjunto de normas de conducta obligatorias establecidas o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder”. (p. 15)

El capítulo en el que Atienza habla de *Derecho y normas* lo acaba con el apartado dedicado a la regla de reconocimiento (pp. 85-86). Concluye que no podemos saber qué es el Derecho ni qué norma es realmente jurídica e incluso válida si no es saliendo del propio Derecho. Algo así como la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart, la cual es metajurídica.

Para el autor, la regla de reconocimiento es el criterio de validez de todo el sistema jurídico, no está puesta por ninguna autoridad, es consuetudinaria (no es un pacto, un acuerdo, es una costumbre). Por eso el siguiente apartado es el relativo a la moral.

Existe, por tanto, una juridificación de la moral, apoyada esta tesis en la importancia del elemento valorativo y del uso social en la medida en que sólo es moral lo que manda ese uso social: es el criterio no sólo de la obediencia al Derecho si no de la validez de una norma.

Por eso, para Atienza deberíamos abandonar ya las expresiones iusnaturalismo y positivismo jurídico y, si prescindimos la cuestión terminológica, “lo que queda es la necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender (no sólo describir o explicar externamente) el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar con ellos”. (p. 107)

Pero, cabe preguntarse, ¿qué tipo de moral? Parece que política. Lo dejamos apuntado porque más tarde volveremos sobre ello.

En cualquier caso, sí es necesario anticipar que para el autor, el conocimiento que tenemos sobre el mundo, sobre las cosas, es siempre ideológico, sobre todo cuando se trata de ciencias que estudian realidades construidas por el hombre. Del Derecho forman parte las ideas, sentimientos o emociones que influyen en el comportamiento de los legisladores. Pero también puede entenderse el Derecho como ideología.

En resumen, el concepto de ideología permite entender mejor la relación entre el Derecho y el consenso. Por un lado, el Derecho no necesita imponerse siempre –ni, quizás, habitualmente- por la fuerza, en la medida en que sus normas reflejan ideologías vigentes socialmente. Por otro lado, el Derecho es también una instancia segregadora de ideología y de consenso: lo jurídico aparece como algo que asegura el orden, la paz, la justicia, algo que debe ser obedecido por el simple hecho de existir. (p. 135)

Y es que:

Hoy la cuestión se plantea en otros términos: se acepta que el Derecho puede contribuir a cambiar la sociedad, pero se sabe también que la posibilidad de introducir cambios en esta forma tiene sus límites. Lo que importa es saber cómo opera el Derecho en cuanto vehículo del cambio social y qué especiales problemas plantea. La sociedad contemporánea es una sociedad en constante transformación, sometida a un intenso ritmo de cambio; una de sus notas definitorias es precisamente la institucionalización y el fomento del cambio y esa institucionalización significa también, inevitablemente, una juridificación del cambio.

(...)

En los Estados democráticos, la instancia jurídica encargada fundamentalmente de introducir cambios en el Derecho, que reflejen o guíen el cambio social, es la legislación. Pero la jurisdicción y la administración pueden desempeñar también un papel importante en la transformación social. (pp. 164 y 171)

Por último, citamos a **Laporta** (2007) quien, hablando del imperio de la ley, dice:

Vamos a comenzar la exploración del concepto de imperio de la ley desde un punto de partida que parecerá quizá extraño a los juristas y algo sorprendente para el lector. Este punto de partida no es otro que la idea de autonomía personal. Se trata de una noción multidimensional y compleja que se infiltra inadvertidamente en los más variados territorios de las ciencias sociales y la filosofía, pero que cumple su función más importante en el ámbito de la moral o de la ética. Arrancamos, pues, en nuestra indagación de un territorio extrajurídico. (...) es necesario mostrar simultáneamente la fundamentación ética sobre la que intuitivamente pensamos descansa este concepto. (p. 17)

Es decir, que un concepto exclusivamente jurídico como el *imperio de la ley* descansa en premisas basales morales, sobre todo en la autonomía personal. De hecho, continúa diciendo:

(...) lo que voy a proponer en este libro es que la fundamentación moral de todo el complejo mundo de normas e instituciones que constituye lo que hoy designamos con el concepto de imperio de la ley no es otra cosa que una apuesta moral implícita a favor de la autonomía personal. Este es el postulado ético que le sirve de base de justificación, como una suerte de brújula para determinar su alcance conceptual. (p. 18)

Es obvio preguntarse por qué descansa tal principio en un postulado moral o ético y no más bien en uno estrictamente jurídico.

Ante tal cuestión, el autor responde:

Porque incluso si suponemos (erróneamente) que lo que llamamos imperio de la ley es un conjunto de exigencias normativas e institucionales meramente jurídicas, la justificación de las normas del derecho desde el derecho mismo tiene un alcance muy limitado; su verdadera justificación tiene que ir, por razones lógicas, más allá del derecho. (...) La justificación de la vinculatoriedad de las normas constitucionales descansa siempre en pautas que son externas al sistema jurídico. Y ¿qué otra cosa puede ser eso que sirve de base a la justificación de normas jurídicas sino principios y valores morales? (p. 18)

De ahí que entienda que la primera libertad sea la llamada “libertad negativa”, entendida como no determinación, no dependencia, no interferencia y no impedimento.

(...) todo aquel que ve interceptado el actuar de acuerdo con su voluntad porque se interpone entre él y su acción una determinación necesaria, un obstáculo real o una amenaza normativa, carece de libertad negativa o libertad en sentido negativo. Y la primera de las condiciones de la autonomía personal es precisamente la presencia de un espacio de libertad en este sentido negativo. Aunque la autonomía no es sólo la libertad negativa, sin libertad negativa no es posible hablar de autonomía (...). (p. 24)

La noción de libertad negativa no la encontramos solamente en Laporta. Atienza (2004, p. 178) también habla de ella definiéndola como “la facultad de hacer o no hacer determinadas acciones sin ser obstaculizado por los demás”, salvo cuando el Estado interviene porque otros han actuado atentando contra mi libertad (función garantista –en relación a mí- y represiva –en relación a los demás-). Mientras que en la noción de libertad positiva o política, libre es “quien no tiene que obedecer otras normas que las que él mismo se ha impuesto” (p. 179), de ahí que participe en la designación y control del poder y en la elaboración de las leyes.

En contra de esta corriente, estamos de acuerdo con Vidal (2003), para quien:

El relativismo moral, avalado por la decisión de las mayorías preserva el derecho a la autonomía, que solo se ve contrapesado por el cálculo utilitario. Muy cercano, el modelo procedimental/convencional donde a diferencia del anterior, el Derecho debe defender una ética convencional que establezca los procedimientos y triunfe la democracia, como aceptación acrítica de lo que sucede frente a la filosofía. (p. 2)

Y es que no es lo mismo diálogo que negociación, y compromiso con la persona (valor absoluto) que pacto guiado por un interés estratégico.

#### **4.3.5. ¿QUÉ CONCEPCIÓN PREDOMINA SOBRE LAS OTRAS Y POR QUÉ?**<sup>32</sup>

Hasta ahora hemos distinguido claramente el Iusnaturalismo, el Iuspositivismo, el Realismo Jurídico, y el Relativismo Jurídico.

Desde el punto de vista temporal, es común distinguir (y así lo hemos hecho) esas concepciones o teorías de lo jurídico en épocas diferenciadas. Parece que el primero en el tiempo es el Iusnaturalismo, después el Iuspositivismo, seguidamente el Realismo Jurídico y, actualmente, el Relativismo Jurídico. Es más, en todos los Manuales se habla primero del Iusnaturalismo y después del Iuspositivismo.

---

<sup>32</sup> Cfr. p. 118 y siguientes del presente trabajo.

De hecho, en la época antigua, desde los griegos clásicos, hasta la Edad Media o incluso Edad Moderna, habría que ubicar al Iusnaturalismo; en el siglo XVIII- XIX y parte del XX, habría que ubicar el Iuspositivismo; el Realismo Jurídico habría que ubicarlo en el siglo XX y en algunos ámbitos geográficos, sobre todo norteamericanos; y, en la época actual, el Relativismo Jurídico.

Tanto es así que ya hemos recordado que para algunos autores, como Atienza, el Iusnaturalismo y el Positivismo jurídico (entendemos que, trasponiendo la idea al presente trabajo, también el Realismo Jurídico) ya han sido superados.

Sin embargo, esto no es enteramente exacto. Con más variaciones o menos, lo cierto es todas las corrientes han convivido siempre, incluso actualmente (hoy hay iusnaturalistas, como Javier Hervada o Jesús Ballesteros).

En este sentido, Almoguera (2009, p. 69), al hablar del Iusnaturalismo, dice que “se trata de una doctrina que tiene su origen en el mundo griego y que se ha mantenido (aunque con importantes variantes) hasta nuestros días”.

Continúa el citado autor (p. 73) diciendo que “el positivismo es sobre todo un producto de la modernidad (aunque no falta antecedentes en la antigüedad, entre los sofistas)”.

Barraca (2005, p. 69) recuerda “el iusnaturalismo antiguo greco-romano, el cristiano y renacentista, la Escuela de Salamanca, el iusnaturalismo racionalista e ilustrado, el contemporáneo, etc.”; mientras que el área de influencia del Positivismo abarca desde Savigny hasta Bobbio, pasando por Austin o Kelsen, entre otros (pp. 82-83).

Soriano & Mora (2011) lo explican, circunscribiéndolo en la delimitación más o menos visible entre Derecho y Moral, en el sentido de que la claridad u oscuridad de la línea divisoria entre ambos órdenes (también el político) ha ido alternándose a lo largo de la historia, siendo imposible delimitarla temporalmente y, aún, conceptualmente:

(...), el proceso de delimitación conceptual no fue algo puntual e irreversible; más bien al contrario: a una etapa de deslinde doctrinal se seguía habitualmente una de confusión entre ambos órdenes y así sucesivamente, encadenándose a modo de procesos de acción-reacción. Ello quizá obedezca a que los elementos configuradores del primitivismo, esto es, la concepción cosmogónica del mundo, así como la participación en los rituales de imitación o asimilación de lo divino, estén más arraigados en el ser humano de lo que habitualmente estamos dispuestos a admitir. (...). No resulta pues extraño que, aun en nuestro tiempo, se haga difícil separar la Moral, lo religioso o las reglas del trato social del Derecho. (p. 79)

Ello es así porque, según los autores citados:

Los criterios de delimitación adolecen de un grave problema de características cuasi irresolubles. El problema radica en el hecho de que la vida social es muy rica y compleja, además de encontrarse en constante cambio. Si a ello le sumamos que las percepciones morales también se encuentran sujetas a procesos de mutación, nos encontramos con que aquello que en un momento podía llegar a considerarse una obligación moral, en otro momento podría ser considerado como una obligación jurídica. (pp. 83-84)

Pues bien, ¿qué es lo que hace que, a pesar de ser ciertas las anteriores observaciones, hoy nos atrevamos a decir que sobresale la concepción jurídica que hemos llamado Relativismo Jurídico en detrimento de las otras tres?

El motivo se encuentra en que, para vencer a las otras tres corrientes, es necesario tener la pretensión de influir en dos órdenes fundamentales: el Estado y la sociedad: en el primero a través de la influencia que ejerce el conocimiento en el poder a través de las Academias; y en la segunda, a través de las leyes que dicta ese poder.

De modo que las corrientes citadas conviven y han convivido siempre, sobresaliendo aquella que ha influido en el poder político y en los poderes fácticos, sociales (que es tanto como decir en la sociedad). Entendemos que últimamente (al menos en la biolegislación dictada entre los años 2006 y 2010) ha influido sobre todo el Relativismo Jurídico.

Pero toda esta conclusión hay que contrastarla en el ámbito bioético con la Biolegislación, la Biojurisprudencia, y el sentimiento jurídico de la sociedad, cosa que haremos a continuación. Con todo, antes hay que abordar necesariamente, para que el análisis descriptivo explicativo esté más completo, de la Bioética y la Política.

De ahí que este sea el momento de hablar de la Biopolítica.

#### **4.3.5.1. BIOPOLÍTICA Y ACADEMIAS**

##### **A. BIOPOLÍTICA**

###### **A.1. ORIGEN Y SENTIDO POLISÉMICO DE LA EXPRESIÓN**

No hay acuerdo en la comunidad científica para dotar de un significado común o compartido respecto al neologismo *Biopolítica*. Como veremos más adelante, ni tiene el mismo sentido en los distintos autores que lo han utilizado y estudiado, ni –en ocasiones– es entendido de la misma manera las distintas veces que un autor ha hablado de él.

De hecho, la voz *biopolítica* no está recogida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.<sup>33</sup>

En cuanto a su origen, el término fue acuñado por primera vez en 1917 por el político y politólogo sueco Rudolf Kjellen (1864-1922) en su obra *El Estado como forma de vida*: según Steuckers<sup>34</sup>, para Kjellen el objeto de la biopolítica, dentro del sistema de la Geopolítica, es la vida de la sociedad.

Lo que aportó Foucault fue, además de retomar el nombre, dotarle de un sentido distinto (más bien varios), profundizar en él, y difundirlo en Conferencias y Seminarios.

Con todo, el término y su contenido, a partir de Foucault, no tuvo mucho eco en la sociedad científica, y durante un período de tiempo (hasta mediada la década de los noventa) fue un término olvidado, entendemos que, entre otras causas, por el éxito de la *Bioética*, que empañó la evolución que podía haber sufrido el concepto de Biopolítica.

Gracias a autores italianos, como Agamben, Esposito, Lazzarato o Palazzati -y, posteriormente, de otros países, como Hottois, Ollero o Aparisi<sup>35</sup>-, y a la evolución de la Bioética, el término, su concepto y su alcance tienen hoy no pocas repercusiones en la misma (sobre todo, como hemos anticipado *supra*, en Bioderecho y en la Mesoética), y en determinadas nociones y prácticas gubernamentales de la propia Ciencia Política, como la noción (más bien la función) de Estado, Gobierno, gobernabilidad, poder, ...: si la Bioética ha influido en la Ciencia del Derecho, la Biopolítica está influyendo en la Ciencia Política.

Estamos, pues, ante la presencia de un neologismo que necesita de mayor tiempo y mejor estudio para poder llegar a una definición reconocida comúnmente.

## A.2. DISTINTO SENTIDO SEGÚN DISTINTOS AUTORES

Pues bien, ¿qué dice cada autor sobre el significado de la Biopolítica? Hablar de todos los autores resultaría una tarea ímproba, motivo por el cual escogeremos una muestra representativa.

### MICHEL FOUCAULT.

Para empezar a entender el sentido que tiene la Biopolítica en Michel Foucault, relacionaremos los siguientes términos: población, poder (que no reside solamente en el Estado, sino en otros sectores de la sociedad), orientación de conductas, individuo, razón gubernamental, verdad económica, y liberalismo.

Así, la Biopolítica la entendería como el control de las conductas de los individuos por parte de la población para extraer el mayor rendimiento económico de cada uno de ellos. Dicho control no solamente sería ejercido por el poder gubernamental, ya que dicho poder se encuentra en diferentes ámbitos de la sociedad;

---

<sup>33</sup> <http://ww.rae.es> Última entrada, 21 de febrero de 2013.

<sup>34</sup> Steuckers, *Rudolph Kjellen (1864-1922)*. Disponible en <http://foster.20megsfree.com/522.htm>

<sup>35</sup> Insistimos en que existen diferencias, también coincidencias, sobre el sentido de la expresión según sea utilizado por los distintos autores.

de ahí que el marco natural de la Biopolítica sea el liberalismo, en el que a menos Estado, más poder de la sociedad o población, en la que existen micropoderes que dirigen las conductas de los individuos con fines de eficiencia económica.

Lo podemos comprobar en Foucault (2009):

Trataré de mostrarles que todos los problemas que intento identificar actualmente tienen como núcleo central, por supuesto, ese algo que llamamos población. Por consiguiente, será a partir de allí que pueda formarse algo semejante a una biopolítica. Pero me parece que el análisis de la biopolítica sólo puede hacerse cuando se ha comprendido el régimen general de esa razón gubernamental de la que les hablo, ese régimen general que podemos llamar cuestión de la verdad, primeramente de la verdad económica dentro de la razón gubernamental, y por ende si se comprende con claridad de qué se trata en ese régimen que es el liberalismo, opuesto a la razón de Estado –o que, antes bien, la modifica de manera fundamental sin cuestionar quizá sus fundamentos-, una vez que se sepa qué es ese régimen gubernamental denominado liberalismo, se podrá, me parece, captar qué es la biopolítica. (p. 35)

Posteriormente, matiza:

El Estado no es más que el efecto móvil de un régimen de gubernamentalidades múltiples. (...) No se trata de arrancarle su secreto, se trata de ponerse afuera y examinar el problema del Estado, investigar el problema del Estado a partir de las prácticas de gubernamentalidad. (p. 84)

Y aclara:

El término mismo de poder no hace otra cosa que designar un ámbito de relaciones que resta analizar por entero, y lo que propuse llamar gubernamentalidad, es decir la manera de conducir la conducta de los hombres, no es más que la propuesta de una clave de análisis para esas relaciones de poder.

(...)

Lo que quería hacer –y ésta fue la apuesta del análisis- era ver en qué medida se podía admitir que el análisis de los micropoderes o de los procedimientos de gubernamentalidad no está, por definición, limitado a un ámbito preciso que se defina por un sector de la escala, pero debe considerarse como un mero punto de vista, un método de desciframiento que puede ser válido para toda la escala, cualquiera que sea su magnitud. En otras palabras, el análisis de los micropoderes no es una cuestión de escala ni de

sector, es una cuestión de punto de vista. Bueno. Ésa era, si se quiere, la razón de método. (p. 188)

Ahora bien, ese poder (y su ejercicio), ¿viene del Estado o de otros lugares ubicados en la población, en la sociedad? Para Lazzarato (2000, p. 2), la respuesta de Foucault es clara: “la biopolítica es la forma de gobierno de una nueva dinámica de las fuerzas que expresan entre ellas relaciones de poder que el mundo clásico no conocía”.

A los conceptos antes indicados, hay que añadir, además, al individuo como salud, como cuerpo, como individuo somatizado en el sentido más biológico... y político.

Por otro lado, la biopolítica empezaría su camino en el siglo XVIII, pero sobre todo en el XIX, en el que, gracias al capitalismo, el control sobre los individuos (la vida y lo viviente) es dirigido desde la salud pública, y entendido como control sobre sus cuerpos: de ahí que, paradójicamente, con el capitalismo la medicina pasó de la medicina colectiva a la social, no a la privada: de *hacer morir o dejar vivir* (hasta siglo XVIII) a *hacer vivir o dejar morir* (desde dicho siglo).

En efecto, desde el siglo XVIII, según Foucault (1997, citado en Lazzarato, 2000),

El hombre occidental aprende poco a poco lo que significa ser una especie viviente en un mundo viviente, tener un cuerpo, condiciones de existencia, probabilidades de vida, una salud individual y colectiva, fuerzas que se pueden modificar... (p. 1)

Así, finalmente, Foucault (1977, citado en Alcoberro) entiende que:

El control de la sociedad sobre los individuos no se operó simplemente a través de la conciencia o de la ideología, sino que se ejerció en el cuerpo y con el cuerpo. Para la sociedad capitalista lo más importante era lo biopolítico, lo somático, lo corporal. El cuerpo es una realidad biopolítica; la medicina es una estrategia biopolítica.

Es decir, como explica Kottow (2005, p. 114), “el poder busca ocupar y administrar la vida”.

## **GIORGIO AGAMBEN.**

Una vez mostradas las ideas de Foucault, sin pretender ser exhaustivos, y desde los objetivos, la hipótesis, y la pregunta de investigación de la presente Tesis, vamos a abordar a continuación el sentido que sobre la biopolítica tiene Giorgio Agamben.

Como primera aproximación (que coincidiría con Foucault), la biopolítica sería la gestión política de la vida humana, la intervención del poder en la vida humana, entendida ésta tal cual, en el sentido más desnudo, biológico, y exento de valor ético y/o jurídico.

En efecto, lo que hace este autor es, a partir de la idea de Aristóteles de que el hombre *es* un animal viviente y, además, capaz de existencia política, centrar el análisis de su estudio en ese *además*, donde, mediante los opuestos inclusión/exclusión (que, influenciado por Carl Schmitt, denomina *excepción*), la *zoé* acaba diluyéndose en la polis: la excepción queda incluida realmente en la norma; incluso, *es* la norma.

Schmitt (2001, citado en Paredes, 2007) dirá que:

[El soberano] se ubica fuera del orden jurídico normal y, con todo, forma parte de él porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse in toto.

(...)

La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; no sólo confirma la regla, sino que la regla sólo vive gracias a aquélla. (pp. 6 y 7)

El hecho de mencionar al estagirita quiere decir que la inclusión de la vida en el ejercicio de la política no es un hecho que se da en y a partir de un período de tiempo histórico determinado, sino que es *lo propio* de la política, con lo que la biopolítica se ha encontrado desde siempre en el centro del poder soberano.

El dato no deja de interesar, toda vez que muestra la injerencia del Estado en la vida de los individuos (considerados como *nuda vida*, como seres biologizados, simples cuerpos vivientes) a través o por medio del Derecho. De ahí que no haya diferenciación entre lo público y lo privado, puesto que todo es público: vida y derecho son, pues, prácticamente identificables.

Agamben (2003, citado en Paredes, 2007, p. 8) reconocerá que “en este sentido el derecho no tiene por sí mismo ninguna existencia pero su ser es la vida misma de los hombres”.

Y, por su parte, Saide (2006, p. 2) confirma que Agamben “ligará indisolublemente la biopolítica al derecho soberano originario”.

Por todo lo expuesto y en su virtud, en opinión del propio Saide (2006), la Biopolítica en Agamben es:

Aquélla forma de ejercicio del poder que surge a partir de la inclusión del *zoé* en la polis y subraya la centralidad que la vida “natural” ocupa en la política, detectando las condiciones de posibilidad de este paso inscritas ya en la filosofía aristotélica. (p. 3)

De otro lado, sobre la base de los estudios del citado Saide, de Marzocca, y de Paredes, podemos delimitar las diferencias que sobre la biopolítica existen entre Foucault y Agamben:

Mientras que Foucault habla de la Biopolítica desde una perspectiva estrictamente política o filosófica política; Agamben un Derecho y Política o, más bien, Derecho y Biopolítica. Es decir, Foucault no incluye a la Ley, al Derecho; Agamben, sí. (Saide, 2006, p. 2 y 3; Paredes, 2007, pp. 7-10)

Foucault ubica la aparición de la Biopolítica a partir del siglo XVIII, sobre todo en y desde el XIX; mientras que para Agamben, originariamente, la política era ya y desde entonces, biopolítica. (Paredes, 2007, p. 1-4; Marzocca, 2009)

Foucault alude en algún momento a los Estados totalitarios; mientras que Agamben se refiere a ellos (sobre todo al nacionalsocialismo) de modo extenso y detallado. (Saide, 2006, p. 2; Paredes, pp. 12-15)

Mientras que Foucault entiende que la ubicación del poder es compleja porque se haya disperso en la sociedad (en la que hay micropoderes); Agamben ubica el poder claramente en el poder soberano. (Marzocca, 2009)

Por su parte, las semejanzas las resume León Correa (2008), para el cual, “la Biopolítica, en su origen, y tal y como la desarrollan Foucault y otros autores, es una forma del bio-poder, del poder que el Estado ha ejercido y ejerce en la modernidad sobre la vida humana en todas sus funciones y significaciones, (...)”. (p. 2)

### **GILBERT HOTTOIS.**

Una vez vistos Foucault y Agamben, describiremos ahora la Biopolítica en Gilbert Hottois, para el que el núcleo central de la misma sería el análisis pormenorizado de las consecuencias sociales y, más concretamente, políticas, de la biotecnología.

Lo cual quiere decir que el campo de actuación de la Biopolítica sobrepasa los límites de la Bioética, puesto que el alcance de las decisiones de una y otra es claramente distinto, en el sentido de que la población afectada por tales decisiones es considerablemente mayor (cualitativa y cuantitativamente) en la primera que en la segunda. De ahí que las decisiones se tomen, sí, sobre la base de principios, valores y normas bioéticas; pero sobre todo y fundamentalmente, políticas.

Y decimos que es mayor cualitativa y cuantitativamente, toda vez que las decisiones no afectan solamente a seres humanos, a personas, sino que influyen a toda vida en la Tierra, con lo que las implicaciones ecológicas y medioambientales de la biotecnología quedan recogidas en el sentido que de la Biopolítica tiene Hottois.

En efecto, en palabras de Maldonado (2007):

La biopolítica es entendida por Hottois como el estudio de las consecuencias sociales y políticas de la biotecnología, (...). Sin ambages, cabe sostener que la biopolítica consiste en el diálogo horizontal de la política con la ecología y los problemas medioambientales. Y entonces, claro, es sensato afirmar que se

ocupa de las consecuencias e implicaciones sociales de las nuevas tecnologías. (pp. 2 y 7)

Y concluye (en Fonseca, et al., 2006, pp. 94-95):

La biopolítica consistiría, a partir de la intuición de Hottois, en el estudio de las consecuencias sociales de la biotecnología y de las tecnologías aplicadas a los sistemas vivos, [cuyo problema consiste en] los tipos de decisiones y acciones de largo plazo, decisiones y acciones eficaces y eficientes, decisiones y acciones en gran escala. Pues bien, estos temas son eminentemente políticos y no únicamente éticos. (p. 94)

De tal modo que, en un sentido amplio, como apunta León Correa (2008, p. 2), las políticas sobre salud pública, higiene, medioambiente, etc., entrarían dentro del sentido aquí expuesto.

Para una mayor y mejor comprensión de la Biopolítica, acotaremos sus diferencias en relación con la Bioética, de modo sucinto, por medio del siguiente cuadro.

**TABLA 4**

| <b>BIOÉTICA</b>                    | <b>BIOPOLÍTICA</b>  |
|------------------------------------|---|
| Comité interdisciplinar            | Gabinetes de expertos   |
| Justificaciones racionales éticas  | Intereses políticos legítimos + justificación ética                                 |
| Consenso ideal universal práctico  | Consenso pragmático posible de mayorías   |
| Denunciar situaciones con crítica  | Implementar política salud y ecológica concreta positiva y propuestas fundamentadas |
| Valores, principios, normas éticas | Leyes, reglamentos, planes de acción  |

Fuente: LEÓN CORREA (2008, p. 9)

### **OLLERO, APARISI Y PALAZZATI**

El último sentido que tiene la Biopolítica, que es el que vamos a escoger en el presente trabajo de investigación, tiene que ver con la Biolegislación. Vendría a ser la filosofía política que defiende el poder elegido por mayoría y que la plasma en la Biolegislación que dicta, sobre todo en materias relacionadas directamente con el principio y el final de la vida humana.

Este es el sentido que nos interesa escoger porque es el que más afecta a la hipótesis, los objetivos y la pregunta de investigación contenida en la presente Tesis. Pasamos a desarrollarlo ahora.

Se encuentra en autores españoles como Andrés Ollero y Ángela Aparisi, y en autores italianos como Palazzati. Con todo y con eso, hemos de anticipar ya que determinadas nociones e ideas contenidas en autores ya estudiados, como Foucault y Agamben, también nos será de utilidad por las mismas razones expuestas.

Pero, antes de aclarar el sentido escogido, conviene hacer una tabla resumen de todos los sentidos de la expresión.

Dicha tabla la exponemos a continuación.

**TABLA 5**

| <b>AUTOR</b>                 | <b>SENTIDO</b>  |
|------------------------------|---|
| FOUCAULT Y AGAMBEN           | PODER SOBRE LA VIDA HUMANA MEDIANTE LA POLÍTICA ESTATAL Y OTROS NÚCLEOS DE PODER (esto último para el primer autor) |
| HOTTOIS                      | BIOÉTICA Y BIOPOLÍTICA: POLÍTICA BIOSANITARIA PARA LA SOCIEDAD Y POLÍTICA MEDIOAMBIENTAL                            |
| OLLERO, APARISI, Y PALAZZATI | BIOPOLÍTICA EN BIOLEGISLACIÓN   |

Fuente: elaboración propia

### **A.3. SENTIDO ESCOGIDO SEGÚN LA METODOLOGÍA UTILIZADA**

Así pues, el sentido que se ha escogido en la presente Tesis, sin menospreciar núcleos esenciales e importantes de otros autores que este sentido hereda, es el representado por Aparisi, Ollero, y Palazzati. Sentido que pasamos a exponer ahora.

Aparisi (2007) describe ciertas tensiones o problemas a la hora de acercarse los juristas a la Biojurídica. Entre ellos, además del impedimento de la multidisciplinariedad (respecto del que se hablará más tarde), existen otros como la política que hay detrás de acontecimientos bioéticos, en el sentido de que las injerencias de intereses políticos y comerciales en determinados hechos bioéticos, que acaban formalizándose en el marco legal correspondiente, pueden correr el riesgo de que la Bioética y el Bioderecho dejen paso a la Bioeconomía y a la Biopolítica (término que aquí tendría el sentido expuesto en el cuadro anterior).

Como ejemplos cita a Robert Lanza, que realiza experimentos de transferencia nuclear en mamíferos y primates, y es director (nada menos) de la revista *New England Journal of Medicine*; también habla del conocido fraude del coreano Hwang; del comercio con embriones y óvulos; etc.

La ya mencionada influencia de los juristas a introducirse en estos ámbitos, unida a las presiones del mercado e, incluso, a los intereses políticos en juego, puede crear una estructura abonada para que el bioderecho deje paso a la bioeconomía o a la biopolítica. En este sentido, Peces Barba ha señalado que “la escasa juridificación de esta materia, no es sólo debida a las dudas del legislador, sino también a las presiones de quienes quieren mantener una hegemonía, que podría contribuir a reforzar la

ideológica, la económica o la política”. Ciertamente, no se puede negar la existencia de conexiones entre el bioderecho, la biopolítica y la bioeconomía; pero tampoco debemos ignorar el peligro que conlleva la confusión entre estas instancias. El bioderecho queda, de hecho, reducido a una bioeconomía cuando es la ley del máximo beneficio la que, en definitiva, impone los parámetros de actuación en el ámbito biomédico. Asimismo, el bioderecho deja paso a la biopolítica cuando su función se limita a la mera formalización legal de decisiones de interés partidista o electoralista, en muchos casos ya tomadas con anterioridad.

Todo ello exige elaborar una especie de “Código biojurídico”, puesto que hay “ciertos principios que el bioderecho no debería de renunciar: fundamentalmente, el respeto a la dignidad y el carácter relacional del ser humano. (...) El bioderecho aborda la relación intersubjetiva garantizando las formas frías del respeto mutuo, de la igualdad, la imparcialidad, la simetría o la reciprocidad”.

Atienza (2004), por su parte, confirma lo anterior al decir:

Por ejemplo, los legisladores y los juristas al servicio de la Administración y del poder ejecutivo tienden lógicamente a ver en el Derecho, sobre todo un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico, etc., es decir, metas que en sí mismas no son jurídicas. (p. 37)

En el mismo sentido, Ollero (2006) denuncia que en la Bioética está habiendo una creciente deriva utilitarista: la tecnificación de la medicina, unida a la supervivencia antes no imaginada gracias a la misma, implica unos costes económicos. De ahí que haya que discriminar, que establecer prioridades de recursos en función de la edad, precedentes familiares,... Motivo por el cual lo que interesa ahora no es la vida, sino la calidad de vida.

Lo económico tiene mucho que ver con la bioindustria, de tal modo que lo que antes era una cuestión privada, incluso familiar, se convierte ahora en una cuestión pública.

La bioética y el bioderecho van dando así paso a una imperiosa biopolítica, a la que deberán someterse. La bioética parece llamada a convertirse en una moral aplicada al servicio de la biopolítica. La pregunta pendiente es qué papel estará reservado al bioderecho. Por una parte, parece adjudicársele el de servir de instrumento para generar una moralidad social positiva que consolide y arraigue las oportunas recetas de una bioética al servicio de los intereses industriales de la biopolítica. (pp. 21-22)

En páginas posteriores continúa la misma reflexión:

En realidad el empuje de la bioindustria parece invitar a un resignado adiós a la bioética para ceder el paso a la biopolítica. La reducción procedimental de la protección de los derechos humanos a meras estrategias consensuales deja en evidencia su función meramente ritual. Aunque la bioindustria se mueva por intereses privados, ha cobrado tal dimensión internacional que convierte el problema de dimensión pública cualquier intento de desvincularse de ella. (p. 65)

Como ejemplo de lo dicho, cita lo que ha ocurrido con la FIV en España.

Así, entre nosotros, se dio vía libre en su momento a la fecundación artificial con fines reproductivos. La coyuntural condena bioética excluía en aquel caso, incluso con sanción penal, la que no tuviera tal objetivo. Pocos años después han cambiado las expectativas de mercado, situando a la clonación en primer plano. Ahora la indignada condena bioética coyuntural recaerá precisamente sobre la finalidad reproductiva, como vía para legitimar indirectamente a la presuntamente terapéutica. Como fondo se deja adivinar un desfase notorio, entre las efectivas posibilidades médicas y las imaginadas expectativas mercantiles, que sólo sería comparable al experimentado con ocasión de la errática trayectoria bursátil de los más novedosos avances de la telecomunicación.

La biopolítica se muestra particularmente preocupada por calibrar el grado de rechazo que la moral positivamente vigente en la sociedad puede aún ofrecer a determinadas líneas de investigación a financiar. Será por vía jurídica como procure ir debilitando tales resistencias. El papel normalizador del derecho brindará la legitimación necesaria para doblegar escrúpulos. (p. 68)

Y concluye diciendo que “escasamente amparado por las condicionadas vacilaciones de la bioética, el derecho se resignará a officiar como brazo armado de la biopolítica”. (p. 69)

Todo ello trae como consecuencia una nueva vertiente de la distinción entre moral y derecho<sup>36</sup>. Hay que volver a decir que “no toda propuesta moral debe convertirse en exigencia jurídica; [pero no sólo eso, sino] que el derecho ha de suscribir a su vez actitudes específicas que la moral podría minusvalorar o incluso considerar negativas”. (p. 22)

Por si lo que decimos puede resultar descabellado, recogemos dos citas de los exponentes de lo que hemos llamado Relativismo Jurídico.

Por un lado, para Atienza (2004, p. 53), “el Derecho es –o debe ser- una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética”.

---

<sup>36</sup> De ahí que hayamos empleado no poco espacio y tiempo para deslindarlas.

Por otro lado, en opinión de Laporta (2007):

Lo que hace posible el imperio de la ley y la consiguiente limitación jurídica del soberano es la incorporación en la ética individual y social de las exigencias morales que este ideal lleva consigo. Más allá de un mero problema conceptual o lógico que descansa muchas veces en ciertos equívocos, el problema del imperio de la ley es el de la existencia de una práctica social colectiva basada en una determinada educación ciudadana respecto a las exigencias éticas del ejercicio del poder. (p. 81)

Y, en este último sentido, no hay que olvidar la advertencia de Serrano Ruiz-Calderón y D'Agostino, ya dicha<sup>37</sup>: la función de la Ética ya no es la excelencia moral personal, sino la crítica a la ley. A lo que añadimos lo explicado aquí, y es que la ética, en este contexto, es ética política. Por eso, detrás de una biolegislación hay una biopolítica determinada.

Todo ello lleva a la conclusión de que el sentido del término *biopolítica* aquí expuesto y escogido es, realmente, Bioética y Política o, más bien y por este orden, Poder-Política-Bioética. Por eso hemos dicho que las cuatro corrientes doctrinales han existido siempre, pero ha sobresalido la que más se ha acercado al poder.

Y por eso somos de la opinión (que acabamos de fundamentar) de que este sentido de biopolítica, siendo el que es, no está alejado – a su vez- de los postulados más esenciales de Foucault y Agamben (que, consciente o inconscientemente, hereda). No es extraño, como ya hemos indicado *supra*, que la ordenación de conductas sea uno de los fines más importantes del Derecho hoy (y del Bioderecho, claro está).

## **B. LAS ACADEMIAS**

### **B.1. DE LAS ACADEMIAS A LAS LEYES A TRAVÉS DE LA BIOPOLÍTICA**

La hipótesis de la que partimos en este punto se concreta en que las ideas preceden a la praxis; o, dicho a la inversa, que la praxis, especialmente de calado bioético, es el resultado de ideas articuladas en el ámbito académico.

Ese recorrido, por lo que respecta al mundo bioético, pasa por las siguientes mediaciones: ámbito académico – biopoder – biolegislación – praxis social (sentimiento jurídico).

En este apartado nos centramos en las relaciones de mediación entre el mundo académico y las leyes.

Pero, previamente, es importante -hasta nuclear- para la presente Tesis insistir en la anterior hipótesis. Es, si se nos permite, la idea estrella del presente trabajo.

---

<sup>37</sup> Cfr. Nota 29 del presente trabajo.

De ahí que sea tan necesario reiterar que, al menos en el ámbito bioético, o más concretamente en el biojurídico, las ideas preceden a los hechos. Los hechos, cuando vienen, vienen más tarde a resultas de las ideas que han sido previamente articuladas.

Las ideas no reflejan o no se limitan a reflejar los hechos, las prácticas sociales: sino que los hechos tienen como fuente primordial la articulación de ideas o paradigmas teóricos en el mundo académico.

Esto, desde luego, no es una novedad en las ciencias sociales. Ya Zapata-Barrero & Sánchez-Montijano (2011) lo apuntan en el ámbito de la metodología propia de la Ciencia Política como Ciencia Social que es:

(...) más allá de la existencia de una realidad externa que puede conocerse independientemente de la interpretación que le puede dar una persona, el mundo social externo está construido sobre la base de significados atribuidos por las personas. No existe realidad objetiva independiente de la interpretación que uno le puede dar. (p. 32)

Y MacIntyre (2004) viene de alguna manera a confirmarlo:

En nuestra cultura, la filosofía académica es una cultura marginal y especializada. (...) A veces, los profesores de filosofía quieren vestir las galas de la oportunidad y algunas personas con educación universitaria se preocupan con vagas evocaciones de sus antiguas aulas, pero tanto los unos como los otros se sorprenderían, y el público más amplio todavía más, si alguien sugiriera, como me dispongo a hacer ahora, que las raíces de algunos problemas que centran la atención especializada de los filósofos académicos y las raíces de algunos problemas centrales sociales y prácticos de nuestras vidas cotidianas son lo mismo. A la sorpresa seguiría la incredulidad si, además, se dijera que no podemos entender, ni menos resolver, un tipo de problemas sin entender el otro. (p. 56)

Ahora nosotros postulamos tal afirmación trasladándola al ámbito de la Bioética.

Una vez afirmado, la pregunta es: ¿cuál es el puente –o los puentes- entre el mundo académico y los hechos?

Y el puente, por lo que a la Bioética respecta, lo constituye la Biopolítica, en el sentido que hemos recogido antes, es decir, el que va unido a la biolegislación.

El citado autor continúa diciendo (no en el ámbito biopolítico, pero sí en el político) que se piensa que Francia fue el primer hito de la Ilustración, pero lo cierto es que es heredera de la tradición nordeuropea (Inglaterra, Escocia y Alemania).

En el fondo, la primera fase de la Revolución francesa puede ser entendida como un intento de entrar por medios políticos en esa cultura nordeuropea, y abolir así la brecha existente entre las ideas francesas y la vida política y social francesa. (p. 58)

De hecho, para él es nuclear esta idea. Y dado que nosotros nos encontramos en la misma situación, conviene remarcarla. Así, continúa diciendo:

Cuando el lord canciller Bacon (...), ordenó a sus seguidos que abjuraran de la especulación y recogieran hechos, fue entendido inmediatamente por quienes, como John Aubrey, se reunían para identificar hechos, movidos por un afán coleccionista (...). Por descontado, el error de Aubrey fue, no sólo creer que el naturalista puede ser como una especie de urraca, sino también suponer que el observador puede enfrentarse con un hecho sin venir dotado de una interpretación teórica. (...) Lo que cada observador cree percibir se identifica y tiene que ser identificado por conceptos cargados de teoría.

(...)

En efecto, sometemos las hipótesis a la prueba de la observación, pero nuestras observaciones pueden cuestionarse siempre. (pp. 106-108)

Por otro lado, avanzando más en nuestra exposición, hemos anticipado que el puente entre las Academias y los hechos sociales es la Biopolítica que, al estar unida a la Biolegislación, es clara la función de mediación que también tienen las Leyes.

En efecto, cómo las leyes hoy que afectan a la vida presupone un ejercicio teórico por parte de autores instalados en las Academias. Así, en Casado (2008), podemos leer:

La creación del Observatori de Bioètica i Dret se llevó a cabo con la intención de participar en el diálogo universidad/sociedad, y con la finalidad de hacer oír su voz en el conjunto de la sociedad y, más específicamente, ante los organismos públicos, administrativos o políticos que regulan y controlan las actividades de investigación y la aplicación de las nuevas tecnologías. Ello requiere también la voluntad de establecer relación con los medios de comunicación, para mejorar la calidad de la información sobre estos asuntos.

(...)

Considerando que es necesario contribuir al debate social a fin de elaborar propuestas que orienten la política legislativa del Estado. (pp. 137, 143)

Antes hemos hablado de ideas y de hechos. Ahora hablamos de leyes porque las leyes influyen en los hechos y antes que las Leyes hay ideas. Esas ideas influyen en los hechos mediante Leyes.

En este momento es importante manifestar que cuando empezamos el presente trabajo, lo que esperábamos encontrar era la influencia de, en el fondo, la tercera corriente que hemos explicado *supra* y que se concreta en la importancia sobresaliente del elemento social en las leyes; las cuales no hacen más que recoger lo que la sociedad dice, piensa y/o reclama al legislador. Tampoco nos extrañábamos porque lo normal es que la sociedad avance más deprisa que la Ley, y –además– era coherente con la ya explicada eficacia social de las normas.

En el fondo, no era más que trasponer a la Bioética las palabras de Ana Marta González (2009, pp. 119-122). Para la autora, si tomamos a la ética como la “ciencia de las costumbres” (sentido exclusivamente etimológico), como se hace hoy, nos encontramos más ante una antropología cultural que ante una ética. De hecho, se reduce a un problema metodológico.

En este sentido, lo que viene a decir es que en la medida en que las ciencias positivas (es decir, aquellas que versan sobre lo empíricamente verificable) han ganado terreno, lo importante son los elementos fácticos –en tanto que empíricos–, por lo que el objeto de la ética es lo que ocurre, la realidad misma –distinta del obrar–, con lo que la ética, hoy, es una descripción fáctica de la conducta, habiendo quedado lo normativo totalmente relegado a segundo plano. De ahí que se hable de la distinción entre *ética normativa* y *ética descriptiva*.

Los juicios de valor son, realmente, juicios fácticos: se acepta, sin más, lo que hay.

En ese punto concreto de nuestra investigación pensábamos que, para ésta, la idea de la autora era clave y, trasponiéndola a nuestro campo, la razón por la que en la ciencia jurídica lo normativo haya sido relegado no es otra que simplemente ha cambiado el sentido de la “ciencia”, con su repercusión en la ética y en el derecho: lo normativo y valorativo ya no es el objeto de la ética: son, en cambio, “los hechos” (lo mismo, pues, ocurre con el Derecho).

Para la citada autora, el punto de inflexión viene marcado por la “ley de Hume” (falacia naturalista), en la que se da una fragmentación entre hechos y deberes, siendo imposible el tránsito de enunciados de hecho a enunciados de deber.

Por lo que entendíamos que del mismo modo que existe una ética normativa y otra descriptiva, existe un bioderecho normativo y otro descriptivo. Éste último es el Derecho bioético con el que se trabaja hoy, sobre todo por lo que respecta a la Biolegislación.

Desde este punto de vista, no es extraño leer en la Ley 2/2010, concretamente en el apartado II del Preámbulo que “el primer deber del legislador es adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular”.

De tal modo que tales valores, apoyados o confirmados con datos estadísticos, hacen ver que hoy la sociedad está a favor de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, por lo que la Ley debe regular ese hecho social en tal sentido.

Sin embargo, el desarrollo de la investigación ha tenido como resultado el hecho de que el avance de la sociedad, en determinados campos que tienen que ver con lo jurídico, se ve impregnado, viciado, por la influencia del legislador.

Lo que ha resultado finalmente sorprendente es la influencia del legislador en la sociedad, no a la inversa; injerencia que se produce hasta tal punto que la sociedad actúa (en un porcentaje mayor o menor, cuya cantidad no nos interesa) como el legislador quiere que actúe, no al revés.

En este sentido, Atienza (2004):

Y el propio Derecho positivo no deja de incidir en la moral, en la moral social; una prueba de esto último lo ofrece el hecho de que cuando la regulación de una cuestión disputada (por ejemplo, el aborto) sufre una modificación legislativa (y, siguiendo con el ejemplo, ciertos tipos de conductas abortivas que eran consideradas delitos pasan a ser jurídicamente lícitas), eso influye en las opiniones morales de la gente, de manera que aumenta el número de quienes consideran moralmente lícitas esas conductas. (p. 89)

Con lo que ubi ius ibi societas, no a la inversa: las ideas influyen en la ley y la ley influye en el tono ético de la sociedad, no al revés.

De ahí la importancia de la cuarta corriente, la suma o acoplamiento del valor y el hecho social, que hemos llamado “Relativismo Jurídico”.

Así pues, la praxis no nace espontáneamente, naturalmente, sino que tiene un surgimiento motivado por ideas procedentes del mundo académico. Depende de cuál sea la línea ideológica más cercana al poder, la sociedad –previa promulgación de una o varias Leyes- se regirá –gracias a la función de ordenación de conductas que tienen las leyes- por esa línea y no por otra.

El núcleo de la presente Tesis es, por tanto, justificar pormenorizadamente en qué medida se confirma o no la hipótesis: las ideas sientan las bases que cobran fuerza no sólo en la sociedad sino en el ámbito legislativo. Es más, la Ley va por delante de la sociedad en el ámbito bioético: **ahí radica la novedad.**

Lo que ocurre (en la Ley, sociedad,...) ha venido precedido de investigaciones en el seno de tradiciones: liberalismo político, utilitarismo, emotivismo,... es decir, hay unos antecedentes y unos consecuentes. No como ley de la naturaleza, sino que determinadas premisas ideológicas han favorecido el surgimiento de determinados efectos, que son constatables a través de determinadas promulgaciones, como la del 4 de abril de 2010: aborto.

Ahora nos detenemos en las mediaciones Academias-Biopolítica-Biolegislación. Más adelante analizaremos más pormenorizadamente su influencia en el sentimiento jurídico de la sociedad.

Es pertinente, por tanto, repetir la idea de Ollero (2006): detrás de una biolegislación hay una biopolítica. Y detrás de la biopolítica hay una idea antropológica que nace en las Academias.

Para acreditar tales afirmaciones, nos basamos sobre las ideas de Ballesteros (en Ballesteros & Aparisi, 2004), quien hace una clasificación de teorías bioéticas formuladas por expertos bioeticistas que están en el trasfondo de determinadas legislaciones.

Es decir, de lo que estamos hablando es de la influencia de la filosofía ética en las leyes, influencia que tiene su origen en las Academias (en famosos bioeticistas).

Las teorías bioéticas las reagrupa y concretiza en tres (p. 44): **1) Dualismo:** Subraya el poder de ser autoconsciente. **2) Utilitarismo:** Enfatiza la capacidad del goce sensible. **3) Sociobiología:** La capacidad de estar sano.

Así, para el **Dualismo**, el poder de ser autoconsciente tiene como consecuencia la negación de derechos a los no conscientes

Ser humano es ser miembro de la especie biológica humana, lo que como tal resulta irrelevante. Ser persona es aquel ser humano capaz de vida consciente y libre, de vida biográfica, de mismidad, es el ser dotado de la capacidad de disposición y por tanto de ser propietario. (p. 44)

La culminación de este modelo hoy es H. Tristram Engelhardt, paradigma del planteamiento norteamericano: los derechos se subordinan al derecho a la libertad y, por ende, el principio de beneficencia debe quedar subordinado al de autonomía.

No olvidemos, por lo que aquí respecta, que Engelhardt es Profesor de Filosofía en la Universidad William Marsh Rice (Houston), además de Profesor Emérito de otras Universidades americanas

Insistimos en que lo interesante de Ballesteros, por lo que respecta a la presente Tesis, es que después de exponer la idea de cada corriente o de cada representante, indica la influencia que tiene esa idea en tal o cual artículo de una Ley (incluso internacional):

De hecho, este modelo dualista se encuentra detrás de la Directiva europea de julio de 1998 sobre intervenciones biotecnológicas, que reconoce el derecho de patentes sobre seres vivos, incluso humanos, siempre que hayan sido concebidos con técnicas de reproducción artificial (pp. 46-47).

He ahí un ejemplo de cómo han sido trasladadas las ideas desde el mundo académico hasta el mundo de las leyes, en este caso bioéticas.

Por su parte, en el caso **Utilitarismo**, al enfatizar la capacidad del goce sensible se genera la prioridad de los derechos de los animales sentientes sobre los seres humanos no sentientes

El gran representante de esta corriente utilitarista es Peter Singer, Profesor de la Princeton University, además de haber enseñado en la de Melbourne, Oxford y Nueva York, entre otras. Pertenece, por tanto, al mundo académico, ha sido también asesor del gobierno australiano, como recuerda Ortiz (2008):

Sus discípulos son numerosos. Forman parte de comités de ética, son consejeros de algunos gobiernos (como el propio Singer lo fue del gobierno australiano), publican con profusión en revistas especializadas, defienden sus puntos de vistas en conferencias y congresos. (p. 452)

La prioridad antes indicada “produce a su vez la ruptura de la unidad de la especie humana, ya que considera como titulares de derechos a los embriones sólo desde la formación de la corteza cerebral, en la tercera semana desde la concepción” (Ballesteros, p. 49): Estas ideas han influido en el Informe Warnock y, por ende, en la Ley inglesa de Reproducción Asistida.

De nuevo, desde el mundo académico hemos pasado al mundo de la Ley, también bioética.

Por último, para la **Sociobiología**, como lo que se acentúa es la capacidad de estar sano, esto tiene como consecuencia la discriminación genética de los seres humanos.

Reduce por tanto al ser humano a una especie animal más, lo que conduce a la aceptación generalizada de la ingeniería genética, la cual ha producido avances en la anticipación de futuras enfermedades, pero no necesariamente en la terapia y la curación. De ahí la necesidad de recuperar el humanismo en la línea de Jérôme Lejeune y la interpretación no reduccionista del genoma, cuya expresión legislativa se encuentra en la Declaración sobre el Genoma de 15 de julio de 1997. Y es que “el hombre no es sólo herencia, sino relación e interdependencia con el entorno biológico y social”. (p. 56)

Todas esas son las razones por las que en este momento hemos relacionado la Biopolítica/Biolegislación con las Academias.

Lo que además pretendemos poner de manifiesto, que lo profundizaremos destacadamente en el momento oportuno, es que **las ideas académicas no sólo influyen en las leyes sino que influyen incluso en la sociedad.**

Antes de ese momento, y de acuerdo con la metodología indicada *supra*, hay que hacer el análisis exploratorio/confirmatorio de si las características de lo que más arriba

hemos llamado Relativismo Jurídico se dan en la Biolegislación española vigente, que es tanto como decir la influencia de las Academias en la Biolegislación española a través de la Biopolítica.

#### **4.4.EL EQUILIBRIO ENTRE LOS TRES ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: EL IUSNATURALISMO DEONTOLÓGICO**

En la presente Tesis hemos partido de la concepción tridimensional del Derecho porque si por derecho se pueden entender muchas cosas, lo cierto es que si se quiere ser objetivamente jurídico, en la idea que se tenga de Derecho deben incluirse los tres elementos constitutivos del mismo: la legalidad, la eficacia social y el valor.

Ahora bien, como hemos dicho supra, el Iusnaturalismo clásico, el Positivismo, el Realismo, y el Relativismo Jurídico han caído en reduccionismos que hacen imposible el equilibrio de los tres elementos, por querer sobrevalorar uno o dos elementos frente a otro u otros e, incluso, atraer sobre sí a los demás enervando la pureza de cada uno y la interrelación de los tres.

Sin embargo, hemos encontrado el equilibrio de los tres elementos en el llamado **Iusnaturalismo Deontológico**, “abierto y crítico, que asume la legitimidad democrática del Derecho, postula un orden abierto de valores y defiende el pluralismo y la tolerancia”. (Vidal, 2004, pp. 12 y 13).

El Iusnaturalismo Deontológico compatibiliza y conjuga adecuadamente la teoría tridimensional del derecho y las relaciones equilibradas entre derecho y moral en un Estado Democrático “en cuanto tentativa de captar el derecho en su entero desenvolvimiento tridimensional: desde su génesis en las conductas sociales, a su formulación normativa y su legitimación axiológica” (Pérez Luño, 2005, p. 73).

Lo podemos comprobar también en Finnis (2000), concretamente en el momento en que trata de responder a las críticas que Kelsen hace a la Ley Natural. Para Kelsen, según el derecho natural, el derecho positivo se funda en “una delegación del derecho natural”, a lo que Finnis responde que no se trata de delegación alguna:

Si se nos permite traducir la parte relevante de, por ejemplo, la teoría de Tomás de Aquino a la terminología kelseniana (en la medida de lo posible), dice así: La **validez jurídica** (en el sentido focal, moral, de “validez jurídica”) del derecho positivo (positive law) se deriva de su conexión racional con (i.e. derivación de) el derecho natural (natural law), y esta conexión existe, normalmente, si y sólo si (i) el derecho se origina de una **forma** que es jurídicamente válida (en el sentido especialmente restringido, puramente jurídico, de “validez jurídica”) y (ii) el derecho no es **materialmente** injusto ni en su contenido ni en circunstancias relevantes de su establecimiento positivo.

(...)

Ahora bien, Tomás de Aquino sostiene de hecho que el derecho positivo deriva su validez del derecho natural; pero

simultáneamente muestra que no es una mera emanación o copia del derecho natural, y **que el legislador goza de toda libertad creativa.** (p. 61)

Es decir: es cierto que es imposible deslindar el Derecho y la Moral. Negar que no existe una relación entre Derecho y Moral, sobre todo en el ámbito material de justicia, es difícil de sostener. Cosa distinta es que la ética juegue un papel absoluto en esa relación porque es imposible pretender que en el Derecho se plasme toda mi concepción moral de la vida.

La objetividad del sistema o conjunto de valores en que debe apoyarse la norma jurídica es necesaria, pero no es absoluta (no en vano también influyen en ella factores sociales, económicos, políticos,...), so pena de caer en un fanatismo absolutista contrario a un Estado Democrático de Derecho y a una sociedad plural, libre y tolerante.

Es decir, no se pretende negar como derecho positivo legítimo a una Ley que haya pasado toda la tramitación constitucional y parlamentaria, sino que se pretende justificar racionalmente su crítica sobre la base de un sistema de valores que han de jugar un papel en el contenido material de dicha Ley y que quizá no hayan sido cabalmente considerados: una cosa es negar que una Ley no sea Derecho, carezca de juridicidad (que no se niega); otra cosa es considerar, respetuosa pero fundadamente, que sea o no justa.

## **A. LA EXISTENCIA DE BIENES Y PRINCIPIOS BÁSICOS**

Es ya clásica y conocida la clasificación de los Derechos Humanos en tres generaciones, que coinciden con los principios de la Ilustración: los derechos de primera generación corresponden a los relativos a la libertad, los derechos de segunda generación corresponden a los de la igualdad, mientras que, como dice Vidal (2004), los derechos de la tercera generación, es decir, los relativos a la solidaridad:

Superan la soberanía estatal, surgen de una ciudadanía cosmopolita y de una concepción compartida de la justicia y protegen bienes como el medio ambiente, el derecho a la paz y al desarrollo, que por ser de todos no son de nadie. De ahí su inalienabilidad frente al sujeto y frente al mercado. (p. 9)

Es decir, **los derechos de la tercera generación nos han enseñado que hay bienes que pertenecen a todos, a toda la humanidad:** dada la importancia de su universalidad, esos bienes, que son éticos, deben plasmarse en el Derecho (y pasan a ser jurídicos).

Por eso Finnis (2000) afirma:

Hay una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuán erróneas sean sus conclusiones; (...). (p. 57)

Tales afirmaciones quieren decir que hay bienes que deben estar especialmente protegidos por el derecho y, para ello, la Constitución debe recogerlos a modo de principios, puesto que si bien nuestras Constituciones no son totalmente éticas (en cuyo caso no merecería la pena tenerlas), ello “no implica que sean indiferentes o ciegas para el establecimiento de unos valores básicos que representan los mínimos de justicia y hacen posible los máximos de felicidad; (...)”. (Vidal, p. 10)

¿Qué es lo que hace que nuestras Constituciones recojan esos valores y principios? Porque al recogerse en la Constitución (es decir, en el ordenamiento jurídico) tendrán carácter objetivo, no podrán ser manipulados (deben ser inalienables) y, por tanto, su protección será más eficaz. Por otro lado, una concepción del Derecho o de la Moral que no recoja tales principios, no puede ser ni llamarse democrática: podemos dialogar lo que sea, pero hay bienes que no forman parte de ese diálogo, so pena de quebrantar la dignidad humana. Son, pues, innegociables.

De hecho, Díaz (citado en Dorado, 2004, p. 53) aclara que en el Iusnaturalismo Deontológico se postula un “sistema universal e inmutable de valores que se configura como deber ser del Derecho (positivo)”.

## **B. LOS BIENES BÁSICOS COMO MINIMUM ETHICUM**

Concretando más esos principios, Vidal apuesta por el ineludible:

Compromiso con la defensa del ser humano que en la base del sistema democrático, exige un acuerdo en torno al reconocimiento, el respeto y la protección de los bienes básicos como la vida, la libertad y la igualdad, la solidaridad que son patrimonio de todos y no pueden ser apropiados por nadie. (p. 10)

Traemos a colación estas palabras del jurista valenciano porque, como él, apostamos por concepciones universalistas y humanistas, donde no se excluya a nadie porque cada uno es un fin, no un medio, entendiendo que las mismas son la base y el fundamento de los acuerdos que, desde el respeto y el diálogo (no la negociación interesada), impidan la entrada del relativismo.

No se trata, pues, de negar el derecho positivo. Al contrario, como dice Ollero (2007, p. 39), “todos de acuerdo: solo es derecho el derecho positivo”, lo único que se postula es que tal derecho ha de estar fundamentado en valores como el respeto, el diálogo, la dignidad humana, la libertad, la solidaridad y la igualdad. De hecho, “las sociedades abiertas y pluralistas actuales parecen más proclives a admitir un iusnaturalismo racionalista, deontológico y crítico”. (Pérez Luño, 2005, citado en Aguilera, 2007, p. 318).

Con estas bases (universalismo, humanismo, objetivismo, diálogo y respeto), entendemos, igual que Vidal, que urge construir una *ética civil* en la que queden representadas todas las sensibilidades de una sociedad plural y desde la que **se pueden alcanzar acuerdos de mínimos sobre los bienes básicos** para llegar a un mínimo de justicia y posibilitar un máximo de felicidad. Lo que hace el Iusnaturalismo

Deontológico es exigir jurídicamente determinados principios éticos que compartimos todos.

El objetivo de tal pretensión puede explicarse de la siguiente manera. Para crear una buena convivencia en la sociedad, una buena forma de construirla gradualmente es la siguiente:

En primer lugar, el ser humano, cada ser humano (vivimos en sociedad). Esto exige respeto.

En segundo lugar, vivir en paz.

En tercer lugar, para convivir en paz, existen unos bienes básicos que compartimos todos y que existen por sí mismos (Finnis, 2000, p. 67).

En cuarto lugar, para dirimir las diferencias tenemos la herramienta del diálogo, pero la mejor manera de dialogar es empezar por tener claro lo que nos une: somos seres humanos y tenemos unos bienes básicos.

En quinto lugar, la persona, los bienes básicos y el diálogo respetuoso puede alcanzarse si partimos de una ética cívica mínima que, basada en los principios de vida (dignidad), libertad, igualdad y solidaridad, permita la inclusión de todos los seres humanos.

En sexto lugar, solamente podrá alcanzarse ese objetivo si tales bienes pasan a juridificarse por medio de su regulación a través de principios jurídicos concretamente por medio de la Constitución (que sirven para salvaguardar esos bienes en sociedad), es decir, pasen a ser objetivos: es muy importante romper una lanza por lo jurídico e, incluso, nos atreveríamos a decir que por el deber jurídico, ya que, como afirma Ollero (2007, p. 50) “el ser del Derecho consiste en un deber ser”, sin el cual el derecho se torna en capricho (y, por ende, en imposición). Tal objetivismo (que no absolutismo) cumple mejor la función de protección del Derecho.

En este último sentido, acierta Finnis (2000) al afirmar:

Si hay un punto de vista en que la obligación jurídica sea tratada, al menos presuntivamente, como obligación moral (...), un punto de vista en que el establecimiento y mantención de un orden jurídico, en cuanto distinto de uno discrecional o estáticamente consuetudinario, se considera un ideal moral, sino una apremiante exigencia de justicia, entonces tal punto de constituirá el caso central del punto de vista jurídico. (p. 48)

Para evitar que el diálogo derive en negociación interesada necesita basarse en un núcleo objetivo sin el cual el diálogo puede tornarse en imposición caprichosa por la suma negociada de voluntades mediante modelos aritméticos, con el riesgo de regular contenidos injustos... justificados por esa regla aritmética.

De ahí que con León Correa (2011):

Pensamos que se debe complementar la ética del discurso con la ética de los bienes básicos y con la visión antropológica y ética del personalismo filosófico. No deben ser mundos separados, sino visiones complementarias y, desde luego, deben estar presentes en el diálogo bioético plural desde el respeto mutuo. (p. 33)

Ese *minimum ethicum*, que es también jurídico posibilita un mínimo de justicia e invita a un máximo de felicidad.

Con la invocación a “mínimos” entendemos el establecimiento de un marco legal para crear una buena convivencia entre los ciudadanos (es decir, ordenar la sociedad), de tal modo que ese marco legal debe ser no solo respetado sino cumplido por todos: por debajo de ese marco (o incumplirlo) se genera una mala convivencia o una convivencia que no sería digna de la persona.

Por su parte, con la invocación a “máximos” queremos decir que ese marco posibilita que cada persona pueda llegar a su realización personal entendida como excelencia moral, fin para el cual el Derecho se queda más bien corto.

Un Estado de Derecho es aquel que, se mire como se mire, sirve al ciudadano (de quien nace la soberanía), y éste debe mirar a las Leyes como aquella manifestación estatal que está dictada para no impedir e incluso posibilitar que el ciudadano pueda realizarse en sociedad. Solo con el Derecho un ciudadano se realiza como ciudadano, pero no se realiza plenamente como persona (que sí se consigue con la Ética), pero sin el Derecho es difícil que el ciudadano llegue a esa realización moral y personal porque en caso contrario (es decir, en el caso de que no exista el Derecho o que éste no cumpliera bien su función), le sería difícil llegar a máximos éticos cuando no tiene garantizados los mínimos jurídicos.

En este sentido, Sánchez Camacho confirma:

Las leyes están para ordenar la sociedad, pero han de ser fundamentadas en aquellos *valores* que sean compartidos por el género humano (con Vidal, ya hemos dicho en qué principios se basan esos valores). Al mismo tiempo, **toda constitución ha de reservar un espacio muy amplio a la privacidad de los ciudadanos** pues, mientras que no se cometan faltas que afecten a un tercero, **cualquier persona ha de poseer la oportunidad de descubrir aquello que es bueno o malo para caminar en la aventura de la vida.**

Y Finnis (2000) refleja la misma idea:

Él piensa (se refiere a Tomás de Aquino) que el derecho positivo es necesario por dos razones, una de las cuales es que el derecho natural “ya de alguna manera en la existencia” no proporciona por sí mismo todas o quizás ni siquiera la mayoría de las soluciones a los problemas de coordinación de la vida en común. (p. 62)

Por su parte, Sánchez Camacho continúa diciendo que el iusnaturalista deontológico, como todo buen iusnaturalista, entiende que la realidad *es* suprapositiva. “Sin embargo, en ella se argumenta que no tienen por qué darse razones insoslayables para que se plasmen en el derecho positivo todos los principios suprapositivos”.

Una cosa es que exista moral antes y durante la vigencia del Derecho para posibilitar, mediante la justicia, la moral personal. Otra cosa es pretender que en Derecho cabe toda la concepción moral que pueda tener una persona: insistimos en que entre Moral y Derecho existen relaciones, pero también diferencias.

Así pues, ¿cuál es la condición de posibilidad del Derecho, del mejor Derecho? La existencia de bienes básicos que pertenecen a todos y que nadie (Gobierno incluido) puede apropiárselos: para evitar esto último, deben de juridificarse, es decir, objetivarse. Por eso Finnis (2000) afirma al respecto que “hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, (...)”. (p. 37), ya que el Derecho debe cumplir con el “contenido mínimo del derecho natural” (Vidal, 2004, p. 13).

Y Ollero (2007) confirma:

Las Constituciones europeas de la posguerra (...) se apoyan en unos derechos humanos de indiscutible objetividad. Su contenido material va siendo expresado por los diversos tribunales constitucionales, (...).

(...)

Dado su carácter objetivo, que lo hace susceptible de captación racional, tal derecho natural será siempre obligatorio; (...). (pp. 46-47)

Esa obligatoriedad de la que habla Ollero hace que el Derecho cumpla más eficazmente su función de protección.

### **C. EL MINIMUM ETHICUM PERMITE EL DIÁLOGO Y POR TANTO LA EXISTENCIA DE RAZONES DEL DERECHO EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO**

Esta postura es plenamente democrática y plenamente jurídica, de ahí que existan razones del Derecho, porque el Derecho se argumenta, no se impone: “es imposible saber qué es o no derecho sin discutir razones” (Ollero, 2007, p. 28). No se dicta una Ley ni se conceden derechos porque sí o porque el Estado así lo manda, sino porque el Derecho está para la persona y los representantes están elegidos por ciudadanos adultos y maduros que tienen derecho a que se le explique el por qué y el para qué de las Leyes.

Esos son los motivos por los que podemos decir con Vidal (2004, p. 11) que las tres razones del Derecho son (la lucha por los derechos apuesta por) la razón frente a la

voluntad, la paz contra la guerra, la primacía del Derecho (que supone la igualdad, la simetría, la reciprocidad, y la alteridad).

Estas tres razones definen el tiempo de los derechos, que sitúa responsablemente a los derechos (y a los deberes) como la razón de ser que define la legitimidad de un orden jurídico. Estas razones, que fortalecen la justicia y justifican la fuerza, son ineludibles para la realización del Estado social y democrático de Derecho y del Estado constitucional que aún es una tarea pendiente. (Vidal, p.11)

En el mismo sentido, Pérez Luño (2010):

Debo advertir, de inmediato, que aquí se utiliza el término “iusnaturalismo” en su acepción deontológica, funcional y abierta. Es decir, bajo dicho rótulo, lejos de apelar a alguna de las versiones concretas del derecho natural, entenderé un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos. (p. 139)

El Iusnaturalismo Deontológico, lejos de impedir o enervar la autonomía, permite su justificación racional, pues hace de puente entre los derechos individuales y el bien común (ético, jurídico y político).

(...) los principios de la ley natural, así entendidos, se hacen presentes no solamente en la ética o la filosofía moral y en la conducta “individual”, sino también en la filosofía política y en la teoría del derecho, (...). (Finnis, 2000, p. 57)

De igual manera, recordemos que el Iusnaturalismo Deontológico se pregunta siempre por el derecho que debe ser respetando la juridicidad del derecho que es, pero criticándolo cuando éste es injusto, pues “establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo” (Aguilera, 2007, p. 317).

## **D. MORAL Y DERECHO**

Hoy se apela a la ética para razonar el Derecho, lo cual es peligroso porque contiene riesgos, como lo es considerar que sólo es Derecho aquello que es moral, o que el Derecho es aquello que la moral política del Gobierno dice que es; pero no es del todo negativo porque significa que el Derecho debe de saber fundamentar su contenido, dar razones del mismo, al menos en una sociedad democrática. Lo cual quiere decir que se ha situado a “las normas, repletas de contenido moral como los principios en los niveles más elevados del ordenamiento”. (Vidal, p. 13)

Los valores éticos son importantes para el Derecho no en sí mismos considerados, sino en tanto en cuanto están incorporados al ordenamiento jurídico, ya que en este caso, lejos de la arbitrariedad y del subjetivismo (relativismo) y del

absolutismo (positivismo e iusnaturalismo clásico), adquieren una objetividad que exige su cumplimiento. El Derecho debe cumplir con el “contenido mínimo del derecho natural” (Vidal, 2004, p. 13).

Cuando el jurista valenciano habla de *orden abierto de valores* de lo que realmente está hablando es del elemento axiológico como “corrección material”, y da luz para entender este elemento no solamente como finalidad del Derecho (la justicia) sino como contenido material del derecho, de cada derecho: el derecho sin el valor está vacío.

La pretensión de corrección, sin la cual un sistema jurídico no se distingue de la amenaza asaltante muestra que el Derecho no sólo es mandato, coacción o pena, sino que es también y preferentemente orden, libertad, seguridad, certeza y estabilidad.  
(p. 12)

Estas dos últimas observaciones son importantes, puesto que una cosa es que no exista una necesaria conexión entre Derecho y Moral (que en algún supuesto fáctico no tiene por qué haberla necesariamente), y otra es que ambas disciplinas no tengan nada que ver entre sí (que sí están relacionadas si queremos que el Derecho sea justo).<sup>38 39</sup>

Por otro lado, es conveniente decir que no todo valor ético se incorpora al Derecho sin más, sino solamente aquellos valores que tengan que ver con el ordenamiento jurídico como sistema y, si quieren estar vertidos en una Ley, siga el procedimiento legal constitucionalmente establecido: Esto, más que para el valor en sí, vale para evitar interpretaciones subjetivas e inconstitucionales del valor, ya que ese valor, en tanto que objetivo, es jurídico.

Queremos decir con esto que si debe haber un equilibrio entre los elementos constitutivos del Derecho, también ha de haberlo entre los valores jurídicos, puesto que si el ordenamiento es un sistema, debe haber relaciones adecuadas entre los principios de vida (dignidad), libertad, igualdad y solidaridad, que es tanto como decir que debe haber una adecuada correlación entre derechos y deberes.

La moralización del Derecho en la Constitución refuerza, frente al positivismo clásico, la conexión entre Derecho y moral, aunque la incorporación de la moral crítica solo se produce a través de los procedimientos previstos en el Ordenamiento, de modo que las normas morales no adquieren vigencia en virtud de su propia importancia ética, sino porque se incorporan al sistema jurídico.  
(pp. 13-14)

Esta concepción reúne lo mejor del Iusnaturalismo (dignidad de la persona) y lo mejor del Positivismo (respeto a la ley y a su tramitación), ya que conjuga los derechos inherentes a la persona en cuanto ser digno y autónomo, y el respeto a la ley enraizada en los principios de certeza, previsibilidad y seguridad jurídicas en el contexto democrático y constitucional, evitando así la imposición unilateral.

---

<sup>38</sup> Estamos de acuerdo con el modelo de integración moderada descrita por Pérez Luño, *Teoría del Derecho*, pp. 137-139.

<sup>39</sup> Cfr. lo dicho más arriba sobre el ciudadano y la persona.

## E. BIOÉTICA Y DERECHO DESDE EL IUSNATURALISMO DEONTOLÓGICO

Trasladados los derechos de la tercera generación al ámbito bioético, se comprueba que surgen nuevas situaciones jurídicas relativas al inicio de la vida (procreación asistida, análisis genético preimplantatorio, clonación, manipulación genética, utilización de embriones,...), al bienestar o la alteración de la salud (la enfermedad y su tratamiento), y a la muerte (cuidados paliativos, eutanasia, DVA...).

Esas situaciones ocurren en todos los países, por lo que en Bioética también vale la afirmación de que los derechos de tercera generación pertenecen a todos, lo cual significa que hay principios universales que el Derecho debe garantizar, precisamente porque son importantes, y lo son por pertenecer a todos.

De ahí que el Bioderecho deba “establecer unos criterios que garanticen la certeza y la seguridad jurídicas en los temas que constituyen el núcleo de la ética mínima” (Vidal, 2004, p. 16), teniendo en cuenta que la expresión “ética mínima” lo es en el sentido antes explicado, es decir, como *minimum ethicum*. Y por lo que al núcleo de la Tesis se refiere, de este modo el nasciturus se vería más protegido, puesto que con el Iusnaturalismo Deontológico se remarca con más fuerza tal función jurídica (ahora aplicada al inicio de la vida).

No se trata de cambiar las leyes para que cambie la sociedad, porque entonces la sociedad será la que el Gobierno quiere que sea. Se trata, más bien, de dictar pocas leyes, claras y sencillas, so pena de caer en una hiperlegislación que acabe siendo una juridificación de la moral modo tuciorista.

No creo que como Voltaire baste con cambiar las leyes para mejorar la sociedad pero sí creo con los Ilustrados que las leyes pocas, simples, claras y sencillas son anteproyectos de un futuro mejor y que el Derecho puede y debe ser un elemento que promueva el cambio social y contribuya al progreso moral. Por tanto, el Derecho deberá cumplir esa doble función y garantizar el mínimo ético. (Vidal, pp. 16-17)

Por esos motivos estamos de acuerdo con Aparisi (2007) cuando postula la exigencia de un **Código Biojurídico Universal**, puesto que hay “ciertos principios que el bioderecho no debería de renunciar: fundamentalmente, el respeto a la dignidad y el carácter relacional del ser humano”.<sup>40</sup>

Con todo y con eso, la Bioética y el Derecho han estado relacionados desde antiguo (cosa distinta es la mayor rapidez y versatilidad de la primera frente al segundo). De hecho, los clásicos principios propios del Principialismo estaban ya en la también clásica distinción de Ulpiano de sus *Tria precepta iuris*: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo.

---

<sup>40</sup> En el mismo sentido se muestran, entre otros, Bellver y Kaufmann. El primero mantiene que el Convenio de Oviedo es un paso hacia una bioética universal, conforme así lo expone en Romeo (Ed.), pp. 49-71; mientras que el segundo propone unos principios que sirvan de guía para lograr un amplio consenso en materia bioética, como así lo afirma Santos, p. 1.

Traemos a colación lo dicho porque si bien existe relación entre Bioética y Derecho, también es cierto que esa relación no significa identidad. De siempre se ha distinguido moral y derecho, pero hoy esta distinción (fruto del Relativismo Jurídico) está en crisis. Y esta crisis no es adecuada ni justa, puesto que hoy se entiende la moral sobre todo como moral pública o ética pública, más cercana a la ética política y, por ende, a la política de la autoridad que se encuentre en el Gobierno.

De ahí que se tenga que tener presente la idea fundamental ya repetida: en una sociedad plural solamente se puede fortalecer el Derecho partiendo de la existencia de unos bienes básicos compartidos por todos los seres humanos (objetivos, por tanto) que, incorporándolos al ordenamiento jurídico a modo principios, también básicos: vida, libertad, igualdad y solidaridad, tal adición permitirá que la tarea del Derecho consista, basándonos en Pascal, en fortalecer la justicia y justificar la fuerza.

Se fortalece la justicia porque se le dota de contenido material –una vez incorporados tales principios al sistema jurídico- que impedirá el reduccionismo formalista; y se justifica la fuerza porque se le dota de argumentación racional y razonable.

Concluimos, pues con Vidal:

**Frente al monismo** moral que da la “única” respuesta correcta y frente **al politeísmo de valores** que disuelve la objetividad en el relativismo, impide el diálogo moral porque es racionalmente imposible alcanzar un acuerdo intersubjetivo y reduce la ética a la radical subjetividad, **el pluralismo demuestra la existencia de unos valores compartidos que son la base del** criterio ético, político y jurídico y constituyen **la ética de mínimos que se ocupan de los justo**, es decir de aquellas materias que delimitan el umbral mínimo de justicia de una sociedad como los derechos, la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad y el respeto y el reconocimiento como interlocutor válido del otro y del diálogo como método para resolver pacíficamente las controversias y desacuerdos, sin las cuales una sociedad pierde su moralidad y su decencia. Estas abren paso a las éticas de máximos, de felicidad que se ocupan de lo bueno, de la vida buena y a diferencia de las de justicia que son exigibles estas no pueden (no deben) ser impuestas y mucho menos, coactivamente sino que son invitaciones a una vida buena. Entre ellas no hay relación de competencias sino de cooperación respeto y no absorción. (pp. 18-19)<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Es necesario explicar que no hemos incluido el apartado “Discusión” en la presente Tesis porque ya está inserta en el presente apartado: nuestra postura se haya en contra del Relativismo Jurídico y la hemos argumentado con el Iusnaturalismo Deontológico, por el que mostramos nuestra conformidad.



**SEGUNDA PARTE**

**FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MAYOR  
APLICADA A LA BIOLEGISLACIÓN  
Y BIOJURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS**



**ANÁLISIS EXPLORATORIO/CONFIRMATORIO DE LA  
BIOLEGISLACIÓN Y BIOJURISPRUDENCIA  
ESPAÑOLAS**



**CAPÍTULO 5:**  
**BIOLEGISLACIÓN**



## **5.1. BIOLEGISLACIÓN: ANÁLISIS EXPLORATORIO/CONFIRMATORIO**

En este momento debemos recordar lo que hemos llamado Relativismo Jurídico, y, a riesgo de incurrir en errores, podemos aventurarnos a decir que tal corriente descansa sobre las siguientes nociones elementales:

La primera consiste en que hay una pretensión en el Relativismo Jurídico y es la afirmación de que el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo han sido superados.

Según la segunda nota, la moral es el elemento esencial del Derecho.

La tercera, que la moral está ligada a los valores que la sociedad crea.

La cuarta consiste en afirmar que la autonomía es el valor jerárquicamente superior.

Paradójicamente, la quinta nota consiste en que la moral ha de estar ligada al poder político, que es el que tiene la función de motor del cambio social mediante las leyes... cuya función más importante es la ordenación de conductas.

Según la sexta nota, la autonomía y la función de motor de cambio social que hoy tienen las leyes hacen que el fundamento del derecho sea el acuerdo moral, en el sentido de moral política.

Por eso, y esta es la séptima nota, no puede contemplarse el Derecho sino es desde una ideología, ya que la Ley tiene la función de motor del cambio de la sociedad y, consiguientemente, su función más importante, la orientación de conductas.

De ahí que estén tan relacionados estos otros tres elementos en esta corriente doctrinal: a) moral, b) poder, c) Derecho<sup>42</sup>.

Por otro lado, el método exegético que vamos a utilizar consiste en comprobar si en las actuales leyes bioéticas que tienen que ver con el nasciturus, tales características se encuentran en todos y cada uno de los artículos que contienen las mismas.

Como hay características que, por su naturaleza, no se observan en las leyes (como por ejemplo la primera de las citadas), vamos a contrastar si en las leyes mencionadas: A) La moral está ligada a los valores que la sociedad crea. B) Si está ligada al poder político, con lo que detrás de la biotecnología hay una biopolítica (la del poder). C) Si la autonomía es el valor superior.<sup>43</sup>

Es pertinente aclarar que para el presente análisis exegético, y en concreto para contrastar la característica de la Biopolítica, hemos tenido en cuenta las ideas indicadas *supra* por Ballesteros, sobre todo en lo referente al Dualismo y al Utilitarismo, toda vez que en la base de la Biopolítica legislativa se encuentra una concreta antropología y que en la base de la Bioética también hay una antropología, que en la Biotecnología coinciden.

También es pertinente puntualizar que el límite entre la segunda y la tercera característica es muy fino, puesto que un valor importante para la Biopolítica que hay detrás de esta Biotecnología es la autonomía, motivo por el cual ambas características pueden coincidir en un artículo.

Por último, debemos recordar que hemos utilizado el método del análisis exploratorio/confirmatorio indicado en el apartado de metodología<sup>44</sup>. Ahora bien, como las tres características se dan en todas las Exposiciones de Motivos o Preámbulos, hemos decidido que la transcripción literal y el comentario exegético se den en tales apartados de las Leyes y omitir la literalidad del articulado y un comentario extenso del mismo (que no la idea principal) por ser así un trabajo más ágil.

Al final de la exposición exegética hemos realizado un cuadro para comprobar más fácilmente dónde se encuentra cada característica en cada Ley.

Las tres leyes mencionadas son: 1) La Ley de Reproducción Asistida, 2) La Ley de Investigación Biomédica, y 3) La Ley de salud sexual y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Todas ellas inciden de lleno en la protección del nasciturus.

---

<sup>42</sup> Es curioso advertir que esos tres elementos constituyen uno de los libros más conocidos de Gregorio Peces-Barba: *Ética, poder y Derecho*.

<sup>43</sup> La dignidad de la persona se subordina a la autonomía, por lo que la etapa embrionaria, al considerar la Ley que no goza de autonomía, carece de dignidad humana.

<sup>44</sup> Nos referimos a los análisis metodológicos de García Ferrando y Zapata-Barrero & Sánchez Montijano, que seguimos en el presente trabajo y explicamos en el Capítulo sobre Metodología.

## **5.2.LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

A) La moral está ligada a los valores que la sociedad crea.

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El importante **avance científico** constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la **Ley 35/1988**, de 22 de noviembre.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada **Ley** en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de **acomodarla a la realidad actual**.

El avance científico es un valor que la sociedad aprecia. Por su naturaleza es, además, un valor propiamente biojurídico. Por esas razones la Ley ha de recoger dicho avance y regularlo en los campos en los que está destinado.

### **DESARROLLO ARTICULADO**

De ahí los artículos 1.a y 1.b, que recogen el “objeto y el ámbito de aplicación de la ley”: las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y su aplicación para la prevención y el tratamiento de enfermedades de origen genético.

Ahora bien, esto hay que relacionarlo con las afirmaciones recogidas en la Exposición de Motivos y que por motivos de asociación reproducimos aquí:

La aparición de las técnicas de reproducción asistida supuso (...) la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología.

Es importante reparar en la intención que hay detrás del apartado b) de este artículo y de la cita recogida de la Exposición de Motivos, puesto que al hablar de las enfermedades que previenen, que tratan y que curan las técnicas de reproducción asistida se está refiriendo a las patologías relativas a no poder tener hijos (impotencia, esterilidad,...).

La intención curativa no concuerda con el ámbito de aplicación de la Ley porque tales técnicas no tratan ni curan esas patologías, lo que hacen es dar la posibilidad de tener hijos a las parejas o a las personas que no pueden tenerlo; y esto no es tratar ni curar una enfermedad, sino satisfacer un deseo por medio de la ciencia a quien no puede realizarlo de modo natural.

Es cierto que las técnicas de reproducción humana asistida son un avance científico, pero decir en la Ley que tratan o curan las enfermedades descritas estaría más cercano a las características de biopoder, biopolítica y orientación de conductas que al valor social en sí mismo considerado, toda vez que si en una Ley se afirma expresamente que un avance sirve para tratar una enfermedad (sobre todo las mencionadas), lo lógico es que tal Ley sea acogida favorablemente por la sociedad... aunque, insistimos, la intención del legislador y la intención del avance no coincidan.

El contenido del artículo es importante porque puede hasta preguntarse si la infertilidad es o puede calificarse de patología (que no siempre es así) y, por tanto y en cualquier caso, si las técnicas de reproducción asistidas pueden calificarse o no de terapéuticas. Aquí está en juego la legitimidad moral y jurídica de la intención antes dicha y plasmada expresamente en la Ley.

Las técnicas de reproducción asistida no previenen, tratan o curan una enfermedad, sino que sustituyen un acto natural que es o puede ser reproductivo.

Como indica Aparisi (en Germán, 2012):

Además, aún en el caso de que la infecundidad tenga un origen patológico conocido, las técnicas de fecundación in vitro nunca son una terapia. La técnica utilizada no pretende, en ningún caso, curar. (...) La mujer sometida a los procesos de fecundación in vitro que tenga una patología previa quedará, de este modo, tan enferma como estaba. (p. 281)

Debido al pragmatismo utilitarista de la intención del legislador expresada en el texto y del avance científico en sí mismo considerado, la lógica consecuencia es el aumento de la demanda de estas técnicas<sup>45</sup>, por lo que cabría preguntarse si es un valor que la sociedad crea o es un valor que el biopoder, mediante una retórica gramatical biolegislativa, introduce en el sustrato de la sociedad y ésta, debido a la satisfacción del deseo de tener un hijo, acepta sin problemas y con gratitud (evidente, por lo demás).

B) Biopolítica detrás de Biolegislación.

## PREÁMBULO

Esta Ley (...), define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el **concepto de preembrión**, entendiéndolo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

El término y concepto de “preembrión” tiene un alto contenido ético, político y económico, que no científico. Como es sabido, proviene de la legislación inglesa en la materia, concretamente de la Comisión Warnock. Tuvo entrada en nuestra legislación a través del llamado Informe Palacios, sobre el que se reguló la Ley de 1986 y fue

---

<sup>45</sup> Así se confirma en el blog Ginecología IVI ([www.ivi.es](http://www.ivi.es)) con fecha 15 de febrero de 2012.

recogido en las posteriores reformas, no solo de esta ley sino de las demás relativas al inicio de la vida.

Con el prefijo se pretende rebajar la dignidad del ser humano en su primera etapa embrionaria, favoreciendo cualquier investigación invasiva sobre él, amén de la financiación de las investigaciones. De hecho, líneas más tarde, anticipa una definición de preembrión:

(...) entendiendo por tal al embrión in vitro constituido por el **grupo de células** resultantes de la división progresiva del ovocito **desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.**

En la base de la Biopolítica hay una determinada concepción de la persona, una antropología, para la cual el ser humano en su primera etapa es simplemente un “grupo de células”, pues solamente es persona el individuo de la especie humana ya nacido, en clara y abierta coherencia con el utilitarismo y el dualismo puesto de manifiesto por Ballesteros y que hemos recogido supra.<sup>46</sup>

La desprotección del nasciturus en esta primera etapa embrionaria se hace, si cabe, más evidente.

La característica de la biopolítica también se puede observar en el siguiente párrafo:

Por otra parte, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, dispensaba distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según fuera la fecha de su generación.

La solución a los embriones crioconservados ha sido la más radical de todas las que se propusieron por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, como luego tendremos oportunidad de comprobar.

## **DESARROLLO ARTICULADO**

El término y concepto es empleado profusamente a lo largo del articulado. De hecho está recogido y regulado en los Capítulos y Artículos que recogemos en la Tabla de la siguiente página:

---

<sup>46</sup> Hay que tener en cuenta que el artículo 30 del Código Civil ha sido reformado por la Ley 20/2011, de 21 de julio: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

**TABLA 6**

| <b>CAPÍTULOS</b>  | <b>ARTÍCULOS</b> |
|---|------------------|
| I: Disposiciones Generales  | 1.c, 2 y 3       |
| II: Participantes de las técnicas de reproducción asistida                          | 5, 6, 7 y 8      |
| III: Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida | 11, 12 y 13      |
| IV: Investigación con gametos y preembriones humanos                                | 15 y 16          |
| V: Centros sanitarios y equipos biomédicos  | 17               |
| VII: Registros nacionales de reproducción asistida                                  | 21               |
| VIII: Infracciones y sanciones  | 26               |
| Disposiciones Adicionales   | 1 <sup>a</sup>   |

Fuente: elaboración propia

En relación a la solución de la crioconservación de los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción in vitro, lo primero que nos atrevemos a decir es que no debería de haberse llegado a esa situación y, por tanto, mostramos nuestra conformidad con la opinión mantenida en la Instrucción *Dignitas personae* en sus números 18 y 19, toda vez que entendemos que la situación de la crioconservación es un atentado contra la dignidad humana, contra el derecho a la vida y a la integridad física de los embriones en tanto que seres humanos.

Decimos que mostramos nuestra conformidad dado que entendemos que tal postura contiene un argumento razonable, puesto que, en nuestra opinión, la misión más importante del Derecho, sobre todo actualmente, es la protección de los derechos de las personas y, dado que nadie tiene derecho a afirmar quién es persona y quién no (sobre todo la Ley) por ser inconstitucional tal discriminación (artículo 14 de la Constitución española) y porque tal discriminación puede conllevar en la práctica la violación del derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 del mismo Texto Legal), sobre la base del *principio de precaución* es jurídicamente más correcta la solución tendente a una mayor protección que a una menor protección, sobre todo cuando existen dudas sobre si proteger al ser humano o no.<sup>47</sup>

Sin embargo, lo cierto es que de las distintas soluciones que existen para regular el destino de los embriones sobrantes crioconservados y que algunas fueron propuestas en función de la opinión de cada uno de los miembros de la Comisión Nacional para la Reproducción Asistida (implantarlos en su madre, adoptarlos, utilizarlos para la investigación, dejarles congelados y que mueran, o descongelarlos y que mueran<sup>48</sup>), el destino regulado elegido en el artículo 11 de la Ley ha sido el más cercano a la

<sup>47</sup> En contra de esta opinión, Atienza, M. en [www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD14\\_ArtAtienza.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD14_ArtAtienza.pdf)

<sup>48</sup> Aznar, Jouve & López, en Aznar, *La vida humana naciente*, pp.131-132.

ideología política del Gobierno, es decir, el más liberal, en los términos que Atienza utiliza en el artículo indicado en la nota anterior.

Tal regulación incluye, entre otros, los fines de investigación o la donación mediante contrato, cosificando la dignidad de los embriones.

Como la problemática tiene relación con la siguiente característica, nos remitimos a lo que vamos a analizar en la misma.

C) Autonomía, valor superior.

## PREÁMBULO

Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente en cuanto a sus destinos posibles, **siempre supeditados a la voluntad de los progenitores (...).**

Al decir que el destino de los preembriones crioconservados debe estar supeditado a la voluntad de los progenitores está queriendo decir dos cosas: la primera, que habla de progenitores, no de padres o de madre o padre (FIVET homóloga o heteróloga), con lo que el concepto de familia y el concepto de género están ideologizados; la segunda es que no es de extrañar que el destino de los mismos esté supeditado a la voluntad de otros, toda vez que un grupo de células no tiene autonomía alguna ni, por ende, dignidad humana.

## DESARROLLO ARTICULADO

La autonomía como valor superior queda regulada en los siguientes Capítulos y Artículos:

**TABLA 7**

| <b>CAPÍTULOS</b>  | <b>ARTÍCULOS</b> |
|---|------------------|
| I: Disposiciones generales  | 3                |
| II: Participantes en las técnicas de reproducción asistida                          | 5, 6, 8 y 9      |
| III: Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida | 11               |
| IV: Investigación con gametos y preembriones humanos                                | 15 y 16          |

Fuente: elaboración propia

La autonomía queda patente por la utilización del consentimiento informado, sobre todo en relación al destino de los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida y su crioconservación (números 3, 4 y 5 del artículo 11). En estos casos, el destino de los embriones depende de la voluntad de la mujer o en el caso de mujer casada con hombre, también de la voluntad del marido.

Conviene aclarar que el fin o resultado del obrar humano es muy importante, pero no lo único, pues el fin o resultado no justifica cualquier medio (es, quizá, al revés). El fin consistente en tener un hijo es bueno, pero empleando el medio éticamente adecuado para tenerlo: un fin o resultado bueno no hace bueno al medio empleado, si este no es éticamente correcto (eso no impide ni quita ni un ápice la dignidad humana del hijo, ni la ontológica de los padres).

Con la FIV y el Diagnóstico Genético Preimplantacional, los demás embriones son apartados, congelados... sobran, cuando no se desechan o mueren. Son, pues, utilizados como medios, no como fines: en contra de la dignidad humana de cada embrión humano, y la máxima kantiana.

Es pertinente, pues, hacerse tres preguntas:

### 1) ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?

**Los preembriones sobrantes** de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo **podrán ser crioconservados** en los bancos autorizados para ello. **La crioconservación** de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes **se podrá prolongar hasta el momento en que se considere** por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, **que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.** (Artículo 11.3)

### 2) ¿Cuál es el destino de los embriones crioconservados?

Los diferentes **destinos** posibles que podrán darse a los **preembriones crioconservados**, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

- a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores. (Artículo 11.4)

### 3) ¿Cuál es el plazo máximo de la crioconservación?

**La utilización** de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, **requerirá del consentimiento informado** correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones. (Artículo 11.5)

**El consentimiento** para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados **podrá ser modificado** en cualquier momento anterior a su aplicación.

**En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará** de la mujer o de la pareja progenitora **la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener** de la mujer o de la pareja progenitora **la firma** del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, **los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados**, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro. (Artículo 11.6)

Ante tales afirmaciones legislativas, cabe hacerse las dos reflexiones siguientes.

Por un lado, el respeto a la autonomía es uno de los principios básicos de la Bioética. Tiene que ver con la dignidad, la libertad, y la responsabilidad. Pero, en ocasiones, sino se equilibra con otros que sean pertinentes, tiene como consecuencia que, al final, sean terceros los que decidan por uno mismo.

Por otro lado, detrás de tales artículos subyace una visión antropológica de la persona como dominadora de la naturaleza, de la cual se sirve para conseguir sus propios fines, alterando incluso nuestros rasgos constitutivos como seres humanos.

Así, al despojarse o enervarse nuestra dimensión social, el ser humano queda preconcebido como autonomía y dado que el embrión humano (según esta Ley) carece de ella, su dignidad humana es inferior a la de los demás, motivo por el cual se puede manipular, donar e investigar con él, alterando incluso su identidad (a la que entendemos tiene derecho).

En contra de tal presentación, nuestra opinión es que el desarrollo del ser humano se alcanza gracias, entre otras causas, al proceso de socialización. Lo cual no implica no valorar la autonomía, sino muy al contrario proclamar la natural convivencia

de ambas. Es más, somos más autónomos cuanto más desarrollamos nuestra dimensión social, gracias a la cual la autonomía gana en madurez y crecimiento debido a un mayor autoconocimiento.

He ahí la diferencia entre la dominación y la fraternidad o solidaridad.

En el mismo sentido que el nuestro, Rodríguez Ruiz (en Ruiz de la Cuesta, 2008) señala que:

No es posible entender este apogeo de la investigación genética sin reconducir el ideal moderno de dominación del Universo a la noción liberal de las personas. Una noción que las concibe como seres naturalmente independientes, esencialmente desvinculados unos de otros y del universo en el que se integran. Es esta noción, que sigue la tradición kantiana, perpetuada por autores como Lawrence Kohlberg o como John Rawls, la que permite convertir a este universo y a otros individuos en objeto de estudio científico y de dominación. (p. 131)

Con lo que, de nuevo, lo que parece a priori una rendición de pleitesía a la libertad, realmente es una dominación del ser humano a cargo del biopoder.

La protección del nasciturus en esta Ley queda reducida a la indefensión.

### **5.3. LEY 14/2007, DE 3 DE JULIO, DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA**

A) La moral está ligada a los valores que la sociedad crea.

#### **PREÁMBULO**

La investigación biomédica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad de la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar, que ha cambiado de manera sustancial, tanto metodológica como conceptualmente, en los últimos años. La aparición de nuevas herramientas analíticas ha llevado a grandes descubrimientos que permiten albergar fundadas esperanzas sobre el tratamiento e incluso la curación en un futuro no muy lejano de patologías hasta ahora inabordables.

(...)

Esta ley se inscribe en este contexto y (...) responde a los retos que plantea la investigación biomédica.

De nuevo, el avance científico, como valor social y biojurídico, es regulado por una Ley. Cosa distinta es que la ley responda adecuadamente a los retos que plantea la investigación biomédica.

#### **DESARROLLO ARTICULADO**

Del mismo modo, es entendible el contenido del artículo 1.1, que regula el “objeto de la Ley”.

B) Biopolítica detrás de Biolegislación.

#### **PREÁMBULO**

(...) estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos, generan importantes **incertidumbres éticas** y jurídicas que **deben ser convenientemente reguladas**.

Como hemos descrito en el apartado relativo a la Biodoctrina y más concretamente al que hemos llamado Relativismo Jurídico, una de las características más sobresalientes de esta corriente doctrinal es que la moral es el elemento más importante de los tres constitutivos del Derecho, con la condición de que se trate de una moral política.

Aquí, por tanto, Moral y Derecho se ensamblan, pero no armónicamente, puesto que vuelve a relucir la función de la orientación de conductas, toda vez que cualquier duda, hasta ética, parece que deba ser resuelta por la Ley (de ese Gobierno en concreto con esa filosofía bioética concreta), cuando ni la Ley está pensada para tal función ni

debe resolver los dilemas de conciencia de nadie, so pena de cometer una injerencia indebida en la privacidad y autonomía (ahora sí) de la persona.

Como se ve, por un lado se sobredimensiona el valor de la autonomía, y por otro lado, parece que tal autonomía está dirigida y controlada por el Biopoder.

Caer en la juridificación de la moral es grave por atentar contra los más elementales principios derivados de la dignidad humana, convirtiéndose la Ley en verdadero tuciorismo político.

La Ley prohíbe explícitamente la constitución de **preembriones** y **embriones humanos** exclusivamente con fines de experimentación, (...).

(...) pero permite la utilización de **cualquier técnica de obtención de células troncales** embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación que no comporte la creación de un **preembrión o de un embrión** exclusivamente con este fin y en los términos definidos en la Ley.

El embrión no entra dentro de la antropología bioética que existe detrás de la presente Biolegislación.

## **DESARROLLO ARTICULADO**

La característica de la Biopolítica detrás de la Biolegislación también se encuentra en los Títulos y Artículos de la Ley que recogemos en la Tabla de la página siguiente:

**TABLA 8**

| <b>TÍTULOS</b>  | <b>ARTÍCULOS</b>                   |
|---|------------------------------------|
| I: Disposiciones generales  | 1, 2, 3 y 12                       |
| II: Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos                                | 16, 17, 19, 20, 21, 25 y 27        |
| III: Sobre la donación y uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos              | 28, 29, 30 y 31                    |
| IV: Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y otras células semejantes | 32, 33, 34, 35, 36, 38 y 40        |
| V: Análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos  | 49, 50, 51, 52, 53, 58 66, 70 y 74 |
| VII: El Comité de Bioética de España  | 77, 78 y 79                        |

Fuente: elaboración propia

De esa lista de artículos vamos a centrarnos en los siguientes puntos: la protección del nasciturus en su fase preimplantacional y la donación de embriones humanos.

De este modo, y en cuanto a la protección del nasciturus en su fase preimplantacional, conviene reproducir la definición que hace la Ley en su Artículo 3.1), a cuyo tenor,

A los efectos de esta Ley se entenderá por: <<Embrión>>: Fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo en los que el desarrollo se hubiera podido detener.

Lo primero que llama la atención es el comienzo del artículo: *A los efectos de esta Ley*, toda vez que acredita lo explicado en esta característica, es decir, que detrás de una Biogislación hay una Biopolítica.

Para “esta Ley”, detrás de la cual existe una filosofía política y ética concreta, el embrión humano es definido como queda dicho, pero ello no quiere decir que la citada definición pueda sustentarse sin reservas desde el punto de vista biológico.

En efecto, la Ley habla del ovocito fecundado que se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, es decir, desde que está implantado en el útero, lo cual ocurre más o menos a los catorce días de su fecundación. Pero, ¿qué ocurre con el embrión humano desde el momento de la concepción hasta esos catorce días?

En este sentido, como argumenta acertadamente López Barahona (en Tomás Garrido, 2001):

La reflexión inductiva sobre los datos hasta hoy comprobados por la ciencia lleva, pues, a la siguiente conclusión: con la fusión de los dos gametos humanos, un nuevo ser humano comienza su propia existencia o ciclo vital, en el que realizará autónomamente todas las potencialidades de que está intrínsecamente dotado, aunque esto deberá suceder dentro de los límites en que está circunscrito cada ser viviente, en particular la patología y la muerte. El embrión, pues, desde la fusión de los gametos, ya no es un potencial ser humano, sino que es un ser humano real. (p. 213)

De modo que, biológicamente, el embrión humano, desde el momento de la concepción, contiene 46 cromosomas; actúa como una unidad independiente (distinta de los dos gametos que la han generado); con vida (por su naturaleza celular) humana (por el contenido de su material genético, específica y exclusivamente humano); capaz de nutrirse (en el ambiente donde vive) y de desarrollarse (por su tipología celular).

Somos siempre “el” mismo, aunque no seamos siempre “lo” mismo, en palabras de Ballesteros. Ese desarrollo, ese *continuum* en el que la vida humana consiste, parece ser olvidado por la Ley 14/07, ya que no regula ni, por ende, protege a la persona en su fase embrionaria preimplantacional.

Las consecuencias de esa laguna legal hacen que la experimentación con embriones humanos preimplantatorios sea posible y de dudosa constitucionalidad, ya que, irremediablemente, conduce a su destrucción (Artículo 10.1 de la Constitución Española).

Por lo que respecta a la donación de embriones humanos, desde el punto de vista científico y jurídico antes expuesto y fundamentado, es evidente que el embrión humano no se encuentra adecuadamente protegido en la Ley.

En efecto, por un lado, ya hemos anticipado que la Ley, al definir el término *embrión*, no considera como tal al embrión en su fase preimplantacional, por lo que de por sí no lo protege.

Por otro lado, sólo habla de embrión en dicha fase cuando lo llama *preembrión*, término que carece de toda consistencia biológica y cuya finalidad es despojar al embrión humano de la dignidad que le es inherente.

Pero, yendo un paso más allá, en la Ley se observan ciertas contradicciones que la misma no consigue resolver.

En efecto, en la Exposición de Motivos podemos leer que “(...) esta Ley tiene como uno de sus ejes prioritarios asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano”, razón por la cual, y en coherencia con el Convenio de Oviedo y con las Sentencias números 53/85, 212/96 y 116/99, prohíbe la constitución de embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación (Artículo 33).

Pero “permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación”, motivo por el cual habla de la donación de embriones humanos y de preembriones (Artículo 33); y de la llamada “transferencia nuclear somática” (que no es otra cosa que la clonación).

Al permitir “cualquier otra técnica de obtención de células troncales embrionarias”, está abriendo la puerta a la utilización, manipulación y destrucción de embriones humanos para realizar esa obtención, lo cual no es otra cosa que decir la utilización, manipulación y destrucción de seres humanos vivos que tienen derechos que les son inherentes.

Si esto es así, que lo es como hemos visto, no es lícita la donación de los embriones humanos, ya que esto atentaría contra su propia dignidad, y ello a pesar de que la propia Exposición de Motivos diga que “la Ley se constituye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano”.

Abundando en la misma idea, por mucho que se hable de protección de la dignidad humana en la Exposición de Motivos y en los primeros artículos de la Ley, resulta que en esta, sobre todo en los Títulos III y IV, fundamentalmente en el primero de ellos (Artículos 28 y siguientes), tal dignidad no resulta adecuada ni suficientemente protegida en lo que respecta a los embriones humanos (en contra de lo dispuesto en el Artículo 18.1 in fine del Convenio de Oviedo, vigente en España), quienes al ser seres humanos hay que tratarlos como fines, no como medios (en coherencia con la máxima kantiana). Es decir, no se puede disponer de ellos.

Tal contradicción ya se encuentra en el mismo Artículo 1, el cual dice que el objeto de la Ley es regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos que le son inherentes, entre otras cosas,... la utilización y donación de preembriones, embriones, y fetos humanos.

La misma contradicción la podemos observar en el Artículo 2 al garantizar una serie de derechos que posteriormente no lleva a cabo, por ejemplo en los Artículos 28 y siguientes (salvo la limitación del Artículo 30.1: propósito diagnóstico y terapéutico en

interés del propio embrión o feto), los cuales se insertan en los Títulos III y IV, que, entre otras cosas, tratan sobre la donación de embriones y fetos humanos.

Se llega incluso a hablar de la donación de embriones muertos, cuando es muy difícil saber científicamente cuándo un embrión humano está muerto.

La dignidad humana es, precisamente, la que impide la donación y utilización de los embriones humanos, toda vez que al tener naturaleza de seres humanos (es decir, personas), no pueden ser objeto (y menos, sujetos) de donación: según el Artículo 618 del Código Civil, se donan las cosas, no las personas; pero sobre todo para los fines que regula la Ley, ya que ello pasa inevitablemente por la destrucción de los mismos.

C) Autonomía, valor superior.

## **PREÁMBULO**

(...) la Ley establece que la **libre autonomía** de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa.

No solo es el valor superior, sino el fundamento de los derechos específicos, puesto que al rebajar la dignidad humana al nasciturus, como se acaba de demostrar, la capacidad de decisión la tienen personas distintas de ellos, con lo que están a merced de la voluntad de terceros.

## **DESARROLLO ARTICULADO**

La característica consistente en tomar la autonomía como valor superior se encuentra recogida en los Títulos y Artículos de la Ley que recogemos en la Tabla de la página siguiente:

**TABLA 9**

| <b>TÍTULO</b>  | <b>ARTÍCULOS</b>   |
|--|--|
| I: Disposiciones generales   | 3, 4, 5 y 6  |
| II: Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos                                   | 13 y 15  |
| III: Sobre la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos              | 29 y 31  |
| IV: Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes | 32   |
| V: Análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos   | 45, 47, 48, 49, 58, 59 y 60  |
| Disposiciones Transitorias   | 2 <sup>a</sup> : Muestras almacenadas y 3 <sup>a</sup> : Comités Éticos de Investigación Clínica |

Fuente: elaboración propia

Ley proclama la prevalencia del ser humano no solo por encima de consideraciones científicas, sino ante la propia sociedad, motivo por el cual articula una serie de principios para garantizar la autonomía de la mujer en sus artículos 3 y 6 (aceptación libre y consciente, información, asesoramiento, consentimiento informado, suspensión de la aplicación del tratamiento).

Sin embargo, la Ley lo que hace es regular la utilización y manipulación del nasciturus para fines de investigación (incluso para la clonación), por lo que tales garantías no se le aplican a él. Todos los principios, garantías y derechos de los que habla la Ley van dirigidos a personas (sobre todo mujeres) mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar, siempre que hayan prestado su consentimiento de manera libre.

Ni la dignidad del nasciturus es tenida en cuenta ni, por tanto, su protección.



#### **5.4. LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.**

A) La moral está ligada a los valores que la sociedad crea.

#### **PREÁMBULO**

El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar.

La presente Ley pretende adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, (...).

La verdad, por tanto, es algo pactado, porque no es cierta la afirmación que aparece en el Preámbulo: la pretendida uniformidad legal en la materia queda lejos de ser empíricamente verificable.

Como recuerda el Consejo Fiscal (2009, pp. 3-10), aun cuando en el texto legal se alude a la tendencia normativa de incluir un sistema de plazos en materia de aborto en nuestro entorno europeo, tal afirmación debe ser sopesada con cautela.

En efecto, como decimos y recuerda el Consejo Fiscal, lejos de existir una armonización europea en tal sentido, lo que realmente hay es una heterogeneidad de legislaciones. De hecho, el análisis de dichas legislaciones nos muestra una realidad bien distinta a la reflejada en el texto normativo: salvando los casos de Irlanda y Malta, donde el aborto está prohibido y penado en todo caso, nos encontramos con que 2 de cada 3 Estados miembros exigen siempre la concurrencia de causas justificadas.

Por otro lado, el texto insiste en que:

El primer deber del legislador es **adaptar el Derecho a los valores de la sociedad** cuyas relaciones ha de regular, (...).

En una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales de acuerdo con los **valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico.**

De modo que, en principio, esto es lo que piensa la sociedad y esto es lo que debe plasmar el legislador en la Ley... pero esto es realmente lo que piensa la Ley, porque no es necesariamente lo que piensa la sociedad.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Recuérdese lo dicho en la Introducción recogiendo las citas de Vila-Coro y Javier Gafo, p. 38.

## DESARROLLO ARTICULADO

El término “interrupción voluntaria del embarazo” (que está en toda la Ley) merece una atención más pormenorizada, toda vez que el sustantivo tiene un alto contenido de falacia: con la intervención, el embarazo no se interrumpe, sino que se acaba.

Es más benigna la expresión interrupción voluntaria del embarazo que la expresión Terminación Voluntaria del Embarazo o la expresión Aborto (que, por otro lado, etimológicamente significa lo que no es correcto).

De hecho, frente a tal denominación, el Consejo Fiscal (2009, p.1) propuso sustituir la expresión “interrupción voluntaria del embarazo por terminación voluntaria del embarazo”, fundamentando tal propuesta en que esta última expresión tiene una mayor dosis de realismo y, por ende, de seguridad jurídica, y evita eufemismos. De hecho, así lo hacen legislaciones como Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Dinamarca o Estonia. Otras legislaciones, como Reino Unido, Suecia o Polonia, prefieren utilizar directamente la palabra aborto.

Por último, se encuentra regulada tal característica en el *objeto de la Ley*, es decir, en su artículo 1.

### B) Biopolítica detrás de Biolegislación.

## PREÁMBULO

Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable.

El legislador traslada la teoría de la libertad negativa a la Ley. Cada persona es soberana para determinar sus fines, por lo que nadie tiene derecho a interferir en ellos.

En concordancia con lo que dice Pettit (2009):

La libertad negativa, según la concibe Berlin, entraña la ausencia de interferencia, entendiendo por interferencia una intervención más o menos intencional de un tipo que muy bien podrían ilustrar, no sólo la mera coerción física del secuestro o el encarcelamiento, sino también la coerción de la amenaza creíble (...). Yo soy libre negativamente “hasta el punto en que ningún ser humano interfiere en mi actividad” (Berlin 1958, 7): hasta el punto en que disfruto de una capacidad de elección sin impedimento ni coerción. (p. 35)

No deja de ser contradictorio que se enarbole la bandera de la libertad negativa y de la no-dominación, mientras que, como ha quedado dicho, tales nociones de libertad acaban siendo instrumentos al servicio del biopoder: “¿No hay, pues, la posibilidad intermedia de que la libertad consista en una ausencia –como quiere la concepción

negativa-, pero en una ausencia de dominio por otros, no en una ausencia de interferencia?” (p. 40).

Es cierto y no lo ponemos en duda que todos tenemos derecho a la libertad, incluso en el sentido antes indicado (artículo 16 de la Constitución). Pero entendemos que hay que distinguir la titularidad de un derecho, de su ejercicio: la finalidad (lícita o ilícita) del acto de libertad es relevante (Sentencia nº 137/90 del Tribunal Constitucional). Esto tiene como consecuencia obvia que tenemos que ejercer nuestro derecho de tal modo que tratemos al otro, en este caso al hijo, como igual (artículo 14 de la Constitución).

## DESARROLLO ARTICULADO

La característica de la Biopolítica detrás de la Biolegislación está regulada en los Títulos y Artículos que recogemos en la Tabla siguiente:

**TABLA 10**

| TÍTULOS   | ARTÍCULOS  |
|---|--|
| PRELIMINAR: Disposiciones generales             | 1 y 2  |
| I: De la salud sexual y reproductiva            | 5, 6, 8, 9 y 10  |
| III: De la interrupción voluntaria del embarazo | 12, 14, 15, 16, 18 y 19  |
| Disposición Derogatoria                         | Única: Derogación del artículo 417 bis del Código Penal  |
| Disposiciones Finales                           | 1ª: Modificación de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2ª: Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica |

Fuente: elaboración propia

Existen dudas constitucionales (que luego se abordarán) sobre la legitimidad del sistema de plazos y, en cualquier caso, el derecho a la vida lo ostenta el hijo, no su padre ni su madre.

Queremos anticipar que somos conscientes de que el Tribunal Constitucional habla de “bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución Española”, pero entendemos que aunque se hable de bien y no de derecho, la protección que brinda tal artículo pone un límite a la intervención del nasciturus: su vida.

Por otro lado, es evidente que la biopolítica que hay detrás de la legislación está íntimamente unida a la autonomía.

C) Autonomía, valor superior.

## PREÁMBULO

La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la **autodeterminación individual**.

La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos.

La protección de este ámbito de **autonomía personal** tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos.

(...) una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico.

La función de la Ley no es otra que garantizar esa autonomía personal respaldada en la ya citada teoría de la libertad negativa, con lo que la dimensión social del Derecho queda relegada del mismo: la Ley debe garantizar derechos individuales (de los que el nasciturus carece).

## DESARROLLO ARTICULADO

La característica de la autonomía como valor superior está recogida y regulada en los Títulos y Artículos que recogemos en la Tabla siguiente:

**TABLA 11**

| <b>TÍTULOS</b>                            | <b>ARTÍCULOS</b>  |
|---|---|
| PRELIMINAR: Disposiciones generales       | 3   |
| III: Interrupción voluntaria del embarazo | Al hablar de interrupción voluntaria del embarazo, tal característica está presente en todo el Título, pero sobre todo en los artículos 13, 14, 15, 17 y 22 |

Fuente: elaboración propia

El artículo 14 regula el “aborto libre” o el “sistema de plazos”: una mujer embarazada puede abortar si así lo desea en el caso en que se encuentre dentro de las primeras 14 semanas, sin más requisitos que un mero trámite administrativo.

Dicho plazo se amplía a 22 semanas, artículo 15 (sistema mixto de plazos e indicaciones), si existen riesgos graves para la vida o la salud de la mujer embarazada y anomalías graves o incompatibles con la vida si se trata del feto. En estos casos, en lugar de trámites administrativos, nos encontramos con informes médicos.

Con lo que la protección de la mujer embarazada (evita utilizar el término madre) es muy superior a la protección otorgada al nasciturus, el cual se encuentra en manos de la decisión de aquélla.

Incluso en el caso del artículo 15, el mismo exige ser matizado e interpretado constitucionalmente (v. gr., de las anomalías fetales, ¿cuáles son graves y cuáles no?) con la finalidad de evitar la práctica de abortos que tengan su causa en anomalías o enfermedades que objetivamente no son graves ni incompatibles con la vida.<sup>50</sup>

Con todo, si estamos ante la presencia de un hipotético “derecho al aborto” o de un “derecho a decidir” e, incluso, si de lo que se trata es de armonizar la legislación española con la de su entorno en tal sentido, como recuerda el Consejo Fiscal (2009, pp. 3-8), frente a tales afirmaciones, cabe preguntarse sobre su seriedad y rigor y si es cierto que existe un consenso en la comunidad internacional.

En efecto, el “derecho a decidir”, como tal, en materia de terminación voluntaria del embarazo, no está expresamente reconocido en los instrumentos internacionales invocados en la Exposición de Motivos del Anteproyecto y luego en la Ley. Por el contrario, el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos protege la vida del no nacido.

Los Tratados internacionales en materia de derechos humanos no establecen el derecho al aborto y en ningún caso demandan que los Estados lo despenalicen.

El Consejo Fiscal cita el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención de Derechos del Niño.

Por otro lado, recuerda que en materia de Derecho Internacional, hay que distinguir dos clases de normas: los Tratados o Convenios internacionales, y cualquier otro texto emanado de Instituciones internacionales. Solo los primeros son fuente normativa en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 94.1 y 96.1 CE).

Sentado lo anterior, resulta que los Tratados invocados en la Exposición de Motivos del Anteproyecto nada dicen sobre el aborto, matizando que cuando el Estado español se adhirió a dichos tratados es porque estaba de acuerdo en cambiar solamente

---

<sup>50</sup> Recuérdese que el Ministro de Justicia actual, Sr. Ruiz Gallardón, ha anunciado una reforma referente a este artículo.

los aspectos de su legislación interna que eran objeto de dichos instrumentos internacionales.

Recoger textos que realizan una interpretación extensiva y con una argumentación desvirtuadora de los derechos recogidos en los tratados a fin de incluir el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, como lo hace el Anteproyecto, carece de fuerza jurídica vinculante y genera inseguridad jurídica.

En otro orden de cosas, advierte que la inclusión del acceso al aborto como parte integrante del derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva no es una cuestión pacífica. De hecho, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reunido en junio del presente año de 2009 resolvió que la referencia a la “salud reproductiva queda precisada en el contexto del derecho a gozar del nivel más alto de salud física y mental que se pueda alcanzar”, no incluyendo, ni cabe interpretarlo así, el derecho al aborto dentro del término “salud reproductiva”.

Como las tres características que nos han servido de criterio para realizar la exegesis legislativa se encuentran dispersas en las tres Leyes, hemos elaborado la siguiente Tabla para encontrar con mayor facilidad en qué artículos se ubican.

**TABLA 12**

|                             | <b>LEY 14/06</b>   | <b>LEY 14/07</b>  | <b>LEY 2/2010</b>  |
|-----------------------------|--|---|--|
| ADAPTACIÓN VALORES SOCIALES | E. M., 1.a, 1.b.   | E. M., 1.1.   | E. M., I. V. E. (está en toda la Ley), 1.  |
| BIOPOLÍTICA                 | E. M., 1.c, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 15, 16, 17, D. A. 1 <sup>a</sup> . | E. M., 1, 2, 3, 12, 16, 17, 19, 20, 21, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 49, 50, 51, 52, 53, 58, 66, 70, 74, 77, 78, 79. | E. M., 1, 2, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, D. Derogatoria Única, D. F. 1 <sup>a</sup> , D. F. 2 <sup>a</sup> . |
| AUTONOMÍA                   | E. M., 3, 5, 6, 8, 9, 11, 15, 16.  | E. M., 3, 4, 5, 6, 13, 15, 29, 31, 32, 45, 47, 48, 49, 58, 59, 60, D. T. 2 <sup>a</sup> , D. T. 3 <sup>a</sup> .                            | E. M., Título II (sobre todo, 3, 12, 13, 14, 15, 17, 22).  |

Fuente: elaboración propia

Tras el análisis exploratorio realizado, se confirma que las tres características se encuentran recogidas a lo largo de todo el texto de la Ley. Prácticamente, no hay un artículo que no haga referencia a una o a dos de ellas.

Con todo, una vez confirmadas las tres características, que es lo mismo que decir una vez confirmado el carácter reduccionista de la reflexión biodoctrinal en la biolegislación, cabe preguntarse cuál es el paso de una a otra.

El paso se da en el comienzo de la tramitación de cada Ley. Hay que tener en cuenta que las tres nacen de proyectos de ley, no de proposiciones de ley, de tal modo que nacen de los distintos Ministerios, los cuales contratan a juristas y otros profesionales expertos en la materia, que lo son, pero con una determinada visión de sus profesiones y, por ende, con una determinada interpretación de los principios informadores de cada Ley y de los problemas que pueden suscitar los objetos de cada Ley: son los llamados Comités de Expertos.

En ocasiones, estos Comités tienen una composición plural (como es el caso de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida) pero como la decisión la tiene el legislador, en este caso es lo mismo que decir el Gobierno (por eso la norma ha nacido como proyecto de ley). De hecho, y por ejemplo, de las distintas soluciones a la crioconservación de los embriones sobrantes, el Gobierno eligió la más radical.

En otras ocasiones, la composición del Comité de Expertos es totalmente elegida por el Ministerio, por lo que se elige a profesionales que directamente tienen la misma visión e interpretación que aquél. Es el caso del comité de Expertos redactor del Informe para la elaboración del anteproyecto de ley sobre interrupción voluntaria del embarazo.

Por último, se da la situación de que el criterio de elección del Comité, queriendo buscar la independencia del mismo, realmente ésta no se da, porque la mayoría de sus miembros acaban siendo nombrados por el Partido Político que está en el Gobierno. Es el caso del Comité de Bioética de España regulado por la Ley de Investigación Biomédica.

De tal modo que, en efecto, la biolegislación no solo nace de la biodoctrina, sino que también de las Academias, toda vez que parte de los expertos que componen las Comisiones son profesionales dedicados a la enseñanza o a la investigación que están adscritos a alguna Academia o Institución docente determinada.

Todo ello tiene como consecuencia que en la legislación estudiada prima la autonomía de la mujer sobre la protección de la vida del nasciturus.



**CAPÍTULO 6:**  
**BIOJURISPRUDENCIA**



Las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han dictado sobre el inicio de la vida son las siguientes: 1) Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/1984. 2) Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1985. 3) Sentencia del Tribunal Constitucional número 70/1985. 4) Sentencia del Tribunal Constitucional número 212/1996. 5) Sentencia del Tribunal Constitucional número 116/1999

De todas ellas, realizaremos el análisis exegético sobre las sentencias 53/85, 212/96 y 116/99, pues representan la doctrina constitucional en esta materia, que es tanto como decir que constituyen el marco jurídico dentro del cual se mueve la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del derecho a la vida (más bien del artículo 15 de la Constitución) al nasciturus, como así se desprende de la parte II del Preámbulo de la Ley 2/2010. No en vano, la única Jurisprudencia española que se menciona en los Preámbulos de la biogislación analizada supra son precisamente esas tres Sentencias del Tribunal Constitucional.<sup>51</sup>

Por su parte, cada una de ellas tuvo una trascendencia jurídica individualizada, pues la primera supuso la consagración constitucional del sistema de indicaciones, es decir, la despenalización del delito aborto en los tres supuestos de aborto “terapéutico, eugenésico y ético”; la segunda supuso el comienzo de la consagración constitucional de la investigación sobre embriones (desde su implantación en el útero) y fetos humanos (concurriendo en ambos casos determinados requisitos y límites legales); y, finalmente, la tercera supuso el comienzo de la consagración constitucional de las técnicas de reproducción asistida.

Por último, y en aras a la coherencia metodológica, utilizaremos los mismos criterios que se han seguido para realizar el análisis exegético de la Biogislación, aunque en este caso es necesario previamente realizar un análisis descriptivo y explicativo de las Sentencias dictadas en torno al inicio de la vida, pues ayudará mejor a clarificar el análisis exploratorio/confirmatorio, ya que el recorrido por las tres Sentencias hará ver cuál es el tratamiento y la evolución que la Jurisprudencia realiza sobre el nasciturus.

---

<sup>51</sup> Esto ocurre en los Preámbulos de las Leyes 14/2007 y 2/2010, ya que la Exposición de Motivos de la Ley 14/2006 no hace referencia a Jurisprudencia alguna.



ANÁLISIS DESCRIPTIVO/NARRATIVO



## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 53/85, DE 11 DE ABRIL**

Esta Sentencia, la más importante de todas y sobre cuyos Fundamentos se basan las demás, se dicta por la interposición de un Recurso Previo de Inconstitucionalidad contra el Proyecto de Reforma del Artículo 417.bis del Código Penal.

Los artículos de la Constitución Española que los recurrentes entienden vulnerados son: 1.1 (soberanía nacional y valores superiores del ordenamiento jurídico español), 9.3 (principio de legalidad), 10.2 (interpretación normativa sobre derechos fundamentales y libertades públicas conforme a la Declaración de Derechos Humanos y a los Tratados Internacionales ratificados por España), 15 (derecho a la vida), 39.2 y 39.4 (protección pública de los niños y de las madres), 49 (protección de disminuidos psíquicos y físicos) y, finalmente, 53.1 y 53.2 (tutela y garantía de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos: informarán la legislación).

El objeto del recurso consiste en resolver el Recurso Previo de Inconstitucionalidad interpuesto por 54 Diputados de las Cortes Generales contra el Proyecto de Reforma del artículo 417 bis CP (delito de aborto), es decir, decidir la constitucionalidad o no del mismo.

Se trata de un caso límite en el Derecho, por dos razones: 1) Por el especial vínculo natural que hay entre el nasciturus con la madre, vínculo que no se da en otro comportamiento social. 2) Por las creencias y convicciones que existen en torno a la cuestión.

El TC tiene en cuenta la primera razón, no la segunda; porque su reflexión ha de ser jurídica (las creencias y convicciones son ajenas al análisis jurídico) e imparcial, independiente.

El problema nuclear es el alcance de la protección constitucional del nasciturus: esto tiene como consecuencia analizar el derecho a la vida (sin perjuicio de que pueda ser más analizado después). Dicho derecho está: 1) Reconocido y garantizado en el artículo 15 C. E. 2) Es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional: la vida humana. 3) Es un derecho fundamental esencial y troncal: sin ese derecho, los demás no tienen existencia posible. 4) Y, finalmente, indisolublemente relacionado con él está la dignidad de la persona: Es un valor jurídico fundamental regulado en el artículo 10 CE, que está a la cabeza del título y el 15, del capítulo: son el punto de arranque, el prius lógico de los demás derechos.

Es ahora necesario analizar el significado y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo:

Y al respecto la Sentencia dice que no son sólo derechos subjetivos que defienden a los individuos de las intromisiones del Estado en ellos, pues son también deberes que el Estado tiene para con los individuos.

Además, son componentes estructurales básicos de todo el ordenamiento jurídico: por eso son el fundamento del orden jurídico y de la paz social. De ahí se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio

de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado (su existencia no depende de nuestra voluntad: han de ser asumidos por el Estado).

Por consiguiente, el Estado debe no lesionar derechos del individuo; pero también debe hacer positivamente acciones para que los derechos fundamentales sean efectivos, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Donde haya un vacío, el principio rector para su regulación ha de ser los derechos fundamentales para su defensa.

Acto seguido el Tribunal analiza el concepto de vida humana, concretamente en el Fundamento Jurídico 5º. Es un concepto indeterminado con respuestas plurívocas. El TC no puede entrar en la perspectiva filosófica o en la teológica, pero sí debe de partir de una noción de vida (exenta de esos criterios) como base para dirimir jurídicamente el alcance del derecho a la vida.

Así, la vida humana: 1) Es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, es una realidad biológica que va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana. Sometido a cambios cualitativos “de naturaleza somática y psíquica”. 2) La consecuencia de la gestación es un *tertium* que existe, que es **distinto** de la madre, y que **se aloja** en ella. 3) Dentro de esos cambios cualitativos, el más relevante es el nacimiento, pero parte de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación: el cambio cualitativo se da cuando adquiere plena individualidad humana.

De ello se deduce que esa etapa no sólo es condición para el nacimiento y vida consiguiente, sino que es una etapa o momento del proceso, que debe ser protegida.

Por todo ello, el nasciturus encarna un valor fundamental: la vida humana. Ese valor está reconocido y protegido por el artículo 15 CE. Es un bien jurídico cuya protección encuentra su fundamento constitucional en ese artículo.

Además, en el Pleno del Congreso, fue defendida por mayoría la enmienda que tenía por objeto incluir el adverbio *todos* en lugar de “todas las personas” (cfr. Artículos 29 y 30 CC), precisamente para incluirle, aunque sí existía ambigüedad en relación a la titularidad del derecho.

En definitiva, “el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”.

En el Fundamento Jurídico Sexto se analiza la titularidad del derecho y, en este sentido, los recurrentes entienden que sí son titulares de ese derecho, pero el TC entiende que no sobre la base de los textos relativos a los derechos humanos, que en su versión francesa original habla de personas, no de todos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre el tema; pero la Comisión Europea de Derechos Humanos (cuya función es admitir demandas), en el asunto 8416/1979 excluye, “de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un «derecho a la vida» **de carácter absoluto** (Ftos. jcos. 17 a 23)”.

Como conclusión de esas argumentaciones, concretamente en el Fundamento Jurídico Séptimo, podemos decir que el nasciturus no es titular del derecho a la vida; pero la vida del nasciturus es un bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE, “y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso”.

Partiendo de esas dos conclusiones y del F. J. 4º, las consecuencias para el Estado son dos que, además, son obligaciones: por un lado, debe de abstenerse de interrumpir ese proceso vital; por otro lado, debe proteger la vida del nasciturus en cualquier momento de su proceso vital, incluso con normas penales como última garantía, si bien esa protección no es absoluta, ya que debe estar sujeta a limitaciones (después matizadas).

En otro orden de cosas, en cuanto a la dignidad (artículo 10.1 CE, invocado por los recurrentes), el Tribunal entiende que la misma debe ir siempre unida a la igualdad, pero la condición femenina es muy específica, y en el ámbito de la maternidad tiene también derechos que el Estado debe respetar y proteger.

En cuanto a si el Derecho Penal debe o no de incidir sobre el tema del aborto, Fundamento Jurídico 9º, el Tribunal decide que sí, aunque indica que el Legislador utiliza una norma penal preconstitucional: protección del nasciturus, sin más análisis.

Pero, del mismo modo que la pena ha de ser proporcional al delito cometido por alguien, también pueden ocurrir situaciones en que más que proporcionalidad, se hable más bien de exención de responsabilidad y de protección penal: v. gr., a nadie se le puede exigir que tenga una carga que no puede llevar continuamente durante un tiempo; puede no haber castigo penal en determinadas situaciones (resultaría inadecuado): no hay que perder de vista la singularidad de una situación como esta en relación a lo que es normal dentro del Derecho Penal.

Nos encontramos en un caso claro de conflicto, en el que la dignidad y la vida del nasciturus y la dignidad y la vida de la mujer han de ser protegidos. Pero sin que tenga prevalencia incondicionada o primacía absoluta una u otra, pues ambos deben ser protegidos, “dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”: hay, pues, bienes y derechos en juego que exige la ponderación de los mismos en el sentido de armonizarlos y articulando supuestos en los que, exclusivamente en estos, sí quepa hablar de primacía.

Por último, respecto a la objeción de conciencia, el TC afirma en su Fundamento Jurídico 14º:

No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales. Y en cuanto

a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada.

## VOTOS PARTICULARES

El primer voto discrepante fue emitido por el Magistrado Don Jerónimo Arozamena Sierra.

Los motivos de su discrepancia son dos: A) Que el Tribunal se excedió de sus funciones al hacer modificaciones o adiciones del precepto objeto del Recurso, cuando es cometido del Tribunal únicamente concretar la constitucionalidad o no del texto legal o la parte del mismo que ha sido impugnada. B) El problema jurídico-penal del aborto, el cual no fue resuelto por el constituyente, dejando su regulación al legislador ordinario: es, pues, una cuestión abierta que, como tal, abre la posibilidad a que la interpretación hecha por el legislador y plasmada en el texto impugnado pueda ser correcta, sobre todo atendiendo a otras legislaciones internacionales afines con tal interpretación.

El segundo voto particular fue emitido por el Magistrado Don Luis Díez-Picazo:

Su discrepancia no se concreta en el contenido de la Fundamentación y el Fallo de la Sentencia, con las que coincide, pues entiende constitucional el sistema de indicaciones; sino que partiendo de la base de que la interpretación del Tribunal ha de limitarse a lo que la Constitución es y dice según las reglas jurídicas y no según juicios de valor o políticos (lo cual quiere decir que una ley puede declararse constitucional o no, lo que no implica necesariamente hacerse partidario de ella o solidarizarse con ella), al Magistrado le es difícil entender dos cuestiones: A) Que no es función del Tribunal colaborar con el legislador en la tarea de éste último. B) Pasar del Código Penal a cuestiones de legalización o liberalización del aborto que aquí no se han producido (practicar el mismo de modo seguro), es decir, ¿cómo puede ser que se califique penalmente una conducta como la que se enjuicia dependiendo de cuántos médicos actúan o de dónde se realiza?

El tercer voto particular fue emitido por el Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente:

Su discrepancia más frontal deviene de considerar excesiva la labor que ha hecho el Tribunal en la resolución del Recurso presentado, puesto que vierte consideraciones que van más allá de las propiamente jurídicas, toda vez que se embarca en deliberaciones en torno al valor de la vida, cuando no es un valor superior según el artículo 1.1 C. E.

Por otro lado, entiende que el nasciturus no es persona ni titular de derechos, sino un bien que merece protección, pero menor que la protección que se le debe a la mujer embarazada, que sí es titular de derechos fundamentales.

Las demás discrepancias tienen que ver con las extralimitaciones de la función del Tribunal Constitucional (no es una “tercera Cámara”); con cuestiones jurídico-penales (comprende aunque no comparte la punición del aborto en defensa del derecho a la vida, pero no comparte la solución insólita del Tribunal: no punibilidad de determinadas conductas); y, finalmente, con omisiones de las que el precepto adolece y que no entiende: por ejemplo, no se dice la especialidad del Médico que ha de emitir el dictamen; o el hecho de que se exija un establecimiento sanitario para la realización del aborto terapéutico y eugenésico, pero nada se diga al respecto para el ético.

El cuarto voto particular fue emitido por los Magistrados Don Ángel Latorre Segura y Don Manuel Díez de Velasco Vallejo: los motivos son dos: A) Injerencia indebida en el Poder Legislativo. B) El Tribunal debió declarar la inexistencia de inconstitucionalidad del texto recurrido.

El primer motivo de su discrepancia, en coincidencia con los demás, es que el Tribunal se ha extralimitado en sus funciones (F. J. 12º), pues no es competente para indicarle al legislador lo que debe hacer o no, ni inmiscuirse en funciones que son de las Cortes Generales, no del Tribunal Constitucional.

El segundo tiene que ver, por un lado, con consideraciones jurídico-penales, que coinciden en su esencia con las vistas más arriba; y, por otro, con la poca precisión en la llamada *cláusula de conciencia*: nótese que se está en desacuerdo con la redacción de la misma, no con su contenido, puesto que el Médico y el personal sanitario tienen ese derecho en virtud del artículo 16.1 C. E.

Quinto voto particular del Magistrado Don Francisco Rubio Llorente:

En coincidencia con los demás votos discrepantes, entiende que el Tribunal se ha excedido de sus competencias (artículo 79.4 L. O. T. C.), vulnerando el principio de separación de poderes, además de que su función se limita a lo estrictamente jurídico y en concreto a lo jurídico-constitucional: el juicio ha de ser rigurosamente jurídico, no de otra índole (independientemente de que los componentes tengan su posición ética o política, que no debe influir en lo jurídico), motivo por el cual no comparte la interpretación de que la vida sea un valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional que merece protección penal (F. J. 3º), mientras que se pase casi por alto otros derechos fundamentales en juego, como el libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, libertad de ideas y creencias, y la intimidad personal y familiar.

Dejando a parte la afirmación de *seres vivos aunque no sean personas*, el Magistrado entiende que se ha hecho un mal uso del Derecho Penal, pues se le entiende no de modo garantista, sino de sanción de conductas: hay, pues, una idea que subyace a tal opción: que el hombre, por naturaleza, hace mal uso de su libertad, no que “es lícito todo lo no expresamente prohibido”.

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 212/96, DE 19 DE DICIEMBRE.**

La presente Sentencia se dicta para resolver el Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 42/88, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, Recurso presentado por el Grupo Parlamentario Popular. Subsidiariamente, en el caso en que no se estime la pretensión contra la totalidad de la Ley, los recurrentes estiman inconstitucionales determinados preceptos de la misma<sup>52</sup>.

Los recurrentes basan su pretensión en que la Ley vulnera determinados preceptos constitucionales, concretamente 9, 25 y 53 (principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad), 10 (dignidad humana), 15 (derecho a la vida) y 81 (reserva de Ley Orgánica).

El objeto de la Ley es la donación y utilización de embriones y fetos desde su implantación en el útero. No es su objeto la fase preimplantacional al quedar reservada para la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (como de hecho así lo ordena la D. F. 1ª).

Por su parte, la causa del Recurso es la vulneración de determinados preceptos de la Constitución, que ya han sido apuntados.

El *reproche central* a la Ley (Fundamento Jurídico 3º) se basa sustancialmente en la vulneración del artículo 15 de la Constitución española que, además, es el motivo por el cual entienden que ha de ser una Ley Orgánica.

Ante tal reproche, según la Sentencia, la Ley pretende regular un vacío legal, esto es, la donación y utilización de embriones y fetos humanos, objeto que no estaba regulado en la Ley de Trasplante de Órganos. Quiere evitar, pues, su manipulación y tráfico, a la vez que posibilitar la investigación con los mismos, todo ello acorde con la dignidad humana.

Por su parte, y como es sabido, el artículo 15 de la Constitución española establece que todos tienen derecho a la vida. El problema se centra ahora en qué se entiende por el adverbio “todos”. Entiende el Tribunal que, sobre la base de la STC 53/85 (FJ 7), por *todos* hay que entender a los nacidos, por lo que hay que descartar a los *nascituri*.

De tal modo que si los titulares del derecho fundamental a la vida son los nacidos, ese derecho fundamental no queda implicado por la Ley 42/88. Ahora bien, adelanta que si bien no son titulares de tal derecho, no deja de ser cierto que sí son “un bien constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 C.E.”.

---

<sup>52</sup> En concreto, artículos 1 y 2, apartados 2 y 3 del artículo 3, apartado 1 del artículo 5, artículos 7, 8 y 9, y, finalmente, apartados D y E de la Disposición Adicional 1ª.

La Ley solo contempla, pues, a los *nascituri*, por lo que se tratará de interpretar cuáles son las exigencias que para el legislador contiene el artículo 15 de la Constitución española respecto de ellos. No hay que olvidar que las exigencias que para el legislador contienen los derechos fundamentales no se agotan con el reconocimiento de los mismos en los preceptos constitucionales, sino que también alcanza tal exigencia a modo o en forma de principios rectores, garantías institucionales o bienes jurídicamente protegidos.

Esa es la razón por la que, sin perjuicio de lo dicho anteriormente respecto a la titularidad del derecho a la vida, la STC 53/85 haya declarado reiteradamente que los *nascituri* están protegidos por el artículo 15 C. E. (FF. JJ. 5 y 7).

En este contexto se sitúa la Ley 42/88, puesto que en algunos supuestos los embriones o fetos humanos “pueden o han podido tener una oportunidad de nacer, es decir, que han podido incorporar a un *nasciturus*, por tanto, a un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho a la vida, al igual que de los restantes derechos humanos”.

¿En qué consiste, pues, la protección constitucional de los *nascituri*? Esa protección implica para el Estado, por un lado, abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso de gestación y, por otro, establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma.

Ese es el marco jurídico en el que se debe de mover el Tribunal.

En la medida en que el reproche fundamental y sustantivo que se hace contra la Ley es la vulneración del derecho a la vida, si se resuelve esta cuestión, se resuelve la aplicación de la misma a los artículos que individualizadamente vulneran tal derecho, de ahí que ubiquemos los Fundamentos de Derecho 4º al 10º en este momento.

Así, el F. D. 5º recuerda que el objeto de la Ley es la donación de embriones y fetos, pero entiende por tales los que no tienen el carácter de viables o que han fallecido. Ese el motivo por el que hay que interpretar qué se entiende por “Viabilidad”. Viable, según el R. A. E. significa “capaz de vivir”, por lo que “no viable” quiere decir que no tiene la capacidad de desarrollarse hasta llegar a dar lugar a un ser humano, una persona en el sentido del artículo 10.1 C. E. No son, pues, *nascituri* porque “nunca van a nacer”, por lo que no son un bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 C. E., lo que no impide cierta proyección del artículo 10.1 C. E. (dignidad humana) que hay que tener en cuenta para su regulación. De hecho, las puntuales referencias a su viabilidad van dirigidas a prevenir o evitar que su desarrollo se frustre.

Esas son las razones por las que no prospera el motivo del recurrente que entiende inconstitucional el artículo 5.3 de la Ley (F. D. 6º).

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios de viabilidad de un embrión humano fuera del útero materno? Según la D. A. 1ª, el Gobierno disponía de un plazo de seis meses para dictar por vía reglamentaria una norma regulando dichos criterios. Los demandantes recurrieron tal disposición por entender que vulneraba el principio de reserva de Ley Orgánica. Sin embargo, la Resolución del TC tardó en dictarse más de seis meses (plazo en el que no se dictó el Reglamento), por lo que no entra en el objeto

del recurso dirimir tal cuestión al estar dirimida de por sí: el contenido normativo de la D. A. 1ª e) ha desaparecido por el transcurso del tiempo... y, por sobrevenido, este específico objeto del recurso también (F. D. 7º).

Por otro lado, en opinión de los recurrentes la donación de embriones o fetos humanos no deja de ser un atentado contra la dignidad humana (artículo 10.1 C. E.) en cuanto “supone una patrimonialización de seres humanos cualquiera que sea su grado de desarrollo”.

El Tribunal estima que, al tratarse de embriones y fetos humanos muertos o no viables, no supone patrimonializar a los mismos, por lo que no se vulnera tal precepto constitucional. Es más, sanciona el enriquecimiento con tales prácticas. Sí supondría una vulneración de tal precepto si se tratase de embriones y fetos humanos vivos (F. D. 8º).

La impugnación de los artículos 7 y 8 (investigación, experimentación y tecnología genética) de la Ley han sido respondidos en los Fundamentos anteriores (F. D. 9º).

El último reproche sustantivo, F. D. 10º, se refiere a la escasa sanción penal de determinadas conductas contempladas en la Ley. Si se puede vulnerar un bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la C. E., sería jurídicamente correcto garantizar dicho bien mediante una sanción penal adecuada al bien protegido. Concretamente, los números 2 y 3 del artículo 3º de la Ley establecen determinadas prohibiciones (aborto dirigido a la donación y utilización de los embriones o fetos humanos; coincidencia con el equipo médico que realiza esa práctica para esos fines y quien los done y/o utilice), y los apartados a), b) y e) del artículo 9.2.B que simplemente establece sanciones administrativas para conductas que por su gravedad requieren sanciones penales. Esta petición se basa en la STC 53/85, en su F. J. 7º, aunque el mismo añade que la sanción penal no puede ser absoluta, sino que debe contemplar determinadas limitaciones.

El Tribunal entiende que una cosa es que no exista sanción penal y otra que esta sea suficiente al ser compatible con el carácter garantista de las normas penales. La prohibición del artículo 3.2 es suficiente, pues no hay por qué individualizar una sanción penal para cada conducta. Para el caso del artículo 3.3, ya está tipificado en el Código penal. Por su parte, en cuanto a las conductas del artículo 9.2.B, después de la interposición del Recurso se reformó el Código penal tipificando los delitos relativos a la manipulación genética.

En otro orden de cosas, concretamente en el punto de la reserva de Ley Orgánica (Fundamento de Derecho 11º), al vulnerar la vida humana en su fase embrionaria o fetal, entienden los recurrentes que está en juego el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 15 C. E., por lo que estaríamos ante una Ley Orgánica (artículo 81.1 C. E.), no ordinaria.

La reserva de Ley Orgánica, a diferencia de otras materias reservadas a la Ley, tiene que ver, no con determinados preceptos constitucionales, sino directamente con los derechos fundamentales y las libertades públicas, es decir, con la Sección 1ª del Capítulo 2 del Título I de la C. E. Ahora bien, tal reserva, por ese motivo, alcanza al

contenido propio del derecho fundamental, no a las exigencias que del mismo se derivan, por lo que no estima el Tribunal el motivo de reserva de ley pedido por los recurrentes.

Con todo, y como así hemos hecho en la descripción/narración de la anterior Sentencia, es pertinente dejar constancia del voto particular discrepante de esta otra.

### **VOTO PARTICULAR**

El voto particular es emitido por el Magistrado Don José Gabaldón López, quien argumenta su discrepancia en el sentido de que entiende que el nasciturus no se encuentra suficientemente protegido ni por la Ley 42/88 ni por la interpretación que la Sentencia dictada hace del contenido de la STC 53/85. Por el contrario, la protección constitucional que otorga esta última Sentencia al nasciturus motiva la reserva de Ley Orgánica a la Ley 42/88: la vida es un valor jurídico lo suficientemente importante como para que se encuentre protegido por el artículo 15 C. E., puesto que sin vida no hay derechos. La interpretación estricta que hace la Sentencia no es acorde con la doctrina jurisprudencial de la meritada Sentencia del 85: el sentido de derecho fundamental alcanza a la vida humana prenatal en tanto que bien constitucionalmente protegido.

Por otro lado, el Magistrado discrepante opina que la distinción entre embriones y fetos viables y no viables no tiene consistencia jurídica, toda vez que, de acuerdo con la normativa internacional, hay que hablar de embriones y fetos vivos o muertos, ya que el hecho de la no viabilidad de los mismos no impide que estén vivos y, por este motivo, deben estar protegidos.

Esta interpretación no es incompatible con o que establece el artículo 29 del Código Civil. Cuando este habla de los efectos que le sean favorables no se refiere únicamente a los efectos civiles, sino también –por consideración al derecho fundamental a la vida- a lo que la doctrina tradicional llama derechos sin sujeto y, en todo caso, a la atribución a un tercero de representación y defensa en orden a establecer la protección de ese derecho.

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 116/99, DE 17 DE JUNIO**

La presente Sentencia se dicta para resolver el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular contra la totalidad de la Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, subsidiariamente, para el caso en que tal pretensión no fuera estimada, contra determinados preceptos de dicha Ley<sup>53</sup>

Los preceptos constitucionales que entiende vulnerados son los siguientes: 9 (principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad), 10 (dignidad humana), 15 (derecho a la vida), 39 (derecho a la familia) y 81 (reserva de Ley Orgánica).

La causa del Recurso es la solicitud de revisión la Ley por estimar inconstitucionales los preceptos antes indicados, sino toda la Ley por entender que ésta debe quedar reservada a Ley Orgánica.

Por otro lado, en el Fundamento de Derecho 2º lo que hace el Tribunal es acotar el objeto del Recurso.

Así pues, en cuanto al mismo el Tribunal entiende que hay dos pretensiones que no pueden ser enjuiciadas, y no lo pueden ser por distintos motivos:

La primera de ellas va dirigida a cierto pasaje de la Exposición de Motivos, concretamente a aquel que dice “el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión”.

Sin embargo, es doctrina reiterada que la Exposición de Motivos de una Ley (sea la que sea) carece de valor normativo, por lo que el Tribunal no puede entrar en la constitucionalidad o no de la pretensión formulada al respecto.

La segunda de ellas se circunscribe a las letras a), k), l) y v) del apartado 2.B del artículo 20 (infracciones y sanciones de determinadas conductas), respecto de las cuales el Tribunal no puede entrar porque tales preceptos fueron suprimidos por la L. O. 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por lo que respecta a la reserva de Ley Orgánica (Fundamento de Derecho 3º), los recurrentes basan su pretensión de inconstitucionalidad en este caso en los siguientes argumentos: A) Porque la materia afecta a derechos fundamentales de las personas, sobre todo los recogidos en los artículos 10.1 y 15, ambos de la C. E. B) Porque las materias están penalmente protegidas y por tanto reservadas al Código Penal. C) Porque la Ley priva de determinados derechos paterno-filiales y, por extensión, afecta a la institución familiar (artículo 39.1 C. E.).

---

<sup>53</sup> En concreto, Párrafo II del Preámbulo, números 1 y 4 del artículo 1, número 4 del artículo 2, artículo 4, número 1 del artículo 6, números 1 y 5 del artículo 5, artículos del 7 al 10, números 3 y 4 del artículo 11, números 1 y 2 del artículo 12, artículo 13, números 3 y 4 del artículo 14, artículo 15, números 1 y 2 del artículo 16, artículos 17 y 20, y, finalmente, Disposición Final 1ª, apartados d y e.

Frente a tales pretensiones, según el Tribunal, el artículo 39.1 C. E. no regula, en puridad, ningún derecho fundamental ni libertad pública, los cuales (STC 70/83) están acotados a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la C. E. (artículos 15 al 29), por lo que el desarrollo por vía de Ley Orgánica se circunscribe a esa Sección, no a otras (artículo 81.1).

En cuanto a la sanción penal, el Tribunal se remite a lo que más tarde dirá.

En el Fundamento de Derecho 4º sí se detiene la Sentencia en el primer argumento citado, es decir, en el análisis de la dignidad humana (artículo 10.1) y del derecho fundamental a la vida (artículo 15.1) en relación con la materia objeto de la Ley 35/88 y, por ende, como motivo de reserva de Ley Orgánica.

De entrada, descarta entrar en el artículo 10.1 como motivo concreto de reserva de Ley porque, como queda dicho, no entra dentro de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

En cuanto al derecho fundamental a la vida, como ya dijo el Tribunal en la anterior Sentencia aquí referida, los titulares de tal derecho son los nacidos, no los nascituri, por lo que no cabe reserva de Ley Orgánica.

Con todo, tenemos que transcribir una frase del mismo párrafo: “(...) es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano (vid. en este sentido la disposición final primera de la Ley 42/88)”.

Es importante adelantar que el Tribunal Constitucional acepta la teoría de que el embrión humano en su fase preimplantatoria (durante sus primeros 14 días) no es tal, es decir, no es un embrión humano.

Hasta ahora, el Tribunal ha respondido a la impugnación de la totalidad de la Ley sobre la base de la reserva de Ley Orgánica. A partir de ahora responde a las impugnaciones sobre determinados preceptos.

Por otro lado, en cuanto al derecho a la vida (Fundamento de Derecho 5º), el motivo de la impugnación en este caso es que la Ley parte de la distinción entre preembriones y embriones, distinción que va en contra del artículo 15 C. E., ya que está estableciendo un estatus jurídico distinto para cada fase de desarrollo del ser humano, en contra de la doctrina del TC en su Sentencia 53/85 que exige un “sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma”.

Frente a tal pretensión, la Sentencia empieza por recordar que sobre la base de las dos anteriores Sentencias aquí comentadas, los no nacidos no son titulares del derecho fundamental a la vida. (F. D. 5º)

Posteriormente, FF. DD. 6º y 7º, el Tribunal responde a la impugnación contra los apartados 3 y 4 del artículo 14 de la Ley (no utilización de gametos con el fin de crear preembriones para la procreación, autorización del test del hámster y prohibición de hibridación salvo autorización pertinente) y, ante tal impugnación, considera por una

parte que la investigación y/o experimentación con gametos masculinos o femeninos no atenta contra el derecho aducido ni ningún otro por no ser si quiera embriones humanos.

Por otro lado, para rechazar el alegato relativo a la hibridación, el Tribunal parte de una serie de consideraciones interpretativas: A) Que la regla general es que se prohíben las hibridaciones, salvo las aludidas en el párrafo dedicado al test del hámster. B) Que dicha prohibición solo puede ser levantada cuando existan causas justificadas y dispuesta por la autoridad competente. C) Que el precepto no puede ser desvinculado del artículo 3 de la Ley: “Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación”; ni del número 3 del artículo 14, que prohíbe la utilización de los gametos con los que se está experimentando y/o investigando con fines de procreación.

Por lo tanto, el segundo párrafo del artículo 14.4 no se refiere al resultado de la fecundación sino a la realización de la misma. Por otro lado, la hibridación está sancionada por otros preceptos de otras disposiciones legales.

Los artículos 15 y 16 (F. D. 8º) establecen los requisitos para la investigación con preembriones: A) Consentimiento informado de las personas de quien proceden. B) La investigación y experimentación con preembriones in vitro viables solo se podrá hacer con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos y siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico. C) La investigación con preembriones in vitro no viables, fuera de los casos de su viabilidad y posterior tratamiento, solo podrá realizarse previa constatación de su inviabilidad y para fines de investigación legalmente autorizadas. D) La investigación de preembriones viables está prohibida por el artículo 16.2 de la Ley.

Con lo cual, reconociendo la mala redacción del precepto, se concluye que sólo se puede experimentar con preembriones in vitro no viables.

De ahí que “es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico o de finalidad terapéutica, o de prevención” (F. D. 9º). Esto es fundamental para apreciar la protección constitucional derivada del artículo 15 C. E. que sí tienen los preembriones, puesto que (salvo para curar al preembrión viable) se puede experimentar y/o investigar con los no viables, práctica que no atenta contra el precepto constitucional aducido.

Por tanto, no siendo calificados de nascituri los preembriones in vitro no viables, la Ley no altera la protección constitucional.

Por otro lado, tampoco se considera un atentado contra la vida humana cuando la mujer receptora decida la suspensión del tratamiento, puesto que se refiere únicamente para el caso en que las técnicas estén todavía realizándose. (F. D. 10º)

En cuanto al número de preembriones transferidos al útero materno, la Ley habla de los científicamente adecuados para prever que la fecundación dé resultado. Esto tiene como consecuencia la creación de preembriones sobrantes y su consiguiente crioconservación, lo cual va en contra de la dignidad humana y cosifica el fruto de la concepción.

Sin embargo, el Tribunal entiende que de la Constitución no se desprende la constitucionalidad o no de la crioconservación, sobre todo porque científicamente no hay otro modo de tratar a los preembriones sobrantes.

De otro lado, no hay riesgo de patrimonialización de los gametos ni de los preembriones ni por tanto se atenta contra su dignidad humana (artículo 10.1 C. E.) porque la Ley expresamente prohíbe el comercio lucrativo con los mismos. (F. D. 11º)

Por último, en cuanto a la intervención sobre preembriones todavía no transferidos (F. D. 12º), la Ley solo permite la intervención si es para valorar su viabilidad o no o si tienen enfermedades hereditarias, que si ocurre y no se pueden tratar se desaconseja la transferencia para procrear, con lo que última decisión recae en la madre receptora. Es este último inciso el que es impugnado, pero la dicción literal del precepto no vulnera la Constitución.

Para el caso de la intervención con fines diagnósticos, ya está respondida sobre la base de la anterior Sentencia.

En otro orden de cosas, en cuanto a la garantía institucional de la familia (Fundamento de Derecho 13º), reconociendo la protección y garantía constitucional de la familia (artículo 39.1) e incluso considerarla como *reducto indisponible y núcleo esencial* (SSTC 32/81, 40/98 y 109/98), no es menos cierto que –según la Sentencia- el concepto constitucional de la familia es más amplio del que estiman los recurrentes, ya que existen otras concepciones de la familia distintas y compatibles con ella conforme a una sociedad plural.

Desde este entendimiento de la familia, las técnicas de reproducción asistida no representan un menoscabo de la institución familiar.

Por último, por motivos de coherencia, hemos de dejar constancia del voto particular.

## **VOTO PARTICULAR**

El voto particular discrepante de la Sentencia está emitido por Don Manuel Jiménez de Parga, al que se adhiere Don Fernando Garrido Falla.

Para los Magistrados discrepantes, la Ley recurrida es inconstitucional, puesto que sí debe estar sujeta a la reserva de Ley Orgánica (artículo 81.1 C. E.).

Los motivos aducidos son fundamentalmente dos: A) La dignidad de la persona. B) Es un supuesto de reserva material, no formal.

En efecto, la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, es, por un lado, el cimiento, la base o apoyo del orden político y la paz social; y, por otro, los derechos son inherentes a ella, lo que es lo mismo que decir que la misma se vertebra con derechos inviolables. En el mismo sentido se expresa la STC 53/85 en su F. J. 8º.

Por otro lado, al ser doctrina jurisprudencial no restringir ni ampliar indebidamente la reserva de Ley Orgánica en su sentido material, se quiere decir que todo lo que sea inherente a los derechos fundamentales, debe ser regulado por ella, en contra de lo manifestado en la Sentencia cuando alude a la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución española.

Tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho (...), el Estado tiene la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, concediéndoles la mejor tutela posible.

Por esas razones, no se entiende por qué la Sentencia, con una visión excesivamente formalista, se limita a “descartar del análisis toda referencia a este concepto”, haciendo una interpretación restrictiva del artículo 81.1 C. E.

ANÁLISIS EXPLICATIVO



Para el análisis explicativo, utilizaremos los siguientes criterios: 1) ¿Quién es el nasciturus?/¿Qué es el nasciturus? 2) ¿Qué derecho le protege?/no le protege ningún derecho. 3) Saltos cualitativos/saltos cuantitativos. 4) Forma parte del cuerpo de la mujer/no forma parte del cuerpo de la mujer. 5) Intervención del Estado en el proceso de embarazo/no intervención del Estado en el proceso de embarazo

### **¿Quién es el nasciturus? / ¿Qué es el nasciturus?**

Para la STC 53/85, aunque el nasciturus encarna un valor fundamental, la vida humana; y aunque sea un *tertium* distinto de la madre y que se aloja en ella (vínculo único que no se da en ninguna otra relación social), su vida comienza con la gestación y es un bien constitucionalmente protegido: entra dentro del adverbio *todos* del artículo 15 C. E., pero no es persona humana.

Según la STC 212/96, sin embargo, el nasciturus no entra dentro del término *todos*, pues este término se refiere a los nacidos. Incluso, puede ocurrir que existan embriones o fetos que no sean nascituri, ya que depende de su capacidad (viabilidad) para desarrollarse y llegar a nacer.

La STC 119/96, además, acepta la distinción entre preembrión, embrión, feto, y persona nacida, puesto que antes de la implantación, el desarrollo embriológico se encuentra en una incertidumbre.

Con lo cual, el nasciturus es un bien, que empieza su andadura vital en el momento de su implantación en el útero (gestación), y cuya vida, además, depende de su viabilidad. Antes de la implantación o anidación, no está claro lo que es (se mueve en la incertidumbre), motivo por el cual se le llama preembrión (no es ni nasciturus), respecto del cual, según la Exposición de Motivos de la Ley 35/88 (que el Tribunal no reforma),

Generalmente se viene aceptando el término “preembrión”, también denominado “embrión preimplantatorio”, por corresponderse con la fase de preorganogénesis, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes, y aparece en él la línea primitiva.

### **¿Qué derecho le protege? / No le protege ningún derecho**

Según la STC 53/85, al ser un bien vital, no una persona humana, no es titular del derecho a la vida, por lo que, en sí mismo, no le protege totalmente ningún derecho. Ahora bien, esa consideración no le resta de una total protección: el Derecho lo protege, pero de forma limitada, pues es un bien constitucionalmente protegido por formar parte del contenido normativo del artículo 15 C. E.

Por su parte, la STC 212/96, además de lo dicho, concreta que solo los nacidos son titulares del derecho a la vida (los nascituri no entran dentro del término *todos*), mientras que la protección del nasciturus dependerá de su capacidad de nacer y atendiendo más bien a la dignidad humana (artículo 10.1 C. E.) que, aunque la tiene en menor medida que si de una persona nacida se tratara, no deja de ostentarla ciertamente. Nada de ello impide la donación de embriones, siempre y cuando se trate de embriones no viables o fallecidos; mientras que para los vivos y viables solo se permite tratarlos con fines terapéuticos y en su beneficio.

La STC 116/99, además, entiende que la protección que se le debe a un preembrión in vitro ha de ser menor que la que se le otorgue a un preembrión o embrión humano natural.

Con lo cual, la protección de un embrión humano es menor que la de una persona nacida. Aquel no es titular de derechos, ya que es un bien, no una persona, pero al tener vida, el Derecho no lo deja totalmente desprotegido. Su protección deriva de lo que puede llegar a ser, no de lo que es, y si es no viable, la protección es todavía menor. En cualquier caso, la fase preimplantacional es la menos protegida, porque al moverse en esa incertidumbre, no es ni siquiera nasciturus.

### **Saltos cualitativos / Saltos cuantitativos**

Aunque la primera Sentencia habla de la vida como devenir, como proceso continuo, las tres Sentencias coinciden (con una progresión cada vez más clara) en que sí existen saltos cualitativos, que coinciden con la gestación y con el nacimiento.

Este es el motivo por el cual, a medida que avanzan las etapas vitales del embrión, la protección es progresivamente mayor: no se le protege en la misma medida al principio (fecundación) que al final (nacimiento).

### **Forma parte del cuerpo de la mujer / no forma parte del cuerpo de la mujer**

Para la primera Sentencia, el nasciturus es un tertium, distinto de la madre, y que se aloja en ella.

Las demás Sentencias no se pronuncian al respecto, por lo que se entiende mantienen tal doctrina.

### **Intervención del Estado en el proceso del embarazo / No intervención del Estado en el proceso del embarazo**

Las tres Sentencias coinciden en afirmar que el marco jurídico del nasciturus implica para el Estado, por un lado, abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso de gestación y, por otro, establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma. Ahora bien, en el caso de los preembriones in vitro no viables, la intervención es menor o mínima.

ANÁLISIS EXPLORATORIO/CONFIRMATORIO



Para el presente análisis utilizaremos los siguientes criterios, lo cual puede inducir a pensar que hemos cambiado de método exegético, pero no es así. Los puntos que se señalan ahora están directamente relacionados con los criterios exegéticos indicados más arriba, además de que sirven para aclarar los mismos.

1. ¿El nasciturus es persona?
2. ¿Tiene algún derecho?
3. ¿Debe protegerse efectivamente y siempre y del mismo modo en cada etapa de su desarrollo? ¿Debe protegerse siempre y del mismo modo la autonomía de la mujer?
4. ¿Qué derecho prevalece en caso de colisión, el de la vida e integridad física del nasciturus o el de la autonomía y el del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer?
5. ¿El Estado debe intervenir en el proceso biológico del nasciturus? ¿Cómo? ¿Cuánto?

Detrás de tales cuestiones están los criterios apuntados en la exégesis legislativa.<sup>54</sup>

1. ¿El nasciturus es persona? No.
2. ¿Tiene algún derecho? No.
3. ¿Debe protegerse efectivamente y siempre y del mismo modo en cada etapa de su desarrollo? ¿Debe protegerse siempre y del mismo modo la autonomía de la mujer? No a la primera. La segunda no es resuelta expresamente por la Jurisprudencia.
4. ¿Qué derecho prevalece en caso de colisión, el de la vida e integridad física del nasciturus o el de la autonomía y el del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer? No está resuelto de modo expreso. Si se trata de la intervención del embrión vivo y viable para su tratamiento o de la donación de embriones in vitro no viables o fallecidos, prevalece el consentimiento de la mujer.
5. ¿El Estado debe intervenir en el proceso biológico del nasciturus? ¿Cómo? ¿Cuánto? Sí. A pesar de que no debe interrumpir el proceso de gestación y que debe establecer un sistema de defensa para la protección del nasciturus, lo hace en menor medida en la etapa preimplantatoria.

Como resultados del análisis exploratorio/confirmatorio, obtenemos los siguientes:

1. Es difícil dirimir si el contenido del análisis recoge el sentimiento moral de la sociedad.

---

<sup>54</sup> Cfr. la Tabla 1 expuesta en la Introducción del presente trabajo.

2. Pero no es aventurado afirmar que prima la autonomía de la mujer: aunque no se diga expresamente, lo cierto es que el nasciturus no es persona y la mujer sí.
3. Tampoco es aventurado concluir que existe una cierta biopolítica detrás de la Biojurisprudencia: A) Por la diferente desprotección según se trate de la fase vital del embrión. B) Por la aceptación y definición de preembrión. C) Por la distinta desprotección según se trate de un embrión viable o no. D) Por la opción interpretativa escogida en torno al comienzo de la vida humana que la Biojurisprudencia entiende que coincide con la gestación, lo cual encierra una concepción antropológica determinada (cfr. lo dicho más arriba por Ballesteros). E) Por el sistema de elección del propio Tribunal, que permite la entrada de ciertas mayorías de Partidos Políticos en esa elección (artículo 16 L. O. T. C.): no en vano, cualquier noticia relacionada al respecto por los medios de comunicación siempre va aparejada del comentario “corriente progresista, corriente conservadora”.

Por último, indicar que nuestra posición jurídica (que es crítica con este planteamiento), la exponemos en el Epílogo del presente trabajo.

## **CAPÍTULO 7:**

# **INFLUENCIA DE LA BIOLEGISLACIÓN Y LA BIOJURISPRUDENCIA EN EL SENTIMIENTO JURÍDICO DE LA SOCIEDAD. EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS**



El título del Capítulo tal y como ha sido redactado hace referencia directa a las siguientes preguntas: ¿El Bioderecho influye en la sociedad? Si influye, ¿de qué modo y cuál es su alcance?

Para responder a esa pregunta, debemos comenzar, más bien, por responder a otra: ¿Por qué ha sido (y es) tan difícil contestar a la pregunta *qué es el Derecho*?

Entre las distintas razones que existen, y con la finalidad última de contestar a la primera cuestión planteada, importa ahora recoger la opinión expresada por Atienza (2004, p. 40), para quien, de entrada, “el Derecho es una forma de regular la conducta de la gente y ello envuelve necesariamente juicios de valor, de ahí que no sea necesario empezar por definir qué es el Derecho”, bastando por ahora:

(...) apelar a las distintas experiencias y nociones que cualquiera de nosotros (cualquiera que lea estas páginas) tiene a propósito del Derecho. No cabe duda de que todo lector entiende frases en las que emplea la palabra “Derecho” (...) tiene conciencia de estar implicado en diversas relaciones jurídicas, e incluso puede que tenga ciertas ideas sobre cómo debería ser el Derecho o tal aspecto del mismo. Si nos planteamos la pregunta de qué es el Derecho (...), no es porque no sepamos nada sobre el Derecho, sino porque queremos saber más o –quizá sobre todo– porque queremos saber mejor eso que ya sabemos. (pp. 40, 47-48).

De tal modo que no partimos de la nada porque todos tenemos una noción de Derecho, por lo que el jurista que da una definición no está creando nada, sino descubriendo algo preexistente.

El problema reside en que el hecho de que todos tengamos una intuición innata de lo que es justo o injusto (es decir, de lo que es el derecho), lejos de clarificar la noción, la hace más opaca, ya que a la intuición le falta el elemento racional científico que, al no existir, se le puede incluir a la noción derecho elementos extraños al mundo jurídico.

De hecho, Aguilar (en Soriano & Mora, 2011) confirma que:

Por si esto fuera poco, los vocablos y los conceptos de “moral”, “ética” y “derecho” tienen una amplia difusión social entre la ciudadanía o el común del pueblo, con lo cual su gravedad o grado de indeterminación popular ha llegado a extremos difíciles de manejar a la hora de mantener un discurso medianamente coherente. (p. 76)

En efecto, paralelamente a lo que ocurre en la Ética, de la misma manera que, en palabras de Rodríguez Luño (2006), existe un “conocimiento moral o prefilosófico, el cual está constituido por las ideas que todo hombre tiene acerca del orden con que debería usar los diversos bienes y acerca de las posibilidades que convendrá establecer entre sus actividades, para llegar a ser el tipo de persona y para vivir el tipo de vida que considera buenos (...)”. (p. 19); de la misma manera que existe tal conocimiento en la Ética (decimos), también lo hay en el Derecho, sólo que en este caso, se le llama, tradicionalmente, *sentimiento jurídico*.

Y es que –como hemos indicado- todos, casi desde nuestra más tierna infancia (Soriano & Mora, 2011, p. 24), tenemos un sentido de lo justo o lo injusto, motivo por el cual ponemos en el Derecho más de lo que el Derecho, científicamente, es.

Nino (2003) lo explica acertadamente cuando dice que:

“Derecho” es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente.

Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denominación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de “derecho” explica muchas diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas. (p. 16)

En el mismo sentido, pero aplicándolo a la Justicia, Fernández, Bea & Martínez (en De Lucas, 1997), manifiestan respecto de la misma que:

(...) afecta a la vida cotidiana del hombre y surge de su interior como una exigencia a la que se dota de un amplio y difuso

contenido (...). La gente normal coincidiría en ver una estrechísima relación entre justicia y Derecho, porque el Derecho debe realizar la justicia: un buen Derecho sería para la mayor parte de la gente lo mismo que un derecho justo. (p. 301)

Esas ideas acreditan que derecho-sociedad y derecho-valor (reduccionismo) están muy relacionados y, de hecho, la sociedad se sitúa en esa posición desde y para pensar la norma jurídica, sin tener en cuenta que –insistimos– el Derecho, como ciencia que es, posee su propio estatuto epistemológico, eminentemente jurídico.

De ahí que traer a colación justicia y derecho (como lo hacen, entre otros muchos, las autoras citadas) en el ámbito del *sentimiento jurídico* se nos ofrece muy interesante porque, en la sociedad, la justicia (que es considerada éticamente) siempre aparecerá como el valor que se utiliza para criticar a la norma (que es jurídica) con el objeto de considerarla justa o injusta. El problema es que esa norma puede, en efecto, ser injusta desde el punto de vista moral, pero no *necesariamente* desde el jurídico.

Lo que ocurre es que esto siempre sucederá porque se confunde la noción que cada miembro de la sociedad tiene de la justicia desde su sentimiento jurídico con la noción de “justicia jurídica” que, al ser tal, debe incluir elementos propia y metodológicamente jurídicos para reflexionar el Derecho de modo académicamente científico (al menos si pretende ser válido y fiable o, al menos, seguro).

De hecho, continúan las autoras citadas,

(...) el Derecho no satisface los ideales de justicia más que de una manera parcial: el Derecho siempre es imperfecto respecto a la justicia. La “justicia jurídica” no es nunca completa, entre otras razones porque para serlo debe tener en cuenta la totalidad de situaciones y circunstancias personales, mientras que el Derecho no se ocupa, en principio, más que del sector socialmente relevante de las acciones humanas; se refiere a posiciones genéricas, abstractas, y no al comportamiento de las personas concretas; y se propone como fin la consecución de la seguridad y la certeza, exigencias del orden social (*iustum ut certum*), aún a costa de no poder realizar los principios postulados por la idea de justicia (*iustum ut verum*). (...)

Lo que aquí interesa subrayar es que el Derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada (Coiné). No cuesta descubrir que entre ambos polos inalienables se da siempre una cierta tensión. (p. 303)

Esa es la razón por la que el Derecho, en no pocas ocasiones, no convence, ya que se espera de él más de lo que puede dar, es decir, hay una desproporción entre lo que se pide y se espera, y lo que da (o es capaz de dar).

Así pues, con Pérez Luño (2005, p. 21), por sentimiento jurídico popular, sentimiento jurídico, o sentimiento de la justicia o injusticia “se entiende que es la experiencia humana inmediata de lo que debe ser conforme a derecho”.

El citado autor recoge la aportación de Lon Fuller, para quien el sentimiento jurídico es “un elemento evidente, aunque no expresado, del derecho que suscita en la colectividad emociones inmediatas de aprobación o rechazo a aquellos actos que se juzgan conformes o contrarios a la justicia”. (p. 22)

Ese sentimiento aparece cuando existe un conflicto, es decir, cuando se reivindicamos derechos (es decir, cuando aparece la expresión “no hay derecho a...”). En la vida cotidiana, se ve al derecho como una imposición de normas que nos vienen desde el exterior, que no dependen de nuestra adhesión y que se nos impone coactivamente (p. 24). En otros casos, cuando la norma no es conforme con nuestra voluntad, pedimos que se derogue, que se cambie, en nombre de ciertos valores (o sentimientos).

Es decir, donde hay ley, hay castigo; pero donde existe peligro, hay ley.

Desde este punto de vista emotivo (que no científicamente jurídico) es fácil convencer al ciudadano mediante la retórica, y además hacerlo repitiendo expresiones como *derecho al aborto o interrupción voluntaria del embarazo* (que tiene una connotación menos “dañina” que el término “aborto”).<sup>55</sup>

En este sentido, si recordamos el esquema de todo el proceso legislativo que ha precedido a la Ley 2/2010, página 34 del presente trabajo, **desde que nace el Informe del Comité de Expertos hasta que se publica la Ley, expresiones como las mencionadas se han utilizado profusamente.**

Y en ese proceso también actúan otros agentes que aunque no son creadores de leyes influyen sin embargo en el sentimiento de la sociedad, como son los medios de comunicación, y tanto en un caso como en el otro (legislador y medios de comunicación) la utilización terminológica es, en no pocas ocasiones, interesada, como se puede ver en el estudio realizado por Navas (2007) quien, además de reconocer que **depués de la terminología utilizada se esconde una antropología determinada** (p. 5), dice:

Además de por el condicionamiento económico, resulta fácil que la tarea comunicativa se vea influida por planteamientos ideológicos o políticos. Tanto los propietarios como los editores y redactores tienen una visión más o menos explícita del mundo, del hombre y de la sociedad, de lo que es deseable o reprochable, de lo que beneficia o perjudica a la colectividad a la que se dirigen. Con frecuencia ese planteamiento lleva a los medios a abrazar causas determinadas o incluso a involucrarse de lleno en la lucha política partidista. Los medios ya no se dedican entonces a contar lo que pasa, sino que pretenden convertirse en los directos protagonistas

---

<sup>55</sup> Es más, en la Ley 2/2010 se da la paradoja terminológica de que la “interrupción voluntaria del embarazo” es un acto lícito (artículo 12, siguientes y concordantes), mientras que el “aborto” es un delito (Disposición Final Primera).

de la acción social, como si el papel de meros cronistas les supiera a poco. (p. 1)<sup>56</sup>

Continuando con el sentimiento jurídico, igual visión la encontramos en Corts (1974), para quien el sentimiento jurídico es tan antiguo como Aristóteles, quien lo veía como un rasgo peculiar del hombre; pero él y otros (Cicerón y San Agustín), daban preeminencia a la especulación racional, puesto que el sentimiento jurídico era más bien “una proyección subjetiva de unos principios objetivos”. (p. 91)

Lo que le sorprende al autor valenciano es que incluso Ihering llega a decir que no se sabe qué es la Justicia hasta que se ha sufrido una injusticia, y así expone en su libro *La lucha por el Derecho*,

(...) cómo el dolor de la injusticia es el gran resorte en la vida jurídica. Quien no ha experimentado en sí mismo o en otro –dice- esta herida que produce la injuria o el menosprecio de nuestro Derecho ése nunca sabrá lo que es el Derecho, aunque se sepa todo el “Corpus Juris”. (...) Pero en otro lugar, en el prólogo de la primera edición de *El fin en el Derecho*, estampa esta afirmación categórica: “No es el sentimiento jurídico quien ha creado el Derecho, sino el Derecho quien ha creado el sentimiento jurídico”. ¿Hay contradicción en estos dos momentos de Ihering? Hay, sencillamente, diversidad de intenciones. (p. 93)

Este es el punto de vista que interesa para nuestro trabajo. Al afirmar que o es el sentimiento jurídico el que crea el Derecho (lo cual, en algunos casos es cierto<sup>57</sup>), o es el Derecho el que crea tal sentimiento, y que una postura u otra depende de la intención, la pregunta necesaria es ¿la intención de quién?

Es evidente que cuando se da el segundo caso (el sentimiento jurídico nace del Derecho) la intención viene de quien crea ese Derecho, es decir, el legislador. De modo que la intención del legislador puede conducir el sentimiento jurídico de la sociedad en la dirección que el propio legislador considere conforme a su ideología: basta con hacer coincidir la idea (ético-política) de justicia que tiene el legislador estatal con la idea de justicia que tenga un individuo o un grupo social (en su sentimiento ético-jurídico). Por eso, Corts (1974) recuerda que

Stammler (...) advierte que tal sentimiento no puede servir de pauta para la noción de Justicia, porque es producto de una experiencia adquirida al azar y expuesta a constantes fluctuaciones y arbitrariedades. (p. 95)

Es, por tanto, más manipulable. Por eso es pertinente recoger las largas, pero importantes, afirmaciones de Aguilar (en Soriano & Mora, 2011):

(...) queremos señalar que el derecho, valga la redundancia, se ve moralizado por la moral, y, por otra parte, el derecho puede influir

---

<sup>56</sup> Podemos encontrar la misma idea en Delgado, J. A., 2011, o en el artículo de “El País” recogido por López Azpitarte, *Ética y vida*, p. 126.

<sup>57</sup> Así lo indican Soriano & Mora, *Teoría y fundamentos del Derecho*, p. 24-26.

y de manera muy importante en el establecimiento de determinadas percepciones morales.

La cuestión que nos planteamos es la de si el Derecho debe imponer la moral vigente en un grupo humano; quizá deberíamos decir si debe imponer alguna de las percepciones morales vigentes en una sociedad o si debe imponer la moral mayoritariamente aceptada.

(...)

(...), cabría citar la doctrina conservadora expuesta por P. Devlin en su *The Enforcement of Morals*. Devlin sostiene que existe una moral pública y que “la sociedad puede usar el Derecho para preservar la moral de la misma manera que lo usa para salvaguardar cualquier cosa esencial para su existencia”. Es más, para este autor se trataría de una necesidad más que de un Derecho “puesto que una moral reconocida es tan necesaria para una sociedad como, digamos, un gobierno reconocido”.

Quizá se preguntarán los lectores de estas líneas por qué citamos las palabras de este Lord británico de mediados del siglo pasado. La razón es que su pensamiento tiene gran actualidad, (...) Lord Devlin llegó a promulgar la necesidad de la unión entre la Moral y el Derecho al modo más antiguo: el Derecho no debía detenerse en la simple protección de los individuos contra los diversos males que les puedan acechar, el Derecho debía proteger también a las instituciones, a la comunidad de ideas morales y políticas, tendría que decir a los individuos cómo debían comportarse y cómo debían gobernar sus vidas. (pp. 89, 91-92)

El riesgo es, pues, la juridificación de la moral, en cuyo caso ya no se trata de que existe un elemento (entre otros) del Derecho, que es el valorativo (teoría tridimensional del Derecho); tampoco se trata de que en el Derecho podemos encontrar principios morales (que sería la postura de Dworkin); sino que es el Derecho el que crea la moral de la sociedad (motivo por el cual, hoy asistimos a una excesiva legislación, a una hiperlegislación, en todas las materias prácticamente<sup>58</sup>).

No en vano, en la misma línea, Atienza (2004) añade:

En nuestras sociedades, el Derecho es una condición para la moralidad y buena prueba de ello es que se necesita también del Derecho para asegurar y cuidar de que cada cual pueda vivir libremente de acuerdo con sus opiniones morales. (pp. 91-92)

---

<sup>58</sup> Solo hay que acercarse a la sección de Legislación Bioética de la web de la UCV en [www.observatoribioetica.com](http://www.observatoribioetica.com) o de cualquier otra web para comprobarlo.

De ahí que concluya:

Hoy la cuestión se plantea en otros términos: se acepta que el Derecho puede contribuir a cambiar la sociedad, pero se sabe también que la posibilidad de introducir cambios en esta forma tiene sus límites. Lo que importa es saber cómo opera el Derecho en cuanto vehículo del cambio social y qué especiales problemas plantea. La sociedad contemporánea es una sociedad en constante transformación, sometida a un intenso ritmo de cambio; una de sus notas definitorias es precisamente la institucionalización y el fomento del cambio y esa institucionalización significa también, inevitablemente, una juridificación del cambio.

(...)

En los Estados democráticos, la instancia jurídica encargada fundamentalmente de introducir cambios en el Derecho, que reflejen o guíen el cambio social, es la legislación. Pero la jurisdicción y la administración pueden desempeñar también un papel importante en la transformación social. (pp. 164 y 171)

Ideas que vienen confirmadas por Latorre (2003):

Con arreglo a la forma política que éste [el Estado] tiene en un momento histórico, ciertos hombres o grupos de hombres, a través de los mecanismos establecidos en esa forma política, dictan normas de conducta obligatorias que son atribuidas al Estado como entidad permanente. (p. 20)

De tal modo que el Estado tiene el monopolio de la creación del Derecho, respaldándolo con su poder (tal y como argumentábamos en el anterior apartado). “Así el Estado ocupa el lugar central del mecanismo jurídico en el interior de su comunidad: crea el Derecho, lo aplica y lo impone, por la fuerza si es preciso” (p. 21).

En pocas palabras, como dice Laporta (2007, p. 71), “por razones lógicas y conceptuales el poder será siempre algo anterior al derecho”. Ciertamente y verdad que después el autor pretende limitar ese poder, porque si tal afirmación es cierta, ¿quién controla al poder? Después de intentar que sea el imperio de la ley, acaba afirmando que es la moral social positiva (cfr. también Atienza) que exige que el poder se encuentre limitado por la ley. Pero, ¿quién educa esa moral social?... sorprendentemente, el poder. Así el autor, siguiendo a Robert von Mohl,

(...) lo que puede limitar al poder soberano es una “norma racional de moralidad positiva” (Sittengesetz der Vernunft), es decir, la exigencia ética viva en la sociedad de que el poder se someta a normas jurídicas anteriores. Lo que hace posible el imperio de la ley y la consiguiente limitación jurídica del soberano es la incorporación en la ética individual y social de las exigencias morales que ese ideal lleva consigo. Más allá de un

mero problema conceptual o lógico que descansa muchas veces en ciertos equívocos, el problema del imperio de la ley es el de la **existencia de una práctica social colectiva basada en una determinada educación ciudadana**<sup>59</sup> respecto a las exigencias éticas del ejercicio del poder. (p. 81)

El riesgo que se corre es evidente y ya lo advierte Hervada (2002):

Cuando el derecho se toma como ley, el principio no es el reparto de las cosas, sino la ordenación de las conductas. El hecho originario no es el reparto, sino el orden del obrar humano; pues, en efecto, la ley tiene por función propia ordenar racionalmente las conductas humanas. Pero no se debe olvidar que ordenar o regular la vida social según criterios racionales no es lo propio del jurista, sino del gobernante. Por eso, las leyes no las hacen los órganos judiciales, las hacen los órganos políticos (...). (pp. 33-34)

El esquema sería, por tanto:

### TABLA 13

|                                      |
|--------------------------------------|
| ESTADO – DERECHO - NORMA DE CONDUCTA |
|--------------------------------------|

Fuente: elaboración propia

Es obvio que de un Estado de Derecho hemos pasado a un Derecho del Estado, como se ve en las siguientes palabras de Latorre (2003), que caminan en el sentido del que estamos hablando aquí: la orientación de conductas como (posible y, en tal caso, intencional) función actualmente primordial del Derecho:

No han faltado ni faltan en cambio opiniones que defienden como misión del Derecho precisamente el difundir e imponer modelos éticos de conducta. El Derecho se convierte así en un instrumento educador de los ciudadanos, y aspira a modelar su personalidad sobre ideales determinados. En realidad, el Derecho cumple siempre esa función, puesto que el imponer unas conductas determinadas en nombre de la comunidad es una forma de educar. Lo que varía es la forma y la intensidad con que se persigue ese fin. (p. 25)

Pero, ¿de dónde se nutre el Estado, el poder, para crear ese Derecho? ¿A qué fuente acude para educar a la sociedad? A aquellas Academias cuya argumentación jurídica esté de acuerdo con la ideología del poder en cuestión. De ahí que haya tanta coincidencia entre lo que hemos llamado Relativismo Jurídico y la Biolegislación, en este caso relativa al comienzo de la vida.

---

<sup>59</sup> La negrita es nuestra.

Adaptando, pues, el esquema citado a la presente Tesis, es decir, al campo bioético, y recogiendo ya las ideas del apartado anterior, tendríamos el siguiente cuadro/esquema:

**TABLA 14**

|  |
|--|
| ACADEMIAS – BIOLEGISLACIÓN (= BIOPODER + BIOPOLÍTICA + LEY) - SENTIMIENTO BIOJURÍDICO DE LA SOCIEDAD |
|--|

Fuente: elaboración propia

Son ciertas, por tanto, las palabras de Atienza (2004), que conviene volver a recordar:

Y el propio Derecho positivo no deja de incidir en la moral, en la moral social; una prueba de esto último lo ofrece el hecho de que cuando la regulación de una cuestión disputada (**por ejemplo, el aborto**)<sup>60</sup> sufre una modificación legislativa (y, siguiendo con el ejemplo, ciertos tipos de conductas abortivas que eran consideradas delitos pasan a ser jurídicamente lícitas), eso influye en las opiniones morales de la gente, de manera que aumenta el número de quienes consideran moralmente lícitas esas conductas. (p. 89)

El efecto en la protección del nasciturus es claro: una legislación más permisiva con las prácticas abortivas o que valore más la autonomía de la mujer que la protección del nasciturus genera que la valoración social en este último sentido aumente.

De ahí se sigue que el ordenamiento jurídico español en relación con el nasciturus coadyuva más a su desprotección que a su protección.

Insistimos: de la teoría a la praxis, no al revés.

---

<sup>60</sup> La negrita es nuestra.



**EPÍLOGO:**  
**OPINIÓN DEL AUTOR EN TORNO A LA PROTECCIÓN  
JURÍDICA DEL NASCITURUS**



Lo primero que tenemos que aclarar es que no entendemos por qué se ha optado en la Biolegislación y en la Biojurisprudencia vigente por el salto cualitativo de la gestación, cuando es biológicamente más razonable concluir que la individuación se da con la fecundación: ya hay un ser humano con vida, quien es, además, distinto de sus padres (o, si se quiere, distinto de las personas que son origen del mismo).

Lo segundo que tenemos que aclarar es que el marco jurídico del nasciturus establecido por la Jurisprudencia es un tanto ambiguo, ya que hay que hacer interpretaciones forzadas para entender la dialéctica “no es titular del derecho a la vida pero es un bien constitucionalmente protegido por formar parte del contenido del artículo 15 C. E.”.

El Tribunal, con esta conclusión, lo que ha hecho es dejar abierto el debate, puesto que tal dialéctica ofrece argumentos tanto para una interpretación como para otra: según una línea interpretativa, si es un bien, ha de estar menos protegido jurídicamente que la madre o la mujer, quien sí es titular de derechos; según la otra línea interpretativa, a pesar de ello, no deja de ser un bien protegido por el derecho fundamental a la vida, por lo que este es el límite que tienen los derechos de la madre o de la mujer.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1985, ha habido poco compromiso en este asunto por parte de los miembros del citado Tribunal, relevando la responsabilidad de su pronunciamiento a los Partidos Políticos, a las leyes y/o a la sociedad, es decir, a terceros.

De la misma opinión es Ollero (2013) cuando afirma:

Asunto distinto es que los constituyentes de turno, o los sucesivos autorizados garantes del texto constitucional ya en vigor, no se arriesguen a asumir ante un futuro imprevisible tal responsabilidad y prefieren dejar, con obvio menoscabo de la seguridad jurídica, la respuesta en manos de futuras instancias interpretativas. (p. 228)

Por otro lado, recogiendo las argumentaciones del voto particular emitido por el Magistrado Sr. Tomás y Valiente, es cierto que el artículo 1.1 de nuestra Constitución menciona la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores, por lo que no menciona la vida; pero no es menos cierto que, de una parte, en este caso concreto, el valor de la vida sí es prioritario, ya que depende de él que exista protección jurídica o no; de otro lado, los valores mencionados en el artículo 1.1 de nuestra Constitución son valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, el cual sí consagra el derecho a la vida (con el máximo respeto para el Sr. Tomás y Valiente, ¿por qué vale su argumentación para el caso del aborto y no para el caso de un homicidio o de otro delito contra las personas?); y, finalmente, no es menos cierto tampoco que el valor de la libertad debe armonizarse o equilibrarse con el valor de la igualdad (consagrado expresamente en el citado artículo).

Y esta última consideración es de capital importancia.

Considerado superado por nuestra parte el hecho de que un *nasciturus* es una vida humana, en el fondo del problema nos encontramos con la primera pregunta fundamental: ¿Es persona el *nasciturus*? La respuesta que se dé genera una argumentación jurídica u otra.

Nuestra postura es que el concebido no nacido, cuando nace es el mismo, idénticamente el mismo, exactamente el mismo que antes de nacer.<sup>61</sup>

Con todo, precisamente por motivos que tienen que ver con los principios de dignidad humana (artículo 10.1 C. E.) y de igualdad y no discriminación (artículo 14 C. E.) nuestro parecer es que ni es misión del Derecho, ni de la Ley, ni nadie tenemos derecho ni somos quién para decidir quién es persona y quién no: esta discriminación no es constitucionalmente acertada ni adecuada.

Prima, pues, el principio de precaución y, por extensión, el principio de protección jurídica (efectiva, claro, si quiere ser tal). Cuestionarse si un ser humano es persona o no conlleva unos riesgos que ni un Estado de Derecho ni siquiera el propio Derecho se deben permitir.

Por otro lado, mostramos nuestra conformidad con el argumento esgrimido por el Magistrado Sr. Giménez de Parga en su voto particular cuando alude al tronco y a las ramas: la vida no es un valor superior del ordenamiento jurídico, sino fundamental, es decir, en el sentido de fundamento: si se protegen las ramas (hasta las más altas) debe protegerse, con mayor razón, el tronco (sin el cual las ramas no tienen vida).

---

<sup>61</sup> En cuanto a la fecundación in vitro, mostramos nuestra conformidad con la Declaración *Dignitas Personae*.

La segunda pregunta fundamental es esta: El nasciturus tiene vida humana, pero ¿qué debemos entender por vida humana?

Es evidente y queda fuera de toda duda que el nasciturus sí tiene vida humana y, de hecho, ninguna de las tres Sentencias lo duda. El problema reside, en este punto concreto, que se escapa de lo jurídico, en qué entendemos por vida: si vida ontológica o calidad de vida.

Traemos a colación esta cuestión porque entendemos que es el núcleo del aborto en tanto que colisión o conflicto de valores o derechos.

Lo que ocurre es que esta cuestión abre, por fin, la última: ¿Cuál es o ha de ser el alcance de la protección del nasciturus?

Bajo nuestro punto de vista, y partiendo de los argumentos arriba esgrimidos, cada nasciturus es titular, entre otros, del derecho a la vida, lo cual no es incompatible ni con el artículo 15 de nuestra Constitución, ni con los artículos 29 y 30 del Código Civil: si la retroactividad de los efectos favorables se da cuando se refieren a la donación y a la sucesión (artículos 627, 644, 781, 750, 814 y 959, todos ellos del Código Civil), qué decir tiene cuando el efecto favorable es más fundamental: la vida humana. Es más, la persona va antes que el Derecho, no al revés (puede, aunque es difícil, existir personas sin Derecho, pero no puede haber Derecho sin personas).

Sí estamos de acuerdo, por tanto, en que existe una colisión de derechos: los que le corresponden al nasciturus y a la mujer, al hijo y a la madre. Pero entendemos que los derechos fundamentales de la mujer (descritos en el voto particular del Magistrado Sr. Rubio Llorente) no son ilimitados (conforme a la doctrina declarada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 11/81, de 8 de abril, y 2/82, de 29 de enero): tienen su límite en el derecho a la vida del nasciturus.

Es más, aun considerando al nasciturus como un bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Constitución, tal interpretación también sería plausible, toda vez que ese bien está protegido *por formar parte integrante del derecho a la vida consagrado en tal artículo*, por lo que, aún en este caso, la vida del nasciturus también constituiría un límite para el ejercicio de los derechos de que es titular la mujer (o la madre).

En otros círculos se puede dialogar o discutir si la vida humana es calidad de vida o vida ontológica, pero en la Ley no, puesto que generaría las discriminaciones a las que antes hemos aludido.

A pesar de todo, y en la medida en que a nadie se le puede exigir jurídicamente conductas heroicas, es decir, por consideraciones de política criminal y por el estado de necesidad justificante, entendemos que el anterior artículo 417 bis del Código Penal no era una mala regulación, sobre todo teniendo en cuenta los avances médicos y quirúrgicos que están habiendo para tratar a la vida prenatal y la vida de la madre: el sistema de indicaciones es más conforme con la Constitución que el sistema de plazos.

El problema, como se sabe, lo constituyen los adjetivos de cada práctica abortiva (terapéutico, eugenésico y ético), el concepto de salud como salud psicológica, y la cuestión pecuniaria (en el fondo, abortaba quien tenía posibilidades económicas para acudir a centros privados o quien podía costearse un viaje a los países donde no había problemas legales).

Por último, dentro de la cuestión relativa al alcance de la protección jurídica, cabe a su vez preguntarse si es conforme a Derecho la protección penal.

Nuestra opinión es favorable, pero a condición de que, partiendo de la base del sistema de indicaciones y de nuestra disconformidad con el efecto psicológico como causa exoneradora, se valore el Derecho Penal como recurso último para la protección del derecho a la vida y como función disuasiva (que lo es); que entren en juego las eximentes y/o atenuantes en cuanto a la responsabilidad penal de la mujer; que queden preservados los derechos del nasciturus en caso de discapacidad o enfermedad; y que las sanciones para el personal sanitario sean de inhabilitación y/o económicas, aplicándose también en el caso de penas de privación de libertad las mencionadas circunstancias atenuantes y/o eximentes.

Evidentemente, una práctica abortiva con dejación de las más elementales reglas higiénicas y/o sanitarias, sí debe conllevar penas de privación de libertad, tanto para la mujer como para el personal sanitario.

En resumen, consideramos el aborto (no entendemos otro tipo de terminología: cuando se practica un aborto, un embarazo no se interrumpe, se termina) como un delito por atentar contra una vida humana (el hecho de llamarse “en formación” tiene la única finalidad de distinguirlo de otras figuras delictivas afines), pero despenalizado cuando se dan ciertas y concretas indicaciones (concretamente, y por un lado, grave e intratable o incurable enfermedad de la madre, quedando excluida la excusa del trastorno psicológico; y, por otro lado, en caso de violación), y practicado dentro de un plazo adecuado, que no exceda de dos semanas (una nos parece poco para tomar una decisión, tres nos parece mucho) desde que se tuvo noticia de la indicación.

Esta opinión no contradice el contenido y el espíritu de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/85, como sin embargo entendemos sí lo hacen las Sentencias posteriores que han sido analizadas aquí. Ante un conflicto tan grave de derechos (y de valores), no puede solucionarse satisfactoriamente el mismo de otra manera.

Ollero (2013) lo recuerda de esta manera:

(...); se ha olvidado lo que tan claramente expresó la sentencia: cuando la ley admite un aborto “necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada”, el término necesario “sólo puede interpretarse en el sentido” de que el conflicto “no puede solucionarse de ninguna otra forma”. Entre eso y el aborto libre parece haber un trecho. (p. 252)

Por último, insisto en que, por un lado, hoy la cirugía prenatal está muy avanzada y, por otro lado, que es público y notorio que en caso de violación es muy

difícil que, de modo natural, el niño llegue a nacer; finalmente, estas últimas consideraciones son compatibles con el diálogo y con la ayuda que prestan determinadas ONGs.



**TERCERA PARTE**  
**RESULTADOS Y CONCLUSIONES**



**CAPÍTULO 8:**  
**RESULTADOS**



Para poder realizar correctamente este último apartado de la Tesis, conviene recordar la Pregunta de Investigación, la Hipótesis, y los Objetivos. Así:

La **pregunta de investigación** en el presente trabajo es doble:

1. ¿La reflexión biojurídica española está teniendo hoy un carácter más reduccionista?
2. En el caso de ser así, ¿tiene consecuencias sobre la protección del nasciturus? Y, si las tiene, ¿cómo?

La **hipótesis** quedó formulada de este modo:

El carácter reduccionista en la actual reflexión académico-jurídica en el Bioderecho español como una de las posibles causas explicativas de la insuficiente protección biojurídica del nasciturus. Su influencia en el sentimiento jurídico y en la praxis social.

Por su parte, el **objetivo general** es séxtuple:

1. Explicar qué entendemos por Bioderecho.
2. Explicar qué entendemos por “carácter reduccionista de la actual reflexión académico-jurídica en el Bioderecho español”.
3. Dentro del Bioderecho, contrastar la hipótesis en el concreto campo de la biodoctrina y, por extensión relacional, en la Teoría del Derecho.

4. Determinar si el reduccionismo indicado en la hipótesis se da en nuestra biotecnología y biojurisprudencia en la concreta materia del inicio de la vida.
5. Proclamar la importancia del valor de la protección en el Derecho, concretándola en la del nasciturus.
6. Proponer, si es factible, una reflexión biojurídica de carácter integrador, que recoja de modo interrelacional los elementos social, normativo y valorativo; con la finalidad de conseguir una protección del nasciturus válida, eficaz y dotada de seguridad jurídica.

Para conseguir el objetivo general, los pasos a seguir, es decir, los **objetivos específicos**, son los siguientes:

- A. Identificar si en la bioderecho, biotecnología y biojurisprudencia española se está reflexionando desde la perspectiva reduccionista indicada en la hipótesis y en los objetivos generales. Más concretamente, si la reflexión que realiza la bioderecho en las Academias influye en la biotecnología y la biojurisprudencia.
- B. Comprobar si esta clase de reflexión alcanza e influye en el debate jurídico-moral de la sociedad.
- C. Concretar si las anteriores investigaciones (reduccionismo en la reflexión del bioderecho y su calado en el sentimiento jurídico de la sociedad) dan como resultado que la reflexión reduccionista en biojurídica es causa de la insuficiente protección jurídica del nasciturus en España.

La hipótesis ha quedado demostrada, ya que, en efecto:

**1) Sí se ha constatado la existencia de un carácter reduccionista en la actual reflexión académico-jurídica en el Bioderecho español.**

Se ha analizado el Bioderecho desde la Teoría Tridimensional del mismo, sobre cuya base se ha visto que, parafraseando a Almoguera, todas las corrientes entienden el Derecho, al menos, desde una perspectiva, lo cual significa que estamos ante la presencia de una reflexión biojurídica inevitablemente reduccionista:

1. El Iusnaturalismo, desde el valor.<sup>62</sup>
2. El Iuspositivismo, desde la norma.<sup>63</sup>
3. El realismo jurídico, desde el hecho social.<sup>64</sup>
4. El relativismo jurídico, desde el hecho social + el valor.<sup>65</sup>

Por otro lado, partiendo de la base de la idea de Atienza, según la cual el Iusnaturalismo y el Positivismo han sido superados, más bien hemos contrastado que hoy coexisten las tres corrientes, pero resalta, en lo que a la materia bioética se refiere

---

<sup>62</sup> pp. 118-119 del presente trabajo.

<sup>63</sup> pp. 119-121.

<sup>64</sup> pp. 121-124.

<sup>65</sup> pp. 124-133.

(que es la que ahora importa), aquella corriente que más se identifica con la ideología que ostenta el Partido Político que ostenta el poder.

Esto es tanto como decir que el elemento “valor”, en materia biojurídica, realmente se refiere a ética política, toda vez que las Leyes o bien se promulgan en el sentido que determinados grupos de presión ideológicos condicionan al Gobierno, o bien se promulgan no mediante el acuerdo o consenso de los Partidos, sino mediante la negociación, que tiene más de política ideológica que de estrictamente moral, de ahí la importancia de la Biopolítica en el presente trabajo.

De tal modo que se ha constatado que en las legislaciones bioéticas vigentes en este momento, la corriente que hay detrás de ellas es la que hemos llamado Relativismo Jurídico, el cual reflexiona el Derecho, más en concreto el Bioderecho, desde el reductivismo hecho social + valor.

Tal constatación ha quedado reflejada por el hecho de que las características del Relativismo Jurídico se dan también en la Biolegislación y, en gran medida, en la Biojurisprudencia: no hemos podido contrastarlo en el caso de la característica primera: la Biojurisprudencia recoge la moral social.

El Relativismo Jurídico está representado por juristas que pertenecen a determinadas Academias o a corrientes ligadas a las mismas, lo cual quiere decir que la Biodoctrina influye en la Biolegislación y, en gran medida, en la Biojurisprudencia.

La tríada Biodoctrina-Biolegislación-Biojurisprudencia es lo que hemos llamado Bioderecho, con lo cual se ha demostrado que en el Bioderecho español se está reflexionando de modo reductivista y que este reduccionismo nace de las Academias (la Biodoctrina).<sup>66</sup>

## **2) También ha quedado demostrado que ese reduccionismo académico-jurídico es una de las posibles causas explicativas de la insuficiente protección biojurídica del nasciturus.**

Los partidarios de la corriente denominada Relativismo Jurídico parten de una concreta y determinada concepción antropológica de la persona, según la cual, y sobre la base de la autonomía como voluntad individual a modo de principio rector, en la medida en que el nasciturus carece de ella, carece también de la consideración de persona, motivo por el cual no es titular de derecho alguno y está, pues, a merced de la autonomía de la mujer.

Tal concepción antropológica no sólo está en la base tanto de la Biolegislación como de la Biojurisprudencia actual, sino que ha influido en el contenido de las mismas. De ahí que la regulación bioética actual sobre el inicio de la vida es la que es, como ha quedado acreditado en los capítulos dedicados tanto a la Biodoctrina, como a la Biolegislación.

---

<sup>66</sup> Al menos es lo que se plasma en la Biolegislación analizada: años 2006-2010. A pesar de todo, hemos encontrado el equilibrio de los tres elementos en el Iusnaturalismo Deontológico.

### **3) Su influencia en el sentimiento jurídico y en la praxis social.**

La publicidad que dan los medios de comunicación a las Leyes y el modo de hacerla (que manifiesta la ideología del medio de comunicación en cuestión) y, por otro lado, el hecho de que la desprotección del nasciturus es más que evidente tanto en la Biolegislación como en la Biojurisprudencia, influyen en el sentimiento jurídico de la sociedad.

Como ha quedado demostrado, si la Ley permite el derecho al aborto y se considera además que no entenderlo como derecho constituye una merma en los derechos sociales que se ha tardado tanto en conquistar, condiciona el sentimiento jurídico de la sociedad manipulándolo.

Ayuda a ello, como se ve, una escogida terminología, tendente, precisamente, a programar el sentimiento jurídico (objetivamente precientífico) en el sentido que el orador desea o, más bien, persuade o convence, tal y como se ha mostrado en el Capítulo 7 de la presente Tesis.

La consecuencia es la siguiente: si la Ley lo permite y, consiguientemente, el aborto es un derecho, es moralmente correcto estar de acuerdo con este planteamiento.

**CAPÍTULO 9:**  
**CONCLUSIONES**



Las Conclusiones a las que llegamos después de haber realizado el trabajo científico sobre el objeto de investigación repetidamente indicado, son las que ahora pasamos a enumerar:

1. En el Derecho Interno (y por tanto en España) puede resultar imposible la propuesta de un acuerdo integrador basado en los tres elementos constitutivos del Derecho, y ello por tres razones: la juridificación de la moral, el voluntarismo individualista y el pluralismo cultural. Todo ello podría generar que la protección biojurídica del nasciturus o esté indefensa u oscile según la opinión del Gobierno elegido. Un intento de evitar esto lo hemos encontrado en el Iusnaturalismo Deontológico, pero al convivir todas las corrientes iusfilosóficas, es difícil que todos asuman tal concepción.
2. Pero si bien en el Derecho Interno no es posible el acuerdo integrador basado en el pluralismo hecho social, norma y valor, dicho acuerdo sería más factible pero no por ello menos difícil y desde luego más lento en el Derecho Internacional (al menos en el europeo), que cada vez influye más en las legislaciones nacionales, donde, además, el Iusnaturalismo Deontológico puede estar más enraizado: está en juego la protección de la dignidad humana y, por ir directamente al objeto de la Tesis, la dignidad humana del nasciturus.
3. Esto es lo que está ocurriendo, aunque de manera balbuciente, en las actuales leyes bioéticas internacionales (por cierto, casi las únicas que hay) como son el Convenio de Oviedo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, y la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

4. Pero aún así, por la pluralidad cultural tan dispar, el iter previo a ambas leyes da a entender que el acuerdo es por ahora de mínimos (Bellver), sin llegar a un verdadero Código Universal Biojurídico, que es lo que postulamos (Aparisi, Kaufmann).
5. La **línea de investigación** que dejamos **abierta** iría entonces por el camino del estudio de los derechos fundamentales, con especial consideración a los que afectan a las ciencias de la vida (sobre todo en su inicio) y de la salud, como iter necesario para llegar a un Código Universal Biojurídico. Más concretamente, acotaríamos el estudio en la tríada **bien común, derechos fundamentales y nasciturus**. Tal línea de investigación abierta no es muy diferente –salvo matices- de la propuesta realizada por García Llerena (2012, capítulo VII), para quien la búsqueda de una moralidad común en la sociedad pluralista y multicultural actual tiene que empezar por basarse en los derechos fundamentales. Por otro lado, y por nuestra parte, hay otra razón por la cual dejamos abierta esa línea de investigación: actualmente, la protección jurídica del nasciturus se centra, sobre todo, en la tensión derecho a la intimidad/derecho a la vida, motivo por el cual el primer elemento de la tríada es el estudio del bien común, el cual alcanza, desde nuestro punto de vista, al nasciturus.

Con todo, las Conclusiones expuestas merecen una consideración más desarrollada.

Dada la acreditada influencia de la Biopolítica en el Bioderecho, mi intención consistiría en acentuar lo jurídico para que el Bioderecho no se viera afectado o, por lo menos, se viera afectado lo mínimo posible, y este es el motivo por el que pretendemos dejar la citada línea de investigación abierta centrada en los Derechos Fundamentales más que en los Derechos Humanos, pues estos tendrían más eficacia cuanto más se acentúe su carácter jurídico (del que hoy carecen).

Tal línea de investigación devendría en, si no la base jurídica del Bioderecho, sí una de sus bases más fundamentales.

Con eso y con todo, las Conclusiones expuestas merecen una mayor y mejor explicación.

Según González Morán, las distintas legislaciones respecto a las materias bioéticas obedecen a la existencia de distintas culturas, costumbres, ideas que existen en cada país.

Ese pluralismo, a nivel internacional, hace difícil el acuerdo entre los distintos Gobiernos respecto a la misma materia. De entrada, y en cuanto a la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, no hay acuerdo sobre qué es bioética, motivo por el cual no aparece en la citada Declaración.

A donde queremos ir a parar, y utilizando los elementos constitutivos del Derecho, es a que (circunscribiéndonos a España) si acudiéramos al valor y al hecho social, llegaríamos a desacuerdos por la pluralidad reinante en torno a la interpretación, enfoque y jerarquía de los valores y los hechos sociales (marcados, por cierto, por

valores sociales), interpretación que se realizaría conforme a distintas corrientes actuales, como el utilitarismo, el contractualismo o el personalismo, por poner unos pocos ejemplos), motivo por el cual abogamos más bien por la norma, ya que lo propio del Derecho es la misma (aunque aún en esto hay quien lo duda: Atienza, por ejemplo).

Pero incluso yendo por la vía normativa acabaríamos encontrándonos con el mismo cul de sac: al final, ¿qué norma jerárquicamente superior marca la legitimidad de un hecho, de un valor o de otra norma? Siguiendo a Kelsen, sería la Constitución; siguiendo a Hart, la Regla de Reconocimiento. La Regla de Reconocimiento tiene un contenido moral, no jurídico, como así lo pone de manifiesto Atienza (2004, p. 86), por lo que puede estar influida por la ideología de cada Gobierno. Pues quedémonos con la Constitución.

Y, ¿cómo interpretar la Constitución, concretamente los derechos fundamentales? De acuerdo con los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales (artículo 10.2 de la C. E.), pero, ¿y las demás normas internacionales, que están recogidas en la Exposición de Motivos de los textos legales españoles en materia bioética, o se interpretan de modo reductivista?

El problema es que no hay acuerdo, al menos unánime, sobre la interpretación de todos los artículos relativos a Derechos Humanos. Ello es así porque los Derechos Humanos no son jurídicos, sino éticos (Ollero). Por ejemplo, con la Declaración de Derechos Humanos podemos justificar el aborto como delito a la vez que justificar el aborto como derecho, como así ocurre en las distintas legislaciones nacionales, legislaciones de países que han firmado la misma Declaración de Derechos Humanos. Ello es así porque, como dijo Maritain, el problema va a ser preguntarse sobre el fundamento de los derechos humanos. De hecho, parece mentira, pero si nos fijamos, hoy ni siquiera hay acuerdo sobre el contenido de dignidad humana (Aparisi, Santos, Kaufmann), concepto al que se apela para justificar el aborto y para justificar el no aborto; para justificar la eutanasia y para justificar la no eutanasia.

Sino hay acuerdo sobre los Derechos Humanos (base sobre la que las naciones legislan), ¿cómo lo va a haber en las leyes nacionales? Más en concreto, ¿cómo lo va a haber sobre el contenido de una ley acerca del aborto?

La prueba está en que la última votación sobre la ley del aborto la ganó el Gobierno por una mínima diferencia de votos, gracias a una negociación que nada tiene que ver con el diálogo o el consenso. Se dice que la ley del aborto es ideológica, pero no puede ser de otro modo. **Cualquier biolegislación viene a ser irremediamente biopolítica.**

Mientras no exista un consenso internacional más amplio sobre cuestiones bioéticas, los Parlamentos (hoy los Gobiernos) nacionales legislarán conforme a la ideología de cada uno. De hecho, aunque en la biolegislación se diga que se pretende reformar una ley para adecuarla a la legislación del entorno europeo, lo cierto es que no existe unanimidad respecto a las legislaciones europeas sobre, por ejemplo, el aborto, como así se puso de manifiesto en el Informe del Consejo Fiscal (2009, pp. 3-10).

Hay una **tendencia hacia un Código Único sobre Bioderecho** (Bellver en Romeo Casabona, 2002, p. 49) pero, por las razones indicadas, tiene visos de tardar en llegar. Dos hitos importantes son el Convenio de Oviedo y la citada Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos. Pero son insuficientes. **Hasta llegar a ese consenso internacional, que costará tiempo, tendremos biolegislaciones conforme a la biopolítica de cada Gobierno.**

Las posturas bioéticas son inconmensurables. **El acuerdo jurídico en nuestra sociedad plural deviene, al menos por ahora, en imposible:** De ahí el capítulo 17 del libro de MacIntyre (2004, pp. 300-313) sobre Nozick y Rawls. Solamente un consenso internacional no sólo amplio sino profundo, de contenido y sobre todas las materias, acabaría con el desacuerdo existente y la disparidad de legislaciones, que generan inseguridad jurídica.

Mientras tanto, parece que no tenemos más remedio que estar por el esquema de la presente Tesis: es la ley la que influye en la conducta del ciudadano, no al revés. Los hechos no preceden a las ideas o a las leyes, sino que son las ideas, las leyes, las que preceden a los hechos. ¿Cómo? Academia-Informe del Comité de Expertos-Medios de Comunicación-Anteproyecto-Proyecto-Ley-sociedad. Las Academias van influyendo moralmente más de lo que deben en las conciencias de los individuos a medida que se progresa en ese esquema.

Nuestra propuesta es que si se legisla desde el hecho social o desde el valor, las legislaciones tendrán un componente ideológico. Es lo que ocurre hoy y, para evitar eso, proponemos una aproximación de carácter integrador, que la hemos encontrado en el Iusnaturalismo Deontológico. Lo que ocurre es que desde la norma también hay un componente ideológico. De modo que esa aproximación de carácter integrador sólo se dará mediante el consenso y desde la legislación internacional.

De ahí que el Iusnaturalismo Deontológico que proponemos se dará a nivel de legislación internacional a través de normas bioéticas como las aludidas anteriormente en las que las reglas del consenso harán que posiciones distanciadas se acerquen. Al menos ya hay una Carta europea de Derechos Fundamentales.

Así pues, en el Derecho nacional, mientras perdure la influencia de la Biopolítica, el acuerdo deviene cada vez más difícil, dificultad que se extiende al carácter integrador de los tres elementos constitutivos del Derecho. En el Internacional se está consiguiendo muy lentamente. Es en el Derecho internacional donde se conseguirá la integración que buscamos, pero será en un futuro y no próximo, dado el pluralismo existente.

A modo de esquema, por tanto, nuestra propuesta se situaría por las siguientes afirmaciones:

1. El resultado al que nos ha llevado la metodología que hemos seguido es que la protección jurídica del nasciturus en España está condicionada por la ideología del Gobierno que dicte la ley en cuestión, puesto que las leyes hoy están influidas por la moral social y política del Gobierno: hay una influencia de la biopolítica en la biolegislación (Ollero, Aparisi).

2. En la investigación que realizamos en su momento para el resumen del proyecto de investigación, descubrimos que hoy se reflexiona el Derecho desde el hecho social (Lumia, E. Díaz, M. J. Añón). Pero hemos encontrado un cambio cuando hemos profundizado en la investigación, y ha sido que el elemento importante no es el social exclusivamente, sino que va unido al valorativo. De hecho, hoy la relación entre Derecho y Moral tiende a una identificación más que a una relación-distinción (Dworkin, Pérez Luño, D'Agostino). Pero esa identificación es más con la moral social (Atienza), cuya diferencia con el Derecho está en la institucionalización de las normas y de la sanción. Si es con la moral social, es con la política. De ahí la relación entre Estado y Derecho (Peces-Barba, Atienza). Como se ve, la norma queda relegada a un segundo plano (en contra de J. de Lucas, E. Díaz, Pérez Luño, J. M. Rodríguez Paniagua). Como consecuencia, las leyes que se dictan tienen un contenido ideológico importante.
3. Ese contenido ideológico empieza por las Academias, pues la reflexión biojurídica de la doctrina coincide con la reflexión biolegislativa del Gobierno que ostenta el poder. Los Anteproyectos de Ley comienzan con un Informe emitido por personas expertas elegidas por el equipo ministerial del que emana el Informe.
4. Ante ese peligro ideológico, nuestra propuesta para conseguir la imparcialidad y autonomía que la norma debe tener por su propia subsistencia y alcance jurídico, es que en lugar de reflexionar el Derecho desde el elemento valorativo y social se haga desde el equilibrio entre los tres (social, normativo y valorativo), propio, además, de la interdisciplinariedad identificadora de la bioética. Ese equilibrio lo hemos encontrado en el Iusnaturalismo Deontológico.
5. Otro cambio importante en nuestra investigación, no exento de asombro, fue que cuando profundizamos en el motivo por el cual los autores manifestaban ese desequilibrio, descubrimos que es porque se reflexione desde el elemento que se reflexione, las leyes son ideológicas (Ballesteros, Peces-Barba, Atienza, Ollero). Es lo que está ocurriendo, de hecho, con las leyes de contenido bioético en España.
6. Los dos cambios manifestados tienen como consecuencia que el Bioderecho influye en el sentimiento jurídico y ético de los ciudadanos (Corts Grau, Atienza, Rodríguez Luño, Pérez Luño), por lo menos más de lo que debe, y siguiendo el esquema apuntado supra. Hasta los hechos sociales, cuando se dan, no son puros, sino que vienen contaminados por las Academias (MacIntyre). Es decir, siguiendo con esa segunda línea de investigación, no es el ciudadano el que crea las leyes. Son las leyes las que influyen en la estimación valorativa del ciudadano (J. Barraca, Serrano Ruiz-Calderón, Atienza).
7. Como en la Introducción dejamos una pregunta abierta, anticipamos la misma a modo de respuesta sucinta. La última consecuencia de todo ello es que ha cambiado (o está cambiando) el estatuto epistemológico del Derecho: al tener como fin el cambio social, su relación con el Estado es evidente, motivo por el cual hoy hay una juridificación de la moral. Kelsen está siendo superado. Es más, ni siquiera es importante qué es el Derecho, sino para qué sirve (De Lucas,

Atienza, Hart). También ha cambiado el sentido y significado del derecho subjetivo: de poder hacer lo que la ley te permite, ha pasado a ser una mera facultad electiva; motivo por el cual lo que tiene que hacer la ley es dejarte realizar esa elección. Ello es debido fundamentalmente a la mentalidad individualista y al pluralismo cultural (Ollero, González Morán). Consiguientemente, el cambio del Iuspositivismo al Relativismo Jurídico ha alcanzado también al Bioderecho: recordemos que, como se dijo supra<sup>67</sup>, el fundamento del Estado de Derecho ya no está en la Constitución o en la primacía de la ley según la mirada de la pirámide kelseniana, sino en la autonomía personal, lo cual, además, tiene manifiestas consecuencias, por ejemplo, en la interpretación del artículo 15 de la Constitución Española o del artículo 10 del mismo Cuerpo Legal.

---

<sup>67</sup> pp. 124-133 del presente trabajo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aarnio, A., Atienza, M., & Laporta, F. J. (2010). *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid.

Aguilera, R. E. *Posibilidad, sentido y actualidad de la Filosofía del Derecho*. Páginas 317-320. Disponible en:  
<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/qrt13.pdf>

Alarcos, F. J. (2002). *Bioética y pastoral de la salud*. Ediciones San Pablo: Madrid.

Alcoberro, R. *Michel Foucault: fragmentos sobre biopolítica*.  
Disponible en:  
<http://www.alcoberro.info/planes/foucault9.htm>

Alexy, R. (2010). *La institucionalización de la justicia*. Revista Colección filosofía, derecho y sociedad, n.6. Editorial Comares: Granada.

Almoguera, J. (2009). *Lecciones de teoría del Derecho*. Editorial REUS, S. A.: Madrid.

Amor Pan J. R. (2005). *Introducción a la bioética*. Editorial PPC: Madrid.

Aparisi, A. (2008). *Ética y deontología para juristas*. Ediciones EUNSA: Pamplona (Navarra)

Aparisi, A. (2007). *Bioética y Derecho. Fundamentos de la biojurídica*. (Comunicación personal, 16 de noviembre de 2007) presentada en el VI Congreso Nacional de Bioética de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica, celebrado en la Universidad Católica de Valencia: Valencia.

Atienza, M. (2004). *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel: Barcelona.

Atienza, M. (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Palestra Ediciones, S. A. C.: Lima (Perú)

Atienza, M. (2008). *Sobre la Nueva Ley de Técnicas de Reproducción Asistida*.  
Disponible en:  
[www.edu/fildt/revista/pdf/RByD14\\_ArtAtienza.pdf](http://www.edu/fildt/revista/pdf/RByD14_ArtAtienza.pdf)

Atienza, M. (2010). *El Derecho como argumentación*. Editorial Ariel: Barcelona.

Aznar, J. (Coord.) (2007). *La vida humana naciente. 200 preguntas y respuestas*. Editorial BAC: Madrid.

Aznar J. (2004). *Comentarios a la ley de biomedicina. Comentarios al proyecto de ley 121/000104 de investigación biomédica.*

Disponible en:

<http://www.observatoriobioetica.com/>

Bacon, F. *Novum organum. Aforismos sobre la interpretación de la naturaleza y el reino del hombre.*

Disponible en:

<http://juango.es/baconnovumorganon.pdf>

Badenes Gasset, R. (2000). *Metodología del Derecho.* Editorial Bosch: Barcelona.

Ballesteros, J. (1990). *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica.* Editorial Tecnos, S. A.: Madrid.

Ballesteros, J. (Coord.) (1992). *Derechos Humanos.* Editorial Tecnos, S. A.: Madrid.

Ballesteros, J. & Aparisi, A. (2004). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo.* Editorial EUNSA: Pamplona (Navarra)

Barraca, J. (2005). *Pensar el derecho. Curso de filosofía jurídica.* Ediciones Palabra, S. A.: Madrid.

Bellver, V. (2006). *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y derecho.* Editorial COMARES: Granada.

Benedicto XVI (2009). *Caritas in veritate.* Ediciones San Pablo: Madrid

Cabrero, et al. (2001). *Metodología de la Investigación I.* Apuntes para el Curso de Postgrado en Enfermería. Universidad Miguel Hernández: Alicante.

Cahill, L. S., Haker, H., & Metogo, E. M. (Coords.) (2010). *Naturaleza humana y ley natural.* Revista Internacional de Teología CONCILUM. Editorial Verbo Divino: Estella (Navarra)

Calderón, A. & Choclán, J. A. (2001). *Derecho penal. Parte especial.* Tomo II. 2ª Edición. Editorial Bosch: Barcelona.

Calvo, A. (2004). El nasciturus como sujeto del Derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. *Cuadernos de Bioética*, 2004/2ª, pp. 283-298. Editorial AEBI: Murcia.

Casado, M., et al (2008) *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo.* Observatori de Bioètica i Dret.

Disponible en:

[http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Interrupcion\\_Embarazo.pdf](http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Interrupcion_Embarazo.pdf)

Castro Nogueira, L., Castro Nogueira, M. A., & Morales Navarro, J. (2005). *Metodología de las ciencias sociales*. Editorial Tecnos: Madrid.

Ciccone, L. (2006). *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*. Editorial Palabra: Madrid.

Ciuro, M. A. (1997) (a). Introducción general al Bioderecho. *Cartapacio de Derecho*. 2. Consultado el 09 de febrero, 2013.

Disponible en:

[www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/222/125](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/222/125)

Ciuro, M. A. (1997) (b). La bioética y el bioderecho en la cultura de nuestro tiempo. *Cartapacio de Derecho*.

Disponible en:

<http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bi>

Ciuro, M. A. (1997) (c). El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana. *Cartapacio de Derecho*. 2. Consultado el 09 de febrero, 2013.

Disponible en:

[www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/221/124.pdf](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/221/124.pdf)

Ciuro, M. A. (1998). Filosofía jurídica menor, Bioética y Bioderecho. *Cartapacio de Derecho*. 3. Consultado el 09 de febrero, 2013.

Disponible en:

[www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/225/128.pdf](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/225/128.pdf)

Corts Grau, J. (1974). *Curso de Derecho Natural*. Editora Nacional: Madrid.

Cotta, S. (2005). *¿Qué es el Derecho?* Ediciones RIALP: Madrid.

D'Agostino, F. (2003). *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*. Ediciones Internacionales Universitarias: Madrid.

De Lucas, J. (Coord.) (1997). *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial Tirant lo blanch: Valencia.

De Miguel Beriáin, I. (2004). *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*. Editorial Comares: Granada.

Delgado, J. A. (2011). *El aborto y los medios de comunicación*. Consultado el 07 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/231742>

Díaz, E. (1965). Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho. *Revista de Estudios Políticos*. 143, septiembre-octubre. Consultado el 07 de febrero, 2013.

Disponible en:

[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_143\\_077.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_143_077.pdf)

- Díaz, E. (2010). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Grupo Santillana de Ediciones, S. A.: Madrid.
- Díez Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, S. A. 8ª Edición, 3ª Reimpresión: Madrid.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel: Barcelona.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez. Editorial Abeledo-Perrot: Buenos Aires (Argentina)
- Flecha, J.-R. (2005). *Bioética: la fuente de la vida*. Ediciones Sígueme: Salamanca.
- Foucault, M. (2009). *Nacimiento de la biopolítica*. Ediciones Akai: Madrid.
- Gafo, J. (2003). *Bioética teológica*. Universidad Pontificia de Comillas y Editorial Desclée de Brouwer: Bilbao.
- Gafo, J. (2004). *10 palabras clave en bioética*. Editorial Verbo Divino: Navarra.
- García Ferrando, M., et al. (1986). *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación*. Alianza Editorial: Madrid.
- García Llerena, V. (2012). *De la Bioética a la Biojurídica: el principialismo y sus alternativas*. Editorial Comares, S. L.: Granada.
- Gascón, M. (1990). *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- Germán, R. (Editor) (2012). *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*. Ediciones Internacionales Universitarias: Madrid.
- Goig Martínez, J. M. (Coord.) (2006). *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Universitas: Madrid.
- Gómez López, R. (2004). *Evolución científica y metodológica de la economía*. Consultado el 10 de febrero, 2013.  
 Disponible en:  
<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/rgl-evol/2.4.1.htm>
- González Morán, L. (2006). *De la Bioética al Bioderecho*. Editorial Dykinson, S. L. y Universidad Pontificia de Comillas: Madrid.
- González Morán, L. (2009). *Aborto. Un reto social y moral*. Ediciones San Pablo: Madrid.

- Gracia, D. (1989). *Fundamentos de bioética*. EUDEMA, S. A.: Madrid.
- Hervada, J. (2002). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Editorial EUNSA: Navarra.
- Jiménez Villa, J., Argimón Pallás, J. M., Martín Zurro, A., & Vilardell Tarrés, M. (2010). *Publicación científica biomédica*. Editorial ELSEVIER: Barcelona.
- Kelsen, H. (2009). *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Traducido por Luis Legaz Lacambra. Editorial Reus, S. A.: Madrid.
- Kottow, M. (2005) *Bioética y biopolítica*. Consultado el 10 de febrero, 2013.  
Disponible en:  
[http://ecaths1.s3.amazonaws.com/etica/912611951.Bio%C3%A9tica%20%20biopol%C3%ADtica%\(Miguel%20Kottow\).pdf](http://ecaths1.s3.amazonaws.com/etica/912611951.Bio%C3%A9tica%20%20biopol%C3%ADtica%(Miguel%20Kottow).pdf)
- Lacruz Verdejo, J. L. & Sancho Rebullida, F. (1982). *Elementos de derecho civil, I. Parte general del derecho civil. Volumen primero. Introducción*. Librería Bosch: Barcelona.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Editorial Trotta: Madrid.
- Latorre, J. (2003). *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel: Barcelona.
- Lazzarato, M. (2000) *Del biopoder a la biopolítica*. Consultado el 10 de febrero, 2013.  
Disponible en:  
<http://www.sindominio.net/arkitzean/otrascosas/lazzarato.htm>
- León Correa, F. J. (2011). *Bioética*. Ediciones Palabra: Madrid.
- López Azpitarte, E. (1990). *Ética y vida. Desafíos actuales*. Ediciones San Pablo: Madrid.
- López, N. & Iraburu, M. J. (2004). *Los quince primeros días de una vida humana*. Editorial EUNSA: Pamplona (Navarra)
- Lucas, R. (2003). *Bioética para todos*. Editorial Trillas: México.
- Lumia, G. (1973). *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*. Editorial Debate: Madrid.
- MacIntyre, A (2004). *Tras la virtud*. Traducido por Amelia Valcárcel. Editorial Crítica, S. L.: Barcelona.
- Mariás, J. (2009) *La cuestión del aborto*. Consultado el 10 de febrero, 2013.  
Disponible en:  
<http://anghara.wordpress.com/2009/03/19/la-cuestion-del-aborto-julian-marias-abc/>

Martínez, I. *Bioderecho y religión en España: El aborto y la reproducción humana asistida*. Universidad Autónoma de Madrid. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

[http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestion/archivos/07\\_10\\_26\\_984.pdf](http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestion/archivos/07_10_26_984.pdf)

Masiá, J. (2006). *Tertulias de bioética. Manejar la vida, cuidar a las personas*. Editorial Trotta: Madrid.

Montoya, V. M. & ORTIZ, D. (Coords.) (2009). *Vida humana y aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*. Editorial PORRÚA: México.

Muñoz Conde, F. (2007) *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Tirant lo blanch: Valencia.

Navas, A. (2007). *El aborto y los medios de comunicación*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://www.mujieryaborto.com/archivospdf/mediosdecomunicacion.pdf>

Nicolau, N. L. (2008) *Una manifestación del tránsito de la Bioética al Bioderecho: la judicialización de las cuestiones éticas*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

[http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD42\\_10.pdf](http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD42_10.pdf)

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Ariel: Barcelona.

Njaim, H., Beirutti I. & Torrealba, J. M. (2004). *Manual para la Elaboración de Tesis Doctorales, Trabajos de Grado y Trabajos Especiales*. Universidad Central de Venezuela: Caracas. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://www.postgradofcip.org.ve/manual160204.pdf>

Ollero, A. (2006). *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Editorial Thomson Aranzadi: Navarra.

Ollero, A. (2007). *El derecho en teoría*. Editorial Aranzadi: Navarra.

Ollero, A. (2009). *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Editorial Aranzadi: Navarra.

Ollero, A. (2013). *Religión, racionalidad y política*. Editorial Comares: Granada.

Ortega y Gasset, J. (1998). *El espectador*. Editorial EDAF: Madrid.

Ortiz, E. (2008). Los límites de la bioética consecuencialista. Un análisis de la propuesta de Peter Singer. *Cuadernos de Bioética*.19, 3ª. Editorial AEBI: Murcia. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://www.aebioetica.org/rtf/04-BIOETICA-67.pdf>

Pérez Luño, A.-E. (2005). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Editorial Tecnos: Madrid.

Pérez Luño, A.-E. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos: Madrid.

Pérez Luño, A.-E. (2011). *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos: Madrid.

Pita & Pértegas. (2002). *Investigación cuantitativa y cualitativa*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

[http://www.fisterra.com/mbe/investiga/cuanti\\_cuali/cuanti\\_cuali.asp](http://www.fisterra.com/mbe/investiga/cuanti_cuali/cuanti_cuali.asp)

Platón. (2007). *Gorgias*. Traducido por Luis Roig de Lluis. Editorial espasa Calpe: Madrid.

Quintano Ripollés, A. (1958). *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*. Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Traducido por María Dolores González. Editorial Fondo de Cultura Económica: Madrid.

Rawls, J. (1996). *El liberalismo político*. Traducción castellana para España y américa de CRÍTICA, S. L. Editorial Crítica: Madrid.

Rodríguez Paniagua, J.M. (1976). *Ley y derecho*. Editorial Tecnos: Madrid.

Rodríguez Paniagua, J.M. (1977). *Derecho y ética*. Editorial Tecnos: Madrid.

Rodríguez Paniagua, J.M. (1979). *Derecho y sociedad*. Editorial Tecnos: Madrid.

Ruiz de la Cuesta, A. (2005). *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*. Universidad de Sevilla: Sevilla.

Ruiz de la Cuesta, A. (Coord.) (2008). *Ética de la vida y la salud. Su problemática biojurídica*. Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla: Sevilla.

Sádaba, J. (2005). *La gente se escandaliza por el aborto y no por un niño en la calle*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://usodelapalabra.blogspot.com/2005/05/javier-sdaba.html>

Sádaba, J. (2007). *Investigación con embriones y células madre embrionarias*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

[http://colegiodebioetica.org.mx/seminarios/2007/Javier\\_Sadaba\\_Investigacion.pdf](http://colegiodebioetica.org.mx/seminarios/2007/Javier_Sadaba_Investigacion.pdf)

Sánchez Camacho, J. (2009) *Iusnaturalismo y Positivismo a debate*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://pensemosenelareopago.wordpress.com/2009/01/05/iusnaturalismo-y-positivismo-a-debate/>

Sarmiento, A. (Preparador de la Edición) (2003). *El don de la vida. Textos del magisterio de la Iglesia sobre bioética*. Editorial BAC: Madrid.

Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2002). *Nuevas cuestiones de bioética*. Editorial EUNSA: Navarra.

Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2005). *Retos jurídicos de la bioética*. Ediciones Internacionales Universitarias, SA: Navarra.

Soriano, R. & Mora, J. J. (Coords.) (2011). *Teoría y fundamentos del Derecho. Perspectivas críticas*. Editorial Tecnos: Madrid.

Steuacks, R. *Rudolf Kjellen (1864-1922)*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://foster.20megsfree.com/522.htm>

Talavera, P. (2007). *¿Qué regulación para la eutanasia?* Conferencia personal emitida el 22 de noviembre en las III Jornadas Nacionales de Comité de Ética Asistencial, celebradas en la UIMP: Valencia.

Tomás Garrido, G. M. (Coord.) (2001). *Manual de Bioética*. Editorial Ariel: Barcelona.

Uriarte, E. (2010). *Introducción a la ciencia política. La política en las sociedades democráticas*. Editorial Tecnos: Madrid.

Vidal, E. (2004). *Bioética y Derecho*. Curso de Formación en Bioética. Programa Ethos. Consorcio Hospital General Universitario de Valencia: Valencia.

Vidal, M. (1991). *Moral de la persona y bioética teológica. (Moral de actitudes, II-1ª parte)*. PS Editorial: Madrid.

Vila-Coro, M. D. (1995). *Introducción a la biojurídica*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense: Madrid

Vila-Coro, M. D. (2003). *La bioética en la encrucijada*. Editorial Dykinson: Madrid.

Vila-Coro, M. D. (2005). El marco jurídico de la bioética. *Cuadernos de Bioética*. 16, 2005/3ª: Editorial AEBI: Murcia.

Zapata-Barrero, R. & Sánchez-Montijano, E. (2011). *Manual de investigación cualitativa en la ciencia política*. Editorial Tecnos: Madrid.

## OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Disponible en:

[www.http://lourdesmunozsantamaria.cat/IMG/pdf/ANTEPROYECTOLleivortament.pdf](http://www.lourdesmunozsantamaria.cat/IMG/pdf/ANTEPROYECTOLleivortament.pdf)

Arguments.

Disponible en:

<http://www.arguments.es/proyectos/jmj>

Código Civil. (2000). Editorial del Consejo Superior de Abogados de la Comunidad Valenciana: Valencia.

Código Penal. (1998). Editorial del Consejo Superior de Abogados de la Comunidad Valenciana: Valencia.

Consejo General del Poder Judicial. Comisión de Estudios e Informes. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Consultado el 06 de febrero, 2012.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

Constitución Española. (1978). Editorial Tecnos, S. A.: Madrid

Diccionario de Lengua Española.

Disponible en:

<http://www.rae.es>

Enmienda al Proyecto de Informe Aprobado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, el 15 de julio de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Consultado el 05 de febrero, 2012.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo. (2009). Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

[http://www.fiscal.es/cs/Satellite?pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_home&cid=124055985834&charset=utf-8&buscador=2&palabra=Informe+ley+salud+reproductiva&btnBuscar=Buscar](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_home&cid=124055985834&charset=utf-8&buscador=2&palabra=Informe+ley+salud+reproductiva&btnBuscar=Buscar)

Informe del Comité de Personas Expertas sobre la Situación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España y Propuestas para una Nueva Regulación, de 5 de marzo de 2009. Consultado el 12 de marzo, 2009.

Disponible en:

<http://www.migualdad.es/noticias/pdf/IIFORMECOMITE050309.pdf>

Legislación Básica Sanitaria (2005). Editorial Tecnos, S. A.: Madrid.

Ley de Investigación Biomédica. Consultado el 10 de febrero, 2013.  
Disponible en la Sección de Legislación Bioética del Observatorio de Bioética de la UCV:

<http://www.observatoribioetica.com>

Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en la Sección de Legislación Bioética del Observatorio de Bioética de la UCV:

<http://www.observatoribioetica.com>

Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Consultado el 10 de febrero de 2013.

Disponible en la Sección Legislación Bioética del Observatorio de Bioética de la UCV:

<http://www.observatoribioetica.com>

Nodo 50 (2010) *Acción “Nosotras parimos, nosotras decidimos”*. Consultado el 10 de febrero, 2013.

Disponible en:

<http://info.nodo50.org/Accion-Nosotras-parimos-nosotras.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Nº 75/84, de 27 de junio de 1984. Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia: Valencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Nº 53/85, de 11 de abril de 1985. Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia: Valencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Nº 70/85, de 31 de mayo de 1985. Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia: Valencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Nº 119/1996, de 19 de diciembre. Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia: Valencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Nº 212/1999, de 17 de junio. Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia: Valencia.

## ÍNDICE

|                |   |
|----------------|---|
| <b>PRÓLOGO</b> | 7 |
|----------------|---|

### PRIMERA PARTE

#### **TEORÍA DEL BIODERECHO O INTRODUCCIÓN AL BIODERECHO (FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MENOR)**

|                     |    |
|---------------------|----|
| <b>INTRODUCCIÓN</b> | 21 |
|---------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| Identificación y justificación del objeto de investigación. Su formulación en el título y en el subtítulo | 23 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| Pertinencia del problema de investigación | 32 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| Acotación de los aspectos específicos o modalidades de cómo será examinado el objeto de investigación | 36 |
|---|----|

|                       |    |
|-----------------------|----|
| Hipótesis y Objetivos | 38 |
|-----------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| <b>CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO: BIODERECHO</b> | 41 |
|--|----|

|          |    |
|----------|----|
| Bioética | 43 |
|----------|----|

|                              |    |
|------------------------------|----|
| De la bioética al bioderecho | 48 |
|------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| <b>CAPÍTULO 2: ESTADO DE LA CUESTIÓN</b> | 65 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| Teorías que defienden la personalidad jurídica del concebido antes de su nacimiento | 68 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| Teorías que defienden la personalidad incompleta del nasciturus | 68 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| Teorías que niegan al concebido y no nacido cualquier tipo de personalidad jurídica | 69 |
|---|----|

|  |     |
|--|-----|
| <b>CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA</b>                                       | 71  |
| Tipo, material y técnica de análisis de los datos obtenidos          | 73  |
| Aplicación de la metodología al trabajo de investigación             | 83  |
| <br>   |     |
| <b>CAPÍTULO 4: BIODOCTRINA, BIOPOLÍTICA Y ACADEMIAS</b>              | 85  |
| Los elementos constitutivos del Derecho: hecho social, norma y valor | 87  |
| Necesaria interrelación entre los tres elementos                     | 113 |
| Visión o carácter reduccionista del Derecho                          | 116 |
| Iusnaturalismo   | 118 |
| Iuspositivismo   | 119 |
| Realismo Jurídico  | 121 |
| Relativismo Jurídico   | 124 |
| ¿Qué concepción predomina sobre las otras y por qué?                 | 133 |

## **SEGUNDA PARTE**

### **FILOSOFÍA BIOJURÍDICA MAYOR APLICADA A LA BIOLEGISLACIÓN Y BIOJURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS**

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO 5: BIOLEGISLACIÓN</b>   | 167 |
| Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida   | 171 |
| Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica  | 179 |
| Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo | 187 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO 6: BIOJURISPRUDENCIA</b>  | 195 |
| SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 53/85, de 11 de abril  | 201 |

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 212/96, de 19 de diciembre \_\_\_\_\_ 206

SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 116/99, de 17 de junio \_\_\_\_\_ 210

**CAPÍTULO 7: INFLUENCIA DE LA BIOLEGISLACIÓN Y LA BIOJURISPRUDENCIA EN EL SENTIMIENTO JURÍDICO DE LA SOCIEDAD. EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS \_\_\_\_\_ 223**

**EPÍLOGO: OPINIÓN DEL AUTOR EN TORNO A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS \_\_\_\_\_ 235**

**TERCERA PARTE**  
**RESULTADOS Y CONCLUSIONES**

**CAPÍTULO 8: RESULTADOS \_\_\_\_\_ 245**

**CAPÍTULO 9: CONCLUSIONES \_\_\_\_\_ 251**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS \_\_\_\_\_ 259**

