

Regulación en tiempos de incertidumbre y futuro de los comités de bioética

*Federico de Montalvo Jääskeläine**

REGULATION IN TIMES OF UNCERTAINTY AND THE FUTURE OF BIOETHICS COMMITTEES

ABSTRACT: The origin and development of Bioethics have gone hand in hand with bioethics committees, so it can be said that our Bioethics is a collegial one, not in terms of its foundation, but in terms of its working methodology. This paper analyzes the role that committees will play in the future, concluding that the new way of regulating uncertainty will grant them, along with the Courts of Justice, an even more important and necessary position in the future.

KEYWORDS: Bioethics; committees; legal principles; uncertainty; legal regulation; deliberation

SUMARIO: 1. El origen de la bioética y sus comités – 2. Bioética y Derecho constitucional en tiempos de disrupción – 3. ¿Está preparado el Derecho para afrontar estos cambios? – 4. Tomando los principios en serio: cuando el Derecho se aproxima a la Bioética – 5. Incertidumbre, principios y papel de los Tribunales y los comités.

1. El origen de la bioética y sus comités

El origen y desarrollo de la Bioética ha ido de la mano de los comités de bioética de manera que puede decirse que nuestra Bioética es una Bioética colegial, no en cuanto a su fundamentación, pero sí en cuanto a la metodología de trabajo, como vamos a ver en este primer capítulo introductorio. Y tal Bioética colegial y la correspondiente relevancia de los comités, sobre todo, de los comités nacionales y regionales de bioética y de los de ética asistencial hospitalaria, se mantendrá en el futuro, dado que la nueva manera de regular la incertidumbre basada en principios y no tanto en reglas determina que sigan teniendo, junto a los Tribunales de Justicia, una posición aún más importante y necesaria en el futuro.

Como es sabido, desde la misma aparición de la Bioética, como nueva ciencia del saber, entre la década de los sesenta y la de los setenta, la misma quedará indisolublemente unida a lo que puede considerarse no tanto un modelo o escuela bioética, sino, más bien, en sentido estricto, un método de trabajo como es el de los comités.

El comité se constituye desde los inicios de la Bioética en el instrumento esencial a través del que se desarrollará y expandirá dicho saber. Incluso, puede afirmarse que el método de reflexión y decisión colectiva a través de un comité precede a la propia Bioética o, incluso, viene a justificar en gran parte su aparición como nueva ciencia del saber. Recuérdese, a estos efectos, que el inicio de la Bioética ha

* *Profesor propio ordinario de Derecho Constitucional, UComillas-ICADE. Mail: fmontalvo@icade.comillas.edu. Artículo evaluado positivamente por dos expertos externos.*

sido situado en una fecha muy concreta, como es el mes de diciembre de 1962, con la publicación de un artículo en la revista *Life* escrito por la periodista Shana Alexander que llevaba por título “They decide who lives, who dies” y que contaba la historia de un comité creado en Seattle con la finalidad de seleccionar a los pacientes candidatos a quienes se podía ofrecer tratamiento de hemodiálisis. En aquel momento, dicho tratamiento era escaso, por lo que sólo podía ofrecerse con criterios muy restrictivos. El artículo provocó un gran debate social, sobre todo, en relación con los criterios del mencionado comité para seleccionar a los pacientes candidatos. El problema no estaba en el recurso al método de decisión a través de un comité, sino en las herramientas y procedimientos de los que se había dotado al comité para la toma de las decisiones que eran prácticamente nulas o, al menos, no venían fundamentadas en principio o valor ético alguno.

Junto a este acontecimiento que acompaña o que, como hemos dicho ya antes, más correctamente, da lugar a la creación de la Bioética, otro de los grandes hechos que vendrá a marcar el posterior desarrollo y extraordinario impulso de esta nueva área del saber será la creación en 1974 en Estados Unidos de América de la Comisión Nacional para la protección de los seres humanos en el ámbito investigación biomédica, como reacción a los famosos experimentos de Tuskegee, y que es la autora del conocido Informe Belmont¹.

Así pues, la Bioética queda una vez más vinculada a la figura de los comités. La relación entre Bioética y sus comités es, pues, inescindible². La propia Joint Commission de acreditación hospitalaria recoge como criterio que en el hospital se haya constituido un comité de ética en el ámbito de la investigación con seres humanos.

Otro ejemplo de ello lo encontramos en la propia UNESCO, en cuyo seno se creo hace más treinta años y a iniciativa del español Federico Mayor Zaragoza, el International Bioethics Committee, único comité a nivel supranacional y suprarregional. Ello, sin duda, respondió a la exigencia de constituir un foro de debate, reflexión y de propuesta de soluciones en un ámbito tan complejo como es el de la Bioética que en aquellos momentos ya se enfrentaba a muy difíciles retos en los que una respuesta nacional o, incluso, regional se mostraba como manifiestamente insuficiente. Sin perjuicio de que la creación del IBC puede ser considerada, junto con las Declaraciones Universales sobre Bioética y Derechos Humanos y sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, como los mayores hitos de la UNESCO en el ámbito de la Bioética, cierto es que la UNESCO ya se aproximó a este campo del conocimiento años

¹ Puede accederse al Informe Belmont a través del siguiente enlace: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>.

² Los manuales de historia de la bioética también acostumbran a citar cuando, en 1968, se creó un comité de la Facultad de Medicina de Harvard para establecer el criterio de la muerte cerebral y definir cuándo un paciente ha muerto, afinando el momento en que ya se le puede hacer una extracción del órgano de manera que sea útil para el trasplante. Otro hito reiteradamente mencionado aconteció en 1976 en los EE.UU., el caso de Karen Ann Quinlan, una joven en coma profundo por ingesta de alcohol y barbitúricos, cuyos padres solicitaron retirar la ventilación asistida. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictaminó que autorizaría la demanda si, tras la constitución de un comité de ética en el hospital donde estaba ingresada la paciente, éste confirmaba la irreversibilidad del coma. Vid. R. ALTISENT, T. FERNÁNDEZ-LETAMENDI, T. DELGADO MARROQUÍN, *Una nueva vitalidad para el futuro de los comités de ética asistencial*, en *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 13, 2019, 21.

antes; en concreto, en 1975, en Varna, Bulgaria, en una reunión para reflexionar sobre ética y biología molecular, y en 1997, en Madrid, en un simposio sobre ética y genética³.

Como se recoge en los propios documentos constitutivos del International Bioethics Committee, la creación de este nuevo órgano colegiado se hizo con el propósito de alentar el debate, a nivel mundial, sobre las consecuencias éticas, sociales y humanas del rápido desarrollo de las ciencias de la vida. Así, la Conferencia General de la UNESCO, en su 27.ª sesión, mediante la Resolución 27 C / 5.15 (15 de noviembre de 1993), aprobó su establecimiento.

Entre estos nuevos retos que exigían una reflexión y respuesta global destacaba, singularmente, el proyecto de secuenciación del genoma humano que fue el mayor proyecto de investigación biomédica de la historia. Con un presupuesto inicial de tres mil millones de dólares y la participación de un Consorcio Público Internacional, formado por EEUU, Reino Unido, Japón, Francia, Alemania, China y otros países, tenía como objetivo último la consecución de la secuencia completa del genoma humano, es decir, el texto lineal constituido por la secuencia de las cuatro bases químicas del ADN que contiene las instrucciones para construir un ser humano. Iniciado en 1990, el proyecto se dio por concluido en el 2003, dos años antes de lo previsto.

Por ello, ante el avance del Proyecto Genoma Humano, en la misma resolución en la que se crea el IBC, la Conferencia General de la UNESCO invitó al Director General a continuar en 1994-1995 la preparación de un instrumento internacional sobre la protección del genoma humano y presentarle un informe sobre la aplicación de la presente resolución en su 28.º período de sesiones. Y, por ello, la primera tarea que el Director General atribuyó al IBC fue la de realizar un estudio exploratorio de las condiciones para la redacción de un instrumento internacional para la protección del genoma humano. A la Comisión Jurídica, establecida en el IBC, se le encomendó la tarea de formular propuestas adecuadas sobre la forma y el contenido del posible instrumento internacional⁴.

Sobre la base del Informe del Director General que se presentó a la Conferencia General, en su 28.ª reunión, se invitó a aquél mediante la Resolución 28 C / 2.2, a elaborar un anteproyecto de declaración y, para ello, convocar, en 1997, un comité de expertos gubernamentales a quienes se les encomendaría la finalización de este proyecto de declaración, para su aprobación por la Conferencia General en su 29.º período de sesiones. Para llevar a cabo esta resolución, el Director General invitó a los Estados Miembros a participar a través de representantes en una reunión del Comité de Expertos Gubernamentales para la finalización de una declaración, que se celebró en la Sede de la Organización del 22 al 25 de julio de 1997. Sobre la base del trabajo del IBC llevado a cabo entre 1993 y 1997, el Comité de Expertos Gubernamentales elaboró y aprobó, por aclamación, el texto del "Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos", que se presentó a la Conferencia General en su 29.ª reunión.

Pero es que, además, la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, la cual justifica su aprobación manifestando que "Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la

³ G. SOLINIS (Ed.), *Global Bioethics: What for?*, París, 2015, 6.

⁴ Como recuerda Yolanda Gómez Sánchez, los trabajos de la UNESCO se dirigieron hacia la elaboración de una Declaración específicamente sobre datos genéticos y no, en general, sobre la protección de datos o sobre la protección de datos relativos a la salud, de donde se desprende la capital importancia de los datos genéticos y su especificidad en relación con otras categorías de datos personales. Vid. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *La protección de datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa*, en *Derecho y Salud*, 16, 2008, 65.

tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos”, se establece en su artículo 19 que “Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a: a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos; b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos; c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración; d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

Y es que para la UNESCO la promoción de la reflexión bioética a nivel universal exige como instrumento para ello la creación de comités. Se hace bioética creando comités, podríamos afirmar, siguiendo la posición que mantiene la citada organización internacional y, en virtud de la cual, ha alineado la promoción de la bioética y la de los comités. El establecimiento de comités de bioética puede ser un primer paso para que los Estados creen plataformas y órganos para el debate, el análisis y el desarrollo de políticas éticas. Y así, en la Guía núm. 1 del área de bioética de la UNESCO⁵, se señala que los comités de bioética constituyen una plataforma ideal para implementar los distintos instrumentos normativos adoptados por la UNESCO, en particular la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003). Y añade, a continuación, que los códigos y las declaraciones por si mismos son letra muerta. Al margen de lo acertados que sean o de la sinceridad con que se redacten, no garantizan su propio cumplimiento. Para que no se queden en un mero despliegue de retórica, deben asumir su defensa personas encargadas de formular, aplicar y supervisar políticas públicas. A título de ejemplo, cabe señalar la función del Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) de Francia y del Consejo de Bioética del Presidente de los Estados Unidos (dos de los comités de bioética de carácter normativo o consultivo (CNC) creados a nivel nacional por un número de Estados cada vez mayor) como plataforma de orientación y asesoramiento puesta a disposición de los responsables políticos y los gobiernos de sus respectivos países.

Para la UNESCO, la máxima que inspira la creación de los comités se basa en su propio método de trabajo a través de la deliberación compartida desde la interdisciplinariedad: “Una máxima conocida sostiene que “nadie es más listo que todos nosotros juntos”. Al formularla, se produce un efecto parecido al de una cámara moderna que de forma casi automática dirige la lente y enfoca el objetivo, pasando del individuo al grupo, tal vez a una pareja de sujetos, pero, por lo general, a más de dos participantes que colaboran en torno a un objetivo común y a una serie de metas concretas”.

Sin comités, por tanto, las normas bioéticas quedarían en papel mojado y no sería posible un marco de deliberación interdisciplinaria.

⁵ Puede accederse a dicha guía a través del siguiente enlace en la web de la UNESCO: <https://www.unesco.org/en/ethics-science-technology/abc?hub=387>.

2. Bioética y Derecho constitucional en tiempos de disrupción

Es habitual tildar los tiempos que vivimos como tiempos extraordinariamente disruptivos. Así, la Inteligencia Artificial, la robótica, el Big Data o, más recientemente, ChatGPT se nos presentan como verdaderos impulsores de este cambio o transformación inaudito. La disrupción digital emerge como el fenómeno que marcará inexorablemente el futuro del ser humano. Una mera búsqueda sencilla en internet de la palabra disrupción nos ofrece un ejemplo paradigmático de ello. La disrupción queda en casi todas las entradas que un buscador nos ofrece vinculada a la tecnología o al mundo de lo digital. Las palabras *disrupción* y *digital* o *tecnológica* constituyen el resultado más habitual de dicha búsqueda. De hecho, la propia palabra disrupción parece que fue usada por primera vez para describir los tiempos actuales en un artículo publicado en 1995 en la Harvard Business Review (*Disruptive technologies: catching the wave*, Joseph L Bower y Clayton M Christensen), vinculada al cambio tecnológico de la empresa, lo que obligaba a los emprendedores a reinventarse.

Pero, también, desde la perspectiva del impacto en la propia naturaleza e identidad del ser humano, la disrupción viene igualmente de la mano de la Biología y la Medicina. El cambio que puede transformar al ser humano de manera tal que no encuentra precedente en la Historia nos lo ofrecen las nuevas posibilidades de actuar sobre el propio genoma humano, es decir, sobre el conjunto de genes que constituyen el ADN de cada individuo. No se trata ya de alterar el entorno del ser humano para superar las capacidades de éste, sino de transformar directamente al propio ser humano para *mejorarlo*.

En este complejo futuro que se nos predice, no solo se nos podrá superar en nuestras capacidades intelectuales o físicas, incorporando a nuestro entorno y a nuestro propio cuerpo un ingente aparataje tecnológico, sino que se nos podrá mejorar, y ello, incluso, antes de nacer, interviniendo directamente sobre el embrión. La naturaleza de lo humano se pone en cuestión, sobre todo, cuando la alteramos en su propia esencia, no solo en su entorno, y, además, desde su propio inicio. Se trata, pues, de una disrupción y alteración sustancial *ad intra* del ser humano, no *ad extra*, como ocurre con la tecnología, aún cuando ésta también, obviamente, tiene muchos efectos en el interior de aquél.

Como apunta con acierto Vicente Bellver Capella, la ciencia y, singularmente, la Biomedicina, empiezan ya a ser como un instrumento para alcanzar, no ya un mundo más humano, sino un mundo mejor que humano⁶ o, incluso, añadiríamos nosotros, distinto a lo esencialmente humano.

Los hallazgos y los interrogantes de la Biología y la Biotecnología contemporáneas son de tal alcance y radicalidad que remueven los cimientos de múltiples saberes y convicciones en los que tradicionalmente se había afincado nuestra idea del hombre y de aquello que, en especial, fundamenta su condición ética. Y ello obliga a atender de manera especial al impacto que la revolución genómica pueda tener en estos estratos tan básicos como universales, y a desarrollar, en consecuencia, una bioética filosófica que reflexione sobre sus propios fundamentos y acceda, en suma, a las cuestiones de orden ontológico⁷.

⁶ V. BELLVER CAPELLA, *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y derecho*, Granada, 2006, 33.

⁷ J. GONZÁLEZ VALENZUELA, *Bíos. El cuerpo del alma y el alma del cuerpo*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2017, 77.

Por todo ello, Stefano Rodotà recuerda que esta nueva sociedad post-genómica hacia la que avanzamos pondrá en manos de todos y cada uno de nosotros el genoma humano y, a partir de ahí, cada cual podrá emprender un camino que le lleve a ocupar, con sus propias decisiones, territorios antes confiados únicamente a la causalidad o la necesidad. Y ya no será ni la naturaleza ni la planificación sino la concurrencia de infinitas elecciones lo que nos dará la organización social del futuro, cambiando profundamente la evolución misma del género humano. No será un único poder, de un Dios lejano o un científico cercano, sino múltiples voluntades serán las que vengán a diseñar el mundo⁸.

A tal reto no puede estar, obviamente, ajeno el Derecho y, concretamente, el Derecho constitucional en atención a los valores, intereses y derechos en conflicto. Si la pregunta que debemos nuevamente formularnos es qué es el hombre o qué es la naturaleza humana, el Derecho debe también ofrecer respuestas que permitan dar un sentido jurídico contemporáneo a tal esencia, preguntas que conectan directamente con el propio concepto jurídico de dignidad, no solo en cuanto valor ontológico del ser humano, sino también, recogiendo los términos explícitos del artículo 10.1 de nuestra Constitución, en cuanto fundamento del orden político y de la paz social.

Los nexos interdisciplinarios que el concepto jurídico de dignidad tiene con la Bioética y la Filosofía no se patentizan meramente en sus fundamentos histórico-culturales, sino también en el significado práctico que este derecho fundamental tiene con respecto a otras disciplinas científicas. Así pues, debe ser el Derecho el que ofrezca también una interpretación actualizada de la dignidad ante los retos que plantea el avance de la Biología y Biotecnología, y ello, sin olvidar que, si bien es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, sí es posible, al menos, fijar cuándo se la está vulnerando⁹, para lo cual el Derecho constitucional ocupa un papel indiscutible¹⁰.

Y si el Derecho constitucional es la rama del conocimiento jurídico que se encarga de la división y organización del poder no como un fin en sí mismo, sino como instrumento o garantía de los derechos y libertades del ser humano, es decir, de su dignidad, si el ser cambia sustancialmente en su naturaleza y características, ello debe preocuparle sobremanera a aquél. La conexión, pues, entre Derecho constitucional y avance biomédico es inescindible, como lo es entre aquél y dignidad humana, tal y como iremos desarrollando a través de nuestro trabajo, y pese a que no haya merecido una especial atención por parte de la doctrina más allá de algunos casos excepcionales.

Y la Constitución es una realidad social, en la que norma y ser están unidos en relación dialéctica; por ello, es posible extraer de tal realidad unos contenidos de significación a los que se objetiviza, y este territorio, así destacado, es lo que forma el objeto de la dogmática jurídico-constitucional. Pero la conexión con la realidad social, por un lado, y la finalidad de toda norma de servir al mantenimiento de una determinada conducta social, por el otro, hace que los preceptos jurídicos no puedan ser plenamente explicados más que con referencia a la situación total, y, en consecuencia, que la dogmática jurídica no sea plenamente autárquica y que, por tanto, precise referencias metajurídicas¹¹.

⁸ S. RODOTÀ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Madrid, 2010, 190.

⁹ I. VON MÜNCH, *La dignidad del hombre en el Derecho constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 1982, 13 y 19.

¹⁰ Sobre la dignidad, vid. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Dignidad y ordenamiento comunitario*, en *ReDCE*, 4, 2005, 219-254.

¹¹ M. GARCÍA PELAYO, *Constitución y Derecho constitucional: evolución y crisis de ambos conceptos*, en *Revista de Estudios Políticos*, 37-38, 1948, 119.

Y así, si la evolución de la biomedicina y la biotecnología pueden afectar, sobre todo en lo que se refiere a las intervenciones sobre la línea germinal, a la esencia del ser humano tal y como hoy lo entendemos e, incluso, a las generaciones futuras, tal fenómeno no puede serle ajeno al Derecho constitucional; antes al contrario, debe ser su objetivo prioritario ya que su fin principal es organizar políticamente y jurídicamente la sociedad en salvaguarda de la dignidad del ser humano y en pos de la justicia.

Stefano Rodotà en sus comentarios sobre el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947, que de manera muy novedosa introduce la regulación del consentimiento informado en el ámbito de la salud y, por ende, del derecho a autorizar o rechazar los tratamientos médicos, nos recuerda el papel esencial que cumplió dicho precepto y, más adelante, el resto de lo que se aprobaron posteriormente en otros textos constitucionales e internacionales, al romper la clásica alianza entre poder político y poder médico que se manifestó en su forma más extrema durante el nazismo. Tal relación se ha disuelto a través de una doble estrategia: retirándole al poder político del instrumento utilizado históricamente para sostener la pretensión de expropiar a la persona de sus prerrogativas y confirmando el respeto que debe prestarse a la libre elección personal¹².

Dicho discurso de principios de la segunda mitad del siglo XX entendemos que debe ser retomado nuevamente dados los peligros que se ciernen sobre la propia identidad y naturaleza humana. Si el Derecho constitucional supo responder a las necesidades que surgieron por los excesos de la suma del avance de la ciencia y el extremismo y populismo político, debe ahora también ofrecer respuestas que se ajusten a un contexto que, si bien es distinto a aquél, muestra algunos elementos de similitud, sobre todo, por el poder que otorga a algunos seres humanos, no ya tanto al Estado, sobre otros seres humanos¹³. Si el positivismo y sus aparentemente precisas y certeras reglas fueron puestos en solfa en la segunda mitad del siglo XX, algo similar se exige ahora, aunque, sin olvidar, que las posibilidades de alteración de la identidad humana y, por tanto, de los derechos fundamentales, es muy superior ahora a la que tuvo lugar a finales de la primera mitad del siglo XX, por muy aberrantes y execrables que fueran los hechos ahí acaecidos.

No se pretende ofrecer una visión extremadamente negativa del avance biotecnológico, comparándola con la experiencia que en el ámbito de la Medicina produjo el nacionalsocialismo. Los contextos no son equiparables, porque, al menos, por ahora, nuestras democracias se ofrecen, aparentemente, como más robustas que la *perfecta democracia* de Weimar. Sin embargo, ello no es óbice para recordar que en muchas ocasiones las amenazas que se ciñen sobre el ser humano no son necesariamente explícitas o rechazables de plano en su apariencia. Muchos de los avances que están alterando nuestras instituciones más indisolublemente unidas a nuestra historia como comunidad política se está produciendo sin que el cambio sea percibido y, por tanto, susceptible de ser evaluado ética y legalmente. Y ahí precisamente se haya el peligro de los tiempos que vivimos en comparación

¹² S. RODOTÀ, *op. cit.*, 306.

¹³ Recuérdese que las atrocidades ocurridas a finales de la segunda mitad del siglo XX fueron autoría de Estados que habían incorporado una ideología extremista, como el nacionalsocialismo o el fascismo. Actualmente, el riesgo no se sitúa ya en el binomio clásico Estado-ciudadano, sino en el poder que tienen los grandes monopolios tecnológicos. Sobre ello ha escrito el reciente premio Nóbel de Economía, Daron Acemoglu. Vid. D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, *Poder y progreso: Nuestra lucha milenaria por la tecnología y la prosperidad*, Barcelona, 2023. Vid., también, L. FERRY, *La revolución transhumanista: Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, Madrid, 2017.

con el cientifismo vivido a principios del siglo XX. Éste fue mucho más expreso, incluso, en lo político, que el actual, el cual se nos ofrece, además, como la solución a muchos de nuestros males como seres humanos. En una sociedad cansada como la define Byung-Chul Han es fácil que la fácil solución que ofrece el avance de la biotecnología pueda ser recibido positivamente y pasar desapercibidas las alteraciones de la identidad humana que ello puede conllevar. Las garantías institucionales que la Constitución no solo se alteran por los poderes públicos, sino, más aún, por la propia realidad.

3. ¿Está preparado el Derecho para afrontar estos cambios?

Como explica con gran acierto Rafael Junquera Estéfani, para algunos actores del actual cambio provocado el avance de la ciencia, el Derecho podría no mostrarse ya como el instrumento adecuado para orientar y limitar las actuaciones y manipulaciones genéticas, y ello, se sostendría sobre la base de los siguientes argumentos: a) la rapidez de cambio de la tecnología convierte en obsoletas las leyes nada más promulgarse, lo que obliga a una constante revisión y modificación de las mismas; b) las actuaciones científicas no conocen fronteras, mientras que las leyes sí, lo que produce corrientes migratorias buscando eludir el control normativo (el conocido en el lenguaje jurídico anglosajón como *forum shopping*); c) la legislación debe ser altamente técnica y provisional; d) y la mayor parte de los peligros que se describen carecen de realismo¹⁴.

Sin embargo, el mismo autor afirma, a continuación, que tal pretensión no tiene verdadero fundamento, y ello, aunque el reto pueda resultar muy difícil. Si el Derecho tiene como misión regular las acciones que inciden en la vida social, también deberá cumplir dicha función en el ámbito científico¹⁵, más aún cuando estamos hablando de valores y derechos como la dignidad humana, la vida e integridad, entre otros.

El reto, en todo caso, es complejo, no solo por la necesidad de adaptación constante a una realidad cambiante y por la dificultad de anticipar soluciones jurídicas para supuestos de hecho que siempre superan lo escrito en la norma, sino, sobre todo, porque los nuevos conflictos que surgen al amparo del avance de la biotecnología son lo que el jurista Ronald Dworkin denominó casos difíciles, *hard cases*, en la medida que dichos casos no permiten habitualmente una solución ponderada del conflicto, debiendo necesariamente sacrificarse a tal fin uno de los derechos o valores enfrentados o en pugna. La elección supone, en dichos casos, necesariamente un mal, el del bien que hay que sacrificar para salvaguardar uno de los dos en conflicto.

Como ejemplo de caso difícil puede citarse Evans contra el Reino Unido, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2007. Este versaba sobre una mujer que, habiendo sido diagnosticada de tumores precancerosos en ambos ovarios, decide criopreservar sus gametos fecundados con los de su marido por si en el futuro quiere ser madre y no pudiera serlo naturalmente tras al tratamiento médico al que va a ser sometida. El marido acepta dicha criopreservación, pero pasados dos años la relación de ambos se rompe y éste solicita que se destruyan los óvulos fertilizados al no querer ser él padre, a lo que ella se opone ya que dichos óvulos son la única posibilidad para que

¹⁴ R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2003, 180.

¹⁵ *Ibidem*.

ella sea madre biológica. El debate jurídico se planteaba entre el derecho de ella a ser madre y el derecho de él a no ser padre, y la dificultad radicaba en que no cabía una solución intermedia del caso, de manera que, reduciéndose proporcionalmente ambos, pervivieran los dos sin sacrificio de ninguno de ellos. Los propios jueces de la minoría del Tribunal (Traja y Mijović) calificaron expresamente el caso de dilemático, debiendo entenderse dicha adjetivización como referida a un conflicto o situación en la debemos elegir entre dos opciones igualmente buenas o malas¹⁶.

Ya Hans Kelsen hacía mención a un caso difícil vinculado a la Medicina en su Teoría de la Justicia: “Tras un detenido examen de su paciente, el médico descubre un mal incurable que en poco tiempo provocará la muerte del enfermo. ¿Tiene el médico que decirle la verdad al enfermo o puede y hasta debe mentir diciendo que la enfermedad es curable y que no hay peligro inmediato? La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre los valores de verdad y compasión. Decirle la verdad al enfermo implica afligirlo con el temor a la muerte; mentirle significa ahorrarle ese dolor. Si el ideal de la verdad se considera superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad; en caso contrario, deberá mentir. No obstante, sea cual fuere la jerarquía asignada a estos valores, resulta imposible darle a esta pregunta una respuesta cimentada en consideraciones científico-rationales”¹⁷. En tales casos difíciles, lograr soluciones intermedias es hartamente complicado y en la mayoría de las ocasiones imposible. Se trata de casos dilemáticos en los que no cabe más que decidir en favor de uno de los derechos o intereses en conflicto, sacrificando el otro. Es decir, uno de los derechos acabaría por llevarse el todo, mientras que el otro quedaría reducido a la nada. Sin embargo, pese a tratarse de decisiones dilemáticas, la casuística es mucho más compleja por su riqueza de matices. Si la decisión se plantea como un cara o cruz, el caso concreto, por el contrario, suele ser muy poliédrico.

Además, las nuevas posibilidades que ofrece dicho avance biotecnológico suscitan incertidumbre acerca de las consecuencias de su aceptación o regulación jurídica. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad jurídica, tanto normativa, que desarrollan el poder legislativo y ejecutivo, como jurisprudencial, que desarrollan los Tribunales de Justicia, parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la realidad. Como recuerda José Esteve Pardo, el sistema jurídico de la modernidad se edificó sobre seguridades, sobre certezas, sobre normas escritas y oficialmente publicadas a las que atenerse, sobre contratos inamovibles, sobre documentos y registros públicos, sobre declaraciones precisas de las Administraciones y los Tribunales. La propia certeza que generaban las ciencias empíricas se transmitía de algún modo a un orden jurídico que se miraba en ese espejo y que, a su vez, ofrecía certezas bajo la forma de seguridad jurídica para generar

¹⁶ Curiosamente, algún caso prácticamente idéntico se ha planteado ante los Tribunales de Israel, habiendo resuelto su Corte en sentido diferente a como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo israelí, en *Nachmani v Nachmani*, 1996, declaró que si debe prevalecer la voluntad de quien desea revocar su consentimiento, siempre y cuando la legislación del Estado en cuestión lo permitiese, ahora bien, esta regla general debería excepcionarse en aquellos casos en los que la otra parte, no teniendo un hijo biológico, no dispone de otro medio de tenerlo. A dicho argumento, el Tribunal Supremo añadió un segundo argumento y era el de identificar dentro del conflicto un tercer sujeto, el embrión criopreservado. Así, la decisión de implantar el embrión en la mujer demandante no solo beneficiaría los intereses de ésta, sino que también daría una oportunidad de desarrollo al embrión.

¹⁷ H. KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, México, 2003, 22.

seguridades y confianzas en el tráfico económico y comercial¹⁸. Por ello, cuando la ciencia y sus leyes entran en la era de la incertidumbre, la Ley jurídica no puede ser ajena a esa nueva realidad y pierde su ideal racional en favor de los principios.

El Derecho ya no puede encontrar en la ciencia la certeza a la que aspira aquél para regular con seguridad jurídica, ni la ciencia encuentra tampoco certidumbre en la regulación. La paradoja se expresa a través del temor a que, en un contexto grandes incertidumbres, la respuesta del Derecho sea sustancialmente negativa a todo progreso biomédico, lo que impida luchar efectivamente contra muchas de las enfermedades y mejorar las condiciones de vida del ser humano, mientras que una sustancialmente positiva nos lleve hacia una transformación de la identidad y naturaleza del propio ser humano. La relación entre ciencia y Derecho no es necesariamente dilemática, de manera que haya que optar por una libertad absoluta o una prohibición tajante, sino que caben fórmulas equilibradas y ponderadas que traten de aunar los diferentes intereses y valores concurrentes. Sin embargo, los conflictos concretos que suele traer la ciencia al Derecho sí se muestran ya en muchas ocasiones, como hemos explicado antes, como dilemáticos, en los que la solución intermedia no es posible.

Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente. A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora, desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Como afirma Jesús Ignacio Martínez García, uno de los rasgos más significativos del pensamiento jurídico del siglo XX es una aguda *conciencia de la incertidumbre* en el propio Estado de Derecho¹⁹.

Y Gustavo Zagrebelsky afirma que no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable, ya que la certeza descargaría sobre el legislador una tarea de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de los Tribunales y de los estudios de los juristas. El propio autor cita como ejemplo de su premisa a la biotecnología, señalando que los interrogantes que surgen al amparo de dicho avance pueden encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, y no en las asambleas políticas, ámbito donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista²⁰.

Así pues, desde una perspectiva jurídica, los tiempos que vivimos responden a dos características: dificultad en la resolución de los conflictos entre derechos e intereses que se muestran como verdaderos dilemas, en los que no cabe una solución ponderada, e incertidumbre en las decisiones a adoptar.

El objetivo no es en estos tiempos disruptivos tanto la búsqueda de mejores certezas como aprender a trabajar jurídicamente con la incertidumbre. El Derecho instaura certezas para afrontar la

¹⁸ J. ESTEVE PARDO, *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público*, en MM. DARNACUTELLA I GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I.S. DÖHMANN (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, 2015, 36.

¹⁹ J.I. MARTÍNEZ GARCÍA, *Derecho e incertidumbres*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012, 105.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, 2009, 146 y 147.

incertidumbre, para controlarla e incluso para dominarla. En todo caso las certezas del Derecho están en función de la incertidumbre. Son formas de tratar con la incertidumbre²¹.

Pese a tales dificultades, el Derecho ha ido creando algunas herramientas que le permitan afrontar la incertidumbre. Estas *certezas jurídicas* no son verdades, son convenciones. No pertenecen al ámbito del conocimiento sino de la acción. No pretenden describir la realidad sino afrontar problemas. Son certezas operativas que aspiran a transformar la realidad para hacerla cierta, a convertir situaciones problemáticas en situaciones resueltas. El derecho plantea, por tanto, una certeza sin verdad. Incluso se atreve a tomar el lugar de la verdad. Estas certezas son invenciones, y en ese sentido ficciones (pero no irrealidades) que configuran la realidad. Lo que hace, en definitiva, el Derecho es fingir certezas, y también presuponerlas, darlas por supuesto²².

Entre ellas, destaca un nuevo principio, el principio de precaución que ya se va incorporando a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de elemento decisor, como rasgos que lo aproximarían más a una regla. La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud de las personas a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo.

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre. Y así el postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar contra el daño grave y, en particular, irreversible a la base de recursos naturales que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra e intergeneracional. Sin embargo, el principio pronto se ha extendido a muchos otros ámbitos más allá del medio ambiente.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “*La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud*”. También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): “Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”. En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: “la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución”.

²¹ J.I. MARTÍNEZ GARCÍA, *Derecho e incertidumbres*, cit., 111.

²² *Ibidem*, 114.

Un ejemplo paradigmático de recurso al principio de precaución reciente por parte de un Tribunal de Justicia y precisamente en el ámbito de la tecnología CRISPR a la que antes hemos hecho referencia, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, en la que se considera que los organismos modificados con nuevas técnicas de edición genética como el CRISPR deben ser considerados transgénicos y, por tanto, están sujetos a las normativas que limitan su cultivo dentro de la Unión Europea. Las razones esgrimidas por el Tribunal hacían referencia a que las nuevas técnicas de edición genética consiguen efectos similares a los de la transgénesis y permiten crear variantes modificadas genéticamente a un ritmo y en proporciones que no pueden compararse con las resultantes de la aplicación de métodos convencionales de mutagénesis aleatoria. Para el Tribunal, excluir estas nuevas técnicas de edición genética de la normativa sobre transgénicos minaría el objetivo declarado de esta norma de evitar efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente y vulneraría, por tanto, el principio de cautela que la Directiva pretende aplicar. De ahí que la Directiva sobre los organismos modificados genéticamente también se aplique a los organismos obtenidos mediante técnicas de mutagénesis aparecidas después de que fuera adoptada. Como puede comprobarse, el razonamiento jurídico se fundamenta, sustancialmente, en el principio de precaución, aunque en este caso, al tratarse del ámbito alimentario, lo cite nominalmente como principio de cautela.

4. Tomando los principios en serio: cuando el Derecho se aproxima a la Bioética

Antes señalábamos que, además de la incertidumbre, una de las características que presentan los tiempos que vivimos, desde una perspectiva jurídica, es el carácter dilemático de los conflictos entre derechos, de manera que no cabe recurrir al principio de la concordancia práctica, en los términos empleados por Konrad Hesse, en virtud de la cual fuera posible la coexistencia de tales derechos en juego mediante su reducción proporcional

El carácter dilemático es lo que dota al conflicto entre derechos de una singularidad en cuanto a su resolución. Al ser ésta necesariamente trágica, dado que supondrá el sacrificio de uno de los derechos en pugna, requiere de la exploración y aplicación minuciosa de los diferentes valores que concurren en el caso concreto. La operatividad en estos casos de las reglas no es satisfactoria, por paradójico que resulte.

La regla ofrece una solución simple y basada en un presupuesto de hecho concreto y descrito de manera precisa previamente al caso real al que habría que aplicar la misma. Los casos fáciles pueden ser resueltos por la subsunción. El debate en los casos fáciles suele situarse más en la determinación de los hechos que en el Derecho. Se discute ahí el significado jurídico de los hechos. Por el contrario, en los casos difíciles el debate se ciñe en torno a la interpretación jurídica, se discute el significado del Derecho.

La solución del caso no pasa tanto por la aplicación de la regla de igualdad, sino de la justicia y, por ende, de la equidad. Para poder ser aplicadas a los casos concretos, las normas jurídicas tienen que ser interpretadas, pues la sola subsunción se presenta como un método insuficiente dentro de la complejidad social y la escasa predictibilidad respecto a los casos que puedan ocurrir en el futuro. Las normas pueden ser aplicadas utilizando una interpretación basada en las razones y no solo en la forma

del silogismo y las razones nos las ofrecen los principios. Los principios sólo entrarían en juego en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a *casos difíciles*, pues en los *casos fáciles* las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión.

El Derecho debe apostar, entonces, por un nuevo iusnaturalismo en su forma de expresión a través de principios y valores (un modelo de principios como expresión de la voluntad creadora del hombre, no un iusnaturalismo tradicional, *supra norma*, ya que los principios son, ante todo, norma jurídica, aunque de características bien distintas de las reglas) o en su forma de argumentar o, en similares términos, por un iuspositivismo moderado para resolver, precisamente, los conflictos jurídicos derivados del avance de la Biociencia.

No se trata de retornar al iusnaturalismo tradicional, sino, volver a los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado que el constitucionalismo moderno incorporó. Porque, además, si en los casos difíciles es muy complejo alcanzar los necesarios consensos democráticos en una sociedad tan plural como la nuestra, cómo podemos, pues, pretender reducir las soluciones a la mera subsunción del supuesto de hecho en una regla clara y precisa ¿Cómo puede alcanzarse el consenso que en la solución del caso es harto difícil en la etapa previa de redacción consensuada de la regla? Como se deduce de las palabras de Gustavo Zagrebelsky, existe, por tanto, una correlación entre pluralismo político (y también moral, añadiríamos nosotros) que es propio de nuestras actuales sociedades democráticas y el pluralismo de valores que el sistema jurídico ha de acoger²³. Los principios no son algo impropio del Derecho constitucional, sino expresión de Constitución.

Como afirma Laura Palazzani, es importante recuperar en el Bioderecho el significado estructural y específico de la juridicidad, precisamente frente a las nuevas provocaciones de la tecnociencia y a las nuevas posibilidades de manipulación de la vida que corren el riesgo de poner en peligro la identidad humana. No cabe ya un Derecho que sea radicalmente extraño a la Ética. La función del Bioderecho no puede ser solamente formal y empírica, ni neutral en una sociedad pluralista postmoderna, sin una evaluación sustancial mínima que reconozca el valor ético del Derecho en defensa de la dignidad objetiva del ser humano²⁴. En el Bioderecho hay que mirar más allá de la validez y de la efectividad, preguntándose si la solución jurídica en estas materias es justa²⁵.

Se necesitan, por tanto, también soluciones abiertas, porque el caso sobre el que se aplicará la norma es precisamente muy abierto, imprevisible en sus características y de una riqueza tal en matices que la mente legisladora difícilmente puede prever dotarle de una respuesta jurídica concreta que satisfaga los derechos e intereses en conflicto. El legislador es capaz de prever soluciones abiertas y generales, pero no ya una concreta frente a una realidad que, ante el incesante avance de la ciencia, ofrece supuestos de hechos en extremo difícilmente predecibles.

Frente a la justicia de la regla que refuerza la seguridad jurídica y la certeza de que los casos sucesivos serán resueltos conforme a los precedentes, se aplica la justicia del acto que promueve la equidad y

²³ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 14.

²⁴ L. PALAZZANI, *Bioética y derechos humanos*, en J. BALLESTEROS, E. FERNÁNDEZ (Eds.), *Biotechnología y posthumanismo*, Cizur Menor, 2007, 396 y 397.

²⁵ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Turín, 2002, 82 ss.

pondera los principios. Y esta es precisamente la paradoja de los casos difíciles que, pese a presentarse como casos dilemáticos en los que uno de los derechos o intereses ha de sacrificarse en beneficio del otro, al no ser posible la reducción proporcional de los derechos en lid, la regla que opta por el todo o nada no será la herramienta útil para la solución del conflicto.

Si la ciencia genera incertidumbre, ¿debe también generarla el Derecho? ¿puede lucharse frente a la incertidumbre científica con la incertidumbre jurídica que suponen los principios? ¿no es un oxímoron? En todo caso, no se trataría de la incertidumbre asentada en el Derecho, sino de la certidumbre basada en el principio y no tanto en la regla.

En palabras de Ernesto J Vidal Gil, a través del valor que cobran los principios para la resolución de los conflictos en el sistema jurídico se produce la conexión del Derecho y la Bioética. El Derecho acude ahora a la fórmula tradicional de resolución Bioética de los casos difíciles, y no porque se haya producido una positivización o juridificación de la ética de las ciencias de la salud, sino porque los principios se presentan ahora como los únicos instrumentos que permiten alcanzar una solución mínimamente satisfactoria en los casos difíciles. Y si la Bioética ha superado los métodos tradicionales de la deducción, de la subsunción o de la inducción del caso, también el Derecho va más allá del formalismo y del decisionismo. La deliberación exige una actitud formal pero no formalista, real pero no realista, normativa pero no normativista y principial pero no principialista. Frente a los extremos del noble sueño y de la pesadilla, la vigilia guarda los límites del Derecho²⁶. Y así, podemos añadir que si Toulmin acuñó hace ya unos años la frase de que la Medicina le ha salvado la vida a la Ética²⁷, podemos afirmar ahora que ésta o, más concretamente, la Bioética le puede salvar la vida al Derecho, librándole de la tiranía reduccionista de las reglas en el marco de la incertidumbre biotecnológica.

No obstante, este viraje del Derecho y del ordenamiento jurídico hacia los principios no es una novedad ni se incardina indispensablemente en el ingente avance de la Ciencia. De hecho, el cambio de rumbo se produjo antes, tanto como reacción al extremo iuspositivismo que presidió el Derecho en la primera mitad del siglo XX (el nuevo constitucionalismo que se inaugura tras la Segunda Guerra Mundial se basa ya en principios y no solo en reglas, dotándose, además, en la Europa occidental de un garante de la interpretación del texto abierto, un nuevo poder distinto de los tres clásicos, el Tribunal Constitucional), y la necesidad, como anticipábamos antes, de que el Derecho sirviera a su principal fin, la justicia, como reconocimiento de una realidad, la extrema complejidad de la nueva realidad social y de los conflictos derivados de ella.

Para Eduardo García de Enterría la ruptura con el positivismo de la primera mitad del siglo XX se produce por dos hechos: la consagración jurisprudencial de los principios generales del Derecho, y no solo como fuente subsidiaria, sino también como elemento informador de todo el ordenamiento jurídico en bloque, con espectacular confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a la que añadiríamos nosotros también la propia labor que en la consagración de los principios ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos y libertades); y la instauración de la justicia constitucional que pone claramente en duda el dogma basilar de la

²⁶ E.J. VIDAL GIL, *Bioética y Derecho: la positivización de los principios*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, 37.

²⁷ S. TOULMIN, *How medicine saved the life of Ethics*, en *Perspectives on Biology and Medicine*, 25, 1982, 736-750.

superioridad irresistible y absoluta de la Ley y la correlativa prohibición de indagar en el proceso aplicativo sobre las razones de sus reglas. El proceso aplicativo del Derecho deja de entenderse como una operación mecánica, convirtiéndose en algo necesariamente axiológico²⁸, desde el momento que la justicia constitucional deberá llevar a cabo su valor recurriendo a los principios y valores consagrados en la Constitución.

Y como nos advertía Eduardo García de Enterría, muy tempranamente, en los inicios de los años sesenta, se advierte ya que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene. Y esta constatación va a motivar un artificioso esfuerzo para apuntalar la teoría básica que sostenía que las lagunas de la ley se integraban mediante un proceso deductivo operado inmanentemente a partir de las propias leyes positivas, mediante la llamada expansión lógica de las normas singulares, sin acudir a ningún principio trascendente de justicia material, y ello con objeto de no romper la unidad y homogeneidad del sistema²⁹.

Puede, por tanto, afirmarse que la respuesta del Derecho al avance de la ciencia es precisamente, al contrario de lo que ocurriera en la primera mitad del siglo XX, cuando el Derecho pretendió aproximarse al propio método y discurso científico, es apartarse de ella en su construcción y aplicación. El cientifismo se equilibra jurídicamente con los valores y la incertidumbre del avance de la ciencia se afronta con la menor certidumbre jurídica de los principios. Como dijera Manuel Aragón Reyes, no asistimos realmente a la crucifixión del positivismo, sino a la positivización del iusnaturalismo³⁰.

5. Incertidumbre, principios y papel de los Tribunales y los comités

El protagonismo de los principios tiene su impacto también en la propia división del poder, en la parte orgánica del ordenamiento jurídico, ya que conlleva que el poder judicial deba ocupar un papel estelar, como último intérprete de la solución jurídica al conflicto. Como señala Lucas Murillo de la Cueva, el optar por cláusulas generales, dotadas de flexibilidad, en lugar de por cláusulas cerradas (reglas), afecta directamente al sujeto que ha de adoptar la decisión. Y, así, en el caso de las reglas será el legislador el que tome la iniciativa, en el segundo será el juez el llamado a desempeñar la función esencial en el sistema³¹. El dogma de la posición del juez como *bouche qui prononce les paroles de la loi*, como *être inánime*, en la clásica expresión de Montesquieu, es abandonado, y con ello, quizá el punto clave a que pretendía conducir toda la construcción positivista³². El ideal asentado tras la Revolución Francesa, en virtud del cual el Juez es la mera boca de la Ley, debiendo ser borrado de nuestra lengua el término jurisprudencia, tal y como proclamara Robespierre en 1790 ante la Asamblea Constituyente, ha perdido su vigencia. La Ley será nuevamente más un género filosófico que una

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, 2000, 47-49.

²⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, en *RAP*, 40, 1963, 191.

³⁰ M. ARAGÓN REYES, *Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29, 2013, 23.

³¹ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Derechos fundamentales y avances tecnológicos. los riesgos del progreso*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXVII, 109, 2004, 90.

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley*, cit., 193.

técnica jurídica en los términos empleados por Carbonnier³³. La pretensión de reducir el Derecho a un conjunto cerrado y sistemático de normas positivas y la exclusión de él de toda referencia al valor material de la justicia no es ya posible ni admisible.

En este contexto de los casos difíciles es en el que Carlos Bernal Pulido, en su defensa de la racionalidad de la regla de ponderación, desarrolla la noción del margen de deliberación del juez. Y así, señala que en los casos difíciles el juez se encontrará con la dificultad de determinar qué derecho tiene más peso, lo que en muchas ocasiones no será posible establecer dado que los que se encuentran en colisión son de la misma naturaleza (los denominados empates ponderativos), como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de la protección de la vida o de la dignidad humana. En estos casos, la determinación del peso abstracto de los principios y, por tanto, de la solución del caso depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la Constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la Constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que de la Constitución no deriva ninguna respuesta correcta. No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad. Ello hace que se le abra al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política³⁴. Sin embargo, al exigírsele un método concreto de argumentación, cabe un control estrictamente jurídico sobre la solución adoptada. De este modo, el método argumentativo que proporcionan los principios y, en especial, el principio de proporcionalidad permite desterrar la arbitrariedad en la toma de decisiones, promueve la deliberación de los asuntos públicos de la sociedad y, al contar con un mecanismo más o menos riguroso y racional de interpretación sobre los principios constitucionales, satisface el valor de seguridad jurídica, con lo cual se fortalece el Estado constitucional³⁵.

Así pues, los cambios en la forma de interpretar la Ley que, es lo que a la postre venimos planteando, conlleva no sólo el cómo ha de ser interpretada, sino también quién ha de interpretarla. Dentro de esta pregunta se encuentra la respuesta no sólo a un problema hermenéutico, sino más allá, a un verdadero problema de índole jurídico-político: el determinar en manos de quién está la última palabra en el sistema de poderes que configura el orden constitucional. El cómo y el quién van indisolublemente de la mano. Ambos problemas están perfectamente interrelacionados, dado que las propias singularidades de la interpretación de la norma van a provocar que el intérprete ostente necesariamente un campo más o menos amplio de interpretación. Las propias características del objeto y manera de la interpretación provocan la amplitud de los poderes del intérprete.

En todo caso, los jueces no son ahora los señores del Derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el siglo pasado. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del

³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, 18.

³⁴ C. BERNAL PULIDO, *La racionalidad de la ponderación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 2006, 71.

³⁵ J. CÁRDENAS GRACIA, *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVII, 139, 2014, 82.

Derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, derechos y justicia³⁶. Y en este marco, la confianza en los jueces no deriva ya de una posición elitista, sino en la mera necesidad, en la dificultad de hacerlo de otra manera. El juez quedará, como garantía de la seguridad jurídica, sujeto por los principios y por la exigencia de la argumentación de acuerdo con unos estándares preestablecidos, como, por ejemplo, ocurre con el principio de proporcionalidad. Estaremos, una vez más, ante una legitimidad, la del juez, que se fundamenta no en el principio democrático, sino en la argumentación y motivación de las decisiones.

El propio Gustavo Zagrebelsky, en su defensa del importante papel que deben desempeñar ahora los jueces en el marco de un sistema jurídico en el que los principios son ya instrumentos indispensables del mismo, destaca la trascendencia de contar con jueces, no solo bien reclutados y responsables, sino formados en un nuevo panorama que exige una transformación del poder judicial y una superación del modelo anacrónico en el que los jueces siguen viéndose como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos, válidos en cuanto tales, pero alejados de las expectativas que la sociedad necesita poner en ellos³⁷.

El escenario que debe desarrollarse frente al avance de la biomedicina y de las nuevas incertidumbres que ello conlleva debe dotarse también de herramientas que permitan una participación efectiva de los ciudadanos. Y ahí es cuando el papel de los comités de bioética encuentra su justificación en el contexto actual.

Un ejemplo en España y en el ámbito de la reproducción humana asistida, sería la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. La Comisión fue creada mediante Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, que fue modificado por Real Decreto 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos, y que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempla en su articulado.

Los Tribunales pueden recurrir en su análisis de los casos a la opinión fundada en bioética de los Comités de Ética, como de hecho está ocurriendo en algunos casos en la realidad (véase, el caso de la donación entre vivos de órganos o la toma de decisiones sobre los tratamientos al final de la vida). Sin embargo, tal criterio experto no puede fundamentar la decisión final, sino solo ofrecer elementos para la argumentación.

En palabras de la Comisión Presidencial de Bioética de Estados Unidos los organismos nacionales de Bioética pueden ayudar a facilitar el proceso deliberativo, actuando como una forma de conciencia

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 153.

³⁷ *Ibidem*, 149-150.

nacional. Así, pueden proporcionar un foro público para la evaluación de los conflictos muy complejos que sea utilidad para los órganos que, a la postre, han de adoptar las decisiones³⁸.

Así pues, el Tribunal se enfrenta ahora a la tarea de aplicar los principios incorporados a la norma, para lo que ya no es suficiente la mera subsunción del supuesto de hecho a la consecuencia jurídica, sino que es precisa una labor interpretativa, de exégesis. Y para apoyar dicha exigencia de interpretación de los principios, los Tribunales pueden apoyarse en el criterio que les faciliten los comités de bioética. En definitiva, parece que los comités que surgen como figura inescindible de la Bioética encontrarán de nuevo una etapa de esplendor derivada de la incertidumbre y de la necesidad que esta conlleva de promover fórmulas jurídicas más abiertas y flexibles. Si los Tribunales han de tener un importante rol ante el avance de la biomedicina, al exigirse la interpretación de principios para resolver nuevos supuestos de hecho inciertos, también han de tenerlo los comités en apoyo de la labor de aquéllos.

³⁸ Presidential Commission for the study of bioethical issues, *Bioethics for every generation: deliberation and education in health, science, and technology*, Washington DC, mayo 2016, 29.