PERSONALISMO BIOJURÍDICO

Marta Albert. Profesora de Filosofía del Derecho.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

XVIII CONGRESO INTERNACIONAL CIENCIA Y VIDA. CIENCIA, HUMANISMOS Y POSTHUMANISMOS. Madrid, 22-24 de julio de 2013.
(Versión provisional)

Introducción

El denominado "posthumanismo" parece que tiene más de "post" que de "humanismo", si atendemos a las propias inquietudes, a las metas y a los fines que se proponen sus más destacados representantes[1].

Ante este panorama, es frecuente que se alce la voz para reclamar la intervención del derecho. Con fe acaso digna de mejor causa, se concibe la realidad jurídica como un instrumento capaz de frenar cualquier disparate que a la Humanidad se le ocurra. Sin embargo, la historia no parece justificar esta visión de lo jurídico. El derecho no deja de ser un instrumento más en manos de personas, igual

1 Vid., el Manifiesto de la Asociación Mundial de Transhumanismo [http://www.transhumanismo.org/] trad. de Santiago Ochoa.

1.- En el futuro, la humanidad cambiará de forma radical por causa de la tecnología. Prevemos la viabilidad de rediseñar la condición humana, incluyendo parámetros tales como lo inevitable del envejecimiento, las limitaciones de los intelectos humanos y artificiales, la psicología indeseable, el sufrimiento, y nuestro confinamiento al planeta Tierra.

2.- La investigación sistemática debe enfocarse en entender esos desarrollos venideros y sus consecuencias a largo plazo.

3.- Los transhumanistas creemos que siendo generalmente receptivos y aceptando las nuevas tecnologías, tendremos una mayor probabilidad de utilizarlas para nuestro provecho que si intentamos condenarlas o prohibirlas.

4.- Los transhumanistas defienden el derecho moral de aquellos que deseen utilizar la tecnología para ampliar sus capacidades mentales y físicas y para mejorar su control sobre sus propias vidas. Buscamos crecimiento personal más allá de nuestras actuales limitaciones biológicas.

5.- De cara al futuro, es obligatorio tener en cuenta la posibilidad de un progreso tecnológico dramático. Sería trágico si no se materializaran los potenciales beneficios a causa de una tecnofobia injustificada y prohibiciones innecesarias. Por otra parte, también sería trágico que se extinguiera la vida inteligente a causa de algún desastre o guerra ocasionados por las tecnologías avanzadas.

6.- Necesitamos crear foros donde la gente pueda debatir racionalmente qué debe hacerse, y un orden social en el que las decisiones serias puedan llevarse a cabo.

7.- El transhumanismo defiende el bienestar de toda conciencia (sea en intelectos artificiales, humanos, animales no humanos, o posibles especies extraterrestres) y abarca muchos principios del humanismo laico moderno. El transhumanismo no apoya a ningún grupo o plataforma política determinada.

que la ciencia. Creo que el derecho no lo hace tanto el "legislador" ni mucho menos la "soberanía popular", como los juristas y los ciudadanos. El derecho es la norma abstracta, pero también (y sobre todo) es el obrar jurídico, ¿cómo lograr que sea además un instrumento al servicio del hombre?

He llamado a mi propuesta "personalismo biojurídico". La explicaré a continuación. Antes me gustaría situar el posthumanismo en clave jurídica.

Como el propio posthumanismo se halla a medio camino entre la realidad y la ficción, me permitiré hacer un poco de ciencia jurídica-ficción, pensando en los argumentos que se esgrimirían para admitir, en derecho, algo parecido a la construcción de una transhumanidad o una post-humanidad.

Un ensayo de ciencia-jurídica ficción: el derecho subjetivo ¿y el deber jurídico? al "enhancement"

Realmente con algunas dosis de derecho real sí contamos. De hecho, algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, han tipificado ya -nuestro código penal en su redacción de 1995- algunos supuestos que tienen que ver con estos riesgos. El Título V del código penal español se dedica a los delitos relativos a la manipulación genética. El artículo 159 castiga con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años a los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. Se prevén penas menores para los casos de comisión por imprudencia grave. El artículo 160 tipifica la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, prescribiendo penas similares. El párrafo segundo prevé penas ligeramente inferiores para quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, que se aplican también a la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

En contraste con esta prohibición del código penal, la legislación ordinaria autoriza, como es sabido, alguna modificación genética (no ciertamente afectante al genotipo) tendente a una efectiva "mejora" del ser humano.

La ley de investigación biomédica permite, como es sabido, la clonación ("terapeútica" y con fines de investigación) que el Convenio de Oviedo había prohibido. Lo hace, además, de manera subrepticia, puesto que ha de deducirse del juego de los párrafos 1 y 2 del artículo 33, en virtud de los cuales: 1. "se prohibe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación. 2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de

células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear ", pues, según la Exposición de Motivos de la Ley "es una técnica de obtención de células troncales humanas que no comporta la creación de un preembrión o embrión en los términos definidos en la Ley".

La ley de fecundación humana asistida, por su parte, permite los conocidos como "bebés medicamento", es decir, la selección de embriones sanos y histocompatibles con un hermano enfermo para ser transferidos al útero al objeto de convertirse en futuros donantes de células que salvarían la vida de sus hermanos.

El artículo 12 de la ley establece que los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso."

No es necesario explicar que este artículo implica la posibilidad de destruir embriones humanos, por no reunir las condiciones necesarias para ser transferidos (ser portadores de enfermedades graves de carácter hereditario y no ser histocompatibles con el tercero que debe recibir el trasplante del bebé una vez nacido).

A nivel internacional, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, establece, en sus artículos 10 y 11, lo siguiente:

Artículo 10.- Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.

Artículo 11.- No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio de Oviedo (convención internacional ratificada por España y que entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico en enero de 2000) indica, en su artículo 13, relativo a las Intervenciones sobre el genoma humano: ”Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia”.

Teniendo presente esta relación, en absoluto exhaustiva, de textos jurídicos o políticos, parece fuera de toda duda que el *enhancement*, entendido como derecho subjetivo, y acaso, como deber jurídico, no tendría cabida en nuestros sistemas. Yo no lo veo tan claro.

Me parece, eso sí, que, desde el punto de vista jurídico, el problema difícilmente se articularía sobre la base de una política muy explícita de “mejora de la especie”.

“*Three generations of imbeciles are enough*", el argumento con el que se autorizó en sentencia de la Corte Suprema la esterilización de disminuidos físicos en Estados Unidos en los años veinte del siglo pasado, nada más y nada menos que por un jurista tan brillante como Oliver Wendell Holmes[2], no volverá a repetirse. Al menos no en estos términos. Tampoco creo que tenga mucho sentido mentar el *Untermensch* a estas alturas.

El posthumanismo, si ha de llegar, llegará indoloramente[3]. Creo que este es el único requerimiento “ético” que nuestra sociedad está en condiciones de hacerle.

Tampoco creo que se empleen los medios jurídicos estatales clásicos, aquellos que el positivismo jurídico trató de convertir en únicos contenedores del derecho. No me imagino, sinceramente, una “Ley de mejora de la especie” o algo parecido.

Por eso hemos de estar aún más “ojo avizor”, porque el proceso de implantación de la “Humanidad +” penetrará en el ordenamiento jurídico, si es que penetra, de modo mucho más sutil, y desde luego más simpático (si se me permite la expresión), en un marco de “buenismo jurídico” que incluya el derecho a la mejora como parte de los derechos fundamentales del hombre.

Quisiera a continuación mencionar cinco vías por las que esta idea de mejora calaría en nuestra

2 Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).

3 LIPOTESKY, G., *El crepúsculo del deber,* Barcelona: Anagrama, 2000.

cultura jurídica (en absoluto excluyentes, por supuesto). Acaso llamarán la atención de algunos, quizá sobre todo de aquellos que estén acostumbrados a pensar el derecho bajo los parámetros decimonónicos propios del positivismo jurídico.

En primer lugar creo que más bien cabría esperar una constante tendencia a la realización de políticas eugenésicas ante el silencio del derecho y de los juristas. Lo que los juristas llamamos "lagunas" del derecho, esto es, los casos para los que el ordenamiento jurídico no tiene una respuesta precisa, son mucho más de los que cabe imaginar, a pesar de que la idea positivista del derecho nos había querido convencer de que la nota fundamental del ordenamiento jurídico era la "plenitud". "En la ley hay tantas lagunas como palabras" afirmaba Kantorowicz[4].

Los programas de cribado prenatal en nuestro país constituyen un buen ejemplo. El panorama varía de una comunidad autónoma a otra, pero cabe afirmar la existencia de una política de sistemática eliminación de embriones defectuosos.

No son muchas, ciertamente, las voces que denuncia la ilicitud de estas prácticas en un sistema donde, teóricamente, el no nacido es un bien jurídico que hay que proteger, aunque carezca de personalidad jurídica (así, la sentencia 53/1985, sobre la constitucionalidad de la reforma legal del aborto de 1985), y donde, teóricamente también, la convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006[5], tiene plena validez jurídica[6].

La perpetuación "de facto" de este tipo de políticas y de otras más claramente tendentes a la "mejora" no sería en absoluto descartable, a mi juicio. Ofrecidas como parte de la cartera de servicios de nuestro variadísimo panorama autonómico, e introducidos por la vía de "programas" que se deciden a nivel de política sanitaria (y cuyo estatuto jurídico es casi una incógnita)[7], su control por parte del derecho es mucho más complicado que si se introdujeran por las clásicas fuentes del derecho (la ley, la costumbre, los principios generales del derecho).

En segundo lugar, habría que estar atento a las posibilidades de despenalización de ciertas conductas relacionadas con la "mejora" de los seres humanos, aunque personalmente no creo que se abra esta vía. Fundamentalmente, por tres razones. La primera, porque supondría abrir en la esfera pública un debate que pondría de manifiesto el carácter eugenésico de estas medidas, lo que,

4 En *Der Kampf uber die Rechtswissenschaft*, 1906, Vi..,KANTOROWICZ, F., "Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book – Reflections on Gnaeus Flavius's Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) " http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=741

5 Adaptada en nuestro ordenamiento jurídico por Ley 26/2011, de 1 de agosto.

6 Entre otras, cabe destacar la del médico Esteban Rodríguez, que ha objetó en conciencia al diagnóstico prenatal en la Comunidad Autónoma Andaluza.

7 Programa andaluz de cribado de anomalías congénitas (PACAC) http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/publicaciones/listadodeterminado.asp?idp=370

además de molesto, resulta totalmente gratuito, como veremos a continuación. La segunda, porque el *enhancement* excede con creces la definición del tipo jurídico de nuestro código penal, en la que no entraría el empleo de implantes, la creación de cyborgs, las mejoras que puedan producirse en el ámbito de la neurociencia, etc.

La tercera razón puede concluirse por analogía del examen de la regulación jurídica de la eutanasia. Cuando no hay voluntad de penalizar una conducta, ni la tipificación penal resulta suficiente. Basta con una determinada orientación a la actuación de la fiscalía (como -oficialmente- ha ocurrido en Reino Unido en el caso de la persecución del suicidio asistido) para que el código penal parezca papel mojado. El artículo 143.4 de nuestro código penal (que regula el denominado "homicidio por compasión") está sin estrenar, lo que quiere decir dos cosas: o que la norma es tan eficaz que su efecto preventivo desactiva todo intento de violarla, o que es tan ineficaz que habría que cuestionarse su estatuto jurídico.

En el caso de los delitos de manipulación genética se da, además, la peculiaridad de que si quien manipula está (como es previsible) conforme con tal conducta y quien es manipulado también, no parece que haya muchas posibilidades de que las "generaciones futuras" emprendan acción legal alguna, por muy titulares de derechos que se las pretenda hacer...

En esta misma línea, un tercer punto importante al que debemos, a mi juicio, atender, es al desarrollo del derecho a la *privacy* o a la autonomía personal, entendido como derecho fundamental y puesto al servicio de la "auto-mejora". El paso, esencial, de lo fácticamente consentido a lo jurídicamente exigible se dará (si se da) en nombre del "desarrollo y la autonomía personal". Como se ha señalado, los partidarios del transhumanismo sostienen en su manifiesto que hay un "derecho moral a emplear métodos tecnológicos nuevos por parte de los que lo deseen, con el objetivo de incrementar las propias capacidades físicas e intelectuales, y de aumentar el control sobre sus vidas"[8]. Aspiran, de este modo, a conseguir un "crecimiento personal que supere decididamente las limitaciones biológicas que ponen barreras a la vida del hombre actual"[9].

Conviene tener presente que cuando en el contexto del pensamiento jurídico y político anglosajón se habla de "derecho moral" se está queriendo decir que estamos ante lo que nosotros llamaríamos un "derecho natural", un derecho que adquiere su fuerza de obligar de la propia naturaleza de las cosas, y que, por tanto, forma parte de lo "innegociable" en las democracias occidentales.

El derecho a la *material privacy* se acuña en las conocidas sentencias de los casos Roe v. Wade y Doe V. Bolton (1973) a través de las que se legalizó el aborto en los Estados Unidos. La doctrina del caso Quinlan (Tribunal Superior de New Jersey, 1976) empleó la misma interpretación del derecho

8 *Manifiesto, cit.,* punto 4.

9 *Ibid.*

a la intimidad para justificar la retirada del respirador en el conocido caso.

Esta doctrina fue, poco a poco, permeando la mayor parte de las reivindicaciones en torno a la disponibilidad del propio cuerpo y la propia vida también en el continente europeo.

Es muy significativa, en este sentido, la evolución que ha sufrido la petición del derecho a disponer de la vida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera vez que este asunto llegó a Estrasburgo fue con ocasión del caso Pretty v. Gran Bretaña (29 de abril de 2002). La señora Pretty padecía esclerosis múltiple y solicitaba impunidad para su marido en el caso de que éste la ayudara a morir cuando su enfermedad avanzara y ella, considerando que había llegado el momento de morirse, hubiera perdido la capacidad de quitarse la vida por si misma debido a la evolución de la enfermedad.

Los asesores jurídicos de la Sra. Pretty estimaban que lo que se estaba sustanciando realmente era la interpretación del artículo 2 de la Convención de Roma, que reconoce el derecho a la vida. La cuestión era si el derecho a la vida incluía o no el derecho a la libre disposición de la propia vida. Si el suicidio se entiende como derecho, entonces al Estado le corresponde garantizarlo, contrayendo un deber positivo de garantizar la muerte de sus ciudadanos. Obviamente, esta posición no fue asumida por el Tribunal.

Lo que realmente nos interesa es que años más tarde, cuando se presenta de nuevo una petición parecida, ya no se articula sobre la base de la discusión en torno al artículo 2 de la Convención: es el artículo 8 el que soporta todo el peso de la petición. Así, el Sr. Haas, en su demanda contra Suiza, esgrimía el artículo 8 para fundamentar en derecho su exigencia de que se obligara al sistema nacional de salud a extenderle la receta necesaria para acabar con su vida, en nombre de la no injerencia en su vida privada y familiar. En opinión de Haas, el Estado debe proporcionarle la droga necesaria para suicidarse basándose únicamente en su propia petición: cualquier investigación ulterior significaría una injerencia en su vida privada. En aquella ocasión, el Tribunal negó la posibilidad de que el Estado abdicara de su posición de garante de la vida humana, asumiendo la obligación positiva de procurar la muerte de los ciudadanos que lo deseen.

El último fruto de esta concepción de la “privacidad” es la sentencia de 14 de mayo de 2013 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gross v. Suiza. La señora Gross, de ochenta y dos años, no padece ninguna enfermedad significativa, sufre dolor de espalda y un leve deterioro de la memoria. Su vida social, con el paso de los años, ha perdido calidad. Sin embargo, como también ocurrió a Haas, la señora Gross no ha logrado obtener de ningún médico la receta necesaria para adquirir la dosis letal que necesita para poner fin a su vida. Finalmente, ha llevado su caso al Tribunal de Estrasburgo, esgrimiendo la violación, por parte de Suiza, del artículo 8 de la Convención de Roma. Su petición ha sido considerada conforme a derecho, y se ha condenado a

Suiza por el sufrimiento causado a la Sra. Gross. La sentencia acaba de ser recurrida ante la Gran Sala, sin que aún haya habido pronunciamiento sobre la admisión del recurso.

Lo mismo cabe señalar de la reciente reforma del aborto en España. El derecho al aborto se presenta como parte integrante de los "derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva". Se reconoce como algo a lo que la mujer tiene derecho en nombre de su autonomía personal y, en definitiva, de su derecho a la autodeterminación. El derecho al aborto queda sorprendentemente vinculado al derecho a la intimidad personal (artículo 18 de nuestra Constitución). Es una exigencia de la intimidad y la autonomía en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

En definitiva, la libre disposición del cuerpo es un derecho "en alza" que se articula actualmente como parte esencial del derecho a la intimidad. Por esta razón, pienso que el camino hacia la H+ bien podría recorrerse en el campo jurídico por los caminos de la argumentación en torno a la *privacy* entendida como autodeterminación.

De esta manera, emplear, por ejemplo, un "implante" sería una cuestión perteneciente a la intimidad de cada uno, a su desarrollo como persona y a sus opciones vitales...Y, ante este panorama, ¿cómo indicar los límites entre quien desea usar las google glass, el caso Pistorius[10], o la creación de cyborgs mediante nanotecnología? Si por ejemplo, un chip de almacenamiento de recuerdos puede ser considerado una terapia para un enfermo de Parkinson, ¿no puede extenderse esta posibilidad a otras personas que deseen emplearla, aun sin patologías presentes? Nadie hablaría, probablemente, de "derecho a la mejora" o términos que pudieran sugerir alguna tentación "nazi". Quedaría mucho mejor discutir sobre los límites de la autonomía personal.

Un conocido aforismo jurídico dice "quien puede lo más, puede lo menos". Como hemos tenido ocasión de comprobar, la autonomía entendida como derecho fundamental a la autodeterminación ha sido argumento jurídico suficiente como para justificar la destrucción de las vidas de los hijos no deseados (en el caso del aborto) y de la propia vida (en el caso de la eutanasia). ¿Cómo no iba a bastar para introducir mejoras en el propio cuerpo?

En cuarto lugar, es probable que, en la medida en que quepa entender la mejora como formando parte del derecho fundamental a la *privacy,* se empleen los argumentos ya conocidos para oponerse a cualquier tentativa "bioconservadora". Son los argumentos de lo que se ha denominado el "buenismo jurídico"[11] (y derechos para todos). Así, que el Estado permanece "neutral", y que se limita a reconocer a los ciudadanos la posibilidad de beneficiarse de estos "indudables" avances.

10 Me refiero, obviamente, a la polémica en torno a los implantes del deportista y no a la trágica muerte de su novia, Reeva Steenkamp.

11 OLLERO, A., "El Derecho a lo torcido" en Puig, V., (ed), El fraude del Buenismo, Madrid: FAES, 2005.

Quien entienda que son inmorales, o que su religión se lo prohibe, tendrá suficiente con no hacer uso de esta posibilidad, cuya existencia en nada le afectaría.

La cuestión se planteará pues, en el ámbito de lo puramente privado, como un asunto sin consecuencias desde el punto de vista común. Sin embargo, es obvio que esas consecuencias existen, aunque el individualismo dominante pretenda lo contrario. Para empezar, la neutralidad estatal es una pura ilusión. No hay modo de legislar sin elegir, sin expresar una opción por unas políticas u otras. El Estado no puede ordenar la realidad a través de la ley sin obedecer a una cierta teleología.

En particular, reconocer (más o menos expresamente, como ha ocurrido en el caso del aborto) un derecho subjetivo no es, ni mucho menos, una cuestión individual. Un derecho subjetivo implica un compromiso público, y significa, por un lado, la aparición de deberes jurídicos que se ordenan a la satisfacción de la prestación que implica el derecho; por el otro, la aparición de una responsabilidad de garantizar en términos económicos la efectividad del derecho (cuestión, como cabe imaginar, no menor en este caso).

Pero la consecuencia más grave de la concepción de la mejora como derecho es, sin duda, la discriminación. Como ha puesto de manifiesto reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional[12], para que quepa hablar de discriminación es preciso no sólo una diferencia de trato, (pues estas muchas veces son una exigencia de la propia justicia) sino una diferencia de trato que no tenga un fundamento objetivo y razonable.

¿Constituiría la "mejora" un fundamento razonable para la diferencia de trato jurídica? Acaso sí. Habría que distinguir entre el acceso al derecho (que se pretendería garantizado en condiciones de equidad) y el posterior régimen jurídico de "mejorados" y "no mejorados". Por más cautelas jurídicas que pudieran prestarse, la capacidad humana de crear categorías que excluyen a los semejantes del género humano ha sido suficientemente demostrada a lo largo de la historia.

Pero esta vez luchar contra la discriminación será, si cabe, más difícil[13], habrá que tener presente que todo intento de "mejora" llevará el sello de lo políticamente correcto. Será una discriminación (del que no acepte los presupuestos del posthumanismo) en nombre de la no discriminación (mejora para todos).

Que, sin advertirlo abiertamente, como ha ocurrido con el aborto, se argumente jurídicamente que la mejora forma parte del derecho fundamental a la autodeterminación traería consigo, en realidad,

12 Por todas, STC 34/1981, de 10 de noviembre.

13 Me refiero a la dificultad del debate teórico. No trato en absoluto de banalizar las terribles consecuencias fácticas que la discriminación (fundamentalmente en nombre de la mejora de la especie humana) ha tenido a lo largo de la historia.

una inversión de la carga de la prueba, una mutación en los presupuestos de los que parte la ordenación jurídica. Igual que ha ocurrido con la legalización (más o menos encubierta) de la "eutanasia". Lo que ha ocurrido en estos casos (en España pueden verse las leyes autonómicas) es precisamente este proceso: la alteración de la configuración por defecto del estatus de la vida en nuestro ordenamiento jurídico. De la custodia a la libre disposición. Como cabe observar, no hay necesidad de cambiar el código penal para lograr este fin.

Por la misma vía discurriría, a mi juicio, el asunto de la mejora. El principio jurídico ahora en vigor y que se trasluce en nuestro código penal, de una protección positiva de la vida en su fragilidad y en su condición "natural", se vería sustituido de facto por su contrario en el instante en que, en la práctica jurídica se afirmara que mejorarse forma parte de una elección personal a través de la que el hombre se autodetermina, y que no reconocer esa posibilidad como un derecho sería una forma de opresión intolerable. Al establecerse así, el compromiso público automáticamente se orientaría hacia la mejora, se diga más o menos claramente.

En quinto y último lugar, debemos plantearnos la posibilidad de un "deber jurídico de mejorarse". A la postre, este tipo de políticas, realizadas en nombre de la no discriminación, terminan por imponer una visión del mundo muy poco tolerante. No sería de extrañar que lo que comenzó siendo algo meramente lícito o incluso sólo consentido termine por poder exigirse como un derecho y, finalmente, en exigirse, por los demás, como un deber.

En esta línea ya tenemos las conocidas como *wrongful life actions,* en las que si bien no se reconoce expresamente un deber jurídico de generar sólo vidas sanas, sí se reconoce la responsabilidad jurídica por haber lesionado la capacidad de decidir del sujeto que hubiera preferido no venir al mundo en determinadas circunstancias. La jurisprudencia actual en nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido el derecho a la compensación a los padres cuyos hijos no fueron diagnosticados adecuadamente durante el embarazo, perdiendo por este motivo la posibilidad de elegir el aborto (se trata en sentido estricto de *wrongful births*, pero no de *wrongful lifes*). Pero se han dado casos en los que los demandantes eran los propios hijos y los demandados, los padres, es decir, de *wrongful life actions* en sentido estricto[14]. Que estas acciones hayan prosperado ya significa que se reconoce la existencia de responsabilidad jurídica por la generación de vidas que no debían ser vividas. Nadie hablará de deber de crear una raza perfecta, pero si esto no se le parece...

La vertiente negativa del deber (no generar seres imperfectos) prácticamente está sobre la mesa, como vemos. La parte positiva (generar seres cada vez más perfectos) se iría imponiendo sutilmente y poco a poco... Salvo que tuviera alguna utilidad que tales seres existieran, ordenando sus vidas

14 Vid., http://www.mauriceblackburn.com.au/media/373189/wrongful%20life%20and%20wrongful%20birth%20actions.pdf

bajo un régimen jurídico diverso del resto. Habría, claro está, que buscarles un nombre. Pero esto es algo que los juristas hacemos con cierta desenvoltura. Hemos hablado del *Untermensch*, pero también cabría hablar del pre-embrión, categoría jurídica de incomprensible permanencia en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la cual se eliminan o congelan seres humanos.

El personalismo biojurídico como respuesta a los retos del posthumanismo

Si algo podemos concluir de estos cinco futuribles es que la versión jurídica del *enhancement* puede ser mucho más "líquida" de lo que nos imaginamos. Pensar que se ordenará la mejora de la raza por decreto-ley sería una enorme ingenuidad.

Las soluciones, por tanto, deben ser aptas para abordar el problema en los términos en los que éste puede presentarse.

Quería a continuación presentar brevemente una propuesta de personalismo biojurídico, centrada no tanto en los grandes documentos internacionales o en la acción legislativa como en la praxis jurídica cotidiana. No creo que las soluciones puedan consistir en apilar montañas de declaraciones de derechos humanos. Hasta el propio Transhumanismo apela a los derechos humanos en su discurso. La solución ha de tomarse en el campo de la aplicación y la interpretación del derecho, de la iurisdictio.

Comencemos con unas breves palabras sobre el personalismo.

El personalismo no es propiamente una doctrina, es más bien un enfoque filosófico que consiste en la contemplación de la realidad desde el punto de vista de la persona, y en la reivindicación de la inalienable dignidad de esta última, ya sea en el campo ontológico, en el gnoseológico, en el moral o en el social..."El personalismo no es tanto un sistema como una perspectiva desde la que se abordan los problemas"[15].

En el ámbito del derecho, ser personalista significa hacer de la persona (en sentido moral, no jurídico) el centro de la reflexión y de la acción jurídica (el Derecho es un *hacer*, no es un conjunto de normas).

Me parece que esta propuesta cobra mucho más sentido en el ámbito del bioderecho. Si de algún ámbito jurídico podemos esperar diques al empuje posthumanista es del bioderecho.

"Bioderecho" es una palabra acuñada recientemente, por la que entenderemos a continuación una nueva rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación de la vida humana[16].

15 AAVV., *La Revolución personalista, y comunitaria en Mounier,* Madrid: Mounier, 2002,p. 22.

16 APARISI, A., "Bioética, Bioderecho, Biopolítica. (Reflexiones desde la Filosofía del Derecho)", en *Anuario de Filosofía del Derecho,* XIV, 2007, pp. 68-84; OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra,

El derecho como ciencia social al servicio de la persona se constituye sobre la base de un ***personalismo biojurídico, esto es, sobre la regulación de la vida humana realizada desde la perspectiva de la persona***.

Esto significa, en primer lugar, pensar el bioderecho desde la perspectiva personal. La cuestión metodológica tiene su interés, sobre todo porque los juristas en el último siglo hemos intentado cosas tan pintorescas como pensar el derecho "jurídicamente" (así, el "padre" del positivismo jurídico, Hans Kelsen). Pensarlo, en cambio, "personalmente", acaso no nos diga gran cosa sobre, por ejemplo, la teoría de la norma y del sistema jurídicos. En cambio nos dice, como en el cuento de Arquíloco, una sola cosa, pero grande e importante.

El "saber jurídico del erizo" (que es el que sabe esa cosa, a diferencia de la zorra, que sabe muchas pero no tan importantes) es el saber del valor de la vida humana hecho función, convertido en categoría del pensamiento y el obrar jurídicos.

El personalismo biojurídico que tratamos aquí se inspira, a su vez, en el personalismo de la ética material de los valores.

En septiembre de 1916 salió de la imprenta la primera edición de la obra de Max Scheler *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (El Formalismo en la Ética y la Ética material de los valores), con el subtítulo *Neuer Versuch der Grundlegugn eines ethischen personalismus* (Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético)[17].

Como es fácil deducir del propio título del libro, la ética material de los valores surge como un intento de fundamentación del personalismo.

De hecho, la idea de persona constituye el centro de la vida moral según la ética de los valores. No en el sentido de que la persona sea fuente del valor, sino en el sentido de que la persona es el único depositario, en sentido estricto, de los valores morales, es decir, de "bueno" y "malo". Lo único que puede tener valor moral es la persona: el único bien moral. "Bueno" y "malo", a su vez, es el obrar tendente a la realización de los valores superiores o inferiores dados en el preferir (respectivamente).

La persona no es, en este sentido, la persona-razón, ni el yo que da unidad a la percepción en el sentido kantiano. Me interesa destacar ahora que el concepto de persona está íntimamente ligado, en la filosofía de Scheler, al concepto de espíritu: la persona es el "centro del espíritu"[18]; el centro de

Aranzadi, 2006, p. 19; CASINI, M., TRAISCI, E., PERSANO, F., "La bioética en la perspectiva del bioderecho y de la biopolítica", en *Medicina y Ética*, Vol. XXIII, n 1, enero-marzo 2012-

17 SCHELER, M. F., *Gesammelte Werke*, Bouvier Verlag, Bonn, ed., Manfred S. Frings, 2000. Traducción al castellano a cargo de Hilario Rodríguez Sanz, *Ética,* Madrid: Caparrós, 2001, edición revisada a cargo de Juan Miguel Palacios García. Cito por la edición alemana, indicando entre paréntesis la traducción castellana.

18 *Der Formalismus*, cit., p. 386.

actividad (la persona como ser realizador de actos) en la que el espíritu se manifiesta, penetra en el mundo[19]; la forma de existencia del espíritu[20]. Pero, ¿qué es el espíritu mismo?, ¿en qué consiste eso que se manifiesta a través de la persona? Desde luego, en algo más de lo que usualmente se entiende por tal, puesto que, en el contexto de la fenomenología scheleriana, el espíritu, "si bien incluye el concepto de "razón" aparte del "pensamiento conceptual" comprende determinado tipo de "intuición", la intuición de fenómenos originarios o esencias, además de cierta clase de actos emocionales y volitivos como la bondad, el amor, el arrepentimiento, la veneración, el maravillarse, la dicha y la desesperación"[21].

El concepto de persona está además íntimamente ligado al de "mundo". Cada persona tiene su propio mundo. De hecho, la libertad personal consiste en la capacidad de transformar nuestro "medio" en un "mundo". El "medio" es aquello con lo que cuento prácticamente (así, que la calle estará ahí cuando salga de casa[22]; que, a pesar de Copérnico, la tierra está firme y no gira bajo mis pies; que, a pesar de Einstein, pasado, presente y futuro son dimensiones separadas, etc..) el "medio" es la circunscripción bajo la que se desarrolla mi vida; ese mundo en que las cosas son tal como yo las percibo, sin hacer cuestión de cómo serán en sí...

La persona, como ser espiritual, es capaz de romper los límites de su propio medio, de traspasar la circunscripción que éste representa, y construir, a base de su obrar con sentido espiritual, su propio mundo, un mundo, en sentido propio, donde no está sólo aquello con lo que yo cuento, sino también aquello con lo que nunca hubiera contado, lo que me maravilla, en sentido estricto (así, todos los productos espirituales, ya sean los que son depositarios de valores estéticos, como un cuadro o una sinfonía, o los depositarios de los valores de la búsqueda de la verdad, como una obra filosófica, o de lo justo y lo injusto, como un ordenamiento jurídico, o los bienes pertenecientes a la esfera del progreso científico).

Sobre este "medio", el espíritu, como sabemos, es capaz de erigirse un "mundo". Esta construcción se lleva a cabo sobre la base de la realización de actos con sentido espiritual.

Por esto, para comprender el proceso de transformación del "medio" en "mundo", hemos de atender a la funcionalización. La "funcionalización" es un procedimiento en virtud del cual los valores actúan en nuestra vida cotidiana. A menudo es un proceso preconsciente en virtud del cual la

19 SCHELER, M. F., *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, Gesammelte Werke, Bd. IX, 1976, Bouvier Verlag, München, ed. Maria Scheler, (existe traducción al castellano, de Vicente Gómez, en *El Puesto del Hombre en el Cosmos. La idea de la paz perpetua y el pacifismo,* Barcelona: Alba, 2000, Introducción de Wolfhart Henckmann) p. 32. (p. 67); Vid., *Der Formalismus*, pp. 469 y ss (pp. 621 y ss).

20 *Der Formalismus*, p. 388 (p. 520).

21 *Die Stellung des Menschen im Kosmos, cit.,* p. 32 (p. 67).

22 ORTEGA Y GASSET, J., "Ideas y Creencias" en *Obras Completas*, Alianza, Madrid, 1983, t. 5, p. 386

aprehensión del valor se transforma en modo de obrar, en forma a través de la cual nos enfrentamos al mundo.

Por tanto, las formas de pensar, de juzgar de querer y de conocer, tanto individuales como de cada cultura, no son primarias, sino que proceden de la transformación en función, en hábito psíquico, de un conocimiento intuitivo de esencias. La funcionalización exige una transformación del saber, que se convierte de algo objetivo en una categoría, que se hace "vida y función".

Sobre la base de esta antropología, apenas esbozada, quisiera sugerir la idea de que, frente a la visión puramente material del hombre en la que se fundamenta el posthumanismo (cuya propia inanidad filosófica nos impide una crítica más profunda), debemos subrayar que es la dimensión espiritual del ser humano la que posibilita justamente el progreso científico, entendido como transformación del medio en mundo personal. Eliminado el "espíritu" del panorama, moriría también la ciencia que aspira a transformar la humanidad.

Por lo demás, la vida espiritual del hombre ya es, en cierto modo, realidad virtual. Cada uno de nosotros construimos nuestro mundo en el curso de nuestra vida a través de nuestro obrar con sentido espiritual. La investigación científica, la creación del derecho, la expresión estética son nuestra ortopedia espiritual. Es el espíritu quien nos libera del medio. En esta capacidad radica, además, nuestra libertad última. Dudo mucho que el "espíritu", entendido como aquí se ha descrito, quepa en ningún chip... "La bondad, el amor, el arrepentimiento, la veneración, el maravillarse, la dicha y la desesperación", ¿son acaso reproducibles artificialmente?

El intento de "mejorar" al ser humano es, por supuesto, inmoral, pero también es radicalmente antijurídico, porque apunta directamente a la destrucción de la noción de persona, y muy particularmente a su libertad, que es el fundamento de nuestro derecho.

En segundo lugar, creo que el tipo de "solución jurídica" que necesitamos pasa necesariamente, como ya he señalado, por una transformación profunda del obrar jurídico. Como muy bien advertía Kaufmann, y, con él, tantos otros juristas, el derecho, más que norma abstracta es obrar humano.

Afrontar con solvencia el reto del posthumanismo a nivel jurídico requiere una transformación en profundidad de las propias categorías del obrar jurídico. El espíritu humano es dinámico. La fe en una estructura constante del espíritu, presupuesto de la filosofía kantiana, es también uno de los errores del humanismo moderno, acaso no desconectado de las pretensiones del propio posthumanismo.

Afortunadamente, las estructuras espirituales cambian, y lo hacen en función de una estructura mucho más profunda, la de la preferencia y la postergación de valores del colectivo.

Por eso es posible que nos planteemos incidir sobre las categorías del obrar jurídico dominante, poner en ellas el foco de atención para operar, desde ellas, con la realidad jurídica. El jurista debe

hacer el derecho y decir el derecho teniendo siempre "a su espalda" (por emplear la expresión tan querida a los fenomenológos) la aprehesión del valor de la dignidad del hombre.

En este sentido, el positivismo jurídico y, más bien, su influjo en la cultura jurídica occidental ha sido más bien nefasto. Radbruch lo explicó claramente: "Una orden es una orden, tal cosa vale para los soldados. La ley es la ley, dice el jurista. Mientras que para el soldado el deber y el derecho cesan de requerir obediencia cuando él sabe que la orden persigue un crimen o una falta, no conoce el jurista, desde que hace unos cien años se extinguieron los últimos iusnaturalistas entre los juristas, ninguna excepción respecto de la validez de la ley y la obediencia de los sometidos a la ley".

"Esta concepción de la ley y su validez (nosotros la llamamos doctrina positivista) ha vuelto tanto a los juristas como a los pueblos indefensos contra leyes, por más arbitrarias, crueles y criminales que ellas sean. Equipara en última instancia el derecho al poder: sólo donde se halla el poder, allí existe el Derecho"[23].

La actual positivación de la dignidad por doquier, en los textos políticos y en los jurídicos, mal podrá abordar los retos del postshumanismo, si los juristas estamos dispuestos a interpretarla en clave posthumana. Si, en cambio, cada una de nuestras acciones como profesionales del derecho estuviera impregnada del valor de la vida y de la dignidad personal del hombre, lo demás se nos daría "por añadidura": a los argumentos jurídicos se ofrecerían contraargumentos en sentido contrario, a las demandas de "mejora" vía derecho a la autodeterminación se respondería en clave personalista... La "imaginación jurídica", presupuesto básico de la creación del derecho propia de la actividad profesional, guiada -no necesariamente de modo consciente- por la aprenhensión del valor de la vida humana hecha categoría de la estructura mental del jurista, ya iría articulando las soluciones que fueran menester para impedir un avance que, como se ha intentado explicar, se va a jugar en el ámbito de la aplicación y la interpretación del derecho más que en el de los textos legales.

Quisiera finalizar señalando que, obviamente, aquí me he ocupado de los juristas en la medida en que se trata de poner de manifiesto una forma de personalismo biojurídico. Sería una gran ingenuidad pensar que las estructuras de la preferencia y la postergación de valores, y la selección de aquellos valores que son realmente operantes en la praxis, son privativos de un cuerpo profesional, ni siquiera de una "clase" social.

Una cultura se define precisamente y en última instancia por compartir esas estructuras y porque sus preferencias y sus elecciones se remontan, al final, a una determinada escala de valores. Los juristas

23 RADBRUCH, G., *Primera toma de posición después de 1945.*

somos el reflejo de la cultura en la que vivimos, pero creo que también podemos ser el motor de un cambio social posible a través del ejemplo, el ejemplo de la experiencia vivida del cuidado de la persona como núcleo del *ethos* profesional.