

Bioética y derecho

Francesco D'Agostino

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma "Tor Vergata"

1. Esta relación se fundamenta en dos presupuestos, que son con toda probabilidad generalmente admitidos y no serán por consiguiente argumentados con posterioridad. El primero es que la reflexión bioética está adquiriendo en la *Weltanschauung* de la modernidad una posición central interdisciplinaria absolutamente indiscutible; el segundo, es que la ciencia del derecho debe aportar al respecto una propia contribución coherente, superando prejuicios psicológicos y dificultades metodológicas, que la han mantenido hasta ahora -y no sólo en el ámbito de la reflexión bioética- en un estado de indebida marginación epistemológica.

2. Esta marginación tiene razones bien precisas (1). Se considera, en efecto, que en una sociedad con alta complejidad, como aquella en la que vivimos, la dimensión ética -cualquiera que sean sus notoriamente controvertidos contenidos efectivos- es altamente apreciada, mientras la consideración común que se tiene del derecho es en general -y no siempre injustamente- de bajo perfil. La sociedad civil espera poco de la doctrina del jurista: no ciertamente, en general, que ella pueda aportar una contribución determinante en la solución de los problemas actuales. Para sustraerse a la incomodidad de esta situación, el jurista tiende a construir, por decirlo así, una torre de marfil y encerrarse en ella, elaborando teorías, doctrinas y termino-

logías que le defiendan de la tentación (¿o de la agresión?) de la interdisciplinarietà. Los éxitos de esta dialéctica son paradójicos: piénsese, por poner un ejemplo, que lo que debería ser considerado como el más noble esfuerzo de la doctrina jurídica del Novecientos -la construcción de la teoría de los derechos humanos- es comunmente valorado según una óptica ético-política y sólo marginalmente jurídica.

Esta consideración puede quizás ser útil para explicar lo que de otra forma aparece como una paradoja irresoluble. Que la discusión bioética debe tener una necesaria e imprescindible recaída jurídica no lo pone nadie en duda: sin embargo, continúa apareciendo como tormentosamente vago y altamente problemático cómo se debe legislar en el ámbito de la bioética. De cara a la consistencia, también ahora académica, de la bioética -en el sentido muy general de 'ética de la vida'- no podemos dejar de advertir qué grave sería la ausencia de una 'biojurídica', ya en el nivel doctrinal, ya a nivel de la normativa positiva (2). No me refiero sólo a los diversos ordenamientos, normas, aún particularmente articuladas, que a menudo se citan explícitamente en las grandes Declaraciones internacionales, como las de las Naciones Unidas: me parece que debe pensarse en cómo responder más allá de la lógica de la 'política social', a la cuestión de qué es lo específico de la organización jurídica del vivir; lo que puede llevar en suma a dar preferencia a la hora de legislar al jurista antes que al político. Sin embargo -al menos en un largo período- lo que la bioética pide al legislador es un buen derecho: no la formalización de unas elecciones políticas (que son siempre selecciones ideológicas, esto es contingentes y de partido por intrínseca

necesidad), sino la individuación de unas directivas jurídicas, gracias a las cuales las diversas opciones políticas e ideológicas pueden encontrarse no según la dialéctica (estrictamente política) de mayorías o minorías, sino según la finalidad, propiamente jurídica, de la promoción del interés común de todos dentro de una justa coexistencia social. Pero el legislador positivo, para que pueda asumir este papel -que es, por otra parte, suyo de modo constitutivo, aunque no exclusivo- tiene necesidad del necesario soporte de una adecuada epistemología jurídica. Y es en este punto en el que se manifiesta la carencia doctrinal más significativa.

3. La dificultad de fundamentar una adecuada biojurídica depende esencialmente de la dificultad, que es característica de la moderna ciencia del derecho, de entenderla de un modo unívoco. La ausencia de un estatuto unívoco epistemológico ha conducido a los juristas a la elaboración de diversos paradigmas, a veces paralelos, a veces contradictorios, y a veces sólo parcialmente complementarios, pero todos presentes de modo significativo en la cultura jurídica de la modernidad. Esto crea dificultades cognitivas y ambigüedad interpretativa no irrelevantes, que son fuente de un desorden sistemático, y que en muchos casos es maliciosamente disfrutado. Para reflexionar correctamente sobre las normas de derecho positivo que tienen relevancia bioética (sea en la perspectiva del "ius conditum" o en la del "ius condendum") es necesario llevar a cabo un fatigoso trabajo preliminar: poner a punto el código epistemológico en el que se pueda pensar y proponer el derecho. Es un trabajo esencial e irrenunciable, pues de otra forma no se llega a

descubrir cómo no todos los paradigmas hoy en boga son adecuados para la construcción de una adecuada biojurídica..

4. Es posible, para abreviar, resumir los diversos posibles paradigmas en cuatro fundamentales, que naturalmente, en la experiencia concreta, pueden actuarse de modo recíproco.

El primero es el 'formalístico'. Según este paradigma, lo específico de la juridicidad no consiste en el contenido material de la norma, que compete únicamente al legislador, sino únicamente en su estructura formal (las normas no serán, por tanto, más que imperativos sancionados por el 'poder'). En el debate de los problemas bioéticos, en otras palabras, los juristas, en cuanto 'científicos' del derecho, no tendrán competencia alguna; se tratará siempre de problemas 'políticos', no tematizables por principio en clave jurídica, sino sólo ideológica. De cara a una eventual legislación en materia bioética, la tarea del jurista debe ser solamente extrínseca (esto es, proponer soluciones para las eventuales antinomias presentes en el ordenamiento). El que adopta este paradigma no puede evidentemente mantenerse, ni siquiera imaginativamente, en la línea de principios de una "biojurídica". Puede no ser inútil observar que este paradigma -que por otra parte, desde un punto de vista rigurosamente teórico es indudablemente frágil y notablemente anticuado- se hace de nuevo propio de algunos estudiosos de la bioética privados de cultura jurídica, poco sensibles al carácter interdisciplinar del mismo saber bioético y más bien tentados a pensar en el derecho como una mera, justa y extrínseca formalización de unas decisiones previas éticas y/o políticas.

5. El segundo paradigma puede definirse como "individualista-libertario". Este paradigma asume como su presupuesto que en la sociedad de una alta complejidad no puede dejar de reinar un irreductible pluralismo ético y que, en consecuencia, el derecho no puede ni debe estar vinculado a ninguna función educativa y promocional. De modo diverso al precedente paradigma, éste no asigna al derecho una función meramente formal, más que aquella -en cualquier modo sustancial- de garantizar al sujeto el derecho a la propia privacidad y a la más total autonomía en la elección personal (según el principio "cada uno tiene el derecho de juzgar por sí mismo"). El derecho deviene de tal modo un mero sistema de defensa de los 'derechos individuales', pero en el sentido estremadamente reducido de conjunto de pretensiones no fundadas sobre otra cosa más que sobre el hecho de que son objetiva y públicamente manifestadas por los individuos interesados.

Con estas premisas se siguen algunas consecuencias de relieve. En primer lugar, que no existen derechos 'en sí', sino sólo derechos que son reconocidos por un 'sujeto' que los reivindica: este paradigma, caracterizado por una fuerte tensión anti-paternalista (3), no concede por tanto espacio alguno a los derechos no reivindicados y por consiguiente tampoco a los derechos de los que no tengan voces para reivindicarlos. En esta perspectiva por ejemplo, Engelhardt afirma que no todos los individuos son personas, sino sólo aquellos capaces de entender y de querer y que por consiguiente poseen un status moral intrínseco (4). Fetos y adultos gravemente incapacitados serán por tanto excluidos, por el que adquiere esta perspectiva, del concepto de "persona": "estar sólo fuera del santuario in-

terno de la moral" (5).

Resulta coherente, a la luz de este paradigma, que no sólo a los fetos y a los incapacitados, sino también a los menores no se les reconozcan propiamente algún derecho (o porque no pueden materialmente reivindicarlo o también porque en cuanto incapaces de entender y de querer todos ellos sus reivindicaciones no deben tener reconocimiento ni relevancia jurídica). Aquellos que comúnmente se reconocen como derechos de los menores no deben ser de otro modo entendidos - a la luz de este paradigma- más que como los derechos que son propiedad de aquellos que tienen su potestad o su tutela, o al menos están en la esfera de su disponibilidad.

6. Si puede calificarse como "procedimental" el tercer paradigma, o definirlo, recurriendo a un léxico de derivación sociológica, como aquel de la adaptación. Es un paradigma bastante más sofisticado que los anteriores. Percibe la imposibilidad de fundar lo social como una mera agregación de los intereses subjetivos de los individuos singulares (como pretende hacer el paradigma individualista), pero no retiene que puedan existir efectivamente criterios de cálculo para resolver las innumerables hipótesis de los conflictos que pueden surgir entre los individuos, una vez que cada una de sus pretensiones privadas y subjetivas hayan asumido el rango de derechos y por tanto, mercedoras de tutela. Este paradigma, por otra parte, concuerda con el anterior en considerar que no pueden proponerse principios éticos objetivos como adecuado fundamento de la normativa jurídica positiva. La solución se considera en asignar al derecho la tarea específica

de defender una 'ética convencional pública', que fije de modo universal (esto es, válido para todos) el "procedimiento" públicamente concordado de gestión de los singulares problemas sociales. Se observa que este procedimiento viene asumido como válido y vinculante exclusivamente sobre una base convencional y que no se puede por consiguiente alterar arbitrariamente por nadie que participe en el juego social, en nombre de una privada visión de la realidad ética. Es evidente que, respecto a los precedentes, este tercer paradigma posee un indiscutible (aunque de cualquier modo provisorio) poder de vinculación, que se justifica por su presupuesto de una profunda confianza en la 'razonable voluntad' del acuerdo político que es característico de la dialéctica democrática. Es por esto que este paradigma no tiene necesariamente un carácter escéptico o relativista: aparenta realizar plenamente lo que Rorty ha definido eficazmente como la 'prioridad de la democracia sobre la filosofía' (6) y puede bien adaptarse tanto al horizonte del "pensamiento débil", hoy tan de moda, como a aquel, más severo y austero, de un 'ethos' laico. El límite de este paradigma (que es particularmente grave y coincide con el límite intrínseco de toda la perspectiva que reconduce la democracia a mera convención numérica) consiste en su imposibilidad de elaborar, a partir de sus propios principios, una normativa positiva de carácter contractual. Dentro de este paradigma, resuena en efecto la amarga definición de la democracia como registro de 'lo que sucede' (porque aquello que sucede suceda efectivamente a todos o al menos a la mayoría). Este modelo, en otras palabras, puede funcionar eficazmente en los casos en que exista una larga y difusa coincidencia en

orden a cierta temática (piénsese por ejemplo en la instintiva hostilidad que suscita la idea de un comercio en la adopción), Pero no puede, por principio, funcionar para temas de 'frontera', en el orden de todos aquellos que tengan aún formado un 'ethos' difuso y dividido. Pero esto es exactamente lo específico de la mayor parte de los problemas bioéticos que conciernen a la infancia: son problemas nuevos, a los que no se pueden aplicar decisiones democráticas, por la imposibilidad de parte de los que son llamados a una decisión estrictamente "convencional", de elaborar criterios 'racionales' de acuerdo.

7. El último paradigma es el "relacional". Este es el paradigma que mejor que los otros puede rendir cuenta de lo específico de la experiencia jurídica, como experiencia humana de relación, que es la tendencia, absolutamente típica de nuestro tiempo, a ver en el jurista aquel que más que todos los demás está llamado -en cuanto jurista, más incluso que en cuanto individuo dotado de sensibilidad ética, política o religiosa- a defender los 'derechos humanos'. Este paradigma asume como presupuesto propio el carácter racional del ser del hombre y ve en el derecho y en sus normas un sistema objetivo de defensa de la expectante irrenunciabilidad de la persona en su realidad de 'sujeto-en-relación'. El paradigma relacional, por tanto, posee en su específico criterio material de justicia: según esta perspectiva se puede considerar jurídicamente ilícita cualquier modalidad relacional que altere la simetría de la relación, confirriendo a una parte de la relación poderes (o por decirlo mejor, privilegios) indebidos, que no sean, por tanto, reconocidos recíprocamente o comunmente reconocibles por los demás.

Adentrándose en una problemática de bioética, este paradigma se revela particularmente fecundo. Permite por ejemplo individuar según una línea directriz el derecho, que es llamado a superar el tradicional reduccionismo a la luz del cual ha surgido el problema -por otra parte estremadamente complejo- de la subjetividad jurídica. Esta aparece en efecto, en la doctrina tradicional, reconducible a una lógica esencialmente 'individualista' y por tanto falta de potencia, porque objetivamente el individuo es despotenciado y viene a ser considerado fuera de la trama relacional que lo constituye como persona. Como es bien sabido, según la perspectiva jurídica tradicional, la 'capacidad jurídica' pertenece a todo individuo; mientras la capacidad de 'agire' -de llevar a cabo por tanto acciones jurídicamente relevantes- está en correlación con la capacidad de entender y querer. A los menores de edad no se les reconoce capacidad de obrar, ni más ni menos que a los enfermos mentales; a los fetos y a los embriones se les niega la misma capacidad jurídica. Estos sujetos son personas propiamente individuadas en caso de necesidad del ordenamiento y se les reconoce como titulares de una potestad propia.

Conceptualmente límpido, el modelo individualista sufre de una evidente e intrínseca rigidez, que lo vuelve -cuando se toma absolutamente en serio- inoperante: no es suficiente prueba la elaboración de la categoría dogmática de la 'capacidad natural' de los menores de edad -gracias a la cual se les reconoce plena validez jurídica a toda una serie de actos que los menores pueden llevar a cabo sin la intervención directa de los que tengan potestad sobre ellos.. Pero no es éste el lugar para discutir los méritos y los límites

de este modelo -puesto que no es posible presentarlo de modo adecuado sino sólo esquemáticamente (7)- ni es oportuno insistir en su estructural inadecuación. Es suficiente limitarse a observar que parte de un presupuesto indebido que debe considerarse definitivamente superado epistemológicamente: que la subjetividad corresponde a un "in se" absolutamente irreal. La búsqueda psico-anropológica -sobre todo en su elaboración para la integración bioética- indica exactamente lo opuesto: el sujeto está estructuralmente abierto a la alteridad, es constituido por la alteridad, encuentra en la alteridad no sólo la única posibilidad de defensa y de promoción, sino también la única vía para alcanzar la conquista de su propia identidad. El vínculo que une a cada ser humano con los otros seres humanos -y en particular el vínculo que se instaura entre el que necesita tratamiento y el que está al cuidado de otro- tiene la validez no sólo de un vínculo social, sino más profundamente todavía de un vínculo psicológico-existencial, 'constitutivo de la subjetividad de ambos'.

El jurista debe reconocer que no existe ningún suceso que no encuentre su fundamento en la 'relación', ni derechos que no puedan ser reivindicados fuera de un contexto relacional. Ningún problema bioético puede partir del individuo sólo, porque tal individuo propiamente no existe; lo que está en juego es siempre un sistema de comunicación interpersonal.

8. De cuanto hemos dicho, podemos extraer algunas conclusiones:

a) Garantizando la relacionalidad, el derecho no garantiza de por sí ningún 'valor'. Ni siquiera el máximo de los valores comun-

mente concebido, la vida, es garantizado de por sí por el derecho (que puede bien prever la pena de muerte o, por poner un ejemplo, menos controvertido, el deber de algunos sujetos -militares, bomberos, policías- de actuar en ciertas circunstancias con riesgo de su vida). El derecho garantiza los "valores" sólo cuando es coherente con la lógica de la relationalidad. Un valor altamente respetable (esto es, el islámico de la poligamia) puede no ser reconocido y tutelado en un ordenamiento occidental, cuando sea incompatible con la lógica relacional propia de éste ordenamiento.

b) El derecho no tutela cualquier forma de relación, sino sólo la relacionabilidad en sentido propio, aquella que fundamenta la subjetividad y presupone la igualdad ontológica de los que coexisten: esto explica la vocación simétrica e igualitaria del derecho, la repugnancia del derecho a los privilegios (que alteran la simetría de las partes), la tutela jurídica en la confrontación de aquellos sujetos (menores, enfermos, ancianos, etc) que no por motivos ontológicos (como por ejemplo, los animales), sino accidentales y/o transitorios (edad, enfermedad, accidente) no están en grado de sentir plenamente su personalidad relacional.

c) El derecho tiene como ámbito suyo específico el sistema de la acción social; tiende por consiguiente a tipificar la acción del hombre, a leerla no en su irrepensible individualidad (como hace la moral), sino en cuanto que está conforme a los modelos de universal compatibilidad. De aquí la carga formal que posee la lógica del derecho, que induce al observador a la idea de que el derecho se

cierra en la exterioridad y descuida el análisis de lo profundo del corazón. Es ciertamente una señal de la más indicativa diversidad que se produce entre el derecho y la ética -pues ésta, según una célebre observación, considera no la acción, sino al agente(8)-, pero no debe llevar a descuidar el que es el valor específico de la actitud del derecho: concediendo importancia a la acción (y poniendo en un segundo plano al agente) el derecho concede importancia a la igualdad entre los hombres, midiéndolos a todos por una misma medida, no aquella de su insondable e inverificable intención, sino de su concreto y verificable actuar en el mundo. Y en la relationalidad social no son las intenciones las que ayudan o las que ofenden, sino sólo las acciones realmente queridas y realmente experimentadas; por esto, el derecho se hace cargo de esta dimensión, sin negar la existencia y la relevancia de la otra, pero confiándola a otro ámbito de estudio y de reflexión.

De este corolario deriva una última consecuencia de gran relieve para nuestro tema. En los límites en los que se trata de la acción, en los que se le tipifica, el derecho tiende a conocer menos o directamente a postergar las acciones no tipificables: las acciones excepcionales, inducidas por eventos casuales imprevisibles (casos fortuitos), de fuerza mayor ("necessitas non habet legem", o también, en caso de necesidad agregar, a aquella gracia que sopla en la voluntad e induce a los hombres a la acción no reconducible a las normal esquematización de la existencia cotidiana (porque no sólo la 'necesidad' sino también la "caritas non habet legem"). A este respecto, la bioética pierde toda referencia biojurídica: del respeto a la 'persona' se pasa al 'amor' y a la inmensa capacidad de sacrificio del que

el amor puede ser capaz. Pero en este momento, el jurista no puede hacer otra cosa sino callarse: o mejor, puede y debe continuar hablando, pero sólo de hombre a hombre, después de haber abandonado el hábito del jurista.

9. En síntesis, podemos concluir afirmando que la biojurídica debe:

- Tematizar la subjetividad jurídica y en particular la de los enfermos, menores de edad, minusválidos, los no nacidos, en clave relacional.

- Reconocer que la normatividad intrínseca de los sujetos jurídicos no nace de la voluntad arbitraria del legislador, sino de la misma naturaleza de las relaciones sociales.

- Contribuir a la construcción del sistema positivo de los derechos humanos como sistema jurídico y meta-estatal.

- Finalmente, afirmar el carácter racional de la epistemología jurídica como epistemología relacional.

El discurso jurídico es un discurso sobre el ser del hombre y debe ser enraizado en la verdad del hombre: una verdad común a todos los hombres, cognoscible por parte de todos los hombres, que es válida para todos y que no discrimina a nadie.

10. La recaída en el ámbito bioética del paradigma relacional tienen un gran relieve. Me limito a analizar dos casos emblemáticos, elegidos intencionalmente entre los más controvertidos en el actual debate bioético.

El primer caso que querría examinar es el de la eutanasia. Me limito a considerar lo que en otra ocasión he denominado como "eutanasia propia", esto es, la eutanasia activa sobre un sujeto consciente (9), que se ha consi-

derado eficazmente como equivalente a un modo de "suicidio racional" (10), un derecho que, atendiendo a la esfera de la autonomía radical, debería reconocérsele al sujeto, que el ordenamiento jurídico debería incluso tutelar y promover, en lugar de reprimir.

Podemos considerar cuáles son los elementos estructurales de la eutanasia propiamente dicha: a) la pretensión de un sujeto, plenamente consciente, de ser suprimido cuando se den las circunstancias que él mismo ha determinado con anterioridad y detalladamente; b) La obligación de un "operador" (preferiblemente un médico y preferiblemente indicado por el mismo sujeto) de llevar a cabo tal pretensión; c) El interés público por el control de la validez de la demanda y la corrección de su cumplimiento. Es sabido que la defensa de semejante pretensión eutanásica es realizada con un intento de promoción social y normativa al mismo tiempo en diversos países del mundo, por muchas asociaciones pro-eutanasia. Generalmente concuerdan en ver en la eutanasia un verdadero y propio derecho fundamental del hombre y en sugerir a sus seguidores la redacción de lo que se ha llamado eficazmente "testamento biológico", que verdaderamente asume la función de base legal para la legitimación de la consiguiente (y eventual, en cuanto subordinada a la realización de las circunstancias previstas en el testamento) intervención eutanásica (11).

La analogía y la asimilación entre la eutanasia propiamente dicha y el suicidio constituyen el punto de fuerza y la modernidad de las nuevas reivindicaciones eutanásicas (12). Afirmar la existencia de un "derecho a la propia muerte" y sostener a la vez que "el Estado no puede pretender reconocer la exist-

encia de un derecho que no le pertenece y que no puede conceder a los particulares, el derecho de matar"(13) parece poco convincente, porque el "derecho a matar" no es concedido por el Estado, que efectivamente no lo posee, pero es al único que no está legitimado, el mismo sujeto, al que se le quiere reconocer -considerando legítimo el suicidio- un verdadero y propio "derecho a la propia muerte". Se toca aquí con la mano cómo la progresiva indiferencia del derecho moderno en torno al suicidio -que sólo desde hace poco más de un siglo se considera si no absolutamente lícito, al menos como no punible(14)- no puede con rigor lógico explicar sus efectos en el ámbito objetivamente limítrofe de la eutanasia propiamente dicha (15). Es una opinión dominante que el suicidio debe considerarse como un suceso extra-jurídico (16) y no es éste el lugar para discutirlo. Es posible, sin embargo, verificar la juridicidad de la eutanasia propiamente dicha de otro modo, prescindiendo de la analogía suicidio/eutanasia: es la vía recorrida por Sergio Cotta. El ve la ilicitud jurídica de la eutanasia propiamente dicha en esto, en que altera de un modo inaceptable la estructura relacional del derecho. La eutanasia propiamente dicha no es reducible a un acto singular, implica, como se ha visto, un procedimiento que puede llegar hasta la formalidad del "testamento biológico"; implica una relación radical entre dos sujetos, el "paciente" y el "operador", el que da y el que recibe el mandato eutanásico. Y aquí está la dificultad más radical: ¿qué relevancia hay que dar a este "mandato"? O no es negociable por parte del operador y entonces éste tiene que intervenir incluso cuando, en conciencia, considere no subsistentes las circunstancias de hecho que el paciente había indicado a su tiempo

como justificantes de la eutanasia (piénsese en el caso de un neurótico enfermo de un tumor); o ese mandato es negociable y entonces el paciente no estará seguro de que sus deseos serán efectivamente cumplidos por el operador. En conclusión, "la decisión del sujeto y la del operador no coinciden 'necesariamente' en todo y por todo. Por esto, en tal situación, se presenta la siguiente alternativa: o el sujeto es dueño de la conciencia del operador o el operador es dueño de la vida del sujeto. Se trata de dos soluciones que contradicen la realidad de la alternativa eutanásica y, por consiguiente, son ontológica y moralmente inaceptables, puesto que uno u otro de los miembros de la relación es reducido a un objeto: la relación intersubjetiva se disuelve"(17) Puede ocurrir casualmente en algunos casos singulares que no se dé discordancia entre la voluntad del paciente y la del operador; pero se trata claramente de una eventualidad accidental (y siempre contestable por una tercera persona, como señala justamente Cotta). ¿Cómo puede una ley sobre eutanasia resolver esta antinomia, reconocer la eutanasia como 'derecho' y al mismo tiempo eliminar la ambigüedad que producirá necesariamente el ejercerlo?

Pero, podrá objetarse, si se presenta el caso en que la voluntad eutanásica del paciente no esté ligada a un testamento biológico, pero sea la propia de un 'esprit fort', actual, cierta, lúcida y consciente. Imaginemos que a esta voluntad corresponda una disponibilidad igualmente actual, cierta y consciente, de un médico. Al menos en este caso el derecho podría reconocer -en nombre de la autodisponibilidad de la vida del paciente- la licitud del acto eutanásico.

Pero una hipótesis de este género -quizás

escolástica en su figurarse una simétrica serenidad de juicio, y una serena y libre capacidad de querer en el paciente y en el operador no aparece en absoluto como convincente. El que tiene tanta serena lucidez para proyectar su propia muerte a manos de otro, debería tenerla para proyectarla por su propia mano (en caso límite, a través de su rechazo de la terapia). Y si el paciente rechaza la idea del suicidio porque no tiene el suficiente coraje, ¿no significa esto quizás que se debilita uno de los elementos típicos de la hipótesis arriba formulada, el de la voluntad fuerte y serena del paciente, una voluntad de verdadero 'esprit fort'? La realidad es que una hipótesis de este género -de la que no se pretende, por otra parte, negar la posibilidad real- se mueve en una atmósfera de claroscuro, dominada por la angustia y la falta de certeza, lo contrario a ser iluminísticamente unívoca. Bien difícilmente el pobre léxico de la legislación positiva podrá recoger todos los matices de semejantes situaciones humanas, cristalizándolas en comas y artículos. Propio esto último de la serenidad y lucidez de espíritu que pueden usarse para designar la clásica imperturbabilidad de un sabio estoico, pero que muy difícilmente pueden atribuirse a un ser humano que ve acercarse la muerte.

11. También son graves los problemas bioéticos que nacen de la práctica de la fecundación artificial, considerada desde el punto de vista de la biojurídica. Es evidente que tales prácticas pretenden dar respuesta a un deseo de procreación; pero también es evidente que esta respuesta sólo se efectúa cuando nace un niño. En otras palabras, el niño y no la mujer o el hombre es el verdadero protagonista del proceso, tanto si se considera

como 'suceso' o como 'accidente'. Se sigue de aquí que la primera obligación, generalísima, de carácter bioético -el primer interés que debe tutelarse- tiene como referencia al niño que es traído a la vida, y no a la mujer o al hombre que llevan a la práctica estas técnicas. Pero el niño es titular de un único interés: el de estar insertado en una completa y adecuada dinámica relacional, en la cual su identidad de persona pueda llegar a una plena maduración.

¿Es posible, por tanto, sostener que existe un derecho (de la mujer o de la pareja) de ser admitidos y utilizar estas prácticas? Ciertamente sí, siempre que se reconozca el carácter 'ulterior' respecto al derecho que se le reconoce al 'nasciturus'. En otras palabras, si lo que se ha dicho anteriormente tiene consistencia, es imposible reconocer el carácter de un 'derecho incondicionado' a la pretensión de un hombre y de una mujer (sea singularmente o como pareja) a ver realizada su aspiración a la generación a través de las técnicas de fecundación asistida, porque implicaría negar 'a priori' toda relevancia bioética a la figura del 'nasciturus'. La existencia de un así llamado derecho no puede ser hipotecada sobre la base de una pretendida analogía con la completa libertad de procreación natural de que gozan el hombre y la mujer. Tal libertad es efectivamente completa y está celosamente defendida, pero sólo en los límites que afectan a la esfera estrictamente 'naturalística' del ser del hombre (la esfera que puede estructurarse bajo el signo de la negación de la alteridad) y en cuanto está destinada desde el principio a no prolongarse más allá de esta dimensión. La procreación asistida no tiene sin embargo ningún carácter naturalístico, por razones extrínsecas (por el aparato tecnológi-

co que rodea su procedimiento), pero sobre todo intrínsecas: la fecundación artificial - para utilizar una bella expresión de Donati (18)- es "una llamada a la alteridad"; su sentido constitutivo e intencional es abrir la posibilidad de una nueva dinámica relacional de carácter familiar. El derecho a la generación asistida está ciertamente reconocido, eventualmente incluso como un derecho fundamental, pero no como dotado de un carácter 'incondicionado': estará condicionado y estructurado con referencia al conjunto de intereses que surgen de la y en la situación en la que se reivindica (sólo en este aspecto puede ser considerado en analogía con otro derecho ciertamente fundamental, pero no incondicionado, como es el derecho a la salud). Y detrás de los diversos intereses que tienen relieve en la situación que se produce con la práctica de la fecundación asistida, los únicos que pueden elevarse al rango de verdaderos y propios derechos incondicionados son evidentemente los intereses del sujeto llamado de tal manera a la vida.

La reflexión bioética sobre la procreación artificial tiene, por tanto, necesidad de abrirse a una seria consideración de la figura del 'nasciturus'. A él se refieren propiamente 'todos los derechos' que reconocemos en general a la infancia: el derecho al nombre, el derecho a la salud, el derecho a ser acogido por sus padres, el derecho a una armoniosa formación de la propia personalidad. Bajo este perfil, parece que el trabajo de reflexión por parte del jurista apenas está en sus inicios.

Notas bibliográficas:

1) Para profundizar en este punto, en clave historiográfica, me permito remitir a F. D'Agostino, "Medicina e diritto. Riflessioni filosofiche", en "Iustitia", 40, 1987, pp. 69-71.

2) Retomo aquí algunos temas que ya he tratado en trabajos precedentes: cfr. D'Agostino, "Il problema bioetica in una società pluralistica", en "Atti dell'88° Congresso della Società italiana di Medicina interna" (Roma, 19-23.X.1987), Roma, Pozzi, 1987, pp. 8-15, y "Dalla bioetica alla biogiuridica", en "Transizione", n° 13-14/1989, pp. 289-299.

3) Para una vigorosa crítica del paternalismo médico, crr. A. Buchanan, "Medical Paternalism", en "Philosophy and Public Affairs", 7, 1978, pp. 370-390. Sobre el problema filosófico del paternalismo, cfr. E. Diciotti, "La giustificazione paternalistica di norme", en "Studi senesi", 100, 1988, pp. 76-129.

4) The Foundations of Bioethics, New York, Oxford University Press, 1986, tr. it., Manuale di bioetica, Milano 1991, pp. 123 ss.

5) Ibidem.

6) Cfr. Rorty R., "La priorità della democrazia sulla filosofia", en AA.VV., *Filosofia* '86, a cargo de G. Vattimo, Bari-Roma, 1987, pp. 23-50.

7) Me limito a remitir a S. Amato, *El sujeto y el sujeto del derecho*, Torino, 1990.

8) Me refiero a G. Capograssi, "Analisi dell'esperienza comune", en *Opere*, vol. III, Milano 1956, p. 112.

9) 'L'eutanasia come problema politico' en AA.VV., *Eutanasia. Atti del XII Congresso nazionale dell'Associazione teologica italiana per lo studio della morale*, Bologna, Dehoniane, 1987, pp. 47-70, publicado en "Archivio Giuridico", 207, 1987, pp. 27-48. Cfr. también mi ensayo "eutanasia, derecho e ideología", en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", n° 17, 1977, pp. 363-380.

10) La expresión es de M. Mori, "Su alcuni problemi concernenti l'eutanasia", en "Transizione", 3, 1985, p. 86.

11) En la base lógica del "testamento biológico" está una fuerte carga de abstracción iluminista, que se concilia mal con la psicología real del enfermo terminal. Cfr. al respecto J. Möllering, *Schutz des Lebens-Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, Stuttgart 1977, p. 99 ss, y también mi artículo "Eutanasia e diritto: la logica del testamento biologico", en "Impegno ospedaliero", 7, 1986, pp. 147-149.

12) Como reconoce A. Kaufmann, "Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen", en *Contemporary Problems in Criminal Justice. Essays in Honour of Prof. Dan-*

do, Tokio 1983, pp. 97-110.

13) Así, F. Stella, "Il problema giuridico dell'eutanasia", en AA.VV., *Il valore della vita*, Atti del 54° corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano 1985, p. 165.

14) Algunas referencias en el artículo mío, "La riduzione moderna della persona: l'esempio del suicidio", en D'Agostino, *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982, pp. 191-204, útilmente integrado en R. Marra, "La repressione legale del suicidio", en "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986, pp. 129-176. Típicas formas de sanción jurídica contra el suicidio eran la nulidad de las disposiciones testamentarias, la infamia de la memoria, la denegación de honras fúnebres.

15) Limítrofe, pero sin embargo rigurosamente distinto, según mi parecer. Tiene perfecta razón C. Bruaire cuando observa que "ce que nous dit celui qui se suicide, c'est précisément que nul n'a le droit de pénétrer sa liberté comme nul ne peut partager sa mort". Por consiguiente,

admitida la existencia de un 'derecho al suicidio', "le droit est perdu dans sa délégation" (*Une éthique pour la médecine*, Paris 1978, p. 62).

16) Aunque la mayoría de las veces muy mal fundada: véase la puntual observación de V. Vitale, "L'antigiuridicità 'strutturale' del suicidio", en AA.VV. *Diritto e corporeità. Prospettive filosofiche e profili giuridici della disponibilità del corpo umano*, a cargo de F. D'Agostino, Milano, 1984, pp. 121-145.

17) S. Cotta, "Aborto ed autanasia: un confronto", en "Rivista di filosofia", 1983, n° 25/27, p. 22.

18) "Il contesto sociale della bioetica: il rapporto tra norme morali e norme di diritto positivo", en AA.VV., *Bioetica. Un'opzione per l'uomo*, Milano 1989, p. 170.

(Conferencia pronunciada en el I Simposium Europeo de Bioética, Santiago de Compostela, V-1993. Traducción del italiano: F. León)