

OLLERO, A.: *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Thompson-Aranzadi, Navarra 2006. 272 p.

AURELIO DE PRADA (\*)

Frente al intento de convertir el derecho en instrumento para generar una moralidad social positiva al servicio de los intereses industriales de la biopolítica, el profesor Ollero apuesta, en su, hasta hoy, último libro, por la capacidad del derecho para poner límites al poder político dando paso a un auténtico Estado de derecho. Una capacidad que ya permitió recobrar el prestigio de lo jurídico tras su instrumentación por parte de ideologías totalitarias o racistas y que obligaría ahora a explorar de forma novedosa la distinción entre derecho y moral partiendo de que si bien resulta obvio que no toda propuesta moral debe convertirse en exigencia jurídica, también lo sería que el derecho ha de suscribir actitudes específicas que la moral podría minusvalorar o incluso considerar negativas. Y todo ello habida cuenta de la escasa capacidad de algunos planteamientos bioéticos para garantizar exigencias tan elementales del bien común como la del respeto de la vida humana.

Tal es el hilo conductor de los trabajos, tres de ellos inéditos, ponencias en Congresos Internacionales, contribuciones a Libros Homenajes e incluso alguna intervención parlamentaria, recogidos en el libro y que, tras elaborarlos en las dos últimas décadas, con especial atención a la jurisprudencia constitucional española; se refieren efectivamente al respeto y protección de la vida humana en su concepción, capítulos II a V, y en su final, capítulos VI a VIII.

Y así, tras un primer capítulo introductorio, *Bioética, bioderecho, biopolítica* en el que se describe sucintamente la evolución que ha llevado desde la creciente visibilidad y disponibilidad del no nacido, por un lado, y la creciente tecnificación del estadio final de la vida, por otro,

---

(\*) Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

hasta el intento de instrumentalización del derecho contra el que se levanta el prof. Ollero, el capítulo segundo. *El estatuto jurídico del embrión humano* se centra en las tres cuestiones fundamentales que dicho estatuto plantea: ¿cuándo comienza la vida humana?, ¿existen seres humanos que no son personas? y ¿qué protección, merece, en cualquier caso, la vida humana?

Al respecto el autor analiza sucesivas Sentencias del Tribunal Constitucional en las que se van poniendo de relieve los cambios en los que a la concepción de la vida humana se refiere: desde la consideración de la vida humana como un «continuum», una vez generado un «tertium» con posibles cambios cualitativos futuros (STC 53/1985), a la consideración de la vida como una realidad discontinua (STC212/1996). También se analiza tanto el cambio cualitativo que supone la fecundación «in vitro» con la radical diferencia entre embrión fecundado y embrión concebido, cuanto las consecuencias de la introducción en el artículo 15 de la Constitución del término «todos», en lugar de toda «persona», como sujetos del derecho a la vida, cuanto, en fin, las del «cambio de pareja» del embrión que de estar contrapuesto a los derechos de la mujer, y a «su soberano ejercicio de autonomía», pasa a estarlo con la libre investigación científica.

Así las cosas, con dificultades para atribuir la condición jurídica de persona al embrión e incluso para reconocerle una dignidad que exigiría similar respeto, el autor aboga por una inversión de la carga de la prueba y por el recurso al principio «in dubio pro vita». La primera comportaría que quien ha de aportar razones justificadoras para negar la identidad humana del embrión sea precisamente el que lo niega, mientras que el segundo llevaría a reconocer al embrión, de modo inmediato, una dignidad similar a la implícita en los artículos correspondientes del Código civil.

El capítulo III *Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?* abunda en la problemática del aborto con un preciso análisis de la jurisprudencia constitucional en el que se ponen de relieve los problemas que suscita la consideración de la vida del «nasciturus» como un bien constitucionalmente protegido con la implícita negación de la condición de sujeto de derecho. Frente a esa

línea jurisprudencial, refrendada por las sentencias en las que se abordaba la posibilidad de proceder a la alimentación forzosa de los reclusos del GRAPO, en huelga de hambre, cuando su vida se halle en peligro, el autor aboga por un replanteamiento del concepto jurídico de persona extendiéndolo al no nacido, para superar la arcaica delimitación actual diseñada fundamentalmente para satisfacer meras exigencias de seguridad en el tráfico jurídico patrimonial.

Un nuevo examen de dichas sentencias del Tribunal Constitucional a propósito de los GRAPO, así como las relativas al aborto junto con un breve excursus sobre la eutanasia, realizado en el capítulo IV *Derecho a la vida ¿Derecho a la muerte? La libre determinación personal y las imprecisas fronteras del derecho*, permite al autor constatar que la expresa exclusión de la existencia de un derecho a la muerte propia no cierra el paso a manifestaciones de la autodeterminación de la voluntad capaces de disponer de la vida de otro hasta configurar en la práctica un derecho a la muerte ajena. Frente a tal concepción de los derechos como márgenes residuales de arbitrariedad, el profesor Ollero defiende la de unos derechos enmarcados en una relación personal en la que la libertad se abre a un ajustamiento que presupone la acogida al otro por el sólo hecho de ser tal, al margen de cuáles fueren los propios deseos. Una concepción que rechaza todo pacto tácito entre individualismo y estatalismo, ya que los derechos serían tan ajenos a una incondicionada autodeterminación de la voluntad como capaces de condicionar competencias estatales.

A partir del doble legado en que cabe resumir la Ilustración –Atrévete a saber; la persona debe ser siempre considerada como fin y nunca como medio– el autor vuelve, en el capítulo V *Bienes jurídicos o derechos: Ilustración «in vitro»* al análisis de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional según la cual la vida del «nasciturus» sería un bien jurídico constitucionalmente protegido. Una línea que se habría quebrado con las sentencias del mismo Tribunal relativas a la fecundación «in vitro» y a la reproducción asistida, en las que desaparecería la «protección que la Constitución exige para la vida del “nasciturus” puesto que de tal no se trata». Con la fecundación «in vitro» habría surgido la figura del «moriturus»: «un ser humano fabricado para morir, una vez cumplida la función puramente instrumental a la que estaba

destinado». El capítulo concluye constatando no sólo que los conceptos jurídicos se construyen adivinando siempre una consecuencia práctica, sino también que ni siquiera la jurisprudencia constitucional –explicadora del «núcleo duro» del derecho– acertaría a disimular la perplejidad posmoderna ante el dilema irresuelto del legado de la Ilustración: quién debe prevalecer en la confrontación entre progreso técnico y dignidad humana.

En el capítulo VI *Aportación al debate sobre la eutanasia en el proyecto de código penal de 1992*, se reproduce una intervención parlamentaria del autor, como portavoz del grupo popular, en la que el entonces diputado comienza señalando que en el trasfondo del problema está latiendo el papel que cumple el ordenamiento penal en la medida en que pretende fijar unos mínimos indispensables para dar paso a una convivencia que merezca el nombre de humana. Tras referirse al déficit de solidaridad que se observa en nuestra sociedad y que obligaría a no dar rienda suelta a una inercia social individualista, el autor concluye defendiendo que el tratamiento excepcional que se atribuye a esos supuestos de eutanasia debería quedar reservado a la figura del médico por la simple razón de que la apreciación de los elementos que configuran tal excepción, gravedad de la enfermedad su carácter terminal e irreversible, difícilmente podrían ser apreciados por otra persona.

El capítulo VII *Eutanasia y multiculturalismo. Derecho, moral y religión en una sociedad pluralista* vuelve a tomar la eutanasia como punto de referencia para abordar la dimensión filosófico-jurídica del multiculturalismo con las correspondientes discrepancias antropológicas e incluso religiosas. Y así, tras analizar las siete razones que habitualmente se esgrimen para su despenalización, así como la obligada asunción por el derecho de exigencias morales, viene a concluir en la existencia de unas exigencias jurídicas con fundamento objetivo, que se convierten en condición para el establecimiento de normas de obligado cumplimiento que no impliquen la mera imposición de un colonialismo dictado por una cultura que –a golpes de relativismo– se proclama indiscutible. Sólo contando con elementos objetivos a la hora de trazar la frontera del solapamiento entre exigencias morales y jurídicas, se podría poner freno a cualquier intento integrista de proyectar indiscriminadamente sobre la vida pública un código religioso omni-compreensivo.

También la eutanasia constituye el tema del capítulo VIII *La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana* en el que efectivamente se examinan la relación entre dignidad y autonomía desde tal problemática. Si históricamente la dignidad ha primado sobre la autonomía, siendo la dignidad de la persona humana la que sirve de fundamento al libre desarrollo de la personalidad, la progresiva afirmación en el ámbito sanitario del principio de autonomía, centrado en el consentimiento informado, podría acabar invirtiendo esa relación con consecuencias nada irrelevantes. El reconocimiento efectivo de esa dignidad puede acabar dependiendo de la capacidad de expresar la propia autonomía. El gran desafío actual sería, pues, lograr una fundamentación laica de tal primacía como la que intuye en las propuestas de Rawls o Habermas.

El último capítulo del libro, el IX *Vida humana, derecho y moral*, resulta el más ambicioso por cuanto desarrolla con detalle esa apuesta por el derecho esbozada en el capítulo I e implícita en las argumentaciones de los demás capítulos. No es lo mismo considerar el derecho como instrumento de imposición coactiva de cualesquiera opciones morales, formalmente homologadas, que entenderlo como el conjunto de exigencias éticas que se presentan como necesarias para hacer viable una convivencia que merezca el nombre de humana.

Semejante concepción que obligaría a tomarse la dignidad humana en serio y según la cual tener derecho a algo no consistiría simplemente en expresar un deseo y lograr que fuera respaldado por un consenso social, chocaría sin embargo con una doble objeción. La primera la de su posible dificultad para asumir el pluralismo político. Si lo que convierte una exigencia en propiamente jurídica es su contenido material, parecería más coherente no hacerla depender sólo del cumplimiento de los mecanismos formales o procedimentales inseparables del juego democrático, como el de la regla de la mayoría.

Sin embargo, para el autor, tal razonamiento atenta menos contra una concepción material del derecho que contra la democracia misma, a la que se relegaría a mero instrumento formal. La democracia resulta ser algo más que un mero formalismo de contenido aleatorio; precisamente porque se la considera como exigencia de algo tan jurídico-material

como la dignidad humana. El respeto a las formas y procedimientos del pluralismo democrático formaría parte del núcleo duro de una concepción material de lo jurídico.

La respuesta a la segunda objeción, la de que por esa vía se pretenda dar entrada en el ámbito de lo público a concepciones morales omni-comprendivas, lleva al autor a volver sobre la problemática distinción entre derecho y moral y a la correspondiente solución aportada por la democracia moderna: la existencia de principios racionales rectores de la convivencia social, que el ciudadano ilustrado estaría en condiciones de conocer, al menos con cierta aproximación. Margen de falibilidad éste que se solventaría a través de un pluralismo entendido en clave no relativista: como acercamiento intersubjetivo a una realidad objetiva.

Tal perspectiva jurídico material, no sería sino la del Estado Constitucional en la medida en que éste parte de la existencia de unos derechos entendidos como expresión de exigencias jurídicas materiales en las que fundamenta el Tribunal Constitucional su responsabilidad de «negar» validez positiva a las normas que los desconozcan, permitiendo así hablar de «cosa juzgada» y no de «cosa querida» por los magistrados de turno.

La dignidad humana, «tomada en serio», como fundamento último de los derechos humanos y el derecho como barrera a los intereses motores de las nuevas aplicaciones tecnológicas, constituyen, pues, las claves últimas de la propuesta del profesor Ollero. Una propuesta que, por su rigor y profundidad, ciertamente también ha de ser tomada en serio toda vez que, como él mismo concluye, en los continuos debates en torno al bioderecho lo que está en cuestión, en último término, es simple y llanamente el futuro del derecho mismo.