

OLLERO TASSARA, Andrés, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

La obra recoge artículos publicados por el autor con un denominador común, el valor de la dignidad y de la vida humana, así como su imprescindible protección jurídica. No se trata de un simple compuesto de escritos con cierta relación entre sí, sino de un cuidado discurso en torno al ser humano desde el momento de su aparición en escena –desde la concepción– hasta su muerte. No se agota en simples especulaciones acerca de la vida humana, sino que contiene juicios críticos certeros sobre doctrinas jurídico-filosóficas, así como sobre la jurisprudencia constitucional existente hasta la fecha y sobre la producción normativa de los últimos años.

En el Capítulo I afronta la delimitación de bioética, bioderecho y biopolítica, ofreciendo elementos para situarnos ante la relevancia ética del trato recibido por el ser humano. El triunfo del individualismo moderno, el abandono de la fundamentación clásica del Derecho y la elección de la aportada por el contractualismo supone la constante necesidad de *negociar* la base de protección jurídica de la vida humana. El pensamiento clásico, gracias a las aportaciones filosófico-teológicas, no tuvo inconveniente en reconocer la dignidad del ser humano desde su concepción hasta su muerte; a la ciencia moderna sólo le interesó lo medible, por lo que negó esa protección al *descubierto* embrión.

Esta mentalidad consiguió consagrarse en la *moral social positiva* y, posteriormente, hizo precisa la bioética para poner freno a determinados *acuerdos sociales* que, respondiendo a criterios utilitarios o egoístas, cosificaban al ser humano y olvidaban su dignidad natural. No faltaron, incluso entre los defensores de la bioética, quienes defendieron «la justificación de un *gradualismo* en el respeto debido al ser humano», renunciando a la exigencia de idéntico respeto para todo ser humano sin discriminación. Así aparecieron, por ejemplo, los *plazos* de desprotección de los no nacidos, con la ficción de seres que todavía no son humanos o que no merecen una protección absoluta. La extensión de la mentalidad *pro-choice*, determinante para reservar exclusiva protección al *ser humano deseado*, contribuyó en la legitimación de la decisión de la madre, del médico o del juez que devolvía a los *indeseados* a la nada.

Así cobró especial relieve una nueva rama jurídica que el Prof. Ollero denominó *Bioderecho*. Su objeto se centra en la protección o desprotección del ser humano desde su concepción hasta su fin, con cuestiones tan relevantes como la calidad de vida, la elección de genes, el derecho a producir hijos, los embriones sobrantes, etc. Estas cuestiones debían ser resueltas en el marco establecido por la *Biopolítica*, a la que también debía acomodarse la nueva bioética. «La *bioética* parece llamada a convertirse en una moral aplicada al servicio de la *biopolítica*» (p. 22). Para el autor, el bioderecho parece constituir simplemente un aval de la moral positiva para justificar la bioindustria, y sería necesario devolverle su objeto propio: la protección de toda vida humana sin excepción, desde su inicio hasta su final natural, como debería ocurrir normalmente en un «*Estado de Derecho* que merezca tal nombre» (p. 23).

El Capítulo II tiene por objeto el estatuto jurídico del embrión humano. Parte de tres cuestiones fundamentales: ¿cuándo comienza la vida humana?, ¿existen seres humanos que no son personas?, y ¿qué protección merece, en

cualquier caso, toda vida humana? Responde siguiendo la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999. Si en un principio se admitía acertadamente que toda vida constituía un proceso continuo y, por tanto, era humana desde la concepción, al entrar en la consideración de la fecundación *in vitro*, se barajaron nuevos conceptos o condiciones como *preembrión*, *animación sucesiva* o *viabilidad* para rebajar la protección jurídica. Fue el propio Tribunal en 1985 quien permitió pensar en seres humanos que no eran personas; y más tarde, en la sentencia de 1999, afirmó que sólo tendrían la consideración de seres humanos «quienes se encontraran en condiciones de llegar a ser persona». Este giro copernicano supuso para el embrión *preimplantatorio*, producido mediante la fecundación *in vitro*, convertirse en una simple *estructura celular* sin la protección jurídica correspondiente al ser humano.

Destaca el autor que del hecho de que el Alto Tribunal utilizara en su argumentación lo establecido por el Código civil para la adquisición de la personalidad, supuso la negación de la *plena* protección constitucional en tanto no cumpliera las condiciones fijadas: el *nasciturus* quedaba convertido en *cosa* o en *per-cosa* en tanto no naciera normal y viable. Lo que el autor llama la *duda demiúrgica* –entre persona y cosa– debería haber sido resuelta por los juristas protegiendo al débil, como procede con el reo o el trabajador, pero en este caso se negaron a reconocer valor al principio *in dubio pro vita*.

Durante esos años 80 y 90 se dieron los pasos precisos para combinar *ciencia* y unos renovados *derechos de la mujer* a fin de dar entrada a un supuesto derecho a tener hijos (o exterminar a los no deseados) y regular la fabricación moderada de niños, su manipulación selectiva, su crioconservación, etc., todo ello presentado como una *ampliación de la libertad de la mujer*. Y así quedó convertido en derecho el simple deseo.

Pone de manifiesto la demagogia de las corrientes que exigen a quienes quieran gozar de protección jurídica que demuestren ser personas, cuando debería ser al revés: quien quiera robar la protección jurídica a todo ser humano –desde el momento de su concepción– debería demostrar que los excluidos carecen del mismo código genético que poseen los demás seres de su especie. El problema es que para estas corrientes la base ontológica del ser humano es susceptible de acuerdos, lo que conlleva, en definitiva, apostar por una dignidad simplemente conferida: no todo ser humano debe ser considerado digno –de vivir, por ejemplo–, sino sólo aquél a quien los demás –los otros– quieran concedérselo.

Finaliza con una crítica a la bioindustria –interesada por los beneficios–, responsable de un desplazamiento de la bioética por la biopolítica. «La biopolítica se muestra particularmente preocupada por calibrar el grado de rechazo que la moral positivamente vigente en la sociedad puede aún ofrecer a determinadas líneas de investigación a financiar. Será por vía jurídica como procure ir debilitando tales resistencias. El papel normalizador del derecho brindará la legitimación para doblar escrúpulos» (p. 68). En esa biopolítica aparece como idea fundamental que un buen fin justifica siempre los medios, por lo que no se podrían poner reparos éticos a la producción del ser humano para investigación o dispensación de órganos, a la clonación o a la libre disposición de embriones *sobrantes*.

En el Capítulo III reflexiona detenidamente sobre el derecho a la vida, en especial del no nacido, y el concepto de persona que pudiera extraerse de nuestro texto constitucional. Al igual que en el anterior, son continuas las referencias a la jurisprudencia constitucional, destacando las senten-

cias 75/1984, 53/1985 y 70/1985. El problema que nos plantea de inmediato es el de la efectiva protección jurídica del no nacido: ¿es persona y, por ello, titular de derechos constitucionalmente protegidos?, ¿carece aún de la condición de persona y de protección constitucional?, o ¿aun no siendo persona, podría ser titular de derechos constitucionalmente protegidos? La Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del *Aborto de Londres* reconoció al feto la titularidad de derechos; el Tribunal Constitucional anuló posteriormente tal reconocimiento al establecer que sólo la persona podía ser titular de derechos y el no nacido carecía de esta condición, aunque no por ello quedaba completamente desprotegido. Supuso –afirma el autor– la aparición de unos nuevos derechos fundamentales huérfanos de titular en tanto no se naciera¹.

El Tribunal Constitucional consideró al no nacido como un objeto valioso, pero no como un sujeto de derechos, dando entrada así a esos «pintorescos derechos sin sujeto» y convirtiendo su vida en un simple «bien jurídico constitucionalmente protegido». La consecuencia era clara: «la vida del no nacido merecería menor protección que un derecho con el que entrara en conflicto, porque un bien jurídico tendría siempre una relevancia práctica inferior a la de cualquier derecho» (p. 87). Eso sí, como bien jurídico protegido constitucionalmente no perdería en el enfrentamiento con la pura arbitrariedad, es decir, no cabría el aborto libre porque existe un objeto valioso y protegido; pero bastaría que una madre tuviera una *causa* más o menos justificada y..., ese objeto valioso, perdería toda su protección.

Tras dedicar unas acertadas páginas a valorar los motivos de aborto despenalizado, la opción misma de despenalización, el paralelismo entre estas sentencias y las que posteriormente se pronunciaron sobre el reclamado derecho a la muerte de los integrantes del GRAPO, el Prof. Ollero afronta la cuestión del concepto constitucional de persona. En este punto pone de manifiesto nuevamente el desacierto del Alto Tribunal al dejar al ser humano sin acceso a su consideración de persona en tanto no cumpla con las condiciones del Código civil. Y habría que añadir otra crítica, la concepción del derecho subjetivo como «un resto de arbitraria individualidad que se nos tolera», y no como una dimensión del actuar humano que debe guardar una perfecta armonía con los demás seres humanos².

El Capítulo IV, partiendo de las SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991, lo dedica al estudio de la libre autodeterminación personal y, más concretamente, a la posibilidad de reconocer la libre disposición de la vida reclamada por lo integrantes del GRAPO. Las cuestiones objeto de reflexión, en concreto, serían dos: «el alcance de la legítima intervención de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal» y «en qué condiciones el juego de la libre autodeterminación individual se convierte propiamente en derecho». Desde luego, si toda pretensión individual no prohibida expresamente por la legislación hubiera de ser tenida por derecho, no cabría duda de que podría quedar justificado el derecho a la muerte, pero este individualismo fue negado por el

¹ «El problema real –que la sentencia no se atreve a abordar– es si se está dispuesto a regatear carácter humano a un ser a quien la biología se lo reconoce, asumiendo la carga de establecer una distinta frontera de *humanidad*» (p. 84).

² El triunfo de esta concepción, que impone el dominio de los fuertes sobre los débiles, le lleva a formular una crítica contundente: «el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno sólo de ellos» (p. 106).

Tribunal Constitucional, no sin cierto aire de paternalismo. La crítica del Prof. Ollero a la argumentación del Tribunal, que termina descartando la existencia de derechos basados en la ausencia de prohibición legal, se centra en que todo el énfasis de la argumentación parte de la relación entre los reos y la Administración penitenciaria, de modo que ésta puede impedir la muerte porque aquellos se encuentran bajo su custodia, pero ¿y si no lo estuvieran? El Tribunal no quiere entrar en ello, pero sí lo hace alguno de sus integrantes en los votos particulares. Lo paradójico es que, de seguir los argumentos del Tribunal, se produciría el absurdo de que derechos menos importantes que la vida, como la educación, aparecerían como indisponibles, mientras que la vida podría depender exclusivamente de la libérrima voluntad individual de cada sujeto.

En las páginas siguientes encontramos una acertada crítica a las consecuencias jurídicas derivadas del modo de entender, por parte del Tribunal Constitucional, la autonomía privada en sus pronunciamientos sobre el aborto. Las peripecias que realizó en su argumentación, acarreeó finalmente la admisión de la existencia de derechos sin deberes correlativos, y deberes sin correspondencia con un derecho. Así, nos encontramos con una situación de inexistencia del derecho al aborto y con el deber del profesional sanitario de colaborar –a menos que se acoja a la excepción de la objeción de conciencia– y con el deber de financiación pública. Esta mentalidad propia del «voluntarismo individualista» que subyace en la concepción del derecho no sirve, sin embargo, para justificar la existencia de derechos ilimitados; vuelve el autor a poner de manifiesto la incongruencia de los magistrados, que sostuvieron esta posición para los reclusos del GRAPO (la autodeterminación no legitimaba la disposición de la propia vida) y otra distinta para el supuesto del aborto en los supuestos despenalizados³.

Cierra este capítulo una alusión a la eutanasia y a los límites intrínsecos del derecho en relación a la libre disposición sobre la vida. Afirma el autor que es preciso dejar al margen todo atisbo tanto de individualismo como de estatalismo, responsables de la desvirtuación de los verdaderos derechos, y reprocha al Tribunal Constitucional el haber enmascarado concepciones axiológicas personales de sus integrantes, presentadas como asépticos *criterios jurídicos constitucionales* para fundamentar sus decisiones.

Los Capítulos VI, VII y VIII están dedicados al análisis ético-jurídico de la eutanasia. El primero de ellos afronta la fracasada propuesta –sin nombrar el término eutanasia– contenida en el proyecto de Código Penal de 1992, criticada por presentar como *normal* en una sociedad madura la contribución al suicidio de los demás cuando así lo deseen éstos. Afirma el autor que la repulsa legítima del ensañamiento terapéutico no puede conllevar el posicionamiento en el otro extremo –con justificación de la eutanasia–, sino su tratamiento como antijurídico en el ámbito de las coacciones. La cooperación al suicidio se presentaba en el Proyecto como una conducta justificada, como el medio lícito para poner fin a un sufrimiento insoportable y a una calidad de vida contraria a la dignidad. Pero en el fondo respondía a criterios utilitaristas e insolidarios: es más sencillo acabar con aquel que nos da problemas, que intentar solucionar sus problemas a un alto coste, tanto económico como

³ «No es difícil detectar, en las argumentaciones justificativas de las tres indicaciones despenalizadoras del aborto, la omnipresencia de la libre autodeterminación personal» (p. 139).

de dedicación personal. Un buen número de los casos en que se ha solicitado la eutanasia responden a situaciones en las que quienes están alrededor del enfermo, consciente o inconscientemente, le empujan a sentirse una carga. El capítulo concluye con una incongruencia del Proyecto, que establecía mayor pena para quien matare un animal en peligro de extinción que para quien interviniere en la muerte de un ser humano.

En el Capítulo VII, tras una exposición de los motivos generalmente alegados como justificativos de la eutanasia, se afrontan problemas jurídicos de notoria actualidad. Ocupa el primer lugar la posibilidad de que las normas jurídicas puedan recoger todo tipo de exigencias morales, cuando –de seguir ciertas corrientes contemporáneas– éstas deberían quedar reservadas al ámbito privado de cada persona. En éste debería situarse, según estas corrientes, todo lo relacionado con la libre disposición de la vida: cada uno puede hacer con su vida lo que le apetezca, mientras no repercuta en los demás⁴. Pero si los poderes públicos lo aceptaran así, habrían optado por una posición moral no neutra, sino de corte relativista, individualista, egoísta y hedonista. Nada objetivo existiría en el terreno moral, como para que se pudiera exigir a todos los ciudadanos al margen de su voluntad. Esto no supone una posición neutra, sino una opción que me impediría utilizar argumentos morales para defender bienes sociales y comunes razonables. Es cierto que la sociedad es multicultural y plural y es preciso lograr una convivencia pacífica de todos, pero no a costa de renunciar a la justicia, no a costa de considerar lícita toda pretensión⁵. Por ello cabe entender la educación como un derecho/obligación.

Aunque jurídicamente siempre resultaría inadmisibles la eutanasia, desde una moral individualista y relativista –cada uno se da las normas morales que desee– podría ser admitida para quien sufre sus consecuencias, siempre que lo decidiera libremente; sin embargo, nunca lo sería para quien colabora en ella, puesto que la acción incidiría sobre otra persona. Imponer esta moral relativista a todos los ciudadanos no sería otra cosa más que uno de los muchos tipos de integrismo o fundamentalismo, de intolerancia ¿por qué hay que admitir a la fuerza que todo es relativo y cada uno hace consigo mismo lo que desee? Sólo un pensamiento integrista puede justificar tal postura⁶.

En el tercero de los capítulos dedicados a la eutanasia, el Prof. Ollero analiza la pretensión de ciertas corrientes de lograr una perfecta separación entre moral pública y moral privada, con la consiguiente declaración de invalidez argumentos que huelan a convicción. Somete a una acertada crítica el

⁴ El autor es claro al respecto: «una privatización de la vida, que la convirtiera en disponible sin trabas jurídicas a la mera autodeterminación individual, implicaría una pública opción moral no menos discutible que cualquier otra» (p. 190).

⁵ «No se tiene derecho a todo lo que se quiere; ni siquiera a satisfacer todas las pretensiones avaladas por razones morales, si no cabe ajustarlas con otras ajenas quizá no menos legítimas. En determinadas circunstancias, el derecho –lejos de ser ciego instrumento de la voluntad individual– aspira incluso a defender al sujeto de sus propias limitaciones, dando paso a un siempre polémico *paternalismo*» (p. 194).

⁶ «Intentar excluir de lo público todo aquello a lo que se pueda atribuir sólido fundamento, o sea, defendido con seriedad susceptible de generar polémica, supondría imponer sin debate un monoculturalismo de lo trivial. Su fruto sería la devaluación del debate democrático, reducido a girar en torno a propuestas infundadas, formuladas sin convicción por quienes no las consideran dignas de ser abordadas con particular seriedad» (p. 200).

intento de quienes identifican convicción con religión, lo que invalidaría para el diálogo cualquier argumento relacionado con la moral religiosa; sin embargo, no tienen inconveniente en reconocer validez a todo tipo de argumento filosófico o ideológico, aunque conlleve un laicismo radical, porque no constituyen convicciones. No es más que sentar unas bases manipuladas para el diálogo, del que se quiere excluir determinados argumentos que molestan o son difíciles de rebatir; por mucho que se trate de revestir de neutralidad esta doctrina, no existe tal neutralidad. Sentados estos presupuestos, el autor no tiene inconveniente para entrar en el diálogo sobre los motivos morales y jurídicos que pudieran justificar el suicidio o la cooperación al mismo. La conclusión a la que llega es la ya expuesta en el capítulo anterior, el primero podría encontrar alguna fundamentación moral si partimos de una moral fundada exclusivamente en la autonomía de la voluntad, renunciando a la posibilidad de encontrar bienes morales objetivos; pero jamás podría reivindicarse como derecho. En cambio, en la cooperación a la muerte de otra persona no cabría justificación ni moral ni jurídica⁷.

El Capítulo IX recoge reflexiones inéditas sobre la vida humana y la relación derecho-moral. Se lamenta, en primer lugar, de los años transcurridos sin que se haya resuelto aún el problema del estatuto jurídico del embrión y que se haya dado por buena la regulación vigente con el argumento de que no hay otra. El Prof. Ollero reclama especial atención a los avances científicos, que pueden reportar información para una nueva regulación más respetuosa con el ser humano: ¿por qué esperar al nacimiento para reconocer la titularidad de derechos si la figura humana y la viabilidad pueden ser conocidos en el seno de la madre? Sin embargo, no debemos confundir ciencia (admite límites éticos que condicionan su quehacer) con técnica (ajena a los límites). No faltan quienes, confundiendo ciencia y técnica, exigen al derecho que se mantenga al margen y no ponga obstáculos a los *avances científicos*: experimentación con seres humanos, creación de híbridos humanos-animales, clonación de todo tipo de seres, etc. Llaman ciencia a lo que no lo es con ánimo de justificar lo injustificable.

Esto da pie para afrontar la relación entre derecho y moral, negada por numerosas corrientes jurídicas de actualidad. La separación resulta imposible, pues el derecho suele utilizar fundamentos morales; además, numerosas normas jurídicas inciden, una vez vigentes, en el comportamiento moral de los ciudadanos (*normalizan* ese comportamiento). El autor examina las corrientes más extendidas sobre la cuestión, entre las que reciben una mayor crítica el positivismo formalista y aquellas que pretenden *imponer* la separación entre moral pública y moral privada. Estas últimas tratan de legitimar al Estado para imponer las reglas del diálogo, los asuntos sobre los que se puede dialogar y los tipos de argumentos que pueden ser utilizados: se presenta como una posición de neutralidad, pero desde un principio se está *amañando el partido* para obtener el resultado deseado⁸.

⁷ «Es la dignidad de la persona humana la que sirve de fundamento al libre desarrollo de su personalidad. Es la dignidad la que marca al otro un ámbito de intangibilidad, vetando todo intento de condicionamiento heterónomo» (p. 229).

⁸ «¿Cómo trazar, pues, esa distinción entre derecho y moral, capaz de deslindar el ámbito de lo público y el de lo privado? La *democracia moderna* lo resuelve a través de un doble convencimiento: existen principios racionales rectores de la convivencia social, que el ciudadano ilustrado está en condiciones de conocer, al menos con cierta aproximación» (p. 249). No se trata de dar cabida al relativismo, sino a la

Merece la pena destacar también el hecho de que nuestra Constitución haya recogido numerosas exigencias éticas, consagradas como derechos fundamentales, que nunca podrán ser soslayadas. Al Tribunal Constitucional le compete desgranar todo su significado ético-jurídico, gozando de la capacidad de neutralizar las consecuencias del tan arraigado positivismo kelseniano: «el Estado Constitucional parte, sin embargo, de la existencia de unos derechos entendidos como expresión de exigencias jurídico-materiales, en los que fundamentará el Tribunal Constitucional su responsabilidad de «negar» validez positiva a las normas que los desconozcan» (p. 253). Tras estas consideraciones, el Prof. Ollero plantea los problemas más relevantes, relacionados con la vida, a los que nuestro Estado Constitucional debe hacer frente todavía hoy: la negación al embrión del estatus de persona humana, el propio concepto de persona humana, la desvirtuada concepción de la dignidad humana y las consecuencias prácticas de todo ello con repercusión clara en el derecho a la vida (producción, manipulación y exterminio de seres humanos, etc.); a todo ello dedica unas acertadas páginas (pp. 255-269) sobre las que el lector debería reflexionar sin prejuicios preconcebidos.

José Justo MEGÍAS QUIRÓS
Universidad de Cádiz

legitimidad de un «*acercamiento intersubjetivo a una realidad objetiva*», y, para evitar la posible dictadura de las mayorías, habría que dar cabida generosamente a la *objeción de conciencia* como «salida de emergencia».