
SI LA BIOÉTICA SE ADAPTA
A LA ESTRUCTURA DE LA RAZÓN
PÚBLICA. SUGERENCIAS A PARTIR
DE LA LEY ITALIANA
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*

ISABEL TRUJILLO

SUMARIO: I. El iter y el contenido de una ley rechazada y recuperada. II. ¿Existe o no existe una razón pública? III. Bioética, bien público y razones.

La experiencia italiana en materia de reproducción asistida, en el contexto europeo de la legislación sobre el embrión, presenta una peculiaridad digna de atención. La peculiaridad es la modalidad que ha seguido su elaboración. El *iter* seguido por la ley recientemente aprobada es significativo de una trabajosa andadura de la misma bioética, que puede ahora servir de base para observar la colocación y la evolución progresiva —con problemas y con éxitos— de la bioética en el marco de la razón pública y para sacar alguna conclusión en propósito.¹ Más que exponer resultados
o

* Este documento se basa en la conferencia dictada por Isabel Trujillo en el marco del Coloquio de Bioética celebrado en la Universidad Panamericana, sede México, en febrero de 2004.

¹ La sugerencia del tema deriva, además de la observación del debate italiano, de la pregunta con la que John Rawls concluye su “The Idea of Public Reason Rvisited”,

dar soluciones, mi objetivo es sacar a la luz algunos problemas, estudiar esa relación bien a la luz de las consecuencias para la bioética, bien a la luz de las consecuencias para la razón pública, a partir de algunos datos teóricos, pero confrontándolos con la práctica. De ahí la idea de hacer referencia a una experiencia concreta y reciente, que en cuanto tal será limitada y limitante para este trabajo.

Una preliminar objeción intuitiva contra el modo en el que he planteado la cuestión —y que podría constituir también una de las conclusiones de la argumentación que aquí se desarrollará— es si los términos del problema no deberían ser vistos exactamente al contrario, es decir, si en vez de ser la bioética la que tuviera que adaptarse a la razón pública (como se ha indicado), mejor la razón pública tendría que adaptarse a la bioética. Puede ser que precisamente la bioética constituya un desafío para la razón pública. No me detendré explícitamente sobre este punto, que, como se ha dicho, está de algún modo presente implícitamente en estas líneas.

Como es sabido, hay muchas concepciones de la razón pública,² pero aquí se hará referencia principalmente a la concepción rawlsiana. Los motivos de esta predilección son su intuitiva capacidad de convicción y su particular adherencia al pluralismo como hecho característico de las sociedades contemporáneas, hecho que describe muy bien el panorama propio de la bioética. A tal fin podemos sintetizar brevemente la estructura de la razón pública según Rawls, sin pretensiones exegéticas, ni estudios sobre su evolución interna, sino haciendo referencia a su última versión, expuesta en “The Idea of Public Reason Revisited”.³

en *The University of Chicago Law Review*, 64, 1997, 3, pp. 765-807. Después de haber hecho una revisión de su concepción de razón pública a la luz de las críticas que había recibido acerca de *Political Liberalism*, el autor deja abierto el interrogativo de si existen cuestiones generales que no se adaptan a la estructura de la razón pública.

² Hay dos grandes autores que inspiran la idea de la razón pública de maneras distintas, I. Kant y T. Hobbes. Una reseña en Viola, F., “Ragione pubblica e diritti umani”, en F. Cultrera *et al.*, *Etica pubblica e pluralismo*, Padova, Messaggero, 2001, pp. 139-157.

³ Rawls, John, *op. cit.*, nota 1.

La razón pública es una esfera más restringida de la cultura de fondo de un pueblo, es decir, de un contexto nacional. La cultura de fondo está integrada por todas las posiciones sobre el bien y sobre la vida buena; es el campo en que viven las llamadas doctrinas comprensivas. Dada por descontada la tesis de la prioridad del justo sobre el bien,⁴ en la razón pública son admitidas todas las posiciones posibles pero a condición de que respeten ciertos caracteres. El papel que desarrollan lo verdadero y lo bueno en la cultura de fondo es sustituido por lo “políticamente razonable”. Para comprender lo que es políticamente razonable hay que considerar dos elementos: el de la publicidad y el de la reciprocidad. La razón es pública en tres sentidos: porque es la razón de ciudadanos libres e iguales; porque tiene como objeto el bien público (según Rawls, lo que tiene que ver con los elementos constitucionales esenciales o la justicia de base) y por el método que sigue. Su método es el de la reciprocidad, es decir, en la razón pública se permiten ofrecer razones que puedan ser aceptadas por otros ciudadanos que tengan una concepción distinta del bien: éstas son las razones políticamente aceptables. Además, se prefigura la posibilidad de que las razones políticas de unos puedan conquistar la adhesión del otro, aunque cada uno mantenga su diferente concepción del bien. El motivo es que lo que está en juego es la concepción del bien común, la resolución de un problema de convivencia, y no los planes de vida de cada uno (para los que sí están autorizados los argumentos sobre la verdad y el bien).⁵

En la lectura rawlsiana la sede de la razón pública es, por excelencia, el foro público, es decir, los jueces, los candidatos a las instituciones públicas y los candidatos elegidos en públicas elecciones, o bien los ciudadanos que votan como si fuesen legis-

⁴ Brower, B. W., “The Limits of Public Reason”, en *The Journal of Philosophy*, 91, 1994, 1, p. 10. Un estudio crítico sobre la concepción rawlsiana se encuentra en D’Agostino, F., Gaus, G. F. (eds.), *Public Reason*, Aldershot, Dartmouth, 1998.

⁵ En ese sentido la razón pública no es el campo en el que se mide el poder contractual de las partes, sino que se asemeja a una práctica argumentativa.

ladores o jueces, es decir, siguiendo la razón pública, utilizando argumentos políticamente aceptables en el sentido apenas recordado. A este propósito vale la pena recordar que, a diferencia de Rawls, Habermas posee una visión más amplia del sujeto de la razón pública, pues ésta incluye la sociedad civil, los medios de comunicación, lo que llamamos opinión pública.⁶ Como se verá más adelante, la concepción habermasiana presenta una superioridad sobre este punto —el sujeto de la razón pública— aunque las diferencias entre los dos autores se juegan con referencia a otro punto crucial —la finalidad de la misma— que, sin embargo, a mi parecer hace problemática la versión habermasiana y plausible la versión rawlsiana. La finalidad de la razón comunicativa habermasiana, como es sabido, es la legitimación discursiva de lo público, que es mucho más que la resolución de un problema de acción social, como lo es en la óptica rawlsiana. Es esta finalidad, acaso menos ambiciosa, que hace que la posición de Rawls sea mayormente atractiva y condivisible como versión de la razón pública. No se trata ya de establecer la “verdad” de lo público —lo que podría ser visto como una negación del pluralismo— sino de resolver un problema de coordinación en un contexto pluralista. Eso no quiere decir que la concepción rawlsiana no suscite dificultades desde otros puntos de vista.

Dividiré mi intervención en dos partes: en la primera trataré de reconstruir el recorrido de la ley y su contenido, con referencia al panorama italiano de la bioética sobre la reproducción asistida y, sobre todo, con referencia al debate jurídico y político que ha llevado a esa ley, entendiéndola como un caso paradigmático de la problemática relación entre razón pública y bioética. En la segunda intentaré reflexionar sobre las implicaciones de las características del debate bioético y traer algunas conclusiones de carácter filosófico político sobre la relación bioética-razón pública.

⁶ Habermas, J., *Moralbewusstsein and kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983 y “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism”, en *The Journal of Philosophy*, 92, 1995, 3, pp. 109-131.

I. EL *ITER* Y EL CONTENIDO DE UNA LEY RECHAZADA Y RECUPERADA

El trabajo del parlamento italiano para elaborar una ley sobre la fecundación asistida hasta conseguirlo fue bastante largo. En la línea de las iniciativas institucionales son importantes: el informe de la Comisión parlamentaria *Santossuoso* por encargo del Ministero della Sanità, elaborado en 1984 (que puede considerarse el primer paso hacia la ley); el texto único de la Comisión parlamentaria *Igiene e Sanità*, elaborado al final de la XII legislatura y, finalmente, el trabajo de la Comisión *Busnelli*, esta vez encargada por el Ministero di Grazia e Giustizia, en 1995. Por fin, y después de mucho trabajo, el 26 de mayo de 1999 la Cámara de Diputados aprueba un texto (proyecto núm. 4048) con el objeto de regular la Procreación Médicamente Asistida (PMA), resultado de la unificación de distintos proyectos de ley, transmitido a la presidencia del Senado el 27 de mayo de ese mismo año. El texto, ya en la Cámara de Diputados, fue bastante discutido y no hay duda de que la versión que llega al Senado es fruto de lo que en italiano se indica como un *compromesso*. La discusión en el Senado se prolongó bastante (desde el 14 de marzo al 21 de junio de 1999), recogió más de cinco mil enmiendas y fue posteriormente remitida a la Cámara de Diputados, donde naturalmente se tomó conciencia de la transformación que había afectado al proyecto y donde se adoptó la decisión de suspender los trabajos en relación con ella. Sucesivamente el proyecto de ley será presentado en la Cámara de Diputados, en el mes de septiembre de 2003 y transmitido al Senado el 11 de diciembre de 2003. Aprobada por este último, ha vuelto a la Cámara de Diputados, bajo el núm. C. 47-B para definir algunos detalles financieros y ser por fin firmada por el presidente de la República y publicada en la *Gazzetta Ufficiale*.⁷

⁷ La ley ha sido publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, serie general, núm. 45 del 24/02/2004, con el título “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, Legge núm. 40 del 19/02/2004.

Además del interés documental, la elaboración de la ley se señala por la dificultad y la duración de su elaboración (desde 1984, si tomamos esa fecha como la de la primera iniciativa, a finales de 2003, es decir, veinte años) y por la capacidad de mostrar la realidad político-social italiana, por un lado, y la realidad de la misma práctica de procreación asistida, por otro, a la que el derecho se proponía remediar, una situación que bien ha sido calificada como *far west* procreático.

La ley está compuesta por dieciocho artículos. Se propone regular el recurso a la reproducción asistida en orden a la solución de problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana, teniendo en cuenta —dice el mismo texto— el respeto de los derechos de todos los sujetos implicados, comprendido el concebido, y configurándose la reproducción asistida como una posibilidad a la que acudir una vez agotados otros métodos terapéuticos (artículo 1). De aquí podría deducirse, por lo menos, si no una subordinación,⁸ una equiparación de los derechos reproductivos y los derechos del *nasciturus*, que se propone como una novedad en el marco jurídico europeo, con excepción de Alemania.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la cuestión del estatuto del embrión se enmarca, en el silencio de la Constitución, entre el artículo 1 del Código Civil, que atribuye capacidad jurídica a las personas físicas sólo desde el momento del nacimiento; el artículo 1 de la ley 194/78 sobre la interrupción voluntaria del embarazo, que reconoce que la República tutela la vida humana desde su comienzo pero que después autoriza la interrupción del embarazo, y algunas sentencias importantes a propósito, por ejemplo, la sentencia núm. 35 de la Corte Costituzionale de 10 de febrero del 1997, que afirma el derecho a la vida del concebido, quien ha obtenido en el curso de los años, un progresivo reconocimiento, también a nivel internacional y mun-

⁸ Palazzani había notado a propósito una subordinación de los derechos reproductivos a la finalidad terapéutica (*cfr.* Palazzani, L., “La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2-3, 1999, p. 749).

dial.⁹ En realidad, con anterioridad, la misma Corte había declarado (sentencia núm. 25 del 18 de febrero de 1975) la no equivalencia entre la mujer, que es ya persona, y el embrión, que “todavía no lo es”, aunque sin negar la identidad humana de este último. Puede citarse también la sentencia de la Corte di Cassazione 11503 de 20 de noviembre de 1993, que afirma que el embrión no es parte del cuerpo de la mujer y lo reconoce un “centro de interés jurídicamente tutelado” y una más reciente sentencia del Tribunal de Bologna de 9 de mayo de 2000, en la que se “ponderan” los derechos reproductivos de los padres con los derechos del *nasciturus* o del menor, lo que está a indicar, de alguna manera el peso equivalente de los derechos que les reconocen. Como se puede notar, desde este punto de vista el cuadro de referencia es también bastante contradictorio, por lo que podría hablarse de *far west* judicial.

Los artículos dedicados a la promoción de acciones de investigación y de campañas de información sobre las causas y remedios de la esterilidad y de la infertilidad a cargo del Ministero della Sanità y de las organizaciones sanitarias regionales fueron los menos discutidos, aunque subrayan la finalidad terapéutica de la intervención, prevalente en la ley. Por otra parte, es interesante también hacer resaltar la obligación (prevista en el artículo 6), por parte del médico de facilitar a los interesados una información adecuada sobre los problemas bioéticos, además de los problemas sanitarios y psicológicos, de la aplicación de la técnica a la actividad reproductiva, como también una información sobre las oportunidades y procedimientos alternativos de adopción permanente o transitoria.¹⁰

Además de la promoción de intervenciones contra la esterilidad (y para resolver el comprensible malestar provocado por ella), la ley parece auspiciar el uso de métodos alternativos a la

⁹ La sentencia cita la *Convención de derechos del niño*, incluyendo en el concepto de niño también el concebido.

¹⁰ Hasta 1999 no había una ley que regulara, a través de un registro, el reconocimiento de las organizaciones que se ocupan de realizar la adopción, situación que había provocado también en el tema de adopción, una análoga situación de *far west*.

PMA, igualmente orientados a poner remedio al sufrimiento de los sujetos estériles, por lo que la PMA parece presentarse como última *ratio*. Es obvio que, aunque la PMA permita superar el obstáculo del sujeto estéril pues éste llega a tener un hijo, en realidad deja al sujeto en su situación de enfermedad. Por otra parte, la salud puede ser entendida a la luz de la misma Constitución en sentido amplio, no sólo como curación de enfermedades, sino como un estado de bienestar y de realización de intereses fundamentales, por lo que la exigencia de tener un hijo por parte de quien lo quiere tener y no puede podría ser fácilmente incluida en la salud.¹¹

Los requisitos para tener acceso a la PMA, precisados en los artículos 4-7, son la certificación médica de la imposibilidad de remover las causas de infertilidad o esterilidad o los supuestos en que éstas sean desconocidas. Los principios que regulan las técnicas de PMA y que las justifican son la correspondencia con el diagnóstico, la necesidad, a través del principio de gradualidad, de contener la agresividad de las intervenciones médicas y el principio del consentimiento informado. En el apartado 3 del artículo 4 se prohíbe la PMA de tipo heterólogo.

Una de las críticas más fuertes contra este apartado —pero también contra la ley en su conjunto— era el peligro de alimentar una forma de “turismo procreático”, esto es, la posibilidad de que quien quisiera recurrir a ella tenga que irse al extranjero, creándose así una discriminación en las oportunidades en relación con las posibilidades económicas de los sujetos. Desde el punto de la cuestión pública, tal resultado es, por un lado, inevitable con relación a cualquier decisión, que no puede obligar a los sujetos en desacuerdo a compartir una determinada decisión común, aun imponiéndola como obligatoria. Es esta la consecuencia de especular al privilegio de la ciudadanía. Así como las ventajas de un principio favorable —desde un cierto punto de

¹¹ Cfr. Viola, F., “Società multietnica, bioetica e diritto”, en *Per la filosofia*, 42, 1998, pp. 94-95 y D’Agostino, F., Palazzani, L., “La dimensione internazionale del diritto alla salute”, en *L’arco di Giano*, 4, 1994, pp. 29-44.

vista— son generalmente reservadas al ciudadano del país, así también los límites impuestos por un principio tocan precisamente a éstos.¹² Por otro lado, esa conclusión pone de manifiesto que lo que con la ley se persigue no es beneficiar a una parte, aun la mayor, de la población, sino encontrar una solución común a un problema. Sobre este punto volveremos. En el artículo 5 se limita el acceso a dichas técnicas a los siguientes sujetos: parejas de adultos de sexo diverso, mayores de edad, casadas o convivientes, sin especificar si estables o no, y vivientes. Sobre la posibilidad de acceso por parte de parejas de hecho hubo una gran discusión, pues en Italia no hay actualmente ninguna disposición legislativa sobre esa situación y, por lo tanto, el centro que practicara la PMA no tiene elementos para reconocer dichas parejas y distinguirlas de otras “parejas” distin-

¹² Como es sabido, las teorías de la justicia contemporánea (habría que hacer muchas diferencias, pero es posible considerar como botón de muestra la de Rawls recientemente reeditada, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999) se proponen encontrar principios de justicia susceptibles de aceptación por parte de los ciudadanos. La condición de posibilidad de tal acuerdo es el postulado de la primacía de lo justo sobre lo bueno: detrás del velo de ignorancia, cada individuo preferirá aquellos principios de justicia que puedan resultar benéficos para todos, pues no se sabe cuál es la posición que se ocupará realmente en la sociedad. Esta versión, y sus muchos derivados, se apoyan en la convicción de que de esta manera los juicios subjetivos coincidirán en el reconocimiento del principio del igual respeto por cada uno, de la más amplia libertad para todos y de la admisión de diferencias sociales solamente si mejoran la situación del que está peor. Después de adoptar los principios de justicia, las partes pasan al estadio de asamblea constituyente a fin de elegir las formas políticas en respeto de los principios de justicia. Se puede hacer resaltar que el problema del estatuto del concebido queda fuera de dicha perspectiva, como queda fuera cualquier sujeto no presente, pues en la óptica del contractualismo prevalece necesariamente el poder contractual. El problema que lo concierne es si se puede contar entre los sujetos que forman parte de la comunidad política o no. Si contestamos afirmativamente (el concebido forma parte de los sujetos de la posición originaria), sin duda se encontrará entre los sujetos más débiles y por tanto más necesarios de tutela: una de las posibilidades de las partes es la de desarrollar el papel de un embrión en el mundo real, aunque solamente por un espacio temporal limitado). Si contestamos negativamente, está clara la conclusión. El hecho es que dichas teorías dan por resuelto el problema de la inclusión y de la exclusión bien en el sentido espacial, bien en sentido temporal, por lo que los sujetos no presentes actualmente quedan a merced de la benevolencia de los presentes.

tas. La referencia a parejas que han manifestado la voluntad de recurrir a la PMA parece demasiado ambigua: se podría imaginar una pareja de dos sujetos que se ponen de acuerdo en la expresión de voluntad de servirse de la PMA, acuerdo destinado a obtener la fecundación de la mujer y que finaliza al terminar la aplicación de la técnica. Otro requisito es que dichas parejas estén en edad potencialmente fértil. Con ello de alguna manera se limita el concepto de salud tan ancho al que se ha hecho referencia antes y se insiste sobre la finalidad terapéutica de la disposición.

Todo lo que la ley dice expresamente sobre el *status* y la tutela del *nasciturus* está recogido en los capítulos tercero (artículos 8 y 9) y sexto (artículo 13, respecto a la experimentación sobre embriones). En el artículo 8 se dice que el sujeto nacido a través de la PMA es hijo legítimo si recurre a la PMA una pareja casada, o es hijo natural (el *status* del hijo reconocido por la madre no casada o por una pareja no casada) si quienes expresan la voluntad de recurrir a la PMA son una pareja de convivientes no casados. En ambos casos el hijo es tutelado por la Constitución. El hecho de que se hable también de la posibilidad de que el hijo sea hijo natural reconocido por la madre no contradice el que no se dé posibilidad a una mujer sola de recurrir a la PMA: se puede interpretar como un remedio a la violación de la ley y en orden a dar, a pesar de la vulneración de la ley, un *status* al hijo, lo que se considera como exigencia inderogable. Si se diera el caso de aplicación ilícita de técnicas de reproducción heteróloga, se prohíbe al cónyuge o al conviviente que hubiera dado su consentimiento, rehusar la paternidad y a la madre quedar en el anonimato (artículo 9).¹³

La experimentación sobre el embrión está prohibida y la investigación sobre éste admitida solamente con fines terapéuticos y diagnósticos, en orden a la tutela del desarrollo y de la salud del mismo embrión¹⁴ y sólo a falta de medios alternativos.

¹³ En sentido contrario hay una pronunciación de la Corte Costituzionale del 26 de septiembre de 1998, núm. 347, en la que dicha Corte se pronunció sobre la no fundada presunción de inconstitucionalidad *ex art.* 235, Código Civil, que prevé el desconocimiento por parte del padre.

¹⁴ Aquí también hay una ambigüedad en la formulación de la ley. *Cfr.* Palazzani, L., *op. cit.*, nota 11, p. 755.

No se admite la selección eugenésica de embriones y gametos, ni la crioconservación, ni la supresión de embriones, ni intervenciones de escisión precoz u octogénesis, ni el aborto selectivo de embarazos plurigemelares, ni la hibridación. El número de embriones producidos no puede ser superior a tres y todos deben ser al mismo tiempo transferidos en el útero de la mujer. En el proyecto ahora aprobado no se hace alusión, sin embargo, a una disposición que aparecía en el proyecto anterior en la que se disponía la adopción de los embriones congelados existentes, disposición que hacía referencia a la situación *de facto* — pues se presume que había embriones congelados en cantidades ingentes—, pero que, a su vez, por motivos obvios, aumentaba la impracticabilidad de la aprobación del diseño.

En los artículos 10, 11 y 12 se determina la constitución de un registro de instituciones autorizadas a practicar la PMA y la obligación del Ministero della Sanità de formular los criterios necesarios para la autorización de tales instituciones, además de las sanciones previstas para todo lo que la ley no autoriza (comercialización, clonación, maternidad subrogada, implantación después de la muerte de uno de los sujetos). Estos artículos y las disposiciones transitorias permiten entrever lo que se entiende por *far west* procreático, esto es, una situación de completa ausencia de control, de total privatización, y hasta de imposibilidad de acción judicial contra más de 250 centros (según los informes de los parlamentarios) que actualmente realizan en Italia técnicas de PMA y que no tienen ninguna obligación de rendir cuentas a nadie, ni siquiera a nivel estadístico. Pasados sesenta días desde la entrada en vigor de la ley, las instituciones que practican técnicas de PMA habrán de transmitir una lista de los embriones formados hasta entonces, con la indicación de quién ha pedido la aplicación de la técnica.

Es interesante notar un punto en relación con los derechos reconocidos al concebido, contra lo que se ha suscitado una oposición por parte de quien teme que influya sobre la ley 194/78 que regula la interrupción voluntaria del embarazo. En el espacio de tiempo entre la primera aprobación por parte de la Cámara de Diputados y la discusión en el Senado, muy rico en debates

y discusiones animadas sobre lo propuesto, un grupo de parlamentarios firmaron un documento conjunto en el que se señalaba el “peligro” de que el texto abriera camino a un posible reconocimiento jurídico del embrión, susceptible de transformarse en un derecho del embrión separado de la madre o hasta de un derecho en conflicto con el derecho de la madre. Además de lo que se ha anotado a propósito de la jurisprudencia en la materia, en concreto, se trata de un temor equivocado pues la ley 194/78 empieza recordando que la República tutela la vida desde su comienzo y en los trabajos preparatorios de la ley susodicha se ve claramente que la justificación que se presenta para legalizar la interrupción voluntaria del embarazo no es el hecho de que no se reconozca al embrión un derecho, sino más bien a causa del peligro del aborto clandestino, de la oportunidad de buscar formas de socialización, que podrían llevar a poner remedio a un mal y hasta llegar a eliminar la voluntad de interrupción del embarazo, es decir, la ley admite la interrupción del embarazo como un mal menor.

La objeción, sin embargo, mira al blanco de la función de la razón pública y se puede resumir en una pregunta: ¿es el ámbito de la razón pública el contexto en el que se deberían determinar los derechos (inciertos) de los sujetos o bien es el contexto de la negociación entre los derechos ya preconstituidos y determinados en otras sedes?

II. ¿EXISTE O NO EXISTE UNA RAZÓN PÚBLICA?

Antes de pasar a algunas consideraciones de carácter teórico, se pueden comentar algunos aspectos de la experiencia italiana que manifiestan que el problema de la bioética hoy es el de canalizar o establecer, de alguna manera, esa relación con la razón pública.

Lo primero que se puede notar es que existe una motivación común a los diputados y senadores que con grandes esfuerzos llegan a aprobar un texto único, cualesquiera sean sus orientaciones políticas. Esta motivación es la convicción de que una ley es necesaria pues puede poner fin a la situación de completa

anarquía de hecho existente. La ley es ya de alguna manera un modo de gobernar un conjunto de prácticas, en este caso médicas y experimentales. De hecho, en el panorama actual de la bioética tenemos que notar una clara tendencia general a la juridificación, contra un hipotético abstencionismo o de de-juridificación de una bioética sin leyes,¹⁵ que podría también ser perseguido. El significado de la juridificación es el del control sobre un aspecto de la realidad social. Y ya eso representa un indicio de la existencia de un bien público, contra la libertad total de grupos y de individuos que pudiera ser típico de una actitud libertaria.

Sin duda, hay razones prácticas para apoyar la centralidad de la ley pues es la garantía de una igualdad de tratamiento, en absoluto garantizada tampoco desde el punto de vista económico en la situación de anarquía antecedente. La ley parece justamente aumentar la posibilidad de la igualdad, al menos a través de la mayor uniformidad en la jurisprudencia.

En línea con una tradición típicamente iluminista, el campo público parece coincidir con el campo subordinado a la ley, pues ésta tiene la virtud de convertir lo privado en asunto de dominio público. Sin embargo, podemos ya intuir que — dando razón al pensamiento feminista— la decisión sobre lo que es público o privado es también una decisión pública o, por lo menos, tendría que serlo.¹⁶ Admitir que público equivale a legal es, a todos los efectos, reductivo. En los sistemas jurídicos contemporáneos está más que demostrado que el ámbito de lo público es algo más de lo estrictamente legal. Desde este punto de vista es interesante la sugerencia de Rawls cuando indica como contenido de la razón pública los elementos constitucionales y la justicia de base, aunque en su caso no convence la exclusión del nivel de la legislación, que parece —al examen de los hechos— demasiado rígida.

¹⁵ Nielsen, L., “Dalla bioetica alla legislazione”, en Mazzoni, C. M. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 50.

¹⁶ Young, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

La ausencia de una posición constitucional sobre la ética de la vida humana —en parte subsanada por la presencia de documentos internacionales, por ejemplo, la *Convención internacional sobre los derechos del niño*, de 1990, o la *Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina*, de alcance europeo, de 1997, pero de algún modo radicada en los demás derechos y principios constitucionales— hace natural que la razón pública se ejercite también sobre esas materias que, no habiendo sido incluidas en el texto constitucional, exigen igualmente un enfoque que no se reduzca a una mera negociación de intereses.¹⁷ Generalizando esta conclusión, también la legislación tiene que estar permeada por los métodos y por los principios de la razón pública.

Un segundo aspecto relevante tiene que ver con la convicción de que la ley debe ser “neutral” desde el punto de vista ético, aunque claramente no lo puede ser desde el punto de vista del derecho, pues en todo caso la ley tiene que tomar partido por un determinado planteamiento o ajustamiento de los derechos.

A este propósito viene en relieve la distinción entre bioética y biojurídica y el progresivo desarrollo de esta última. El punto de vista —y el punto de fuerza— de la biojurídica es el de centrarse en la perspectiva de los derechos que están en juego en las cuestiones de bioética.¹⁸ Ya hemos dicho que los derechos en juego no son derechos preliminarmente fijados y reconocidos, sino que es de competencia de la biojurídica —de los procedimientos jurídicos en general— la búsqueda de un ajustamiento de derechos inciertos y problemáticos. Por ese motivo los derechos del concebido (como también los derechos de autonomía y de igualdad de la madre), precisamente porque pueden estar en duda, tienen que ser objeto de escrutinio. La colocación en el plano de la biojurídica lleva consigo el uso de una instrumentación y de un lenguaje —el lenguaje de la tutela y de la

¹⁷ Zamagni, S., ha señalado una diferencia entre intereses e identidades: los primeros se pueden negociar, las segundas no. Véase Zamagni, S., “Migrazioni, multiculturalità e politiche dell’identità”, en Vigna, C., Zamagni, S. (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Milán, Vita e Pensiero, 2002, pp. 221-261.

garantía del sujeto, de la igualdad de tratamiento, del reconocimiento de las diferencias— que pertenecen al derecho de manera estructural, cosa que, por un lado, evita el peligro de la fragmentación anárquica y, por otro lado, fomenta la posibilidad de una armonización.¹⁹

Las preguntas que hay que hacerse son, en primer lugar, si la bioética puede ser reducida, sin pérdidas, a la biojurídica,²⁰ y, en segundo lugar, pero unida a la primera pregunta, si el ámbito de la razón pública está relacionado exclusivamente con la segunda. En este último sentido podría interpretarse la posición rawlsiana, que insiste en escindir la verdad “toda entera” de la verdad “pública”, considerando que la primera es incompatible con la razón democrática y con la idea de derecho positivo,²¹ por lo que iría bien de acuerdo con una limitación a la biojurídica. Puede, sin embargo, afirmarse —aunque esto queda por demostrar— que en línea de principio la bioética no puede reducirse a la biojurídica, así como la investigación moral general no se reduce a la razón pública, ni la razón práctica se reduce a la razón jurídica (si acaso, ésta es un caso especial de la primera).²² A la bioética pertenecen todas aquellas cuestiones relativas al saber sobre la vida que ofrecen una posibilidad de acción sobre ella. La necesidad de la biojurídica se halla en la necesidad de una mediación social que se consigue a través del derecho, pero hay razones para sostener que la razón pública no pueda desentenderse

¹⁸ Palazzani, L., *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.

¹⁹ Busnelli, F. D., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 35.

²⁰ A su vez, la biojurídica se diversifica en relación con los distintos modos de concebir el derecho. Palazzani, L., ha precisado una lista de posibles modelos de la biojurídica en relación con este punto: el abstencionismo, el modelo liberal, el modelo pragmático, el modelo formalístico, el procedimental, el contextual, el sociológico-factual y el modelo que reconoce una conexión entre derecho positivo y derecho natural. Palazzani, L., *Introduzione alla biogiuridica*, pp. 53-102.

²¹ Rawls, J., “The Idea of Public Reason Revisited”, *cit.*, nota 1, p. 771.

²² Como es sabido, la tesis de la argumentación jurídica como caso especial de la razón práctica ha sido desarrollada por Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

del problema bioético. Una de éstas es el riesgo que en contextos multiculturales la solución de problemas éticos tienda a cerrarse en círculos limitados. La necesidad de la bioética está representada por su carácter filosófico.²³ Parafraseando a Gracia, la biojurídica sin la bioética estaría ciega, mientras que la bioética sin la biojurídica estaría vacía.²⁴

Las ventajas principales de la traducción de la bioética en biojurídica son las de definir un plano del discurso, un lenguaje y una instrumentación conceptual que pueden ser considerados un terreno común frente al pluralismo de la Babel de la bioética. La principal desventaja de esa traducción está en una pérdida desde el punto de vista moral y ético, imprescindible para encuadrar los fenómenos de los que se intenta disponer. No creo, sin embargo, que la diferencia estribe en la distinción kantiana entre una respuesta autónoma en el caso de la bioética o heterónoma por parte de la biojurídica.²⁵ Este problema tiene que ver con el estatuto gnoseológico de la bioética, que aquí no cabe afrontar, pero que no puede estar lejos de una búsqueda común e intersubjetiva de la verdad. No estoy con esto afirmando que la meta de la razón pública sea la búsqueda de la verdad, sino que también esta última, aun cuando se trata de una verdad práctica, como en el caso de la bioética, exige esfuerzos conjuntos.

Un tercer aspecto nos introduce en el examen del punto crucial de la inclusión o exclusión de las doctrinas comprensivas en la razón pública, sobre lo que hay algunos indicios interesantes en el debate que estamos observando. La primera identificación que una posición hace de la contraria es precisamente la de “ideológica”, que está a indicar exactamente lo contrario a lo políticamente acep-

²³ Iluminantes sobre el estatuto filosófico de la bioética son las páginas de D’Agostino, F., “Ética e diritto in bioetica”, en *Bioetica*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 71-82.

²⁴ Diego Gracia utiliza el término bioderecho y no biojurídica, pero aquí no entramos en la posible distinción entre uno y la otra. *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema Universidad, 1989, p. 685.

²⁵ Serrano Ruiz-Calderón, J. M., “Bioética y derecho”, en Tomás Garrido, G. M. (coord.), *Manual de bioética*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 61.

table y más bien lo que pertenece a doctrinas comprensivas pero con un fuerte acento negativo. Las ideologías contrapuestas en el caso italiano son, naturalmente, el pensamiento laico y la orientación católica. Sin embargo, observando bien el tenor de las argumentaciones, hay que hacer algunas precisiones.

En primer lugar, aunque la posición contraria se califique de ideológica, la oposición se formula en forma de pretensión de derechos justificados. El pensamiento laico se hace paladín de la libertad y de los derechos reproductivos, mientras que el católico de los derechos del embrión. Lo singular es que la pretensión de cada una de las partes es que los propios argumentos sean reconocidos universales —precisamente porque son formulados en términos de derechos— mientras se acusa a la otra parte de vicio ideológico. Por tomar un ejemplo entre muchos, un *forum* de iniciativas católicas, en el intervalo entre la primera aprobación de la Cámara y la discusión en el Senado, se preocupó de promover una campaña de opinión pública en la que se apoyaba la ley y se manifestaba la urgencia de su pronta aprobación. Para ello, afirmaban, no hace falta recordar documentos eclesiásticos: existen argumentaciones capaces de ser compartidas y se citan documentos civiles y se recurre a argumentos racionales.²⁶ En concreto, estas asociaciones esgrimen criterios laicos universalmente aceptados resumidos en el lema “prima di tutto il bambino”,²⁷ un argumento típicamente jurídico, por ser a tutela del más débil. Por otro lado, lo que se reprocha a esta propuesta no es que tome en consideración los derechos del embrión, sino que mues-

²⁶ *Convención internacional sobre los derechos del niño* de 20.11.1989, artículo 3; *Codice Civile*, artículo 155; Resolución 16.3.89 del Parlamento europeo acerca de la necesidad de proteger la vida humana desde su concepción; y sobre todo, la evolución del instituto jurídico de la adopción, que ha pasado a ser un instrumento para dar un padre y una madre a quien no lo tiene, más que a satisfacer un deseo de sujetos adultos, por lo que se entiende la continua referencia al interés superior del niño como principio rector de quienes tienen responsabilidades para con ellos, deducidos de la Convención de Estrasburgo de 24.4.67, artículo 8 y Convención de La Haya de 29.5.93, artículo 1.

²⁷ *Cfr.* Forum delle Associazioni Familiari, *Fecondazione artificiale*. Ultimo atto, a cura di C. Casini, 1999.

tre insensibilidad por aquellos derechos sostenidos por la parte laica, es decir, el derecho a la salud (o a la resolución de los problemas de esterilidad) y a la libertad de ejercicio del derecho a la procreación.²⁸

El resultado fallido del debate en el Senado en la primera sesión, es decir, la ausencia de un acuerdo, confirmó una dificultad terminante de comunicación entre las distintas posiciones y significó un fracaso en la deliberación. La causa bien puede haber sido que —antes de valorar la portada de una posición— una vez focalizada la matriz (real o presunta) de la opinión, el prejuicio provoca una actitud de cerrazón que impide hasta la escucha del oponente, aunque en sí pudiera ser digna de ser tomada en cuenta o refutada con argumentos homogéneos. Ese fracaso parece denotar algún error de planteamiento.

El error de planteamiento bien podría ser definido como una forma de ingenuidad respecto a las razones y una falta de reconocimiento del rol de la razón pública: es claramente imposible que una idea no se genere en un contexto. Ahora bien, utilizando una distinción usual en campo epistemológico, puede pacíficamente admitirse una diferencia entre el contexto de génesis de una idea y su contexto de justificación. Si es verdad que la génesis puede estar condicionada por orientaciones ideales (o ideológicas), también es verdad que la verificación de la justificación de las razones que la apoyan puede llevarse a cabo adecuadamente en el campo de la razón pública. De aquí la importancia de este tema.

Como bien ha señalado Elster, aunque sólo sea por la fuerza civilizadora de la hipocresía, en los debates públicos se recurre a la validez universal de las argumentaciones y se excluye el discurso del más fuerte. Nunca se utilizarán —al menos descarada-

²⁸ A este proposito Viola ha notado una deriva relativista del pensamiento laico, a diferencia del pensamiento opuesto, a motivo de la insistencia sobre la innegable particularidad de la génesis de la idea. Viola, F., “Bioetica e ragione pubblica”, en D’Orazio, E., y Mori, M. (a cura di), *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia? Dibattito sul Manifesto di bioetica laica*, *Notizie di Politeia*, 12, 1996, 41-42, pp. 50-55.

mente— argumentaciones parciales y facciosas.²⁹ Esta hipocresía tiene, por lo menos, la ventaja de excluir del foro de la discusión, ya desde el principio, ciertos tipos de argumentación. Y ya eso supone un filtro para la razón pública y una posibilidad para ella.

Ahora bien: la paralización de la actividad política y su primer resultado, la inexistencia de una ley no fue tampoco neutral, pues “tra due litiganti, il terzo gode”. La ausencia de ley, además de manifestar una dificultad de diálogo, benefició durante veinte años a los centros especializados. Esa paralización era debida a la imposible neutralidad que todos intentaban buscar. Esto quiere decir no sólo que no hay leyes neutrales, sino que tampoco hay neutralidad donde no hay ley. En otras palabras: no legislar es ya una manera de tomar partido.

Hay aún un dato que tiene que ser añadido a lo dicho y que tiene que ver con el estatuto problemático de la bioética, que anda sobre los zancos de las interpretaciones de conocimientos científicos derrotables y de los juicios éticos, a lo más, cotejados intersubjetivamente. Precisamente en relación con el debate parlamentario, muchos diputados y senadores de las más variadas formaciones políticas, por no decir de todas, han recordado la prioridad del juicio de conciencia personal, libre de disciplinas de partido o de alianzas políticas en una materia como ésta. La ley misma se preocupa de admitir la posibilidad de la objeción de conciencia por parte del personal sanitario. La referencia al juicio de conciencia junto con y hasta por encima del aspecto político de partido y aun en presencia de una Constitución que recoge los valores principales de la comunidad política pone el acento sobre el estatuto problemático de la valoración bioética, que incluye elementos éticos, jurídicos, políticos, científicos, prudenciales, de oportunidad y que tratándose de un discurso práctico admite un margen de valoración subjetiva.

²⁹ Elster, J., “Arguing and Bargaining on Strategic Use of Communicative Behavior”, en *Tidsskrift for Samfunnsforskning*, 33, 2, 1992, pp. 115-132.

La apelación al juicio personal demuele la idea de que las razones admitidas en la razón pública son solamente las razones que puedan ser aceptadas por los demás, es decir, las que observan el requisito de lo rawlsianamente políticamente aceptable. Si esta exclusión fuera considerada determinante, entonces habría que contestar que no existen las condiciones para la razón pública en la cuestión bioética, por lo menos en el caso italiano, que es el que estamos observando.

Diversamente, la apelación al juicio de conciencia puede significar otra cosa, es decir, la posible conexión entre lo que se piensa políticamente razonable y la propia concepción del bien. El debate italiano sobre la bioética es bastante claro sobre este punto (aunque se podrían buscar otros ejemplos). El punto no es que se considere la razón pública como el espejo de los juicios subjetivos, sino que se reconoce que hay una natural conexión entre la propia concepción subjetiva del bien y lo que se presenta como políticamente razonable, es decir, lo que es bien común, por lo que hay que revisar la relación entre las concepciones del bien y las concepciones de lo políticamente razonable.³⁰

III. BIOÉTICA, BIEN PÚBLICO Y RAZONES

Al *impasse* de la parálisis como consecuencia del pluralismo de posiciones y de la imposibilidad de encontrar una vía común se puede reaccionar de otras maneras, quedando en el terreno de lo público. Lo más inmediato es recordar que hay un punto de referencia fijo y claro, desde el cual poder juzgar los problemas bioéticos: la Constitución entendida como expresión de una ética pública.³¹ Esta tesis presenta algunas dificultades, pero al mismo tiempo permite profundizar un paso más en lo que se entiende por razón pública.

³⁰ Un ejemplo limitado a la componente religiosa se encuentra en Waldron, J., “Religious Contributions in Public Deliberation”, en *San Diego Law Review*, 30, 1993, pp. 817-848.

³¹ Viola, F., *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Milán, Vita e Pensiero, 1999, p. 93.

Por un lado, la Constitución italiana nada dice sobre la tutela del embrión. Reconoce el derecho a la salud como derecho fundamental, pero eso vale para padres e hijos, pues es un aspecto de la tutela de la dignidad humana. Por otro lado, de lo que en ella se dice pueden deducirse el derecho a la curación de la esterilidad como expresión del derecho a la salud (artículo 32), así como también el derecho del hijo a conocer el propio patrimonio genético (artículo 30). En la Constitución se habla de la familia fundada en el matrimonio (artículo 29), pero las obligaciones de los padres para con los hijos destacan el aspecto social de la familia (mantener, instruir y educar), más que el aspecto biológico. Remitir la solución de problemas a la Constitución no es suficiente, sino que hace falta algún foro en el que las distintas posiciones interpretativas de la Constitución —es decir las posibles ponderaciones de los valores presentes en ella— se aquilaten. Esa indicación es la que lleva a Rawls a sostener la tesis de que el foro de la razón pública se identifique con Corte Suprema, no en el sentido de que la razón pública debe funcionar “como si fuera” la Corte Suprema, sino en el sentido de que esa misma es el más representativo foro público.

Sin embargo, esta idea es intuitivamente reductiva de lo que puede entenderse comúnmente por sujeto de la razón pública, y en ese sentido resultaría más convincente la posición habermasiana, que ensancha la esfera pública hasta abarcar la componente cultural, social, de los medios de comunicación. Es en una dimensión de implicación de todas las fuerzas disponibles que puede acometerse el gran desafío de la bioética en contextos multiculturales, pues ya se ha dicho que la búsqueda de la verdad (sea teórica, sea práctica) exige una cooperación intersubjetiva.

No queriendo abandonar nuestra visual —que es la de la razón pública— hay que decir que no hay duda de que la Constitución representa el marco de referencia de lo que es la “cosa pública”, de los fines que se propone la comunidad política y de los derechos que se consideran fundamentales para los individuos y para la coexistencia. Sin embargo, el marco de referencia no es suficiente, como no lo es el fondo del cuadro, pues hay que diseñar la luz, los detalles y las formas, es decir, hay que encon-

trar soluciones adecuadas para los problemas concretos que se presentan. En ese sentido, se ha insistido oportunamente en reflexionar sobre la relación entre Constitución y democracia.³² La democracia se configura como la modalidad de desarrollo de lo que en la Constitución está presente.

Esa relación entre Constitución y democracia puede ser entendida de dos maneras distintas. La primera es la de considerar la democracia como el guardián, el custodio de la Constitución. Según esta visión —que se parece mucho a la visión puramente procedimental de la democracia,³³ pero con el añadido contenido constitucional normativo— en la Constitución está ya todo presente y se trata de preservarla de interpretaciones nocivas.³⁴ Aun pareciendo que todo está ya contenido en la Constitución, en realidad es la decisión de la mayoría escoger cuál es el significado de la indicación constitucional hoy y ahora.³⁵

La alternativa es considerar el papel que la democracia tiene en el desarrollo del contenido de la Constitución según la imagen del agricultor que se ocupa de alimentar, cuidar, proteger la semilla que se ha plantado.³⁶ En esta perspectiva — que es la que mejor se adapta a la situación político-cultural de las sociedades contemporáneas y a la de la razón pública— el método de la mis-

³² Sobre este tema es fundamental, Viola, F., “La democrazia deliberativa tracostituzionalismo e multiculturalismo”, en *Ragion pratica*, 20, 2003, pp. 33-72.

³³ Así, Bobbio, N., *Il futuro de la democracia. Una difesa delle regole del gioco*, orino, Einaudi, 1984, pp. 4-7.

³⁴ Esta parece ser la orientación de los Padres de la Constitución: Elster, J., *Arguing and Bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituente*, Center for Studies of Constitutionalism in Eastern Europe, University of Chicago, 1991.

³⁵ Habría que precisar también la concepción dworkiniana, según la cual los principios constitucionales exigen una lectura moral, pero este tema nos remite al problema de la relación entre derecho y moral. Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

³⁶ Esta imagen ha sido utilizada eficazmente por M. Nussbaum para indicar la diferencia entre el racionalismo iluminista y otro tipo de razonamiento, típico de la razón práctica, que tiene que tener en cuenta el contexto en que se desarrolla, las condiciones y las raíces de las que nace. Nussbaum, M. C., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, introducción.

ma democracia tiene que modificarse. No se trata ya de un mecanismo de fuerza contractual que lleva a decidir a favor de una o de otra preferencia con base en criterios cuantitativos.

Para empezar, cada propuesta tendrá que presentarse como la mejor interpretación de lo que la Constitución dice, es decir, como una lectura del sentido de la Constitución, que es lo mismo que decir la mejor manera de proteger los derechos. Esa propuesta tendrá que ser defendida con razones y, por su fuerza intrínseca y no por su origen (real o presunto), se propondrá como una versión del bien común. Por lo tanto, su método debe ser el de la democracia deliberativa. Este modelo, por la conjunción entre el elemento democrático y el deliberativo, asegura algunos resultados.³⁷ El contenido democrático asegura la igualdad de oportunidades y la autonomía de los sujetos. El aspecto deliberativo asegura la existencia de un contenido de bien común sobre el que decidir y de una necesidad de dar razones a favor de las posiciones que se sostienen.

La razón pública no puede consistir en la ejecución de precedentes decisiones constitucionales (o legislativas), como parece sugerir Rawls, confiriéndole así un papel solamente conservativo. No consiste tampoco en una decisión estadística en la que se agregan los intereses gracias al principio de mayoría. Ni siquiera en la habermasiana legitimación del objeto de la autolegislación democrática. La finalidad —sobre todo en un campo como el de la bioética, que pone en juego bienes tan importantes para el futuro de la humanidad—³⁸ es la de encontrar la mejor solución para el bien común.

³⁷ Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge U.P., 1998.

³⁸ En ese sentido, véase el último libro de Habermas, J., *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer Liberalen Eugenik*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag,