

BIOÉTICA PARA UN CONTEXTO PLURAL

María Casado

INTRODUCCIÓN

La Bioética es una disciplina joven, actualmente de moda, cuyo más profundo sentido es colaborar a la hora de dilucidar cuestiones que atañen de manera nueva a los Derechos Humanos. Se ha dicho que la Bioética es uno de los grandes temas del nuevo milenio y que trae consigo un cambio cultural de importancia ya que el debate bioético no puede estar condicionado por los marcos de creencias determinadas, que afectan a quienes las poseen pero no a la sociedad en su conjunto. La discusión requiere ampliarse a la población, que se verá afectada por las aplicaciones biotecnológicas y que es quien, de una u otra forma, las financia. De no ser así, la Bioética se convertirá en una nueva forma de referirse a la moralina de siempre y en una ocasión más de hurtar a los ciudadanos la discusión y la adopción de las soluciones que le corresponden, colocando éstas una vez más en manos de los técnicos.

En nuestro entorno coexisten actualmente diversas concepciones de la Bioética y de sus objetivos que, en general, no se identifican claramente. Es necesario asumir las diferencias, siendo conscientes de que, pese a ellas, se pueden construir acuerdos y soluciones que permitan seguir avanzado. Detrás de las distintas concepciones de la Bioética laten distintas concepciones de los derechos, de la libertad, de la persona en suma. El concepto de "dignidad humana" es un buen

ejemplo para ver que la misma palabra puede tener significados distintos: su uso para aprobar o rechazar la eutanasia activa, la "muerte digna", es suficientemente ilustrativo de lo que quiero sugerir. En una sociedad que considera el pluralismo un valor no sólo es imposible que todos piensen igual, sino que ni siquiera es deseable. No obstante es necesario idear acuerdos concretos que puedan ser alcanzados mediante compromiso y aunque sean distintas las razones de cada uno para su aceptación. La coexistencia de valores y principios en que se basa toda sociedad democrática tiene que ser asumida también en Bioética: por eso la propuesta de una concepción de la Bioética "flexible" parece ser una buena manera de concebir esta nueva disciplina para el siglo XXI: se trata de contar con marcos para el acuerdo, no con soluciones dogmáticas, ni consensos generales vacíos de contenido real, asumibles por todos pero que nada resuelven.

Los enormes avances científicos de las últimas décadas han supuesto un cambio en la sociedad de carácter cuantitativo y cualitativo de una magnitud tal que han obligado a revisar los planteamientos individuales y colectivos en torno a numerosas cuestiones que afectan al ser humano. El actual progreso de la medicina y la biología suscita grandes esperanzas a la vez que ocasiona dilemas para el hombre común y para los especialistas, sean médicos, biólogos, científicos, filósofos o juristas. Si tenemos en cuenta que vivimos en sociedades plurales que se rigen según un modelo democrático de convivencia, hay que convenir en que los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto deben ser decididos por todos los ciudadanos, tras un debate suficientemente informado, y no sólo por sectores minoritarios, en condiciones de opacidad. Esta exigencia es especialmente perentoria cuando las decisiones a tomar afectan a toda la sociedad, incluyendo las generaciones presentes y las futuras. Los problemas derivados de los descubrimientos científicos y de los adelantos biotecnológicos son precisamente de este carácter y reclaman respuesta tanto de los individuos como de la comunidad.

El origen de la vida, el concepto de muerte, la capacidad de tomar racionalmente decisiones difíciles, el valor del principio de autonomía, o el papel cada vez más preponderante del Estado en la política sanitaria, son buenos ejemplos para ilustrar la trascendencia de la problemática que ha propiciado la aparición de la Bioética como

disciplina y el enorme florecimiento que han experimentado las relaciones entre biología, medicina, ética y derecho. A partir de los años setenta las relaciones entre seres humanos, ciencias y medicina sufrieron un cambio importante ya que, junto a la tradicional tarea curativa, el progreso biotecnológico supuso la oportunidad de intervenir en los procesos vitales fundamentales.

La misma posibilidad de realizar un diagnóstico genético de enfermedades que aún no se han manifestado, o la de aplicar terapias génicas en el tratamiento de determinados tipos de cáncer, muestra una forma de medicina y de biología radicalmente nueva que implica un cambio de tal naturaleza que obliga a poner en cuestión los parámetros de valoración tradicionalmente utilizados. El progreso científico es ambivalente no sólo en el sentido de que puede ser positivo o negativo sino porque cualquier enfoque bien intencionado puede devenir perverso. ¿Quién quiere oponerse a que los procedimientos de ingeniería genética sean utilizados en terapia génica de patologías hereditarias, pero ¿quién puede impedir el uso de esos mismos medios para diseñar el hombre a la carta? El gran problema de los avances biotécnicos es medir las consecuencias a corto, medio y largo plazo, ¿cómo separar el "buen" uso y el abuso?

En este contexto surgió la Bioética como una nueva disciplina que, desde un enfoque plural, pusiese en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a conseguir el bien social. Como decía Potter, la Bioética es el conocimiento de cómo usar el conocimiento, el puente entre ciencias y humanidades. Por su propia índole, las materias tratadas por la Bioética tienen su reflejo inmediato en el ámbito jurídico, tanto a nivel legislativo y jurisprudencial como desde el punto de vista del interés práctico de quienes trabajan en estos campos cuyas nuevas implicaciones y responsabilidades resultan —cuanto menos— problemáticas.

Para que sea eficaz, la preocupación bioética debe estar presente desde el principio y no limitándose a juzgar desde fuera sobre la bondad de los descubrimientos realizados y su uso. Eso sería demasiado tarde puesto que los distintos poderes políticos y económicos ya se habrían apoderado de los resultados de la ciencia y los mass-media habrían difundido la prometedora seducción de las mágicas

novedades. Así se impone una estrecha relación entre la ciencia y la ética; como han reiterado numerosos filósofos y científicos es preciso trabajar juntos superando el tradicional aislamiento disciplinar. Es el rol de las primeras comisiones y comités de Bioética que surgen en diferentes países. La idea de que ciertos límites no deben trasgredirse, de que la dignidad humana debe ser siempre respetada, del rechazo de los criterios de mera eficacia técnica, es la que ha llevado al actual desarrollo de la Bioética como marco de reflexión interdisciplinar sobre los desafíos que suponen los progresos técnico-médicos.

Por otra parte los problemas de la Bioética deben ser debatidos por la sociedad en su conjunto antes de que sean adoptadas soluciones normativas, sobre las que, en una sociedad democrática y plural, es preciso lograr consenso. Un consenso que en cuestiones que atañen a los valores individuales y colectivos en forma tan especial resulta difícil conseguir. Por ello conviene centrar la búsqueda del compromiso en la elaboración de unas reglas del juego aceptables para la mayoría de los ciudadanos independientemente de sus opciones ideológicas. Para la Bioética resulta importante el proceso de elaboración y el análisis de las normas que deben regir la acción en lo que se refiere a la intervención técnica del hombre sobre su propia vida; esto implica la necesidad de llegar a un acuerdo sobre el estilo de vida por el que se opta y, en consecuencia, del tipo de sociedad que queremos construir.

Lo anterior también concierne a los poderes públicos ya que se ponen en juego cuestiones fundamentales, no sólo por la importancia de la biomedicina para la salud de la población, sino por la evidente necesidad de no quedar al margen de los descubrimientos científicos y sus beneficios, cuya incidencia social y económica es de gran trascendencia. Es preciso que los parlamentos y los gobiernos tomen en consideración cuál es la situación real en lo que se refiere a la investigación, a su desarrollo industrial, a los costos de la salud, a todo un cúmulo de problemas que van más allá de los aspectos puramente científicos, económicos e incluso sociales. El establecimiento de determinadas políticas supone la elección de un determinado modelo de sociedad, que excluye otros, lo cual no debe ser resuelto sin reflexión y debate previos.

En este sentido hay que poner de manifiesto que el derecho establece unos mínimos para la convivencia y que el respeto a los Derechos Humanos es el punto básico. El Consejo de Europa –como organismo especialmente encargado de velar por el reconocimiento y la efectiva protección de estos derechos–, trata de establecer un “derecho común” y de armonizar las legislaciones en el ámbito internacional en materia de Bioética, contando además con un Comité *ad hoc*. Con su especial dedicación a la protección de los Derechos Humanos ha elaborado numerosas resoluciones sobre los derechos de los enfermos, de los moribundos, sobre la eutanasia, la donación de órganos, los trasplantes, el sida, la investigación con humanos, la reproducción asistida, ingeniería genética, o los bancos de datos. Su aportación fundamental es el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, que basándose en los principios de libertad, igualdad, seguridad y en el respeto mutuo de las opciones diferentes, es un valioso instrumento que complementa a las grandes Declaraciones de Derechos.

Un aspecto central de la Bioética estriba precisamente en el reconocimiento de la pluralidad de opciones morales que caracteriza a las sociedades actuales y en propugnar la necesidad de establecer un mínimo marco de acuerdo por medio del cual individuos pertenecientes a “comunidades morales” diversas puedan considerarse ligados por una estructura común que permita la resolución de los conflictos con el suficiente grado de acuerdo. La elaboración de unos procedimientos de toma de decisiones en las que todos los implicados puedan participar supone un paso de importancia fundamental. Pero en último extremo, si no hay acuerdo el derecho deberá establecer los límites de lo permitido; de ahí deriva la estrecha relación entre la Bioética y el Derecho –entendido como norma de conducta que emana de la voluntad de todos–. Así, puede decirse que el término Bioética, aunque consolidado, presenta inconvenientes diversos no sólo referentes a la amplitud dada a la denominación sino derivados de que los problemas que engloba son más bien político-jurídicos que éticos. Se trata de problemas que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocan en una demanda de legislación y eso deviene una típica cuestión de axiología jurídica: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse. Ante la posibilidad de inter-

venir en los procesos biológicos hay discrepancias sociales que generan conflictos, y son éstos los que requieren de la intervención del derecho para establecer los límites a la libertad de actuación individual.

Las normas jurídicas poseen una evidente relación con las morales - aunque no dependan de la ética para su configuración-, y a lo largo de los siglos el análisis de estas relaciones ha sido una cuestión central del pensamiento filosófico-jurídico. Nuestro planteamiento parte de la constatación del pluralismo moral de la sociedad y del hecho de que ese pluralismo no sólo es un hecho sino que es un valor constitucionalmente protegido. Pero al mismo tiempo estamos en contra del escepticismo en los valores, en el sentido de considerar que es posible argumentar racionalmente en ética y de que pueden esgrimirse "buenas razones" a favor de las opciones que se elijan. Frente a las posturas de relativismo extremo, la posición de la que aquí partimos implica la posibilidad de dilucidar racionalmente si los juicios morales que sostenemos son correctos. Frente a las posturas que preconizan la existencia de verdades absolutas e incontrovertibles, se propone que cualquier juicio moral esté sujeto a la discusión y a la crítica racional.

Los planteamientos, individuales y sociales pueden, por otra parte, partir de la confianza y la fe en el "progreso bienhechor" o de la desconfianza radical ante la "ciencia deshumanizada". Frecuentemente se plantean las cuestiones como conflictos de actitudes globales; es fácil verlo al tratar sobre la eutanasia, el aborto, o la consideración de los límites de la ciencia. Pero esos conflictos "radicales" también se dan en otros campos: en las opciones políticas, por ejemplo, y hemos aprendido a compatibilizarlas ¡quizás tras siglos! Estas visiones de conflictos de absolutos, que sostienen importantes pensadores y determinados sectores de opinión, no son un buen punto de partida para analizar las cuestiones y para aprender a compatibilizarlas, cosa que hemos de hacer necesariamente. Pueden surgir las discrepancias que se deriven del mismo sentido en que se conciben las palabras clave, aquellas cuya definición nos coloca en un incómodo compromiso: persona, dignidad, vida... lo que supone un problema inicial para la Bioética. Es preciso, pues, elucidar su sentido y divulgar las preocupaciones ante los ciudadanos ya que a la postre

las cuestiones de la Bioética tienen un alto contenido político. Quizás sea en este tipo de cuestiones en las que mejor se pone a prueba la tolerancia de las personas y de las sociedades: la tolerancia como táctica no es lo mismo que la tolerancia como actitud.

Esto plantea el problema del acuerdo moral, del consenso en ética, y de su valor. ¿Existe o no desacuerdo en los principios morales? En todo caso ¿pueden coexistir visiones diversas? La discusión entre las posiciones universalistas y las que hacen hincapié en la diversidad y el pluralismo es sobradamente conocida y de la más plena actualidad. El principal problema estriba en que la ética y el discurso moral "civil", o laico, no tienen aún construidas respuestas a los problemas de la Bioética mientras que por el contrario la teología sí tiene respuestas dogmáticas que cuentan con el aval de siglos de utilización sin fisuras, lo cual nos lleva de nuevo a los Derechos Humanos y a la posibilidad de acuerdo sobre los mismos en el nivel teórico de reconocimiento y de su fundamentación, sin entrar en el de su violación o respeto. Constituye, pues, un buen recurso la utilización de las normas jurídicas: como remedio y como punto de partida. Por ello es útil unir las nociones de Bioética y Derecho. No para juridificar la Bioética en el sentido legalista de la expresión, sino para entender los valores constitucionales y los "principios generales de las naciones civilizadas" como acuerdo mínimo.

Quizá la característica que mejor identifique a la Bioética como materia sea la multidisciplinariedad pues los temas de que trata afectan a toda la comunidad y no pueden ser abordados desde la tradicional separación en ramas del conocimiento. Hay que tener en cuenta que su objeto de estudio consiste en un mosaico de problemas y que ante ellos pueden adoptarse puntos de vista disciplinares diversos y esto es precisamente lo que la identifica: no tienen que ser reconducidos a una opción "metafísica" previa. No hay que perder de vista que la Bioética implica inter y pluridisciplinariedad por sus contenidos y por su propio origen. Precisamente surge de los problemas derivados de la investigación médica, más que de la clásica ética médica y más aun que de las reflexiones puramente éticas. Es más tarde cuando los éticos reivindican la Bioética y en la mayoría de los casos lo hacen desde planteamientos confesionales. ¿De dónde en-

tonces la coherencia interna para la Bioética? Si se posee un cuerpo de creencias para dotar de contenido a las reglas es más fácil, si no es evidente que las dificultades son mucho mayores. Es aquí donde intervienen el derecho y la opción política democrática a que se ha venido haciendo mención: el respeto a los Derechos Humanos como límite y su promoción como modelo de vida y de sociedad que se desca conseguir.

La Bioética plantea indudablemente problemas filosóficos, pero no puede ser tratada sólo por filósofos; es necesario tomar contacto con las realidades concretas de cada problema y eso obliga a formar equipos interdisciplinarios. Sea cual sea nuestro punto de partida hay que unir conocimiento teórico y experiencia concreta, es preciso conciliar puntos de vista disciplinares diversos. De esta manera es como se construye su especificidad como disciplina, si no es una mera rama de la filosofía aplicada. Actualmente se acepta sin discusión que se incluyen dentro de la Bioética los problemas derivados de las nuevas tecnologías genéticas, del análisis del genoma humano, de la reproducción asistida, de la investigación y experimentación, el aborto, la esterilización, la eutanasia, los trasplantes, la informática y la confidencialidad de los datos, las discapacidades, minusvalías y posibles causas de discriminación, psiquiatría, sida, toxicodependencia, ecología, nanotecnología, además de las relaciones entre ética, medicina, derecho y economía de la salud. A todos ellos debe añadirse la necesidad de encontrar respuestas jurídicas que se encaminen al respeto y la promoción de los Derechos Humanos.

En el último medio siglo la biología ha avanzado más que cualquier otra ciencia en el resto de la historia. Sus descubrimientos producen mayor conmoción a la humanidad y suscitan mayores interrogantes que el hallazgo del fuego en su momento. Parafraseando el título del conocido texto de Dworkin, las nuevas biotecnologías permiten "el dominio de la vida", con su carga de sacralidad, con los miedos e inquietudes que ello puede producir. Corresponde precisamente a las actuales generaciones el establecer por adelantado un código común basado en un consenso que vaya más allá de escuelas y creencias. La reflexión del conjunto de la sociedad debe permitir acortar al mínimo el tiempo de asimilación y aceptación de los cambios y del control de sus consecuencias, teniendo en cuenta que más

vale prevenir que corregir, lo cual en este terreno puede llegar a ser del todo imposible. Ésta es una tarea colectiva que debe basarse en el respeto al otro (autonomía), entendido como un respeto solidario (justicia).

Los Derechos Humanos constituyen a la vez las bases jurídicas y el mínimo ético irrenunciable sobre los que se asientan las sociedades democráticas. Esta afirmación es central para establecer las pautas de conductas asumibles por todos, independientemente de la fundamentación de que se parta. Las nuevas circunstancias -que derivan de la repercusión de los nuevos descubrimientos en las viejas concepciones de la vida, de la muerte y de lo que significa el ser humano-, acarrearán cambios en el pensamiento ético y tienen enormes implicaciones en el ámbito de la política y en el del derecho. Las decisiones no corresponden a las tecnologías: dependiendo del nivel a que se estén considerando las cosas se tratará de una decisión política, o de una decisión ética.

Cómo ejercer la libertad es algo que *se debe* decidir responsablemente y esa decisión *se debe* construir socialmente. Pero hablar de *deber* es hablar de normas. De restricciones cuya procedencia hay que justificar; porque la libertad es el principio y el punto de partida, aunque pueda ser limitada si existen *razones* para ello. Escoger qué dirección darle a nuestra vida, es una decisión moral -autónoma-. Establecer qué dirección darle a nuestra sociedad, tendrá que ser una decisión colectiva -política y jurídica-, si ha de ser vinculante.

La Bioética no tiene el nombre bien puesto. Sus asuntos no son sólo éticos. No se cierran con decisiones individuales: requieren decisiones colectivas -políticas en el mejor sentido de la palabra sobre el modo de vida y de sociedad en que deseamos vivir. La toma de decisiones en Bioética necesita de la reflexión ética previa y del debate ciudadano pero, después, requiere decisiones político-jurídicas. Son los ciudadanos los que valoran los riesgos que hay que asumir y, para ello, es necesaria información y transparencia. La Bioética tiene ante sí un reto importante: ayudar en el camino que va desde la heteronomía hasta la autonomía de los seres humanos.

BIOÉTICA Y VALORES SOCIALES

Graciela Sarribe

Los acontecimientos de los últimos años nos sitúan en una discusión sobre la primacía de los valores sociales, el respeto a los mismos y la jerarquía entre ellos. Todos los valores están inscritos en las diferentes culturas que permiten sobrevivir y reproducirse a los pueblos. De esos valores, surgen los referentes que enmarcan el comportamiento. Los valores, como todo elemento cultural, cambian al tiempo que las sociedades se transforman. Cuando los intercambios de personas eran reducidos, cada sociedad tenía sus propios referentes. En el pasado, cuando esos intercambios fueron notables se estableció una jerarquía donde primaban los valores de los grupos dominantes.

Durante el siglo xx e inicios del actual, se han vivido situaciones críticas que a todos nos han impactado. Las guerras mundiales afectaron a muchas más personas de forma directa que los atentados producidos al inicio de este nuevo siglo. Sin embargo, la globalización permite hacer llegar las imágenes, de tal manera que más personas pueden sentirse emocionadas, implicadas y en último caso, afectadas.

Dentro de la comunicación social, existe un reconocimiento a las relaciones entre los *mass media* y la formación de la opinión pública (Liebes y Curran, 1998). No sólo las creencias intervienen, sino que en las sociedades modernas y tecnológicas los medios de comunicación transmiten valores, representan normalmente a la mayoría

o intentan hacerlo y proponen un marco de acción y unas elecciones pre-establecidas (Girass, 1998).

En un trabajo anterior (Sarribe, 1998) proponía como central la polémica entre el relativismo cultural y el universalismo de otros valores, denominados y denostados como modernos. En la actualidad, la ingente cantidad de publicaciones que tratan la secularización de las sociedades modernas, me lleva a ampliar esta polémica y a considerar que, dentro de las relecturas que se hacen de las sociedades diversas, existen otras cuestiones de relevancia que también deberían ser examinadas.

La Teoría de la Modernización explica la evolución de los países desde la edad moderna hasta la actualidad. A partir de la economía y de parámetros económicos, quienes propusieron dicha teoría presentaron la ineluctabilidad de la evolución de toda economía hacia el capitalismo y de toda sociedad hacia una sociedad moderna e industrial.

Las críticas recibidas plantearon los límites de estas explicaciones al ser la situación mundial completamente distinta en los momentos de la emergencia del capitalismo en algunos países de la Europa occidental respecto de los países situados en otros continentes en el siglo XX.

La situación histórica en que se habían desarrollado algunas sociedades europeas y de otros continentes y se habían industrializado, era irrepetible. Se industrializaron las primeras, cuando no había otras. En cambio, cuando las no industrializadas pretenden hacerlo, el camino es diferente porque deben competir con las ya existentes.

La alternativa de si las sociedades que se industrializaban caminarían hacia un modelo capitalista o hacia un modelo socialista (antiguamente nombrado como de economía planificada) se ha vuelto obsoleta con la desaparición progresiva del segundo modelo a través de la introducción de una economía de mercado.

La Teoría de la Modernización, que intentaba superar duras críticas hace decenios, ha sido reelaborada y actualizada. Por una parte, se han buscado respuestas a algunas de las cuestiones planteadas desde posiciones alternativas. Por la otra, las características cambiantes de las sociedades han requerido nuevas formulaciones para interpretar procesos novedosos, tanto económicos como sociales. Los valores

que preconiza la actual Teoría de la Modernidad son, en términos generales, los valores que corresponden a una sociedad democrática y occidental.

En la Sociología contemporánea, la alternativa más notable a esta opción en el tema que nos ocupa, la constituye la Teoría del Multiculturalismo, que se inscribiría dentro de las llamadas teorías del relativismo cultural. Se trata de destacar lo diferente, en vez de lo semejante, considerándose más importante el respeto al marco de valores que cada cultura posee, que la entronización de los valores occidentales.

Estas dos opciones teóricas permiten lecturas alternativas de ese proceso relativo de homogeneización de sociedades todavía distintas. Realzar un destino común, de semejanza e identidad, o poner de relieve las diferencias, constituyen los objetivos de cada una de ellas. Siempre se puede sostener que ambas contienen una parte de verdad. Sin embargo, no se pueden considerar complementarias desde el momento que plantean visiones alternativas de las transformaciones sociales contemporáneas. Nos enfrentamos, pues, a un conflicto no resuelto. Estas dos corrientes representan marcos teóricos alternativos. Ello genera diferentes enfoques en función de las distintas prioridades que cada marco de valores posee.

Las tesis de la secularización, como parte del proceso de modernización, partieron del estudio de sociedades europeas y occidentales. Este proceso se generalizó, al menos teóricamente, a las restantes sociedades en proceso de industrialización. En la actualidad, algunas voces en contra llaman la atención sobre esta excesiva universalización del proceso. Como señala John Gray (2004), las personas perspicaces que han estado en Estados Unidos de visita o viviendo algún tiempo, desde la época Tocqueville, han destacado el sentimiento profundamente religioso de esa sociedad.

Una de las preguntas planteadas sobre la cuestión es si este proceso ha sido generalizado y hasta dónde ha alcanzado a las sociedades. En primer lugar, muchas veces cometemos el error de pensar Europa exclusivamente a partir de la parte occidental. Ahora que no hay dos Europas y que la mayoría de los países están reunidos en un solo mercado, cabe considerar a todas las sociedades que antes ex-

elíamos del análisis, pero a las cuales extendíamos las generalizaciones. En especial, la Europa del Este.

No creo que Gray (2004) se equivoque al decir que Polonia dejó el ámbito soviético gracias al poder de la Iglesia católica y de los fondos que esta institución canalizaba. El hecho de que se reconociera un proceso no es signo de que nos agrade o no, sino de una constatación inevitable.

En Europa occidental, lugar por antonomasia donde ha ocurrido el proceso de secularización, se deben considerar los cambios que se están produciendo debido a la cotidianidad y a la convivencia de personas con una diferente, en algunos casos profunda, religiosidad, ya sea musulmana o cristiana. Llama más la atención los conflictos, sobre todo por la cobertura que les dan los medios de comunicación, pero también la necesidad de una nueva normativa que contemple la actual situación de diversidad.

Las polémicas del velo en Francia y en España, el rechazo a ciertos colegios, la cuestión de la vestimenta en el lugar de trabajo, la utilización de espacios como centros de culto, la ocupación de las Iglesias y el papel que están jugando las diversas organizaciones cristianas de apoyo a los inmigrantes, desde *Cáritas* a otras ONGs que están al lado de los "sin papeles", demuestran que, de alguna manera, ha habido un cambio.

Si este cambio lo interpretamos como un retroceso o como un punto de inflexión, estimo que no es relevante, porque apenas se ha puesto de manifiesto y escasamente se ha discutido. Lo importante es la constatación de que ciertos valores religiosos están influyendo en la política y aun en la vida diaria y que contribuyen a la organización de movimientos sociales, en torno a ciertas reivindicaciones. De una manera u otra algunas organizaciones, con carácter o destacando algún valor religioso, han pasado a la palestra.

La convivencia en las sociedades, sobre todo de Europa occidental, de personas venidas de Europa del Este, de África, de América Latina y de Asia, está transformando lo políticamente correcto y empujando a cambios que no podían ser previstos anteriormente. Este debate, posiblemente no hubiera surgido si la población hubiera seguido siendo homogénea. Pero ya no lo es y resulta imprescindible

plantearse cuales son los términos más adecuados para esta convivencia.

No se puede poner a todos en el mismo lado, sólo por venir de fuera o por considerar que se parecen por el hecho de ser extranjeros. Se puede distinguir en los colectivos extranjeros comportamientos diferenciados respecto de muchos parámetros. En el caso de la ciudad de Barcelona, se han hecho estudios respecto de servicios públicos, privados y mixtos, de carácter gratuito (Sarrible, 2002).

Cuando se estudió la actitud de las diferentes comunidades frente a la realización del censo, mediante una encuesta de carácter voluntario (Sarrible, 2004), se observaron también diferencias notables por continentes. Como en otros estudios, se considera que la experiencia previa de las personas, en sus propias sociedades de origen, debe influir en las respuestas que se observan en la sociedad de llegada. Las relaciones con el Estado cambian en consonancia con el origen de las personas.

Se observan respuestas distintas, de la misma manera que para los europeos la percepción del extranjero es distinta, dependiendo del origen. No son tratados de la misma manera, porque no son vistos iguales, lo que nos lleva a resaltar las diferencias, que son percibidas por la población local y que permite elaborar tipologías de aceptación o rechazo, no sólo por sus comportamientos sino también por lo que leen sobre ellos y la información que circula en los medios de comunicación.

¿Alguna sociedad permanece ajena a estas transformaciones del nuevo siglo? No lo sabemos, quizás algunas caminan en un sentido y otras en otro diferente. Gray (2004) sostiene que existen maneras aberrantes de ser modernos, que no hay una sola forma, ni en todas partes es igual, ni la modernidad tiene un exclusivo carácter benigno. Este juicio crítico sería aplicable a la evolución de los valores, a la forma de cambio, al ritmo de las transformaciones y a la dirección que éstos han tomado en ciertas sociedades.

Este capítulo discute la cuestión de los valores sociales, en el marco de la Bioética. Se intenta probar que existe una cierta universalidad de valores compartida por ciertos organismos mundiales. Se ha puesto como ejemplo la UNFPA (Fundación de Naciones Unidas para la Población), porque se dedica a hacer campañas de salud, de

especial interés en el ámbito de la Bioética. Esta organización piensa en los jóvenes y desea prevenirlos del sida. Desea extender la contracepción a las mujeres que lo reclamen. En una palabra, pone en evidencia la convergencia y un cierto grado de aceptación de valores universales de respeto a las personas.

Estimo que desde las instituciones internacionales se presiona para la incorporación de estos valores en las políticas públicas, puesto que las recomendaciones, programas o planes de acción no se basan en la aceptación acritica de la variantes multiculturales. No se trata de aceptar todos los valores existentes, sólo porque los enarbolan culturas no occidentales. Los derechos del ser humano son básicos, incluidos los deberes que son exclusivos de la mujer, como el aborto, y, por ello, es necesario luchar contra todas las formas normativas, políticas, de hecho, cotidianas o consuetudinarias que impliquen discriminación, desigualdad o injusticia.

Al mismo tiempo, las mismas instituciones reconocen la diversidad, que explica que los planes mundiales no resulten iguales, que el combate contra la mutilación femenina parezca independiente de la modernidad, que las campañas contra el sida se topen con el mutismo y el tabú de la cuestión sexual, que no se pueda hablar de ello en público. En esas situaciones tan distintas, se puede matizar acerca de la cuestión de la religión, que puede ayudar o no, de la primacía de unos valores, que pueden hundir las nuevas políticas y la igualdad de derechos o, por el contrario, ayudar a su extensión.

UNA VIEJA CUESTIÓN: EL PROBLEMA DE LOS VALORES

La Sociología ha intentado, a través de propuestas interpretativas que permitieran teorizar estos cambios, dar respuestas diversas a estas preguntas. Encontrar una explicación no constituye el único objetivo de las formulaciones abstractas. Intentar predecir hacia dónde se dirigen las sociedades constituye también una necesidad perentoria.

En la sociedad contemporánea, corrientes alternativas se afanan en explicar lo que sucede a través de la prioridad de ciertos valores que son cruciales en la interpretación de los comportamientos sociales.

Lo cierto es que no existe acuerdo respecto de qué es más importante para nuestros contemporáneos. Las encuestas que han investigado acerca de la jerarquía de valores han puesto de manifiesto una escala diferente a algunas de las interpretaciones más en boga.

Uno de los problemas más difíciles con que nos encontramos al tratar el tema de los valores es que existen realidades diferentes que se pueden medir e investigar. Por una parte, están los hechos, que se pueden interpretar a partir de las corrientes teóricas existentes. Por la otra, las declaraciones que hacen las personas entrevistadas acerca de los valores que consideran prioritarios.

Esta manifestación no tiene por qué coincidir con su práctica social. O sea, es fácil manifestarse sobre aquellos valores socialmente reconocidos, como la solidaridad, pero más difícil resulta actuar en consecuencia. Existen prácticas racistas, aunque muy pocas personas tendrían el valor o la sinceridad de manifestarse como tales al ser preguntados por un entrevistador en una encuesta.

Sin embargo, las encuestas pueden recoger opiniones concretas sobre temas precisos, acerca de los cuales las personas parecen más decididas a manifestarse. Por ejemplo, los españoles han demostrado una progresiva aceptación de los métodos anticonceptivos que ha ido acompañada de una creciente medicalización de las consultas.

El teórico alemán Max Weber fue el primero en plantear el tema de los valores en las ciencias sociales. Si socialmente juzgamos a otras culturas a través del prisma de la nuestra, en el trabajo científico se puede plantear el mismo dilema. Igual que existen dos corrientes sociológicas que sostienen posiciones contrarias, este problema tampoco tiene una sola respuesta.

En el momento político en que Max Weber vivía lo más oportuno fue proclamar, tal como lo hizo, que podía existir una Sociología libre de valores. La práctica de una disciplina libre de valores exige del científico que se deshaga de su marco valorativo, que lo deje de lado como si fuera un vestido que lo cubre y que se puede quitar, para poder realizar un trabajo científico, en esta medida neutro. La Sociología más conservadora insistió en la veracidad de esta propuesta y se adscribió a ella como paradigma necesario para toda investigación social. El científico social debía dejar sus valores de lado cuando iniciaba el proceso de investigación.

La Sociología crítica ha defendido la posición contraria. Esta escuela sostiene que ninguna persona puede desprenderse de su marco valorativo. Lo que en realidad hace es encubrirlo cuando trabaja. Por ello, la solución sólo podría pasar por hacerlo explícito, por manifestar su postura. En la medida en que esto se hacía al inicio de cualquier trabajo de investigación, se conjuraba, aunque sólo fuera en parte, la cuestión de los valores. Al quedar en evidencia las preferencias de un autor por un marco teórico o por una corriente en particular, se estaban poniendo de manifiesto sus valores y, por tanto, el trabajo de investigación quedaba inscrito en una escuela específica, a partir de la cual se podían entender sus hallazgos e interpretar sus conclusiones.

Existen grandes problemas a partir de los cuales resulta más fácil tomar una decisión o definir una postura. Lo que se hace nunca es neutro, porque tiene una aplicación social. El equipo que construyó la bomba atómica sabía que era un arma destructiva para acabar con seres humanos y no se puede justificar por los usos alternativos que después se encontró a la energía nuclear.

Cuando cualquier investigador descubre un nuevo procedimiento (de diagnóstico o de tratamiento) nunca puede predecir con exactitud el uso social que se le dará y en muchos casos resulta ser distinto del previsto por él inicialmente. Aunque se le dé un uso distinto, es responsabilidad del investigador considerar las posibilidades que engendrará su utilización, aun en la medida en que no pueda prever todas sus consecuencias.

El diagnóstico prenatal intenta evitar malformaciones congénitas. El objetivo era evitar niños enfermos, que sufrieran y tuvieran elevada mortalidad. El problema ético se plantea cuando este diagnóstico temprano se utiliza para elegir el sexo del feto y los abortos resultan selectivos según la preferencia de los padres. Ello ha sucedido en China, desde que se introdujo esta técnica. Por eso ahora está prohibido informar sobre el sexo del feto a los padres, aunque las autoridades saben que este silencio no se cumple sistemáticamente.

Mientras las sociedades europeas fueron expulsoras, sólo contaban con las personas nacidas en ella. Hoy esto ha cambiado; en consecuencia, el panorama resulta similar al de las sociedades que se hicieron con las aportaciones de personas de muy diversos orígenes

geográficos y culturales. De ahí la importancia de los valores sociales, como elemento cultural.

Hace algún tiempo, cuando el multiculturalismo penetraba en la vida pública y se transformaba en bandera y soporte de una futura convivencia, Lamo de Espinosa (1995) lo definió como fenómeno social, de carácter diverso, que surge de una convivencia de personas de distintas culturas. Puede que parezca impreciso, tal como el autor acepta, pero está señalando una serie de cuestiones que configuran la sociedad de hoy, en la que las personas son diversas, tienen orígenes distintos y la convivencia ya no se puede plantear en los términos antiguos de una (cierta) homogeneidad cultural. Esta convivencia genera problemas, en la medida en que plantea cuestiones nuevas que todavía no han encontrado respuestas unívocas.

Las sociedades son diversas culturalmente. El multiculturalismo, sin embargo, encarna una opción teórica y también de valores, de respeto a todo, más allá de los valores propios. No existiría imposición, sólo aceptación. Parece perfecto, pero la misma legalidad y no sólo las costumbres, imponen un marco que ya es de por sí restrictivo. La convivencia no ha mostrado que fuera la opción perfecta que se pretende. Las personas no lo son, tienen sus valores, sus referencias culturales y no están dispuestas a aceptar todo sólo porque se lo digan.

Juan José Sebreli ha sido uno de los críticos más contundentes de ese relativismo cultural que pretende la igualdad de las culturas, el respeto total y la convivencia, necesaria y consecuentemente pacífica, derivada de esa actitud de total tolerancia y ausencia de crítica o planteamiento de cambio.

Frente a los viejos enfoques acerca de la integración en la sociología funcionalista anglo-americana de mitad del siglo XX, donde los individuos debían cambiar para integrarse y ser miembros de pleno derecho de la sociedad a la que llegaban, las posiciones del multiculturalismo a ultranza han defendido exactamente lo contrario: el respeto a los valores, actitudes, prácticas de las personas diferentes, de acuerdo con una concepción según la cual todas las culturas son iguales e igualmente respetables.

En cambio, Sebreli, con su crítica mordaz, ha sostenido frente a esas corrientes que se querían de izquierda, que esa actitud era un

claro error. Los idealizadores, como él los llama, de las culturas ajenas, reivindicarían su plena vigencia y su no cambio al convivir en otras sociedades con otros valores dominantes. Sin embargo, los conflictos han surgido y el rechazo, también. La convivencia no es idílica y la forma propuesta, quizás tampoco sea la mejor posible.

Esta oposición, de acuerdo con Sebrelli, no es nueva ni reciente, sino que proviene del Iluminismo universalista frente al romanticismo anti-iluminista. El primero abogaba por aquello que los hombres tienen en común, mientras que el segundo destacaba sus diferencias, basadas en el particularismo de las etnias y las culturas locales. En esa medida, si cada pueblo tiene sus ideas propias y sus valores, no habría reglas universales ni compartidas. El relativismo cultural, siempre según Sebrelli, no sería más que la consecuencia de este particularismo universalista que destaca las diferencias y se apoya en ellas.

La crítica de Sebrelli se puede resumir en que el respeto de todas las tradiciones culturales puede llevarnos a aceptar y admitir culturas que no respetan al otro. Esa contradicción se está viviendo en Europa con la forma de vestir de las mujeres musulmanas, lo que provoca divisiones, en la medida en que cuestiona un discurso que se pretende de izquierdas como el multiculturalismo y las contradicciones que genera. ¿Se debe respetar la diversidad si esas culturas no respetan la nuestra?

Crespi (1996), en la misma línea que Sebrelli, sostiene que atribuirse el patrimonio de la verdad transforma las posiciones en paternalistas, en la medida en que esas personas se encontrarían por encima de los otros y se transformarían en sus jueces. Como europeo y en consonancia con la tradición de Weber en el estudio de las religiones, Crespi considera que existiría continuidad entre la tradición religiosa del protestantismo y el liberalismo político, aunque este hecho nunca ha sido probado.

En realidad, rescatar el protestantismo como moderno ha sido una constante en la teoría sociológica desde que Max Weber publicara *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Esa identificación de lo protestante, primero con el capitalismo y en cierta medida y cada vez más, con lo moderno, considera a las otras Iglesias, desde la católica, a la judía o a la musulmana, por nombrar a las monoteístas

de la tradición europea, como lo tradicional, como aquello viejo que hay que cambiar y modificar para adoptar la ética protestante, que se ajustaría mejor a la democracia y al liberalismo.

Dentro del proceso de modernización, Giddens había sentenciado sobre la secularización de las sociedades autodenominadas avanzadas. En Europa, principalmente, las personas tendían cada vez más a tener comportamientos alejados de los valores religiosos que habían sido importantes en otros tiempos. De esa manera, no sólo cambiaba la vida pública, sino también la privada, puesto que no había ámbito donde este proceso de secularización no entrara y se convirtiera en la explicación de los cambios y de su dirección.

En la actualidad, se puede cuestionar la propuesta de Giddens y de muchos más, sobre la necesaria secularización como parte del proceso de modernización. Antes, parecía evidente y no hubo respuesta, sino adopción incondicional. Sin embargo, algunas sociedades parecen haberse industrializado sin haberse producido, impensablemente, un proceso concomitante de secularización de la sociedad. Esto hace pensar que estas propuestas necesitan de más matices y del estudio de sociedades allende la Europa Occidental.

LA NUEVA POLÉMICA: SOBRE EL HECHO RELIGIOSO

El hecho de que el resurgir de la religión se diera en la arena política y constituyera una forma de poder, fue una constatación realizada por Riis (1998), hace ya algunos años y antes de que el debate adquiriera la dimensión actual. Evidentemente, la intervención de las Iglesias en la política era contestada, al considerarla una forma tradicional frente al modernismo y al progreso. Sin embargo, Riis no deja de reconocer que existen variadas formas de actuación y estos matices se deberían tener en cuenta, sobre todo en los países islámicos. Resulta evidente, en este caso y dicho con cierta anticipación, que estos movimientos que intentan revivir el pasado combinan religión con objetivos políticos, tratando de ganar a los habitantes urbanos más pobres.

Cuando la religión irrumpe en las sociedades contemporáneas se desdibujan los límites entre ambas. No debemos olvidar que las Igle-

sias son instituciones sociales y como tales han influido y/o participado del poder, casi permanentemente. La propuesta de la secularización, al menos a mi modo de entenderla, también implica un cierto alejamiento o al menos el propósito de hacerlo, de los núcleos de poder o de gobierno. Las sociedades laicas han pretendido, con bastante éxito hasta el presente, mantener relaciones específicas y regladas con las Iglesias lo cual implica separación, pero no ausencia de contactos.

Riis (1998) pasa revista a todas las sociedades e intenta relacionar el hecho religioso con otros aspectos como el nacionalismo, la formación de las naciones, la secularización o la religión civil, una forma diferente de plantear un viejo aspecto que ya señalara Alain Touraine. Analiza la sociedad de Estados Unidos planteando el papel de las Iglesias, sobre todo protestantes, en relación con la política y la religión civil, como tema de debate. Por esa razón, no debemos pensar que se trata de un fenómeno del tercer mundo, o localizado siempre fuera. La religión resulta, en estos casos, una fuente de legitimación en la medida en que está relacionada con las identidades y cuando las crisis políticas podrían estar relacionadas a su vez con esa búsqueda en el terreno religioso.

Pero aun en estos casos, de intervención y relaciones que se intensifican, Riis no estima que se trate de ninguna contestación al proceso de modernización. Una vez más, no se estima necesario o imprescindible el proceso de secularización descrito en Occidente. Más difícil es compartir su juicio de que en las sociedades avanzadas, religión y política no tienen que estar separadas.

Para Parker (1998), en cambio, esas modernas manifestaciones populares de religiosidad, características del tercer mundo, podrían ser expresiones urbanas, una reacción frente a la globalización, pero también una forma de demostrar que el proceso de secularización que debería acompañarla, según los modelos teóricos la modernización, puede estar ausente. Estas manifestaciones populares pueden inscribirse incluso en un contexto contracultural. En América Latina, ciertas formas y manifestaciones de piedad popular se extenderían entre los grupos menos expuestos a la modernización y a la secularización, como los aborígenes. En esta medida, la religión podría estar asociada con el mantenimiento de las tradiciones.

Parker señala que no todos los procesos de industrialización han dado lugar a la secularización de la sociedad, o dicho de otro modo, que no ha sido imprescindible. Los ejemplos serían los gigantes asiáticos, Corea, Japón, Taiwán y Hong Kong. En estas sociedades, el impacto de la alta tecnología no habría ido en detrimento, según el autor, del hecho religioso. Para el autor, la secularización estaría relacionada, en estas sociedades, con la sociedad de consumo y su reflejo en la vida diaria.

Puede que esa explicación también revierta sobre América Latina, donde la vida cotidiana no siempre está presidida por los valores que llamamos modernos, de la sociedad del consumo y la última tecnología. En los estratos más populares, la construcción de la identidad o de lo cotidiano podría hacerse a través de prácticas antiguas y tradicionales, más allá de los procesos más modernos que afectarían, prioritariamente, a otras capas con más años de estudio.

Después de disociar la secularización de la modernización, una cuestión en la que parece que muchos autores están de acuerdo, se puede cuestionar el proceso mediante el que las sociedades adquirirían formas de vida cotidiana laicas y se alejarían de la primacía de los valores que se insertan dentro del contexto de las religiones según algunos autores. En América Latina, algunos países industrializados de Asia o en los países árabes con riqueza petrolífera, el proceso de secularización más que incierto parece inexistente.

Aziz Al Hazme (2001) realiza una dura crítica al posmodernismo, al considerarlo como una teoría social irracional, como un resurgimiento de los valores propuestos por el romanticismo en el siglo XIX europeo. Pero su crítica es una forma de rescatar al ciudadano del sur, al migrante a las sociedades occidentales, que sería calificado, en este contexto irracional, de nuevo bárbaro. Los de fuera volverían a ser bárbaros, frente a los de dentro, territorio de la sociedad occidental. Y los bárbaros no serían más que guerreros tribales, refugiados y personas que solicitan asilos, inmigrantes ilegales. La falta de recursos sería el principal criterio, para Al Hazme, para identificar a estos bárbaros en el contexto internacional.

En su respuesta, Varga (2001) no deja de reconocer que la descripción de los males del posmodernismo que hace Al-Hazme puede ser cierta, aunque no tildaría la reacción de irracional y buscaría otras

causas. El posmodernismo tiene el defecto de acercarse al multiculturalismo al posicionarse en contra del universalismo. En esa medida, el posmodernismo tiende más a la variedad y a la diferencia que a la defensa de un solo planteamiento, como podrían ser los valores occidentales.

Blancarte (2000), al igual que Al Hazme, critica la teoría de la modernización, que eleva al rango de paradigma, a partir de las religiones populares y de la introducción de pequeñas iglesias en América Latina. Me identifico con su postura al considerar que la modernización, como muchas otras teorías surgidas en un contexto europeo y occidental, está centrada en esas sociedades. La acusación de eurocentrismo es válida.

El contexto de América Latina, según Blancarte (2000) está caracterizado por varios elementos. En primer lugar, por tratarse de un viejo monopolio de la salvación, que antes era exclusivo de una iglesia y que ahora sería diverso. En segundo lugar, estima que la falta de clérigos católicos ha permitido el surgimiento y desarrollo de las llamadas religiones populares, alternativas a la Iglesia de Roma. En tercer lugar, la presencia de la Iglesia católica ha sido otra de sus características más sobresalientes, sobre todo frente a la aparición reciente de las iglesias protestantes.

Frente a esta propuesta de resurgimiento del hecho o los valores religiosos, deberíamos preguntarnos sobre el significado del proceso anteriormente, llamado secularización. Quizás no ha sido tan profundo como se ha pretendido. Quizás no alcance los ritos, que son formas culturales tradicionales defendidas frente a la uniformidad de un mundo globalizado. Quizás existen nuevas formas de expresión de las identidades grupales.

Sin embargo, la uniformidad en los valores que sustentan las instituciones internacionales respecto de la salud de la mujer, su libertad en materia de reproducción y la protección que desean dar a los jóvenes para evitar enfermedades de transmisión sexual, no deja lugar a dudas de que existen acuerdos y criterios compartidos y que éstos están por encima de las diferencias enunciadas y de las interpretaciones de cada una de las sociedades o regiones mencionadas.

LA SALUD DE LAS MUJERES: UNIVERSALIDAD FRENTE A LOCALISMOS

A pesar del reconocimiento de los valores de cada cultura, en el momento de adoptar una postura sobre la cuestión de género, las Naciones Unidas optan por el universalismo de la igualdad, por el apoyo a la mujer y por la defensa de sus derechos individuales, como persona, frente a la violencia masculina, la intervención de terceros o la falta de reconocimiento de los Estados. Justamente, el documento resumen del *Estado de la población Mundial 2000* (UN), destaca que muchas culturas amparan, en cierta medida, la violencia de género y que esto no puede justificarse en modo alguno.

La posición está clara y no deja lugar a dudas. Más allá de esos preconizados y defendidos valores culturales, tan particulares, está el respeto a la mujer, a su integridad, a su salud y a las decisiones que tome en los ámbitos de la maternidad, las relaciones sexuales, la transmisión de enfermedades, en todo lo que respecta a su cuerpo y que le compete. Sebreli, dentro de su crítica denodada del relativismo cultural, sostiene que defender hábitos o tradiciones ancestrales, puede ser de acuerdo con la manera de pensar actual, una estupidez, pero también un crimen.

En una llamada especial para terminar con las habituales discriminaciones del sexo femenino, intenta integrar a los hombres de la familia para que sean los que impidan la violencia, en vez de provocarla, los que cambien para que esa igualdad que se pretende pueda llegar a existir. Las Naciones Unidas también comparten este punto de vista, por lo que la participación de los hombres se hace imprescindible en cualquier plan que quiera cambiar la situación de la mujer.

La salud reproductiva, la sexual, la total, sólo se puede lograr cuando todas las instituciones están inmersas en el inacabable proyecto de la igualdad, de la promoción de la mujer y del cambio de las relaciones entre los sexos. Las Naciones Unidas no pretenden hablar del futuro de la población al margen de la desigualdad existente entre, prácticamente, las dos mitades de la población mundial: que sería, según el propio organismo, uno de los impedimentos al desa-

es buscan la renovación institucional y la erradicación de la discriminación (Inhetveen, 1999).

Naciones Unidas en su Declaración del Milenio destacó, como una de las ocho metas, promover la igualdad de género y el poder de las mujeres. Las áreas de trabajo prioritarias serían los derechos, el poder, la violencia de género, la desigualdad por razones de género y finalmente, el apoyo de los hombres a las áreas anteriores. Es obvio que no puede haber proceso si la mitad de la población, sobre todo la que detenta el mayor poder, no se inmiscuye, no se compromete o no se siente afectada por políticas de este orden.

Los países reconocen que han puesto en práctica estas políticas para tender a una igualdad de género; sin embargo, los resultados son dispares. La UNFPA realizó una encuesta mundial en 2003, a la que respondieron 151 de los 165 países interrogados y como donantes, los 22 de la OCDE. No basta con querer desarrollar prácticas de salud y anticonceptivas, sexo seguro entre los adolescentes, porque el contexto cultural puede ser desfavorable y los limita. Pero por otra parte, los países han reconocido que ciertas actitudes sociales pueden promover el compromiso de toda la comunidad si se logra transmitir prácticas seguras.

Para que la agenda de la conferencia mundial de El Cairo 1993 pueda llevarse a cabo, la salud reproductiva debe estar garantizada para todos. Las ONG y sectores privados trabajan para poder ayudar a los países que no tienen suficientes fondos propios y que no pueden ofrecer partos seguros a todas las mujeres. Los países árabes han prometido en su reunión del 2004 leyes para el reconocimiento de los derechos de la mujer. Las campañas en Belice contra el sida han sido apoyadas por la OPEP. Los jóvenes de Camboya se han visto apoyados por su propio Estado, por la Unión Europea, por los Estados Unidos y por la propia fundación de Naciones Unidas.

Las agencias internacionales, las ONGs, los organismos internacionales, todos apoyan los mismos valores sobre la igualdad de la mujer y su derecho de acceso a los recursos que garanticen su salud.

y porque las campañas se han generalizado alrededor del mundo. Sin embargo, provocan resistencias, no todos los países los adoptan como valores propios o de su comunidad. La extensión no es uniforme, ni el reconocimiento tampoco. Tal es el siguiente debate.

UNA POLÉMICA BIOÉTICA: LA PRIMACÍA DE LOS VALORES

La teoría de la modernización tiene detractores desde hace muchas décadas, desde que comenzó a ser contestada en América Latina, en los setenta y por la Escuela de Frankfurt en la misma década. Rescatada por los europeos para continuar explicando el mismo proceso en otros países europeos que no habían alcanzado el mismo grado de industrialización o de "modernidad" que los del Norte, se desarrolló nuevamente en los ochenta y los noventa. Sin embargo, no es más que un marco teórico, absolutamente etnocentrista y darwiniano que plantea que todas las sociedades seguirán el mismo camino.

La historia ha mostrado su carácter peculiar e irrepetible. Los contextos son diferentes. Si bien los grandes imperios que duraron siglos, desde el romano, pasando por el español o el portugués, hasta el inglés, han intentado ser mundiales, el proceso de globalización tiene características particulares, sobre todo en el aspecto tecnológico, de difusión y de acceso a la información en un breve espacio de tiempo.

Aunque la comunicación global nos acerca, no nos iguala. Hay procesos que se han invertido, como la tendencia de la mortalidad a la disminución y las desigualdades entre pobres y ricos que han sufrido una inversión y han vuelto a crecer. Esto no impide que exista voluntad en los organismos internacionales por intentar disminuir esas desigualdades, para que las personas tengan un mínimo de salud, comida y si es posible, educación. Son las prioridades de la Declaración del Milenio (UN, 2000b) que establece la necesidad de

La extensión de los planes de salud de Naciones Unidas, desde el ámbito de la población, ya ha sido presentada. Los resultados de la encuesta realizada a todos los países han demostrado que queda mucho por hacer, aunque todos los gobiernos reconocen avances en este sentido. Queda por tratar otra de las cuestiones que afecta a las mujeres y que puede aclarar, en un sentido distinto al planteado, la cuestión de los valores sociales y sus diferencias en distintas sociedades.

La polémica teórica puede dar lugar a seminarios extensos y difíciles. Un planteamiento práctico permitirá dilucidar la cuestión, o al menos abordarla desde otra dimensión. Dentro de los valores sociales —de los que se está discutiendo no sólo el contexto, sino también la evolución o la dirección— se destacarán aquellos relacionados con cuestiones de salud de la mujer.

La ablación femenina ha sido motivo no sólo de estudio en encuestas sociales, sino, sobre todo, de condena por las sociedades occidentales. Heger Boyle, Morris y Gómez (2002) plantean el dilema de estas prácticas y el marco teórico explicativo más adecuado para interpretarlo. La polémica entre modernización y neo-institucionalismo no es tan radical como la anterior, ya que coinciden en variados aspectos, como la conformidad individual a las normas internacionales. La diferencia reside en las explicaciones de los cambios que se producen. Mientras que la modernización valora, sobre todo, los cambios que se producen dentro de la sociedad, por lo tanto a nivel nacional, la segunda destaca el condicionamiento internacional como lo que más influye en los cambios que se producen.

Más allá de esta discusión teórica, existe el acuerdo de que la práctica de la mutilación femenina significa una violación de los derechos humanos en la comunidad internacional. Las feministas piden que se abandonen las prácticas denominadas tradicionales. Lo que se estima como normal, no significa que sea bueno. La explotación de la mujer ha existido desde tiempos pretéritos; fue normal, pero debe acabar por injusta. Todos los países estudiados tienen leyes en contra de la mutilación, pero evidentemente no se cumplen. ¿Quién puede cambiar esto? Las madres, las responsables sociales, personales y familiares de esta práctica en sus hijas, en primer lugar.

La investigación probó, según las autoras, que la religión no es una variable ni explicativa, ni directa, sino que mediatiza el efecto de otras variables. Una de las explicaciones de la falta de evolución o de la continuidad de esas prácticas, residiría en la cantidad de personas que se oponen a su erradicación. Los fundamentalistas han actuado en Egipto públicamente contra las políticas del gobierno que intentaban prohibirlo al menos en las clínicas públicas. Claro que la probabilidad de seguir la práctica es mucho más elevada entre los musulmanes que entre los cristianos: los primeros son, además, contrarios a su abandono en un número cuatro veces superior.

Adoptar el ideario internacional de derechos humanos parece que no tendría que ver con la modernización o las mayores oportunidades económicas, según este estudio. Al contrario, según las autoras, los países más pobres podrían adoptarlos antes. Aunque no se especifiquen razones concretas, podría depender más de los créditos y las ayudas internacionales, tanto públicas como de ONG, que estarían condicionadas al cumplimiento de los acuerdos suscritos.

Si se considera el papel del aborto en el descenso de la fecundidad según el estudio de Guillaume (2003) en Abidján, se pondrían de relieve las prácticas mágicas y populares para evitar la contracepción antes que el papel de la religión. Por suerte, la mayoría de las mujeres acuden a centros sanitarios. Pero en estos países, normalmente encontramos falta de cobertura y de recursos que limitan, en demasía, las prácticas contraceptivas y la voluntad de limitación del número de hijos.

Sin embargo, parecería como si los trabajos de investigación en ciencias sociales destacaran la importancia de todos los factores, de todas las variables y de los valores. Enfrente estarían aquellos de carácter aparentemente técnico, que sólo ponen en relación la salud con otras variables del mismo contexto, como aborto o mortalidad. Randall y Legrand (2003) señalan con acierto que cabría preguntarse si las poblaciones razonan efectivamente según las teorías propuestas, tienen sus mismos enunciados, son claros y actúan de esa manera estrictamente racional.

Las personas difícilmente perciben el riesgo de la manera como la calculan los técnicos o hacen previsiones de remplazo de los niños muertos por otros de manera tan explícita. Además, tienen mu-

chas reticencias para hablar de estas cuestiones y las encuestas difícilmente pueden averiguar lo que realmente pretenden.

Los intelectuales e investigadores son los que primero han reflexionado sobre las cuestiones éticas a partir de las investigaciones que realizan. El debate de estas cuestiones no se ha trasladado, sin embargo, a todos los miembros de la sociedad. Existe información sobre estas cuestiones. Existe, también, una toma de posición de las personas sobre aspectos que les afectan, como la muerte o los enfermos terminales. Pero se percibe en el ciudadano medio la ausencia de ciertas cuestiones planteadas por los intelectuales.

Asistimos a una avalancha de información que nos desconcierta. La ciencia tiene sólo la apariencia de haber difundido sus resultados, pero éstos son percibidos en muchas ocasiones como contradictorios más que como incomprensibles. Continúa existiendo una cierta disociación entre el científico y el hombre de la calle que es quien subvenciona sus investigaciones a través de sus impuestos y en quien se aplicarán las mejoras y los avances obtenidos.

Las encuestas de opinión pública cuyo tema es la percepción de la ciencia y de la tecnología en general y de las biotecnologías y aplicaciones genéticas en particular, coinciden en una apreciación positiva del papel de la ciencia y en una necesidad creciente de regulación. La Bioética, a través de sus Comités de Expertos, tiene este cometido.

Los organismos internacionales, como la OCDE, consideran que esos Comités tienen un papel en la difusión de los resultados científicos, así como en actividades organizadas para el público en general. Al recoger la información, intercambiarla entre los equipos de investigación y comparar las distintas experiencias que se realizan en los países miembros, contribuirían como eje para el avance del conocimiento y a su mejor difusión y aplicación.

La financiación de la investigación es percibida por el público como una inversión a largo plazo. Desde Japón a Australia, desde Estados Unidos de América a Europa, los ciudadanos consideran que la ciencia y la tecnología contribuyen a una vida más sana y confortable. Ello no impide que reconozcan la existencia de inconvenientes, pero en general son percibidos como parte de los resultados.

La actitud es favorable, aun cuando provoca una cierta ansiedad por aquellos riesgos derivados del desarrollo científico y tecnológico que son percibidos como crecientes. Por ello es comprensible que la necesidad de regulación acompañe esa percepción de las ventajas e inconvenientes de la investigación.

El hombre contemporáneo tiene la posibilidad de vivir más y mejor que en cualquier época anterior de la humanidad. Los hallazgos científicos tienden a garantizar una mejor calidad de vida. Sin embargo, deben ser regulados. Existe una apreciación generalizada en las distintas sociedades de que debe ejercerse un cierto control. Igual que la comunidad está regulada por leyes, nuevas normativas deben poner límites a las investigaciones en biotecnologías.

Los valores que cada sociedad expresa deberían constituir el marco general del que deben surgir esas normas reguladoras de la actividad investigadora. Si los ciudadanos confían en los científicos y en su labor, esa confianza no debe ser defraudada. La necesidad de regulación ha sido expresada en variadas instituciones, desde las profesionales como los Colegios de Médicos hasta las académicas como las Universidades. Las opciones morales de los ciudadanos deben ser tenidas en cuenta en el momento de enjuiciar toda actividad investigadora, en especial la que se refiera a los seres vivos.

Se puede estar de acuerdo con lo que hay que defender, de manera general. Es fácil adoptar el ideal de igualdad de género. Cumplirlo es mucho más difícil porque genera resistencia en los grupos de poder. Igual sucede con los Estados: se pueden dictar leyes contra la ablación y la mutilación femenina, pero hay que tener la voluntad de cumplirlas y eso todavía no se ha alcanzado.

Los valores sociales tienen un gran peso pero existe un nivel internacional de referencia, llámese universalismo en referencia a los valores, con el que todos los Estados parecen estar de acuerdo, al menos de palabra. Las prácticas, sin embargo, no demuestran lo mismo. La excusa fácil es la falta de recursos. Pero, ni aun con la ayuda internacional, de organismos supra-estatales, tanto representantes de los Estados como de fundaciones privadas, se pueden alcanzar los objetivos si no existe la voluntad de conseguirlos.

La globalización puede tener consecuencias buenas y, para mí, ésta es una, la identificación con valores de igualdad que rompan las in-

justicias que se han vivido y de respeto a todos, sin discriminación. Falta, ahora, llevarlos a la práctica o al menos llegar tan lejos como las declaraciones internacionales y los países que las han suscrito han propuesto.

BIBLIOGRAFÍA

- Al-Azmeh, Asís, *Civilization, Culture and the New Barbarians*, *International Sociology*, vol. 16, núm. 1, 75-93, Londres, Sage, 2001.
- Blancarte, Roberto J., *Popular Religion, Catholicism and Socioreligious Dissent in Latin America, Facing the Modernity Paradigm*, *International Sociology*, vol. 15, núm. 4, 591-603, Londres, Sage, 2000.
- Casado, María, (ed.), *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs, 1998.
- _____, *Bioética, Derecho y sociedad*, Madrid, Trotta, 1998.
- Crespi, Franco, *Aprender a existir. Nuevos fundamentos de la solidaridad social*, Madrid, Alianza, 1996.
- Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1990.
- Grass, Larry, *Minorities, majorities and the media*, in Liebes, Tamar y James Curran, *Media, Ritual and Identity*, Londres, Routledge, (87-102), 1998.
- Gray, John, *Al Qaeda y lo que significa ser moderno*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Guillaume, Agnes, "Le rôle de l'avortement dans la transition de la fécondité à Abidján au cours des années 1990", *Population*, vol. 58, núm. 6, 741-772, París, Ined, 2002.
- Heger Boyle, Elizabeth, Barbara J. McMorris y Mayra Gómez, *Local Conformity to International Norms: The Case of Female Genital*

- Cutting, *International Sociology*, vol. 17, núm. 1, 5-33, Londres, Sage, 2002.
- Inheteven, Katharina, Can Gender Equality Be Institutionalized? The Role of Launching Values in Institutional Innovation, *International Sociology*, vol. 14, núm. 4, 403-422, Londres, Sage, 1999.
- Lamo de Espinosa, Emilio, (ed.), *Culturas, estados, ciudadanos: Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza, 1995.
- Liebes, Tamar y James Curran, *Media, Ritual and Identity*, Londres, Routledge, 1998.
- Parker, G. Cristián, Modern Popular Religion, A complex Object of Study for Sociology, *International Sociology*, vol. 13, núm. 2, 195-212, Londres, Sage, 1998.
- Randall, Sara y Thomas Legrand, "Stratégies reproductives et prise de décision au Senegal: le rôle de la mortalité des enfants", *Population*, 58, núm. 6, 773-806, París, Ined, 2003.
- Riis, Ole, Religion Re-Emerging. The Role of Religion in Legitimizing Integration and Power in Modern Societies, *International Sociology*, vol. 13, núm. 2, 249-272, Londres, Sage, 1998.
- Sarribe, Graciela, "Bioética y valores morales", en María Casado (ed.) *materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs, 1998.
- _____, Latinoamericanos en Barcelona: Perfiles y demandas de servicios, *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. VIII, núm. 1, 247-274, Caracas, 2002.
- _____, Los latinoamericanos y su percepción del Estado, Conferencia en la Universidad Federal de Paraíba, Brasil, marzo de 2004, 2004.
- Sebreli, Juan José, *El asedio a la modernidad: Crítica del relativismo cultural*, Barcelona, Ariel, 1992.
- (2000a) *Estado de la población mundial: Vivir juntos, en mundos separados. Hombres y mujeres en tiempos de cambio*, FNUAP, www.un.org
- _____, Millenium Declaration, Nueva York, A RES 55/2, 2000b.
- _____, Working from within. 9 cases: Brasil, Ghana, 2004a, Guatemala, India, Iran, Uganda, Yemen; www.un.org/unfpa, consulta julio de 2004.

- _____, Investing in People, National programme in implementing the ICPD (International Conference on Population and Development) Programme on Action, 2004b.
- Varga, Iván, To Live with Ambivalence, or Aren't We All Barbarians? A response to Asiz Al-Azmeh, *International Sociology*, vol. 16, núm. 1, 95-114, Londres, Sage, 2001.

BIOTECNOLOGÍA Y NORMAS JURÍDICAS

Encarna Roca

PREÁMBULO: EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

Desde que empezaron a aparecer los problemas relacionados con la intrusión en el cuerpo humano y las posibilidades de cambiar los sistemas de reproducción, no ha cesado de plantearse la cuestión de los límites de las tecnologías. El punto de partida de estas cuestiones puede colocarse en el nacimiento de Louise Brown y la preocupación que suscitó el uso de las técnicas de reproducción asistida, lo que originó lo que ya se había empezado a intuir, pero que a partir de aquel momento se desarrolló con mucha más fuerza: la que recibirá el nombre convencional de Bioética. Y dentro de la Bioética, la protección de la persona en el ámbito de la biotecnología ha sido, es y será un tema recurrente. Las generalizadas opiniones que se han manifestado en este problema coinciden, seguramente, en una conclusión: la Biotecnología, no sólo en lo que se refiere a la persona como tal, sino en los entornos de la naturaleza, tiene un límite, que cuando se centra en las actuaciones intrusivas en la persona, a través de nuevas técnicas biológicas, médicas, etc., es el del respeto de sus derechos fundamentales.

Esta afirmación, aceptable y aceptada de forma general, es sin embargo fuente de discusiones, porque también la técnica de los derechos fundamentales ofrece formas de protección diversas en intensidades y en efectividad: desde un sistema como el español, en

el que la lesión aparece protegida de forma directa con el recurso de amparo, con una técnica que obliga directamente a los jueces y tribunales (arts. 53.1 CE y 7 LOPJ), hasta sistemas en los que los derechos fundamentales no existen reconocidos de forma directa y cuya aplicación por los tribunales ofrece incluso dudas.

Por tanto y como una breve introducción al tema que trataré más adelante, debo decir que la protección de la persona parece patrimonio de diversos ámbitos de la cultura moderna y principalmente, la Bioética y el derecho. En cualquier caso, el derecho, puesto que el concepto de persona y las formas de protección se han arbitrado a través de normas jurídicas. Aunque éste tampoco es un planteamiento pacífico.

Pero antes de entrar a estudiar las soluciones que deben ofrecerse en el ámbito de su protección, creo necesario ofrecer un concepto de persona.

Se pone de relieve, con razón, que el concepto moderno de persona es el resultado de una evolución histórica. En su determinación influye todo el conjunto de doctrinas filosóficas, sea cual sea su punto de partida. La primera conclusión consistirá en la identificación entre *hombre y persona* y como corolario lógico se llegará a decir que *todos los hombres son personas*. A esta conclusión se llega con el Iluminismo en un intento, conseguido, de ampliar el concepto reservado a ciertas clases elegidas y obtener así la igualdad de todos los seres humanos.¹

En el ordenamiento jurídico español esta conclusión deriva de lo dispuesto en el art. 10.1 CE, que establece un concepto unitario de persona, con base en la descripción de una serie de cualidades que son "fundamento del orden político y de la paz social". De esta manera, el estado social y democrático de derecho consagrado en el art. 1.1 CE tiene como objetivo fundamental conseguir "el desarrollo de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás" (art. 10.1 CE).

En este planteamiento constitucional, el concepto jurídico de persona consiste en una cualidad abstracta y unitaria, que es tratada por

el derecho a través del mecanismo técnico de la *personalidad*, que no es otra cosa que aquel complejo de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al ser humano por el hecho de serlo. Por tanto, *personalidad*, significa *titularidad de derechos fundamentales*. Los derechos fundamentales serán así como el código genético de cada hombre, desde el punto de vista jurídico.²

O como afirman Díez Picazo-Gullón, hay que reconocer que desde el punto de vista jurídico, todo ser humano es persona, y que "la personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria", porque es una exigencia de la naturaleza y la dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer; sería contraria, de donde que "las normas jurídicas han de darse y aplicarse teniendo en cuenta "la dignidad del hombre como persona y sus atributos".³

Este es el concepto que usaré en este capítulo. Tomándolo como previo a lo que se dirá, hay que ver cuáles son las técnicas que pretenden una mejor protección de la persona frente a tecnologías. Seguramente, la conclusión será que los derechos fundamentales son los que sufren las agresiones y que a la vez, son el mecanismo de protección. A este complejo planteamiento pretende responder esta intervención.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO ELEMENTO DE PROTECCIÓN A LA PERSONA

El problema de la protección de la persona sólo puede decirse que tenga efectividad si se produce a través de normas jurídicas. Como afirma Casado, "la Bioética es más bien una cuestión político-jurídica que estrictamente ética: no basta con una decisión individual sobre cuál es la mejor manera de resolver los problemas, sino que es el conjunto de la sociedad quien debe tomar postura".⁴

¹ Este es, evidentemente, un concepto jurídico, por lo que aquí no se entra en las disquisiciones que la distinción entre viabilidad y feto nacido provocan en Valls Plana (2003), p. 206 y ss.

² Díez Picazo-Gullón Ballesteros, 2003, p. 213.

⁴ Casado, 1998, p. 115.

¹ Hattenhauer, 1987, p. 15.

Y es entonces cuando los problemas de interpretación se presentan para complicar aún más el panorama. Si todos están de acuerdo en considerar que sólo por medio de los derechos fundamentales se consigue la plena protección de la persona, la cuestión se centrará en saber cuándo, cómo y qué derechos van a ser los protagonistas en la protección frente a unos pretendidos e hipotéticos perjuicios derivados de la biotecnología. En este punto deberíamos tener en cuenta dos bloques de cuestiones:

- 1ª Hay que determinar cuáles son los derechos fundamentales implicados y cómo se resuelve, si la hay, la posible contradicción entre unos derechos, también fundamentales, que permiten la investigación (art. 20 CE) y la protección de la persona, entre cuyos mismos derechos se encuentra el de la libertad de investigación y conocimiento.
- 2ª La de determinar en qué momento deben ser efectivos los derechos fundamentales. Porque según sea la solución, la conclusión a que debe llegarse es que una etapa de lo que es común llamar "vida" aparece sin protección. Recuérdese cuál fue la solución del juez en el caso *Davis vs. Davis*: en definitiva, no se tuvo para nada en cuenta lo que podría constituir un derecho de unas hipotéticas y en todo caso, futuras personas.⁵

Éstos serán pues los grandes temas con que un investigador jurídico debe enfrentarse, teniendo en cuenta que como afirma Roméo Casabona, cuando nos enfrentamos con la Biotecnología, en general, hay varias generaciones de derechos humanos afectados, "e incluso, estarían dando lugar al nacimiento de una nueva generación, esta vez vinculada con las aportaciones más recientes de las ciencias".⁶

⁵ Según Valls Plana, p. 211, la distinción entre sujeto de derechos-persona y bien jurídico protegido, que se encuentra en la STC 53/1985 es un *invento* que hay que considerar "sabio", porque "resuelve un conflicto, como es obligación del derecho, pero no define moralidades" 2003.

⁶ Romero Casabona, 2002, p. 13.

a) Derechos fundamentales implicados en la protección de la persona en el ámbito de la biotecnología.

La determinación de los derechos fundamentales implicados en el riesgo que se abre con la utilización de las ciencias tributarias de la denominada biotecnología es ciertamente complejo. Entiendo que para simplificar la cuestión, debería estudiarse lo que significa el derecho a la salud y el derecho a la investigación, para considerar si en las conclusiones a que se llega, se puede observar o no una contradicción, en cuyo caso, deberá buscarse la regla que solucione el conflicto.

A semejanza de lo que ocurre en Constituciones de nuestro mismo tronco, el art. 10.1 CE coloca como fundamento del "orden jurídico y de la paz social", "los derechos inviolables" inherentes a la persona. ¿Qué debe entenderse por derechos *inviolables*? Si acogemos la tesis de Barile,⁷ habrá que considerar que son los que se consideran más esenciales; por ello, añade este autor, no pueden ni tan sólo ser violados por el propio legislador constitucional y son objeto de una garantía constitucional, que Barile califica como una especie de garantía de superconstitucionalidad. Aunque, y ello es lo que ocurre con el derecho a la salud, se reconoce que no todos los derechos enunciados en un texto constitucional gozan de la misma protección, es decir, *son igualmente inviolables*.

Si se parte del principio de respeto a la persona humana, contenido en el art. 10.1 CE, deberemos interpretar necesariamente el mencionado artículo para llegar a identificar cuál es el significado que tiene allí el respeto a la persona como derecho inviolable. Y ello partiendo de la idea básica según la cual los problemas de biotecnología parecen tener mayor relación con el derecho a la salud que con otros derechos, fundamentales o no, reconocidos en la CE. Aunque ya avanza que esta vía puede proporcionar un resultado perverso, dado el tratamiento que el derecho a la salud tiene en nuestro texto constitucional.

El principio general inviolable de respeto a la persona humana constituye un claro límite a la libertad de investigación. La finalidad

⁷ Barile, 1984, p. 53.

esencial de este principio estriba en la tutela del individuo contra todas aquellas actuaciones que pueden degradarlo a la categoría de objeto.⁸ Dado que cualquier actuación en materia biotecnológica es susceptible de representar un riesgo del tipo señalado anteriormente, la cuestión se centrará en si todas las consecuencias de una actuación en el ámbito de la biotecnología (desde el proyecto Genoma Humano, hasta el mantenimiento artificial de una vida privada de sentido), deben contar con el consentimiento o no de los sujetos afectados.

Si la conclusión es que todo individuo debe ser tratado como persona, la dignidad tutelada en el art. 10.1 CE no debe dejarse sólo al ámbito de normas éticas, sino que tiene un evidente contenido jurídico, como se verá en la tercera parte de este trabajo. Por tanto, creo que desde el punto de vista jurídico resulta un mal planteamiento enfrentar el derecho a la salud y el derecho a la investigación: los problemas de la biotecnología no pueden estar sometidos al derecho a la salud, que está regulado entre los derechos sociales (art. 43.1 CE) y, por tanto, no goza de la protección directa, mediante el recurso de amparo, que el art. 53.1 CE otorga a los derechos y libertades establecidos en el art. 14 y la sección 1ª del capítulo II CE. Encontrándose el derecho a la libertad de investigación en el art. 20.1.b) CE, éste tiene la consideración de derecho fundamental, frente a la salud, que sólo lo es social.

Por ello seguramente, la doctrina italiana ha considerado que el derecho a la salud es uno de los que forman la genética de los *derechos de la personalidad* y se considera que se ha producido una evolución de este derecho desde la categoría de los derechos sociales, a una aplicación más directa, entre particulares.⁹ Y por ello también Perlingieri se ve obligado a afirmar que la persona humana se proyecta en su unidad psico-física como un todo unitario subjetivo, de manera que es imposible separar el bien salud del completo valor *persona* y, por ello, este valor, es un aspecto inseparable de la persona humana, acabando con la opinión de que no parece que pueda compartirse la observación según la cual,

⁸ Chieffi, 1993, p. 159.

⁹ Montuschi, 1976, p. 164; Barile, 1984, p. 381.

la diversidad de los intereses fundamentales del hombre se traduce en una pluralidad de derechos fundamentales distintos por el contenido y por la regulación. El mismo interés a la salud inseparable del libre desarrollo de la personalidad, se puede obtener de formas distintas, asumiendo relevancia y configuraciones diversas, según se entienda como derecho a un servicio sanitario, a un medio ambiente limpio, a la integridad física o mental,

de donde deducirá el propio autor, que la salud es "un bien primario del hombre",¹⁰

Pero la Constitución española no resulta tan compleja como la italiana, puesto que frente a la libertad de "producción [...] científica y técnica", reconocida como derecho fundamental en tanto que libertad pública en el art. 20.1 b) C.E., el propio art. 20.4 C.E. establece que

estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título (y) en los preceptos de las leyes que los desarrollan,

de donde se deduce que las libertades de investigación científica y tecnológica y, en consecuencia, la biotecnología, no son absolutas. Independientemente de que éticamente puedan o no tener unos límites seguidos por el propio investigador o por las normas deontológicas de la organización a que pertenezca, claramente aparece este límite en los preceptos constitucionales: ningún avance tecnológico que provoque una invasión lesiva de algún derecho fundamental de los reconocidos en el entero Título Primero, que se titula "De los derechos y deberes fundamentales" puede ser amparado por un sistema basado en esta dignidad de la persona y el reconocimiento de los derechos que le son inherentes.

Creo, además, que la protección ofrecida por la Constitución es absoluta, porque al limitar este derecho, como derivado de la libertad de expresión, a los derechos fundamentales, lo que está diciendo es que el perjuicio que se produzca puede ser reclamado ante los tribunales, hasta llegar a permitir directamente el recurso de amparo por el perjudicado.

Sin embargo, la regulación del art. 10 CE no se libró de las críticas, porque, a diferencia de lo que ocurre en otras constituciones

¹⁰ Perlingieri, 1982, p. 1025.

européas, como la alemana o la suiza, en España el Tribunal Constitucional ha reiterado que la protección a la dignidad inviolable a la persona humana no se considera un derecho fundamental protegido con el mecanismo constitucional del recurso de amparo, sino que es un principio que informa los derechos básicos de la persona como tal.¹¹ lo que no ha evitado que algunas decisiones trascendentales, como la autorización para el cambio de la constancia del sexo en el registro civil del transexual operado se haya fundado en la protección y el respeto a la dignidad de acuerdo con el art. 10 CE.¹² La dignidad humana constituye, eso sí, el mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (STC 127/1990), lo que no evita que “en no pocas ocasiones se recurre a la dignidad humana, como argumento definitivo, sin profundizar más en el contenido de los intereses o bienes en conflicto, en cómo puede verse afectada en concreto la dignidad humana y cuál es su consecuencia jurídica”, de donde, “se convierte entonces en un argumento de autoridad pero vacío, opuesto al diálogo y con ello al logro de puntos de acuerdo”.¹³

Los autores que han reflexionado acerca de los límites de la libertad de investigación y sus relaciones con la dignidad de la persona han mantenido tres posiciones, que resume Romeo Casabona:¹⁴

i) la primera considera que la investigación no debe estar sometida a límite alguno, porque no es el conocimiento lo perjudicial, sino el uso que se hace del mismo; la protección del ser humano se dirige no a la investigación, sino a la utilización de sus resultados;

ii) la segunda consideraría que la investigación que puede producir un resultado que puede utilizarse contra los individuos debería estar prohibida porque es rechazable éticamente, y

iii) la tercera, que considera que la investigación como tal “no debe sufrir ningún tipo de limitaciones, pero sí es legítima la restricción o prohibición de determinados procedimientos o métodos de obten-

ción del conocimiento científico en la medida que involucren a los seres humanos”. Ciertamente, como continúa el propio autor, tanto la Declaración universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, como el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa se ocupan de delimitar el derecho a la investigación, en el sentido constitucional expresado ya en el art. 20.4 CE, de manera que determinadas técnicas, como las referidas a análisis genéticos o predictivos de enfermedades genéticas, sólo pueden hacerse con fines médicos y con el correspondiente consejo genético (art. 12 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa). Por ello pienso que estableciendo el art. 10.2 CE la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico español de acuerdo con los Tratados internacionales sobre materias relativas a Derechos Humanos de los que España es parte y habiendo sido ratificado este último Convenio por España, existe un elemento integrador del art. 20.4 CE y, por tanto, la conclusión sigue siendo que la libertad de investigación no es absoluta, sino que tiene el límite de los otros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

El recurso al argumento de la dignidad humana es una solución que puede ser perfectamente admitida en una sociedad plural. Pero hay que tener en cuenta también que existe una larga lista de declaraciones internacionales, que establecen principios en el ámbito de la biotecnología, que no sólo actúan como tales principios en lo que Romeo Casabona denomina *soft law*.¹⁵ Así ocurre con:

- a) *El Convenio para la protección de los Derechos humanos y la Dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y de la medicina*, de 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. En este convenio se proclama la *primacía del ser humano* (art. 2), en el que se proclama que “el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”. Esto lleva aparejada la necesidad de exigir el consentimiento fruto de la debida información para las intervenciones en el ser humano; por ello

¹¹ Montes, 1995, p. 254 y ss.

¹² Véase las SSTs del 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y la RDGIRN sobre inscripción del matrimonio de una persona transexual. La primera de dichas sentencias fue comentada en su día por Gordillo Cañas en CCJC, núm. 14, pp. 4736-4746.

¹³ Romeo Casabona, 2002, p. 23.

¹⁴ Romeo Casabona, 2003, pp. 161-163.

¹⁵ Romeo Casabona, 2002, p. 14.

el art. 5.1 establece que "una intervención en el ámbito de la salud sólo podrá efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento". La protección a la persona se consigue además, mediante la protección a la intimidad en lo relativo a las informaciones sobre la salud (art. 10); la prohibición de la discriminación por razón del genoma (art. 11); la protección general frente a la investigación científica, desarrollada en los artículos 15-18, y la prohibición de obtener beneficios con el propio cuerpo (arts. 21 y 22).

En un protocolo adicional, firmado en París el 12 de enero de 1998, se prohíbe "toda intervención que tenga por finalidad la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto" (art. 1.1) y se proclama que "no se autorizará ninguna excepción al presente protocolo" (art. 2). La finalidad de esta prohibición está claramente explicitada en las consideraciones que acompañan el texto articulado: se trata, en definitiva, de evitar la instrumentalización del ser humano "mediante la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos", que se considera "contraria a la dignidad humana y constituye un abuso de la biología y de la medicina".¹⁶

Otra vez la dignidad humana como razón para la prohibición de lo que se considera abusivo y perjudicial para la propia persona.

- b) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2000, introduce en el art. 3 un nuevo derecho, en el sentido a que se ha referido Romeo Casabona, que ahora se identifica con el nombre de *derecho a la integridad de la persona*. Después de proclamar el derecho a la integridad física y psíquica, se refiere concretamente a la medicina y la biotecnología y exige el respeto a los siguientes principios: i) el consentimiento libre e informado; ii) la prohibición de prácticas eugenésicas, "y en particular, las que tienen por finalidad la selección de las personas"; iii) la prohibición de obtener beneficios

económicos con partes del propio cuerpo, y iv) "la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos".

El análisis de Romeo Casabona¹⁷ sobre bienes emergentes en el ámbito del o relacionados con el genoma humano puede darse por reproducido en este punto. Este autor considera que en las sucesivas declaraciones internacionales sobre la materia *genoma humano*, que pueden extenderse a los otros problemas que surgen en la aplicación de técnicas de biotecnología, existen algunos valores que se repiten, como i) la necesidad de respetar al ser humano, como tal y por su pertenencia a la especie humana; ii) la responsabilidad cara a las generaciones futuras; iii) la protección de la identidad del ser humano; iv) el respeto a la autonomía y a la integridad física y mental, entre otros que cita. Se trata, por tanto, de concreciones muy específicas en el ámbito de la biotecnología y de las ciencias médicas en general, del principio de protección de la persona, que acaba concretándose y sale de la indefinición que comporta la cláusula general de protección.

Los límites de la investigación se encuentran, en efecto, no tanto en el derecho a la salud, sino en el derecho fundamental que sea lesionado como consecuencia de una actuación contraria al mismo.

Cierto es, sin embargo, que aunque pueda llegarse a la anterior objetivación, las bases ideológicas de una concreta sociedad no pueden dejar de estar presentes, incluso en la interpretación, que no reconocimiento, de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es Brazier¹⁸ quien pone de manifiesto que la tradición cristiana, presente en la sociedad occidental en sus diversas manifestaciones, ha fijado algunos puntos innegociables, que se traducen, a nivel positivo, en derechos fundamentales diversos. Estos puntos, según la autora, son:

- i) La inviolabilidad de la vida, considerada como la expresión de la libertad del individuo, que sin embargo debe ser contrapesada en algunos casos, como el derecho del feto a nacer y el de la madre a mantener su vida.

¹⁶ Comentarios a este convenio en Casado, 1998, pp. 131 y 135 y Romeo Casabona, 2001. *In totum*. También puede consultarse Hernández Plasencia, 2001, pp. 105-131 sobre la Declaración de la UNESCO relativa al genoma como patrimonio de la humanidad.

¹⁷ Romeo Casabona, 2002, pp. 18-21.

¹⁸ Brazier, 1992, pp. 29 y ss.

ii) La inviolabilidad de la vida tiene una diferente consideración en el caso de individuos que no tienen esperanza de seguir viviendo en condiciones mínimas dignas; en estos casos se plantea el dilema entre sacrificar la vida (eutanasia activa) o dejar morir (eutanasia pasiva).¹⁹

Pero estas cuestiones no se expresan después en un consenso generalizado sobre cómo deben interpretarse estos derechos y cómo deberán ponerse en práctica.

Llegados, pues, a este punto, podemos ya decir que el sistema de protección de los derechos fundamentales frente a cualquier intrusión externa tiene dos aspectos:

Uno activo: todos los derechos fundamentales son preferentes frente al ejercicio de uno de los aspectos de la libertad de expresión, que es el de la libertad de investigación científica y tecnológica, de acuerdo con el art. 20 CE.

— *Otro pasivo:* suponiendo que la lesión se ha producido, el investigador o técnico debe estar a las resultas de las reclamaciones y sanciones de que puede ser objeto.

De todas las maneras, la conclusión anterior no puede llevar al lector a la impresión de que lo que aquí se propugna es un individualismo exacerbado, que impida el progreso y cualquier evolución razonable de la ciencia y la biotecnología. Ciertamente es que las Constituciones que, como la española, contienen un catálogo de derechos fundamentales, superprotegidos a través del sistema del recurso de amparo, corren el riesgo de sufrir una interpretación de este tipo, que en cualquier caso, es perversa. Porque una conclusión exclusivamente individualista provocaría abusos, con reclamaciones de indemnizaciones abusivas. El mecanismo para evitarlos existe también a nivel constitucional. Y un buen ejemplo de ello es la STC 7/1994, de 7 de enero, que resolvió el problema de la negativa a efectuar las pruebas biológicas de paternidad frente a reclamaciones de filiación, con base en un derecho a la intimidad de la persona a quien se obligaba a ha-

¹⁹ Bazier, 1992, p. 35.

cerlas. El Tribunal Constitucional entiende que ni se infringe el derecho a la integridad física, porque las pruebas se realizan dentro de un proceso, ni se infringe tampoco el derecho a la intimidad

[...] cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación;

se niega que exista una vulneración de estos dos derechos fundamentales alegados por la parte que no quería efectuar las pruebas pertinentes, el Tribunal Constitucional considera que

[...] en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que en los juicios de filiación, prevalece el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado[...]. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad[...]

El razonamiento basado en el interés público de la protección de los menores, ante los que debe ceder un derecho fundamental, plantea dos clases de interrogantes:

i) El primero, si ésta puede considerarse una puerta abierta a la lesión de los derechos fundamentales, siendo así, que como ya se ha dicho, el art. 10.1 CE los considera inviolables. La respuesta es clara: ningún derecho fundamental es absoluto; no lo es ni el derecho a la vida, porque se admite la excepción de legítima defensa.

ii) El segundo, el de la arbitrariedad en la alegación de un derecho fundamental: el Tribunal Constitucional considera que la titularidad de un derecho fundamental no es una coartada para el incumplimiento de deberes también derivados de los derechos fundamentales de otros.

Y la respuesta a estos dos interrogantes me parece del todo aplicable a la cuestión que en este momento me ocupa: la titularidad de

un derecho fundamental a la libertad de investigación no es razón suficiente para justificar la lesión de los derechos fundamentales de los demás sujetos titulares de tales derechos. Pero tampoco puede ocurrir lo contrario, porque ningún derecho fundamental es absoluto frente a otro.

La efectividad del sistema requiere un consenso social, que puede, sí, basarse en normas éticas, que deben traducirse necesariamente en normas jurídicas, en cuanto que el único sistema imperativo para facilitar la convivencia es la norma jurídica. Y requiere también, una conciencia clara en la aplicación judicial, cuando el caso se plantee.

Ahora bien, en materias de biotecnología aparece un nuevo problema: la distinción que efectuó el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril, con base en el derecho fundamental y el bien jurídico protegido. Ésta es una cuestión que se tratará en el próximo apartado.

b) Momento en que deben ser efectivos los derechos fundamentales

Muy posiblemente esta cuestión debiera haberse estudiado antes de la discusión sobre los derechos fundamentales implicados en la biotecnología. Se ha iniciado, sin embargo, este trabajo, con una definición del concepto jurídico de persona, a la que se debe aplicar lo dicho hasta aquí. El problema que quiero plantear ahora es distinto, porque implica preguntar qué ocurre en aquellos estadios de la vida en los que aun no existe una persona jurídicamente hablando, pero en los que la utilización de una técnica biológica —manipulaciones genéticas, fecundación *in vitro*, proyecto Genoma, etc.— puede provocar consecuencias cuando el embrión se convierta en persona, es decir, nazca.

Los límites de la persona desde el punto de vista jurídico se centran en dos hechos físicos constatables de forma más o menos segura: el nacimiento y la muerte, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 29 C.e., que establece que “el nacimiento determina la personalidad” y el art. 32 C.e. que fija en la muerte el momento de su extinción. Por ello y con independencia de que biológicamente pueda

considerarse que existe vida a partir del momento en que se desarrollan las correspondientes células como consecuencia de la unión de los gametos masculino y femenino, la cuestión que se plantea a los juristas es si este hecho meramente biológico hasta este momento, tiene la trascendencia de fijar el inicio de la persona, de acuerdo con lo que dispone el art. 29 C.e. Las opiniones de los juristas dependen, evidentemente, de su ideología; pero como debemos fijar valores objetivos, creo interesante reproducir la opinión de Zatti²⁰ para quien el valor discriminatorio del nacimiento a los efectos de considerar o no persona al concebido no depende tanto de criterios biológicos, sino culturales y de organización social. La solución del problema en el derecho español deriva de los argumentos utilizados por la STC 53/1985, de 11 de abril, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la despenalización de determinados supuestos de aborto y que se ha confirmado en otras más recientes.

En la STC 53/1985, el TC se refiere a diferentes etapas biológicas del desarrollo del feto desde la concepción hasta el nacimiento.

[...] la vida del *nasciturus* en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional;

esta conclusión, sin embargo, no implica que el *nasciturus* sea titular de un derecho fundamental a la vida, sino que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia “es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución española”, porque como había ya afirmado la propia sentencia en el FJ 5, “el sentido jurídico del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución”, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional Español se colocaba así en la línea que había ya marcado en 1975 la Corte constitucional austriaca y en 1975

²⁰ Zatti, 1987, pp. 90-91 y 1989, p. 176.

la italiana, de manera que aun reconociéndose que el embrión es titular de un derecho inviolable a la vida considerado como un interés de la colectividad, se confronta con el derecho a la vida de la madre y por tanto, debe ser contrapesado con este último cuando se produce la situación de conflicto.

Pero ésta no ha sido la única ocasión en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión. En la STC 212/1996, de 19 de diciembre, sobre la constitucionalidad de determinados artículos de la ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, el Tribunal Constitucional declara que:

El artículo 15 CE en efecto reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que queda extender esta titularidad a los *nascituri*, añadiendo que "es de tener en cuenta, a este respecto, que, como ya se ha señalado en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico" constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE.

La STC 116/1999, sobre la constitucionalidad de la ley 35/1988 vuelve a señalar este concepto y así afirma que:

Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento jurídico constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional [...].

En España, por tanto, se sigue la línea del contrapeso entre un derecho fundamental existente, el de la madre y un interés jurídico protegido, el del embrión. Pero se sigue también de ahí que la dignidad debe protegerse en todos los supuestos. Por ello, reconocer la existencia de vida en la fase embrionaria, no equivale a otorgar al embrión la categoría de sujeto de derecho y, en consecuencia, el mismo estatuto del ya nacido. La cualidad de bien jurídicamente protegido que tiene la vida embrionaria permite una cierta protección en los estadios anteriores al nacimiento, pero no puede afirmarse que el embrión sea titular jurídico de un derecho fundamental, ya que sólo

el hecho físico del nacimiento determina la adquisición de la personalidad y, por tanto, la titularidad de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el punto de partida del tratamiento jurídico de la cuestión radica en la mencionada STC 35/1985, que aun reconociendo la existencia de vida biológica, establece un tratamiento distinto del embrión en relación con la persona ya nacida. Y ello aparece recogido en el tratamiento que las leyes 35/1988 y 42/1988 hacen de los tratamientos que pueden tener lugar sobre embriones vivos.

De esta manera se deducirán diversas normas, que responden al principio de tratamiento distinto antes enunciado:

i) la manipulación de un embrión vivo sólo puede tener dos finalidades: las de diagnóstico de determinadas enfermedades y las terapéuticas (arts. 12.1 y 13.1 ley 35/1988). En cualquier caso, todo tratamiento realizado sobre embriones y sobre *nascituri* debe perseguir siempre su bienestar.

ii) El concepto de bienestar aparece ligado con la forma en que las leyes españolas tratan el problema de la intervención en embriones: no nos hallamos ante una cuestión de sanidad pública, sino que será únicamente el particular en cada caso concreto, quien podrá decidir sobre la conveniencia o no de realizar el tratamiento. Nos hallamos, por tanto, en el ámbito de la libertad individual, derecho protegido constitucionalmente (art. 17 CE).

A continuación uno puede preguntarse sobre el concepto de *bienestar*, que aparece recogido como principio de actuación en las disposiciones de las leyes 35 y 42/1988. La idea de *bienestar* constituye uno de los conceptos abiertos que utiliza el legislador para permitir al intérprete la adaptación más ágil a los criterios propiciados por la conciencia social del tiempo en que las normas hayan de ser aplicadas (art. 3.1 C.e.) y que en una materia tan cambiante como la que nos ocupa, deben ser tenidos muy en cuenta. La utilización de cláusulas de este tipo tiene ventajas, pero también tiene graves riesgos y seguramente el más importante consiste en la posibilidad de la interpretación personal, que puede dar lugar a notables desviaciones de aquello que la conciencia social considera aceptable en el campo de la investigación genética en el momento de aplicación de la norma.

Señalado este riesgo, la única posibilidad de dotar de contenido el concepto abierto de *bienestar del nasciturus* debe basarse en la protección de la vida y la dignidad humana, tal como ha sido entendida en esta fase por el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 53/1985. O como se afirma en la misma sentencia y se acepta en las dos posteriores que he citado antes,

Los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 212/1996).

De modo que

la protección implica, con carácter general, para el Estado, el cumplimiento de una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales. Éste es, en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos de la ley 35/1988, que se impugnaba (STC 116/1999).

Los medios de que goza la organización política para conseguir estas finalidades se encuentran en las normas prohibitivas de determinadas manipulaciones, que examinaremos en el siguiente apartado. Quede aquí como concepto básico la necesidad de identificar los conceptos de bienestar del *nasciturus* con el de dignidad de la persona: esta suma es de capital importancia para dilucidar si determinadas experimentaciones y/o manipulaciones puede resultar acogidas por el ordenamiento jurídico, a pesar de las posibilidades científicas.

Pero resulta evidente que la protección debe partir de unos determinados requisitos y básicamente, que el embrión esté vivo y que las actuaciones que puedan producirse tengan como finalidad el derecho

a la salud, que formá parte del concepto de dignidad, puesto que es un elemento básico para propiciar el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el art. 10.1 CE. La vida, posible o probable, es el límite a partir del cual se permitirán o no determinadas manipulaciones.

La exigencia de *que el embrión esté vivo o que sea clínicamente viable* es el punto clave de la cuestión, porque la razón de ser de la protección es el objeto, es decir, el bien jurídico protegido *vida*, dado que nos encontramos en una de las fases del proceso descrito por el Tribunal Constitucional en la ya aludida sentencia 212/1996. Sólo la existencia de *vida* en el sentido biológico del concepto, obliga a tomar determinadas medidas que puede considerarse que forman parte del que podría calificarse como *estatuto jurídico del embrión*. Así se reconoce en la STC 212/1996, que al pronunciarse sobre el sujeto de protección bajo las disposiciones reguladoras del derecho a la vida, se pronuncia sobre el concepto de "embrión viable", de modo que

un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter, cuando menos no viable de dichos embriones y fetos humanos. "Viable" es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como "capaz de vivir". Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como "no viable" hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una "persona" en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos "un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto" (el art. 15 CE) "fundamento constitucional" (STC 53/1985, FJ 5º) [...] La Ley parte por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión "no viables" que nunca van a "nacer", en el sentido de llevar una propia "vida independiente de la madre" (STC 53/1985, FJ 5º).²¹

Ello obliga a *que las manipulaciones a que se someta el embrión tengan por objeto procurar su salud* y, por tanto, los arts. 12, 13 y

²¹ Y lo mismo en la disposición final primera de la ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, al regular el destino de los preembriones criopreservados, de acuerdo con la ley anterior.

15 de la ley 35/1988 responden al anterior planteamiento, que será completado con el art. 16 de la misma ley, que fija las posibles técnicas utilizables.

Un ser vivo humano y el embrión lo es, está incluido en la protección constitucional a la salud que ofrece el art. 43 CE. El derecho a la salud, pues, entra dentro del complejo de situaciones jurídicas que el Estado debe garantizar al bien jurídico protegido, que en este caso es el embrión.

Por tanto, creo importante hacer notar una idea que se deriva como conclusión lógica de lo dicho hasta aquí:

No es correcto limitar el estudio de la protección frente a la biotecnología a las personas nacidas. Y tampoco lo es limitarlo a los casos en que hay vida, aunque no se ha producido el nacimiento. Utilizar la técnica de los derechos fundamentales haría que sólo los nacidos pudieran ser sujetos de la protección acordada por el ordenamiento constitucional, porque sólo ellos son titulares de los mencionados derechos fundamentales. Si se quiere ampliar el ámbito de protección, la única forma es acordar un estatuto jurídico a los no nacidos, basado no tanto en que son personas, que no lo son jurídicamente, sino en que el estado en que se encuentra el desarrollo es merecedor del respeto que está de acuerdo con la dignidad humana. Y por ello debe acordarse una protección específica, no igual, porque no puede tratarse de la misma forma situaciones distintas.

II. ¿NECESIDAD DE NORMAS JURIDICAS?

Entramos así en la última parte de esta intervención: la persona debe ser objeto de protección con base en la técnica de los derechos fundamentales, frente a cualquier intrusión que pueda provocar un perjuicio directo e incluso frente a aquellas técnicas que puedan considerarse provocadoras de un riesgo que la sociedad no está dispuesta a asumir, porque pueden provocar graves perjuicios.

¿Qué papel juega el derecho? ¿Debe recurrirse a la ley? ¿Son suficientes las técnicas basadas en la protección y puesta en vigencia de los derechos fundamentales?

De entrada debo decir que la discusión carece de fundamento en los sistemas continentales, en los que funciona la técnica de la legis-

lación positiva y no se deja ningún margen al juez para crear derecho, lo que debe llevarnos a reflexionar sobre el papel que debe cumplir el derecho en las decisiones relacionadas con los crecientes problemas que la biotecnología está planteando ya y que planteará más agudamente en el futuro.

La pregunta clave es la siguiente: ¿cómo puede un jurista que se ocupa fundamentalmente o casi exclusivamente del derecho positivo, enfrentarse con unas consecuencias jurídicas que aún no están determinadas? El derecho, los juristas, trabajamos con un material muy concreto, la ley, el derecho positivo y, dejando aparte una serie de declaraciones internacionales a las que ya se ha aludido en este trabajo, y que aparecen incorporadas en el derecho español por medio del mecanismo de la ratificación, lo cierto es que no existe una normativa interna lo suficientemente amplia como para permitirnos el ejercicio típico del jurista: la interpretación del texto con las consecuencias correctas para su aplicación posterior. La problemática que se nos plantea y cuya respuesta se espera de nosotros tiene dos aspectos muy claros: el primero consiste en la necesidad de proponer una metodología jurídica que sea capaz de ofrecer criterios para el tratamiento de los problemas que se plantean. Fijense que no hablo de *solucionar el problema*, sino de tener unas pautas para poder llegar a ello. El segundo aspecto es más profundo y en él no se puede hablar más que a título personal: ¿es necesario que los juristas intervengan? ¿Para qué debe servir nuestra intervención? o mejor, ¿qué se espera de nosotros? Intentaré dar una respuesta a estos dos interrogantes, advirtiéndole que todo lo que yo opino está tan sujeto a revisión como lo que opina cualquier otra persona, porque no estamos haciendo un ejercicio de interpretación de una norma vigente, que es aquello para lo que estamos entrenados, sino sólo una especulación sobre unas cuestiones huérfanas de regulación.

a) ¿Cuál es el método más adecuado para el tratamiento de los problemas derivados de la biotecnología?

Si examinamos las Declaraciones internacionales a que me he referido hasta este momento y las interpretaciones que sobre las

mismas se han pronunciado, llegamos a una conclusión bastante aceptada: la metodología con que se afronta la solución del problema consiste en la implementación de los derechos humanos, ya sea explicitando unos derechos hasta el momento no identificados, como ocurre con el consentimiento informado, ya sea aplicando aquellos que se hallan positivizados a las situaciones que genera la biotecnología, del tipo que sea. Ciertamente también, algunas veces se *juridifican* principios éticos y las decisiones de los Tribunales los utilizan como principios generales del derecho. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la ampliación del concepto de *dignidad humana* en los Tribunales españoles, tal como ya se ha visto.

Pero la técnica de los Derechos Humanos, aunque en este momento sea la única de posible utilización para la solución de los conflictos que se plantean, tiene a su vez bastantes inconvenientes, que voy a tratar de explicar:

1º Ningún derecho fundamental es absoluto, sino que tiene su límite en el derecho fundamental de los otros sujetos implicados. Ello ocurre, como hemos visto, con la libertad de investigación. Pero es que además, la interpretación puede llevar a problemas dramáticos: ciertamente todos basamos nuestros razonamientos en la protección de la dignidad humana, pero ¿la misma dignidad puede llevar a permitir que se mantengan enfermedades que eliminan esta dignidad? Y por ello, ¿qué debemos hacer cuando identificamos una de estas enfermedades? La despenalización de determinados supuestos de aborto, concretamente en el caso de que existan graves malformaciones del feto, nos puede permitir llegar a una respuesta aceptable: es la misma protección de la dignidad humana la que permite este tipo de intervención. Pero el interrogante sigue abierto, porque el feto no es persona titular de derechos fundamentales y, por tanto la solución que he apuntado sólo sirve parcialmente, ya que entonces, ¿por qué no la eutanasia activa? Dejo a cada uno con su respuesta.

2º La libertad de investigación, como ya se ha visto, es un derecho fundamental. Pero no es absoluto. Tiene sus límites en los otros derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional. Y si lo enfrentamos con la dignidad humana, surgen pre-

guntas de difícil respuesta: ¿es digno crear un bebé para salvar a su hermano con las células del cordón umbilical? Porque hay que tener en cuenta que el nuevo nacido no es un objeto, es una persona como el otro hermano.

3º Los mismos derechos fundamentales no tienen estabilidad. Actualmente se están deduciendo de los derechos reconocidos otros derechos que tanto pueden ser considerados como autónomos y, por ello, con características propias e independientes del derecho de donde han surgido, como puede tratarse de definiciones del núcleo del fundamental implicado, de modo que no se trate de un derecho *nuevo*, sino de una nueva definición de su contenido.²² Aunque en la actualidad se habla del papel dinámico de los derechos humanos y se considera que “en relación con las Ciencias Biomédicas se verían afectadas varias generaciones de derechos humanos e, incluso, estarían dando lugar al nacimiento de una nueva generación”,²³ esta misma inestabilidad provoca la consiguiente inseguridad. Pongamos un ejemplo: como ya hemos visto, la Carta europea incluye el principio del consentimiento informado como derivado de la dignidad humana y como derecho relacionado con la autonomía del individuo (léase, libertad). ¿Es éste un derecho fundamental, o es una concreción del propio derecho a la libertad? Porque si vamos haciendo una lista de derechos, corremos el riesgo de dejarnos uno. O de que surja la pregunta que los técnicos más temen: ¿qué hacemos en el caso de que el problema no esté previsto porque aun nadie haya *identificado* el derecho fundamental correspondiente?

4º Los individuos son los titulares de los derechos fundamentales. La metodología que se está utilizando nos sirve, pues, en los casos en que la persona esté implicada individualmente en un problema biotecnológico: reproducción asistida, inseminación *post mortem*, etc. Pero en muchos casos, la cuestión de las aplicaciones de técnicas de biotecnología se convierte en un problema colectivo, de masa, en el que todos están afectados. Piénsese en el

²² Véase lo que ocurre, por ejemplo, con la libertad de procreación, Romeo Casabona, 2002, p. 21.

²³ Romeo Casabona, 2002, p. 13.

caso de los transgénicos o de enfermedades provocadas por el mal uso de técnicas de biotecnología como el supuesto de las *vacas locas*. ¿Cuáles son en este caso los derechos humanos en el conflicto concreto?

- 5º Finalmente, en algunas decisiones resulta muy difícil identificar los derechos humanos implicados. Por ejemplo, la prohibición de clonación humana reproductiva, o la prohibición de comerciar con el propio cuerpo se hacen derivar de la protección de la dignidad humana. Pero se trata de una prohibición general, que no puede encontrar ningún derecho humano individual implicado, porque si llegara a nacer un ser humano como consecuencia de una clonación, sería persona desde el punto de vista jurídico desde su nacimiento, con independencia de la legalidad del proceso que provocara su nacimiento. Y desde aquel momento sería titular de los derechos fundamentales. ¿Podría interponer acciones de protección? ¿Frente a quién y por qué?²⁴

La conclusión a la que llego es que cuando utilizamos la técnica de los derechos humanos, no lo hacemos para solucionar un conflicto entre personas o entre estas personas y la Administración. Éste es el campo normal del derecho y aquí no se cumplen estas premisas, porque el conflicto que implica a un derecho fundamental se plantea en relación con pre-concepciones filosóficas, sociales, religiosas, etc. que han venido informando las decisiones del Poder Legislativo y la solución de conflictos por el Poder Judicial, cuando este conflicto se ha planteado en los tribunales.

b) ¿Es necesaria la intervención del derecho?

Lo anterior dejaba en el aire una pregunta implícita: ¿la Bioética genera un nuevo concepto de derecho? La respuesta quizá es sí. Veamos.

En el siglo XIX las leyes tuvieron como objetivo la efectividad de unos derechos que preocupaban a filósofos de variada ideología: así,

²⁴ Una breve reflexión sobre este problema en Roca Trias, 1999, pp. 50-52.

la implementación de los principios de igualdad y libertad o la posibilidad de acceder a los procesos en condiciones de igualdad. En definitiva, el concepto mismo de persona. El siglo XIX, a partir del Código de Napoleón en 1804, va a tener como objetivo central crear un concepto jurídico nuevo, la persona, a la que se va a dotar jurídicamente de una serie de mecanismos para su propia defensa. El final del siglo XX abre unas perspectivas distintas, porque reconocido que la persona es el centro del ordenamiento jurídico y la razón fundamental de su existencia, la pregunta que todos se hacen a continuación es cómo resolver aquellos conflictos que la afectan y que giran en torno a la supervivencia misma de la raza humana en su concepción actual, es decir, desde un punto de vista que podríamos definir como *estático*, sin tener en cuenta que los propios humanos se han encargado de transformar la naturaleza desde el inicio de los tiempos.²⁵ Las reclamaciones sobre medio ambiente y ahora en materia de biotecnología así lo demuestran.

CONCLUSIÓN

¿Hasta qué punto el legislador, que crea derecho y es el único que democráticamente está habilitado para ello, puede intervenir en temas de biotecnología? La respuesta parece clara: en tanto que esta actividad humana lesione derechos fundamentales de los individuos. Por ello debe afirmarse que en un sistema como el continental la única garantía del ciudadano es que exista una normativa lo suficientemente amplia, que no detallada, que aplicando y desarrollando las disposiciones constitucionales reconocedoras de los derechos fundamentales, le proporcione los mecanismos de protección frente a las actitudes extralimitadas. Pero hay que reconocer que la materia que debería ser objeto de regulación es muy lábil y muy compleja y que las razones de las normas finalmente, no dejan de ser morales, con los problemas que ello plantea, debido a los condicionamientos reli-

²⁵ Así opina, con buen criterio, Valls Plana, 2003, p. 129.

giosos que, lo queramos o no, están presentes en la creación de estas reglas.

Por tanto, los argumentos fundamentales de la Bioética son extrajurídicos. Y no son jurídicos porque: *i*) no hay leyes; *ii*) porque la ley no puede construir una ética de las conductas científicas, y *iii*) porque la ley tiene como finalidad esencial dar criterios para la solución de conflictos y aquí se trata fundamentalmente de identificar derechos.

Pero a la vez, repito que existe una cierta tendencia a utilizar valores éticos como si fueran principios generales del derecho y que, por ello mismo, acaban siéndolo.

Llegados a este punto, sólo pueden existir dos tipos de conclusiones: una es muy pesimista: el derecho es incapaz de resolver el problema; las normas jurídicas, por su lentitud y por su rigidez y falta de capacidad de adaptación rápida a las cambiantes circunstancias, no pueden ser el medio apto para resolver el tema. Debemos caer entonces en manos de moralistas y éticos, individuales o en comisiones *ad hoc*, que irán abriendo camino en los casos difíciles. Mal panorama.

La otra conclusión no es mucho más optimista, pero ofrece un camino posible: la forma de protección de los derechos fundamentales de los individuos sólo puede ser efectiva por medio de normas jurídicas. Puedo admitir la crítica que hace Cayla²⁶ a la lentitud de las soluciones jurídicas; puedo admitir también que esta lentitud provoca el crecimiento de los intereses del mercado, pero considero que como mínimo, en España, ninguna comisión de Bioética, ni ningún sistema de normas deontológicas puede tener la potencia suficiente para evitar que puedan aplicarse jurídicamente los derechos fundamentales. Éstos no sólo son un tema judicial: deben aplicarse en todas y cada una de las situaciones en las que los individuos puedan encontrarse: será judicial la reclamación que se haga cuando no se hayan respetado. Por ello pienso que la sociedad dispone de un arsenal de dispositivos, que pasan por las regulaciones legales, bajo la forma del derecho penal, de las autorizaciones administrativas y de las sanciones en los casos de incumplimiento, que van a propor-

cionar el marco legal de la protección de los derechos de las personas. Pero estos árboles no pueden hacernos perder de vista el bosque donde se encuentran: la titularidad de los derechos fundamentales, que son los que permiten la protección de la persona.

Por mucho que cueste identificarlos.

²⁶ Cayla, 1994, p.

6. Deberá existir un responsable de la seguridad del sistema informático y control de acceso por los usuarios. Únicamente podrán acceder los usuarios autorizados por el responsable del estudio.
 7. Se debe asegurar que la información sea accesible según los criterios determinados en el protocolo del estudio, sobre todo en los sistemas de multiusuarios.
 8. La base de datos resultante deberá declararse a la Agencia de Protección de los Datos siguiendo la normativa vigente.
- ♦ La protección de la confidencialidad en la fase de la publicación de los resultados:
 1. Se deberá preservar el anonimato de los sujetos en las publicaciones de los resultados.
 2. Cuando los resultados se presenten agregados en tablas, éstos no deben permitir deducir la identidad de una comunidad o grupo.

BIOÉTICA, MEDIO AMBIENTE Y DERECHO

María Jesús Montoro Chiner

INTRODUCCIÓN

Como ya escribimos hace casi diez años, el artículo 45 de la Constitución española de 1978 muestra la recepción de la preocupación medioambiental, tendencia del constitucionalismo más reciente. La proclamación del derecho al medio ambiente, del deber de conservarlo, dirigida a todos los ciudadanos y a los poderes públicos, marca el interés del Constituyente por la dimensión ecológica de todos los recursos que hacen posible la vida humana. En especial, la obligación de los poderes públicos de velar por los recursos naturales es expresión de un mandato constitucional dirigido a velar, conservar y restaurar el medio ambiente, con medidas positivas y también, con medidas represivas.

La Constitución española proclama el derecho al medio ambiente en el capítulo relativo a los derechos de los ciudadanos, como principio rector que informará la legislación y la jurisprudencia. No concibe la Constitución el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental en sentido estricto, pues su exclusión del grupo de los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución impide su protección por la vía del recurso de

amparo constitucional. Con todo, no siendo el derecho al medio ambiente un derecho fundamental, sí puede tener su proyección sobre derechos fundamentales en sentido estricto, como son el derecho a la vida, a la integridad física y el derecho a la intimidad, reconocidos en los artículos 15 y 18 de la Constitución.

De lo anterior se deduce que el derecho al medio ambiente no se concibe como derecho subjetivo en sentido tradicional, sino que, con mayor corrección, la Constitución lo sitúa como un derecho para la colectividad, al tratarse de un derecho individual al uso y disfrute de bienes de la biosfera (aguas, aire, naturaleza) cuya titularidad es de todos.

Entrado el tercer milenio, el ciudadano tendrá mucho que agradecer a los tratadistas que, con sus posiciones maximalistas y casi visionarias, alrededor de 1970, comenzaron a proponerse la construcción del derecho al medio ambiente. Entre todos, quiero destacar al profesor Ramón Martín Mateo, a quien se deben las primeras aportaciones doctrinales sobre el medio ambiente en España. Sin embargo, alejándome de posiciones extremas –la naturaleza como sujeto de derecho o de concepciones personalistas –los humanos como sujetos de derecho – la elaboración del derecho al medio ambiente, como derecho de tercera generación, entiendo que es la que posibilita la pervivencia en el tiempo de los restantes derechos (sociales o de segunda generación) y de personalidad o individuales (también llamados de primera generación), y acentúa su carácter solidario a la vez que sirve para garantizar su transmisión a las futuras generaciones; su sustentabilidad.

Un análisis de la dogmática recaída sobre el artículo 45 de la Constitución nos muestra, sin embargo, la amplitud y el alcance expansivo del referido precepto. En el momento en que se refiere el precepto al “desarrollo de la persona” y a la “calidad de vida”, permite darle a su expresión una lectura distinta, incluso una interpretación distinta a la de otros preceptos del mismo capítulo tercero de la Constitución que proclaman derechos. No podemos desvincular expresiones como “desarrollo de la persona” y “calidad de vida” de otros conceptos como protección de los consumidores, protección de la salud, protección de los usuarios, calidad y seguridad en el trabajo y, en general, salud humana, que son aquellos que ponen en conexión el medio

ambiente con tantas otras disciplinas afines, como puede ser la Bioética. Hoy en día nadie se explica la regulación del régimen de los productos transgénicos desvinculada de la salud humana y, por supuesto, del medio ambiente. Hoy en día nadie se explica el análisis del régimen de las aguas o del régimen de los vertidos desvinculado de la salud humana, de la higiene, de la explotación del recurso y de su mantenimiento y, por supuesto, de las connotaciones sociales que puede llevar una política de recursos hidráulicos.

Por esa razón, se emprende este texto analizando la relación Bioética-medio ambiente-derecho tras haber reposado aquellas ideas incipientes dos lustros y, llegando a la conclusión de que las connotaciones entre la Bioética y el régimen jurídico del medio ambiente son cada vez más estrechas y, posiblemente, tan intensas como ya nos imaginábamos.

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: MÁS ALLÁ DEL DERECHO SUBJETIVO. EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO

El derecho al medio ambiente ha sido concebido por numerosos autores como derecho subjetivo, derecho humano, derecho fundamental, principio rector, derecho colectivo. En alguna ocasión hemos calificado el derecho al medio ambiente como el derecho de los mil nombres puesto que despierta en torno a sí un interés científico inigualable. Es cierto que el derecho al medio ambiente ha roto los muros doctrinales que separaban el Derecho público y el Derecho privado; ha originado transformaciones en el seno del Derecho administrativo; y en la actualidad, la construcción del derecho al medio ambiente se analiza, entre otros, desde el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho civil, el Derecho mercantil, el Derecho financiero, y también desde la filosofía del Derecho.

Es cierto que las características del derecho a los bienes ambientales y a los recursos naturales acentúan su naturaleza colectiva, su uso y disfrute colectivo más que su apropiación jurídica; ello acrecienta la obligación de los poderes públicos de velar incansablemente por el uso racional de los recursos mediante decisiones legislativas.

eficientemente ejecutadas por las Administraciones responsables. Por esa razón entiendo que una vía de aproximación al derecho al medio ambiente es la del mandato constitucional que atribuye a los poderes públicos su protección. Siendo con ello importante la construcción del derecho subjetivo al medio ambiente, no creo que haya razón para abandonar o dejar de resaltar la categoría del derecho al medio ambiente como mandato constitucional.

Ahora bien, la interdependencia entre el derecho al medio ambiente y otros derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad, en la medida en que la falta de protección de lo ambiental pueda originar una lesión de derechos fundamentales, nos abre la vía a estimar su ámbito expansivo, especialmente tras el asunto López Ostra (TEDH 9 de diciembre de 1994), seguido del asunto Guerra (ETDH 19 de febrero de 1998).

Por otra parte, la necesaria simbiosis entre el desarrollo económico y el medio ambiente nos lleva a justificar las connotaciones entre desarrollo sostenible, desarrollo económico y medio ambiente. Todo lo anterior se advierte no como un deseo articulable en el plano de la filosofía del Derecho sino desde el Derecho positivo; bien al contrario. El artículo 174, en la versión consolidada del Tratado de la Comunidad Europea, encabeza las políticas de medio ambiente no sólo mediante la conservación y protección de la mejora de la calidad del medio ambiente, sino también mediante el objetivo de alcanzar la protección de la salud de las personas, además de la utilización prudente y racional de los recursos naturales. El medio ambiente y el desarrollo sostenible ya desde el Tratado de la Unión Europea formaba parte del preámbulo del texto en el que aquel Tratado se apoyaba, advirtiendo estar "decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y el fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente...". He ahí las bases jurídicas que han operado casi transformaciones materiales en las constituciones de los países miembros de la Unión Europea.

Además, el artículo 37 de la (todavía no en vigor) Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, establece que las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio del

desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y mejora de su calidad; está incluido este precepto en el capítulo cuarto de la Carta, intitulado *Derechos de solidaridad*. En el momento en el que la Carta de derechos fundamentales que formará parte de la Constitución europea encuentre su vigencia, el medio ambiente y el desarrollo sostenible dejan de estar aislados y se transforman en las metas del crecimiento global de Europa basadas en las libertades de circulación de mercancías de personas y capitales, dentro de la creación de mercado interior, y en la visión europea de la cooperación de los ciudadanos, junto con los poderes públicos, y con la base del principio de subsidiariedad.

Las reglas de Derecho anteriormente citadas, volviendo ya a la Constitución española y a su artículo 45, nos permiten calificar el derecho al medio ambiente entre los principios informadores de la política social y económica, habiendo pues de desentrañar qué clase de derecho otorga la expresión ahí contenida. La vocación finalista del artículo 45 y la interdependencia entre el medio ambiente y otros derechos ha permitido derivar de su contenido un derecho más amplio que otros derechos del mismo capítulo, que ha de estar presente en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes, vinculando al legislador por la fuerza del artículo 45 de la Norma fundamental. Y así se ha producido, en el desarrollo legislativo de los diversos sectores o subsectores ambientales, aunque no siempre con orden o con lógica, pero ha dado cobertura a un derecho que, aparte de poder estar contenido en un precepto de la Constitución, es aplicable y alegable ante los Tribunales ordinarios, aunque no otorgue de por sí un derecho subjetivo, desde la Constitución, según la expresión del artículo 53.3 de la Norma fundamental. Son las normas ambientales las que formulan y dan contenido a lo proclamado en el artículo 45 de la Constitución; y son esas normas las que darán efectividad a un derecho de naturaleza colectiva.

Al ser el bien jurídico protegido por el artículo 45 un bien de naturaleza colectiva, su protección puede instrumentarse a través de la acción pública, cuya finalidad es la de velar por los intereses colectivos no individuales, sino difusos; en términos actuales, de grupo, sobre bienes de uso o goce colectivo.

Se ha calificado el derecho al medio ambiente como derecho constitucional no autónomo ni fundamental, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal constitucional en la que el Tribunal califica las diversas intensidades de protección de los derechos reconocidos en la Constitución, advirtiendo que esta categoría-terminología no es nueva (STC 161/1987). El artículo 45 impone que la acción para hacer valer este derecho se pueda atribuir a todos los sujetos. Y así, por reflejo, lo ha señalado el Tribunal constitucional en su sentencia 62/1983, cuando tempranamente advertía que si el bien jurídico protegido por la Norma puede ser atribuido a la colectividad, la acción popular es un derecho fundamental cubierto por el artículo 24 de la Constitución. Por esa razón, se entiende que el derecho al medio ambiente proclamado en el artículo 45 de la Constitución es un derecho de naturaleza reaccional; el legislador ha de procurar que la defensa del derecho al medio ambiente esté atribuida correcta y ordenadamente de manera que, a través de la debida información ambiental, de las políticas educacionales ambientales, y de los derechos objetivos que las leyes señalan (y de su transformación a partir de ellas en derechos subjetivos), la defensa reaccional del medio ambiente quede suficientemente garantizada.

**UN AVANCE JURISPRUDENCIAL NOTABLE:
EL RUIDO VULNERA LOS DERECHOS A LA
INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL,
A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y A LA
INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR**

Los Tribunales, en especial la jurisprudencia contencioso-administrativa, inicialmente, rechazaba que las molestias ocasionadas por la actividad ruidosa pudieran caber en los derechos constitucionales, es decir, en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15, 18.1 y 18.2 de la Constitución. A pesar de que la Constitución, en su artículo 10.2, entiende que los derechos fundamentales han de ser interpretados a la luz del artículo 8.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la jurisprudencia inicialmente se manifestó

contraria a entender que el ruido podía afectar al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, tras las sentencias ya mencionadas, caso López Ostra contra el Reino de España, y caso Guerra y otros contra Italia, al que ahora habría de añadirse el denominado caso Hatton, de 2 de octubre de 2001, se ha producido una interpretación tendente a dicha protección por parte del Tribunal constitucional.

Es cierto que nuestro Tribunal constitucional hubiera podido llegar a la conclusión a la que llega a partir del año 2001 algunos años antes, ya que la interpretación que efectúa de la lesión de los derechos fundamentales se deriva exactamente de la Constitución. Pero también es cierto que la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos ha sido el catalizador que ha revuelto, por no decir de otra forma, y ha obligado a interpretar, de acuerdo con su doctrina, toda posible vulneración de los derechos fundamentales. Así, el Tribunal constitucional ha entendido, en su sentencia 119/2001, de 24 de mayo, que "[...] cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE)". En efecto, si bien es cierto que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual ponga en peligro grave o inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15.

También, respecto del artículo 18 de la Constitución y la protección del derecho a la intimidad, el Tribunal advierte que "una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables o insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental, a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario en la medida que impidan o dificulten gravemente el desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida". El Tribunal constitucional en su decisión, que por cierto, desestima la pretensión aunque vierta la doctrina progresista que aquí se

analiza, debido a que el solicitante de amparo no acreditaba la existencia de la violación sufrida, aplica el artículo 10.2 de la Constitución, que le obliga a interpretar los derechos fundamentales conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y, en especial, sobre jurisprudencia vertida en materia de contaminación acústica.

El último de los casos del Tribunal de Estrasburgo, en la sentencia de 2 de octubre de 2001, caso Hatton y otros contra el Reino Unido, se condena a indemnizar a la Administración por los daños causados por el aumento de ruido del tráfico aéreo nocturno en el aeropuerto de Heathrow. Determinante ha sido esta decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando ya existía jurisprudencia anterior desde 1990, como es el caso Powel y Rayner contra el Reino Unido.

Curiosamente, desde el Derecho español, la protección contra el ruido ha sido siempre deficitariamente regulada, ya que no ha sido hasta el año 2003 cuando ha existido una Ley general de protección contra el ruido, si bien numerosas comunidades autónomas habían producido ya normas para regular este sector. Sobre ello volveremos luego.

LA CALIDAD DE VIDA COMO VALOR

El artículo 45 de la Constitución proyecta la tutela del medio ambiente hacia la calidad de vida. También el preámbulo de la Carta Magna proclama la voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. De la mano del progreso aparece en el texto constitucional la calidad de vida que, sin formar parte de los valores superiores del ordenamiento, constituye un valor que adquiere su importancia en relación con los derechos de la persona, pues el libre desarrollo de la personalidad adquiere su sustancialidad cuando el orden constitucional crea un compromiso social al servicio de aquélla. Calidad de vida es un valor que aparece en el texto constitucional como un valor que ha de alcanzarse a través del progreso. A costa del progreso no se sos-

tiene la calidad de vida que la Constitución exige; a costa de la calidad de vida no se legitima el progreso.

Esta afirmación se apoya, también, en los límites del Derecho ambiental que se encuentran en los valores que la Constitución consagra. Allí donde no se declara una proclamación ecológica de las funciones estatales, no hay por qué superponer los valores ecológicos a los restantes valores constitucionales. Por esa razón, cuando la Constitución prescribe la observancia de unos valores asegurando otros, el exacto equilibrio de ambos representa el compromiso adquirido por una colectividad y por un Estado.

A nuestro juicio, la Constitución española contiene un buen número de preceptos que aseguran y hacen efectiva la calidad de vida. El derecho a la protección de la salud (artículo 43); al medio ambiente (artículo 45); a la vivienda (artículo 47); a la defensa de los consumidores (artículo 51); a la conservación del patrimonio cultural y con ella, la visión estética del pasado para su preservación hacia el futuro (artículo 46); al uso racional del suelo (artículo 47). En muchos otros principios rectores se aseguran las condiciones de calidad de vida, aunque con mayor fuerza resaltan los derechos relacionados con la garantía de las condiciones en las que el individuo se proyecta en su esfera interior: intimidad, domicilio (artículo 18), éstos concebidos como derechos fundamentales. También la economía y las infraestructuras que giran en torno al progreso pueden proyectar su influencia hacia una mejor o peor calidad de vida.

La calidad de vida puede formar parte de las condiciones en que ha de desenvolverse el individuo para aspirar a que se reconozca su dignidad humana (artículo 10.1 de la Constitución) que, sin duda, se ha categorizado como valor constitucional trascendente. Por ello, puede defenderse que desde la Constitución se tenía ya en cuenta el capital natural de los recursos, su disfrute racional por los individuos para asegurar su calidad de vida, su consecuente compatibilidad con el progreso y con el crecimiento, con el objetivo de salvaguardar la solidaridad intergeneracional; y como consecuencia, en cada decisión normativa, el legislador ha de ponderar cómo se protegen ambos bienes constitucionales, desarrollo y medio ambiente, decidiendo cuál de los dos ha de ceder a favor del otro en el caso concreto y extremo.

Con base en estas consideraciones, cabría plantearse la necesidad de positivizar el valor calidad de vida, dándole un significado concreto: sólo así pueden evitarse decisiones políticas o actos de ejecución fundados en consideraciones exclusivamente éticas o ecológicas; pues las primeras, siempre necesarias, pueden plantear la calidad de vida como una lucha por la supervivencia, y las segundas, podrían terminar subvirtiendo los bienes constitucionales que se encuentran instalados en una visión cultural antropocéntrica.

Los valores reconocidos por la Constitución han de inspirar los derechos proclamados por ella misma y favorecer a su interpretación según la unidad de la Constitución misma; no hay derechos aislados en el círculo de un sistema jurídico. El medio ambiente afecta a los contenidos de algunos derechos fundamentales, pero ni el más perfecto derecho fundamental, el derecho a la vida, se conforma a través de derechos medioambientales (aire, agua) como necesario para el desarrollo de la vida humana. Aunque éstos no pueden despreciarse ya que su deterioro a niveles extremos afecta a la vida, a la integridad o a la intimidad y, en este caso, más que ir contra la calidad de vida, la agresión ambiental podría lesionar derechos fundamentales, tal como aconteció en el caso López Ostra y ya puso de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal determinó la obligación del Estado de proteger los derechos de las personas, y evitar las injerencias directas buscando el interés particular del individuo y de la sociedad en su conjunto. Eso no es otra cosa que positivizar la calidad de vida.

Vayamos ahora a la relación entre la calidad de vida y el desarrollo sostenible. Este último se escribe desde el Derecho, la Sociología y la Economía, pero no es éste el lugar para establecer un análisis en profundidad del mismo. Bastaría destacar que el principio del desarrollo sostenible, o mejor dicho, el megaprincipio del desarrollo sostenible, ha originado repercusiones en el mundo de la Economía y del Derecho. En el fondo, ha originado una revolución ambiental larvada en cada uno de los últimos decenios. Estaríamos dispuestos a entender que el artículo 45 de la Constitución complementa el derecho al medio ambiente reconociendo el progreso y la calidad de vida, mediante la utilización racional de los recursos naturales. Por ello, está contemplando un desarrollo basado en los derechos cons-

titucionales que hacen efectivo el progreso económico, y reconociendo, a la vez, el derecho de propiedad, sometido a la función social y a la libertad de empresa, y a cuantos otros componen los elementos del progreso. El desarrollo sostenible es desarrollo racional, de acuerdo con la renovación posible de los recursos y de acuerdo con su mantenimiento y preservación. El deber de conservar el medio ambiente, correlato al derecho a disfrutarlo, representa la solidaridad intergeneracional. Lo que se preserva se mantiene. Y de manera notable, el deber de conservación se impone a los particulares y a los poderes públicos respecto de los recursos naturales, que no coinciden exactamente con el medio ambiente, concepto éste más amplio que engloba todos los sistemas y sus interacciones, pero sin los cuales no es posible un medio que sustente la vida humana. El deber de conservación intertemporal se extiende, en lo material, hasta el deber de restauración, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva, que es el concepto que puede asimilarse a la solidaridad intergeneracional; la población se renueva constantemente, los seres humanos se suceden en el tiempo.

Podría dar lugar también la protección proclamada en el artículo 45 a una consideración de las futuras generaciones, con lo que se completaría el marco de los requisitos que exige el desarrollo sostenible. Entiendo que la garantía del derecho individual queda suficientemente perfilada y actualizada para quienes en el momento histórico son titulares del derecho; y la protección de las futuras generaciones queda garantizada mediante, y a través, del deber de conservación y del uso racional de los recursos. Convierte a particulares y a poderes públicos en responsables de la continuidad del crecimiento, no de forma inmediata, sino a través de la ponderación y el uso racional de los recursos naturales.

Ahora bien, las tecnologías de la información han constituido una revolución del conocimiento en la sociedad moderna; las ciencias de la vida y la biotecnología están representando una revolución todavía mayor, puesto que han dado lugar al nacimiento de nuevas disciplinas científicas y aplicaciones innovadoras a las que la sociedad debe enfrentarse. La medicina, la agricultura, la protección del medio ambiente y la producción alimenticia, entre otras, son objeto de constantes decisiones procedentes de los poderes legislativos, de las

Administraciones públicas y de privados, que han de ser adoptadas de manera responsable, con conocimiento de la materia, pero sin conocimiento absoluto de sus repercusiones. Si efectuamos la relación entre biomedicina, producción y circulación de productos alimentarios, políticas agrícolas, etc. observamos que cada vez es más difícil estudiar cada uno de estos sectores sin establecer las repercusiones entre unos y otros.

Por las anteriores razones, es imposible desvincular la calidad de vida como valor de todas las actividades sociales o humanas que el desarrollo científico y tecnológico ha propiciado. Entender que la producción de productos transgénicos o la alimentación de la ganadería o el abono de la agricultura se desvincula de la salud humana o del medio ambiente es difícil. En el proceso completo de la cadena y en aras de medir la seguridad o la aproximación a la seguridad en la calidad de vida, se alza el principio de cautela, principio rector o jurídico reconocido también en el Tratado de la Comunidad Europea, en concreto, en su artículo 174.3.

Las definiciones del principio de cautela no son homogéneas. El legislador se encuentra ante la incertidumbre de las consecuencias exactas de determinada actividad, proceso o técnica, pero ello no debe servir de pretexto para no ejercitar ciertas acciones ni para dejar de adoptar las medidas que eviten el deterioro del medio. Es un principio jurídico, como dicen algunos, un principio filosófico o moral, como dicen otros; en mi opinión, *el principio de cautela es el nuevo molde de la seguridad jurídica, que permite elegir entre diversas medidas la adopción de las de cautela, de orden y contenido diverso*. El principio de cautela, o su función, es equiparable a la función del principio de seguridad jurídica en el tiempo moderno. Hay autores que señalan que el principio de cautela es una regla de Derecho, una regla jurídica con un valor y un alcance propios. Es un valor jurídico obligatorio en cuanto se encuentra en el actual artículo 174.3 del Tratado de Roma, derivado del antiguo 130.R en la versión del Tratado de Maastricht. Lo importante es que el principio de cautela se utiliza más allá del Derecho ambiental, ya que, como se sabe, la salud, la seguridad alimentaria, las libertades públicas, la defensa nacional, los accidentes colectivos, o las catástrofes naturales son materias que se gestionan a la vista de tal principio.

La consagración del principio de cautela se produjo en la Conferencia de Río sobre el medio ambiente, en 1992 (Principio 15); aunque en el Tratado de Roma sólo se menciona explícitamente en el ámbito del medio ambiente, su alcance es mayor. Abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio, la salud humana, animal o vegetal, pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido (Comunicación de la Comisión sobre el principio de cautela, 2000).

Cabría preguntarse *si la cautela es la certeza en tiempos de incertidumbre; o la seguridad en periodos de inseguridad*. En las materias que rodean la salud humana, el medio ambiente y la seguridad alimentaria, entre otras, la seguridad jurídica o tiene que hacerse depender del principio de cautela o puede hacerse derivar del principio de cautela.

Se habla también de la teoría o del criterio del riesgo probable. Concepto introducido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se asemeja al principio de precaución, especialmente tenido en cuenta en la crisis de las vacas locas, y que negó en varias ocasiones la suspensión de las medidas impuestas por la Comisión. Así, el Auto de 12 de julio de 1996 y el de 13 de julio de 1996. (TPI "[...]habida cuenta de las circunstancias del presente caso, que se caracterizan por la gravedad y amplitud del riesgo probable, la urgencia de la complejidad de la evaluación de sus múltiples aspectos, tanto sanitarios como económicos y sociales [...]reconociendo a la Comisión [...]una amplia facultad de apreciación para adoptar las medidas apropiadas necesarias"). También durante la crisis de las vacas locas, el TJCE dictó la Sentencia Reino Unido/Comisión, de 5 de mayo de 1998, y la Sentencia National Farmers Union, de 5 de mayo de 1998. El TJCE hace referencia a los principios de cautela y acción preventiva del artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad europea. Se basa en varios argumentos, entre ellos la proporcionalidad, por su falta, la desviación de poder, la infracción del principio de libertad de circulación. Estima que la medida de la Comisión no se había alejado de los límites y objetivos comunitarios, ante la incertidumbre de los

riesgos ocasionados por la crisis de las vacas locas; las instituciones pueden adoptar, siempre que tengan dudas sobre la existencia o alcance de los riesgos para las personas y su salud, las medidas de protección necesarias sin necesidad de esperar a que se manifieste plenamente la realidad y la gravedad de los riesgos. Más recientemente, la STJCE, de 11 de septiembre de 2002 introduce el concepto de error manifiesto de la evaluación de los riesgos, en relación con las normas que autorizaban la utilización de antibióticos como aditivos en la alimentación animal.

Hoy nadie desconoce que las plantas son recursos de la naturaleza; pero las plantas modificadas genéticamente son productos de la biotecnología alimentaria que pueden originar productos de gran interés humano, y a la vez pueden producir aditivos frecuentemente utilizados también en la industria alimentaria. Nos preguntamos hasta dónde llega el interés de erradicar el hambre en el mundo, la productividad agrícola, la alimentación racional, la persistencia de algunas especies, e incluso, de quién y cómo se decide de acuerdo con el estado de la ciencia si ésta es la mejor fórmula para conseguir el objetivo propuesto. También puede uno preguntarse cuál es la posición del jurista ante las técnicas de los organismos modificados genéticamente: ¿son productos industriales?, ¿son métodos para la lucha contra la degradación y la contaminación ambiental?, ¿forman parte del desarrollo sostenible?, ¿son importantes o no sus riesgos sanitarios? En otro plano, podremos preguntarnos si se justifican también los órganos y tejidos para trasplantar de manera más segura y sin rechazo, etcétera.

Para acabar de ilustrarlo, podemos plantearnos en las concatenaciones de lo medioambiental y lo transformado genéticamente, a quién le corresponde evaluar los riesgos de la producción de transgénicos y sus repercusiones en el medio ambiente. Por supuesto que a la ciencia, a comisiones científicas o a comités que informen en el proceso de autorización; a partir de ahí, y de la composición de las comisiones científicas, tenemos ya a la vista la perfecta relación entre recursos naturales y Bioética, ya que excusado es decir que en todos los comités científicos y a cualquier nivel, entre los técnicos propiamente dichos y los juristas, aparece, sin lugar a dudas, algún exper-

to que pueda valorar las decisiones, los riesgos y las repercusiones desde el plano de la ética o de la Bioética.

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO AMBIENTAL

Por su carácter finalista y corrector, tendencialmente dirigido a mejorar las condiciones de vida, el derecho al medio ambiente se compone de un sistema de normas cuyas reglas contienen unas peculiaridades notorias, en muchas ocasiones debido a la forma de producción en cascada en que se originan. Emanan de la Unión Europea, del legislador estatal, del legislador autonómico y de los entes locales con autonomía garantizada constitucionalmente. Las normas medioambientales son, en ocasiones, normas de mínimos: a nivel europeo, las normas medioambientales sostienen mínimos mejorables por los Estados miembros; a nivel interno, también las reglas que el legislador estatal dicta, básicas sobre el medio ambiente, pueden ser superadas o mejoradas por las de las Comunidades autónomas a través de la imposición de condiciones más estrictas.

Por otra parte, las normas medioambientales regulan conductas dirigiéndolas a la consecución de estándares de calidad, de optimización, de valores, etc. Por ello, son normas excesivamente tecnificadas, para cuya aplicación se precisan juicios técnicos, de experiencia, etc.; las constantes remisiones al estado de la ciencia y a sus avances, requieren a sus aplicadores una formación distinta a la del jurista tradicional, acostumbrado a que la norma, aun entrañando programas políticos, ha traducido ya tales dictados en reglas jurídicas. El peligro de desplazar el juicio del jurista por el del experto o el del técnico se origina en muchas ocasiones, especialmente, cuando las reglas otorgan un amplio nivel de discrecionalidad al aplicador. Lo dicho para la interpretación de las normas sirve para la imposición también de las medidas correctoras.

Las notas expuestas revelan que las normas medioambientales son normas fugaces que deben modificarse al paso que la dinámica social requiere mayores condicionamientos medioambientales. Por otra parte, los diferentes sectores de protección ambiental, y los numerosos agentes contaminantes que los amenazan, fuerzan a los poderes

públicos a promulgar normas de diverso valor, cuya proliferación empaña la transparencia del Derecho en algunos casos, y en otros, origina faltas de coordinación en la tutela de los diferentes sectores, que corren el riesgo de quedar debilitados respecto de la protección que el ordenamiento ha de otorgarles. La excesiva compartimentación de los sectores que componen la protección ambiental puede resultar lesiva para el medio. Si las normas sobre aguas, sobre atmósfera, sobre naturaleza o sobre costas o ruidos no contemplan la interacción entre los diversos sectores, la aplicación del Derecho puede obstaculizarse o, simplemente, resultar ineficaz por la excesiva dificultad burocrática que entraña.

Pese a todo lo anterior el medio ambiente es un fin constitucional y una responsabilidad colectiva. Del artículo 45 se desprende, en el momento actual, una preocupación por lo ambiental anclada en el sistema de derechos y deberes que coincide con lo que el Constituyente concibió.

Como fin constitucional y, probablemente, como derecho al uso de unos bienes de los que se derivan ventajas ambientales, el medio ambiente es difícil de definir si el camino para su definición parte de la enumeración y del contenido positivo de los elementos a que el medio ambiente puede extenderse. Pero si el medio ambiente se define como bien constitucional que posibilita la existencia de los seres sobre un conjunto de elementos de la naturaleza, se están asentando las bases para la solidaridad intergeneracional que el tratamiento de los bienes ambientales reclama. Por esa razón, las medidas ambientales a nivel de Ley, o a nivel de medidas de rango inferior a la Ley, han de adoptarse en congruencia a los fines perseguidos, sin que sean desproporcionadas o ineficaces por irracionales. La planificación ambiental, la planificación urbanística o cualquier otro tipo de planificación como la de infraestructuras, ha de establecer las determinaciones sobre los usos del suelo; han de determinar la compatibilidad entre los usos del suelo y las grandes infraestructuras; han de determinar la compatibilidad entre las grandes infraestructuras y la protección de los recursos naturales, especialmente de aquellos protegidos ya mediante algún tipo de planificación ambiental o declaración; ha de procurarse, sin embargo, que todo este conglomerado de normas, actos de planificación y actos de ejecución, no se contra-

digán entre sí, de manera que las dificultades o ejecución conduzcan necesariamente a la pasividad, tanto de los particulares como de los poderes públicos.

En un plano completamente distinto hay que resaltar que la convencionalmente denominada legislación ambiental, no contiene la totalidad de las reglas con valor jurídico que regulan el medio ambiente. La creciente complejidad de la sociedad ha conducido, además, a que el Estado permita que los propios individuos que están capacitados de un conocimiento especializado, puedan intervenir a través de su potencial normativo, y a través de procedimientos consensuados, en el establecimiento de un tipo de normas que crecen paralelas a las auténticas normas emanadas del Poder Legislativo; existen sectores en los que la sociedad ha producido reglas paralelas a las auténticamente legislativas que no pueden ignorarse cuando se habla de seguridad jurídica, ya que en ocasiones se trata de un ordenamiento paralelo aplicable a productos, procesos o tecnologías que mueven ámbitos económicos en los procesos productivos y, por tanto, relacionados con el medio ambiente. Este tipo de reglas poseen un mayor nivel de aceptación aun cuando su contenido sea exclusivamente técnico-económico, que las reglas jurídicas emanadas del Legislativo, circunstancia ésta que puede llevar a pensar si la sociedad, a través de procesos de autorregulación, de creación de normas técnicas o, incluso a través de la suscripción de convenios ambientales, podrá desplazar en un futuro la capacidad normativa del Estado.

Las denominadas autoridades reguladoras independientes, el fenómeno de la autorregulación y el fenómeno de las denominadas normas técnicas tiene una considerable relevancia en todos los sectores relacionados con el Derecho ambiental. Cada vez más existen organismos que utilizan como instrumentos normativos códigos éticos de conducta, normas técnicas, manuales de buenas prácticas y protocolos o procedimientos normalizados de trabajo. Tan sólo por poner un ejemplo, las normas y especificaciones técnicas de cumplimiento voluntario son elaboradas por privados u organizaciones conocidas a nivel nacional o internacional; disciplinan buena parte de procesos en la industria y el medio ambiente, ya que fijan estándares y objetivos de calidad con métodos de evaluación de análisis o de resulta-

dos, al igual que determinarán los requisitos de homologación en el comercio de determinados productos. Los residuos transgénicos, productos que originan gases y aquellos otros que vierten a las aguas, por no hablar del mundo de la seguridad alimentaria, prácticamente regulados en la forma en que aquí se anuncia. Desde la contaminación electromagnética, la evaluación de riesgos en productos agrícolas transformados genéticamente, los aditivos y todo aquello destinado a la alimentación humana, las técnicas jurídicas de la evaluación, la homologación y la acreditación, superan con creces las reglas tradicionales dictadas por el legislativo.

APROXIMACIÓN AL ORDEN COMPETENCIAL EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

Con la adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas se transfirió el ejercicio de competencias en materia de medio ambiente. Estas son ejercidas ahora por la Unión Europea. En el plano interno cabe distinguir la gestión del medio ambiente que corresponde a las Comunidades autónomas y a los entes locales, y sólo excepcionalmente al Estado, como en el caso de las costas en razón de su titularidad, de la producción de normas medioambientales. La legislación a nivel de Ley y de Reglamento están atribuidas al Estado y a las Comunidades autónomas de manera concurrente.

Si bien en los momentos iniciales la competencia en materia de medio ambiente de las Comunidades autónomas era distinta entre ellas mismas, por lo cual situaba a los legisladores autonómicos diferentes frente al Estado, a partir de 1992 se ha producido una uniformización virtual de las competencias en materia de medio ambiente. Prácticamente cabe señalar que las Comunidades autónomas poseen competencias ambientales de manera uniforme entre sí y, por tanto, que son iguales frente al Estado para la realización de sus políticas ambientales. Aunque lo anterior merece matices que, por su extensión, exceden del ámbito de este trabajo, hay que reconocer que la uniformización virtual de las competencias medioambientales de las Comunidades autónomas ha favorecido los intereses de los particulares y, por supuesto, ha favorecido la práctica salvaguarda inte-

gral del medio ambiente. Ahora bien, teniendo en cuenta que el título medio ambiente no es el único título a esgrimir para la defensa de todos los sectores que acoge la expresión medio ambiente, puede llegarse a la conclusión de que los títulos sanidad, agricultura, alimentación, ocio, infraestructuras, etc. y ello por señalar sólo unos cuantos, establecen matices que son aquellos que permiten señalar que pese a la uniformización virtual de competencias ambientales no todas las Comunidades autónomas poseen igual ámbito competencia en la materia.

Corresponde al legislador estatal dictar la legislación básica sobre medio ambiente (artículo 149.1.23 CE). Se entiende por legislación básica aquella que posee la característica de fijar normas mínimas de protección, no cumpliendo con una función de uniformidad relativa sino a través de una ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo, pero que permiten a las Comunidades autónomas establecer niveles de protección más altos. Lo básico hace posible una política global del medio ambiente, haciendo viable la solidaridad colectiva y garantizando su disfrute para todos, así como el deber de conservación en régimen de igualdad. La legislación básica comprende tanto las normas con rango de Ley como las disposiciones reglamentarias y, en situaciones de excepcionalidad, también los actos de mera ejecución (Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1995).

Corresponde también al legislador estatal la adopción de normas con relevancia medioambiental cuando el artículo 149.1 de la Constitución reserva al Estado tal competencia, como en el caso de la legislación civil, penal, sanidad, procedimiento administrativo común; esta última, de especial trascendencia para la regulación del régimen jurídico de las técnicas ambientales (planificación, autorizaciones, sanciones, evaluación de impacto, etc.).

Corresponde a las Comunidades autónomas dictar las reglas adicionales de protección que permiten incidir sobre sus recursos, territorialmente contemplados, y realizar políticas propias. Estas se manifiestan en la declaración de espacios naturales, de zonas de especial protección, de reservas naturales, tanto en el continente como en las zonas costeras, y la incidencia sobre el territorio a través de

las normas que afectan a la emisión y a la reducción de focos contaminantes.

Dicho lo anterior, habría que establecer el matiz, por ejemplo, en materia de aguas, puesto que las competencias de las Comunidades autónomas se revelan distintas en el supuesto de poseer o no cuencas propias.

Corresponde a los entes que componen la Administración local el ejercicio de funciones de gestión medioambiental en el término de su jurisdicción, así como el ejercicio de competencias normativas, específicamente por los entes que poseen autonomía declarada constitucionalmente (artículo 84.1 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local). La extensión e intensidad de la legislación estatal y autonómica, tanto de régimen local como sectorial, establecen los límites. Las ordenanzas locales, en función del número de habitantes, pueden regular el control sanitario de las actividades, el control preventivo de las mismas, con independencia de las autorizaciones, la imposición de las medidas correctoras de vigilancia, inspección, etc. En algunos sectores medioambientales, como por ejemplo, la contaminación acústica, por tratarse de desarrollo de normas conformadas por vectores, poseen los municipios una amplia competencia; en materia de residuos la competencia de los municipios alcanza no sólo a la urbanización de sus servicios, sino también a la gestión de los residuos objetivamente conceptuados como urbanos. Por último, a través del planeamiento, los municipios pueden reservar suelo para las distintas actividades industriales, o para actividades relacionadas con operaciones medioambientales sobre agentes contaminantes.

Todo el catálogo de competencias referido ha de ponerse en relación con el Derecho comunitario, pues la extensión de las normas europeas, según su intensidad, desplazará al legislador estatal y, en parte, al autonómico, si la Directiva o el Reglamento han agotado el ámbito esencial de regulación al que puede denominarse básico. En efecto, en sectores como los ruidos, la definición de los mismos, la forma de su tratamiento, gestión, etc. ha sido regulada con tanto casuismo y detalle por los órganos europeos que deja escaso margen de actuación tanto al legislador estatal como al autonómico. En ámbitos como protección de la atmósfera y ruido, las reglas de calidad

y parámetros de tolerancia forjados por la normativa europea son ejecutados casi en su totalidad por los municipios.

Un ejemplo práctico nos aclarará este nivel competencial, ya que debe entenderse que la noción de lo básico ha sido interpretada de manera formal o de manera material. Por tanto, no cabe siempre esperar que la legislación autonómica haya esperado a que el legislador estatal se expresara formalmente sobre las bases de la legislación que, posteriormente, pudieran desarrollar las Comunidades autónomas. Podemos poner el ejemplo de la contaminación acústica. Ya se ha dicho que la norma estatal reguladora de la materia ha surgido en el año 2003. Pues bien, con anterioridad a ello, en la Comunidad de Galicia se había dictado la Ley 7/1997, de protección contra la contaminación acústica, y Cataluña había promulgado la Ley 16/2002, también de protección contra la contaminación acústica, e igualmente, la Comunidad valenciana había promulgado su propia Ley el 3 de diciembre de 2002. Como es sabido, la materia del ruido constituyó una preocupación ya del segundo programa de acción en materia de medio ambiente de la Unión Europea; y la Directiva 2002/99/CE de 25 de junio de 2002, regulaba la evaluación y gestión del ruido ambiental.

En otro orden de cosas, en materia de ruido, los municipios tienen la obligación de intervenir en el control de las actividades ruidosas. Precisamente, por el título competencial que les otorga la Ley reguladora de las bases de régimen local en materia de protección del medio ambiente y salubridad pública, además de las reglas que se deducen de la Ley 14/1986, general de sanidad; y, por supuesto, de la Ley 16/2003, reguladora del control integral de la contaminación, que a su vez trae causa de la Directiva Europea de Control integral de la contaminación 61/96.

Numerosos municipios han dictado ordenanzas municipales de protección del ruido y han puesto en marcha un servicio de control de actividades ruidosas.

No es de extrañar el ámbito competencial de los municipios en medio ambiente a la luz del principio que domina el Derecho europeo: principio de subsidiariedad. Este principio constituye el respeto de las identidades nacionales de los Estados miembros y salvaguarda sus atribuciones, y tiene por finalidad que las decisiones dentro

de la Unión Europea se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos. Mediante el principio de subsidiariedad se evita la excesiva concentración de poder en el ámbito de intervención de las autoridades comunitarias; pero también se evita la excesiva concentración de poder en los órganos centrales de los Estados miembros. Completa lo anterior los dictados de la Carta Europea de Autonomía Local en la que se consagra tal principio. El principio de subsidiariedad tiene la consideración de principio general del derecho comunitario y, por tanto, se proyecta en el ordenamiento español de régimen local. Lo anterior, no en el plano de los meros principios, sino en el marco de la Unión Europea es una comunidad jurídica democrática de Derecho. Ni qué decir tiene que este principio podría forzar a redefinir la atribución de las competencias de gestión de las Comunidades autónomas especialmente en materia de medio ambiente, favoreciendo por proximidad, a las instancias locales en el ejercicio de tales competencias. Merece aclaración el hecho de que el contenido esencial mínimo de la autonomía local, es decir, de los entes con autonomía constitucional intergarantizada significa la necesidad de decidir en el ámbito de materias que afectan a sus intereses, autodeterminación de las opciones públicas y, por supuesto, reserva de Ley en cuanto a su garantía.

Como tema de actualidad podemos hacer referencia a la potestad de los entes locales para dictar ordenanzas municipales reguladores de instalaciones de radiocomunicación. La instalación de antenas ha producido alarma social y ha ejercido presión ante las Administraciones públicas debido a la duda de su inocuidad o de la nocividad de las mismas. Aunque en principio los municipios pueden ordenar las instalaciones de radiocomunicación y el emplazamiento de las antenas y repetidores, según la Ley de régimen local generales y, en especial, la Ley General de Sanidad, el Estado posee competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones. Una pugna jurídica que ha llevado a los Tribunales a numerosísimos municipios nos hace distinguir entre la ordenación de los aspectos estructurales de las instalaciones y la ordenación del emplazamiento de las mismas. La regulación estatal debe limitarse al procedimiento de determinación de niveles de emisión radioeléctrica tolerables, que no pongan en peligro la salud pública, y por tanto, los criterios de las prohibicio-

nes categóricas en las zonas donde éstas no pueden emplazarse. Algunos municipios, sin embargo, han establecido la obligación de introducir mejores tecnologías disponibles para atenuar o minimizar el impacto ambiental de las instalaciones, puesto que, en principio, pueden proteger la salud del medio ambiente y la utilización del espacio urbano. Lo que no pueden es establecer reglas desproporcionadas al amparo de la protección de los bienes jurídicos anteriormente citados que perturben o sean onerosas para la libertad de empresa, el derecho de propiedad, los servicios de telecomunicaciones, la seguridad, etc.

Pero, quizá, donde resulta más notoria la distribución de competencias en la cascada normativa y en los cuatro ámbitos referidos: europeo, estatal, autonómico y local, sea en la materia de protección de fauna silvestre y parques. Es conocido que la regulación europea se contiene en la Directiva 79/409, modificada en varias ocasiones. El legislador español estatal traduce los sistemas de protección en la Ley 8/1989, de conservación de espacios naturales de la flora y la fauna silvestres. La casi totalidad de las Comunidades autónomas han dictado normas de protección y de declaración de parques y el establecimiento de catálogos de especies propias protegidas. Con excepción de las categorías que obran en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas cuya redacción compete en exclusiva al Estado, las normas autonómicas, al igual que el Estado, han traspuesto, por lo general, de manera deficiente las directivas relativas a aves silvestres. Pues bien, a través del planeamiento urbanístico, y mediante ordenanzas municipales, numerosísimos municipios han mejorado las áreas de protección a través del uso racional de sus políticas urbanísticas.

En resumen, el Derecho comunitario es la base de toda la distribución competencial, incluso del alcance de la competencia normativa autonómica. Bien se trate de directivas comunitarias, bien se trate de reglamentos.

Desde la Constitución española, los artículos 148 y 149, en especial las reglas de los mismos en donde se plasman las competencias estatales y autonómicas en materia de medio ambiente, son siempre títulos competenciales que recaen sobre materias relacionadas con la protección del medio ambiente: marisqueo, pesca en aguas interio-

res, acuicultura, caza y pesca fluvial, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias: son reglas específicas con independencia de la regla genérica sobre medio ambiente del artículo 149.1.23 de la Constitución. En numerosas ocasiones, el Tribunal constitucional ha decidido la competencia estatal o autonómica en materia de medio ambiente, utilizando el criterio de la prevalencia de ciertos títulos que pueden condicionar o limitar el ejercicio de otras competencias cuando concurren sobre un mismo objeto de regulación. La extensión de la materia a diversas Comunidades autónomas, es decir, la calidad supraautonómica o el interés general atrae la competencia a favor del Estado. Y siempre que dentro de los sectores ambientales exista un título específico respecto del genérico de medio ambiente, se atribuye la competencia al que ostenta la más específica.

LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La función pública ambiental exige adecuar a las políticas legislativas de cualquier naturaleza y sobre cualquier sector, a la perspectiva ambiental. De una forma transversal, la acción de evaluar el impacto ambiental mide las repercusiones de las obras o proyectos en el territorio a partir de la variable o de la clave ambiental.

Como se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998,

entre los varios modelos posibles que existen para transponer la Directiva 85/337/CEE, el legislador estatal ha elegido establecer que la evaluación de impacto ambiental se formule en dos momentos sucesivos: en un primer momento, un órgano ambiental distinto del órgano competente para aprobar o autorizar el proyecto, debe emitir una declaración de impacto ambiental; en un segundo momento, el órgano con competencia sustantiva sobre el proyecto decide si conviene realizar la obra, instalación o actividad, y, en caso afirmativo, fija las condiciones en que aquélla deba realizarse para salvaguardar el medio ambiente y los recursos naturales. En caso de discrepancia entre el órgano ambiental y el órgano competente sobre el proyecto, decide el Consejo de Ministros[...].

La declaración de impacto ambiental exige la realización de un estudio de impacto, elaborado por técnicos especializados, en el que se describan los objetos previsibles sobre la población, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el paisaje y la salud humana, además del patrimonio histórico-artístico y arqueológico y las repercusiones acústicas; en el estudio han de formularse las posibles alternativas al proyecto y las medidas que se estimen para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos, así como elaborarse el correspondiente programa de vigilancia ambiental.

En la declaración de impacto ambiental en modo alguno se han de incluir consideraciones de oportunidad sobre la realización de las actuaciones, ni esta técnica tiene por finalidad el ponderar aspectos de carácter estrictamente técnico o financiero de los proyectos. Su único fin es el de prevenir daños al medio ambiente, motivados por obras, proyectos o instalaciones.

El objetivo de la declaración de impacto ambiental es compatibilizar progreso y calidad de vida. Una finalidad como ésta sólo puede ser perseguida a través de la aplicación de los principios de proporcionalidad y de compensación, como elementos esenciales a tener en cuenta para hacer compatibles ambos aspectos. El principio de proporcionalidad se alza como principio rector de las políticas ambientales, ya que la protección del medio ambiente tiene su propia determinación, finalidad y vinculación con el desarrollo sostenible; por ello, toda decisión ambiental ha de ser adoptada de manera que garantice la tutela de los intereses fundamentales en materia de medio ambiente y proteja eficazmente los derechos individuales.

El ámbito de aplicación de la evaluación de impacto ambiental se extiende a los proyectos de obras e instalaciones y actividades; no a cualquiera de ellos, sino a los que están expresamente señalados en los anexos, en concreto, la agricultura, la silvicultura, la industria extractiva, energética, la siderúrgica del mineral, la industria química, los proyectos de infraestructuras, los de ingeniería hidráulica y gestión del agua, los de tratamiento de residuos, los de turismo y actividades recreativas, los de industrias de productos alimenticios, las transformaciones del uso del suelo. También los planes y programas son objeto de evaluación de impacto ambiental denominada evaluación ambiental estratégica. Esta última por mor de la Directiva 2001/42/CE, que modifica las directivas anteriores en la materia.

El procedimiento de evaluación de impacto ambiental es un procedimiento reglado aplicable, como se ha dicho ya, a las actividades descritas en los anexos, y se compone de una fase preliminar de información y consulta, de la redacción del estudio de impacto ambiental, de la información pública y petición de informes y, por último, de la declaración formal de impacto ambiental y su consecuente publicación. Consultas especializadas han de realizarse cuando se trate de proyectos con repercusiones ambientales transfronterizas. Las consecuencias de la omisión del estudio de impacto ambiental pueden ser, o bien la anulación de la decisión final o la correspondiente subsanación y retroacción de actuaciones.

Si bien la declaración de impacto ambiental y, en especial, las medidas que condicionan la actuación siguiente gozan de un amplio margen de discrecionalidad, esta discrecionalidad es controlable por los Tribunales. En algunos casos, el control de los Tribunales se ejercita a través del acto autorizatorio de la actividad o de la aprobación del proyecto; por lo general, la jurisdicción efectúa un examen riguroso de las diversas alternativas posibles y de la razonabilidad de las medidas o condiciones propuestas.

En otro orden de cosas, la técnica de las autorizaciones está absolutamente consolidada en el Derecho ambiental. A través de ellas se sujeta a una serie de estándares la hipotética contaminación permisible. Especial consideración en esta materia son las denominadas autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico, cuyo régimen jurídico establece la lista de posibles sustancias contaminantes que pueden verse tanto a las aguas superficiales como a las aguas subterráneas. Y ante la autorización se levanta la prohibición relativa de efectuar vertidos; si bien ese es su efecto jurídico hay que reconocer que, en ocasiones, las autorizaciones administrativas se convierten en casi concesiones de naturaleza ambiental. Las características de las autorizaciones: su supeditación al establecimiento de condicionados previos, el sometimiento a modificaciones normativas y a cláusulas técnicas, a limitación de los plazos de vigencia, etc. acercan la figura de la autorización ambiental a la figura tradicional de la concesión administrativa.

Entre las técnicas ambientales es necesario hacer mención también al llamado permiso ambiental integrado de la Directiva denominada

IPPC, siglas bajo las que se conoce en el argot comunitario la Directiva de Control Integral de la Contaminación. Es objeto de esta técnica el establecimiento de un nuevo orden de intervención administrativa de las actividades susceptibles de afectar al medio ambiente, y su finalidad consiste en integrar las autorizaciones y controles sectoriales en una sola autorización, a la vez que promover la simplificación administrativa.

Por último, el régimen sancionador, tal como se prevé en el artículo 45 de la Constitución, pone el aparato punitivo del Estado al servicio del medio ambiente: sanciones administrativas y sanciones penales garantizan el incumplimiento de las normas.

EL DERECHO AMBIENTAL. DERECHO PILOTADO, COMITÉS CIENTÍFICOS Y JUICIO DE EXPERIENCIA

Es conocido que en el mundo moderno el ciudadano confía en la racionalidad de un orden. La desconfianza en las decisiones políticas distancia a los autores y destinatarios de las normas del orden creado, pero acerca en la medida en que aquellos pueden intervenir en el proceso. No es de extrañar que el proceso de legitimación que exige la sociedad, por diversos medios, consista en ser participe en la definición de decisiones que afectan a su salud, al medio ambiente, a los productos que se consumen, etc. La aparición de los Comités Científicos ha constituido un buen ejemplo, pudiéndose contar entre los más tempranamente extendidos los llamados Comités de Ética y de Bioética. Pero no está ajeno el medio ambiente a la proliferación de Comités Científicos que proyectan su juicio de ciencia sobre elementos, conceptos y decisiones que se toman a través de las normas. Tan sólo por poner unos ejemplos, los Comités Científicos en materia alimentaria, los Comités Científicos del Ministerio de Medio Ambiente, los Comités Científicos especializados en parques naturales, la Comisión Nacional de Bioseguridad, o, por ejemplo, el Comité Científico de Evaluación de riesgos en materia volcánica.

El poder político y el poder de la experiencia no resultan contradictorios, resultan plenamente complementarios. Desde esa idea del

progreso y de la aspiración de calidad de vida, tal como se proclama en el preámbulo de la Constitución, establecer la seguridad y promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, son misiones que pueden conseguirse a través de juicios políticos, de decisiones jurídicas y del poder de la experiencia o de la ciencia. El deber de los poderes públicos de promover las condiciones para equiparar la igualdad formal con la igualdad material y remover los obstáculos que impidan su plenitud, a la vez que facilitar la participación de todos en las decisiones políticas, económicas y sociales, tal como proclama el artículo 9.2 de la Constitución, es compatible con la introducción del juicio de los Comités Científicos en el proceso de decisión política.

Las decisiones ambientales y la adopción de las mismas en garantía de responsabilidad de los poderes públicos, así como la eliminación de la arbitrariedad de éstos, es algo que interesa también al Derecho. Atribuir la decisión a un Comité Científico de aquellas cuestiones que afecten al presente y comprometan al futuro o aquellas otras en cuya decisión se imbrican aspectos técnicos y jurídicos, o incluso éticos especializados, es algo que resulta compatible con la Constitución. La justificación de la racionalidad y del juicio de experiencia que aportan los Comités Científicos es incuestionable. Los derechos fundamentales no siempre están protegidos en la Constitución a través de contornos precisos; la regulación de su ejercicio exige formalmente rango de Ley respecto de su contenido esencial y, por tanto, exactitud y certeza de las normas y de los preceptos. En tanto el medio ambiente, sin regular directamente derechos fundamentales, pueda afectar al contenido de los mismos, toda decisión en la materia ha de estar amparada en el juicio técnico y en el juicio de la racionalidad. Confusión, dispersión, o supuestos de hecho no atinados, y consecuencias jurídicas insuficientemente evaluadas, son incompatibles con los derechos fundamentales. Precisamente, porque la ciencia alcanza al progreso con un margen de inseguridad apreciable que rompe los esquemas jurídicos habituales, el legislador ha de ampararse también en la ciencia y en la investigación con el fin de prevenir o de evitar cualquier situación o consecuencia que disminuya la capacidad regulativa del derecho en la protección de los derechos fundamentales.

En otro orden de cosas, la doctrina de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales de todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad a favor de los derechos fundamentales, abonaría la tesis de que los Comités Científicos superan las contradicciones que puedan existir respecto a la configuración normativa de algunos ámbitos de las actividades humanas. Si la decisión normativa a través de un juicio emitido por un Consejo o Comité Científico resulta más efectiva, más racional y mejor fundada, los poderes públicos pueden resultar obligados a incluir ese juicio en su decisión ya que el respeto a la libertad sería también más efectivo si se tiene en cuenta la opinión de quien puede distinguir, por ejemplo, entre el riesgo conocido, el riesgo probable, el riesgo permitido, o el riesgo no permitido.

Los retos de la biotecnología, de la medicina y de la protección de la salud, parientes todos ellos de los riesgos ambientales, requieren un esfuerzo considerable de valoración que permita constantemente adaptar cambio y variedad; quien adopte las decisiones ha de saber que es imposible decidir sin recurrir a juicios de valor o valoraciones éticas. La decisión política basada en un juicio de experiencia dictado por una Comisión Científica, puede efectuar la valoración y elección del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica basada en conceptos más acertados, o al menos, tomar en consideración que la incertidumbre en la que navega resulta fundada, y por lo tanto, puede tener efectos en Derecho.

La inmediata relación entre principio de cautela y actividad con incidencia en el desarrollo sostenible, término más amplio que el de medio ambiente, llevaría a la conclusión de que la protección de la salud de las personas, la conservación y mejora de la calidad del medio ambiente, son también compatibles con decisiones basadas en el juicio de Comités Científicos. Las razones se encuentran nuevamente en el artículo 174 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea respecto del área de medio ambiente y de las políticas europeas de la Comunidad; éstas han de tener en cuenta, en todo caso, los datos científicos y técnicos disponibles, las ventajas y las cargas que pueden resultar de la acción o de la falta de acción.

Si a lo anterior se añade el contenido de artículo 152 del mismo texto fundamental (salud pública), el del artículo 153 (protección de

los consumidores), y el hecho de que el actual artículo 6 del mencionado Tratado advierte que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización y en las políticas y acciones de la Comunidad, se concluye fácilmente que los datos científicos y tecnológicos y la ponderación de las ventajas o peligros que puedan resultar de acciones o emisiones, exige de manera ineludible la articulación de un proceso en el que intervengan expertos capaces de evaluar previamente y con posterioridad la adopción de las medidas (desarrollo tecnológico, fomento de la investigación, protección de la salud, protección de los consumidores, protección civil, son las materias objeto de las políticas y acciones de la Comunidad).

Es cierto, y así se puede argumentar, que la intervención de Comités Científicos originan un juicio especializado en la creación del derecho. Es cierto que se trata de una modificación o una transformación objetiva de las fuentes de producción del derecho. Es cierto también que las reglas de la experiencia emanadas de Comités Científicos han sido las que han permitido distinguir términos, lenguaje y categorías originadas de la técnica. Pero también es cierto que el juicio de la ciencia en la formación de las normas aporta el peligro de una disminución de los poderes tradicionales de los cuerpos legislativos convencionales.

Por ello se entiende que todo Comité Científico que aporte sus reglas de experiencia a materia medioambiental depende mucho más de la *auctoritas* de los miembros del Comité que de la autoridad del Comité mismo. Por lo general, los Comités Científicos medioambientales tienen una composición interdisciplinar o multidisciplinar. El contenido del juicio científico es, en el fondo, un visado de calidad o una etiqueta para la seguridad jurídica que aporta mayor aceptación en la regla, norma o resolución en la que intervienen; y, por último, la revisión del juicio técnico o de experiencia por los Tribunales contencioso-administrativos puede considerarse como un supuesto más de discrecionalidad técnica por la razón de que los jueces entran en la revisión de los componentes jurídicos de la decisión, pero no en la revisión de los componentes científicos de la misma. Cuestiones de procedimiento, cuestiones de composición, etc. podrán ser revisables; sin embargo, el Tribunal no podrá revisar porque carece de medios

para poder llegar a concluir una prueba completa los motivos, los hechos o los fines que se valoraron para poder adoptar la decisión, ya que hay zonas y aspectos a los que los Tribunales no tienen acceso, en especial, cuando se trata de decisiones de las Administraciones públicas que se basan en el resultado de los informes de los Comités Científicos. Incluso ha llegado a señalarse que el control judicial debe extenderse hasta donde el Estado de Derecho ha atribuido a los jueces la independencia y la objetividad que, en otros casos, ya viene garantizada por una actuación de la Administración basada en condiciones científicas independientes.

Cabría concluir que se ha formado un nuevo instituto del Derecho administrativo: los Comités Científicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Choy i Tarrés, A., *La conflictivitat competencial: Medi ambient*, Barcelona, 1993.
- Esteve Pardo, J. (coord.), *El medio ambiente local*, Obra colectiva, Madrid, 1995.
- Fernández Salmerón, M. y B. Soro Mateo, *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el Estado autonómico*, Barcelona, 2001.
- Jordano Fraga, J., *La protección al derecho al medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995.
- Loperena Rota, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, 1995.
- Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho ambiental*, Madrid, 1991.
- Montoro Chiner, M.J. (coord.), *Estudis de Dret ambiental*, Obra colectiva, Barcelona, 1994.
- Montoro Chiner, M.J., *El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. III, 2000.
- Montoro Chiner, M.J., *Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental en las infraestructuras públicas*, REDA, núm. 110, 2001.
- Montoro Chiner, M.J., *Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos*, DA núm. 265-266, 2003.
- Nieto Garrido, E., *La protección de la fauna salvaje en el ordenamiento jurídico español*, Valladolid, 2001.