Copyright Cuadernos de Bioética

¿HACIA UN BIODERECHO UNIVERSAL? BIODERECHO EN ACCIÓN Y FUNCIONALIZACIÓN DEL VALOR DE LA VIDA HUMANA[1*]

TOWARDS AN UNIVERSAL BIOLAW? BIOLAW IN ACTION AND FUNCIONALIZATION OF HUMAN LIFE'S VALUE

MARTA ALBERT
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
Paseo de los Artilleros, s/n
Teléfono: +34 646717549
E-mail: marta.albert@urjc.es

RESUMEN

Palabras clave: bioderecho "en acción", derecho a la vida, universalidad, nuevos derechos humanos, valores.

Recibido: 05/08/2013
Aceptado: 05/09/2013

El artículo analiza la cuestión del bioderecho universal desde el punto de vista de la praxis biojurídica. En el proceso de interpretación y re-creación de las normas que regulan el derecho a la vida y nuevos derechos como la autonomía personal se encuentran los principales problemas para la protección de la vida (que no provienen, por tanto, de la literalidad de las normas), pero también las posibilidades de construir un bioderecho universal regido por el valor de la vida humana hecho función de la experiencia jurídica.

ABSTRACT

Keywords: biolaw "in action", right to life, universality, new human rights, values.

The paper analyzes the question of the universal biolaw from the point of view of the biojuridical praxis. The main problems concerning life's protection are found in the process of interpretation and re-creation of the norms (not in their literal texts) regulating the right to life and new rights, as personal autonomy. But it is also at this sphere where the possibilities of an universal biolaw founded on the funcionalization of the human life value are to be found.

1. Introducción

Cuando nos planteamos la posibilidad, la conveniencia o incluso la necesidad de un bioderecho universal, pensamos normalmente en lo que se ha dado en llamar la "biolegislación" a nivel internacional. En este sentido, es frecuente que en los trabajos académicos que abordan esta cuestión se traigan a colación los grandes textos biojurídicos del derecho internacional público.

La perspectiva que pretendo mostrar en este trabajo no es, sin embargo, la del bioderecho en sus textos, sino la del bioderecho "en acción". Por supuesto, no se trata de opciones metodológicas excluyentes. Al revés, creo que se complementan una a la otra, de modo que acaso

1* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Principio de no discriminación y nuevos derechos» (DER2011-26903), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

la visión más completa del bioderecho sea la que ofrezca la integración de ambas perspectivas de análisis: la del texto y la de su interpretación, es decir, la del obrar jurídico mediante el cual el texto legal cobra vida.

La referencia al bioderecho "en acción" no es más que la aplicación al terreno biojurídico de la conocida distinción de Roscoe Pound entre *Law in Books* (el derecho tan como está "en los libros", o sea, en los textos legales) y *Law in Action* (el derecho en acción, en la praxis jurídica cotidiana)[2].

La elección de la perspectiva del "bioderecho en acción" como punto de vista desde el que responder a la pregunta por un bioderecho universal se basa, fundamentalmente, en dos razones.

La primera consiste en la observación de que algunos de los más graves problemas que hoy día ocupan al bioderecho no están exactamente en la legislación. Radican, más bien, en la interpretación del lenguaje biojurídico. No pertenecen propiamente al *Biolaw in books*, aunque se ocupen de él, sino al *Biolaw in action,* porque tienen que ver con la interpretación que los juristas hacemos de las normas.

La segunda, porque lo más universal en el derecho es, posiblemente, la praxis jurídica cotidiana, las formas de llevar a cabo el oficio de jurista. Si hay algo universal en el derecho, somos los juristas y nuestros esquemas mentales. Tiene sentido, por tanto, incidir sobre esta esfera si nos proponemos construir un bioderecho universal.

2. Desafíos para un bioderecho universal. Lenguaje biojurídico y bioderecho en acción

Acabamos de poner de manifiesto cómo algunos de los más arduos problemas del bioderecho contemporáneo no radican propiamente en los textos biojurídicos, sino, más bien, en su interpretación y aplicación. El problema tiene que ver con las múltiples maneras en las que se puede "leer" el lenguaje biojurídico[3].

A continuación nos detendremos en el análisis de algunos ejemplos relacionados con el derecho a la vida, pero debemos tener presente que esta dificultad inherente a la labor de interpretación, que tan profundamente ha analizado la filosofía hermeneútica, es, en realidad, común a todo el fenómeno jurídico. La pretensión de que al juez le bastaba aplicar mecánicamente las normas en una higiénica operación lógica ha sido desterrada por completo de la filosofía del derecho contemporánea. Como ha señalado Zambrano, "el positivismo jurídico contemporáneo, en sus vertientes incluyente y excluyente, ha receptado al menos parcialmente la crítica de Dworkin, y casi unánimemente descree del denominado "formalismo jurídico" y de su pretensión de que la interpretación y la aplicación del Derecho constituyen actividades puramente técnicas y a-valorativas"[4].

Piénsese, por ejemplo, en los derechos humanos. Algunos autores tan relevantes como Norberto Bobbio[5] defendieron que el problema de estos derechos no era tanto el de su fundamento como el de su protección efectiva. Me parece, en cambio, que retener esta visión de las cosas sería una gran ingenuidad. El problema del fundamento es básico para resolver el problema del contenido, entre otras cosas, porque la determinación final del contenido depende del fundamento del derecho. Las distintas concepciones en torno a posibles fundamentaciones para los derechos humanos operan en la base del obrar tendente a la interpretación jurídica de las normas que los regulan, determinando, a la postre, interpretaciones diversas de los titulares, el contenido y los límites de los derechos. Todas ellas pueden caber (algunas con más comodidad que otras, desde luego) dentro del texto

2 Como más tarde se pondrá de manifiesto, no asumimos con ello los presupuestos filosóficos que sustentan el realismo jurídico norteamericano, aunque cierta dosis de pragmatismo no estará exenta de la perspectiva filosófica sobre la que se fundamenta la perspectiva de análisis que se defiende en este trabajo.

3 No pretendemos ningunear el problema relativo a la manipulación del lenguaje realizada por el propio legislador, especialmente grave en el ámbito biojurídico, y de la que tenemos importantes ejemplos en el ordenamiento jurídico español. *Vid.,*.Corral García, E., "La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica", *Cuadernos de Bioética,* XX, 2009/2a, 183-200; 150 y 188. Teniendo este problema bien presente, nos centraremos a continuación en los casos en los que lo problemático no son los textos en sí, sino las lecturas que los juristas hacemos de ellos.

4 Zambrano, P., "El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", *Dikaion,* Universidad de La Sabana, diciembre 2009, 112, disponible on line en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1545/2115> [Consulta: 1/7/2013]

5 Bobbio, N., "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, 1965, f. II, 302-309.

de la norma jurídica, será la tarea del intérprete la que hará inclinar la balanza hacia uno u otro lado, al dar sentido concreto a las abstractas y a menudo conscientemente ambiguas palabras del legislador.

2.1. Interpretación del derecho a la vida y nuevos derechos

Como antes señalé, ejemplos relativos al derecho a la vida no escasean en el bioderecho internacional y comparado.

Quizá uno de los primeros y acaso de los más claros sea el del caso Bay Boy... Le siguen Vo, Evans, Brüstle, Haas, Gross... Los repasaremos brevemente para hacernos una idea más clara de las dimensiones del problema que tratamos de poner de manifiesto.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José, de 1969)[6] afirma que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

El 3 de octubre de 1973 (unos meses después de las sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton*, que supusieron la legalización del aborto en todos los Estados de la Unión), el Dr. Kenneth Edelin (del *Boston City Hospital)* realizó un aborto por histerectomía en soltera de diecisiete años, embarazada de unas veinte semanas, con consentimiento de ésta y su madre, a resultas de lo cual y tras el posterior proceso judicial, fue condenado por homicidio no premeditado.

La ley del Estado de Massachusetts, donde tuvieron lugar los hechos, establecía que el aborto es delito excepto cuando se realiza de buena fe y en la creencia de que es necesario para la conservación de la vida o la salud de la mujer. Recurrido el caso ante la Corte Suprema judicial de Massachusetts, la condena es revocada y el Dr. Edelin resulta absuelto, sobre la base de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es jerárquicamente superior a la ley de Massachusetts, por lo que habrá de resolverse el caso de acuerdo con la doctrina constitucional, con validez en todo el territorio de los Estados Unidos.

El caso es recurrido ante la Comisión Interamericana de derechos humanos[7]. El Pacto de San José, aunque tiene lugar en 1969, no había entrado en vigor aún cuando la Comisión debe decidir sobre el caso. La Declaración de Bogotá (1948), que sí estaba en vigor proclamaba el derecho a la vida en su artículo 4.1, con un escueto "toda persona tiene derecho a la vida". Pero tanto Estados Unidos como Brasil habían interpretado este artículo al ratificar la Declaración, en el sentido de que ésta dejaba a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares.

La Comisión optó por no tener el texto del Pacto de San José en cuenta, ni siquiera a efectos interpretativos, y juzgó a los Estados Unidos según el texto de la Declaración de Bogotá, a resultas de lo cual, quedaron absueltos. Sin embargo, algunos Magistrados, en votos disidentes, se mostraron contrarios a esta solución absolutoria.

Para justificar su decisión no sólo apelaban al texto del Pacto de San José, sino también a la redacción primitiva de la propia Declaración de Bogotá, cuyo tenor literal era el siguiente: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles o dementes".

Si la supresión del último párrafo en la redacción final significase, como quería la mayoría de la Comisión, que el derecho a la vida no existía desde la concepción, también habría que admitir que no tenían derecho a la vida ni los incurables, ni los imbéciles ni los dementes, lo que obviamente nadie estaba dispuesto a afirmar[8].

A pesar de lo dicho, prevaleció, como ya se ha señalado, la opinión mayoritaria que sostenía una inter-

6 Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [Consulta: 1/7/2013]

7 *Vid.*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 23-81. Caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981. Disponible on line en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm> [Consulta: 1/7/2013]

8 *Vid.*, los votos negativos a la sentencia de los Drs. Marco Gerardo Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro.

pretación restrictiva de lo establecido en la Declaración de Bogotá. Se reconocía así el derecho de los Estados Unidos a legislar de acuerdo con su propio desarrollo social, experiencia, etc., el problema del aborto, quedando absueltos del cargo de haber infringido la Declaración de Bogotá.

De este modo, el sistema americano de protección de derechos humanos, aún prescribiendo, en la propia Convención americana de derechos humanos la existencia de derecho a la vida desde la concepción, termina considerando que, en el caso *Baby Boy*, el derecho de los Estados Unidos comprendía la posibilidad de absolver al Dr. Edelin por la comisión de un aborto en la semana 20 de embarazo.

El caso de la Sra. Vo nos hace volver la vista hacia Europa. Como es sabido, el Convenio de Roma establece en su art. 2 el derecho a la vida, en los siguientes términos: "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley"[9]. Este derecho es interpretado por primera vez en clave biojurídica en la sentencia del caso Vo[10].

La Sra. Vo es de origen vietnamita, cuando tuvieron lugar los hechos residía en Lyon y no hablaba francés. Acudió al hospital para una revisión de su embarazo, estando citada para realizarse la ecografía de las veinte semanas. Allí, el médico que la atendía la confundió con otra señora, también llamada Vo, y también de origen vietnamita, que iba a retirarse un dispositivo intrauterino. Las dos señoras llegaron a la vez a la consulta y el personal de administración confundió sus expedientes.

Al realizar la maniobra de extracción del dispositivo intrauterino sobre la Sra. Vo embarazada, el doctor le provocó una ruptura de la bolsa con expulsión del líquido amniótico y posterior expulsión del propio feto, un varón que falleció por esta causa.

La Sra. Vo estimaba que lo justo (lo suyo, lo que le correspondía) en este caso era que la muerte de su hijo se considerara homicidio involuntario, por lo que emprendió acciones legales contra el médico por la vía penal. Como es sabido, en virtud del principio de tipicidad del Derecho, de la misma manera que un aborto sólo cabe en caso de embarazo, un homicidio sólo puede perpetrarse sobre una persona, sobre un sujeto dotado de personalidad jurídica y titular, en esa medida, de derechos.

El problema que debe resolver el Tribunal es la determinación de si un feto puede ser víctima de un homicidio, o, dicho de otra manera, si es una persona en sentido jurídico y, por tanto, su muerte puede ser calificada como homicidio.

Los Tribunales franceses entendieron que el argumento decisivo era el de la viabilidad del feto, de modo que un feto viable puede ser víctima de un homicidio, mientras que uno inviable, no. Lo que sorprende es que los tres tribunales que entendieron del caso ofrecieron tres versiones diferentes de lo que parecía una cuestión de hecho: si el feto era o no viable en el momento de su muerte[11]. El Tribunal de Apelación de Lyon (a diferencia de la primera instancia y del Tribunal Supremo) consideró que, estando el feto perfectamente sano en el momento de su muerte, hubiera sido viable de no procederse a la maniobra de extracción del DIU sobre su madre. Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló la sentencia considerando inválida esta argumentación y acogiéndose al dato de que cuando el feto fue expulsado del claustro materno no tenía posibilidades de supervivencia.

La Sra. Vo recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acusando a Francia de la violación del artículo 2 de la convención de Roma. La sentencia no encontró responsabilidad en la actuación de los Tribunales franceses. Como se ha señalado, la cuestión que debía resolver el Tribunal era la de determinar si el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales , cuyo artículo 2 establece que: "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley", protegía también la vida del hijo de la Sra. Vo, es decir, la cuestión de la interpretación del término "persona".

9 Artículo 2.1. del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, disponible on line en <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf]> [Consulta: 1/7/2013]

10 Vo v. France, App. Nº 53924/00, Sentencia de TEHD (Grand Chamber) de 08/07/2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VIII, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887> [Consulta: 25/6/2013]

11 *Vid.*, parágrafo 19 de la Sentencia.

De esta interpretación dependerá la solución del caso, es decir, lo que se considere "el derecho", lo que corresponde a cada uno en el caso concreto.

El Tribunal reconoce que el embrión y el feto pertenecen a la especie humana, y merecen, por tanto, protección jurídica, pero esto no les convierte en "personas" con derecho a la vida en virtud del artículo 2 de la Carta de Roma[12]. El Tribunal considera que no es posible, en el actual estado de cosas, responder en abstracto a la pregunta de cuándo un niño no nacido es una persona en el sentido del artículo 2[13]. Por esta razón, el Tribunal, como en otras ocasiones en las que trata de asuntos sobre los que no existe consenso a nivel europeo, se abstiene de dar una respuesta, dando por válida la solución de los tribunales franceses al caso Vo.

La jurisprudencia de Vo constituyó el fundamento de fallos posteriores. Sólo mencionaremos aquí el de Evans v. Reino Unido[14].

La Sra. Evans, tras varios años intentando quedarse embarazada sin lograrlo decidió, junto a su entonces pareja, el Sr. Johnston, recurrir a los servicios de una clínica de reproducción asistida. Durante los estudios realizados a la pareja para determinar las causas de su esterilidad, le son diagnosticados a la Sra. Evans dos tumores precancerígenos en ambos ovarios. La clínica les recomendó realizar inmediatamente una fecundación artificial y congelar los embriones resultantes con la finalidad de que, una vez extirpados los ovarios, la Sra. Evans pudiera implantarse y gestar los embriones.

La clínica informó a ambos de la necesidad de firmar un contrato, por el que prestaron su consentimiento al tratamiento. Además del contrato privado con la clínica, es de aplicación la *Human Fertilisation and Embriology Act*, (HFEA) que establece en su Anexo 3, Sección 4, que cualquiera de los dos puede revocar el consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación en el útero de los embriones. Además, el contrato establecía que, en caso de que la relación termine mediando sentencia de divorcio o separación, el destino de los embriones debía ser revisado, y se les informó de que esta cláusula también se les aplicaría a ellos (que eran convivientes *more uxorio*) en caso de separación de facto y ruptura de la relación. Por último, ambos tenían obligación de comunicar a la clínica cualquier cambio que se produjera en su relación.

La fecundación se realiza *in vitro* y se obtienen, en noviembre de 2001, seis embriones, que son congelados. La Sra. Evans es intervenida de los dos tumores, siéndole extirpados los ovarios, por lo que queda imposibilitada para tener hijos en lo sucesivo.

Los médicos recomiendan a la Sra. Evans esperar al menos dos años desde la operación para implantar los embriones. En este lapso de tiempo (concretamente en mayo de 2002, seis meses después de la fecundación) la relación entre ella y el Sr. Johnston se rompe. La discusión sobre el futuro de los embriones no llega a buen puerto, por lo que el Sr. Johnston comunica a la clínica la ruptura y solicita la destrucción de los embriones.

La Sra. Evans, que se opone a la destrucción, demanda a la clínica ante la *High Court*. Al comenzar ella un proceso judicial, y en tanto el proceso está pendiente de resolución, se mantienen los embriones congelados como medida precautoria.

La Sra. Evans agota la jurisdicción del Reino Unido sin que ningún tribunal ampare su pretensión de impedir la destrucción de los embriones[15]. Finalmente, convencida

12 *Vid.*, Parágrafo 84 de la Sentencia.

13 "At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus, although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, require protection in the name of human dignity, without making it a "person" with the "right to life" for the purposes of Article 2".

The Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention ("personne" in the French text).*Vid.*, Parágrafo 85 de la Sentencia.

14 Vid., Farnós Amorós, E., "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida Comentario a la STEDH, Sec. 4a, de 7.3.2006, Evans v. The U.K.". en Indret, 1/2007, 2-16. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78718/102794> [Consulta: 1/7/2013]

15 El caso es analizado por la High Court (Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others, 1 de octubre de 2003), por la Court of Appeal (25 de junio de 2004) y, definitivamente, por la House of Lords (29 de noviembre de 2004).

de que en este caso, lo justo, lo suyo, su derecho es que la vida de los embriones sea protegida por el derecho y que ella pueda intentar ser madre biológica, lleva su caso al Tribunal de Estrasburgo, que decide en 2007.

La defensa de la Sra. Evans argumenta que la HFEA viola el derecho a la vida de los embriones, al hacerlo depender por completo de la voluntad de los padres. El Tribunal (apoyándose en la sentencia del caso Vo v. Francia) afirma que no existe violación alguna, ya que los embriones no son titulares del derecho a la vida, sino una realidad biológica que, si bien es digna de protección, en la medida en que tiene la "potencialidad" de llegar a ser una persona no puede entenderse como una realidad dotada de personalidad jurídica ni como titular de derechos.

Los embriones preimplantatorios son también, de alguna manera, los protagonistas del caso Brüstle[16]. Aunque se trata de un caso técnicamente bastante complejo, bastarán unas palabras para mostrar lo que pretendemos hacer ver aquí: el protagonismo de los juristas (también de los ciudadanos) en el proceso de determinación de lo que es derecho aquí y ahora, la necesidad de trabajar con el texto legal para obtener de él una respuesta al problema concreto, el indudable carácter creativo del obrar jurídico.

El neurofisiólogo alemán Oliver Brüstle había registrado una patente referida a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias y a su utilización en la terapia de enfermedades neurológicas (se estaban llevando a cabo las primeras aplicaciones clínicas en enfermos de Parkinson). La ONG Greenpeace recurrió la concesión de la patente, pues a su juicio no debía ser conforme a derecho la posibilidad de patentar la vida humana. La cuestión es que la normativa europea aplicable al caso (la Directiva 44/1998) prohibe patentar "embriones humanos" (artículo 6). Pero, ¿qué debe entenderse por "embriones humanos"?, ¿cuál es el derecho en este caso? La respuesta depende de cómo se interprete la expresión "embriones humanos", y, más concretamente, de si cabe entender por tales las células madre de origen embrionario. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo causó no poco revuelo en el mundo académico. Según establece la sentencia, es un embrión humano, en primer lugar, "todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación"; en segundo lugar, "todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura" y, por último, "todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis". Lo que nos importa ahora destacar es que a ese juicio se llega, como estamos observando, a través de una argumentación. La argumentación no es, por cierto, privativa del juez en sentido estricto. En Brüstle, concretamente, quien llevó el peso argumentativo del caso fue el Abogado General, Yves Bot, en sus Conclusiones previas[17] a la sentencia, que es, por lo demás, bastante breve. Para resolver el caso, Bot proponía el siguiente razonamiento: lo que se trata de proteger en la Directiva es la dignidad de la del cuerpo humano[18]. ¿Cuándo estamos ante un cuerpo humano? De acuerdo con el desarrollo actual de la ciencia, en el momento en que tenemos una célula capaz de dar origen a un cuerpo humano completo. Una célula totipotente es, en este sentido, un cuerpo humano[19]. La cuestión no es, por tanto, la viabilidad, sino la totipotencialidad. Con esta argumentación, el Abogado General hizo valer una interpretación del término "em-

16 Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, pasamos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. El caso Brüstle se resolvió por Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof — Alemania) — Oliver Brüstle/Greenpeace eV (Asunto C-34/10), en adelante, Sentencia C-34/10, DOCE (Diario Oficial de la Unión Europea) C-362/5, 10.12.2011. Texto completo disponible en español en la página web del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, <vid., http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ%3AC%3A2011%3A362%3A0005%3A0006%3Aes%3APDF> [Consulta: 1/6/2013]

17 Disponibles on line en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0034:ES:HTML> [Consulta: 5/7/2013]

18 El Considerando 16 afirma que "el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas, que es preciso reafirmar el principio según el cual el cuerpo humano, en todos los estadios de su constitución y de su desarrollo incluidas las células germinales, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos o de uno de sus productos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen humano, no son patentables".

19 *Vid.,* Albert, M., "Embriones no viables, ¿embriones patentables? Comentario a la sentencia del Bundesgerichtshof, de 27 de noviembre de 2012, en el asunto Brüstle v. Greenpeace", Diario La Ley, No 8084, Sección Doctrina, 16 May. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

brión humano" lo suficientemente amplia como para frenar la patentabilidad (y, con ello, la rentabilidad) de las investigaciones realizadas con células madre de origen embrionario.

Terminaremos con otros ejemplos que no tienen que ver tanto con la interpretación del derecho a la vida como con la aparición de "nuevos" derechos, en particular, el derecho a la autodeterminación personal. Entrecomillo la palabra "nuevos" porque este derecho a la autodeterminación no es más que una re-interpretación del clásico derecho a la intimidad.

Volvemos a ver cómo uno de los más importantes retos que debe abordar el bioderecho a nivel global no se presenta en el ámbito de los textos, sino a nivel de la praxis jurídica, en el ámbito de la interpretación del derecho. El derecho a la intimidad, tal y como está formulado en los textos jurídicos fundamentales, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, no parece constituir ninguna amenaza para el derecho a la vida. De hecho, apenas parece que ambos derechos puedan entrar en conflicto. Sin embargo, así ha ocurrido.

El conflicto radica en la interpretación que los juristas hacemos de la "*material privacy*". La interpretación a la que me refiero, como veremos a continuación, nace precisamente vinculada a la protección jurídica de la vida humana en el inicio y enseguida se consolida en otro caso relativo a la protección jurídica de la vida humana al final, los "momentos biojurídicos" por antonomasia.

El concepto de *material privacy* se acuña por primera vez en la resolución de los famosos casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton*. El 22 de enero de 1973, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América resolvió estos dos casos, en los que, como se ha mencionado, se legalizaba el aborto en todos los Estados de la Unión[20]. Norma MacCorvey (el verdadero nombre de Jane Roe) quedó embarazada en 1972. Sus abogadas le recomendaron que alegara que había sido violada. Años más tarde, Sarah Weddington, la abogada de Roe, admitió que los hechos sobre los que basaron la defensa eran falsos: Mi conducta —dijo— "pudo no haber sido totalmente ética, pero lo hice por lo que pensé fueron buenas razones"[21].

Evidentemente, alegando que Roe había sido víctima de una violación, lo que la defensa intentaba demostrar era que una mujer se veía obligada a desvelar una de sus vivencias más íntimas para poder abortar según un régimen de indicaciones, que siempre exige a la mujer "dar una explicación". El argumento esgrimido por las abogadas de Roe fue el siguiente: La intimidad es un derecho fundamental, y, como tal, no puede ser limitado sino en pro del correcto ejercicio de otro derecho fundamental. Al no reconocerse al embrión o feto no viable como titular de derecho a la vida, ese otro derecho fundamental no existe y, por tanto, decae la posibilidad de cercenar el derecho a la intimidad de la mujer, por lo que el régimen de indicaciones es inconstitucional. Este argumento fue admitido como válido por el Tribunal, que falló en sentido favorable a Roe.

Tres años más tarde, el Tribunal Supremo de New Jersey empleó esta doctrina para resolver el también famoso caso de Karen Quinlan[22]. Quinlan había quedado en estado vegetativo permanente. Sus padres solicitaron la retirada del respirador porque estimaban que se trataba de una medida desproporcionada dadas las circunstancias de su hija (por tanto, no estimaban que fuera lo suyo, lo que le correspondía a ella). El Tribunal argumentó que podría extenderse por analogía la doctrina de la *material privacy* sentada en Roe. La cuestión es que se entiende que la decisión sobre la retirada o no del respirador le corresponde a Quinlan, forma parte de su privacidad, de su autonomía. Considerando probado durante el proceso que "si Karen cobrara lucidez por un

20 Supreme Court of The United States, 410 U.S. 179, Doe v. Bolton, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Georgia, No. 70-40 Argued: December 13, 1971 --- Decided: January 22, 1973; Supreme Court of The United States 410 U.S. 113, Roe v. Wade, Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, No. 70-18 Argued: December 13, 1971 --- Decided: January 22, 1973. Disponibles on line en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html> [Consulta: 5/7/2013]

21 Weddington, S., declaraciones al *Tulsa World,* 24-5-1993. McCorvey, N., "Entrevista con Silvia Kramar", *Il Giornale,* 17-01-2005. *Vid.,* CONTRERAS, FJ., "Un nuevo lenguaje para la cultura de la vida en Europa", disponible *on line* en <http://congresomundial.es/wp-content/uploads/Cultura-de-la-vida.pdf> [Consulta: 5/7/2013]

22 New Jersey Supreme Court, in the matter of Karen Quinlan, an alleged incompetent, March 31, 1976. 70NJ 10; 355 A2d 647 (1976).

momento, decidiría la retirada"[23] del dispositivo, el Tribunal estima que el derecho asiste a los padres de Karen para quitar a su hija el respirador.

Esta concepción de la *privacy* ha precisado de unos cuantos años para calar en la cultura jurídica europea. Pero finalmente lo ha hecho, y también en relación con el inicio y el final de la vida. En relación con el inicio, merece la pena destacarse el proceso que arranca del informe Wurm[24] y que ha terminado en España con la conversión del aborto en derecho.

Esta vez el texto legal en su literalidad tampoco nos da las claves del problema. No hay en la ley española 2/2010 ningún "derecho al aborto" ni, por usar el lenguaje legal, a la "interrupción voluntaria del embarazo"[25]. Pero el propio legislador nos da algunas pistas sobre su existencia cuando interpreta, en la Exposición de Motivos de la Ley, la evolución del derecho a la intimidad y cómo afecta al ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

Literalmente se afirma que "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. 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, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información. 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"[26].

Desde esta perspectiva, el derecho al aborto entronca con el derecho fundamental a la intimidad y a la autodeterminación, lo que permite al legislador referirse, en este sentido, a los "derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva".

Más clara se puede apreciar la evolución de la *privacy* en el problema del final de la vida. Cuando, en el año 2002 Dianne Pretty acudió al Tribunal de Estrasburgo para solicitar la exención de responsabilidad jurídica de su marido si este la ayudara a morir, apelaba al artículo 2 de la Convención de Roma, que regula, como sabemos, el derecho a la vida[27].

Cinco años más tarde, el señor Haas, en cambio, fundamenta su petición de que le sea extendida la receta con el fármaco letal que precisa para suicidarse en el artículo 8 del mismo Convenio[28], que protege el derecho a la intimidad en estos términos: "Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

El Sr. Haas entendía que su decisión libre y responsable de morir formaba parte de su intimidad y de su autonomía personal. De modo que sus abogados argumentaron ante el Tribunal de Estrasburgo que era preciso un compromiso positivo del Estado en la garantía de la intimidad personal y familiar del Sr. Haas, dentro del que debía entenderse comprendida la facilitación

23 "We have no doubt … that if Karen were herself miraculously lucid for an interval (not altering the existing prognosis of the condition to which she would soon return) and perceptive of her irreversible condition, she could effectively decide upon discontinuance of the life-support apparatus, even if it meant the prospect of natural death".

24 *Access to safe and legal abortion in Europe*, Parliamentary Assambly, Council of Europe, Doc. 11537 rev., 8 April 2008, Committee on Equal Opportunities for Women and Men, Rapporteur: Mrs Gisela Wurm, Austria, Socialist Group. Este informe fue asumido en su práctica totalidad por la Recomendación 1607/2008, del Parlamento Europeo, sobre acceso al aborto legal y seguro en Europa, disponible on line en <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERES1607.htm> [Consulta: 1/7/2013]

25 *Vid.,* Albert, M., "¿Tenemos derecho a abortar? De la despenalización a la exigibilidad jurídica: El proceso de reforma legal del aborto en España", *Revista de derechos humanos de la Universidad de Piura*, vol. 4, 2013.

26 Exposición de Motivos de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo. BOE de 4 de marzo de 2010.

27 Case of Pretty v. The United Kingdom (Application no. 2346/02), Judgment, Strasbourg, 29 April, 2002.

28 Case of Haas v. Switzerland (Application no. 31322/07), Judgment, Strasbourg, 20 January 2011.

de la receta letal que posibilitara el suicidio, pues el procedimiento exigido en Suiza para lograr tal receta constituía una intromisión en su intimidad y en su autonomía personal.

El Tribunal en aquella ocasión no consideró conforme a derecho la petición de Haas. Su argumentación consiste en subrayar que el reconocimiento de un derecho a morir como parte del derecho a la intimidad del artículo 8 del Convenio significaría la obligación del Estado de comprometerse positivamente con la muerte de sus ciudadanos, lo que se entiende una conducta antijurídica.

Aún así, este mismo año el Tribunal ha vuelto a examinar una causa parecida, y su criterio ha sido otro. El caso de la Sra. Gross se ha resuelto en sentencia de 14 de mayo de 2013[29]. Esta vez, en cambio, el Tribunal considera que "el deseo de la recurrente de que le sea facilitada una dosis de pentobarbital permitiéndole terminar con su vida forma parte de su derecho al respeto de la vida privada del artículo 8 de la Convención".

Sin entrar en mayores consideraciones sobre el fondo, Suiza es condenada porque, mientras que considera lícita la obtención de dosis letales de pentobarbital mediante prescripción médica, no garantiza adecuadamente este derecho. Cuando cerramos estas líneas, Suiza ha presentado su apelación a la sentencia del Tribunal de Estrasburgo del pasado mes de mayo. Habrá que ver si se admite y, de ser admitida a trámite, en qué sentido se pronuncia la Gran Sala.

En consecuencia, creo que los mayores problemas que hoy tiene sobre la mesa el bioderecho a escala global no están tanto en los textos como en el obrar jurídico. El derecho no es la norma abstracta. Es el arte jurídico. De esta idea nos ocupamos a continuación.

2.2. Bioderecho en acción

Una vez analizados estos casos espero haya quedado en evidencia que, junto a la aproximación al bioderecho "in books" también es absolutamente imprescindible otra visión más dinámica de lo biojurídico: el bioderecho "in action". La protección de la vida se juega también, y decisivamente, en la praxis jurídica, en la interpretación y en el proceso de re-creación del derecho que conduce a la solución del caso concreto.

La aproximación que propongo se inspira en una de las intuiciones más conocidas de la escuela realista norteamericana: la diferencia entre el derecho en los textos y el derecho en la acción.

El realismo jurídico norteamericano no constituye en puridad una doctrina sobre el derecho. Bajo el nombre de "realistas" nos referimos a una serie de juristas que enseñaron en los *Law Schools* estadounidenses durante la primera mitad del siglo XX, y que defienden un enfoque común acerca de la naturaleza del derecho, presidido por el influjo de la filosofía pragmática de Pierce y James[30].

Una de sus características fundamentales es la refutación de la tesis de la identificación del derecho con las formulaciones normativas (*prescriptive rule-formulations*), que, para los realistas, ni siquiera son el factor más importante en la toma de decisiones por parte de los tribunales. Y es que aquí es donde las corrientes sociológicas ponen en foco de atención: en la actividad de los tribunales, donde, a su juicio, se produce el verdadero derecho.

Así, una de las ideas fundamentales del realismo consiste en afirmar "que las reglas del derecho sustantivo son mucho menos importantes de lo que la mayoría de los teóricos del derecho han supuesto en la mayor parte de sus escritos y de su pensamiento, y que no son el centro de referencia más útil para la discusión jurídica"[31].

El juez del Tribunal Supremo Oliver Wendell Holmes es considerado uno de los predecesores del realismo. Para él, el derecho es la predicción del comportamiento de los tribunales, mientras que las normas no son sino medios o instrumentos para la averiguación del derecho y para facilitar la actividad predictiva[32].

29 Case of Gross v. Switzerland (n° 67810/10), Judgment, Strasboug, 14 May 2013.

30 *Vid.,* Solar Cayón, J. I., "Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* No 2, marzo – agosto 2012, 176-226, especialmente, 176-178.

31 Lewellyn, K., "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en Casanovas, P., Moreso, Jj., *El ámbito de lo jurídico,* Crítica: Barcelona, 1994.

32 Holmes, O.W., *La senda del Derecho,* trad. de C. A. Garber, Buenos Aires (Perrot), 1959, 15 ss.

Fue Roscoe Pound quien, en un famoso artículo publicado en el American Law Review en 1910[33] introdujo las expresiones "Law in Action" y "Law in Books". A través de ellas pretendía remarcar el contraste entre el derecho tal y como aparece en los textos legales y el derecho "en acción" es decir, el derecho de la práctica jurídica, el derecho de los tribunales. Éste último sería el auténtico derecho.

Emplearemos aquí la expresión "bioderecho en acción" sin asumir en su totalidad los presupuestos filosóficos en los que se fundamenta la posición de Pound y el resto de los realistas (el pragmatismo americano) y, sin considerar, desde luego, que carezca de utilidad una investigación sobre el "bioderecho en los textos".

En realidad, se trata de subrayar la naturaleza del derecho como acción, como obrar jurídico. Esta idea no es, por otra parte, privativa del realismo jurídico norteamericano. Entronca, de hecho, con una larga tradición que se puede remontar hasta los clásicos jurisconsultos romanos, y que se expresa bajo la concepción del derecho como un arte que consiste, según la definición de Ulpiano, en "dar a cada uno lo suyo"[34]. Esta es, como se ha subrayado oportunamente, la esencia del derecho y el sentido último del término *Ius,* no tanto el disfrute de un poder jurídico, o un derecho subjetivo, como se concibió después en la Modernidad, sino como "dar a cada uno lo suyo"[35]. La misma idea que puede encontrarse, formulada de diversos modos, en las teorías clásicas sobre el derecho natural, de inspiración tomista y ajenas por completo al iusnaturalismo racionalista.

Ya en el siglo XX, la hermenéutica volverá a centrar la reflexión jurídica en torno a esta misma concepción del derecho. Para autores como Kaufmann, el derecho no es "norma abstracta, sino, ante todo, acto, acción de justicia, un ocurrir real entre los hombres"[36]. El derecho es, lo hemos dicho ya en numerosas ocasiones, un arte. Más o menos como la medicina y las restantes "ciencias" de la salud[37]. La aproximación que reduce el derecho a sus textos, a las normas jurídicas abstractas, a los tipos y categorías legales, sería como un análisis de las ciencias de la salud que se centrara en las patologías, sin decir a los alumnos una palabra acerca de la clínica.

El juez no es, como pretendía Montesquieu, la boca que pronuncia las palabras de la ley. Es un "artista" que, como el resto de los juristas, tiene un inusitado protagonismo en el proceso de creación jurídica, entendido como procedimiento que conduce al acto de dar a cada uno su derecho.

Como ha señalado Ollero, la positivación del derecho no es instantánea[38]. No basta con mirar al boletín oficial del Estado (o cualesquiera otros diarios oficiales) para saber qué es derecho en cada momento y lugar determinado. La positivación es un proceso complejo, en el que toman parte los ciudadanos que luchan por lo que consideran su derecho, los juristas prácticos, los juristas teóricos (por ejemplo, júzguese la importancia de la fórmula de Radbruch en la determinación del derecho en los juicios de Nuremberg[39]). Todos actúan, además,

33 Pound, R., "Law in Books and Law in Action", *American Law Review,* Nº 44, 12-36.

34 Ulpiano, *Digesto*, Libro I, Título 1, 10.

35 Vallet de Goytisolo, J Bm., "Definición e interpretación del derecho según Michel Villey", *Persona y Derecho,* vol. XXV, 1991, 211-238. *Vid.*, Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho,* trad. esp. Diorki, revisión de la trad. Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Eunsa, Pamplona, 1979, especialmente, 80-82. Para este autor, el Derecho es el arte de repartir los bienes que son de suyo repartibles, esto es, los bienes externos, dentro de un grupo social determinado.

36 Vid., Ollero, A., "El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann". En Varios: *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra* (t.I, 401-432), Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, 292.

37 Expresamente lo señala así Kaufmann en su *Filosofía del Derecho. Vid.,* Kaufmann, A., *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1999, 113 y ss.

38 Ollero, A., *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos,* Thompson Aranzadi, Madrid, 2007, 218. *Vid.,* también, del mismo autor, "Todos de acuerdo: solo es derecho el derecho positivo". En AA. VV.: *Homenaje José Antonio Escudero*, t.I. 927-944, Madrid, Universidad Complutense.

39 La fórmula de Radbruch (hay leyes que no son derecho, y derecho "por fuera" de las leyes, *vid.*, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal,* Abeledo Perrot, 1962, trad. de Isabel Azareto) sirvió de fundamento para la negación del carácter de jurídicas de las normas del ordenamiento jurídico del III Reicht que "violaban toda voluntad de justicia". De esta manera, en los famosos juicios de Nuremberg se consideró que los acusados que alegaban haberse limitado a cumplir las órdenes recibidas habían actuado sin cobertura jurídica, al negar tal carácter a aquellas órdenes por su radical injusticia. Más recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado el 4º principio de Nuremberg en los casos K-H.W v. Alemania (Sentencia de 22 de marzo de 2001) y Polednová v. República Checa (Decisión de 21 de junio de 2011). En el primer caso, para desestimar la demanda de K-H.W, un soldado condenado por los Tribunales alemanes por haber causado la muerte, en 1972, de un fugitivo que pretendía cruzar a nado la frontera entre las dos

guiados por una determinada preconcepción acerca de lo que es derecho en el caso concreto, acerca, en definitiva, de la justicia.

El derecho no es algo estático, algo ya dado en la norma. De hecho, la propia expresión "*Rechtsfindung*" o "determinación del derecho" ya alude al hecho de que el derecho ha de encontrarse, ha de determinarse mediante un proceso razonable[40].

Esta visión de lo jurídico, apenas esbozada en las líneas precedentes, es la que quisiera traer al ámbito específicamente biojurídico. Desde estas coordenadas, consideraremos que el bioderecho puede entenderse como el obrar jurídico en el que está implicada la vida humana.

El bioderecho ha sido definido por Ollero como una "nueva rama del ordenamiento jurídico caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida desde la concepción hasta el final"[41]. Aparisi señala que la novedad de esta disciplina, a la que también cabe denominar "biolegislación", radica más bien en el notable desarrollo que ha sufrido en los últimos años la normativa legal referente a las materias relacionadas con la vida humana, pues realmente se trata de una realidad de la que siempre se han ocupado los juristas[42].

Estas aproximaciones, más cercanas a la perspectiva de análisis del derecho en el texto, no quedarían excluidas, sino integradas, en una visión más amplia del bioderecho entendido como aquel obrar jurídico en el que se determina el derecho relativo a la vida humana. En ella cabría tanto la acción del legislador como la del resto de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. Nosotros nos centraremos, a continuación, en la perspectiva de la praxis biojurídica.

3. Propuestas universales para los desafíos del bioderecho. Praxis jurídica y funcionalización de valores

3.1. ¿Lo universal en el bioderecho? La praxis biojurídica

Otra dimensión del bioderecho en acción de la que no hemos hablado pero que resulta, a mi juicio, extremadamente relevante para lo que tratamos aquí, es la universalidad de la praxis biojurídica[43]. Si algo hay de universal en el bioderecho (como en el derecho en general) somos los juristas y la forma en la que pensamos y actuamos. Como hemos podido ver, aquí y allá, en el *Common Law* o en el sistema continental, los juristas argumentamos de manera muy parecida. No hay cultura jurídica en la que no exista la figura del juez, al menos en tanto componedor de conflictos. Creo que puede afirmarse que la estructura mental del jurista es la misma, con independencia de la cultura jurídica en la que nos movamos, y con independencia también del contenido de los textos jurídicos que enmarcan la acción de dar a cada uno su derecho.

De hecho, hace años se llevó a cabo una encuesta a nivel mundial entre jueces de todos los niveles, a los que se solicitaba que expusieran el modo en que funcionaba su mente a la hora de poner una sentencia: las respuestas fueron "en su inmensa mayoría" muy parecidas[44]: el peculiar proceso de razonamiento y argumentación jurídicas es la dimensión más universal del derecho que podemos constatar. Mucho más, al menos, que la dimensión normativa de lo jurídico. No sólo porque el contenido de las normas varíe en función de los ordenamientos jurídicos, sino, sobre todo, porque las normas pueden no existir, como apenas existen en el *Common Law,* o ser

Alemanias. La defensa de K-H.W aducía que el soldado se limitó a obedecer órdenes. Polednovà actuó como fiscal en el caso que condenó a muerte a cuatro activistas contra el régimen comunista de la República Checa. Más tarde fue condenada por "homicidio judicial" por los tribunales de su país. Polednovà recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo alegando que cuando ocurrieron los hechos era estudiante de primer curso en la Universidad y que todo el proceso fue dirigido por el Ministro de Justicia y la KGB. Su demanda no fue admitida a trámite.

40 *Vid.,* para un análisis de este proceso en la obra de Kaufmann, Santos, J.A., *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra,* Granada, Comares, 2008, 141 y 209 y ss.

41 Ollero, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Aranzadi, 2006, 19.

42 Aparisi, A., "Bioética, Bioderecho y Biojurídica. Reflexiones desde la Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho,* 24, 2007, 63-84, 80.

43 Sobre la experiencia jurídica como centro de la reflexión filosófica sobre el derecho, *vid.,* Pérez Luño, A-E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica,* Con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 1997.

44 Recasens, L., *Introducción al Estudio del Derecho,* México, Porrúa, 1977, 201.

extremadamente rudimentarias, como ocurre en otras culturas jurídicas.

Por tanto, si las soluciones que pretendemos obtener deben ser universales, debemos ir a buscarlas allí donde radique la universalidad. Trabajando sobre el "bioderecho en acción" lograremos resultados que, por pertenecer a lo que de universal tiene el derecho, serán, del mismo modo, más fácilmente universalizables.

3.2. Praxis biojurídica y funcionalización de valores

¿Qué propuestas cabe hacer para lograr una praxis biojurídica, un "biolaw in action" respetuosa con la vida humana?

Cuando antes dimos cuenta de las raíces filosófico-jurídicas de la expresión "bioderecho en acción" ya advertíamos que su empleo no significaba la asunción de todos los postulados filosóficos propios del realismo sociológico norteamericano. Como veremos a continuación, nuestra propuesta de acción se funda, más bien, en las investigaciones sobre el valor de la escuela fenomenológica.

Lógicamente, no nos interesa tanto la presencia de valores en los textos jurídicos como el modo en que son vividos en esa acción que es decir el derecho, hacer el derecho. Se ha escrito mucho acerca de la relación entre valores y normas[45], pero no tanto de la relación entre valores y praxis jurídica.

Para explicar esta relación, es preciso que nos detengamos en el análisis de una categoría muy especial: la funcionalización (*Funktionalisierung*) del valor[46].

La funcionalización es, no por casualidad, el sello pragmático de la filosofía de uno de los más importantes teóricos del valor, Scheler[47]. "Funcionalización" es el nombre del proceso en virtud del cual los valores se hacen presentes en nuestra experiencia jurídica cotidiana. Es, en palabras de Frings, un proceso subliminal de interacción entre el espíritu y la realidad[48].

Es una característica esencial de los hechos puros (de los hechos fenomenológicos, como los valores y todo cuando es dado *a priori*) el convertirse en función de la experiencia no fenomenológica. "En toda experiencia no fenomenológica —escribe Scheler— los puros o genuinos hechos de la intuición y sus conexiones actúan de hecho —podemos decir— como "estructuras" o "leyes formales" del experimentar, en el sentido de que no son "dadas" en esa experiencia *nunca*, mas sin embargo, el experimentar se realiza según o conforme a ellas"[49].

Por tanto, la funcionalización es un proceso de interacción entre el valor y el obrar. Este proceso juega un papel decisivo en nuestro día a día, aunque a menudo no somos conscientes de él. En *Der Formalismus,* Scheler emplea la imagen de un artista "controlado" por las leyes estéticas que aplica en su obrar sin apenas apercibirse de ello: "el artista creador está "regido" por las leyes estéticas de su arte sin que las "aplique", mas también sin que haya de ver su "cumplimiento" o "violación" únicamente en el *efecto*, es decir, en la obra de arte"[50].

El ejemplo no es casual, pues todo obrar propiamente "creativo" es fruto de la funcionalización de valores, no solo del arte en sentido estricto, sino también del arte jurídico.

Como el artista del ejemplo, los juristas actuamos "controlados" por leyes axiológicas. Todo ese pensar, argumentar, interpretar, y actuar jurídicamente relevante que hemos repasado brevemente en epígrafes anteriores se mueve dentro de un marco, dentro de un margen de posibilidades determinado por valores. Y es que en virtud de la funcionalización, los valores aprehendidos de modo

45 Yo misma me he ocupado de estos temas, aunque en una perspectiva diversa, en Albert, M., "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y la Filosofía del Derecho", en Ollero, Andrés y Hermida Del Llano, Cristina (coords.): *La libertad religiosa en España y en el Derecho comparado*, Iustel, 2012, 87-118, *vid.,* la bibliografía allí citada.

46 A pesar de ser básica para la comprensión del papel que los valores juegan en nuestra vida cotidiana, ha sido, en mi opinión, injustamente preterida en la literatura académica, sobre todo en castellano.

47 Sobre el carácter "pragmático" de la filosofía de Scheler y su relación con el "Pragmatismo" pueden consultarse las primeras páginas de *Phänomenologie und Erkenntnistheorie*, (Scheler, M. F., Gesammelte Werke, Francke- Verlag, Bern / Bouvier-Verlag, München (desde 1986, Bonn). Ed., María Scheler (1971-1986) Manfred Frings (1986-1997), 15 vol. Band. X, 1951, 379 y ss). Además de la conocida afirmación: "absolutamente todo lo dado descansa sobre la experiencia: el que quiera llamar a esto empirismo puede hacerlo" (*Der Formalismus,* G. W., II, 71; *Ética, cit.*, 107).

48 Frings, M., *The mind of Max Scheler,* Milwaukee, Market University Press, 1997, 60

49 Scheler, M., *Ética,* Caparrós, Madrid, 2001, trad. de Hilario Rodríguez Sanz, introducción de Juan Miguel Palacios García, 108.

50 *Ibid.*, 218.

preconsciente se convierten en estructura del espíritu, en forma bajo la que acontece toda clase de obrar. La mente del jurista se estructura y reestructura continuamente en virtud de sus experiencias axiológicas. El proceso no viene a nuestra conciencia salvo en los casos en los que experimentamos cómo nuestro obrar transgrede esos márgenes determinados espiritualmente[51].

El jurista que ha aprehendido el valor de la vida humana no lo "aplica", como no lo aplicaba el artista, sino que obra jurídicamente "regido" por ese mismo valor hecho función, convertido en categoría de la estructura espiritual del jurista.

En otro trabajo he denominado el "saber jurídico del erizo"[52] al saber de la dignidad humana hecha categoría del pensar y del obrar del jurista. La expresión proviene de la fábula de Arquíloco, en la que la zorra sabía muchas cosas, en cambio, el erizo solo una, pero grande e importante.

Acaso otras perspectivas de análisis sobre el derecho nos proporcionen muchos e interesantes conocimientos sobre lo jurídico, pero la perspectiva del valor de la persona y de su vida nos permite orientar la acción jurídica conforme a ellas. Es un saber que se vuelve función, que se hace vida en la experiencia cotidiana del derecho, y que hace que toda ella se desarrolle bajo el prisma del valor de la persona. En definitiva, en la funcionalización del valor de la vida y de la dignidad de la persona descansa la posibilidad de un verdadero personalismo biojurídico[53].

Si Husserl nos alentaba a volver sobre las cosas mismas, era porque son las cosas "mismas", es decir, en su mismidad, las que, a través de la funcionalización, rigen nuestro obrar cotidiano. Por eso, para explicárnoslo, en sentido estricto, debemos volver sobre las cosas mismas. Los hechos puros o fenomenológicos funcionan como las gafas a través de las que vemos el mundo[54]. Lo que percibimos, lo que pensamos, lo que se nos ocurre, en el mismo ocurrírsenos esta o aquella solución a un problema jurídico, opera un hecho puro de valor. De que éste sea lo valioso de la vida humana u otros valores depende la dirección que emprenda el bioderecho universal[55].

He tratado de poner de manifiesto a través de las páginas precedentes que la mayoría de los conflictos biojurídicos contemporáneos dependen de cómo entendamos el lenguaje de los textos biojurídicos, dependen de qué hagamos decir a la ley. Me parece que algunas de las interpretaciones biojurídicas que hemos tenido ocasión de repasar brevemente pueden ser comprendidas en tanto regidas por el valor de la vida. Otras, quizá las dominantes, parecen regidas más bien por un valor distinto, por la preferencia, a mi juicio, patológica, de lo útil sobre lo personal e incluso sobre lo puramente vital[56].

Creo que el futuro del bioderecho y las posibilidades de un bioderecho universal dependen en buena medida de qué valores rijan la actividad jurídica cotidiana y, con ella, la interpretación y la re-creación del "biolaw in books".

4. Conclusiones

1. Algunos de los más preocupantes retos para la adecuada protección jurídica de la vida humana provienen no tanto de las normas abstractas como de la acción de los juristas, del modo en que interpretamos y aplicamos las normas. Esa interpretación es esencial para decir el derecho en cada caso concreto, y posee una inevitable dimensión creadora.

51 Así ocurre con la experiencia moral y el remordimiento de conciencia: "también es este el caso de todos los remordimientos de conciencia, que protestan más contra lo falso que señalan por sí lo bueno, pero tras los que hay, sin embargo, una comprensión positiva de lo bueno y un ideal positivo de nuestra vida individual y universal humana", Scheler, M., *Probleme der Religion, G. W.,* V, 2000, 198.

52 Albert, M., *Personalismo biojurídico.* Ponencia presentada al XVIII Congreso Internacional Ciencia y Vida. "Ciencia, Humanismos y Posthumanismos", Madrid, julio de 2013, inédita.

53 No ignoro el hecho de que uno de los más graves problemas del bioderecho contemporáneo es precisamente la determinación de quién es persona, por lo que adoptar el punto de vista de la persona para resolver los problemas biojurídicos podría encerrarnos en un círculo vicioso. No es este el lugar para abordar este problema. Sí cabe, al menos, apuntar que es muy importante distinguir la discusión sobre el *valor* de la persona de la discusión sobre los *depositarios* de este valor.

54 Kelly, E., *Structure and Diversity, studies in the phenomenological philosophy of Max Scheler,* Kluver, Dordrecht, 1997, 48.

55 Este asunto nos habría de conducir al problema de la transmisión del valor, esto es, de las formas en los que los valores pueden ser aprehendidos. En la teoría del valor de Scheler el modelo ocupa un puesto fundamental en la transmisión de valores. Los límites de este trabajo nos impiden abordar la interesante cuestión de cómo podríamos lograr una cultura jurídica regida por el valor de la vida humana.

56 Albert, M., ¿'Dictadura' de las nuevas libertades? Relativismo ético y absolutización de lo útil en la Europa contemporánea, *Persona y Derecho,* 65, 2011-12, 7-18.

2. El derecho a la vida nos ofrece clarificadores ejemplos de esta tesis, ya sea en sí mismo considerado, como cuando lo contemplamos en conflicto con el "nuevo" derecho a la intimidad, entendida como *privacy* en sentido material, e interpretada como si de un derecho fundamental a la autodeterminación se tratase.

3. Si los problemas se encuentran en la praxis jurídica, es en este mismo nivel donde hemos de tratar de encontrar las soluciones: se propone, por tanto, un abordaje del problema de la construcción de un bioderecho universal desde el *Law in action*, enfocando no tanto a los textos jurídicos como a lo que los juristas les hacemos decir a esos textos.

4. Además, ese hacer que es el derecho (*law in action*) es esencialmente el mismo con independencia de la cultura jurídica en la que nos encontremos. La forma de pensar propiamente jurídica es la verdadera dimensión "universal" del bioderecho. En la experiencia jurídica cotidiana se encuentran, de esta manera, los problemas más decisivos para el futuro del bioderecho y la dimensión más universal del fenómeno jurídico.

5. La teoría del valor nos enseña que todo obrar con sentido espiritual es fruto de la funcionalización de valores. A través de ella, los valores determinan el sentido de nuestra acción, aunque a menudo no nos apercibamos de ello.

6. La construcción de un bioderecho universal respetuoso con la vida humana depende en buena medida de que los juristas y los ciudadanos actuemos jurídicamente regidos por el valor de la vida, teniendo "a nuestra espalda" ese valor, de modo que, de alguna manera, su presencia tiña todas nuestras acciones con sentido biojurídico.

Referencias

Albert, M., "¿'Dictadura' de las nuevas libertades? Relativismo ético y absolutización de lo útil en la Europa contemporánea", *Persona y Derecho*, 65, 2011-12, 7-18.

— "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y la Filosofía del Derecho", en Ollero, Andrés y Hermida Del Llano, Cristina (coords.): *La libertad religiosa en España y en el Derecho comparado,* Iustel, 2012, 87-118.

— "Embriones no viables, ¿embriones patentables? Comentario a la sentencia del Bundesgerichtshof, de 27 de noviembre de 2012, en el asunto Brüstle v. Greenpeace", *Diario La Ley*, No 8084, Sección Doctrina, 16 May. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

— "¿Tenemos derecho a abortar? De la despenalización a la exigibilidad jurídica: El proceso de reforma legal del aborto en España", *Revista de derechos humanos de la Universidad de Piura*, vol. 4, 2013.

— "Personalismo Biojurídico", ponencia presentada al XVIII Congreso Internacional Ciencia y Vida, "Ciencia, Humanismos y Posthumanismos", 23 de julio de 2013, Madrid, *pro manuscripto.*

Aparisi, A., "Bioética, Bioderecho y Biojurídica. Reflexiones desde la Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24, 2007, 63-84.

Bobbio, N., "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, 1965, f. II, 302-309.

Contreras, Fj., "Un nuevo lenguaje para la cultura de la vida en Europa", disponible on line en <http://congresomundial.es/wp-content/uploads/Cultura-de-la-vida.pdf>

Corral García, E., "La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica", *Cuadernos de Bioética*, XX, 2009/2a, 183-200

Farnós Amorós, E., "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida Comentario a la STEDH, Sec. 4a, de 7.3.2006, Evans v. The U.K.". en *Indret,* 1/2007, pp.2-16. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78718/102794> [Consulta: 25/3/2013]

Frings, M., *The mind of Max Scheler,* Milwaukee, Market University Press, 1997.

Holmes, o.W., *La senda del Derecho*, Perrot, Buenos Aires, 1959, trad. de C. A. Garber.

Kelly, E., *Structure and Diversity, studies in the phenomenological philosophy of Max Scheler*, Kluver, Dordrecht, 1997.

Lewellyn, K., "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en CASANOVAS, P., MORESO, JJ., *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.

Ollero, A., "El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann". En Varios: *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra* (t.I, 401-432), Madrid, Ministerio de Justicia, 2004.

— *Bioderecho. Entre la vida y la muerte,* Navarra, Aranzadi, 2006.

— *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos,* Thompson Aranzadi, Madrid, 2007.

— "Todos de acuerdo: solo es derecho el derecho positivo". En AA. VV.: *Homenaje José Antonio Escudero*, t.I. 927-944, Madrid, Universidad Complutense.

Pérez Luño, A-E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica,* Con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 1997.

Pound, R., "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, nº 44, 12-36.

Radbruch, G., *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo Perrot, 1962, trad. de Isabel Azareto.

Recasens, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1977.

Santos, J.A., *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Granada, Comares, 2008.

Scheler, M., *Phänomenologie und Erkenntnistheorie*, (*Gesammelte Werke*, Francke-Verlag, Bern / Bouvier-Verlag, München (desde 1986, Bonn). Ed., María Scheler (1971-1986) Manfred Frings (1986-1997), 15 vol. Band. X, 1951.

— *Probleme der Religion*, G. W., Band. V, 2000.

— *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, G.W., Band. II, 2000. Citado por la versión en castellano, *Ética*, Caparrós, Madrid, 2001, trad. de Hilario Rodríguez Sanz, Introducción de Juan Miguel Palacios García.

Solar Cayón, J. I., "Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* No 2, marzo – agosto 2012, 176-226.

Vallet de Goytisolo, J Bm., "Definición e interpretación del derecho según Michel Villey", *Persona y Derecho*, vol. XXV, 1991, 211-238.

Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, trad. Diorki, revisión de la trad. Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Eunsa, Pamplona, 1979.

Zambrano, P., "El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", *Dikaion*, Universidad de La Sabana, diciembre 2009., disponible on line en [http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1545/2115]