**A MODO DE PREFACIO  
*(que debió ser epílogo)***

Este libro recoge de una forma que pretende ser sistemática una reflexión sobre algunos asuntos que se sitúan en el centro del debate bioético actual Naturalmente hay muchos más, pero hemos querido hacer una selección de aquellos que, en unos casos por la reiterada presencia en los foros públicos y en otros por el tabú que sigue siendo el mero hecho de plantear una discusión sobre ellos, merecen a nuestro juicio ser abordados. A lo largo del texto se van desgranando una serie de preguntas (¿hay razones para prohibir la maternidad de alquiler?; ¿qué hay de malo en la clonación?, ¿y en la venta de órganos?; ¿puede el Estado sancionar nuestra irresponsabilidad en materia de salud privándonos de [o haciéndonos cargar con] los costosos y escasos recursos sanitarios?; ¿es legítimo emplear inmensos recursos económicos en tratamientos clínicos extraordinarios y poco útiles en detrimento de una atención más básica para un mayor número de personas?; ¿está justificado sustraer a las personas la decisión sobre el final de su vida cuando se arrastra una existencia dramática e irreversible?; ¿es legítimo destinar enormes cantidades de dinero a la investigación de patologías muy secundarias que sólo preocupan en el Primer Mundo a costa de descuidar la investigación de enfermedades que asolan al mundo desfavorecido?) que no pueden ser excluidas de un debate abierto ni respondidas apresuradamente, proclamando sin más su proscripción o su exaltación, a partir de lo que dictamine la entraña de nuestra intuición moral. Ambas posturas producen insatisfacción.

Este libro es el fruto de la amistad personal, de la afinidad intelectual y de una fértil relación académica que se remonta al año 2003 cuando empezamos a colaborar en el Máster en Derecho Sanitario y Bioética que dirige Marina Gascón en la Universidad de Castilla-La Mancha. En una de aquellas primeras ocasiones en las que coincidimos en Albacete surgió la idea de «hacer algo» conjuntamente poniendo en común nuestros puntos de vista, lecturas y reflexiones sobre los temas que convencionalmente se agrupan bajo la etiqueta de la «bioética». Compartíamos un gran recelo respecto de muchos ensayos y textos que se vienen publicando sobre estas materias en los últimos años, pero, sobre todo, participábamos y participamos de muchos presupuestos metodológicos, éticos y jurídicos que consideramos centrales en el debate. El principal es, sin duda, la concepción de la bioética que manejamos y que se vincula a lo que —con expresión pretendidamente peyorativa pero eficaz y exitosa— se ha denominado principialismo. Personalmente entendemos por tal el esquema formal de discusión en virtud del cual las respuestas a los problemas de la bioética han de ser provistas atendiendo a un cuadro (mínimo) de principios morales comúnmente aceptado. Nuestra convicción sobre el modo de discutir en bioética se ajusta, pues, a la conocida como bioética de mínimos.

El compromiso con este modelo de discusión significa algunas cosas importantes. En primer lugar, que cualquier debate debe transcurrir dentro de ese mínimo ético y debe justificarse racionalmente, excluyendo así la provisión de soluciones ancladas en dogmas no universalmente compartidos, o en la mera reacción de disgusto o repugnancia, como destacadamente ha defendido Leon R. Kass, asesor del presidente George W Bush sobre estas materias[[1]](#footnote-1). En segundo lugar, que el marco (mínimo) de principios no garantiza por sí solo la respuesta (correcta») a los problemas planteados: mediante el solo recurso a los principios, los desacuerdos son inevitables. Para aportar una respuesta fundada a los problemas bioéticos se necesitan teorías morales que el principialismo no proporciona.

Un la idea inicial que teníamos del libro, y como manera de evidenciar este compromiso esencialmente metodológico, anhelábamos poder cerrarlo con una suerte de «epílogo socrático» donde presentar una discusión dramatizada sobre un caso real a modo de diálogo en el que participarían algunos personajes ficticios que darían voz a las distintas posiciones morales caracterizadas a lo largo del texto. Se trataba, concretamente, de la consulta que fue remitida al Comité de Ética de la Asistencia Sanitaria del hospital Gregorio Marañón de Madrid relativa a la posible amputación de las cuatro extremidades de una mujer que sufría de una sepsis meningocócica y para la que no parecía haber otra posibilidad terapéutica de salvar su vida[[2]](#footnote-2).

Lo cierto es que la discusión socrática sobre la base de ciertos principios generales y abstractos y el intercambio de razones a partir de una común simpatía por las teorías de la justicia liberal-igualitaristas nos han acompaftiado continuamente a medida que hemos ido avanzando en la confección de los capítulos. El epílogo se ha revelado finalmente innecesario, pero no así este prefacio y la advertencia que sigue a continuación.

El libro que tiene entre sus manos no es el resultado del empaste entre dos empeños que han discurrido en paralelo, sino la sumatoria de deliberaciones, enmiendas y sugerencias a lo escrito inicialmente por cada uno. Así y todo, las respuestas sugeridas para cada asunto suscitado no siempre han resultado plenamente compartidas por los dos. Esto ha ocurrido de manera particularmente aguda en lo que hace a lostransplantes de órganos. Allí, nuestra discrepancia se ha mostrado profunda, y es necesario dejar constancia de ello. Las tesis defendidas por Pablo de Lora en ese epígrafe no son asumidas por Marina Gascón, y la discusión, como tantas otras en este ámbito, sigue abierta. Invitamos ahora al lector a sumarse a esa disputa y al resto de las que conforman el libro.

**CAPÍTULO 1  
*CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA BIOÉTICA***

**Los antecedentes: ética y deontología médica**

Si la pregunta ética por excelencia es «¿qué debo hacer?», el ejercicio de la medicina como profesión que trata con la vida, la salud y la muerte siempre ha tenido una dimensión ética. Desde los problemas que puede acarrear la concepción hasta los dilemas que se presentan en las situaciones cercanas a la muerte, los médicos, como también los pacientes y sus allegados, pueden enfrentarse a cuestiones éticas difíciles[[3]](#footnote-3). De hecho, junto con los protocolos y técnicas que el estado del conocimiento ha proporcionado en cada momento, la práctica de la medicina siempre se ha guiado por principios y reglas de carácter moral[[4]](#footnote-4). Esos principios éticos han pretendido asegurar el recto ejercicio de una profesión que, por la particular importancia de los bienes que hay en juego y por la situación de asimetría que caracteriza la relación entre médico y paciente, necesita, quizás más que ninguna otra, de una especial prudencia y manejo de valores. Durante siglos fueron los propios médicos y no los cultivadores de la filosofía moral quienes, a través de su experiencia práctica y sentido común, cristalizaron en juramentos o códigos esas competencias y requisitos de rectitud que los colegas habían de reunir para admitirles a trabajar en los hospitales o inscribirles en las academias y sociedades profesionales. Por eso la ética médica, ese conjunto de principios éticos que rigen el ejercicio de la medicina, se ha expresado básicamente como deontología médica, cuya primera y más conocida manifestación se encuentra en el juramento hipocrático[[5]](#footnote-5).

El término deontología (del griego deon: lo que debe ser hecho) se debe a Bentham (1834), que lo utilizó para designar la ciencia de los deberes, y desde entonces ha sido corriente ceñir el uso de este vocablo a los deberes que han de cumplirse dentro de una profesión determinada. La deontología designa así la ética profesional, o sea, los deberes morales que son compartidos o aprobados por un colectivo profesional. Frente al término ética, más amplio, el término deontología es, pues, más preciso, al referirse directamente a una ética aplicada y práctica. Precisamente por ese carácter práctico que la acompaña, la deontología tiende a ser una ética codificada, y de hecho, desde el siglo XIX, esa ética común identificadora de la profesión es normalmente reflejada en un cuerpo normativo: el código deontológico. Por eso se ha entendido que la deontología exige un código de conducta, una tipificación de infracciones, un procedimiento de enjuiciamiento y un sistema de sanciones. Y por eso la exigencia de responsabilidades deontológicas discurre a través de un procedimiento «parajurídico»: a partir de la denuncia a un profesional se abre un expediente, se busca información sobre los hechos, se enjuician éstos desde un cuerpo de faltas legalmente establecido y, en su caso, se impone la correspondiente sanción[[6]](#footnote-6). En definitiva, ética y deontología son parcialmente coincidentes y parcialmente diferentes. Lo primero porque la deontología es la proyección de la ética en el ejercicio de una profesión o arte; lo segundo porque mientras la deontología cristaliza en un código y las responsabilidades deontológicas se depuran a través de un procedimiento concreto en un tribunal ad hoc, la ética, si puede decirse así, tiene en la conciencia su último tribunal.

Pero la deontología no es sólo una aplicación específica de la ética. Cumple desde luego una función informadora o rememorativa consistente de precisar o especificar en un código las reglas para la conducta ética en las circunstancias particulares y típicas del ejercicio de la medicina, y en este sentido presenta una dimensión individual que compromete la conducta personal de cada médico. Pero la deontología, sobre todo a raíz de la institucionalización de los colegios médicos, cumple también otra importante función regulativa, pues los códigos de ética y deontología médica, como en general el resto de códigos deontológicos, en tanto que guías de conducta profesional contienen los compromisos que los médicos contraen públicamente para garantizar a la sociedad un adecuado nivel de calidad de sus servicios profesionales. Adquiere así, también, una dimensión pública o institucional Más precisamente, la regulación de la profesión médica mediante un código deontológico supone un compromiso público, asumido por los médicos, de que ellos mism9s son capaces de velar por el control, dignidad y prestigio de la profesión. Es justamente este compromiso público, o mejor aún, la eficacia en su cumplimiento, la tazón de ser de su existencia como corporación profesional.

El nuevo Código de Ética y Deontología Médica español elaborado en 1999 por la Organización Médica Colegial recoge precisamente esa afirmación de guía de conducta profesional obligatoria:

Artículo 1.- La deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico.

Artículo 2:

1. Los deberes que impone este Código, en tanto que sancionados por una Entidad de Derecho Público, obligan a todos los médicos en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en que la practiquen.

2. El incumplimiento de alguna de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, cuya corrección se hará a través del procedimiento normativo en ellos establecido.

Este último aspecto público o institucional de la deontología médica merece ser destacado, pues le ha conferido un estatus intermedio entre la pura normatividad ática, cuyo cumplimiento es libre desde el punto de vista jurídico, y el derecho, cuyo cumplimiento es obligado. Más aún, los códigos deontológicos, en la medida en que no son sólo algo interno a la profesión sino que son también e inseparablemente el compromiso público que la corporación profesional asume para garantizar la calidad de la atención médica, se han convertido en el instrumento para medir la corrección (no sólo ática sino también jurídica) de la actuación profesional. Ello es así en relación sobre todo con las normas del código puramente deontológicas, reguladoras de aspectos de la actuación profesional que involucran derechos y bienes jurídicos dignos de protección y que no son regulados por el derecho estatal; pero es así también en relación con las normas puramente áticas, que han de ser tomadas en consideración por los tribunales para dotar de contenido a la *lex artis* de cara a la aplicación de numerosos preceptos jurídicos, para determinar, por ejemplo, si las instrucciones previas son acordes con la ¡ex anís, como exige la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su artículo 11.2 («No serán aplicadas las instrucciones previas contrarías al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas»); o para determinar la diligencia debida a fin de esclarecer si concurre o no negligencia en la actuación médica.

Los códigos deontológicos, en efecto, contienen normas de tres tipos. Algunas son puramente reiterativas de normas jurídicas, pues constituyen la versión de alguna norma legal, y en este sentido ni aumentan ni rebajan las exigencias legales. Otras lo que hacen es introducir exigencias o requisitos mayores a los mínimos impuestos por la ley, como las que imponen al médico la práctica de valores sociales que la ley no podría ni siquiera sugerir; son por tanto normas puramente éticas o perfeccionistas que elevan (o pretenden elevar) la calidad y excelencia de los servicios profesionales. Pero también hay normas puramente deontológicas, pues regulan aspectos del ejercicio profesional no regulados por el derecho estatal por la simple razón de que la corporación ha asumido el compromiso de garantizar su recto desarrollo. El Estado, por así decirlo, delega o confía al código deontológico la regulación de estos aspectos, lo cual supone un privilegio corporativo sólo justificable en la medida en que la corporación cumpla cabalmente con esos compromisos asumidos. Por eso, de cara a la justificación de estas normas puramente deontológicas, es muy importante no sólo que su contenido regulativo esté a la altura de las expectativas sociales, sino también, y sobre todo, que los órganos corporativos encargados de velar por su cumplimiento y depurar responsabilidades efectivamente lo hagan. Por lo demás, es también el buen funcionamiento de estos órganos lo que permitirá sostener que la profesión médica se caracteriza por esa elevada cualificación ética de que hacen gala los códigos deontológicos.

En España, los órganos de vigilancia y control de la normativa deontológica son las Comisiones de Deontología de los Colegios de Médicos, exigidas por los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial (art. 30). Son comisiones elegidas por las juntas directivas de los colegios y su labor fundamental ha sido y es la aplicación del código deontológico: sancionar las infracciones deontológicas y ejecutar las sanciones. La actuación de estas comisiones se ha visto refrendada por el Tribunal Constitucional, que en STC 219/1989 de 21 de diciembre establece que las normas deontológicas no son un simple catálogo de deberes morales sino que tienen consecuencias de tipo disciplinario. En suma, que no expresan simples aspiraciones de comportamiento deseable sino que establecen deberes de obligado cumplimiento para los profesionales. De hecho, los colegios profesionales y el Tribunal Supremo han sancionado tradicionalmente la infracción de tales deberes, que tienen, por tanto, valor de ley para los colegiados.

La función de control ético-profesional que cumplen las comisiones deontológicas es muy importante, pues de su calidad y seriedad depende la reputación social y profesional de los colegios de médicos. De todas formas, tienen poco poder para llevar a cabo este control, porque, de un lado, la comisión se le envían sólo los temas que el presidente del colegio o la junta directiva decide que traten y, de otro, la efectividad de sus resoluciones es competencia de la junta, que no está vinculada al dictamen de la comisión; es decir, es la junta directiva del colegio la que eventualmente y ¡t vista del dictamen de la comisión decide si abrir o no un expediente disciplinario o un expediente informativo.

Cuando las comisiones deontológicas no funcionan (debido, por ejemplo, a que la propia junta directiva decide no actuar por corporativismo[[7]](#footnote-7)), se rebaja el contenido ético de la profesión y se justifican las posturas que exigen que se suprima la obligatoriedad de la colegiación, al menos a los médicos del sector público, que ya tienen en los estatutos de sus centros sanitarios y en sus directivos y jefes de personal el control ético de sus actuaciones. Por lo demás, esta pasividad de las comisiones deontológicas, aun cuando sólo sea responsabilidad de la junta directiva, es muy negativa para el colectivo médico, porque alimenta la desconfianza de la población y muchas veces el médico se ve ante el juez, cosa que quizás podría evitarse si las comisiones actuasen bien.

En todo caso, si durante mucho tiempo se ha considerado que la deontología médica agotaba la ética médica, hoy en día esto ya no es así. En el último tercio del siglo pasado se ha producido una inflexión en la concepción y el alcance de esta última que hace inapropiada tal asimilación. Si hasta entonces la ética médica, expresada en los códigos deontológicos, se ceñía básicamente a asegurar el ejercicio correcto de la medicina en un contexto de problemas más o menos acotado y sobre cuya solución deontológica existía un cierto acuerdo, ese planteamiento se muestra ahora insuficiente ante el aumento cuantitativo y cualitativo de los nuevos problemas éticos que se presentan[[8]](#footnote-8). Nace así la bioética, un nuevo discurso asociado al enorme desarrollo de los conocimientos y tecnologías biomédicas y a la preocupación por el riesgo de abuso de los mismos y por el mal empleo de la medicina. Es más, el discurso sobre las obligaciones y responsabilidades éticas o deontológicas del personal sanitario se inserta en la actualidad en este discurso más amplio de la bioética.

**La bioética: un nuevo discurso  
Los orígenes**

Los orígenes de la preocupación por el mal empleo de la medicina y del conocimiento científico pueden trazarse hasta épocas muy remotas. El propio juramento hipocrático, al que aún hoy se someten los licenciados en medicina, es una primera señal histórica de la conciencia del poder que tienen los médicos sobre la supervivencia y bienestar de los seres humanos.

Los peligros asociados al conocimiento también nos retrotraen a períodos y textos antiguos. En el Génesis, como es bien conocido, se narra que e' pecado original se instila en los seres humanos como castigo por su curiosidad. El mito de Prometeo ilustra igualmente que nos equivocamos en querer dominar el mundo y evitar nuestra extinción. En venganza por (al ansia de saber y controlar, Zeus nos manda los males del ánfora de Pandora. Para muchos pensadores a lo largo de la historia, el día en tille el ser humano llegue a conocer todas las relaciones causales que gobiernan el mundo, y con ello cualquier evolución de éste, se acabará nuestra naturaleza humana tal y como la hemos conocido, pues la ignorancia del futuro es la condición de la libertad (ignorantia futuris, conditio libertatis), y ésta, por cierto, el presupuesto del juicio y el reproche moral y jurídico.

Para que ese cúmulo de preocupaciones genéricas cristalice en lo que hoy caracterizamos como «bioética>, habrá que esperar a una triple circunstancia. En primer lugar, a que la medicina y la biología consigan, de manera cierta, impactar en la vida de los seres humanos, logrando que sus promesas de curación efectiva se hagan realidad, o que sean más reales sus posibilidades de hacer que la vida humana aparezca, o que su final sea postergado. Tal cosa no ocurrirá hasta bien entrado el siglo XIX. Tengamos en cuenta que el mecanismo de la reproducción humana no es bien conocido hasta entonces, y que la genética empieza a dar sus primeros pasos a mediados del siglo XIX con los pioneros trabajos de Mendel; que la penicilina o el diagnóstico por imágenes no aparecen hasta mediados del siglo pasado, y así con otros muchos avances que han contribuido, en balance, a que nuestras vidas, biológicamente consideradas, sean de mayor calidad y duración.

La segunda circunstancia es el aprovechamiento masivo de los seres humanos como sujetos de investigación biomédica. Ésa fue una de las derivaciones del horror del Tercer Reich, como es bien sabido, aunque no siempre se tiene presente cuál fue el alcance de la perversión nazi, perversión de la que da buena cuenta la siguiente correspondencia mantenida entre una compañía farmacéutica y el campo de concentración de Auschwitz: «Para llevar a cabo unos experimentos con una nueva droga soporífera agradeceríamos nos proporcionaran una cierta cantidad de mujeres... Hemos recibido su respuesta, pero consideramos excesivo el precio de 200 marcos por mujer. Proponemos no pagar más de 170 marcos por cabeza. Si llegamos a un acuerdo, tomaremos posesión de las mujeres. Necesitamos más o menos unas 150... Recibido el pedido de 150 mujeres. A pesar de su delgadez y su debilidad, se las encontró satisfactorias... Se les aplicaron los tests. Murieron todos los sujetos. En breve entraremos en contacto con ustedes sobre un nuevo cargamento[[9]](#footnote-9)».

La ideología racista que alimentó estas atrocidades también propició y promovió la mejora de la especie humana mediante la mal llamada «eutanasia» de los débiles o inútiles y la práctica de la eugenesia. Se calcula que en agosto de 1941 más de 70.000 enfermos mentales y físicos habían sido víctimas en Alemania del programa eutanásico que comenzó en 1939, un conjunto de procedimientos que sólo pueden vincularse con la eutanasia porque el método de sacrificio no era tan cruento como en los campos de exterminio. Las ejecuciones se practicaron, por supuesto, sin el consentimiento de la víctima, lo cual hace que aquellas muertes frieran puros y simples asesinatos de quienes se consideraron manchones en la suprema condición aria.

La eugenesia, por otro lado, no fue un invento alemán sino un producto de las ideas de Francis Gakon, un explorador y antropólogo británico que murió en 1911 y bajo cuya inspiración se pusieron en práctica políticas de mejora de la especie, de manera más o menos burda, en muchos países occidentales; en Estados Unidos la eugenesia fue refrendada incluso por la Corte Suprema. Es célebre la opinión del juez Holmes, quien, en una sentencia en la que se ratificaba la constitucionalidad de la ley que permitía esterilizar a los deficientes, afirmaba, en referencia al recurrente, que: «tres generaciones de imbéciles eran suficientes». Fue sin embargo durante el régimen nazi cuando la «depuración» del género humano, mediante la esterilización forzosa, o la prohibición de los matrimonios mixtos, fue llevada hasta sus niveles más aberrantes. Es suficientemente elocuente recordar que en el banquillo de los juicios de Núremberg se sentaron 23 médicos, de los cuales 16 fueron declarados culpables y siete resultaron condenados a muerte. Esos médicos, bajo el «magisterio» del doctor Mengele, buscaban refinar la generación de seres humanos eliminando lo que ellos consideraban taras e impurezas. Para que esa manipulación genética fuese más operativa, sin embargo, aún no disponían del conocimiento preciso que llegaría con la descripción de la estructura del ácido desoxirribonucleico (ADN) en 1953 por parte de James Watson y Francis Crick.

La comunidad internacional, movida por este empleo de la ciencia al servicio del mal radical, promulga en 1964 la llamada Declaración de Helsinki, en la que se establece la prohibición absoluta de la experimentación con seres humanos sin que medie su consentimiento informado. Esta prohibición, que no es sino la expresión del principio de la autonomía (véase infra, ha quedado incorporada en los artículos 5, 15 y 16 del Convenio rara la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España mediante instrumento de 23 de julio de 1999 (BOE de 20-10-1999).

Así y todo, durante los años que median entre el ocaso del régimen nazi y la Declaración de Helsinki, en los Estados Unidos se está llevando a cabo una investigación con seres humanos que no será descubierta hasta la década de los setenta y que provocará el surgimiento en 1974 de la Comisión Nacional de Bioética dependiente del Congreso. A dicha comisión le fue encomendada la redacción de un informe (conocido como «Informe Belmont») en cuyas conclusiones finales publicadas en 1978 habrían quedado señalados los principios rectores de la bioética que serán objeto de análisis en el próximo epígrafe. El experimento es el conocido como «experimento Tuskegee», pues fue en esa localidad de Mississippi donde un grupo de control de cerca de cuatrocientos africanoamericanos que padecían la sífilis había estado siendo sometido a seguimiento durante casi cuarenta años sin que los individuos fueran informados de ello ni, por supuesto, curados.

A finales de la década de los sesenta se produce un avance terapéutico y quirúrgico crucial en la historia de la medicina. En 1967 el doctor Barnard lleva a cabo el primer transplante de corazón en un hospital de Sudáfrica. Mientras tanto, en Estados Unidos la perspectiva de los transplantes de órganos había llevado a la creación del «Comité Ad Hoc de la Facultad de Medicina de Harvard para examinar la definición de muerte cerebral». El informe, publicado en 1968, fue pronto reconocido como un documento dotado de autoridad, y sus criterios para la determinación de la muerte fueron adoptados rápida y ampliamente no sólo en los Estados Unidos sino también, con algunas modificaciones de los detalles técnicos, en la mayoría de los países del mundo[[10]](#footnote-10).

En el momento en el que ve la luz el Informe del Comité de Harvard, se están produciendo cambios notables, sobre todo en Estados Unidos, en las relaciones médico-paciente. Esas transformaciones suponen, en esencia, el abandono progresivo del tradicional modelo paternalista que había dominado secularmente la práctica médica y la consiguiente afirmación de la autonomía del paciente y de su derecho a ser informado. Tal mutación genera, por supuesto, conflictos de intereses, a veces muy profundamente éticos: el más característico y agudo es el del rechazo de tratamientos vitales y el auxilio al suicidio[[11]](#footnote-11).

Es 1976 el año que marca el inicio de la larga singladura en pos de la afirmación de un derecho constitucional al suicidio en Estados Unidos, el año en que la Corte Suprema del estado de New Jersey tiene que decidir si se cesa el tratamiento de soporte vital a Karen Ano Quinlan, que permanecía inconsciente con un daño cerebral irreversible. Posteriormente, en 1990 la Corte Suprema pone fin a la procelosa batalla judicial de la familia de Nancy Cruzan, quien en 1983, de resultas de un accidente de coche, había quedado en estado permanentemente vegetativo. Aquel tribunal, en una decisión adoptada en una apretada mayoría, resuelve que la Constitución de Estados Unidos no ampara un derecho fundamental a la disponibilidad de la propia vida y que, por lo tanto, la legislación del estado de Missouri que imponía una prueba cierta de la voluntad del paciente de que le sea retirada la alimentación forzosa o medios similares de sostén vital no era inconstitucional. Luego se hizo célebre el caso del doctor Kevorkian, inventor de un método para el suicidio que le otorgó celebridad y le valió el apelativo del «Doctor Muerte», o las pretensiones de un grupo de médicos del estado de Nueva York, encabezados por el doctor Timothy E. Quill, que cuestionaron ante la Corte Suprema la legislación vigente en ese estado que hace del suicidio asistido para pacientes terminales un delito.

En Europa no tardaron en llegar este tipo de conflictos. En España, probablemente haya sido Ramón Sampedro el abanderado de la causa eutanásica, aunque su petición de que se permitiera a alguien ayudarle a morir sin que tuviera que sufrir el castigo penal que establece el Código Penal no prosperó. Mediante auto de 19 de noviembre de 1996, la Audiencia Provincial de La Coruña ratificaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que años antes, en 1990, había afirmado que el derecho a la vida tille proclama el artículo 15 de la Constitución española no ampara el derecho a la propia muerte. En el año 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en el mismo sentido en el caso de Diane Pretty. Ella buscaba igualmente la exoneración anticipada de su marido, a quien solicitaba la ayudara a poner fin a su vida de parálisis casi absoluta.

La autonomía de los pacientes también ocupa el trasfondo del debate en torno de la licitud moral del aborto y de su despenalización, una controversia que necesariamente remite a una pléyade de cuestiones de interés dilecto para la bioética y el derecho: quiénes son sujetos de derechos, cuáles son los límites de la intervención punitiva del Estado, cuál es el alcance y significado, en definitiva, del valor de la vida humana. La aparición de las técnicas de reproducción humana asistida a finales de la década de los setenta y su rápida difusión desde entonces en los países occidentales han reavivado las reflexiones morales en torno a la reproducción humana. A ello se suma el extraordinario avance de la investigación en biología molecular, cuyo hito más importante es, sin duda, el de la transferencia nuclear somática mediante la cual se logra la clonación de animales. En 1961, John Gurdon, zoólogo de Oxford, lo había logrado con una rana, pero en 1996 el equipo de Jan Wilmut del Instituto Roslin de Escocia consigue clonar una oveja. La técnica empleada permite la obtención de las llamadas células troncales embrionarias, lo cual genera promesas terapéuticas colosales para el tratamiento de numerosas enfermedades y patologías en millones de seres humanos, pero también abre expectativas inquietantes sobre nuestro poder en la creación y especificación de la vida humana desde sus más tempranos inicios. La promesa de la clonación terapéutica, esto es, el transplante de células y tejidos personalizado sin riesgo de rechazo para curar enfermedades que hoy son intratables, va haciéndose realidad a pasos de gigante, aunque también se cometen traspiés de cuando en cuando (10).

Ese conjunto de preocupaciones éticas, ese discurso normativo sobre la práctica de la biomedicina y la biotecnología, es el que se designa con el término «bioética», un término que, por lo que parece, surgió por primera vez en el título del libro de Van Renselaer Potter Bioethics: a Bridge tú Me Future (Bioética: un puente hacia el futuro), publicado en 1971 y que hoy es ya de uso frecuente.

Los problemas y los retos

Algunas de las cuestiones que típicamente son objeto de interés para la bioética ya han sido apuntadas páginas atrás. Para hacer, sin embargo, una referencia y ordenación más exhaustiva, conviene tomar como punto de partida que, como han señalado muchos autores, la bioética no constituye una disciplina (<autónoma» porque disponga de un método y objeto propios, sino que es más bien un subconjunto de la ética normativa que agrupa casos moralmente problemáticos, vinculados entre sí por un hilo común sobre cuya identificación precisa tampoco hay consenso absoluto. Manuel Atienza ha señalado en ese sentido que los criterios éticos que rigen sobre esos asuntos «... no pueden ser otros que los principios generales de la ética, que adquieren una especial modulación.., de acuerdo con ciertas características típicas de esas esferas de actividad» (11). Los principios de la bioética señalados orientan la respuesta a tres preguntas prácticas clásicas: ¿quién debe decidir?, ¿qué beneficio se debe perseguir y/o qué daño se puede causar? y ¿qué trato debe darse a un individuo en relación con los demás? Sobre ello volveremos más adelante.

(ion estas indicaciones preliminares, podemos configurar una agenda de problemas para la bioética que no esté sometida a la aparición de uvances, procedimientos o descubrimientos biomédicos y biotecnológicos puntuales, sino que permita ir asociándolos a los grandes géneros de la hioérica.

Los seres humanos, como el resto de los seres vivos, vivimos biológicanlente, aunque, a diferencia de las plantas y de la gran mayoría de los animales, también poseemos una (<vida biográfica». Nacemos, crecemos, nos reproducimos y morimos, pero, por un lado, en ocasiones decidimos no reproducirnos y, por otro, siempre tenemos planes de vida, esto es, desarrollamos actividades no programadas genéticamente que son el fruto de nuestra decisión autónoma. En una vieja tira de Mafalda, Quino nos re- cuidaba, para lamentarlo, que los perros son perros, los gatos, gatos, pero los seres humanos somos abogados, ingenieros, biólogas, ejecutivas, escritoras, etc.

Si tomamos como referencia esas fases típicas de la vida biológica, la hioética se proyecta sobre los inicios de la vida humana y su planificación, la curación y el tratamiento de la enfermedad y los estadios finales de la vida humana. En cada uno de esos ámbitos está en juego el alcance de nuestra libertad. En cuanto a los inicios, obviamente los seres humanos no tienen nada que decir sobre su propio nacimiento, pero las modernas técnicas de reproducción humana asistida y la eficaz interrupción voluntana del embarazo, o el empleo de los métodos anticonceptivos, nos perniten hoy aseverar que a los seres humanos decidimos hacerles nacer cuando lo consideramos mejor y, cada vez más, con las características tite estimamos más idóneas. Eso es lo que la inyección intracítoplasmática <le espermatozoides o el diagnóstico embrionario preimplantatorio han puesto en nuestras manos. La fecundación in vitro y la inseminación arificial han permitido también que algunas de nuestras funciones corporales asociadas a la reproducción, y los gametos masculinos y femeninos, adquieran valor de uso y, consiguientemente, puedan ser tomados como «bienes» y «servicios» susceptibles de comercialización. Ante ese elenco de Posibilidades brindadas por la biomedicina, ¿cuál es el alcance de nuestra autonomía reproductiva o procreativa, y de qué manera el deber de no dañar se proyecta sobre esas fases iniciales del desarrollo de los seres humanos restringiendo así la investigación científica y la elección autónoma de los

notas:

(10) En febrero de 2004 la revista Science publicó e1 trabajo de un equipo de investigadores coreanos liderados por Woo Suk Hwang, de la Universidad Nacional de Seúl en Corea, en el que mostraban cómo habían logrado extraer células troncales embrionarias humanas de 30 embriones obtenidos por clonación. En mayo de 2005 ese mismo equipo hizo público su éxito en derivar, a partir de células troncales embrionarias logradas por clonación de nueve enfermos, once líneas celulares humanas específicas. No mucho tiempo después, se supo del enorme fraude científico que se escondía tras las investigaciones y publicaciones del equipo de Hwang. En el capítulo 6 abundaremos sobre ello.

(11) Manuel Atienza, «Juridificar la bioética» (1996), ahora en Bioéticay Derecho, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, p. 67.

individuos? Con la información sobre el embrión de la que hoy podemos disponer, ¿constituye también un daño brindar existencia a quien sabemos Vivirá una vida de padecimientos severos? Si nos es dado manipular la línea germinal de la especie humana erradicando así patologías para siempre ¿qué nos impide moralmente hacerlo? ¿Qué hay de malo, más allá del prejuicio en elegir algunos rasgos de nuestra futura descendencia como el sexo, el color de la piel o de los ojos? ¿Son admisibles las gesta- clones de sustitución o las compraventas de óvulos o esperma? En un mundo asolado por las carencias de millones de niños, el recurso a la reproducción humana asistida como modo de colmar el anhelo de ser padres Y madres puede aparecer también como una afrenta a la justicia, y, por lo tanto, como otro elemento que podría limitar la libertad procreatwa.

La autonomía personal, el respeto a la vida y bienestar ajenos y la Justa distribución de los recursos se concitan en el tratamiento sanitario que nos permite vivir mejor durante esa fase de vida biológica a la que nos referimos como «crecimiento». Es en ese momento cuando podemos ejercer Plenamente nuestro autogobierno y reclamar al tiempo ser tratados con justicia, esto es, como iguales cuando somos iguales en los rasgos y Condiciones relevantes. Pero ¿cuáles son éstas? Como se ha dicho anteriormente la tecnología biomédica se ha desarrollado de manera fabulosa desde los inicios del siglo xx ofreciendo incesantes oportunidades (sobre todo en el ámbito diagnóstico y quirúrgico) de consumir más y más recursos, que no dejan de ser escasos porque su demanda es igualmente ilimitada. ¿Bajo qué criterios distribuir dichos recursos? El mérito? ¿La cesidacl? ¿La capacidad? ¿Cómo aplicar, en definitiva, el principio de la justicia o equidad entre los beneficiarios potenciales de los tratamientos, de los órganos transplantables de las unidades de terapia intensiva, de medicamentos de última generación, etc.?

Se puede afirmar que hoy hay consenso acerca de la necesidad absoluta de contar con el consentimiento de los afectados a la hora de emprender una experimentación o un ensayo clínico. Ésa es, sin embargo, una condición necesaria pero no suficiente. El recelo frente a los ensayos con los llamados «grupos de control» muestra que el paternalismo aún tiene un margen de aplicación Más todavía, si cabe, si pensamos en la prohibición general que existe en muchas legislaciones sobre el comercio de órganos. Nuestro cuerpo no nos pertenece hasta el punto de que nos sea dado vender un órgano a quien lo necesita. El paternalismo también está presentecomo contrapunto al deber de información al paciente que pende sobre los profesionales sanitarios, si, por consideraciones basadas en la obligación de no dañar, se evita con el secreto un mal mayor. En esos casos, el consentimiento «informado» no será posible.

No hay muerte natural, proclamó Simone de Beauvoir, precisamente Porque la sola presencia del ser humano cuestiona al mundo. Toda muerte (le un ser humano, añadía, es un accidente, una forma de violencia (12). Morir es un mal, y, aunque se discuta desde tiempo inmemorial por qué lo es exactamente, es un hecho incontestable que nos resulta trágica la pérdida que supone el fallecimiento. Hace relativamente pocas décadas, preguntarse cuándo había muerto un ser humano suscitaba la perplejidad de quien se ve inquirido acerca de un hecho indubitado. Hoy, en cambio, la demarcación precisa de ese acontecimiento «natural» sí es dubitable. La razón es, nuevamente, nuestro mayor conocimiento y la tecnología que nos permite sondear la actividad cerebral profunda y descubrir que, más allá de la anulación de las funciones del córtex cerebral, las que en definitiva asociamos a una vida «humana», en el cerebro pueden seguir pasando cosas. La tecnología médica, además, permite hoy prolongar casi sin plazo ese tipo de «vidas» irreconociblemente humanas y reconocidamente inhumanas.

Si morir es un mal, sufrir sin esperanza de recuperación parece un mal mayor. Es por ello por lo que crecientemente se reclama poder disponer libremente de nuestro propio final como un último ejercicio de la soberanía sobre nuestra vida. De la inmoralidad del llamado «Fncarnizamiento terapéutico», el empleo de todos los medios posibles para aplazar inútilmente la muerte, se ha pasado a vindicar la atemperación del sufrimiento mediante medicamentos que, colateralmente, nos acortarán la vida (es la denominada «eutanasia indirecta»), cuando no directamente a la administración de una buena muerte de manera activa, y de ahí a la posibilidad de anticipar nuestra voluntad para el caso de que, ante la eventualidad de que se nos apliquen tratamientos fútiles de sostenimiento vital y nuestra imposibilidad de consentir por inconsciencia o incompetencia, se nos deje morir con dignidad.

«Dignidad», ése es el magno concepto que sintetiza seguramente todas nuestras reflexiones morales relativas a la biomedicina. Y es que, para empezar, lo que el propio avance científico y tecnológico estaría poniendo

notas:

(12) Una muerte muy dulce, Barcelona, Edhasa, 1982, p. 155.

en solfa, como nunca antes en la historia de la humanidad, es precisamente esa condición nuestra como seres humanos, una condición, la de la dignidad, que en tiempos del humanismo renacentista quedaba asociada al privilegio que nos había sido dado por Dios al elegimos como criatura en la que encarnarse, y que, desde la Ilustración, en cambio, entendemos como aquella característica exclusiva de nuestra especie que nos hace no tener equivalente o precio, ser sujetos, «escultores de nosotros mismos>, como afirmara Pico de la Mirándola (13). Y resulta, en cambio, que, por lo que nos revela la ciencia, nuestra materia es muy común, y sí podemos ser esculpidos por manos ajenas. Hoy sabemos, por ejemplo, que compartimos un altísimo porcentaje de nuestro genoma con muchas especies animales. Es muy poco lo que nos diferencia de nuestros primos hermanos los grandes simios, aunque ciertamente esa escasa diferencia marca una gran distancia. En todo caso, lo que de manera cada vez más patente revelan las ciencias biomédicas es un horizonte no tan lejano en el que no somos tal '<milagro» de la naturaleza; que las causas de nuestra conformación biológica son cognoscibles y manipulables, para bien y para mal; que nuestra venida al mundo puede estar programada, y que, inclusive, tal vez algún día podamos ser inmortales, tanto porque todo en nuestro cuerpo sea restaurable cuanto porque nos hibernemos esperando despertar en un futuro en el que la ciencia ha avanzado lo suficiente como para resucitarnos y curarnos. En eso consiste la criogénesis que en los Estados Unidos se comercializa desde hace tiempo.

Cuando hemos asociado nuestra dignidad al «misterio» de la especie humana, y el misterio se va desvelando, parece desvanecerse con él nuestra peculiar condición de fines en sí mismos, de criaturas «especiales». Nos damos cuenta de nuestra «naturalidad», «manipulabilidad» y «programabilidad biológica», pero al tiempo, y esto es lo paradójico, del inmenso poder que tenemos en nuestras manos y lo mucho que podemos afectar al medio en el que vivimos, sus frágiles y sutiles equilibrios, así como a algunas instituciones sociales y culturales básicas que nos acompañan desde tiempos prehistóricos.

Los comités de ática

Antes se ha hecho alusión a la proliferación de los conflictos de intereses titie surgen en paralelo al cambio de modelo de relaciones entre los médicos y los pacientes. Ello explica en buena medida el auge de «comités de ética hospitalarios», una de cuyas primeras funciones es tratar de aminorar el nivel de litigiosidad judicial. Fue en Estados Unidos donde esa necesidad se constató primero tras el conocido caso de Karen Ann Quinlan, al iue ya hicimos alusión anteriormente, en el que la batalla judicial entre la familia de Karen Ann y el hospital de Saint Clare donde se hallaba en estado vegetativo persistente duró casi diez años.

Lo que hoy conocemos como «comités de ética», sin embargo, tienen antecedentes más remotos. Existieron órganos similares a los actuales coinités durante la década de los veinte, años en los que se practicó la eugenesia y había que determinar quiénes eran susceptibles de esterilización. Posteriormente, con la aparición de la hemodiálisis, los hospitales se vieron en la tesitura de decidir la distribución de ese recurso entre los enfermos renales, y en ese proceso decisorio, junto con las consideraciones clínicas, también eran sopesados factores de otra índole, consitieraciones, podríamos decir, de «justicia». Así ocurrió en el hospital de Seattle en los años sesenta con su célebre «Comité de la vida y la muerte», del que con razón se ha podido señalar que constituye el primer comité de bioética de la historia (14). Ese fenómeno se vivirá igualmente en Europa años después y se extenderá a otras áreas mis allá de la práctica clínica (la reproducción humana asistida y la investigación, sobre todo). En esencia, los comités de ética son grupos de personas de formación inultidiscíplinar cuya misión es el asesoramiento en los aspectos éticos de la práctica biomédica con el objetivo de mejorar la asistencia sanitaria y defender los derechos de los individuos involucrados en dicha práctica. 1 )e manera no exhaustiva se ocupan de dar directrices sobre cuestiones tales como los protocolos de consentimiento informado, reanimación, actuación con neonatos con minusvalías graves, retirada de soportes vitales, etc.

Junto al Comité de Bioética de España, un órgano colegiado de carácter consultivo creado a finales de diciembre de 2007 en cumplimiento (le la previsión hecha por la por la Ley 14/2007 de Investigación Biomé-

notas:

(13) De la dignidad del hombre, Madrid, Editora Nacional, 1984 (edición preparada por Luis Martínez Gómez).

(14) Xavier Sarrias Loreoz, «Comités Éticos Asisrenciales», en http://www.aceb.org/comit.htm

dica (arts. 1 y 77 a 81) (15), en España existen tres grandes tipos de comités de ética en el ámbito de la biomedicina: los GEAS (comités de ética de la asistencia sanitaria), los CEIC (comités de ética de la investigación clínica) y los GEl (comités de ética de la investigación). El primer germen de los actuales GEAS fue el comité del Hospital Materno-Infantil Sant Joan de Den de Barcelona, puesto en marcha en 1975 por el doctor Francesc Abel, y la primera regulación fue la de la orden de la Consejería de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña de 14 de diciembre de 1993. Posteriormente llegarían la circular del Insalud (3/95) de la Subdirección General de Atención Especializada emitida en marzo de 1995 y el Decreto 143/1995 de 7 de febrero de la Consejería de Sanidad del País Vasco (BOPV de 2 de marzo). Hoy la existencia de los GEAS está avalada, sin embargo, por legislaciones más exhaustivas de las Comunidades Autónomas que han considerado pertinente regular sobre esa materia (16). En general en todas ellas se mantiene su carácter voluntario para los centros asistenciales y su naturaleza de órgano consultivo y de formación en bioética.

En la Comunidad Autónoma de Madrid así se hace en el Decreto 61/2003 de 8 de mayo (publicado en el BOGAM de 27 de mayo). Su composición incluye personal sanitario del centro, uno de los cuales ha de tener acreditada formación en bioética, personal no sanitario del centro, un profesional del derecho con conocimientos en la legislación sanitaria, profesionales ajenos a la salud «con interés acreditado en ética» y, en su caso, personas que proporcionan asistencia religiosa, para completar un total de diez miembros.

Los GEAS son acreditados por una agencia administrativa dependiente de las consejerías de sanidad de las Comunidades Autónomas que además supervisa el funcionamiento de aquéllos, que es en general, por su naturaleza, composición y recursos, muy variable en función de los cen1 ros. En los últimos tiempos, los comités de ética de la asistencia sanitaria están sufriendo una transformación paulatina derivando hacia órganos de asesoramiento y control no ya de la práctica clínica, sino de la organización sanitaria en su conjunto con la misión de mejorar la calidad de todo ci proceso del servicio asistencial. Es lo que algún autor ha denominado el tránsito de la «microética» a la «mesoética>s17.

Los comités de ética de la investigación clínica (o GEIG) son aquellos encargados de ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales de los ensayos clínicos mediante el análisis de sus protocolos y del balance entre riesgos y beneficios del ensayo. Se encuentran regulados por la Ley 2912006 de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos (art. 60). Los CEIC han de estar acreditados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma que corresponda, pues también éstas han legislado sobre dichos comités, y estarán formados por médicos, farmacéuticos del hospital, farmacólogos, personal de enfermería y profesionales no sanitarios de los que al menos uno será jurista.

Mediante el ensayo clínico de un medicamento se pretende comprobar cuáles son sus efectos clínicos y farmacológicos: reacciones adversas, absorción, distribución, metabolismo y eliminación del producto para así determinar su eficacia e inocuidad. Típicamente, el desrrollo del ensayo clínico del producto comprende cuatro fases. En la primera, se estudia la farmacología clínica del medicamento en individuos voluntarios sanos con e1 objetivo de calibrar la tolerancia y las características del nuevo producto. En la segunda fase se realizan ensayos en una muestra pequeña de pacientes tratando de obtener los rangos de dosis adecuados y la eficacia y seguridad del fármaco. En la tercera fase se procede al estudio controlado y aleatorio en un número elevado de pacientes para poder establecer la relación riesgo/beneficio frente a otras alternativas terapéuticas ya conocidas y comprobadas. En la última fase se procede a estudiar y vigilar la seguridad y eficacia del nuevo medicamento en una gran muestra de población, una vez que el producto ha sido autorizado y se comercializa.

notas:

(15) Este comité aparece como un remedo de los comités nacionales que, con distintas denominaciones yen numerosos países, se ocupan desde hace ya años de todas las cuestiones vinculadas con la biomedicina, y no sólo con la reproducción humana asistida o con la investigación científica. De entre los existentes en numerosos países, tal vez sea el Comité Consultivo Nacional de Ciencias de la Vida y de la Salud francés el más conocido e influyente. Fue creado en 1983, tiene carácter independiente, consultivo y multidisciplinar y consta de 41 miembros, cinco de los cuales representan a las principales religiones y filosofas y son designados por el presidente de la República; 19 de sus miembros son escogidos por su competencia e interés en cuestiones éticos y 15 son investigadores científicos.

(16) En Castilla-León, mediante el Decreto 10812002 de 12 de septiembre (Boletín Oficial de 18 de septiembre de 2002); en Andalucía en el Decreto 23212002 de 17 de septiembre (Boletín Oficial de 19 de octubre); en Navarra la Orden Foral 43512001 de 24 de agosto del consejero de Salud (Boletín Oficial de 24 de septiembre); en Galicia el 11712000 de 22 de junio (Diario Oficial de 5 de julio) y en la Comunidad Autónoma Valenciana el Decreto 9912004 de 11 de junio (Boletín de 24 de junio).

(17) Ética de las organizaciones sanitarias. Nuevos modelos de calidad, Pablo Simón (ed.), Madrid, Iriacasrela, 2005, p. 43.

Dados los riesgos que se asumen en el ensayo clínico de un medicamento nuevo y la experiencia histórica de la que hemos dado cuenta anteriormente, la actividad de probar la eficacia y virtudes de un nuevo fármaco está sometida a fortísimos requisitos en la inmensa mayoría de los países del mundo. En España así los imponen la Ley del Medicamento antes mencionada y el Real Decreto 223/2004 de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, y mediante el que se incorpora la Directiva 2002120/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Todo ese elenco de normas no hacen sino especificar los criterios de la Declaración de Helsinki de 1964 (véase supra).

Los CEIC se ocupan de supervisar que se dan las condiciones del consentimiento informado de quien participa en el ensayo de manera voluntaria: que no ha sido manipulado, mediante, por ejemplo, una información que exagera los riesgos y perjuicios de la enfermedad que el medicamento viene a paliar, o los beneficios que éste acarreará; que ha sido adecuadamente informado y que esa información incluye que puede revocar su consentimiento a participar en el ensayo en cualquier momento y sin ser sometido a presión alguna, y que se ha comprobado que ha entendido suficientemente las condiciones y circunstancias del ensayo en función de sus características personales (su capacidad intelectual y de razonamiento).

Los comités de ética de la investigación (CEI) han sido creados por la mencionada Ley de Investigación Biomédica del año 2007 y desarrollan sus funciones —en general, calibrar los aspectos metodológicos, éticos y jurídicos de los proyectos de investigación que se vayan a emprender, y sus riesgos y beneficios— en los centros que lleven a cabo investigación biomédica (art. 12). De acuerdo con la disposición transitoria tercera de la Ley de Investigación Biomédica, a medida que se vayan constituyendo, estos comités irán reemplazando paulatinamente a los CEIC asumiendo sus funciones.

A los CEAS, CEIC y CEI hay que añadir los comités que, con carácter especial, han creado algunas leyes para materias específicas. Interesa mencionar especialmente la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, definida en el artículo 20 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como un órgano consultivo dirigido «... a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan». Entre sus funciones más relevantes está la de emitir el preceptivo informe favorable a la realización del diagnóstico preimplantacional fuera de los casos expresamente previstos en la ley (detección y evitación de enfermedades graves), y, en particular, en los supuestos en los que se busca determinar la histocompatibilidad del embrión para beneficio terapéutico futuro de un tercero mediante un eventual transplante de Progenitores hematopoyéticos (18).

Las concepciones: bioética de máximos y bioética de mínimos

Aunque se considerara que la bioética implica una reflexión exclusivamente ética sobre los problemas que aborda, no tendría ningún sentido reservar este discurso —como algunos pretenden— a los cultivadores de la Filosofía moral, como si el resto de los humanos carecieran de competencia (o de interés) para discutir sobre asuntos éticos. Pero es que, además, se da la circunstancia de que los nuevos problemas prácticos sobre los que la hioética gira tienen no sólo implicaciones éticas, sino también científicas, políticas, sociales, económicas y jurídicas. Precisamente por eso se ha convertido en un lugar común caracterizar a la bioética como un discurso interdisciplinar en el que confluyen las perspectivas de la ética y de las ciencias biomédicas pero donde también se dan cita los análisis políticos, jurídicos, económicos y sociales (19).

Sin embargo, más allá de esta nota de interdisciplinariedad, proporcionar un concepto de bioética deja de ser una cuestión pacífica. Existen al menos dos grandes concepciones de ésta que responden, a su vez, a pretensiones diferentes. Por decirlo muy sumariamente: en un caso lo que se Pretende es que la bioética proporcione (o «descubra») las reglas claras y concluyentes sobre lo que (éticamente) puede y/o debe hacerse ante cada problema o discusión bioética suscitada; en el otro el objetivo es mucho

(18) Se trata de los vulgarmente conocidos como «bebés-medicamento». En España, el primero de csros bebés Øavier) nació en Sevilla el 14 de octubre de 2008. La esperanza de sus padres es que, mediante transplante de sangre del cordón umbilical o de médula ósea, se logre la cura de su hermano, que padece una severa forma de anemia congénita. Sobre todo ello, véase el epígrafe de la página 95 del capítulo 2.

(19) La dimensión interdisciplinar de la bioética es un rasgo comúnmente destacado. Véase, a título tIc ejemplo, Marciano Vida], Bioética. Estadios de hioética racional, Madrid, Tecnos, 1989, p. 16.

más modesto: se aspira a alcanzar consensos sobre los problemas bioéticos presentes o futuros en los que existen o pueden existir desacuerdos.

La primera concepción presupone que existen reglas éticas objetivas e indiscutibles para todos los asuntos humanos, y de ahí que se pretenda buscar también la respuesta normativa correcta a los problemas bioéticos. La bioética se presenta entonces como un discurso con unidad doctrinal sobre los límites y condiciones de la investigación y la utilización de las biotecnologías que ha de proporcionar esas anheladas respuestas normativas a los problemas bioéticos; es decir, como un discurso prescriptivo capaz de ofrecer reglas claras de actuación o, si se quiere, capaz de alcanzar un código bioético al modo de los tradicionales códigos deontológicos que anteriormente vimos. Esta es la razón por la que no parece inapropiado llamar a esta concepción «reglamentista», aunque ésta es una cuestión menor.

La segunda concepción no descansa en (aunque en el plano personal no es incompatible con) la existencia de reglas éticas indiscutibles que han de gobernar la acción humana, pues se asume que pueden existir diferentes e incompatibles sistemas éticos que provocan desacuerdos sobre el modo en que deben ser abordados y resueltos los problemas prácticos. Por eso la pretensión aquí ya no es tanto (o no sólo) buscar un código de reglas que oriente la acción cuanto alcanzar consensos sobre problemas bioéticos. La bioética se presenta entonces como un método de análisis que, a partir de unos principios aceptados, ayuda a establecer las bases, el procedimiento o las reglas de juego para poder alcanzar esos consensos y resolver problemas prácticos concretos. Y por eso parece adecuado denominar a esta concepción «procedimentalista» o «consensualista».

Es evidente que la primera concepción, por cuanto aspira a establecer de manera más o menos rígida y cerrada las reglas de actuación en este campo, ha de ser más sugestiva para quienes no están dispuestos a reconocer otros códigos morales que los propios y aspiran a imponerlos a los demás. La segunda concepción, en cambio, por cuanto sólo aspira a alcanzar acuerdos sobre la base de una discusión racional y abierta, es más flexible que la anterior, y en consecuencia también más apropiada y factible en el marco de sociedades complejas y plurales. Esta última consideración es importante, porque, si una propuesta bioética pretende ser útil, ha de tomar en cuenta el tipo de sociedad sobre el que se proyecta.

Aunque seguramente habría que introducir matices, puede decirse que las sociedades actuales son plurales, pues en ellas conviven distintos grupos políticos, religiosos y culturales que mantienen muchas veces dikrcntes e incompatibles cosmovisiones, ideologías y opciones morales. En estas circunstancias sólo se puede aspirar razonablemente a un consenso ético civil basado no en un rígido y sólo parcialmente aceptado código moral, sino en valores ampliamente compartidos, aceptables para la mayoría. Pretender en cambio fundamentar los juicios bioéticos en códigos morales sólo parcialmente aceptados —como sucede con las propuestas bioéticas de corte religioso— es una tarea abocada al fracaso. Por eso, a pesar de que los distintos individuos o grupos pueden (es más, deben) vivir según sus propios sistemas éticos, para evaluar y decidir sobre las cuestiolles comunes hemos de contar con principios éticos consensuados: el enjuiciamiento y la regulación de estas cuestiones no pueden quedar al albur de los criterios éticos de personas o grupos particulares. No es casual que Daniel Callahan, fundador del Hastings Center, haya indicado que uno de los factores que más contribuyeron a la aceptación de los estudios de bioética en Estados Unidos fuera precisamente el haber abandonado los análisis teológicos o religiosos para centrarse en una bioética laica, más empeñada en buscar consensos ante la pluralidad cultural e ideológica (20).

Las expresiones ética de mínimos y ¿rica de máximos reflejan perfectamente esta situación. La primera hace referencia al mínimo común denominador moral en una sociedad pluralista, al nivel (mínimo) ético exigible; la segunda hace referencia al nivel (máximo) ético opcional, a nuestros particulares ideales de perfección moral". Por eso la ética privada, ese conjunto de principios que cada uno considera corecto, expresa el máximo ético por el que conducimos nuestra vida; la ética del consenso o el compromiso, en cambio, la ¿tica pública, expresa el mínimo ético consensuado que nos permite decidir sobre las cuestiones comunes.

En consonancia con ello se habla de bioe'tica de mdximos y bioética de mínimos. La primera hace referencia a las propuestas bioéticas basadas en una ética de máximos, por ejemplo en una moral religiosa, o, si se quiere,

notas:

(20) Daniel Callahan, «Why America accepred Bioethics», Hwtings Cerner Repon 23 (1993). 1 ambimn en España hace ya algunos años que Marciano Vidal expresaba esta misma idea ha- siendo alusión a la exigencia de «descon&sionalización» de la bioética. La bioérica —decía— «ha de apoyarse en la racionalidad humana secular y ha de ser compartida por todas las personas>; y ha de buscar un paradigma de racionalidad ¿tica «que se sitúe más allá del ordenamiento jurídico y deontológico y más acá de las convicciones religiosas». Véase Bioética. Estudios tú bioérica raeMnal, cit., P. 19.

(21) Cfr. Adela Cortina, Ética mínima: Introducción a la filosofía política, Madrid, Tecnos, 1986.

en un sistema moral comprehensivo y totalizador que gobierna tanto en la esfera privada como en la pública, que tiene en definitiva por objeto la justicia y la virtud. Si puede decirse así, la bioética de máximos no reconoce la distinción entre ética privada y ética pública, pues apuesta por la proyección del máximo ético en la esfera pública. La segunda (la bioética de mínimos) hace referencia a las propuestas que pretenden basar la bioética en el mínimo ético exigible, o, si se quiere, es la que está vinculada a una teoría de la justicia para el ámbito público. Si puede decirse así, la bioética de mínimos parte de la distinción entre ética privada y ética pública y considera que la bioética sólo involucra a esta última y ha de basarse por consiguiente en un mínimo ético consensuado. Ese mínimo ético consensuado, al menos en la cultura política de Occidente, lo constituyen los derechos humanos. No en vano muchos convenios y declaraciones sobre bioética se presentan con el objetivo de preservar los derechos y la dignidad del hombre (22).

A la vista de lo anterior, parece claro que una propuesta bioética que pretenda ser útil en sociedades plurales y profundamente secularizadas no puede ser una bioética de máximos. La bioética de máximos es ciega frente al hecho de la pluralidad social; máxime si se considera que el discurso de la bioética, por el alcance global de las cuestiones sobre las que versa, tiene una vocación universalista, y es evidente que en un contexto universal, y no local, el pluralismo cultural, ideológico y moral se acentúa. Sólo unos mínimos éticos consensuados (es decir, una bioética de mínimos) permitirán que la sociedad pueda legislar sobre estas cuestiones a nivel no sólo estatal sino mundial. Esto no significa que las particulares cosmovisiones culturales y religiosas hayan de quedar al margen del discurso bioético. Significa tan sólo que no pueden constituir un anclaje en una discusión que ha de ser racional y estar asentada en valores comunes compartidos (23). La bioética apropiada para una sociedad plural y secular ha de concebirse, pues, como una bioética de mínimos. Por lo demás, es evidente que mientras que la bioética de máximos sólo puede vincularse a tion concepción reglamentista de la bioética, la bioética de mínimos, aunque no es incompatible con la concepción reglamentista, es más coherente con (o se encuentra más ligada a) la concepción consensualista.

La bioética de mínimos ha obtenido gran renombre con la propuesta del estadounidense Hugo Tristram Engelhardt. La tesis que este autor niantiene es justamente que la bioética pública tiene que ser minimalista y permisiva, porque no hay un acuerdo común sobre una jerarquía de valores que pudiera sustituir la autodeterminación del individuo como rekrencia principal. Naturalmente esto no es óbice para que los grupos religiosos, políticos o sociales puedan y deban ofrecer una enseñanza más exigente que complemente la ética pública minimalista y prohíba ciertos iltios sobre los que ésta no se pronuncia. La Iglesia Católica, por ejemplo, puede y debe, según sus convicciones, prohibir ciertos actos como el ghorto, la eutanasia o incluso el recurso a la reproducción asistida. La sociedad seglar, sin embargo, no puede prohibir estos actos, porque no existe un consenso total sobre su inmoralidad (24).

Entre las teorías bioéticas de mínimos que dominan la discusión contemporánea. la más conocida fue expuesta en 1979 por Tom L. Beaucliamp y James F. Childress, del Kennedy Institute of Ethics de 'Washington, en su célebre libro Principies ofBiomedicaiEthici25. Su teoría ha Mido denominada «principialismo»26, porque destaca la importancia de cuatro principios básicos en el ámbito de la medicina: el deber de respetar la autodeterminación del paciente (autonomía), el ddber de hacer el bien (beneficencia), el deber de evitar el mal (no maleficencia) y el deber de

notas:

(22) Así sucede expresamente con el Convenio de Bioética del Consejo de Europa o Convenio de Oviedo, cuyo título real reza: «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina»; o con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la UNESCO en 1997; y en general con la mayoría de los documentos sobre bioética, que suelen comenzar recordando la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y otras convenciones y pactos internacionales de derechos o de lucha contra la discriminación sexual y racial. Véase, por todos, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, que constituye el gran documento universal sobre bioética de la UNESCO.

(23) Como observa Juan Masía Clavel, muchos problemas bioéticos son en realidad problemas culturales, surgidos justamente de una diversidad de cosmovisiones y valores (Bioéticay antropología,Madrid, Universidad de Comillas, 2.» cd., 2004). Es evidente que la solución a estos problemas che contar con la participación de las distintas posiciones enfrentadas. Pero lo que no cabe es liii' ninguna de ellas pretenda erigirse en el mínimo ético que oriente la discusión. Ese mínimo ético ha de ser consensuado.

(24) Cfr. estas posiciones en The Foundations of Bioethics, Nueva York, Oxford University Press, 2.ª ed., 1996, y Bioethics and Secular Humanism: The Search for a Common Morality, Filadelfia/Londres, Trinity Press, 1991.

(25) Hay traducción española de F. Javier Júdez Gutiérrez en Principios de ético biornédica, Barcelona, Masson, 1999. Para una buena síntesis del contenido de la obra, véase Diego Gracia, Vroecdimientos de decisión en ética clínica, cit., capítulo tercero.

(26) Fueron K. Danner Clouser y Bernard Gen quienes usaron por primera vea el término «prinijsialismo», en tono despectivo, en un artículo crítico con el modelo de Beauchamp y Childress: A Critique of Principialism», The Journal of Medicine and Philosophy 15(1990), pp. 219-236. El término, desde entonces, ha hecho fortuna.

promover la igualdad (justicia). El principialismo, desde su formulación, es la concepción dominante en bioética, y no sólo en Estados Unidos sino en muchos otros países. Su éxito mundial seguramente obedezca a que es teóricamente muy fructífera, porque identifica de manera sintética los grandes temas de la ética biomédica y propone un modelo que permite explicar los dilemas que surgen en su aplicación, pero también, y sobre todo, a que resulta políticamente viable, precisamente porque no ofrece soluciones rígidas y concluyentes a estos dilemas. Es más, el principialismo permite concebir la bioética como un método para debatir los problemas y adoptar decisiones. Por eso se vincula a lo que aquí hemos denominado «concepción procedimentalista o consensualista».

Los principios

Los principios básicos de la bioética

El respeto a la vida y la promoción de la salud son los grandes principios que enmarcan la actuación médica. Respetar, promover y defender la vida es el primer deber ético del ser humano, y por tanto constituye también (o sobre todo) el primer deber ético del médico. La salud es una cualidad de la persona que vive, y, por tanto, en el ámbito de la promoción y defensa de la vida se inscribe la promoción y defensa de la salud. No se trata, claro está, de una obligación de garantizar la salud, cosa por lo demás imposible, sino de la obligación de poner los medios y los cuidados indispensables para su defensa y promoción.

La declaración de Principios generales del Código de Ética y Deontología Médica se abre precisamente con este gran principio que enmarca la actuación médica:

Artículo 4.1. La profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad. En consecuencia, respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de Ja salud del individuo y de la comunidad, son los deberes primordiales del médico.

Sobre este referente valorativo se desgranan los principios básicos de la bioética, que apuntan criterios éticos para la toma de decisiones en la práctica clínica y en la investigación y experimentación biomédica y biológica y sobre los que existe también un amplio consenso. Se trata de principios que constituyen el material con el que se teje toda discusión bioérica: investigación con embriones, experimentación en humanos, eutanasia, trasplantes, terapias génicas, rechazo de tratamientos, reparto de recursos escasos en medicina, etc. Aunque algunos de esos principios ya habían sido apuntados en 1978 en el Informe Belmont (27), su primera formulación canónica se realiza un año después en la comentada obra de Beauchamp y Cbildress. Los cuatro principios contenidos en ella (el de autonomía, que implica la obligación de respetar a los otros como personas autónomas; el de no maleficencia, que implica la obligación de no causar daño; el tic beneficencia, que implica la obligación de hacer o promocionar el bien y prevenir o eliminar el daño, y el de justicia o equidad en la distribución de los riesgos, recursos y beneficios) constituyen un punto firme en la discusión bioética actual. Varía, desde luego, el grado de importancia que en las distintas posiciones se confiere a cada uno de estos principios. Suele decirse, por ejemplo, que en las propuestas bioéticas de corte anglosajón se concede una importancia decisiva al principio de autonomía, mientras que las exigencias que derivan de la justicia distributiva, a diferencia de lo que sucedería con las propuestas bioéticas de corte europeo, no se atienden con la misma fuerza (28). También hay quien denuncia la importancia que en toda la cultura occidental en general se concede al principio de autonomía a costa del principio de justicia, poniendo al propio tiempo de relieve que la crisis ecológica, las insoportables desigualdades entre los seres humanos actuales y la necesidad de preservar condiciones viables para las generaciones futuras deberían llevarnps a invertir el énfasis (29). Del mismo modo que hay posiciones que jerarquizan los principios en virtud de su importancia moral, Diego Gracia, por ejemplo, establece tina ordenación de los principios que sitúa a la no maleficencia y a la justicia distributiva por encima de la autonomía y la beneficencia, porque —afirma— los primeros, a diferencia de los segundos, «obligan con independencia de la opinión y la voluntad de las personas implicadas» (30) y constituyen una expresión de «lo correcto" frente a Jo simplemente

notas:

(27) El Informe Belmont —recuérdese- es el documento emitido en 1978 por una comisión narional creada por el Congreso de Estados Unidos en 1974 con el encargo de identificar los prinripios éticos que deberían guiar la investigación con seres humanos en biología y hiomedicina.

(28) Cfr. Pablo Simón Lorda, «Sobre bioética clínica y deontología médica», cit., p. 36.

(29) Hans Jonas, El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, trad. de J, M. Fernández Rerenaga, Barcelona, Ed. Herder, 1995.

(30) Diego Gracia, Procedimientos de decisión en ética clínica, cit., p. 126.

«bueno» (31). Las variantes posibles son, por consiguiente, muchas, pero lo que no se cuestiona es que todos estos principios tienen relevancia moral y constituyen el material de base (mínimo) con el que han de articularse las respuestas a los problemas de bioética.

Esto último tal vez se explique porque la bioética en realidad —como ya se comentó— no constituye una excepción a la «unidad» de la ¿tica, pues sus principios son 'os mismos que rigen en cualquier otro ámbito humano; su única «especialidad» proviene de la necesaria acomodación de esos principios a las peculiaridades de estos ámbitos de actividad. Por ello los principios de la bioética aludidos orientan la respuesta a tres preguntas prácticas clásicas (1.' ¿quién debe decidir?; 2. ¿qué beneficio se debe perseguir y/o qué daño se puede causar?; 3,a ¿qué trato debe darse a un individuo en relación con los demás?) (32) y se reconducen a tres principios éticos clásicos:

1. El principio de autonomía, que prohibe que alguien decida por otra persona si ésta puede hacerlo.

2. El principio de dignidad, que obliga a respetar a las personas, es decir, prohibe dañarlas e instrumentalizarlas, tratarlas como simples medios. A él se vinculan la no maleficencia y la beneficencia.

3. El principio de universalidad o de igualdad, que prohibe tratar de manera distinta a quienes están en las mismas condiciones. A él se vincula la justicia y equidad.

A la vista de estos tres principios éticos fundamentales, cabe reformular el cuadro de principios de la bioética señalado ampliándolo con otros dos: el principio de información, estrechamente conectado (e incluso condición del) al principio de autonomía, y el principio de no instrumentalización, que representa una expresión más (junto con los de no maleficencia y beneficencia) del principio de dignidad. Podemos hablar, pues, de los siguientes principios de la bioética:

1 Principio de autonomía

El término «autonomía» hace referencia al carácter autolegislador de las personas. Expresa por ello el deber de respetar la autodeterminación del individuo y supone reconocer su derecho como persona a decidir sobre los jilitintos que le conciernen, en este caso sobre su vida y salud. En este principio se fundan sobre todo la alianza terapéutica entre médico y paciente y el consentimiento en las pruebas diagnósticas, en los tratamientos y en i os ensayos clínicos. El principio de autonomía está siendo considerado tan central en la práctica clínica y en la investigación biomédica que a su consagración y regulación se dedica todo un capítulo en el Convenio de lunática del Consejo de Europa y, por lo que respecta a España, toda una ley, la de Autonomía del Paciente de 2002. También el Código de Deontología Médica, en su última versión de 1999, ha dado entrada a numerosas manifestaciones de dicho principio.

2. Principio de información

Puesto que para poder ejercer la autonomía —o sea, para poder decidir- es preciso estar correctamente informado de la situación, de los términos de la actuación y de sus posibles consecuencias, cabe hablar, junto al principio de autonomía, del principio de información o publicidad, que expresa el deber de informar cabalmente al individuo de todos los aspectos lite afectan (o pueden afectar) a su salud. Tanto el convenio de Bioética del Consejo de Europa (arts. 5 y 10) como la Ley de Autonomía del Paciente (art. 4) y el Código de Deontología Médica (art. 10.1), al consagrar que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, se hacen eco de este principio, estableciendo que los pacientes también tienen derecho, aunque sean incapaces, a recibir información veraz y comprensible sobre su estado o sobre las actuaciones que se proponen, así como a no recibirla.

3. Principio de no maleficencia

Corresponde al hipocrático primun non nocere (ante todo no dañar) e impone el respeto por la integridad física y psicológica de las personas. El

notas:

(31) Ibídem, pp. 129 Ss.

(32) Manuel Atienza, cuyo planteamiento seguimos aquí en lo esencial, añade otra pregunta, «qué se debe decir y a quién?», a la que vincula otro principio ético clásico como respuesta a la misma, el de «publicidad» o «información» (»Juridificar la bioética», cit., pp. 67 ss). Creemos sin embargo que la exigencia ética de la autonomía de las personas incorpora ya la exigencia ética de recibir la información necesaria para poder ejercer la autonomía. Se trata de dos preguntas y de dos principios esencialmente conectados.

Código de Ética y Deontología Médica lo contempla expresamente: «El médico nunca perjudicará intencionadamente al paciente» (art. 4.4). Esta formulación del principio de no maleficencia (no dañar «intencionadamente») es sin embargo desafortunada. Dañar intencionadamente es claro que merece un reproche moral máximo y por tanto prohibirlo no aporta nada nuevo o específico al cuadro de exigencias morales que han de conducir la actuación en los asuntos de bioética. Para dotar cabalmente de contenido a este principio hay que considerar el contexto en el que es relevante, particularmente —aunque no sólo— el de la actuación clínica.

Puesto que en la práctica clínica cualquier intervención produce potencialmente daños físicos y/o psíquicos, lo que el principio de no maleficencia incorpora como exigencia moral no es no dañar, sino no hacerlo innecesaria o desproporcionadamente en relación con los beneficios que se pretende obtener. Formulado en sentido positivo: el principio obliga a que el balance entre las cargas que comporta una intervención y los beneficios que con ella se obtendrán sea favorable a estos últimos. Por eso, en los ensayos clínicos y en general en la investigación que involucra a seres humanos, el principio de no maleficencia exige que haya un balance razonable entre los posibles riesgos que pueden derivar para los sujetos que participan en la investigación y los beneficios que se espera obtener

de ella.

Precisamente este contenido más ajustado del principio de no maleficencia es lo que explica que bajo él se cobijen dos clásicos principios de la ética médica:

3.1. Principio de proporcionalidad de la terapia: los daños o riesgos que puedan derivar de la actuación médica (por efectos secundarios o complicaciones) han de compensar por los beneficios obtenidos. Es decir, debe haber una cierta proporción entre los riesgos y daños que acarrea la terapia y los beneficios que aporta. Por ejemplo, se puede intervenir incluso mutilando una parte del organismo si con ello se salva la vida del sujeto. Y, al contrario, es de este principio de donde deriva también que el encarnizamiento terapéutico, por cuanto supone llevar a cabo acciones que comportan daños y sufrimiento sin que quepa razonablemente esperar un beneficio, constituye una mala práctica médica.

3.2. Principio del doble efecto o del voluntario indirecto: es lícito el acto médico que, teniendo dos efectos (uno bueno y otro malo) y no habiendo otro tratamiento alternativo mejor, se realiza buscando el efecto Positivo, aunque de manera secundaria y no querida se produzca un electo negativo. Por ejemplo, es lícito administrar fármacos para aliviar el dolor y otros síntomas en un enfermo terminal, aunque de manera secundaria e inevitable se produzca un acortamiento de la vida. Como puede ser también lícito administrar radioterapia y quimioterapia a una mujer embarazada a la que se le ha diagnosticado un cáncer que necesita este tratamiento para salvar su vida, aunque de manera secundaria e inevitable se produzca la muerte del feto.

4. Principio de beneficencia

Traduce el deber de hacer o promover el bien y de planear las mejores alternativas posibles tanto en la práctica clínica como en investigación. Así li,rmulado, es más que el principio de no maleficencia, pues exige ayudar activamente a los demás. Por eso, en un sentido muy amplio, el principio promovería la investigación para lograr beneficios futuros y, a partir de una concepción liberal-igualitarista de la justicia política que nosotros suscribirnos, reforzaría la obligación moral de transferir conocimientos y tecnología al mundo más desfavorecido. Es también otro de los principios hipocráticos tradicionales en virtud del cual el médico está obligado a actuar itra hacer el bien y prevenir y evitar los daños que sean evitables: lo contrario es negligencia. El Código de Ética y Deoqwlogía Médica lo recoge: «El médico no atenderá [al paciente] con negligencia. Evitará también cualquier demora injustificada en su asistencia» (art. 4.4).

En realidad es difícil trazar una distinción moral nítida entre la beneficencia y la no maleficencia. Por un lado, porque las dos son expresión de la más abstracta obligación de hacer el bien y no el mal: para beneficiar a la persona no basta con hacerle el bien sino que también es preciso no hacerle daño. Por otro lado, porque la mayoría de las actuaciones (clínicas o investigadoras) en el ámbito de la sanidad buscan un beneficio pero producen (o pueden producir) también un daño, de manera que en ellas se proyectan los dos principios. En estas condiciones creemos que es más apropiado decir que ambas exigencias éticas forman más bien un continuum. No en vano William Frankena, que considera la beneficencia y la no maleficencia como un solo principio, entiende que la no maleficencia- beneficencia entraña una gradación de obligaciones: 1) no infligir mal o

daño; 2) prevenir el daño; 3) eliminar el daño, y 4) promover el bien (33). La primera obligación es la más próxima al entendimiento habitual de la no maleficencia; la última coincide con la formulación clásica de la beneficencia. Por eso nos parece más acertada la opción del Informe Belmont, que los trataba como un solo principio. Con todo, y dado que se ha convertido ya en un lugar común distinguirlos, no existe ningún inconveniente en seguir hablando de los dos principios por separado, siempre que se entienda que cada uno de ellos simplemente pone el énfasis en uno de los dos extremos de ese con tinuum de exigencias éticas que implican.

5. Principio de no instrumentalizacjón

Expresa la obligación de tratar a las personas como fines en sí mismos, y no como simples medios; es decir, prohibe aquellas acciones sobre una persona que no supongan un beneficio para ella. Es, en definitiva, una concreción del principio de dignidad de las personas, y traduce la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés social o económico. La Declaración de Helsinki lo consagra expresamente: «en investigación médica en seres humanos, la preocupación por el bienestar de los seres humanos debe tener siempre primacía sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad>) (art. 5). Como también lo hace el Convenio de Bioética del Consejo de Europa al afirmar que «el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia» (art. 2).

6. Principio de justicia y equidad

Expresa el deber de imparcialidad en la distribución de los riesgos y los beneficios en la asignación de recursos y servicios biomédicos; más precisamente, el deber de igualdad en los tratamientos y en el reparto de beneficios y cargas en la investigación y, respecto al Estado, la distribución equitativa de los recursos para prestar los servicios de salud, investigación, etc. No significa deber de tratar a todos por igual, porque las situaciones clínicas y sociales son diversas, sino deber de ayudar más allí donde sea mayor la necesidad (cuidar a quien esté más necesitado de cuidados y gastor más donde más se necesite). Por eso este principio puede compensar el utilitarismo ayudando a los más desfavorecidos. El principio de igualdad introduce, pues, en el debate bioético una dimensión de justicia social extraordinariamente importante y tradicionalmente olvidada. En virtud de este principio se incorporan al debate cuestiones como las siguientes: ¿es legítimo emplear inmensos recursos económicos en tratamientos clínicos extraordinarios y poco útiles en detrimento de una atención más básica para un mayor número de personas?; o ¿es legítimo destinar enormes cantidades de dinero a la investigación de patologías muy secundarias sitie sólo preocupan en el Primer Mundo a costa de descuidar la investigación de enfermedades —por ejemplo tropicales— que asolan al mundo desfavorecido? (34)

Es importante observar que los principios señalados, por sí mismos, aún no proporcionan una solución para los problemas bioéticos. Tan sólo nos indican que, para resolver estos problemas, los valores respaldados por ellos deben ser tomados en consideración. Para obtener soluciones a los problemas prácticos necesitamos reglas, normas que nos digan qué hacer exactamente ante un problema dado, y estas normas han de obtenerse aún a partir de los principios. Merece la pena hacer una pequeña digresión sobre este punto.

Los principios, en efecto, son un tipo de normas diferentes de las reglas. Las reglas se caracterizan por tener supuesto de aplicación; o sea, por ajustarse a la estructura CQ (si se dan las circunstancias C, entonces debe [o no debe, o puede] ser Q). Los principios, en cambio, no tienen supuesto de aplicación. No ordenan o prohíben o permiten que se haga algo concreto en unas circunstancias precisas sino que sólo establecen o bien exigencias de justicia, o bien fines u objetivos políticos, sociales o económicos, promoviendo su realización. Dicho de otro modo, sólo indican a titilen tiene que decidir que debe tender a conseguir tal objetivo o a realizar tal exigencia de justicia. Por eso, para ser aplicados a los casos, deben ser transformados en reglas, en normas que indican en qué condiciones resulta de aplicación el principio (35), o, si se quiere, en normas que indican en qué

notas:

(33) William K. Fnnkena, Ethics, Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, 2.a cd., 1973.

(34) Ha llamado la atención sobre la trascendencia del principio de igualdad en el debate bioético Daniel Callaban, «Is justice enough? Ende and jeans in bioethics», Hastings Center Report 26 (nov.-dec. 1996).

(35) Y éste es, como indica Manuel Atienza, el problema fundamental de la bioética: «el de pasar del nivel de los principios al de las reglas» (<Juridificar la bioética», cit., p. 73).

condiciones debe o no debe o puede actuarse de una cierta manera conforme con el principio. Así, por ejemplo, cabe decir que del principio de autonomía deriva al menos (aunque desde luego no sólo) la regla que establece que si el paciente es competente no debe realizarse una intervención sobre él sin su consentimiento o en contra de su voluntad; del principio de no maleficencia-beneficencia cabe derivar la regla de que no puede someterse a una persona a una investigación que comporte riesgos elevadísimos para su salud silos beneficios pueden obtenerse igualmente por otra vía, o la de que no debe llevarse a cabo una investigación que involucre a seres humanos si está basada en un protocolo científicamente incorrecto; del principio de no instrumentalización deriva la regla que prohíbe someter a las personas a una investigación biomédica cuando no han consentido o cuando de la investigación no cabe esperar razonablemente un beneficio social apreciable, o la que prohíbe el uso de placebo en los pacientes que forman parte de los grupos control de un ensayo clínico si existe un método terapéutico de eficacia comprobada; el principio de justicia se concreta en la exigencia de una selección equitativa de los sujetos de la investigación, lo que significa, entre otras cosas, que los ensayos sin beneficio terapéutico no pueden realizarse a cargo de la población más desfavorecida, etc.

Es evidente que la concreción de las condiciones en las que procede actuar en el sentido indicado por un principio (o sea, su transformación en una regla) corre paralela a la concreción de las circunstancias bajo las que estaría justificado no aplicar ese principio.

Puede decirse así que el principio de autonomía obliga a respetar la decisión de una persona sobre los asuntos que le conciernen, pero siempre que esté en una situación de competencia básica, o sea, siempre que esté realmente en condiciones de adoptarla autónomamente. Cuando tales condiciones no se den (por ejemplo, porque el sujeto afectado se encuentre en un estado de enajenación mental), puede estar justificada la acción paternalista. El principio de información, muy vinculado al de autonomía, obliga a proporcionar a un individuo la información que le afecta y que necesita para poder decidir, pero siempre que pueda suponerse que ser cabalmente informado es lo que desea el sujeto. Cuando tal condición no concurra, puede estar justificado el secreto. El principio de dignidad (y sus tres subprincipios bioéticos) obliga a actuar en beneficio de una persona y prohíbe producirle un daño o tratarla como un simple instrumento, pero siempre que actuar de otro modo no suponga un beneficio para otros. Por el contrario, omitir o no emprender una acción beneficiosa para una persona, o emprender una acción que le produce un laño o que no le supone un beneficio (usarla como medio), puede ser lícito, por útil, si de esa acción u omisión cabe esperar un beneficio para otros, el afectado consiente y la medida no es degradante. Por último, el principio de justicia o equidad obliga a tratar igual a las personas, pero siempre que concurran en ellas las mismas circunstancias relevantes. En caso contrario, puede estar justificada la diferencia.

Puesto que tanto el paternalismo como el secreto, el utilitarismo y la dif?rrncia pueden estar justificados cuando no se dan las condiciones de aplicación de los principios de autonomía, información, dignidad e igualdad, ca he referirse a ellos, como propone Manuel Atienza, como principios secundarios o complementarios de estos últimos. Tales principios —siguiendo a este autor— podrían formularse como sigue.

« 1 Principio de paternalismo. Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si: este último está en una situación de incompetencia básica, y la medida supone un beneficio objetivo para él, y se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.

pl Principio del secreto. Es lícito ocultar a una persona informaciones que afectan a su salud si con ello: se respeta su personalidad, o se hace posible una investigación a la que ha prestado consentimiento.

3. Principio de utilitarismo restringido. Es lícito effiprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que le supone un daño) si con ella: se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros, y se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y se trata de una medida no degradante.

4. Principio de la diferencia. Es lícito tratar a una persona de manera distinta que a otra si: la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable, y produce un beneficio apreciable en otra u otras, y se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad» (36).

notas:

(36) M. Atienza, ibídem, pp. 71-72.

Figura 1. Cuadro de principios de la bioltica

|  |
| --- |
| **Principios éticos clásicos Principios de bioética**  PRINCIPALES COMPLEMENTARIOS  AUTONOMÍA 1. Autonomía 1. Paternalismo  2. Información 2. Secreto |
| DIGNIDAD 3. Beneficencia  4. No maleficencia 3. Utilitarismo  5. No instrumentalización |
| IGUALDAD 6. Justicia y equidad 4. Diferencia |

El juego y alcance de los principios

Los principios de la bioética sirven para guiar la conducta en circunstancias sencillas o complejas. Lo primero se da cuando un principio actúa solo y es relativamente fácil precisar si resulta de aplicación él o su complementario; es decir, cuando pueda afirmarse con claridad si concurren o no las condiciones de aplicación del principio. Podemos decir entonces que el caso es fácil. Cuando por el contrario no esté claro si hay que aplicar un principio o su complementario, o cuando resulten de aplicación dos o más principios, entonces cabe decir que estamos ante un caso dificil.

PRIMER SUPUESTO: el principio actúa solo, pero no está claro si hay que aplicar ese principio o su complementario.

Esta situación puede obedecer a un problema estructural (no están claras o resultan discutibles las condiciones de aplicación del principio) o a un problema puramente epistémico (están claras las condiciones de aplicación del principio pero hay incertidumbre sobre la concurrencia de esas condiciones de aplicación en el caso concreto). En el primer supuesto la resolución del caso pasa por construir la regla que establece en qué circunstancias específicas es aplicable ese principio. En el segundo, resolver el caso pasa por deshacer la incertidumbre.

Ejemplo 1: ¿información o secreto?

Un paciente se somete a unas pruebas diagnósticas en las que se le detecta un cáncer. El equipo médico entiende que hay que extirpar el órganodfrctado para evitar que la enfermedad avance. El paciente es una persona ni remadamente hipocondríaca y nerviosa y hay serias razones para pensar que, aunque desearía que se le interviniera para mejorar su salud y sus exliccutrivas de vida, el conocimiento real de su estado provocaría en él tina situación de rechazo a una intervención tan agresiva. Los médicos se disponen a intervenir, pero ¿deben informar al paciente de todos los extremos de su estado y de la intervención que se proponen realizar? ¿O, por rl contrario, deben ocultarle la gravedad de su estado y de la intervención que se proponen e informarle simplemente de que van a realizarle una inicrvcnción de importancia menor? En otras palabras, ¿rige en este supuesto concreto el principio de información (exhaustiva) o estaría justifiuido el secreto? Responder a esta pregunta equivale a construir una regla que indique en qué circunstancias precisas es obligado informar. Por ejemplo, una regla que podría decir que si proporcionar la información uterina la autonomía del paciente y/o si está muy claro, por la personalítiad del paciente, que éste no querría ser informado, entonces está justificado el secreto (37).

Ejemplo 2: ¿autonomía o paternalismo?

A un paciente que ha perdido la conciencia tras sufrir un grave accidente se le prescribe un tratamiento de hemotransfusión como mejor y iii;ís seguro remedio para salvar su vida. El paciente es testigo de Jehová y sus Iitmiliares y allegados informan a los médicos de sus fuertes creencias religiosas y de su firme oposición a recibir sangre, p\*ro no existe ningún documento ni prueba clara que acredite este extremo. Resulta claro que del principio de autonomía deriva una regla (también avalada en este caso por los tribunales) que establece que cuando el paciente sea mayor de edad hay que respetar su voluntad. Sin embargo, en este caso no está tlai'o que la voluntad del paciente fuera la de no ser trasfundido, pues, pese a que no existe duda sobre su fe y su ejemplar seguimiento de los deberes que impone tal credo religioso, no hay documento ni testimonio al-

tino que acredite fehacientemente su voluntad sobre tan comprometido asunto. En definitiva, pese a su incuestionable fe, no hay por qué presu-

notas:

(37) En nuestra opinión, garantizar la autonomía es una de las circunstancias que justificarían el se- M), y por tanto que debería ser contemplada en una especificación del principio del secreto. El »l,ç.iieíicio terapéutico» (ocultar al paciente información que podría ser contraproducente desde rl unto de vista del éxito de una terapia) se justifica precisamente por la necesidad de preservar la autononna del paciente.

ponerle actitudes heroicas o de sacrificio. Ante esta situación, ¿qué deben hacer los médicos?, ¿respetar las (presuntas) convicciones del paciente y optar por otro tratamiento menos eficaz y de muy alto riesgo o trasfundir la sangre necesaria por entender que si, a la vista de las circunstancias en que se encuentra, tuviera que decidir, él decidiría en este sentido?

SEGUNDO SUPUESTO: conflicto deprincipios.

El conflicto de principios merece alguna aclaración. Los principios de la bioética obligan sólo prima facie; esto es, su aplicación resuelve el caso siempre que no concurran otro u otros principios que obliguen a actuar en sentido contrario. Cuando esto sucede (conflicto de principios), necesitamos para decidir una regla de prioridad entre los principios en conflicto: una regla que diga en qué circunstancias C el principio Pl prevalece sobre el otro principio P2: Cà P1/P2, o, aún más precisamente, una regla que indique en qué circunstancias C hay que aplicar la consecuencia que se vincula al principio Pl. Ahora bien, puesto que no existe una jerarquía de principios, no existen reglas que en abstracto den prioridad a un principio sobre otro; es decir, no cabe derivar a partir de los principios reglas generales que sirvan para todos los casos que puedan presentarse: la regla ha de construirse a la vista de las especificidades del caso concreto. La ponderación es justamente el modo de llevar a cabo esa ordenación de los principios para el caso concreto. Dicho con más precisión, la regla de decisión ante un conflicto de principios ha de construirse ponderando correctamente, a la luz de las circunstancias particulares que concurren en el caso, las exigencias éticas que derivan de cada uno de los principios en juego. Como en todo sistema de principios, la ponderación se convierte, pues, en el método de resolución de los conflictos entre ellos (38). Pero la solución aportada por la ponderación es inevitablemente casuística. No en vano suele afirmarse en tono crítico que el principialismo conduce al casuismo y con él al particularismo moral (39).

Es verdad que el casuismo no es (o no necesariamente) total, porque en el discurso de la bioética y en la práctica clínica se pueden ir construyendo itKIaS de prioridad para supuestos típicos; reglas que indican, para esos supuestos de conflicto, una prevalenciaprimafacie de uno de los principios en juego juego y que pueden funcionar como guías para la acción: una especie de «jurisprudencia bioética». Pero también es verdad que tales reglas sólo Incorporan soluciones provisionales, pues el caso concreto puede presentar alguna circunstancia relevante (insólita o en todo caso no prevista) que lo distinga del caso típico y justifique resolver en sentido distinto. En Mutua, la variedad de los casos y la riqueza de las particularidades que presentan pueden ser muy grandes, de modo que aunque existan reglas para resolver los supuestos típicos, siempre habrá casos que queden a la inIciuperie: lo más que puede decirse es que los conflictos entre principios se resuelven mediante la ponderación. Por eso hay quien sostiene que entre el derecho y la bioética existe una conexión de tipo merodológico, pues también tu el derecho se presentan conflictos entre principios que hay que resolver mediante su ponderación. Y por eso las estructuras o métodos de ponderución desarrolladas en el ámbito jurídico pueden extrapolarse a los conflictos en bioética (40).

Si el sistema de principios de bioética no proporciona reglas para la ndopción mecánica de decisiones sino que éstas han de obtenerse ponderando las exigencias éticas que derivan de los principios en juego a la luz tic las circunstancias de los casos, fácilmente puede ocurrir que no exista ncticrdo acerca de cuál deba ser la solución a adoptar. Ante un dilema ético, personas razonables pueden ofrecer soluciones opuestas, y esta posibilidad de disenso es inevitable. Esta circunstancia hace que algunos hablen en tono crítico de subjetivismo moral, indicando con ello que en el sistema de principios las soluciones a los conflictos no vienen predeterminadas por reglas objetivas claras, sino que quedan libradas a los inevitablemente subjetivos criterios del decisor. Lo que se denuncia, en definitiva, es el cinismo del sistema, pues se recurre a los principios para dar cuenta de una decisión que se ha obtenido por otras vías. La ponderación —dice John D. Airas haciéndose eco de esta crítica— «es inherentemente subjetiva e im-

notas:

(38) Para un análisis de la ponderación como esquema de resolución de los conflictos entre principios y de las estructuras de ponderación desarrolladas en el derecho, véase Luis Prieto, «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», Cuadernos de derecho público 11 (2000), pp. 9 Ss.

(39) No obstante, el principialismo también ha sido criticado desde posiciones que reclaman un giro decidido hacia la casuística. Nos referimos a la propuesta de Albert R. Jonsen y Stephen Toulmin, quienes, para garantizar la operarividad de la bioética en la vida real, proponen una rehabilitación de la casuística frente a «la tiranía de los principios» (cfr. The abuse ofcasuistiy. A history of moral reasoning Berkeley, University of California Press, 1988).

(40) Manuel Arienza, «Juridificar la bioética», cit., pp. 51 Ss. «Hay un tipo de conflicto jurídico dice el autor— cuya resolución consiste justamente en "ponderar' principios contrapuestos y [...] para tratar con esos casos se ha ido desarrollando una cierta metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación a los casos concretos de los principios de la bioética» (p. 54).

previsible [...]; las resoluciones de los casos difíciles siguen siendo ad hoc, esencialmente cínicas, y por tanto injustificadas» (41).

De todas formas, esta última afirmación debería ser matizada. Que el sistema permita o no evite la diversidad de decisiones no supone que cualquier decisión sea aceptable. Sólo son aceptables las que están bien argumentadas o justificadas. Y ello significa que la argumentación (o la justificación) en que se basa la decisión tiene que cumplir algunas reglas de racionalidad, la más importante de las cuales es el principio de universalizabilidad.

La universalizabilidad traduce un principio fundamental de la razón práctica kantiana en virtud del cual se impone actuar siempre de acuerdo con un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal (42). Exige, por consiguiente, adoptar aquella decisión que, por considerarla correcta, estemos dispuestos a suscribir en futuros casos sustancialmente idénticos. Se trata, pues, de un criterio ético extremadamente formal que se impone en todo caso: una decisión no universalizable difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable. Pero la exigencia de universalizabilidad se hace particularmente evidente cuando no disponemos de reglas que indiquen de modo concluyente cómo ha de actuarse en un caso concreto, como sucede cuando dos o más principios entran en conflicto en la adopción de una decisión. En estos casos, cuando nos hallamos ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito de un cierto problema, cuando estamos llamados a dar un salto sin la red que nos proporciona la existencia de reglas incuestionables e incuestionadas, entonces la universalizabilidad viene a representar casi la última trinchera de racionalidad (43).

Con todo, que el modelo bioético principialista sea (más o menos acusadamente) casuista y subjetivista permite afirmar que éste, como modelo bioético, no garantiza una «única solución correcta» para todos y cada uno (le los problemas que puedan plantearse. Es verdad —como hemos dielio— que puede reducirse el casuismo y el particularismo mediante la construcción de reglas para supuestos típicos; y es verdad también que la indeterminación de las soluciones a los problemas bioéticos no rebaja las exiKcncIas de justificación de éstas: no todo vale. Pero, aun así, el sistema no evita que ante un problema ético se puedan ofrecer soluciones opuestas.

Precisamente a esta circunstancia se conecta una de las críticas esenciales y más recurrentes que se han formulado al principialismo: la que subraya su incapacidad para proveer guías para la decisión. Los principios —se dice— «nos ayudan a considerar muchos aspectos éticos importantes del caso. Sin embargo [ ... ] carecen de utilidad para su resolución»(44) porque io orientan de manera concluyente la decisión ante un dilema ético: inendiendo al mismo cuadro de principios podemos llegar a una solución o a su contraria. El éxito y la popularidad de los principios residen más filen —se apostilla— en que funcionan como «eslóganes morales» usados para justificar soluciones a las que se ha llegado al margen por completo de los principios (45). Desde luego la crítica que acaba de exponerse no carece de Nentido. Pero en nuestra opinión su tono demuestra una errónea interpretación de lo que cabe esperar de la propuesta principialista.

El principialismo proporciona un esquema formal de discusión bioéka; un esquema que establece que las soluciones o lal respuestas a los pro-

notas:

(41) John D. Arras, «Principies ami Paxticuiariry: the Role of Cases in Bioethics», Indiana Law Journal69 (1994), p. 996. Por ejemplo —dice Pablo Requena Mema transcribiendo a Arras—, si en el debate sobre el aborto «se intenta hace una ponderación entre los principios de autonomía y no maleficencia se podrá resolver el problema en uno u otro sentido. Si dicha ponderación la realiza una ardiente feminista, dirá que prevalece el principio de autonomía, pues de otro modo la mujer queda considerada como un simple "contenedor de fetos". Si la hace un aguerrido prolife, dirá que, teniendo en cuenta la dignidad de la nueva vida, en este caso la prioridad toca al principio de no maleficencia» (»Sobre la aplicabilidad del principialismo norteamericano», en Cuadernos de Bioética, XIX, 20081 U, p. 22).

(42) Como es bien conocido, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano dice así: «obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal», Inmanuel Kant, Fundamentación de la metafisica de Las costumbres (1785), ed. de Luis Martínez Velasco, Madrid, Espasa Calpe, 1994, p. 92.

(43) «Casi», porque también existen otros criterios de racionalidad que habría que atender. Por ejemplo, que la decisión sea consistente y coherente con los principios del sistema y con el resto de las decisiones adoptadas, o que las consecuencias de la misma resulten aceptables y no pongan gravemente en peligro bienes y estados de cosas que se consideren valiosos. Tales principios, junto con el de la universalizabilidad, son propuestos por ejemplo por Neil MacCormick como criterios generales de racionalidad de las decisiones a los problemas prácticos y jurídicos (Legal Reawming and Legal Theory, Oxford, Clarendon Press, 1978, capítulo V).

(44) Pablo Requena Mana, «Sobre la aplicabilidad del principialismo norteamericano», cit., P. 17, que analiza justamente esta crítica al principialismo por parte de diversos autores. También para S. Holm el defecto fundamental del principialismo es que no puede proporcionar respuestas concluyentes a los problemas morales; pero puede proporcionar casi cualquier respuesta que deseemos (véase «Not just autonomy. The principies of american biomedical ethics», Journal of Medical Ethics 21 [1995], p. 336).

(45) Quizás los exponentes más característicos de esta crítica sean K. Danner Clouser y Bernard Gert «Morality vs. Principialism», en R. Gillon, Principies of Health Care Ethics, West Sussex, John Wiley & Sons Ltd., 1994, p. 259, a quienes se debe la asimilación de los principios con «eslóganes morales» (cfr. Clouser y Gert, «A Critique of Principialism», cit. p. 221). En un sentido parecido véase H. Tristram Engelhardt y K. W. Tildes, «The Four Principies of Health Care Ethics and Post-Modernity», también en R. Gillon, cit.

blemas de la bioética han de ser provistas atendiendo al cuadro de los principios comúnmente aceptado y han de ser justificadas conforme a él. En esto reside su virtud, en apuntalar un mínimo ético sobre el que existe consenso universal y en exigir que cualquier discusión bioética transcurra dentro de él y se justifique racionalmente, excluyendo así la provisión de soluciones apoyadas en dogmas no universalmente compartidos. Pero nada más. Lo que no cabe esperar de este esquema bioético es que proporcione respuestas «correctas» para todos los problemas que se planteen. La razón de esto es muy simple. Los principios expresan valores morales compartidos. Todos aceptan que es bueno hacer el bien, como indica el principio de beneficencia; que es bueno respetar la autonomía moral de las personas y malo instrumentalizarlas; que no se debe producir un daño gratuito y desproporcionado; que distribuir equitativamente los recursos es una exigencia de justicia. Pero surgen desacuerdos a propósito del contenido y alcance de esos valores en los supuestos concretos; en particular, cuando concurren otros valores que militan en sentido contrario.

Consideremos, por ejemplo, el discutido asunto de la disponibilidad o indisponibilidad de la propia vida, que se presenta como crucial a la hora de dar respuesta al rechazo de tratamientos vitales o a la eutanasia solicitada (46). Es obvio que todos los contendientes en la discusión defienden con firmeza que la vida humana es un bien esencial y que es una exigencia moral (y jurídica) preservarla y defenderla, con medidas activas (como indica el principio de beneficencia) y omisivas (como indica el principio de no maleficencia). También es obvio que todos comparten el enorme valor de la autonomía moral de las personas. Sin embargo, en supuestos como los descritos (posibilidad de rechazar un tratamiento vital o de solicitar ayuda para morir cuando se sufre un grave quebranto físico y ya no hay esperanzas), aparecen los desacuerdos. La concepción de lo que es una vida digna protegible divide las respuestas a los problemas planteados. Si se confiere un valor moral absoluto a la vida humana entendida en clave biológica, la presencia de la voluntad contraria del paciente carece de relevancia: el conflicto se resuelve, en virtud de los principios de no maleficencia y beneficencia, negando el derecho a rechazar el tratamiento o a la eutanasia solicitada. Si por el contrario se entiende que no cabe hablar de vida digna al margen de la libre autodeterminación de su titular, las consideraciones cambian: el conflicto se resuelve, en virtud del principio de autonomía, aceptando el derecho a rechazar el tratamiento o a la eutanasia rogada. Si además, como sucede en los supuestos de eutanasia, la exisleticia de una persona está extremadamente depauperada y sólo le reporta sufrimiento, aparece una razón adicional que divide las respuestas entre —de nuevo— quienes conciben la dignidad de la vida en clave de inctra existencia biológica y quienes entienden, al margen de consideraciones sobre la autonomía moral, que sin un mínimo de calidad no puede hablarse de vida digna. En el primer caso los principios de no maleficencia y beneficencia permitirían articular una respuesta negativa al protilenia planteado. En el segundo, esos mismos principios servirían para reconocer el derecho a la eutanasia solicitada.

Fn un afán por simplificar las cosas, cabría decir que desde una posición se da más valor a los principios de beneficencia y no maleficencia que nl de autonomía, mientras que desde la otra sucede justamente al revés. O que ambas posiciones manejan teorías principialistas que han jerarquizado los principios y además lo han hecho de modo diferente. Pero seguraniente no sea ésta la mejor manera de expresar lo que en realidad sucede. La divergencia de soluciones a estos casos obedece más bien a que éstas vienen provistas o respaldadas por teorías morales diferentes que no han Nido explicitadas. Esto es lo que permite explicar por qué —en opinión de algunos críticos del principialismo— «los principios de la bioética no son estrictamente hablando principios de la razón práctica, sino indica- dones normativas genéricas que se pueden utilizar de diversos modos >ira justificar o rechazar acciones que ya por otras razones se consideran acertadas o desacertadas»; por qué los principios de la bioética, en vez de guías reales de la decisión, «servirían, más bien, para justificar una decisión

la que se ha llegado por otro camino» (47). Esas «otras razones> o «ese otro camino'> es justamente lo que aportan las teorías morales que el principialismo no incorpora. Sin ellas, el problema de proporcionar una respuesta fundada a los problemas bioéticos se hace irresoluble (48).

Incluso en los supuestos en que los principios funcionan «solos» se pone de relieve esta necesidad de contar con una teoría moral que oriente

notas:

(46) Véase infra capítulo 5.

(47) Pablo Requena, «Sobre la aplicabilidad del principialismo norteamericano», cit., pp. 27 y 13, respectivamente.

(48) Por eso K. D. Clouser y E. Gert, en su crítica a los Principies of Biomeeiicai Ethics de Beaut-liamp y Childress, ponían ya en evidencia cómo estos autores, aunque presentan el principiali»rno como teoría ética alternativa a otras, para solucionar los conflictos que plantean toman una it otra teoría moral, según los casos (»A Critique of Principialism», cit.).

la decisión. Un ejemplo de ello lo constituye la aplicación del principio de no maleficencia en el dilema al que durante muchos años se enfrentaron los ginecólogos católicos cuando, no pudiéndose practicar todavía la cesárea, la cabeza del feto no cabía por el conducto vaginal. Las posibilidades existentes eran dos, ambas con un resultado no querido para nadie. Podía seguirse adelante con el parto para salvar la vida del feto, pero a sabiendas de que la madre moriría. O podía practicarse la craneotomía del feto para salvar así la vida de la madre. La Iglesia Católica condenaba la craneotomía pues ésta —argumentaba— se realizaba con dolo directo de matar (y por tanto violentaba el principio de no maleficencia), mientras que seguir con el parto aun a sabiendas de que la madre moriría estaba justificado por dolo eventual (y por tanto por la doctrina del «doble efecto>): el médico no quería directamente matar a la madre, aunque, por supuesto, sabía que el resultado sería ése y lo asumía). Ahora bien, sostener que no está justificada la craneotomía y sí lo está en cambio seguir con el parto no es una conclusión que derive necesariamente del principio de no maleficencia, sino que esconde una falacia relativa a cómo describimos las acciones. Todo depende, en efecto, de lo que se considere (y describa) como beneficio y como daño. Si se considera (y describe) como beneficio el nacimiento del feto y como daño la muerte de la madre, entonces la acción de continuar con el parto se consideraría justificada conforme a la doctrina del «doble efecto)>. Pero si por el contrario se considera (y describe) como beneficio salvar la vida de la madre y como mal necesario para ello la craneotomía del feto, entonces esta acción vendría avalada por el principio de «proporcionalidad de la terapia». Por consiguiente, el principio de no maleficencia es por sí mismo insuficiente para adoptar la decisión, pues puede abonar una decisión u otra, dependiendo de a qué bien (la vida de la madre o la del feto) se otorgue preferencia. Y esa preferencia vendrá respaldada por una teoría moral que, en rigor, debería ser explicitada (49).

No se trata, por consiguiente, de que el principialismo, como modelo de discusión bioética que exige argumentar conforme al cuadro de principios aceptados y justificar racionalmente la decisión, no sea válido. Lo que sucede más bien es que la argumentación conforme a principios no cierra por sí sola la respuesta a los problemas planteados. Para obtener esas uiiisiadas respuestas se necesita una teoría moral que el principialismo no proporciona. A discutir esa panoplia de teorías morales presentes en diversos ámbitos de la actuación e investigación médica nos dirigimos ahora.

notas:

(49) El principio de no maleficencia, por lo demás, provee bastantes ejemplos de esta necesidad de complementar el sistema de principios con una teoría moral a fin de proporcionar soluciones a los problemas éticos. Piénsese si no en el dilema moral que surge cuando se considera la posibilidad de retirar las medidas de soporte a los neonatos que padecen deficiencias severas que les conducirán a arrastrar una existencia dramática e incluso de corta duración. Según cual sea el concepto de vida digna que se maneje (en clave de «santidad» o por el contrario de «calidad» de la vida), las respuestas serán distintas.

CAPÍTULO 2

BIOÉTICA EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA

Introducción

Sitomamos como punto de referencia los principios bioéticos clásicos que litinos tenido oportunidad de presentar y discutir en el capítulo anterior, ululo el principio de beneficencia y no maleficencia como el de autonomía r proyectan de una manera especialmente intensa y controvertible sobre Iii reproducción humana. Para empezar, porque hoy concebimos ésta no nonio un acontecimiento sino como una actividad un conjunto de acciones

si reproducirse o no, con quién, cuántas veces, etc.— de carácter yo- notario y deliberado, de las que cabe, por tanto, hacer responsables a los Mujetos que intervienen en ellas (1). Ese nuevo «ethos procreativo» del que al-

notas:

(1) para la Iglesia Católica. En una de las encíclicas más importantes sobre estas materias, la 1il1 Connubii, promulgada por el papa Pío XI en 1930, se puede leer: «Ningún motivo, sin embargo aun cuando sea gravísimo, puede hacer que lo que va intrínsecamente contra la naturaleza sea honesto y conforme a la misma naturaleza; y estando destinado el acto conyugal, por su misma naturaleza, a la generación de los hijos, los que en el ejercicio del mismo lo destituyen adrede de su naturaleza y virtud, obran contra la naturaleza y cometen una acción torpe e intrínsecamente deshonesta>.

gunos autores han hablado es el precipitado de un conjunto de factores culturales y tecnológicos cuyos orígenes cabe situar en la década de los setenta del pasado siglo. Junto al surgimiento de la llamada «reproducción artificial», de la que luego hablaremos más extensamente, es ineludible referirse a la liberación de la mujer y lo que ello entraña en términos de control sobre su propia sexualidad, así como a la legalización de las prácticas anticonceptivas y abortivas en muchos países (2).

Desde tiempos remotos los seres humanos hemos ejercido un cierto control, aunque fuera tosco, sobre la reproducción. El juramento hipocrático presupone el uso de abortivos ya en el siglo IV a.C. El conocimiento de ellos es seguramente muy anterior, así como la creencia en que sustancias como la miel o los excrementos de cocodrilo tenían efectos anticonceptivos, tal y como se describe en el papiro «Petri» del año 1859 a.C. El aborto mismo fue defendido por Aristóteles y Platón como modo de control demográfico. Su licitud dependía, según Aristóteles, de que se practicara «... antes de que se produzcan en el embrión la sensación y la vida...»(3). Ello acontecía, según el estagírita, cuando se daba la condición de criatura racional en el feto, cosa que no ocurría antes de los cuarenta días de gestación —para los varones— y noventa días —para las mujeres. Tras esos plazos, al cuerpo embrionario humano le era insuflada el «alma intelectiva», superponiéndose a sus previas almas vegetativa y animal (4).

De esa doctrina, conocida como «hilemorfismo», también participó Santo Tomás (5), aunque otros padres de la Iglesia, como Tertuliano o Clemente, estimaron en cambio que la condición de ser humano (verbigracia, criatura de Dios hecha a su imagen y semejanza) nos acompañaba desde el principio, desde el instante de la concepción. Esta acabará conviniéndose en la posición oficial de la Iglesia Católica con la promulgación de la enMIçIica C'asti Connubii, en la que se condena toda interrupción voluntaria del embarazo (6), y con la Instrucción Donum Vitae emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 22 de febrero de 1987, siendo su prefecto el actual papa Benedicto XVI. Allí se afirma categóricamente: «... el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el Isuante de su concepción y por eso, a partir de ese mismo momento se le deben rovonocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de siulo ser humano inocente a la vida» (cursivas nuestras).

Aunque volveremos sobre este asunto en el próximo epígrafe, conviene desde ya consignar que la controversia moral más intensa relativa a la reproducción humana pivota, en definitiva, sobre el estatuto moral del no nacido. La toma de posición sobre el mismo determina de una malicio decisiva cómo haya de resolverse el conflicto entre el respeto a la autonomía reproductiva de los progenitores y la obligación de no dañar que ililpone el principio de no maleficencia; también compromete la utimud de la experimentación con embriones humanos, una posibilidad abierta con el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, aunque con entidad y especificidad propias. Por ello esperaremos al capímulo 6 para abordar su análisis.

La reproducción humana asistida

Para muchos seres humanos que anhelan tener hijos genéticamente propios, la infertilidad es un problema mayúsculo cuyo remedio es sólo posible a par-

notas:

(2) Véase Carol Sanger, «Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M>, Harvard journal of Law and Gender, vol. 30, winter 2007, pp. 67-97, p. 74.

(3) Política, Libro IV, 16, 1335b 20 (cursivas nuestras). Citamos por la edición bilingüe de Julián Marías y María Araujo publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.146.

(4) Historia de los animales, Libro VII, capítulo III (583b 10-20).

(5) Suma de teología, I, cuestión 118, artículos 1-3 (citamos por la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1998, 3ª. cd., pp. 980-986). En oposición al platonismo, la idea es, esencialmente, que el alma humana no puede incorporarse en cualquier cosa sino solamente en el cuerpo humano, de la misma manera que la forma de un objeto se relaciona con el material del que está hecho. El alma sensitiva de los animales, incluidos los seres humanos, se transmite por el semen del varón, pero el alma intelectiva es posteriormente insuflada por Dios una vez que un cuerpo típicamente humano se ha formado, yeso no ocurre desde el primer momento en el que se ha fecundado el óvulo, sino tiempo después.

(6) Ni siquiera el caso de peligro para la vida de la madre es lícito causar directamente la muerte del feto: «Por lo que atañe a la indicación médica y terapéutica, para emplear sus palabras, ya hemos dicho, Venerables Hermanos, cuánto Nos mueve a compasión el estado de la madre a quien amenaza, por razón del oficio natural, el peligro de perder la salud y aun la vida; pero ¿qué causa podrá excusar jamás de alguna manera la muerte directamente procurada del inocente? Porque, en realidad, no de otra cosa se trata... Son, pues, muy de alabar aquellos honrados y expertos médicos que trabajan por defender y conservar la vida, tanto de la madre como de la prole; mientras

Por lo contrario, se mostrarían indignos del ilustre nombre y del honor de médicos quienes procurasen la muerte de una o de la otra, so pretexto de medicinar o movidos por una falsa misericordia.tir del momento en el que se conocen en detalle los mecanismos obstétricos y ginecológicos que dan lugar al alumbramiento de un ser humano (7), y se dispone de una tecnología que permite la introducción de los gametos masculinos en los genitales internos de la mujer, o la fecundación extracorporal (in vitro) del óvulo y la posterior transferencia del embrión al útero. Para la realización de estas técnicas (inseminación artificial o LA y fecundación in vitro o FIV) es necesario poder almacenar semen y óvulos, posibilidades ambas que tuvieron que esperar a la segunda década del siglo XX.

La historia nos ha legado intentos burdos o elípticos de satisfacer el deseo de la paternidad a quienes no lograban serlo de manera natural. En la que probablemente puede ser considerada la primera maternidad de sustitución de la historia, Sara, la mujer de Abraham, pidió a éste que mantuviera relaciones sexuales con su sierva Agar para así tener hijos «a través de ella», pues Jehová la había hecho infértil (8). Muchos siglos después fueron célebres los intentos infructuosos de Armand de Villeneuve de lograr el embarazo de Juana de Portugal con el semen de Enrique IV de Castilla, su esposo, conocido como «el Impotente». La imposibilidad de los monarcas de lograr descendencia era, como es bien sabido, un grave problema de Estado en el Antiguo Régimen.

En rigor, y salvando las realizadas con el ganado, las primeras inseminaciones artificiales en seres humanos que están documentadas son las hechas por John Hunter a finales del xviii en Londres. El primer embarazo resultante de una de tales inseminaciones fue logrado por el doctor Pancoast en Filadelfia en 1884, aunque el procedimiento ha sido descrito, sin ambages, como una suerte de violación. El primer ser humano nacido de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida (concretamente una FIV) fue Louise Brown (Manchester, 25 de julio de 1978). En España la primera bebé-probeta fue Victoria Ana, nacida en Barcelona el 12 de julio de 1984. En ese mismo año nació en Australia la primera bebé procedente de un embrión previamente congelado (9).

Desde sus orígenes, la reproducción humana asistida suscitó recelos porque levanta las sombras de un mundo «desnaturalizado» en el que, en la medida en que se tiene un control absoluto o casi absoluto sobre la generación de seres humanos, éstos resultan cosificados. La versión «secularizada» de este temor es el argumento de la archiconocida novela Un inundo feliz de Aldous Huxley. Una variante de esta censura es la de la Iglesia Católica al estimar la reproducción como un don divino y, por lituto, fuera del dominio de la voluntad humana. Así, de acuerdo con su postura oficial, los padres que, ante la imposibilidad de tener hijos propios, recurren a la IA o a la FIV, incluso cuando los gametos son los propios, actúan disociando los dos significados del acto conyugal que Dios ha querido: el llamado significado unitivo, de hacerse una sola carne, y el procreador, que exige que cualquier acto matrimonial quede «abierto a la transmisión de la vida». No actuando así, dice el llamado «magisterio de la Iglesia>, los individuos contradicen la naturaleza del hombre y de la mujer, así como el plan de Dios y su voluntad. En definitiva, para la Iglesia Católica sólo cabe tener hijos dentro del matrimonio y sólo por medios naturales. De esa manera, pero no de otra, los padres se convierten en usufh,ntuarios de un designio divino sobre el que no pueden erigirse como árbitros (10). Otras religiones, en cambio, no han emitido un juicio tan sevci,o sobre la reproducción humana asistida, aunque en todo caso condenan las fecundaciones in vitro o inseminaciones «heterólogas» (en las que se emplean gametos de donantes) (11).

notas:

(7) Entre los hitos más importantes destacan la descripción de los conductos que unen el ovario y el útero por Gabriel Fallopius en el siglo XVI y el descubrimiento de los espermatozoides por Anron van Leeuwenhoek en el siglo XVII.

(8) Génesis, 16, 1-2.

(9) Sobre todo ello puede verse el pormenorizado recorrido histórico hecho por Carlos Lema (1999, pp. 30-35).

(10) Carta Encíclica flumanae Vitae sobre la transmisión de la vida humana, S. S. Pablo VI, 25-71)68. En la Instrucción Donum Vitae se puede leer: «La FIVET homóloga se realiza fuera del cuerpo de los cónyuges por medio de gestos de terceras personas, cuya competencia y actividad técnica determina el éxito de la intervención; confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y sobre el destino de la persona humana. Una tal relación de dominio es en sí contraria a la dignidad y a la igualdad que debe ser común a padres e hijos. La concepción in vitro es el resultado de la acción técnica que antecede la fecundación; ésta no es de hecho obtenida ni positivamente querida como la expresión y el fruto de un acto específico de la unión conyugal. En la FIVET homóloga, por eso aun considerada en el contexto de las relaciones conyugales de hecho existentes, la generación de la persona humana queda objetivamente privada de superfección propia, es decir, la de ser el término y el fruto de un acto conyugal, en el cual los esposos se hacen "cooperadores con Dios para donar la vida a una nueva persona"». La postura oficial de la Iglesia Católica no ha variado un ápice en este punto desde que se emitiera la Instrucción Donum Vitae. Cuando se escriben estas páginas, el actual Papa (redactor de dicha instrucción) insiste en condenar toda fecundación ir, vitro un atentado contra la dignidad humana (véase El País, edición de 1 de febrero de 2008, 43).

(11) Así lo señala el padre Javier Gafo ("Valoración ética de la procreación humana asistida", en Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales, Javier Gafo [ed.], Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1998, pp. 187-209, pp. 193-194).

Un sector del feminismo también se ha mostrado receloso del desarrollo de la reproducción humana asistida, en la medida en que supone una pérdida de control para las mujeres sobre un ámbito en el que su protagonismo «natural» es indiscutible. Ante la perspectiva de que la tecnología reproductiva alcance el punto de posibilitar la gestación artificial (extrauterina), la socióloga australiana Robyn Rowland se pregunta con qué van a poder entonces negociar las mujeres: «Si tal último poder es asumido y controlado por los hombres, nos tenemos que preguntar —señala aquélla— ¿qué papel se reserva a las mujeres en ese nuevo mundo? ¿Se convertirán en sujetos obsoletos?» (12). Para otras feministas, en cambio, ocurre justamente al revés: la alienación de la función reproductiva del cuerpo de la mujer supondrá su auténtica liberación y el logro de la utopía igualitaria entre los géneros (13).

Junto con aquellos dogmas de fe relativos al valor y significado de la procreación y del matrimonio que mueven al juicio de ser moralmente ilícita la reproducción asistida en sí misma considerada, o las preocupaciones acerca del impacto que las técnicas de reproducción artificial tendrían en las relaciones entre géneros, o sobre nuestra propia condición humana, son fundamentalmente los «efectos colaterales» del uso de dichas técnicas lo que alimenta el reproche. En particular, el hecho de que, para asegurar el éxito de la FIV, deben generarse más embriones de los que probablemente se llevarán a término (14). La pregunta nos asalta inmediatamente: ¿qué hacer con ellos una vez satisfecha la pretensión de la maternidad, o, inversamente, cuando ya no se mantiene el objetivo de convenirse en padre o madre?

La protección de la vida prenatal y el estatuto moral del embrión

Como se ha apuntado anteriormente, la cuestión del estatuto moral del ser humano en sus fases iniciales de desarrollo prenatal entrevera todos los aspectos éticamente controvertibles de la reproducción humana y, en particular, de la procreación asistida artificialmente. La licitud moral y/o jurídica de aquellos comportamientos que suponen interrumpir ese desarrollo, o no propiciarlo una vez que el embrión existe, parece depender crucialmente de qué estimemos sea el embrión o feto (15). La reproducción humana asistida ha reavivado el fuego de este debate toda vez que la persona potencial o embrionaria puede existir fuera del cuerpo de la mujer, lo cual suscita el arduo interrogante de si los embriones pertenecen a alguien, como «cosas» u «objetos apropiables», y sobre quién recae la soberanía en cuanto a su destino (16). Hasta la aparición de la crioconservación de embriones, tales preguntas no se planteaban (17), o si lo hacían siempre encontraban la respuesta de la soberanía de la gestante: ella, y sólo ella, decidía si seguir o no con el embarazo. La alternativa era odiosa, pues supondría que alguien —el padre genético típicamente— tendría la potestad de intervenir sobre su cuerpo.

Distintos tribunales en diferentes partes del mundo han tenido que vérselas con estos dilemas. El primero de ellos fue, hasta donde nuestras noticias alcanzan, la Corte Suprema del estado de Tennessee en el caso Davis y. Davis (18). Por ser la decisión decana en esta materia, su doctrina no ha dejado de ser tenida en cuenta en los casos análoos que se han pro-

notas:

(12) Citado por Christine Rosco, ¿Why Not Artificial Wombs?», The New Atlantis. A journal of Technology and Society, Fall 2003, pp. 67-76, p. 72.

(13) Es el caso, paradigmáricamente, de la feminista radical Shulamith Firestone en su obra La dialéctica del seuo de 1970.

(14) En esa línea véase Andrés Ollero, Bioderecho. Entre la vida y la muerte, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 26-27, 30-31,41, 164-170 y 260-261. En sus propias —y gráficas— palabras: «Que quepa para ello [se refiere ala fecundación in vitro] fabricar un ser humano no es jurídicamente lo mismo que prever fabricarlos en número tal que se dé por supuesta la existencia de embriones sobrantes.., destinados a no ser transferidos. Cada proyecto de "nascirurus" iría fatalmente acompañado de un cortejo de "morituri", sin justificación jurídica posible, ano ser que se descarte con la debida contundencia la existencia de un ser humano dotado de dignidad» (p.266).

(15) Se trata del «ineludible problema» al que se refiere Singer, del que, mediante etiquetas o eslóganes contundentes como «pro-choice» versus «pro-life», quieren evadirse los partidarios o detractores de la despenalización del aborto en Estados Unidos; véase Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1997, pp. 91 y ss. (traducción de Yolanda Fontal Rueda).

(16) Así lo constata con perspicacia Andrés 011ero, para quien, en la medida en que el embrión puede ser o no transplantado, ha transmutado de nasciturus a moriturus (2006, pp. 263-264). Véase supra nota 14.

(17) En esa misma línea piénsese en la conducta consistente en «llevarse» los embriones crioconservados en una clínica. ¿Constituye esa acción un hurto o robo? En ese caso los embriones serían «cosas muebles ajenas» de acuerdo con los artículos 235 a 237 del Código Penal. La alternativa supondría calificar el comportamiento como un «secuestro» o «detención ilegal» penalizado en los artículos 163 y as. del Código Penal, aunque tal calificación es sencillamente extravagante si se repara en lo que reza dicho artículo (»El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años»).

(18) 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992).

ducido tiempo después en otras jurisdicciones y que a continuación analizaremos. La tesis sostenida por dicho tribunal es que, toda vez que el embrión o preembrión no es sujeto de derechos, no se debe imponer la implantación uterina como medio de garantizar su derecho a la vida. El conflicto se resuelve entonces ponderando entre los intereses contrapuestos de los progenitores, el derecho a ser madre (de la señora Davis) y el derecho a no ser padre (del señor Davis). Para el Tribunal pesa más este segundo derecho, ya que una solución consistente en satisfacer el anhelo materno autorizando a la señora Davis a implantarse los embriones contra la voluntad del padre genético vulneraría de manera intolerable la esfera de intimidad personal del señor Davis. A ello se añade que la señora Davis podrá satisfacer en el futuro dicho anhelo con otra pareja.

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando no es así, es decir, cuando uno de los dos progenitores está ante la última oportunidad de ser madre o padre? Tal es el nudo gordiano del caso Nahmani y. Nahmani que por dos veces (1993 y 1995) tuvo entre sus manos la Corte Suprema del Estado de Israel.

Dada la incapacidad de Ruth Nahmani para gestar, ella, junto con su entonces marido, Daniel, había iniciado un proceso de fecundación in vitro con vistas a la posterior implantación de los embriones en el útero de una madre de sustitución en Estados Unidos (procedimiento entonces prohibido en Israel (19)). Cuando los embriones ya se habían obtenido, el matrimonio se separó y Daniel inició una nueva vida de pareja con otra mujer con la que tuvo un hijo. Mientras tanto, Ruth Nahmani solicitó los embriones a la clínica. La negativa de Daniel propició una batalla judicial que llegó hasta el alto tribunal israelí. En su primera decisión, los jueces razonaron de manera muy semejante a la Corte Suprema del estado de Tennessee: no cabe imponer la paternidad a quien no la desea, de la misma manera que la mujer ya embarazada no necesita el consentimiento del padre genético para interrumpir su embarazo y ejercer así su derecho a la no maternidad (20).

Ruth logró, pese a todo, que una Sala de la Corte Suprema más nutrida de magistrados revisara su caso dos años después y le diera finalmente la razón (si bien, para entonces, los embriones ya eran inviables). Los argumentos empleados por la mayoría son variados, aunque a nosotros nos interesa destacar principalmente dos, los dos que, a nuestro juicio, resultan ms importantes y pertinentes para los propósitos expositivos en este capítulo: el mayor valor de tener hijos frente a no tenerlos y el derecho a la vida de los embriones, cuya salvaguarda provoca que deba triunfar la pretensión de la señora Nahmani (21).

En cuanto a lo primero, para el juez Ts. E. Tal, así como para los jueces 1 )orner y E. Goldberg, el interés en ser padre o madre es una aspiración humana tan evidente que no necesita mayor justificación. Con la paternidad se realiza un valor básico y existencial —cosa que no ocurre con la no paternidad— que está sancionado, además, en la tradición judía tal y como se refleja en la Biblia y otros textos sagrados de la religión judaica (22). Los rabinos enseñan, concluye el juez Ts. E. Tal, que: «... aquel que no tiene hijos es considerado alguien muerto». Para este conjunto de jueces itie conforman la mayoría del tribunal, y frente a la minoría, la procreación no es una libertad cuyas dimensiones negativa y positiva sean simétricas en cuanto a su valor y alcance. Si fuera ése el caso, un Estado que pretende ser neutral decide el conflicto entre ambas posiciones inclinándose por el menor sacrificio, como hizo el tribunal de Tennessee, y tal y como propugna la Corte Suprema israelí en su primera decisión y una minoría de jueces de esa misma Corte dos años después (singularmente el jtez Strasberg-Cohen (23)). La mayoría, en cambio, considera que la «simetría» entre los derechos a la paternidad y a la no paternidad es falaz 24, así como la analogía entre la oposición de Daniel Nahmani a que su ex mujer use los embriones y la libertad de una mujer embarazaila de poner fin a su embarazo, analogía que permitiría ahora dar la razón a quien, como Daniel, no quiere ser padre. Al decir del juez Mazza, de hacerlo así se provo-

notas:

(19) Véase inflo.

(20) Nahmani o. Nahmani CA 5587193, pp. 15-17 y 37.

(21) Así lo sostuvo el juez Türkel. Otros jueces como Y. Kedmi consideran que el consentimiento a ].a en el proceso de FIV es revocable hasta el momento de la fecundación, peto no después.

(22) Así, el lamento de Raquel: «Dame niños o moriré» (Génesis, 30, 1) o lo afirmado en Isaías (45, IR): «El mundo fue creado sólo para ser fructíferos y multiplicarnos, tal y como se ha dicho». «Porque así habla el Señor, el que creó el cielo y es Dios, el que modeló la tierra, la hizo y la afianzó, y no la creó vacía, sino que la formó para que fuera habitada...»

(23) De acuerdo con este juez, acoger la demanda de Ruth es tanto como utilizar la maquinaria coactiva del Estado para obligar a alguien a ser padre (como lo sería obligar a quien se arrepiente de casarse a hacerlo en atención al valor de la vida matrimonial y a la existencia de un derecho a casarse), algo incompatible con un Estado que proclama el valor de la libertad como uno de sus fundamentos.

(24) En la misma línea que argumentan Daphne Barak y Ron Shapira: «The Delusion of Symmetric Rights», Oxford Journal of Legal Studies, vol. 19, summer 1999, pp. 297-311, pp. 301-302.

caría una restricción cuasigeneral a la satisfacción de los intereses de la otra parte (a Ruth Nahmani sólo 'e quedará la opción de adoptar para así colmar su anhelo materno), mientras que acoger la pretensión de aquélla sólo implica una restricción «específica» a Daniel, quien no desea evitar ser padre genéricamente (de hecho ya lo ha sido mientras tanto con su nueva pareja), sino sólo serlo de los hijos genéticos de Ruth.

En definitiva, quienes acogen el recurso de Ruth Nahmani estiman que, a diferencia del caso en el que es la mujer quien decide no ser madre estando ya embarazada, en este supuesto no hay una vulneración de bienes o intereses tan grave como se daría si —en atención al deseo de ser padre del otro progenitor— obligáramos a la mujer a proseguir con su embarazo pues estimamos que su interés de no ser madre no es tan importante como el interés del padre en serlo. El hecho de que el embrión ya esté alojado en el cuerpo de la mujer traza una diferencia crucial a la que hay que atender.

Muy distinto ha sido, por último, el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Case ofEva ns u The United Kingdom decidido el 10 de abril de 2007. Al igual que ocurrió con el matrimonio de los Davis y de los Nahmani, Natalie Evans y su marido, una pareja británica, decidieron separarse cuando ya se habían generado seis embriones a partir de la fecundación de sus gametos. El proceso había comenzado en el año 2000 y se vio acelerado porque en los exámenes médicos preliminares se detectó un tumor en los ovarios de la señora Evans que exigía su extracción sin demora. Sólo después de que se obtuvieron y congelaron los embriones se procedió a la remoción de sus ovarios advirtiéndosele de que tendría que esperar al menos dos años para poder implantárselos. Como en el caso de Ruth Nahmani, se trataba de la última oportunidad de ser madre de la señora Evans.

Desde el principio la pareja había sido informada por el personal de la clínica de que, de acuerdo con la Ley británica de Fertilización Humana y Embriología de 1990, el consentimiento de ambos al procedimiento podía ser revocado en cualquier momento hasta la implantación de los embriones (25). Amparándose en dicha normativa, y antes de que transcurriera el plazo de dos años recomendado a su ex mujer, el marido de la señora Evans notificó al centro la revocación de su consentimiento solicitando la destrucción de los embriones. Tras agotar las instancias judiciales británicas, que sistemáticamente rehusaron atender la demanda de la señora Evans de poder disponer de los embriones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo que resolver si dichas negativas constituían una vulneración de los derechos a la vida, a la intimidad y a la igualdad consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos (arts. 2, 8 y 14 respectivamente). En cuanto a lo primero, la mayoría de los jueces considera que, habida cuenta de la inexistencia de consenso entre los países miembros de la Convención acerca de la determinación jurídica y científica del comienzo de la vida, sobre ese particular los estados cuentan con un margen de apreciación que el Tribunal debe respetar —en este caso, en el derecho británico los embriones claramente no son titulares del derecho a la vida, y, por tanto, no ha habido quiebra del artículo 2 de la Convención.

En segundo lugar, la vulneración de la intimidad que alega la señora Evans plantea, de nuevo, la cuestión de si existe el deber por parte del Estado de intervenir para garantizar la implantación del embrión a las mujeres que se han embarcado en un tratamiento de infertilidad, y ello frente a la negativa de la pareja de quien proceden los espermatozoides. A pesar de que en este caso, como en el del matrimonio Nahmani, primar el derecho a la paternidad del ex marido —en su vertiente negativa— supone imposibilitar sin remedio el ejercicio del derecho a la maternidad genética a la señora Evans, el Tribunal Europeo considera que la ponderación practicada por el Parlamento británico al establecer en la ley de 1990 la posibilidad de que los miembros de la pareja puedan revocar su consentimieqto en cualquier momento hasta la implantación, incluso si con ello se impide irremediablemente la maternidad o paternidad genética, no constituye una vulneración del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 8 (26). En sus votos particulares, los jueces Türmen, Tstsa-Nivolovska, Spielmann y Ziemele ar-

notas:

(25) Ollero recuerda oportunamente al comentar este caso que, una vez implantado ci embrión, el principio de mutuo consentimiento sobre su destino cesa en el supuesto de que la madre decida abortar; véase 2006, p. 64.

(26) Parágrafos 90-92. El juez de primera instancia británico Wall J. había asumido la simetría entre los derechos a no ser padre ya serlo, al plantear el supuesto en e1 que es el hombre quien está ante su última oportunidad de ser padre genético «Si un hombre tiene cáncer de testículos y su esperma, preservado antes de la cirugía que le ha dejado infértil, es usado para generar embriones con los óvulos de su pareja y a continuación se separan antes de la transferencia de los embriones al útero de la mujer, nadie sugeriría que ella no puede revocar su consentimiento al tratamiento y rehusar que se le introduzcan los embriones» (citado en el parágrafo 23 de la sentencia). Pero como adujeron los jueces de la Corre Suprema israelí en la segunda decisión del caso Nahmani, ciertamente hay una diferencia notable entre uno y otro supuesto, y es la invasión añadida que a la mujer le supone hacer que sea posible la paternidad genérica de su ex marido (si bien él podría encontrar una nueva pareja en quien implantar los embriones).

guyen en la misma línea que la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema israelí en la segunda decisión del caso Nahmani: en ocasiones como ésta, el derecho a no ser padre no puede pesar más que el derecho a serlo, y, en ese sentido, la regla fija establecida por la ley británica constituye una ponderación irrazonable por su carácter inflexible.

Aunque en abstracto uno pensaría que salvaguardar el derecho a la paternidad o maternidad cuando aún no hay implantación resulta una intromisión intolerable en la esfera personal de los individuos por parte del Estado, en supuestos como el de la señora Evans, cuando se pretende satisfacer no sólo el deseo de la maternidad genética, sino también el anhelo de gestar, y se trata de la última oportunidad que tiene el individuo, nos inclinamos a considerar que d presunto derecho a la paternidad en sentido negativo debe ceder. Cuando no es así, parece razonable la «solución Tennessee», solución que en todo caso presupone, como se ha señalado, que los embriones no son sujetos del derecho a la vida (27). De otro modo, es decir, si estimáramos que los embriones sí son titulares del derecho a la vida, parece improbable que una ponderación entre tal derecho y el derecho a no ser padre arroje como resultado la preferencia de este último con la consiguiente destrucción de aquéllos. Muchos, sin embargo, abrazan la doctrina católica antes presentada y entienden que el ser humano es sujeto de derechos desde la concepción. Ello hace que una decisión de terminar con su vida durante su gestación en el útero materno, o fuera de él, sólo pueda ser justificada como la elección de un mal menor (se trata, típicamente, del caso en el que el embarazo o parto pone en peligro la vida de la mujer (28)).

Esta consideración se apoya en la existencia de un continuo vital que, sin posibilidad de saltos discretos cualitativos en su evolución, va desde que se produce la singamia de dos células haploides (el espermatozoide y el óvulo) para formar un cigoto diploide con una configuración genética única —resultante de la fisión de los cromosomas de sus padres— hasta el individuo adulto. Así, al decir de Finnis: «... la razón no puede encontrar ini evento, principio o criterio por el que juzgar que el típico adulto o reçin nacido o feto tardío o temprano no es el idéntico ser humano —per- Mitin humana— que el cigoto unicelular de 46 cromosomas cuya emerrIIcia fue el comienzo de la historia personal de ese mismo niño y adulto» (29). La conclusión es, entonces, que «... todo individuo humano vivo debe ser considerado persona», un corolario al que, remacha Finnis, deben arribar tanto la ciencia como la filosofía (30). En nuestros pagos, una concepción semejante ha sido mantenida por Andrés Ollero: «Los avances científicos no permiten hoy duda razonable sobre la continuidad real existente en el proceso vital a partir de la concepción. Intentar establecer, dentro del fluir continuado de esa "vida', fronteras artificiales capaces de conferirle o negarle categoría "humana" es empeño notablemente arriesgado que pocos se atreven a asumir. Supone, en efecto, dar por hecho que rl carácter "humano" de una vida depende de criterios ajenos a ella misma, cuya apreciación acabará inevitablemente dependiendo de la valoración que merezca a los demás> (31). Más adelante insistirá, comentando la jurisprudencia constitucional española sobre el aborto, en que: «El problema real... es si se está dispuesto a regatear carácter humano a un ser a quien la biología se lo reconoce» (32). A su juicio, in dubio pro vita, es decir, el embrión merece ser tratado como persona a todos los efectos que le sean favorables, y llegar a vivir es el más importante de ellos (33).

Esta apuesta por la consideración del embrión como sujeto de derechos básicos no sólo limita extraordinariamente el rango dç interrupciones del embarazo moralmente legítimas> sino que impide la reproducción humana asistida y los procedimientos —fundamentalmente el diagnóstico preim1ilantatorio, del que nos ocuparemos posteriormente— a ella conectados. La razón parece diáfana: la generación de seres humanos «desechaiics», que es la condición de posibilidad de la fecundación in vitro, es un atentado moral de primera magnitud, que, ante la poco realista opción de imponer a las mujeres (¿a cuáles y bajo qué criterios?) que se los implanten para gestarlos y parirlos, sólo se evita prohibiendo aquélla, o limitándola u asta el punto de hacerla prácticamente imposible, como ocurre en Italia

notas:

(27) Es más, la señora Evaiis puede arrepentirse en rudo momento de su decisión de ser madre incluso si hubiera ganado el caso en el TEDH y se hubiera implantado los embriones, le cabe después interrumpir su embarazo.

(28) Así, por todos, John Finnis, «Abortion asid Healrh Care Ethics», en Bioethjcs. Aa Anthology, Helga Kuhse y Peter Singar (eds.), Blacicwell, 2006, pp. 17-24, pp. 20-2 1 - En los supuestos en los que el embarazo es fruto de un atentado contra la libertad sexual de la mujer, Finnis no admite, en cambio, la interrupción del embarazo puesto que eso sería tanto como hacer responsable al feto del crimen cometido por su padre, aunque sí considera permisible que la mujer intente prevenir la concepción mediante la píldora postcoiral (ibíd., pp. 21-22).

(29) Finnis, 2006, p. 20 (cursivas suyas).

(30) Ibid.

(31) Véase 2006, p. 84.

(32) Ibid., p. 141.

(33) Id., pp. 57-58.

desde que se promulgó la ley 40/2004 de 19 de febrero («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (34) ).

Pero ¿debemos realmente, como afirman Finnis, Ollero y la Congregación para la Doctrina de la Fe, entre otros, llegar a semejantes conclusiones basadas en la atribución a todo miembro de la especie humana, independientemente del grado de su desarrollo, de la condición de persona? ¿Es éste, indubitadamente, un corolario proporcionado por la ciencia como señala Finnis?

La respuesta es «no» por una sencillísima razón: la noción de «persona» no es científica sino moral, o, dicho de otro modo, el concepto de «persona» y «ser humano» no son coextensivos (35). Así como podemos científicamente convenir en que un ser humano es un individuo que es miembro de la especie horno sapiens (y que nos cabe llegar a determinar dicha pertenencia tras haber examinado su genoma), la condición de persona se predica de quienes reúnen una serie de características —esas a las que John Locke ya se refirió en el Ensayo sobre el entendimiento humano (36)— que les convierten en «agente moral», en titular de ciertos derechos. Otros, sin embargo, consideran que es la capacidad de sufrir la condición relevante.

Éste es, en definitiva, el meollo de la ardua controversia (moral) relativa a la personalidad y la titularidad de derechos, polémica que no zanja por sí mismo el descubrimiento biológico, aunque los datos que nos proporciona la ciencia sin duda constituyen razones o premisas auxiliares en defensa de las opciones morales manejadas (37). Nadie discute, en cambio, que el cigoto, embrión o feto son «individuos u organismos humanos»".

Inmersos, por tanto, en un debate ineludiblemente normativo, posiciones como las de Finnis u Ollero tienen que enfrentarse, como poco, al test de la coherencia; al contraste de tales opciones con nuestras creencias, nctitudes y prácticas institucionales en otros ámbitos. Y así confrontada, la Itica de que el embrión es persona titular de derechos básicos como el derecho a la vida provoca un conjunto de llamativas «inconsistencias pragnifticas», tal y como las ha denominado felizmente Enrique Peñaranda (39). Por empezar con lo más obvio: si, como aquéllos afirman, la persona existe desde el momento de la concepción, ¿debemos penalizar su destrucción de la misma manera que castigamos la violación del derecho a la vida de cualquiera de nosotros, agentes morales plenamente capaces? En el caso del aborto que se practica sin el consentimiento de la mujer, es claro que deberíamos hacerlo si el feto es titular del derecho a la vida, pues entonces no se puede rebajar la pena en atención al conflicto de intereses entre la vida del feto y la autonomía personal de la mujer (40). Si no lo hacemos, ¿no será porque en el fondo se participa de ese «gradualismo» en su protección —y, por lo tanto, en la distinta consideración moral del embrión, feto o nacido— que tanto denuncia Ollero (41)?

Pero a veces resulta que sí, que se asume ese reto de equiparación entre el embrión y el ser humano adulto con todas sus consecuencias: cuando Ollero repasa el proceso histórico de ampliación progresiva de derechos mediante la superación de odiosas discriminaciones, menciona como contrapuntos contemporáneos la «soterrada persistencia de la tortura» y la «abierta apología del aborto» (42). Aborto y tortura, por tanto, en el mismo rente de afrentas al ideal de los derechos. Pero aún hay más. De acuerdo

notas:

(34) Su primer artículo es ya elocuente sobre el espíritu que preside esta norma y su finalidad, «Para procurar la solución de 'os problemas reproductivos ligados a la esterilidad o infertilidad humanas, se permite recurrir a la procreación médicamente asistida bajos las condiciones y modalidades previstas en esta ley que garantizan los derechos de todos los sujetos involucrados, incluyendo al concebido».

(35) Frente a lo que asume insistentemente, entre otros, Andrés Ollero, como hemos visto en las citas extractadas anteriormente así como en las pp. 49-50. Comentando, por ejemplo, la sentencia delTribunal Constitucional 116/99 relativa a la constitucionalidad de la ley española sobre reproducción humana asistida (Ley 3511988), Ollero afirma: «Parece fácil convenir que el embrión, si de un ser humano se trata, no podrá ser manipulado ni poco ni mucho...» (2006, p. 53, cursivas nuestras).

(36) «... ser pensante inteligente que tiene razón y reflexión y puede considerarse así mismo como sí mismo, la misma cosa pensante, en diferentes tiempos y lugares»; Libro II, capítulo 27, sección 9. " De hecho, el propio Ollero es consciente de ello: «Ni la argumentación ética ni la jurídica han de considerarse determinadas por las constataciones científicas; pero, cuando las ignoran, sus valoraciones o previsiones pierden inevitablemente solidez y dejan en evidencia un posible trasfondo —por voluntarista— irracional»; véase 2006, p. 161.

(38) Ollero, pese a todo, insiste en la falacia definicional: «En el caso que nos ocupa —la existencia de personas—se admite, por lo visto, que la ciencia registra la existencia de determinadas realidades, pero se pretende que ello no implica que se trate de «seres"; la ciencia constataráque comparten la identidad genética de nuestra especie, pero sólo el Código Civil permitirá considerarlas humanas"» (2006, p. 162, cursivas nuestro). La ciencia, por supuesto, puede admitir que cuando hablamos de embriones nos las vemos con «seres» y «humanos»; que sean, además, personas es, como acabamos de señalar, otro cantar (un cantar no científico sino normativo).

(39) Véase «Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones ético y jurídicas desde la Perspectiva del Derecho Penal», Humanitas. Tema del mes on-line, n.' 3, mayo 2006 (hrrp://www.fundacionmhm.org/WWW\_humanitases\_numer03/visttm»

(40) Así, Enrique Peñaranda, «Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio», en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Thomson-Civiras, 2005, pp. 1673-1709, p. 1700.

(41) El gradualismo supone, de acuerdo con Ollero, una vuelta al hilemorfismo aristotélico, a la idea tIc «animación progresiva», pues lo que era una «cosa' se va convirtiendo en «persona», y serán los «interesa y la urgencia» lo que, según él, trazará la frontera entre una y otra; véase 2006, pp. 58-59.

(42) Ibíd., p. 85.

con Ollero, enarbolar la dignidad del no nacido «... supone plantear un

objetivo cuyo logro revestiría una trascendencia histórica superior incluso a

la abolición de la esclavitud. También entonces se negaba personalidad jurídica a una categoría de seres humanos...» (43). Si esta afirmación puede ser tomada en serio, los países que permiten la reproducción humana asistida mantienen una ignominia moral que, por equiparable a la esclavitud, acredita la expulsión de las Naciones Unidas y de la de todas las convenciones internacionales relativas a los Derechos Humanos, amén de la posibilidad de que interviniera el Tribunal Penal Internacional o un juez de cualquier Estado por la comisión de crímenes contra la humanidad, o el que cualquier Estado pueda recurrir al uso de la fuerza contra esos países por razones humanitarias (44).

Otras incoherencias que arrastra la caracterización del embrión como persona tienen que ver con instituciones y creencias sociales muy arraigadas. ¿Cómo es que no se celebran funerales por los embriones no implantados, o por los fetos espontáneamente abortados (45) ? Supongamos que un embrión se ha mantenido crioconservado durante años para ser finalmente implantado, gestado y parido. ¿Qué responderá ese individuo cuando sea preguntado por su edad? ¿Debería computar los años en que se mantuvo congelado? ¿Debemos nosotros, que hemos sido reproducidos por medios naturales, incluir los meses de gestación cuando queramos celebrar nuestro cumpleaños?

Contemplemos, pese a todo, la posibilidad de que se mantenga la idea de que somos sujetos del derecho a la vida desde el momento de la concepción y que se pagan los precios antes referidos en términos de coherencia. ¿Por qué se afirma que, frente a otros acontecimientos, no es arbitrario fijar el momento de la fecundación como punto a partir del cual cabe predicar la existencia de un ser humano titular de derechos? Se nos dice, en primer lugar, que nuestra identidad genética, nuestra individualidad o carácter único como seres vivos arranca ahí. O, dicho de otra manera, como individuos adultos plenamente competentes, somos trazables hasta ese momento, pero no a un momento anterior. Antes de la fecundación son infinitos los individuos posibles en función de cuáles sean los concretos gametos que se fusionan.

Independientemente de que también la propia fecundación puede ser vista como un proceso, como una secuencia de acontecimientos moleculares sobre la que tal vez habría que practicar una discriminación aún más Fina que determine el inicio de la persona (46), ciertos hechos biológicos que, en ocasiones, suceden tras la fecundación desmienten nuestra identidad numérica con el cigoto resultante de la fusión de los gametos. Se trata de la gemelación monocigótica, es decir, de la generación de dos individuos a partir del mismo cigoto, y de la hibridación, esto es, de la creación de un individuo a partir de dos cigotos distintos, individuo que tendrá como dotación genética la correspondiente mezcla de las cargas geitéticas previas. ¿Podemos decir en esos casos que la quimera o el gemelo monocigótico adulto existen desde el momento de la fecundación? No parece que sea posible, y la razón es bien sencilla: los dos gemelos monocigóticos adultos no pueden ser idénticos —en el sentido de «corresponderse con» el mismo embrión surgido tras la fecundación— so pena de vulnerar la propiedad transitiva de la identidad. Si llamamos A al embrión del que surgieron los otros dos embriones, y a los gemelos B y C, resultaría que A = B y A = C, pero B # C (los gemelos no son, obviamente, el mismo individuo aunque tengan un genoma casi idéntico) (47). Para el caso del híbrido, ¿a cuál de los dos embriones inmediatamente resultantes de la fertilización deberíamos hacer corresponder la quimera adulta? Obviamente a ninguno de los dos, pues su identidad genética es la resultante de la fusión de dos embriones tiempo después de la concepción. La discontinuidad entre lo que somos y el momento de la concepción es todavía más acusada en este caso.

Este tipo de hechos biológicos muestran que es un poco después de la concepción cuando ese conjunto de células que llamamos cigoto se presenta como una entidad única que funciona de manera integrada, es decir, como un organismo que pertenece a la especie horno sapiens, el mismo organismo que hemos sido cualquiera de nosotros. Esa realidad biológica, tal y como es conocida hoy día, muestra, en definitiva, que hay una cierta

notas:

(43) íd., p. 102 (cursivas nuestras).

(44) Véase en esta misma línea Peñaranda, 2006 y 2005.

(45) El argumento procede de Guidelinesfor Embryonk and Stem Cell Research, publicado por la National Academies Press que es citado por Peñaranda (2006).

(46) ¿Es ese inicio el momento en el que el espermatozoide atraviesa la zona pdúcida del ovocito? ¿O más bien cuando posteriormente éste responde engullendo la cabeza del espermatozoide o cuando se forman los dos pronúcleos previamente a que se unan los cromosomas materno y paterno?

(47) Véase David DeGrazia, «Moral Status, Human Identity, asid Early Embryos: A Critique of dic President's Approach», Journal ofLaw, Medicine and Ethics, spring 2006, pp. 49.57. p. 51. En la misma línea, John Harris, Enhancing Evolution. The Ethical Case frr Making Better People, l'rinceron (NJ), Princeton University Press, 2007, p. 163.

graduación en el proceso de división celular que acontece desde la singamía, una graduación que permite distinguir entre preembriones y embriones como célebremente se hiciera en el Informe Warnock, una distinción de la que se ha hecho eco la legislación española (48). Los embriones surgen aproximadamente a los 14 días de la fecundación (cuando el cigoto cuenta con 16 células); las posibilidades de gemelación o hibridación están vedadas, y cuando la fecundación se ha logrado naturalmente (en el cuerpo de la mujer), anida en el útero (49).

Pero aún hay más, más hechos biológicos «brutos» que colocan un escollo inmenso en la apuesta por la fecundación como momento que determina la aparición de una persona con el derecho básico a no ser destruida. En la primera fase del desarrollo embrionario, en la fase conocida como «segmentación» y que abarca hasta el estadio de «mórula», las células que conforman el cigoto resultantes de sus más tempranas divisiones reúnen todas ellas la capacidad de la rotiporencia: cualquiera daría lugar a un organismo completo si se implantase y gestase en un útero (50). Por tanto, un preembrión durante los primeros cuatro o cinco días desde la fecundación cuenta con la potencialidad de generar varios individuos (51). ¿Se debe procurar salvaguardar la vida de todos ellos? La respuesta afirmativa inspira la Ley alemana de Células Troncales de 28 de junio de 2002 que prohibe bajo sanción penal el diagnóstico genético preimplantatorio que implica la extracción de una de esas células totipotentes del preembrión, su análisis y, obviamente, su posterior destrucción (52).

Como vemos, tomarse tan en serio el preembrión genera consecuencias sumamente contraintuitivas. Uno podría replicar que, en realidad, esas posibilidades son contraintuitivas y también artificiosas: <normalmente» o «naturalmente» el cigoto sigue dividiéndose y el embrión se convierte en feto y éste llega a término y podemos trazarnos como individuos adultos desde ese momento de la concepción. La potencialidad que habríamos de tener en cuenta para atribuir al cigoto la condición de persona desde el momento de la fecundación es, así, la potencialidad «natural». Pero como se ha señalado pertinentemente si por <(natural» o «normal» entendemos «probable», el cigoto generado intrauterinamente es potencialmente un feto abortado de manera espontánea, pues así ocurre en el 75% de los casos (53). Ello no hace sino incidir sobre un hecho que frecuente, e interesadamente, es pasado por alto por quienes insisten en atribuir al concebido la condición de persona: muchos acontecimientos de muy variada índole tienen que ocurrir para que el cigoto llegue a ser persona en el sentido más pleno del término (54). Muchas condiciones igualmente necesarias pero no suficientes tienen que acaecer para que una célula germinal (un espermatozoide u ovocito) dé lugar a un ser humano (para empezar, como se ha señalado repetidamente, que se produzca la singamia entre ambas). Sin embargo, esa misma potencialidad no provoca —salvo excepciones muy pintorescas— una condena universal de todo método no ya abortivo sino anticonceptivo (55).

Como antes hemos indicado, la consideración moral máxima la reciben quienes reúnen un conjunto de capacidades cogpitivas en la línea de

notas:

(48) Véase la exposición de motivos, el artículo 1.2. de la Ley 14/2006 de Reproducción Asistida Humana y el artículo 3.s) de la Ley 1412007 de 3 de julio de Investigación Biomédica, mientras que quienes, como 011ero, sitúan la existencia de un ser humano que es persona a partir de la fecundación tildan de <oportunista» o «supuesto» al preembrión (véase 2006, pp. 29 y 165-166).

(49) Este plazo, señala Ollero, no «... aporta biológicamente novedad alguna», trazando una frontera artificial con el objetivo único de posibilitar la fecundación in vitro; véase 2006, P. 76, nota 5.

(49) Se trata de la clonación reproductiva, universalmente condenada en textos y declaraciones de diversa índole (en la legislación española es tipificada como un delito en el artículo 160.3 GP). Véase infra p. 85 y el capítulo 6.

(51) El cigoto en estadio de mórula cuenta con 16 células. Tal y como se ha informado recientemente (véase El País, edición de 21 de noviembre de 2007, pp. 44-45), los científicos han logrado reprograniar hasta la pluripotencialidad células somáticas de individuos adultos (con lo cual se es- fuma en muy buena medida el debate sobre el uso de células troncales embrionarias para la investigación en medicina regenerativa) - Cuando se consiga la reprogramación hasta la totiputencialidad, cada una de las millones de células de cualquiera de los individuos adultos existentes tendrá la capacidad de generar un ser humano (clónico) completo.

(52) Peñaranda, 2006, p. 14. David DeGrazia considera que virtualmente nadie objeta a este procedimiento (2006, p. 53). La estricta legislación alemana le desmiente categóricamente.

(53) DeGrazia, 2006, p. 53.

(54) Entre otros, como recuerda Enrique Peñaranda, la anidación en el útero que posibilita un intercambio de información o simbiosis entre el cigoto y el medio proporcionado por el seno materno; véase 2005, p. 1707.

(55) Ciertamente, la Iglesia Católica condena lo que llama medios anticonceptivos »no naturales» (en las encíclicas Humana Vitae y Casei Connubz), pero permite en cambio los métodos «naturales»: «... cuando los esposos, mediante el recurso a períodos de infecundidad, respetan la conexión inseparable de los significados unitivo y procreador de la sexualidad humana, se comportan como 'ministros' del designio de Dios y 'se sirven" de la sexualidad según el dinamismo original de la clonación "total", sin manipulaciones ni alteraciones» (Exhortación apostólica Familiaris consorcio, des. S. Juan Pablo JI al episcopado, al clero ya los fieles ele toda la Iglesia sobre la misión de lafamiha cristiana en el mundo actual, 1981, parágrafo 32). Se señala en este documento que entre lo que la Iglesia denomina «anticonceptismo» y el «recurso a ritmos temporales», hay diferencias «antropológicas» y «morales» cifradas en dos distintas concepciones de la sexualidad humana y de la persona. En el caso de la anticoncepción natural, se acepta 'el tiempo de la persona» y «el diálogo, e1 respeto recíproco, la responsabilidad común ye1 dominio de uno mismo»; la sexualidad no se usa como un objeto sino que se promueve su dimensión »verdadera y plenamente humana».

las señaladas por John Locke hace más de tres siglos (56). Descartado que podamos predicar del concebido la condición de persona, el planteamiento lockeano invita a preguntarnos si es sólo a partir de que somos seres con autoconciencia cuando existimos como individuos, es decir, si somos trazables sólo hasta el momento en que emerge dicha capacidad u otras semejantes como la sentiencia. Lo cierto es que fuimos criaturas presentientes, embriones y fetos tempranos, es decir, que nuestra esencia no es sólo «mental» sino fundamentalmente biológica (57), si bien la consideración moral que merecemos se incrementa gradualmente a medida que ese organismo vivo desarrolla un sistema neurológico que le brinda la capacidad de sufrimiento, para, finalmente, ser ese ser pensante «que puede considerarse a sí mismo como sí mismo, la misma cosa pensante, en diferentes tiempos y lugares» al que Locke se refiere (58). El gradualismo es la tesis que ha informado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en los casos del aborto (STC 53/1985), la reproducción humana asistida (STC 116/1999) y la clonación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (STC 212/1996). Tal doctrina se sintetiza en la idea de que es el nacimiento el que confiere al ser humano la condición de persona —titular de derechos— y la anidación del embrión en el útero lo que le otorga la consideración de «bien jurídico protegido» (59). De acuerdo con dio, la Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación Biomédica permite la actividad investigadora con preembriones sobrantes de los procesos de fecundación in vitro —aquellos que no se hayan desarrollado más allá de los 14 días desde la fecundación— acabando así con la diferenciación arbitraria que había establecido una ley de 2003 (60).

La graduación es lo que permite entender, por otro lado, por qué nos parece mucho más lamentable la muerte de un joven que la de un embrión, o un feto o un recién nacido. Si consideramos que la maldad de la muerte radica en que nos priva de experiencias placenteras o bienes, una lesis «no gradualista» como la que sostiene Ollero hace que la gravedad de la muerte sea directamente proporcional a lo cerca que nos encontremos del momento en que fuimos concebidos, porque es mucho más lo que vamos a perder. No necesitamos extendernos mucho en lo flagrantemente erróneo de esta conclusión, en la terrible tragedia que implica la muerte prematura de un adolescente frente a la destrucción de un preembrión o el aborto espontáneo de un feto de cuatro meses. Y es que la pérdida de valiosas experiencias y bienes futuros es mucho peor cuando ya se ha podido hacer una suerte de «inversión psicológica» en la vida vivida y en las expectativas sobre lo que cabe vivir (61), para lo cual se debe tener un desarrollo cognitivo muy notable, el propio de quienes son personas en el sentido más pleno y éticamente coherente del término.

¿ Verdad biológica? ¿Indisponibilidad de estado?

ista cuestión del estatuto moral y jurídico del embrión que acabamos de analizar ha sido el aspecto más controvertido de la pionera legislación española sobre reproducción humana asistida que se remonta a 1988 (62), una normativa que —por su carácter permisivo— ha convertido a España en una suerte de «paraíso» de la reproducción artificial, y en el objeto de las severas críticas de los que se denominan a sí mismos «defensores de la vida», como Finnis y Ollero (63).

citas:

(56) De acuerdo con Ollero, se produce con ello un desplazamiento de la idea de dignidad humana —recibida de la tradición judeocristiana— a favor del ideal de la autonomía, que sería ahora fundamento de aquélla. No habría ya, según él, dignidad humana incondicional, sino que por efecto del utilitarismo (sic) la vida humana será disponible en sus fases iniciales y privable de toda dignidad (2006, pp. 61-62).

(57) DeGrazia, 2006.

(58) Ollero considera, apoyándose en Palazzani, que en esta concepción «separacionista» (que escinde la condición de persona de la de ser humano) habita un error radical, pues cualquiera que sea la función —intelectiva o sensitiva— sobre la que gravita la condición de persona, aquélla presupone la existencia de un sujeto (véase 2006, p. 50, nota 49). Siendo ello obvio, lo que se presupone que existe no tiene que ser necesariamente un «sujeto», sino meramente un organismo vivo, como aquí estamos sosteniendo.

(59) Una defensa muy persuasiva de la misma es la de Enrique Peñaranda (2005, pp. 1673-1675).

(60) Véase infra capítulo 6. Repárese, en todo caso, en que en España constituye un delito la fecundación de óvulos con cualquier fin distinto de la procreación humana (art. 160.2 CP), con lo que la investigación sobre preembriones es posible sólo cuando éstos son, como hemos indicado antes, el efecto «colateral» de la aplicación de una técnica de reproducción humana como la IIVTE.

(61) En ese sentido, véase DeGrazia, 2006, pp. 54 y ss., y Ronald Dworkin, Life's Dominion. An Argument About Abortion. Euthanasia and Individual Freedom, Nueva York, Knopf, 1993, pp. 8687 (hay traducción española de Víctor Fetreres y Ricardo Caracciolo, El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, Barcelona, Ariel, 1994).

(62) Hasta ese momento, sólo en el estado de Victoria (Australia) se había legislado sobre la reproducción humana artificial.

(63) Una de las críticas más severas que se ha proyectado durante años sobre la Ley 3511988 es la indeterminación que creaba en torno al destino de los embriones sobrantes de procesos de fecundación asistida criocongelados en los bancos de las clínicas de reproducción humana asistida. La ley de 1988 permitía que se tuvieran así durante cinco años, sin señalar qué hacer con ellos transcurrido ese tiempo. Para remediar dicha laguna, y cuando ya los embriones congelados superaban los 30.000 según las estimaciones más fiables, la ley 45/2003 de 21 de noviembre reformó la ley 3511988 con la pretensión de navegar entre la Scilla de la evitación de los efectos indeseables de las técnicas de reproducción humana asistida —limitando con carácter general a tres tanto el número de ovocitos fecundables en cada ciclo como el de embriones transferibles y vinculando a la vida fértil de la mujer el plazo máximo de conservación de los embriones sobrantes— y la Caribdis de aprovechar esa «mina» de embriones, para lo cual se solicitaba la autorización expresa de sus progenitores. En el capítulo 6 nos extenderemos sobre lo deficiente de esta regulación (véase infra p. 299). También remitimos al lector al perspicaz análisis crítico que de esa reforma de 2003 ha hecho Enrique Pefiaranda (2005, pp. 1682-1688).

La permisividad también ha presidido el espíritu y la letra de la ley de 2006, una ley que, como aquella de 1988 a la que reemplaza, echa por tierra dos principios del derecho de familia considerados nucleares por muchos juristas: el llamado principio de verdad biológica y el principio de la indisponibilidad de estado. Además, en la medida en que se permite la inseminación artificial de la mujer soltera —cosa que en muchas legislaciones se proscribe (64)-, se legitima la familia monoparental con el consiguiente perjuicio, según algunas voces, de los intereses del menor (65). Frente a esas críticas, conviene recordar que tales intereses no son tan poderosos como para permitir la intervención del poder público ante situaciones sobrevenidas de orfandad (retirando, sólo por dicha razón, la custodia del menor al viudo o viuda), o para hacer más restrictivas las leyes que regulan los procesos de separación o divorcio para así salvaguardar el entorno biparental para bien del hijo. Y es que no está demostrado que criarse con dos adultos heterosexuales de distinto sexo sea condición necesaria ni suficiente para el buen desarrollo de los menores. La estabilidad, aprendizaje para la vida autónoma, cariño, autoconfianza, alimentación equilibrada y protección de su salud que, esencialmente, precisan los niños puede ser aportada por entornos familiares muy diversos. No parece que merezca la pena extenderse mucho sobre el indubitable hecho de que muchas familias «tradicionales» han (mal)criado seres humanos que a la larga han sido sumamente desgraciados.

Los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado son la expresión de una concepción más profunda sobre la institución familiar. Cuando se apela a la <verdad biológica» para la determinación de la relación paterno-filial o cuando se insiste en que el estado civil de hijo o padre es inmune a la voluntad de los individuos puesto que resulta de la existencia de la vinculación genética que no nos es dado alterar a discreción, se está implicando que la familia es algo más que un haz de derechos y obligaciones establecidos por un legislador en un momento histórico y en un espacio geográfico dados (66). Antes bien, se considera que la familia tiene en la naturaleza un espejo en el que mirarse (aunque sea de soslayo).

Una vez se han asumido los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado que hemos comentado, se sigue, como una consecuencia lógica, la censura a ciertos mecanismos previstos en la Ley española de Reproducción Humana Asistida. Por ejemplo, que la pareja o marido que «consiente'> que su mujer se insemine con el esperma de un tercero se convierta en padre: basta para ello, según la normativa, con declarar ese consentimiento de manera expresa y con carácter previo a la aplicación de la técnica (67). Pero, ¿cómo puede ser ¿se el título de la paternidad —se pregunta un conspicuo jurista— cuandó lo que se está ha-

notas:

(64) Así, entre otras, en la ley italiana (art. 5) mencionada anteriormente. Tampoco se permite en Austria, Suecia, Noruega y Francia. En esa misma línea de otorgar a las mujeres un gran poder decisor sobre la procreación, se inscribe la posibilidad de inseminarse con el semen del marido fallecido contemplada en el artículo 9.2. de la ley 1412006. Para ello la viuda dispone de un plazo de 12 meses desde el fallecimiento siempre que la pareja o marido fallecido hubieran consentido expresamente, o bien cuando la mujer hubiera estado inmersa en un proceso de fecundación in vitro con preembriones ya existentes en el momento en el que el marido muere.

(65) El recurso del Partido Popular contra la ley se articulaba precisamente en torno a la idea de que la Constitución consagraba la familia «tradicional» (véase la STC 116199). Tal presunto menoscabo a los intereses de los menores por no crecer en el seno de una familia '<normal» (compuesta por un hombre y una mujer heterosexuales) no se inaugura con la Ley de Reproducción Asistida de 1988 ni con la posterior de 2006, sino con una reforma muy anterior del Código Civil que permitió la adopción a los solteros. Hasta la entrada en vigor de la más reciente reforma del Código Civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la posibilidad de que, por una vía u otra, hubiera menores en España que crecieran en un entorno no heterosexual (el soltero que adopta o la soltera que se insemina pueden convivir con una persona del mismo sexo) era una posibilidad cierta a la que sólo se podía poner remedio impidiendo tanto la adop- ción por parte de mujeres y hombre solteros como la inseminación artificial de la mujer soltera.

(66) O bien mediante la contratación privada, como veremos más adelante, si de contratos de maternidad de sustitución hablamos. En el caso Johnson y. Calven, 5 Cal. 4th 84 (1998), la Corte Suprema de California, en una suerte de juicio salomónico, tuvo que decidir quién debía set considerada madre a los efectos de la ley civil vigente en aquel estado, toda vez que la madre genética y de gestación eran distintas por mor de un acuerdo de maternidad de sustitución. Entonces, razona el tribunal, es madre «natural» aquella que »... pretendió que se diera a luz a un individuo a quien pretendía criar como su propio hijo».

(67) La ley de 2006, posterior a la reforma del matrimonio a la que acabamos de hacer alusión, ha omitido, sorprendentemente, la mención al cónyuge mujer de la mujer que decide inseminarse (para que con ello se pueda convertir en madre del menor de la misma manera que lo hace el cónyuge varón de la mujer casada que se insemina). Es sorprendente esta omisión porque con esa reforma de la institución matrimonial se permite que los matrimonios compuestos por personas del mismo sexo puedan adoptar, y, por otro lado, la Ley de Reproducción Humana Asistida de 2006 declara expresamente que la mujer puede ser usuaria de las técnicas independientemente de su «orientación sexual» (art. 6.1.).

ciendo es precisamente reconocer que no se es «padre» (68)? Pues lisa y llanamente porque sí se es «padre» aunque en otro sentido —en el sentido más profundo seguramente—, en un sentido muy semejante al que se da en la reivindicación de «ser padres» de quienes adoptan. Por decirlo con las propias palabras empleadas por el Tribunal Constitucional español al enjuiciar la constitucionalidad de la ley 35/1988: <No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre Lis relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación [ ... ] ni E...] el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial» (69).

Por otro lado, precisamente con el avance del conocimiento científico y de las técnicas genéticas y de reproducción humana asistida, se ha hecho obsoleta la propia idea de «verdad biológica». Sencillamente porque, cuando nos referimos a la maternidad, no hay una única verdad biológica que sirva para asentar la relación materno-filial. Frente al viejo aforismo del derecho romano —mater semper certa est—, hoy se puede afirmar que la condición de madre no siempre es cierta si tenemos en cuenta la posibilidad de gestar un embrión ajeno, es decir, el resultado de la fecundación del óvulo de otra mujer que no es la que lleva a término el embarazo. Tal escenario, conocido como «maternidad de alquiler o sustitución», está expresamente previsto y prohibido por la legislación española (que en este punto, frente a otros países, no ha sido tan vanguardista o permisiva). Así, en caso de disociación entre la maternidad genética y de gestación, el legislador español ha privilegiado como madre a la gestante (art. 10 de la ley 14/2006). Sobre ello abundaremos en el siguiente epígrafe.

La legislación española optó en su día, y sigue optando, por incentivar la donación de gametos a base de mantener el anonimato del donante —salvo circunstancias excepcionales. Ello provoca que el hijo nacido por inseminación artificial de madre soltera tenga vedado el conocimiento de su paternidad genética, aunque sí puede acceder a los datos generales de quien donó los gametos. Algunos autores estiman que con ello se vulnera el artículo 39.2 de la Constitución española que establece que: «la ley posibilitará la investigación de la paternidad» (70). Ello no obstante, la ley permite dicha investigación, aunque imponga restricciones que se justifican porque de otro modo la donación de gametos se convertiría en una actividad de «alto riesgo», pues uno quedaría a expensas de una reclamación de paternidad, o de que el hijo pretenda establecer algún vínculo con quien sencillamente se limitó a donar ovocitos o esperma. Hay que tener en cuenta, además, que cuando el constituyente introdujo la cláusula del artículo 39, estaba pensando en la situación de muchos hijos —entonces estigmatizados con el apelativo de «hijos naturales"— y de sus madres, a quienes urgía amparar mejor. Las leyes civiles y procesales preconstítucionales entonces vigentes no procuraban de manera suficiente que los padres asumieran las responsabilidades que les correspondían con los hijos extramatrimoniales. La modificación de esas normas estableciendo presunciones fuertes de paternidad en relación con quienes se niegan a someterse a las pruebas de ADN, junto con el feliz cambio en las condiciones socioeconómicas de las mujeres, han hecho obsoleto ese imperativo constitucional cuando de mujeres que libremente quieren ser madres solieras se trata (71).

La maternidad de sustitución

1-lasta aquí el conjunto de posibilidades reproductivas que hacen de la legislación española sobre la materia una legislación muy liberal. En otros aspectos, sin embargo, la normativa española ha sido más timorata. Tal es ci caso de la llamada «maternidad de alquiler o sustitución», que, como ya liemos indicado, se encuentra prohibida (72).

notas:

(68) Fernando Pantaleón, «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», Revista del Centro de Estudios Constitucionales, vol. 15, 1993, pp. 129-160.

(69) STC 116199 de 17 de junio de 1999 (FJ 13°, cursivas nuestras).

(70) En un sentido similar se pronuncia la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por España en 1990, en cuyo artículo 7.1. se dispone que: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace aun nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible. a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos» (cursivas nuestras). Con ese espíritu, la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional establece cts su artículo 12 que el adoptado, una vez alcanzada la mayoría de edad, o antes con representación de sus padres, tiene derecho «... a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas».

(71) Un efecto muy polémico, sin embargo, que ha generado el anonimato del donante de gametos es la ausencia casi absoluta de control sobre el número de donaciones que se realizan en España, lo cual hace que sea muy posible que se sobrepase el número de seis niños por donante que establece la ley (art. 5.7. de la ley 1412006). La razón es que se carece de un registro de tales de- naciones, a pesar de que tanto la ley de 1988 como la de 2006 lo prevén (art. 21 de la ley 14/2006). De acuerdo con los datos de la Sociedad Española de Fertilidad, desde el año 2004 nacen en España más de 7.000 niños cada año producto de las técnicas de reproducción humana asistida (véase El País, edición de 16 de marzo de 2008, p. 36).

(72) En estos momentos la maternidad de sustitución tiene cobertura jurídica en Israel, Australia, Brasil, Hong-Kong, Hungría, Holanda, Noruega, Corea, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos; véase http://www.surrogacy.org.ukJsurworld.htm (visitado el 21 de febrero de 2008).Excepción hecha de los propios seres engendrados, sobre los que nadie ha dudado nunca de su condición de miembros de la especie horno sapiens— y, por tanto, de que son titulares de derechos humanos—, es cierto que con las técnicas de reproducción humana asistida se abre la puerta a la «cosificación» de algunas actividades y «productos» biológicos. Ello provoca la atribución de valor de uso como «servicios» o «mercancías» a ovocitos y esperma, así como a la función gestante, por parte de quienes no pueden reproducirse por sus propios medios (73). La ley española ha bloqueado radicalmente tal mercantilización: junto con la proscripción del contrato mediante el cual una mujer accede a gestar el embrión ajeno, se impide igualmente la compraventa de gametos (aunque en este último supuesto se permite una «compensación» por las molestias físicas causadas, lo cual ocurre típicamente en el caso de la donación de ovocitos). Es legítimo preguntarse: ¿por qué? ¿Por qué no se puede alquilar el útero o vender óvulos o esperma?

Desde una perspectiva liberal clásica, el acuerdo mediante el que una mujer gesta por un precio el embrión ajeno, o vende sus óvulos, es mutuamente ventajoso para todos los involucrados (74). La ciudadana argentina Silvia Malacari, madre de ocho hijos e incapaz de disponer de una vivienda digna para su familia, se ofrecía a principios de marzo de 2008 como madre sustituta para así obtener el dinero suficiente con que comprar la vivienda. A su ofrecimiento había respondido el abogado Alberto Víctor Domínguez y su mujer, que llevan 14 años intentando infructuosamente ser padres (75). ¿Por qué razón interferir en este acuerdo en el que todas las partes obtienen lo que anhelan?

Para un crítico de los planteamientos liberales como Michael J. Sandel, hay dos grandes estrategias argumentativas con las que oponerse a un mercado como el de los «servicios de gestación». La primera nos recuerda que, dadas las condiciones sociales subyacentes, no hay un consentimiento genuino por parte de quienes se ofrecen como madres sustitutas.

Esa desigualdad de base provoca que sean las mujeres más desaventajadas quienes acaben prestando esos servicios, y lo hacen, en el fondo, porque no tienen alternativa (76). Este argumento, que Sandel denomina «argumento de la coerción», no es en realidad ama objeción de principio a la maternidad de alquiler: si las condiciones fueran otras —las de una sociedad igualitaria—, no habría razones para impedir el intercambio de gestación por dinero.

Sí es una objeción de principio, en cambio, la apelación a que los mercados tienen un efecto degradante sobre las cosas o sobre quienes participan en el intercambio. El noble —para algunos milagroso o mágico— acontecimiento de la maternidad y su fruto resultan así mancillados al permitir que se conviertan en un objeto mercantil: «paternidad'>, «maternidad» y «crianza de los hijos» se tornan en venta de esperma, maternidad de alquiler y venta de niños (77). Esta estrategia argumentativa, a la que Sandel etiqueta como «argumento de la corrupción», se presenta a veces bajo la idea de que hay cosas que no se deben hacer por dinero, aunque sí por otras razones o motivos. Muchos de los que censuran la puesta a disposición de otros del útero propio a cambio de un precio no objetarían en cambio a que ese intercambio se produjera de manera altruista —entre dos hermanas, por ejemplo. Parece, como señala Purdy, que hay cosas que tenemos que hacer sólo como buenos samaritanos, sin pedir nada a cambio (78). Ambos argumentos, como veremos, «prueban demasiado», es decir, nos conducen a conclusiones con las que seguramente no querríamos comprometernos.

Desde la propia perspectiva «liberal clásica» que mencionamos antes, ciertamente no todos los contratos son ética y jurídicamente admisibles por la sola razón de que quienes los celebran —adultos competentes— lo hacen voluntariamente y ninguno de ellos pierde en la transacción. Además, su consentimiento no debe estar viciado; el objeto del contrato (el servicio o bien que se intercambia) debe estar comprendido en el universo de las cosas con las que se puede comerciar, y la causa del contrato no ser ilícita. No aceptamos como válido el contrato mediante el cual alguien paga a un sicario para que asesine a sus enemigos, ni los pactos de esclavitud perpetua, ni la venta y entrega de nuestro corazón en vida. En oca-

notas:

(73) De acuerdo con los datos de Sandel, la industria de la maternidad de alquiler mueve co Estados Unidos 40 millones de dolares; véase «What Money Can't Buy. The Moral Limirs of Markets», The Tanner Lectures on Human Values, Brasenose College (Oxford), 1998, p. 98.

(74) Dicho técnicamente, constituye una smejora paredana» pues nadie sale beneficiado a costa del perjuicio de otro.

(75) Véase la edición digital del diario La Nueva de 8 de marzo de 2008 visitada el 10 de marzo de 2008 (hrrp://www.ianueva.com/edicion impresa/nora/nc/8103/2008f838057 html)liIOLtl'ICA EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA 87

(76) Así, Debra Satz, «Markets in Women's Reproductive Labor», Phtlosophy ana? Public Affairs, vol. 21, n.» 2, spring 1992, pp. 107-131, 109-110 y 123-124.

(77) Sandel, 1998, P. 104.

(78) Laura M. Purdy, Reprodueing Peuons. Issues in Feminist Bioethics, Ithaca-Londres, Cornell University Prcss, 1996, p. 193.

sienes, tales acuerdos son mutuamente beneficiosos para los contratantes, pero, en cambio, perjudican a alguien (así, el pago a un matón para que conmine a nuestro deudor a pagar lo que debe sin duda ocasiona un perjuicio a éste). Las razones para su ilicitud parecen, entonces, claras: se produce un daño a terceros. En el resto de casos, los motivos detrás de la prohibición o de la tacha de ilicitud del contrato tienen carácter paternalista —evitar el daño a uno mismo— o perfeccionista —que los individuos desplieguen conductas que conforman vidas consideradas «buenas», «valiosas» o «dignas». Este perfeccionismo es el que subyace al argumento de Sandel relativo al efecto degradante del mercado.

Hay restricciones legítimas al despliegue de la autonomía individual cuando con ellas se impide la renuncia a la titularidad de un derecho, aunque la renuncia al ejercicio puntual del derecho es siempre posible. En eso consiste el carácter inalienable de los derechos humanos, y por ello, aunque yo puedo eventualmente sacrificar mi libertad sometiéndome a un horario de trabajo, no puedo convertirme en esclavo si ello implica que sólo recuperaré mi soberanía personal cuando mi amo decida libérrimamente manumitirme. Podemos pensar que algo semejante justifica que no pueda donar o vender un órgano sin esperar a mi fallecimiento, y que mi deseo de que se ponga fin a mi vida ahora (para hacer que mis herederos mejoren su posición económica o simplemente para salvar a alguien) no pueda ser satisfecho. Impedir dar carta de licitud a esos pactos supone sin duda un sacrificio al valor de la autonomía de la voluntad, pero pensamos que dicho sacrificio compensa el daño potencial de una decisión irreversible de la que el sujeto, tal vez, podría arrepentirse. En todo caso, un Estado liberal, que tiene en el valor de la autonomía personal uno de sus pilares de legitimidad, debe restringir al máximo sus medidas paternalistas y perfeccionistas, y, además, debe mantener una cierta coherencia en su legislación. En ese sentido, nos cabe sospechar que la prohibición de la compraventa de gametos o de la maternidad de sustitución son excesos perfeccionistas o paternalistas del sistema jurídico español.

Con respecto al primer asunto, las cosas nos resultan más claras: ni nos parece que la «dignidad» del individuo quede comprometida cuando vende su esperma o sus óvulos ni nos es posible percibir un daño a uno mismo de entidad suficiente como para justificar la medida paternalista consistente en prohibir la compraventa de gametos masculinos o femeninos.

¿Y la maternidad de alquiler? ¿Consiste en una «compraventa de seres humanos» —en este caso niños? ¿Degrada a quienes toman parte en ella?¿Contribuye a ensanchar aún más las simas de las desigualdades económicas y sociales entre los individuos? ¿O más bien debe prohibirse por el daño que las partes se infligen a sí mismas?

Empezando por esta última cuestión, muchos de quienes muestran recelos frente a la licitud de tales contratos apelan a que la gestante de sustitución nunca es suficientemente consciente del muy fuerte vínculo que la gestación crea entre ella y el bebé, bebé del que luego se tendrá que desprender con el correspondiente perjuicio en términos de daño psicológico (79). Existen, sin embargo, estudios significativos que desmienten ese carácter irresistible del vínculo materno-filial que se desarrolla a lo largo del embarazo y, en general, dudan de la existencia de graves daños psicológicos por la maternidad de sustitución en la madre gestante (80). Hay muchas madres sustitutas que ya son madres, para las que no resulta severamente traumático desprenderse del bebé pues no contemplan, en ningún caso, criar más descendencia, y se enorgullecen, en cambio, de poder contribuir a la felicidad de una pareja incapaz de tener hijos propios (81). Es más, en este argumento paternalista apoyado en la incapacidad presunta de las mujeres para ser madres sustitutas se podrían escuchar las reverberaciones de injustificadas discriminaciones del pasado que presuponen la condición de «menores de edad mental» en las mujeres (82).

notas:

(79) Así, Margaret Friedlander Brinig, «A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment en Richard Epstein's Surrogacy: The Case for Fuil Contractual Enjbrcement», Virginia Law Review, vol. 81, 1995, pp. 2377-2399, pp. 2388-2389. Éste fue el trasfondo de uno de los más célebres cases de incumplimiento del acuerdo de maternidad de sustitución que enfrentó al matrimonio de los Stern y a la señora Whirehead, con quien aquellos habían contratado la gestación y que llegó hasta la Corte Suprema del estado de New Jersey tras una intensa batalla judicial: In the MateerofliabyM537A. 2d 1227 (1988).

(80) Así, V. Javda er al., «Surrogacy: The Experience of Surrogare Motbers», Human Reprodunion vol. 18, 2003, pp. 2196-2204 (citado por Cécile Fabre, Who.re Body is itAnyway?Justice ant1 the Integrity of dic Person, Oxford-Nueva York, Oxford Univetsiry Press, 2006, p. 194, nota lo).

(81) Ésa es probablemente la razón que está detrás de la regulación sobre esta materia existente en el estado de Illinois desde el año 2005 (Gesstational Surrogacy Ace) que exige a las madres de sustitución una edad mínima de 21 años y haber tenido ya un hijo propio (además de un previo asesoramiento psicológico y jurídico sobre el tipo de acuerdo que va a suscribir); véase Lori B. Andrews, «Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Ftamework frir Surrogate Morherhood», Virginia Law Review, vol. 81, 1995, pp. 2343-23751 p. 2351; Maz Charlesworth, La bioética en una sociedad liberal, Cambridge University Press, 1996, p. 99 (traducción al español de Mercedes González), y Sanger, 2007, pp. 76-77. Sin embargo, Sandel ha considerado que el hecho de haber sido ya madre no garantiza un consentimiento informado por parte de la madre sustituta, pues la experiencia de dar a luz y entregar al niño es radicalmente distinta de la de dar a luz y quedárselo; véase 1998, p. 100.

(82) En ese sentido se pronuncia la Corte Suprema de California en Johnson n Calven, 5 Cal. 4th 84(1997), y Purdy, 1996, p. 195.

Como antes anticipábamos, el que Sandel etiqueta como argumento de la coerción es un argumento que, tomado en serio, no sólo habría de impedir los contratos de maternidad de sustitución, sino un buen número de prestaciones de servicios que, por su penosidad o riesgos inherentes, son realizadas generalmente por quienes se encuentran en mayor desventaja social o económica. Es el caso paradigmáticamente de los militares, pero también de quienes se ocupan de nuestro cuidado personal cuando caemos enfermos o durante la vejez; quienes trabajan en depuradoras de aguas residuales; o recogen las basuras; o extraen mineral o limpian el alcantarillado, o se prestan a que los estudiantes de medicina les exploren el recto mediante una colonoscopia. No parece que estemos dispuestos a proscribir esos empleos, aunque, por supuesto, la justicia reclama que las condiciones en las que tales trabajos se desempeñan sean las más dignas posible. Mientras tanto, procuramos aminorar las desigualdades.

Lo mismo ocurre con el efecto degradante de los mercados que, según Sandel, justificaría la oposición a la maternidad de sustitución. Piénsese en el número de servicios o prácticas socialmente valiosas, o con las que se contribuye al bienestar ajeno, que están sometidas a un precio. ¿Es que los médicos deberían dejar de cobrar? ¿Por qué va de suyo que los órganos sólo se pueden donar, o sólo cabe gestar altruistamente el embrión ajeno, y en cambio pagamos con toda normalidad la fuerza de trabajo de quienes limpian a los enfermos en los hospitales o la de los policías que se enfrentan a los delincuentes (83)?

En el debate en torno a la maternidad de alquiler, un argumento familiar al que ya hemos aludido es el de que se trata de un supuesto de «compraventa de niños» (84). La objeción presupone, para empezar, que los bebés pueden comprarse y venderse, y que por ello serían tratados como «cosas». Nada más lejos de la realidad (85): el ser humano nacido en cumplimiento de un contrato de maternidad de sustitución es un ser humano, es decir, es titular de derechos humanos y en ningún caso podría ser tratado como un objeto de propiedad de quienes contrataron con la madre sustituta (86). La analogía «maternidad de alquiler»-«esclavitud» es falaz en ese sentido (87), aunque es cierto, con todo, que en los contratos de maternidad de alquikr no sólo se paga por la prestación de un servicio, sino que la madre sustituta también se compromete a la renuncia de sus derechos de maternidad (88). En ese sentido, y aunque no podamos tildar el contrato de maternidad de alquiler directamente y siempre como una «compraventa de niños» —pues no hay «propiedad» sobre lo producido—, hay evidentes similitudes (89). ¿Qué diferencia a la madre de alquiler de la pareja de facnosos que, para obtener pingües beneficios, renuncia a sus derechos de paternidad a cambio de una cantidad formidable cuando el menor tiene, pongamos, un año (90)? Para Fabre, los padres vendedores sí estarían acuando de manera éticamente injustificable pues se muestran dispuestos a desprenderse de su hijo como si fuera un bien de consumo, cosa que, según aquélla, no ocurre de manera intrínseca en todo acuerdo de maternidad de sustitución (91).

Esto nos permite enlazar con la última objeción. Se insiste por parte de los detractores de la maternidad de alquiler en que las condiciones del pacto pueden resultar abusivas u odiosas. Piénsese, por ejemplo, en la obligación de realizar una prueba de diagnóstico prenatal como la amniocentesis y la estipulación de abortar en caso de que tal prueba revele la presenda de patologías o condiciones en el feto no deseadas por los padres. ¿Cabría admitir cláusulas relativas a los hábitos que la gestante debería observar durante el período de gestación, tales como una determinada alimentación o un nivel de ejercicio físico impuesto por los padres biológicos o un número de inspecciones ginecológicas rutinarias (92)? ¿Y la propia ejecución del contrato en caso de incumplimiento? ¿Admitiríamos que un juez obligase a la madre gestante a entregar al hijo, o a los padres a acogerlo pese a que hayan cambiado de opinión?

notas:

(83) Purdy, 1996, p. 193.

(84) En el propio Informe Warnock se argumenta en ese sentido.

(85) Véase Cécile Fabre, 2006, pp. 189-190.

(86) Así, Satz, 1992, p. 120, y Fabre, 2006, pp. 190-19 1.

(87) Conviene además señalar que, como célebremente argumentaron Elisaberh Landes y Richard Posner, un «mercado de niños» puede ser una opción moralmente deseable si con ello desciende el número de abortos; véase «The Economics of Baby Shortage», Journal ofLegal Seudies, vol. 7, 1978, pp. 323-348, p. 345, y, en la misma línea, Sandel (1998, pp. 96-98).

(88) Véase, así, Cécile Fabre, 2006, pp. 189-190.

(89) No hasta el punto de que la obligación de la mujer gestante sea una «obligación de resultado». Antes bien, su obligación es de «medios», es decir, no cabe que quien contrata sus servicios se pueda liberar de su obligación de pago si la mujer no logra dar a luz a un hijo «satisfactorio»: basta con que haya puesto los medios para hacerlo, de la misma manera que en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios, por ejemplo: al médico o cirujano no le es reclamable un éxito terapéutico que depende, en muy buena medida, de contingencias que escapan a su control opericia. Véanse Sandel, 1998, p. 99, y Putdy, 1996, p. 191.

(90) El ejemplo lo plantea Fabre (2006, p. 191).

(91) Fabre, 2006, p. 191.

(92) Así lo establece la ley del estado de Illinois a la que antes nos referimos (véase supra nota 81).

Una primera consideración que conviene poner sobre el tapete es que del hecho de que pueda haber contratos abusivos —en el dominio de la gestación de sustitución como en cualesquiera otros— no se sigue que todo contrato de maternidad de alquiler sea éticamente injustificable. Esas cláusulas indignas o abusivas —las que, por ejemplo, obligan a abortar o suponen una intromisión intolerable en la libertad personal durante el tiempo de gestación— llegado el caso se tendrían por no puestas (93).

En definitiva, el Estado puede legítimamente ejercer cierto control sobre la contratación de un servicio tan sensible sin poner necesariamente fuera del juego de la licitud, como ocurre en España, la gestación de sustitución en todas sus manifestaciones (94). En el amplio espectro de posibilidades que van desde el mínimo intervencionismo de comprobar fehacientemente que las partes son competentes y conocen las consecuencias y riesgos de la transacción a la que se exponen hasta la de permitir sólo la maternidad de sustitución de carácter gratuito y con la posibilidad de que la madre gestante se pueda arrepentir hasta el último momento (que fue la solución judicial adoptada en el caso ha dic Matter of Baby M (95) ), las opciones son amplias y de variada incidencia sobre el mercado de «úteros en alquiler» (principalmente sobre los precios (96) ). Estados Unidos es una buena muestra de ese catálogo de posibilidades, aunque tal disparidad entre las legislaturas de los estados y la ausencia de una legislación federal uniforme genera formidables conflictos (97).

En Gran Bretaña, por otro lado, el contrato de maternidad de sustitución permite el pago de los «gastos razonables» a la madre de alquiler, sin que haya límite o concreción alguna a esa «razonabilidad» (98). No es aventirado decir por ello que en la práctica se trata de contratos onerosos, aunque la ley británica sí es taxativa en la prohibición de la intermediación (99). Por' otro lado, el contrato no garantiza la filiación del menor a la pareja que contrata con la madre de sustitución, es decir, no es un contrato ejecutable en sus propios términos (100), lo cual hace que, lógicamente, el servicio se preste a un precio muy reducido por el alto riesgo de que una de las partes no obtenga lo que desea.

Israel es otro ejemplo a destacar. Uno, intuitivamente, podría pensar que las influencias del conservadurismo religioso no favorecen precisamente la alternativa de la maternidad de alquiler en dicho país, y, sin embargo, así ha ocurrido. El pronatalismo del Estado israelí (resultado de la nierma poblacional que produjo el Holocausto y del temor al exponencial incremento demográfico en los países árabes que circundan su territorio) ha tenido como una consecuencia «lógica» que se regule con carácter perirtisivo la maternidad de alquiler. Se trata del último eslabón en una secuencia de medidas de política pública que han tenido como resultado que Israel sea hoy la meca de la reproducción humana asistida, el lugar donde se concentra el mayor número de clínicas dedicadas a la fecundación in vitro y el país con el sistema sanitario público más resuelto a gaiii u nzar tales técnicas como una prestación universal para toda su población.

Pese a su inicial rechazo a la maternidad de sustitución, el Estado israeIi, influido sin duda por el caso Nahmani al que hemos aludido anteriortitente, pero sobre todo por la presión ejercida por la Corte Suprema tras decidir el caso de Micha¡ Zabaro y Shlomo en 1994, ha legislado en el sentido de permitir dichos acuerdos con ciertos requisitos que refuerzan el

citas:

(93) Así Richard J. Arneson, «Commodification and Cornmercial Surrogacy», Philosophy ¿md PublicAffiuirs, vol. 1, n.° 2, Spring 1992, pp. 132-164, p. 156, y Fabre, 2006, pp. 206-207.

(94) En ese sentido, Fabre, 2006, p. 191. Brasil, por ejemplo, permite las maternidades de sustitución cuando la madre gestante tiene vínculo de parentesco con alguno de los miembros de la pareja comitente. Véase Vanesa S. Browne-Barbour, «Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Ben loteresrs of Children?», Whirtier Law Review, vol. 26, 2004, winter, pp.

429-486, p. 465.

(95) Es también la opción que inteligentemente ha defendido Cécile Fabre (2006, p. 214) al considerar que tanto el aborto como la no renuncia a su derecho de maternidad una vez se ha producido el nacimiento son formas inalienables que tiene la mujer de defenderse frente a los daños psicológicos y físicos que la gestación indudablemente le puede ocasionar.

(96) En el caso de la decisión de In che Matear ofBalty M, la consecuencia es que el precio por el servicio será muy reducido, pues quien contrata la maternidad de sustitución asume un altísimo riesgo de no obtener lo convenido. Por esa razón, como señala Fabre, los contratos de maternidad de alquiler no siempre son un modo de explotación de la mujer que alquila su útero, sino de la otra parre inerme frente a las demandas y exigencias de la mujer que siempre puede amenazar con quedarse el niño (Fabre, 2006, p. 202).

(97) Así, véanse, por todos: Karherine Drabiak, Carole Wegner, Valira Fredlaod y Paul R. Helft, «Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», Journal of Law Medicine and Ethics, vol. 35, summet 2007, pp. 300-308, y James Dalessio y Weldon E. Havins, «ReptoIut:tive Surrogacy at the Millenium: Proposed Model Regulating "Non-Tradirional" Gesra1 isnal Surrogacy Conrracts», McGeorge Law Revino, vol. 31, spring 2000, pp. 673-701. En los -si;sdos de Florida, Nevada, New Hampshire y Virginia, los contratos de maternidad de alquiler Minválidos y ejecutables cuando no tienen carácter oneroso, mientras que en estados como MiiIngan, Nueva York, Kentucky, Utah y Washington son faltas castigadas con pena de multa y/o ,tisión.

(98) De acuerdo con Vanesa S. Browne-Barbour, tanto como 10.000 libras; véase 2004, p. 465.

(99) En el estado de Colorado (Estados Unidos) es justamente al revés; véase Sanger, 2007, p. 96.

(100) Así lo establece la SurrogacyArrangementsAct de 1985.

papel intervencionista de tos poderes públicos sobre tales pactos (101). Para empezar, un comité formado por siete miembros designados por el Ministerio de Sanidad autoriza la gestación de' sustitución caso por caso. En segundo lugar, y, ahora sí, por razones religiosas, la madre de sustitución no puede ser una mujer casada ni pariente de la madre genética, y no cabe emplear esperma de donante (de otro modo habría adulterio y el hijo sería bastardo). Puesto que, de acuerdo con el judaísmo, la religión se transmite por vía materna, la madre de sustitución ha de ser judía si es que la pareja comitente es judía. El comité se encarga, además, de fijar el estipendio de la madre gestante con el que cubrir todos los gastos derivados del embarazo, incluyendo las rentas dejadas de percibir > el tiempo empleado. Pese a ello, en la normativa israelí se insiste en el carácter no oneroso del acuerdo. En ningún caso, por último, cabe imponer a la madre sustituta estilos de vida durante el embarazo, o prohibirle su interrupción, u obligarle a realizar pruebas diagnósticas prenatales como la amníocentesis (102).

En conclusión, Israel, pero sobre todo Gran Bretaña, han promulgado leyes más favorecedoras de la autonomía de la voluntad que la mera e irrestricta prohibición «moralista» que pervive en nuestra legislación sobre reproducción asistida. Y es que sobre esta materia, como sobre otras semejantes en las que es controvertible que la conducta sea indigna o lesiva para uno mismo, nos parece que no cabe dejar de atender a las consecuencias de leyes que, a partir de objeciones de principio o de la atribución de maldad intrínseca a la transacción, se decanta por declarar nulos tales acuerdos (piénsese también en el intercambio de sexo por dinero). Esa opción puede generar resultados contraproducentes sí finalmente se traduce en la desprotección absoluta de quienes, en todo caso, van a vender sus servicios como madres de alquiler (103). En tal caso, es preferible aparcar nuestras convicciones íntimas sobre la deseabilídad de tales oficios e inclinarnos por proteger tanto como sea posible los intereses de quienes optan, tal vez equivocadamente, por esos trabajos.

El diagnóstico preimplantacionaly Li selección de embriones: los límites de la libertad procreativa

Hemos insistido desde la introducción de este capítulo en cómo la reproducción humana ha ido tomándose cada vez más en algo que hacemos -una actividad— y no así en algo que nos ocurre —un acontecimiento. Pilo resulta particularmente así si nos detenemos en las posibilidades que tenemos hoy de detectar condiciones patológicas en la etapa prenatal del ser humano. Hasta la aparición de la FIV, dicha identificación se producía durante la gestación, posibilitando, en su caso, la interrupción voluntaria del embarazo. Así ocurre en España desde 1985, cuando se introduce, como uno de los supuestos de despenalización del aborto, la llamada «indicación eugenésica» (104).

A la fecundación de óvulos in vitro la acompaña ahora la capacidad de diagnosticar en esos embriones la presencia de expresiones genéticas de ciertas enfermedades bien conocidas y descartar así su implantación. Es el llantado técnicamente «diagnóstico preimplantacional», cuyo estatuto jurídico ha sido definitivamente resuelto en España por la ley 14/2006 (105). En esta ley se permite, también, el empleo de dicho diagnóstico a los efectos de seleccionar un embrión sano e histocompatible con otro individuo «con fines terapéuticos» en beneficio de este último, pues esa histocompatibilidad permitirá el transplante futuro de tejidos o células con las que curar su patología (106).

La selección de los embriones tras el diagnóstico genético preimplanacional es de por sí una opción moralmente problemática, como lo siguen siendo los métodos de diagnóstico fetal tales como la amniocentesis, el rastreo de los niveles de alfafetoproteína, la gonadotropina y el estrio1 en la

notas:

101- La ley esta SurrogateMotherhcodAgreementsAct promulgada en 1996.

102- Véase Abraham Benshushan y Joseph G. Schenker, «Legitimizing Surrogacy in Israel», Human Reproducrion, vol. 12, n.' 8, 1997, pp. 1832-1834.

103- Así, véase Purdy (1996, pp. 184-185 y 195).

104- artículo 417bis del Código Penal establece que el aborto no será punible cuando se«... presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas...."

105- En su artículo 12.1. se establece que la aplicación de la técnica y posterior «descarte» se auIl,riza para: «La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no suscepi il,lcs de tratamiento curativo posnatal».

106- Son los llamados vulgarmente «bebés-medicamento', para cuya generación se ha de contar con una autorización expresa de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 12.2. de la ley 1412006). En lo que normalmente se está pensando es en la utilización de las tlulas madre del cordón umbilical o en la extracción de médula ósea, un procedimiento sin duda iiis invasivo para el menor que e1 primero, pero en todo caso permitido en nuestra actual legislación (RD 411/1996 de 1 de marzo) y en el Convenio de Oviedo como excepción a la regla general de la mayoría de edad para ser donante de tejidos u órganos.

sangre de la madre (el conocido como triple screening) o la comprobación del pliegue nucal mediante ecografia, pruebas todas ellas encaminadas a detectar la existencia de la trisomía 21 en el feto, la alteración cromosómica responsable del síndrome de Down.

El filósofo alemán Jürgen Habermas, de manera muy caracterizada, ha esgrimido una acusación genérica contra el diagnóstico preimplantacional, pues, a su juicio, vulnera el ideal de la dignidad humana. La razón estriba, según Habermas, en que con esta técnica se permite a los padres una suerte de juicio de calidad discriminatorio entre embriones que ya no merecerán por ello una valoración como sujetos con valor intrínseco, sino como «cosas» u «objetos» rechazables (recordemos además, como se mencionó anteriormente, que el diagnóstico preimplantacional supone la extracción de una de las células del preembrión en su fase de totipotencia y, por tanto, la frustración de una potencial vida humana). En definitiva, quienes recelan de los métodos de diagnóstico prenatal que permiten a los padres evitar determinados nacimientos lo hacen porque entienden que tales métodos y los subsiguientes abortos evidencian desprecio a quienes, ya nacidos, viven bajo tales condiciones. El diagnóstico genético preimplantacional es una forma de hacer más ominoso ese «mensaje» dañino para las personas consideradas «anormales» (107).

Una posición como la de Habermas no debería limitarse, empero, a la censura de la diagnosis genética previa a la implantación, sino también al aborto por razones «eugenésicas», interrupción del embarazo propiciada por esos otros métodos de exploración y análisis que hemos mencionado anteriormente. Sin embargo, no ocurre así. Habermas —y otros pensadores relevantes— ha insistido en que el diagnóstico genético preimplantacional es cualitativamente distinto del aborto provocado cuando se ha detectado una grave patología en el feto. En este supuesto, aducen, los padres se «encuentran» con una circunstancia trágica que, por ello, les justifica en su acción de terminar con la vida del feto para resolver un conflicto íntimo, personal, que no implica, por llamarlo así, un «juicio global» de la calidad de algunas vidas humanas frente a otras. En el primer caso —cuando aplican la técnica del diagnóstico preimplantacional—, están predispuestos a producir tal dilema y a colocarse deliberadamente en la posición de comparar y enjuiciar el valor de la vida humana de ese modo global —e indigno para Habermas— siquiera sea subrepticiamente.

Como ha señalado Jeff McMahan, es muy dudoso que la selección genética preímplantacional, o la abstención de procrear cuando se ha descubierto que uno es portador de una enfermedad genética hereditaria, «exprese claramente» un mensaje unívoco y que éste sea necesariamente de carácter discriminatorio hacia los discapacitados o enfermos. Los padres que, ante un mal diagnóstico, se abstienen de procrear o implantar el embrión enfermo pueden simplemente estar manifestando con su acción que ellos son incapaces de afrontar tal paternidad, sin que ello implique ininusvaloración alguna. Puestos a elucubrar, bien podrían con su acción expresar admiración y respeto por aquellos que sí están dispuestos a raer al mundo a un ser humano que afrontará mayores dificultades y les generará a ellos más sacrificios (108). Algo parecido ocurre si pensamos en quienes usan métodos anticonceptivos: ¿es que con ello expresan la maldad de tener hijos? Por lo general no es el caso (109).

Además, si nos referimos a enfermedades o discapacidades severas de carácter hereditario, la distinción habermasiana es claramente artificiosa (110). Unos padres sabedores de que tienen una alta probabilidad de transmitir dicha condición dañosa harán bien en «generar» el conflicto, como describe Habermas, para evitar un aborto que en todo caso estará justificado (también para Habermas), antes que «encontrarse» con un problema que no cae del cielo sino que se produce por ser ellos portadores de la enfermedad. En definitiva, parece un mal menor, desde el punto de vista moral, no implantar un embrión que abortarlo, y es, por otro lado, un ejercicio de responsabilidad y de respeto al principio de no maleficencia el de evitar un daño cierto que se genera con la procreación de un ser humano que gozará de una calidad de vida muy escasa. En ambos casos, de manera latente o patente, los padres practican ese juicio de valor comparativo entre

notas:

107- Benatar tilda a este argumento como ci argumento «expresivo»; véase Bener To Never Nave Been. The Narm of Coming jato Exjstenr-e, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 117.

108- Claro que, como ha señalado Rivka Weinberg, si de lo que se trata es de asumir grandes sacrificios, el mayor y mejor sacrificio de quienes desean ser progenitores cuando las circunstancias van a ser muy adversas para el hijo es, sencillamente, sacrificarse (mucho) y no serk; véase «Procrearive Jusrice: A Conrracrualist Account», PublicAffairs Ojsarterly 16, 4, 2002, p. 406 (he obcuido la referencia de David Benatar, 2006, p. 6, nora 6).

109- «Causing Disabled People to Exist and Causing People to Be Disabled», Ethics, vol. 116, ocober 2005, pp. 77-99, pp. 84-86. Un argumento semejante ha sido esgrimido por Peter Singer: «De compras por el supermercado genético». Isegoría 27, diciembre 2002, pp. 19-40 (traducción de julio Seoane), p. 24.

110- En la misma línea Peñaranda, 2005, p. 1694.

vidas humanas, y, si como he dicho previamente, de lo que estamos hablando es de patologías tales como la anemia de Fanconi, el síndrome de Tay-Sachs o de Lesch-Nyhan u otras semejantes, sin duda aciertan al prevenir la existencia de seres humanos que las sufran. De hecho, si se causa esa misma patología en un embrión o feto ya existente (imaginemos que mediante una manipulación genética por parte de un sádico), el comportamiento no sólo es moralmente condenable, sino que está tipificado en el Código Penal español como un delito (arts. 157, 158 y 159) y parece muy razonable hacerlo (111). Pero, ¿y cuándo se trata de condiciones no tan dañinas, circunstancias que sí permiten vivir una vida que merece la pena, aunque de menor calidad o arrostrando mayores dificultades?

Para algunos, en las bambalinas de la actitud del que está dispuesto a la selección de embriones o al aborto por razones eugenésicas habita una distinción entre capacidad y discapacidad, normalidad y anormalidad que resulta sumamente cuestionable. Según estos críticos, la falta de una capacidad, como por ejemplo andar, ver u oír, se torna en «discapacidad» por razones sociales o contextuales. No es que la ceguera, o la sordera, o la paraplejia sean hechos socialmente construidos, sino que los efectos negativos de padecerla dependen de cómo la sociedad se organice. Tener que moverse en una silla de ruedas es una discapacidad si hay obstáculos arquitectónicos, o silos edificios no cuentan con accesos mecánicos, pero no así en otro caso, de la misma manera que la incapacidad de volar autónomamente que «padecemos» todos los seres humanos no es una discapacidad si disponemos de medios de transporte aéreo (112).

Por otro lado, en la medida en que las condiciones para la vida autónoma y autoconsciente tardan en llegar, o se van apagando con la edad, la discapacidad deja de ser entendida como una «... desviación negativa de la norma...» para ser «... algo normal como la infancia o la vejez.., una cuestión de grado y tiempo, no una aberración» (113), Además, muchos de quienes tienen capacidad auditiva son sin embargo «sordos» para apreciar la niúsica clásica y nadie les considera por ello «discapacitados». Entre la sodera y la audición, así como entre la visión normal y la ceguera, hay un rango de potenciales limitaciones y de percepciones diversas (114).

Por último, la vinculación entre sufrimiento y discapacidad que establecen algunos también es cuestionable. Si la afirmación de que la discapacidad arrostra sufrimiento se toma como un argumento empírico, bastaria un solo caso en el que la persona discapacitada viva feliz para desmentir la conexión. Y éstos abundan. La alternativa es considerar que titilen está discapacitado sufre un daño por encontrarse en una «condición dañina». Ésta sería ahora una verdad de carácter «analítico» o conceptual. Y sin embargo, insisten autores como Edwards, entre sufrimiento y daño hay diferencias importantes, siendo la más relevante la de que resulta posible estar en una situación dañosa y no saberlo, con lo que no se sufre, así que llevar una vida en una condición dañina no implica necesariamente que el individuo sufra (115).

Probablemente fueron éstas las consideraciones bajo las que actuaron Sharon Duchesneau y Candy McCullough, una pareja de lesbianas sordas que se propusieron tener un hijo sordo. Tener un hijo con capacidad auditiva sería una bendición —declaraba Sharon—, pero un niño sordo sería «... una bendición especial». Tras visitar algunos centros de reproducción humana asistida donde se les informó de que no podrían garantizar semejante pretensión (entre otras razones porque la sordera es una de las circunstancias que impiden donar esperma), resolvieron ser inseminadas por un sordo con una historia familiar de sordera que se remontaba a cinco generaciones. El resultado fue Gauvin, nacido en 2002 completamente sordo de un oído pero con alguna capacidad auditiva en el otro (116). Las madres también negaron la autorización para que se le pusiera un implante coclear con el que poder oír.

¿Actuaron incorrectamente Sharon y Candy? ¿Excedieron los límites del ejercicio del derecho a la reproducción, un derecho reconocido en el

notas:

111- Jeff McMahan ha argumentado en una línea semejante: si entendemos que ci diagnóstico genético preimplantacional es erróneo hasta el punto de tener que prohibirse, estamos implicando que estaría permitido causar ene! embrión o feto los males que se quieren evitar mediante la técnica; véase «The morality of screening for disability», Reproductive Biomedicine Online, vol. 10, supp. 1, 2005, pp. 129-132, p. 130, y «Causing Disabled People to Exist ... ., pp. 90-92 y 97-98. 111

112- Véase, en esta línea, Jnnathan Glover, Choosing Children. Genes, Disability andDesign, Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 6 y 11.

113- Tom Koch «Disability and difference: balancing social and physical constructions», Journal of Medical Ethics, vol. 27, 2001, pp. 370-376, p. 371.

114- Ibid., p. 372.

115- Véase S. D. Edwards, «Prevention of disability on grounds of suffering, Journal ofMedical lithics, vol. 27, 2001, pp. 380-382, pp. 381-382.

116- La historia puede leerse en L. Mundy, «A world of their own», The Washington Post, 31 de marzo de 2002, W22. Más recientemente, Tomato y Paula Lichy, un matrimonio de sordos británico, han declarado su intención de tener su segundo hijo mediante fecundación in vitro seleccionando, de entre los embriones logrados, aquel que sea genéticamente sordo; véase El País, edición del 11 de marzo de 2008, p. 51.

artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (117)? Si lo hicieron, ¿son responsables ante Gauvin? ¿Son responsables los ginecólogos y obstetras que no practican el diagnóstico prenatal y como resultado de ello nace un individuo con una patología que habría podido detectarse y posibilitar el aborto, o los médicos que habiéndolo practicado interpretan incorrectamente los resultados, como en el caso de Nicolas Perruche en Francia (118)?

No resulta nada sencillo articular las razones que dan pábulo a la creencia o repudio intuitivo a decisiones como las de procrear a sabiendas un hijo sordo, o, más aún, no evitar la llegada al mundo de quien vivirá una vida corta, o muy corta, plena de sufrimiento. Si uno abran una ética consecuencialista, es decir, estima que el objeto de la valoración moral son los estados de cosas, parece más sencillo sostener tal creencia. Y es que, dando por sentado que es preferible oír a ser sordo, resulta mejor «un estado de cosas en el que existe más gente feliz que un estado de cosas en el que existe menos gente feliz» (119). Por ello la conducta de la pareja de lesbianas es reprochable: por el coste de oportunidad que su decisión acarrea (120).

Esta respuesta, con todo, arrastra algunos problemas mayúsculos. Para empezar, hace de la reproducción un acto obligatorio; y ello por lo siguiente. Supongamos que la pareja de lesbianas tiene ante sí dos embriones, uno sordo y otro con capacidad auditiva. La teoría exige, con plausibilidad evidente, no implantar el embrión sordo. Pensemos, sin embargo, en que lo que a la pareja le ocurre es que si la mujer se queda ahora embarazada concebirá un hijo sordo, pero que si espera un tiempo prudencial tendrá un hijo con capacidad auditiva (imaginemos que padece una enfermedad pasajera que genera tal efecto). La mujer sigue la recomendación del médico y decide esperar. Ha hecho lo correcto, de acuerdo con la teoría Q, o, dicho alternativamente, si no hubiera esperado habría actuado incorrectamente. ¿Quiere ello decir entonces que, pasado el tiempo, debe quedarse embarazada para traer al mundo a ese individuo que tendrá una vida mejor que el sordo que habría engendrado antes? Si la respuesta es afirmativa, hemos convertido el acto procreativo no en una acción permitida sino obligatoria (121).

Que la reproducción pueda ser obligatoria es una derivación de haber asumido la premisa consecuencialista que nos conmina a procurar que acaezcan aquellos estados de cosas en los que se incrementa el bienestar o la felicidad. Y es que ello es posible tanto aumentando la felicidad o bienestar de los seres humanos ya existentes como haciendo que existan más seres humanos felices. Deberíamos, por tanto, reproducirnos hasta que el último habitante que traigamos al planeta encuentre que es tal la sobrepoblación y la escasez de recursos que la vida así no merece la pena y es preferible morir, una conclusión que el propio Parfit considera <(repugnante>' y que se afanó —infructuosamente— en conjurar en el marco de su teoría.

Pero es que, por otro lado, si de lo que se trata es de propiciar estados de cosas en los que se incrementa el grado de felicidad o bienestar, tener hijos genéticamente propios puede no ser la mejor alternativa en comparación con la adopción de los millones de niños ya existentes y muy infelices. En términos de coste de oportunidad, la reproducción es una opción deseartable sí computamos lo que podrían ganar aquellos seres humanos de ser adoptados por parejas como las de Sharon y Candy. De acuerdo con la

notas:

117- Aunque frecuentemente se considera que la procreación es un derecho básico con base en ese artículo, así como en los artículos 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, todos esos preceptos establecen el derecho a «fundar una familia, lo cual no es, estrictamente hablando, lo mismo que «reproducirse o procrear o ser padres, pues cabe fundar una fimilia sin reproducirse, esto es, sin ser padre o madre genéticos; así, Benarar, 2006, p. 102, nota 8.

118- Cuando la madre de Nicolas Perruche se encontraba embarazada, su hija enfermó de rubéola. Solicitó por ello a los médicos un diagnóstico sobre el posible contagio al feto, haciéndoles saber que conocía los riesgos de malformación en el mismo de ser ¿se el caso y de que abortaría si el resultado hiera positivo. Pese a que así había sido, su médico le informó de que no existía tal contagio tras recibir los resultados de las pruebas. Nicolas Perruche nació con graves malformaciones neurológicas y cardíacas, ante lo cual su madre reclamó una indemnización por los daños ocasionados a ella ya su hijo. En primera y sucesivas instancias, los daños a la madre fueron concedidos, pero no así la acción por el daño al propio Nicolas que, tras un proceloso recorrido, acabó finalmente siendo admitida en la Corre de Casación en noviembre de 2000. Esa decisión provocó una conmoción social fenomenal y la decisión legislativa posterior de prohibir tales reclamaciones (ley 2002-303 de 4 de marzo). Una descripción exhaustiva del caso es la de Andrea Macía: La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivosyprenatales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 130-131.

119- Así, por todos, Stuart Rachels, «Is It Good to Make Happy People>, Bioethics, vol. 12, n.' 2, 1998, pp. 93-110.

120- Derek Parfit denominó «teoría Q» a esta tesis en Reasons and persons.

121- El corolario es que la teoría Q no cabe aplicarse alas que Parfit llama «elecciones de distinto Isómero» (por ejemplo la elección de si tener o no hijos), so pena de hacer obligatorio procrear. Es más, como ha apuntado David Wasserman, la teoría Q también podría imponernos el deber de crear la vida más feliz posible, esto es, generar todos los embriones que sean posibles durante la vida fértil de una mujer para, finalmente, implantar aquel de «mejor calidad,>, o practicar abortos selectivos en busca del «mejor hijo» (»Is Every Birth Wrongful? Is Any Birth Morally Required?», Princeton, De Camp Bioethics Lecrure, 2004, manuscrito, pp. 4 y 15-16).teoría Q, entonces, la reproducción sería, en la actual coyuntura, un acto moralmente reprochable en todo caso, lo cual también parece extraño.

Desde una perspectiva no ya consecuencialista, sino deontológica, estamos moralmente obligados a no afectar negativamente a los intereses-detechos de alguien mediante nuestras acciones (y tal vez también mediante ciertas omisiones), esto es, a no dañar. El problema con las decisiones procreativas es que afectan a la identidad del individuo, es decir, la evitación de ese «daño» habría supuesto la creación de un sujeto distinto. Una vez concebido o nacido, pero sólo entonces, Gauvin podía no ser el niño sordo que fue anhelado si Sharon y Candy le hubiesen puesto el implante codear. Pero piénsese en Nicolas Perruche, cuya madre alega la comisión de un daño por un diagnóstico prenatal incorrecto: la evitación del daño —el conjunto de malformaciones neurológicas y cardíacas de Nicolassólo era evitable haciendo que Nicolas no hubiera llegado a nacer. Éste es el legendario «problema de la no identidad» que puso sobre el tapete Derek Parfit en Reasons and Persons, la aporía que ha llevado a decir a algún autor que las teorías morales basadas en derechos o en deberes, frente a las teorías morales basadas en objetivos, son incapaces de dar cuenta de este género de problemas que se ha dado en llamar «ética de la reproducción» (122). El planteamiento de Heyd, con todo, supone tirar por la calle de en medio: las opciones relativas a la generación de seres humanos han de guiarse exclusivamente en función de los intereses, bienestar, derechos y deberes de los padres (123). Y esto, intuimos, no parece del todo correcto, de la misma manera que nos resulta errónea la afirmación, hecha por algunos tribunales, de que vivir es siempre, bajo cualesquiera circunstancias, mejor que no llegar a existir (124).

En el marco de una ética deontológica, afirmar la obligación de no procrear seres que vivirán existencias desgraciadas, o directamente insoportables, implica o bien predicar que todos los individuos tienen derecho a no llegar a existir en tales circunstancias, o bien que los padres que tienen hijos que no alcanzarán un determinado nivel de calidad de vida causan un daño. Ambas posibilidades tienen que sortear obstáculos no menores. Empecemos por la primera alternativa.

La proclamación de un derecho a no haber nacido es extraña, pues ese derecho sólo cuenta con un titular, precisamente, cuando se vulnera (125): sólo los nacidos, o sus representantes, podrán quejarse de que se les trajo al inundo. Aquellos a quienes les Rae respetado el derecho nunca estarán para agradecerlo (126). Algunos autores como Lorenzo Peña y Txeau Ausín no creen que esto sea un argumento decisivo contra la postulación del «derecho a no haber nacido». Para ellos, los derechos no son sólo prosriectivos: se violan o respetan con acciones futuras, actuales y pasadas. El derecho a la vida, por ejemplo, tiene una dimensión negativa—el derecho a no vivir— que se proyecta en el futuro, en el presente, pero también en el pasado (127). Así, cuando se vulneran los derechos de una persona,<<no sólo es ilícito lo que se le hace en el momento de hacérselo, sino que también es ilícito después de habérselo hecho. La persona violada con-

serva su derecho a no haber sido violada» (128). Mutatis mutandis, la persona

nacida conserva su derecho a no haber nacido; el derecho a no vivir incluye «... el de no vivir ahora, y por lo tanto el de haber dejado de vivir ya antes, o incluso retrospectivamente haber muerto o no haber nacido» (129).

En cierto sentido esto es trivialmente verdadero: lo que ha ocurrido bien ocurrido está, y aunque aquel que violó nuestro derecho haya pagado por su afrenta, no por ello se cancela la ilicitud de su comportamiento. Las acciones son, para bien y para mal, irremediables, indelebles, sus buenas o malas consecuencias son eternas. Ahora bien: ¿tiene alguna consecuencia afirmar que «se conserva el derecho a no haber sido violado, torturado o a no haber nacido»? Uno puede dejar de ser torturado, si es que lo está siendo, pero no puede dejar de haber sido torturado. Uno puede dejar de vivir, y reclamar morir porque la vida es una tortura, pero no se entiende cómo cabe «dejar de haber nacido» (que es distinto de dejar de existir). Y sin embargo pensamos que en ocasiones habría sido mejor no haber llegado a nacer.

Por otro lado, y como se apuntó antes, la analogía entre el torturado, la violada o el nacido pasa por alto una diferencia crucial: la persona violada,

notas:

122- David Heyd, Gcnethics. Moral Issues in Me Creation of¡'copie, University of California Press, 1992, pp. 41 y Ss.

123- Ibíd., p. 96.

124- Así, el Tribunal Supremo español en sentencia de 5 de junio de 1998.

125- Benatar, 2006, P. 53.

126- Todo ello recuerda el célebre chiste de judíos que narra Roben Nozick en su obra Anarchy, State and Utopia: «La vida es tan terrible que sería mejor no haber sido nunca concebido... Si, pero ¿quién tiene esa suerte? Ni uno entre mil» (Basic Books, 1974, p. 337, nota 8).

127- «Libertad de vivir», Isegoría 27, 2002, pp. 131-149, p. 136.

128- 2002, pp. 136-137 (cursivas mías).

129- Ibíd., p. 137.

o a quien se respetó su derecho a la libertad sexual, así como la persona torturada, o a quien se respetó su derecho a la integridad física y moral, es alguien a quien se vulnera un derecho, pero ¿de qué manera es posible afirmar que se vulnera el derecho a alguien cuando nos referimos a no nacer? En definitiva, ¿quién es el titular del derecho? Si al nacimiento nos referimos, el concebido, imagino, pero, antes de la concepción, ¿cabe apelar a un derecho a no ser concebido? Y si cabe: ¿quién es su titular? La respuesta sólo puede ser: un miembro del conjunto infinito de seres posibles.

Lo que se nos propone, por tanto, es que presumamos el consentimiento de tales seres potenciales, como hacemos en tantos y tantos supuestos en los que actuamos bajo el consentimiento presunto del afectado por nuestro comportamiento (130). Ahora bien, ese consentimiento presunto será válido sólo bajo ciertos requisitos. Como ha señalado Michael Tooley, de la misma manera que es incorrecto comprometerse a hacer algo sabiendo de antemano que no podremos cumplir el compromiso (piénsese en una deuda, por ejemplo), es igualmente incorrecto causar la existencia de quien sabemos tendrá derechos que no podrá satisfacer (131). Al decir de Ausín y Peña, la procreación será ilícita cuando las circunstancias hacían altamente improbable que aquel a quien se impuso la vida fuera a consentir con esa decisión. En el catálogo de condiciones que no hacen presumible el consentimiento que nos proponen, hay supuestos de lo más heterogéneo. Algunos consisten en una exigencia muy alta; así, no puede haber presunción de consentimiento cuando el ser humano no va a ser capaz de expresarse significativamente mediante el manejo de la comunicación lingüística normal; o cuando no vaya a poder contar con una percepción del mundo «... que cuente como una experiencia humana que se aproxima ala normal...»; o cuando perecerá antes de alcanzar el uso de razón; o cuando el engendramiento (por ser fruto de una violación o relación incestuosa) va a producir dolor, humillación, sufrimiento. En esos casos, si bien no podemos afirmar que habría sido mejor no haber llegado a nacer, pues la vida puede merecer la pena, se ha violado un derecho. ¿Y qué consecuencias acarrea esa vulneración? Para Ausín y Peña, no la de estar la madre obligada a abortar, sino, si acaso, su deber (junto con el otro progenitor) de atender adecuadamente al hijo cuando las condiciones en las que nace son especialmente dificiles (132). Hay, sin embargo, otros su- Puestos dentro de ese catálogo en los que uno se inclinaría por un mayor reproche jurídico: aquellos en los que con plena conciencia y conocivn lento se trae al mundo a un ser solamente sufriente con escasa esperanza de vida. Si bien imponer el aborto en tales casos puede vulnerar un derecho también básico a la integridad física y a la intimidad personal, la decisión de llevar a término el embarazo —o de no informar, o informar mal de la patología por venir— debería arrostrar mayores consecuencias que la obligación genérica —;qué menos!— de cuidar adecuadamente al hijo, como señalan Ausín y Peña.

Vayamos con la segunda posibilidad de reproche en el ámbito de una ética deontológica. Para Eduardo Rivera, no sólo es moralmente erróneo procrear en estos últimos supuestos de existencia claramente miserable, sino que, a su juicio, también lo es cuando se vivirá por debajo de un umbral de calidad de vida, incluso si la vida de ese individuo, una vez nacido, merecerá la pena si Lx alternativa es la no reproducción (133). Es el caso, por ejemplo, de las parejas de sordos que no tienen alternativa salvo generar hijos sordos: su presunto derecho a la paternidad o maternidad se ve anulado por la (mala) expectativa de aquel a quien traerán al mundo.

Esta tesis se asienta sobre dos premisas. La primera es la que Rivera denomina «tesis del no daño», que acabamos de presentar. La segunda es la «tesis de la indiferencia»: dadas las alternativas de procrear a una persona en el nivel de normalidad o de no procrear, ambas son igualmente permisibles desde el punto de vista moral. Por transitividad, la conclusión es que entre las opciones de no procrear y procrear unapersona por debajo del umbral de normalidad, es preferible lo primero.

La premisa mayor se puede sostener porque Rivera defiende una concepción del daño <(no comparatívista», esto es, «dependiente de un umbral» u «objetiva». La razón para hacerlo es la siguiente. Supongamos que una mujer, advertida de que va a dar a luz a un ser superdotado, ingiere un medicamento que elimina esa «supercapacidad». Si asumimos la tesis de que uno daña al comparar entre estados de cosas, la mujer ha dañado, pues al comparar entre el estado de cosas anterior a que la mujer tome la medicina y el estado de cosas posterior, su hijo está peor de lo que habría estado de no haberse ingerido el medicamento. Pero Rivera nos

notas:

130- Véase a este respecto lo discutido en los capítulo 3 y 4.

131- Tooley, sValue, Obligation and the Asymmetry Question», Bioethics, vol. 12, nº2, 1998, pp. 111-124.

132- Ausín y Peña, 2002, p. 143.

133- «Individual Procreative Responsibility and the Non-Identity Problem», manuscrito, 2007.

dice que en tales supuestos no hay en puridad daño, sino que meramente se reduce o elimina un beneficio, de la misma forma que no diríamos que quien hace una donación a alguien, y en el camino ordena su minoración, das al que habría sido beneficiario.

En cuanto a la tesis de la indiferencia, la razón que la sostiene es que, si nos ceñimos a las consideraciones relativas al futuro de esa persona, no hay nadie a quien la inexistencia perjudique. Por lo tanto, aunque tenemos el deber de evitar el daño que supone existir por debajo de un cieno umbral, no tenemos la correlativa obligación de generar el beneficio que supone una vida dichosa. Así como lamentamos haber tenido un niño discapacitado, por el mal causado, no lamentamos no haber tenido hijos «por el beneficio no brindado» (134).

En el planteamiento de Rivera, hay dos aspectos problemáticos. El más evidente, en primer lugar, es la fijación de tal «umbral» de normalidad, como ya hemos señalado también al comentar la posición de Lorenzo Peña y Txetxu Ausín. El segundo tiene que ver con el alcance que se pueda dar a la idea de que la inexistencia no peijudica a nadie. Si esto es así, como sostiene Rivera, y entendemos que lo prioritario es siempre evitar hacer daño —como en el viejo adagio primum non nocere que fundamenta el principio de no maleficencia—, cabría considerar que, en la medida en que vivir inevitablemente genera frustraciones, dolores, daños de todo tipo, miserias que culminan con la muerte propia o de los seres queridos, debemos, en todo caso, abstenemos de reproducirnos, es decir, que la procreación es siempre un mal, como singularmente ha sostenido David Benatar (135). No es que Benatar haya hecho un balance de placeres y displaceres y haya comprobado que siempre resulta negativo, que la vida no compensa (136), sino que a su juicio existe una prioridad absoluta en la no inflicción de daño. Tal prioridad se traduce en la absoluta abstinencia procreativa.

Lo controvertible de esta conclusión no escapa a nadie. Ni siquiera al propio Benatar, que se resiste a dar el ulterior paso de considerar que la procreación, en general, deba prohibirse. A su juicio, y por razones liberales, cabe conceder la existencia de un derecho (<legal» a la reproducción, pues la alternativa implicaría una intervención estatal masiva e insoportable, sobre la base, además, de un presupuesto —la maldad de venir al mundo— acerca del que puede haber una discrepancia razonable, como él mismo admite (137). Compartimos ese «antiperfeccionismo ético» al que hemos tenido oportunidad de referirnos antes, pero también el espíritu general de su reflexión, junto con la de Eduardo Rivera, Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, acerca del daño que podemos causar con la acción consistente en reproducirnos y los límites que, por esa razón, se deben imponer al proclamado derecho a la procreación (138). En ese sentido, en los que nos parecen casos claros de (<vida desgraciada», al reproche moral debe acompañar la penalización o el desincentivo por haber llevado a término la gestación, pues obligar a la interrupción del embarazo parece incompatible con el también respetable derecho a la integridad física y moral de la mujer gestante.

En segundo lugar, y en la medida en que no compartimos la consideración de que las discapacidades tales como la ceguera, la sordera y otras tantas semejantes son meramente «formas distintas de ser» (rasgos equiparables al color de los ojos, o el sexo), entendemos que no debería estar permitida la implantación de un embrión que padece alguna de esas discapacidades si existe un embrión que no los padece (139). Tomemos, por ejemplo, la ausencia de brazos, uno de los muchos efectos que sufrieron los fetos de las madres europeas y estadounidenses que ingirieron el fármaco «Contergan» (la talidomida) durante el embarazo allá por la década de los sesenta del pasado siglo, cuando se desconocían las terribles secuelas que dicho sedante y antiemético causa en el feto. Sin duda, causar a alguien la pérdida de sus miembros es una lesión grave, castigada en el Código Penal. Estamos ante una discapacidad evidente si consideramos, como ha propuesto John Harris, que el médico de urgencias que, pudiendo haber evitado esa consecuencia sin ningún otro coste, no lo ha hecho puede ser castigado por una conducta negligente (140). Pues bien, si la le-

notas:

134- Benatar, 2006, PP. 3-35.

135- 2006, pp. 14,28 y 30.

136- Que exista una métrica que permitiera practicar tal balance es, para empezar, harto dudoso. En todo caso, buena parte de su libro se dirige a poner sordina al optimismo vital reinante mediante la indicación de cuánto nos engañan y nos engañamos a nosotros mismos para poder sobrevivir.

137- Benatar, 2006, pp. 110-111.

138- Una de las consecuencias es, para Benatar, que la reproducción humana asistida no figure como una de las prestaciones sanitarias cubiertas por el sistema público de protección de la salud allí donde exista (2006, p. 128).

139- No parece que la ley 14/2006 sea taxativa en ese sentido.

140- Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People, Princeton (P15), Princeton University Press, 2007, pp. 91-92. Un test semejante es el de Singer: «Para cualquier condición X, si Fuera una forma de maltrato infantil por parte de los padres infligir X a sus hijos poco después de su nacimiento, entonces, en igualdad de condiciones, debe cuando menos ser permisible tomar medidas para prevenir que un hijo tenga tal condición'>; véase 2002, p. 29.

sión se produce siendo el individuo un feto en proceso de gestación, también se comete un delito, como antes se ha comentado. La razón es que se quiere proteger la «... capacidad orgánica del feto de desarrollarse y completar el proceso fisiológico de formación del ser humano que culmina con el nacimiento de un ser humano sano» (141). ¿Y antes? Supongamos que una pareja es informada de que si concibe ahora su hijo no tendrá brazos. ¿Debe esperar? Si entendemos que el embrión no va a tener esa capacidad de desarrollo para culminar en un ser humano «sano» (verbigracia «con brazos»), el deber de espera o de no procreación no estaría apoyado en la existencia de un delito de lesiones al feto, ya que con tal delito no se protege, por lo que parece, la ((circunstancia,> de no nacer dañado, sino la indemnidad de un proceso: el proceso «normal» de formación del individuo durante la gestación que en ningún caso se propiciará en nuestro embrión (142).

Imaginemos ahora que existen dos embriones implantables. Uno sufre un mal tal que no desarrollará sus miembros superiores. El otro es perfectamente normal. ¿Puede la mujer elegir cuál implantarse? Si insistimos en la idea de que la razón por la que existe el delito de lesiones al feto es proteger el normal desarrollo embrionario que concluye con el normal nacimiento de un ser humano, no habría motivos para impedir esa elección. Y sin embargo no podemos dejar de pensar que esa elección debe ser impedida. Quizá para ello haya que modificar la justificación dada al castigo por lesionar al feto e insistir en que lo que se pretende proteger son «capacidades objetivas», como, por ejemplo, tener brazos o capacidad visual o auditiva. En el fondo, no parece que las capacidades orgánicas de desarrollo y los procesos fisiológicos de formación del ser humano sean valiosos intrínsecamente, sino instrumentalmente: esos procesos conducen a la existencia de seres que pueden desarrollar la capacidad, ésta sí intrínsecamente valiosa, de la autonomía moral y personal.

No tenemos, sin embargo, mayor prevención frente a las llamadas «elecciones triviales» de caracteres a los que antes aludíamos tales como el sexo, el color de los ojos, etc. La razón, muchas veces aducida, de que son, eso, opciones frívolas o caprichosas no nos parece suficiente para prohibirlas, salvo que, como siempre, con ellas se cause un daño relevante al propio individuo o a terceros. En el supuesto más debatido y controvertido —la selección de sexo— la legislación española la limita a aquellos supuestos en los que cabe aducir razones terapéuticas (143). En el año 1990, un juzgado de Mataró en un procedimiento de jurisdicción voluntaria concedió el permiso para dicha selección a una señora, madre de cinco hijos varones, que aducía que el hecho de no haber tenido hijas le producía una «depresión reactiva». La Audiencia Provincial de Barcelona, en cambio, rechazó que tales razones terapéuticas sean aplicables a los progenitores. De lo que se trata más bien es de evitar la transmisión a los hijos de enfermedades que padecen aquéllos y que no cursan en un determinado sexo (144). En un caso como éste, sin embargo, y teniendo en cuenta que la legislación española permite interrumpir el embarazo cuando hay peligro para la salud física o psíquica de la madre, esta mujer de Mataró podría acabar logrando el fin perseguido abortando sucesivamente a los hijos varones que eventualmente concibiera hasta lograr una niña. Un resultado sin duda paradójico cuando no incoherente si consideramos que es siempre peor abortar que elegir el sexo mediante la selección embrionaria preimplantacional o la manipulación genética (145).

Así y todo, puede haber razones, fundamentalmente de carácter deinográfico, que justifican la prohibición de elegir el sexo, o al menos el control de tales selecciones (146). En una sociedad donde hubiera sesgo a favor de uno de ellos, permitir su elección supondría, k la larga, un daño a las generaciones —predominantemente hombres— que haremos nacer. Fuera de ese perjuicio cierto, en cambio, nos parece que los progenitores deberían actuar con libertad, incluso si nos resulta una preferencia infantil. Muchas otras opciones frívolas fuera del ámbito de la reproducción no resultan prohibidas sólo por esa razón (147). La irrelevancia moral del rasgo

notas:

141- Véase Mercedes Pérez Manzano, «Lesiones (III)», Compendio de Derecho Penal (Parte Espe- ciaQ, vol. 1, Miguel Bajo Fernández (dirj, pp. 435-459, p. 442 (cursivas mías).

142- En ese sentido, Pérez Manzano señala que no es correcto «... sostener que concebir un hijo al que se transmite una enfermedad genética que le provoca graves taras constituya una acción típica de este delito». A su juicio: «.. concebir un ser no es causar en un feto una lesión, puesto que el feto no existe en el momento de la concepción, ni, por tanto, la acción puede incidir en él..... De otro lado, prosigue esta autora, «... hay que plantearse si no se trata de una conducta permitida [concebir hijos con enfermedades genéticas transmitidas por los progenitoresj, pues, en otro caso,

estaríamos negando el derecho a la procreación a personas con enfermedades hereditarias»; «Le- sienes ... ., cit., p. 447.

143- Véase el artículo 26.2.c.10ª de la ley 14/2006.

144- SAP de 12 de noviembre de 1990 (sección 14.ª).

145- Así lo argumentó convincentemente Francesca Puigpelat, «La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica», Revista de Derecho y Genoma Humano 6, 1997, pp. 93-109, pp. 100-102.

146- Véase Harris, 2007, pp. 148-149.

147- Coincidimos por ello con las conclusiones del Documento sobre selección de sexo del Observatori Bioética i Dret; véase Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio da Bioéticay Derecho sobre reproducción asistida, María Casado (coord.), Barcelona, 2008 pp. 201-210.

que se prefiere genera una presunción a favor de la libertad de elección, como también Harris ha defendido (148).

¿Y la selección de la raza? En España, el artículo 160.3. del Código Penal castiga «... la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza». La redacción del artículo es muy desafortunada por razones varias (149). En primer lugar, no queda claro si el único comportamiento castigado es el uso de procedimientos tales como la clonación para crear individuos de una determinada raza. Parece más bien que son dos las conductas punibles: clonar y usar procedimientos para seleccionar la raza (150). De otro modo resultarían dos consecuencias desconcertantes. Por un lado, que sólo un tipo de clonación quedaría prohibida (la que persigue «crear individuos de una determinada rara»), con lo que habría que preguntarse por qué es la clonación con ese objetivo, y no otras clonaciones con otros propósitos, la penalmente reprochable. De otra parte, estaríamos presuponiendo que hay «otros procedimientos» además de la clonación para «crear seres humanos idénticos», cuando en realidad la clonación es un resultado genérico que designa la creación de seres vivos genéticamente idénticos. Si nuestra interpretación es entonces la de que se castigan dos conductas distintas (151), el uso del diagnóstico genético preimplantacional para elegir la raza del embrión estaría penalmente castigado, pues ése es uno de esos «otros procedimientos» a los que alude el articulo 160.3 (152). No nos resulta claro, sin embargo, que la selección de la raza hecha por los progenitores plantee problema moral alguno, ni mucho menos que esté justificado que el Estado intervenga penalmente para evitarla. No se ve por qué uno, en su vida privada, puede querer tener amigos o una pareja de una raza específica, y sin embargo no va a poder elegir, si puede, la raza de su hijo (153).

Comportarse así en la vida privada huele a racismo, es decir, a que a esa conducta subyazca la consideración de que hay razas «inferiores». Pero bien podría ocurrir lo contrario, que una pareja crea firmemente en el valor de la diversidad, y quiera tener una familia multirracial. Insistimos en que, en ese ámbito de la vida privada, debe primar la libertad.

Otra cosa muy distinta sería que el poder público se propusiera políticas de «limpieza racial» mediante la manipulación genética u otros procedimientos menos sofisticados pero bien atestiguados por la experiencia histórica. Entonces sí habría una vulneración del principio de igualdad que, en una de sus muchas manifestaciones posibles, obliga al Estado a tratarnos a todos —independientemente de nuestros rasgos no elegidos como la raza— con igual consideración y respeto.

¿Y la clonación? La naturaleza, como es bien sabido, produce clones en la forma de gemelos monocigóticos y no parece que haya nada moralmente problemático en ello salvo para mentes obtusas o atávicas que ven en los gemelos algún designio maléfico. Sin embargo, desde que en 1997 saltara la noticia de la clonación de la oveja Dolly han sido legión quienes han levantado su voz en contra de que los seres humanos nos podamos reproducir mediante ese procedimiento (154). El Consejo de Europa lite una de las primeras instituciones, si no la primera, en reaccionar haciéndose eco de una condena científica que entonces era prácticamente unánime (155). Tan pronto como el 12 de enero de 1998, estableció mediante Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo la prohibición de «Toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto» (156). La misma prohibición hasido incluida por la Unión Europea en su Carta de Derechos Fundamentales adoptada en diciembre de 2007 (art. 3). En Estados Unidos, el Consejo Presidencial

notas:

148- 2007, p. 147.

149- Véase así también Carlos Romeo Casahona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Granada, Comares, 2004, P. 271.

150- En cuanto a lo primero, en el artículo 11 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechas Humanos de la UNESCO (adoptada el 11 de noviembre de 1997 y a la que se adhirió la Asamblea General de la ONU un año después) se señala que prácticas como la clonación con fines reproductivos no deben permitirse.

151- Así, Romeo Casabona, cit., pp. 291-292, y Pérez Manzano, cit., p. 463.

152 Bien es cierro que no se trata, estrictamente hablando, de un procedimiento de <manipulación genérica», siendo ése el rótulo bajo el que cae englobado el artículo 160.3 del Código Penal (Delitos relativos a la manipulación genética»).

153 En la misma línea Harris, 2007, pp. 146-147.

154- Como es bien sabido, la técnica (transferencia nuclear somática) consiste en implantar el núcleo de una célula adulta en un óvulo previamente enucleado, lo cual genera un embrión que e> una réplica genérica del individuo adulto de quien procede el núcleo celular. Sobre todo ello abundaremos en el capítulo 6.

155- Para muestra, un botón: en 1998, durante el debate sobre este asunto en el Senado estadounidense, ninguno de los representantes de las sociedades científicas y médicas de Estados Unidos consideró admisible la clonación. Véase George J. Annas, Lori B. Andrews y Rosario M. Isasi, «Protecting the Endangered Human: Toward an international Treaty Prohibiting Cloning and inheritable Alterarions», American Jourual of Law & Medicine, vol. 28, 2002, pp. 151-178, p. 157.

156- A día de hoy ha sido ratificado por 16 estados de los 47 miembros. España lo hizo el de marzo de 2001, si bien, como hemos indicado antes, la clonación ya estaba penalmente castigada en España (concretamente, desde la reforma del Código Penal de 1995). Es el único texto internacional, hasta la fecha, en el quc se prohibe h clonación reproductiva de manera expresa.sobre Bioética (President's Council en Bioethics, heredero de la National Bioethics Advisory Commission) también recomendó su prohibición en su informe sobre la materia del año 2002 (157). La inmensa mayoría de los países han seguido la estela de esta recomendación, de la que también se ha hecho eco la UNESCO y la Asamblea General de Naciones Unidas en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 a la que ya hemos tenido ocasión de aludir.

¿Cuáles son las razones profundas de tan rotunda oposición? Hay en primer lugar objeciones de naturaleza instrumental, que apelan a la precariedad de la técnica en su actual estado de desarrollo y, por lo tanto, a los graves daños y riesgos que comporta. Conviene recordar a este respecto que Dolly acabó muriendo prematuramente y que, sobre todo, su nacimiento lite precedido de 270 intentos fallidos. En esas condiciones parece de lo más razonable esgrimir el principio de precaución (158).

Pero, ¿y sí la clonación se mejorara y hiera un procedimiento seguro o, al menos, con un margen de riesgos asumible como en otras muchas actividades humanas? A juicio de muchos, la prohibición habría de mantenerse, es decir, el fundamento de la censura no tiene carácter instrumental sino que está basado en ciertos principios. ¿Cuáles son éstos? En su primera resolución sobre la materia, el Parlamento Europeo consideraba que la clonación «... no es ética, es moralmente repugnante y contraria al respeto de la persona y supone una grave violación de los derechos humanos fundamentales» (159). Pero esta objeción grandilocuente no es más que una petición de principio: la clonación es condenable porque vulnera gravemente los derechos humanos fundamentales (160), lo cual invita a que nos preguntemos cuál o cuáles son esos derechos vulnerados. Son dos los más mencionados: el derecho a la «identidad genética» de todo individuo (161) y el «derecho a la ignorancia» de acuerdo con la célebre expresión del filósofo alemán Hans Jonas (162).

Con respecto a lo primero, lo que cabría plantearse es si dicha identidad no será disponible, es decir, si el reproche jurídico y moral que parece firme cuando somos replicados genéticamente sin nuestro consentimiento se desvanece tan pronto como uno consiente en ser clonado. ¿Por qué alguien querría hacer tal cosa? Pues sencillamente para poder tener hijos genéticamente propios. La transferencia nuclear somática es la única manera de cumplir ese anhelo para quienes son estériles. El derecho básico o fundamental a la reproducción es, de nuevo, esgrimido a esos efectos.

En cuanto a lo segundo, Jonas ha insistido en el daño que al clon le supone una mismidad genética con otro individuo que no surge simultánea y aleatoriamente como ocurre de manera natural en el proceso de gemelación a partir de un único cigoto: «Un gemelo así podría encontrarse por la calle a su propia ancianidad, quizá acompañada de su infancia», señala Jonas muy gráficamente (163). A diferencia de los animales, a los que cabría clonar para perpetuar una condición considerada valiosa (su capacidad reproductiva, o lechera, por poner dos ejemplos entre otros muchos posibles), cuando nos las vemos con seres humanos la pregunta «qué queremos de tales clones?» resulta de por sí odiosa, pues instrumentaliza hasta el límite la reproducción humana (164). Ocurre además que, una vez que la clonación se permite, la «coartada» del azar natural para explicar y justificar las virtudes o vicios del individuo desaparece, y, por tanto, sobre el clon se deposita una extraordinaria carga de responsabilidad,'pues ha sido generado con expectativas máximas, independientemente de que estén apoyadas en la más que dudosa primacía de lo genotípico frente al resto de factores determinantes de lo que somos y podemos lograr. Lo decisivo es que los demás albergan tales expectativas y creencias sobre la influencia de lo heredado en los genes. Cuando la gemelación no acontece simultáneamente, como es el caso de la clonación reproductiva, a ese peso se añade la sombra de la vida ya vivida de quien se obtuvo el clon. Como resultado,

notas:

157- «Human Cloning and Human Digniry: An Ethical inquiry», en http://bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport.html. Antes, en 1997, el presidente Clinton había prohibido, mediante orden ejecutiva, destinar fondos del gobierno federal para la clonación humana.

158- Así, por todos, Carmen Velayos, «Clonación humana: las preguntas del "por qué no" y el "por qué sí"», Isegoría 27, 2002, pp. 193-209, p. 198; George Annas et al., cit., pp. 157-158; Victoria Camps, »Qué hay de malo cola eugenesia?», Isegoría 27, diciembre 2002, pp. 55-71, p. 67, y Francis Fukuyama, Elfin del hombre. Consecuencias de la revolución bioeecnológica, Barcelona, Ediciones B, 2002 (traducción de Paco Reina), p. 134.

159- Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 1998, Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 2 de febrero de 1998, pp. 164 y ss. Dos años después, ya raíz de la decisión de Gran Bretaña de permitir la llamada «clonación terapéutica», el Parlamento Europeo volvió a pronunciarse co términos, si cabe, todavía más duros que en 1998; véase la resolución de 7 de septiembre de 2000 publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 7 de mayo de 2001, pp. 263-264.

160- En esa línea, George Annas et al, aluden a un supuesto «crimen contra la humanidad» que representa la clonación (2002, p. 153).

161- En esa línea, y como justificación del castigo impuesto por el artículo 160 del Código Penal, véase Romeo Casabona, ch., p. 295.

162- Hans Jonas, Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1997 (traducción de Carlos Fortea Gil), p. 127.

163- Ibíd., p. 122.

164- Ibíd., p. 123.

éste «... sabe (o cree saber) demasiado de sí mismo, y otros saben (o creen saber) demasiado de él» (165). Todo ello supone, para Jonas, un daño cierto que no nos podemos permitir infligir a quien, por razones obvias, no puede consentir. Jonas añade, por último, que todo individuo tiene derecho a un genotipo único, no compartido por nadie, con lo que, también por esa razón, la clonación debe impedirse (166).

¿Debemos aceptar los argumentos de Jonas? Su posición, para empezar, resulta paradójica. Y ello en el siguiente sentido: a pesar de desconfiar de la «fuerza determinante de los genes», por decirlo así, y de nuestra capacidad para descubrir las relaciones de causalidad entre la dotación genética y los caracteres personales, nuestras capacidades, etc., buena parte de la argumentación de Jonas en contra de la clonación está apoyada precisamente en tal determinismo o cuasideterminismo (167). Así, la proclamación del derecho de todos a ignorar o a tener el futuro abierto que, supuestamente, pondría en peligro la clonación presupone que para el clon el futuro está determinado, lo cual es sencillamente falaz. Los individuos que son clones son seres humanos y no objetos programados para un fin, es decir, seres en quienes prima facie concurre también la capacidad para la agencia moral que les hace acreedores de derechos básicos (168). Es cierto que lo importante, como dice Jonas, es el efecto de una expectativa o creencia albergada de manera generalizada (por muy absurda o falta de fundamento que sea), pero la pregunta aquí sería si la existencia de tales esperanzas potencialmente dañinas para el que se trae al mundo no ha acompañado a la reproducción humana desde la noche de los tiempos. Saberse, cuando uno tiene la capacidad de discernimiento necesaria, creado para o por, e incluso rechazado por no haber cumplido determinados sueños albergados por los progenitores, es indudablemente un perjuicio psicológico que puede llegar a ser terrible, pero no es un efecto único y exclusivo de la reproducción mediante la clonación, sino de la procreación a secas. Como señala John Harris, la mayoría de padres desean que sus hijos sean, al menos, mejores que ellos (169).

Otros argumentos en contra de la clonación, como el que se basa en la pérdida de diversidad genética (170), si resultase que todo el mundo optara por la clonación como método reproductivo, no abonan una prohibición absoluta sino tan sólo limitada, por ejemplo, a los que no son estériles (171). Y ello bajo la suposición de que la diversidad genética es algo bueno en sí mismo.

¿Eugenesia positiva? ¿Nueva religión?

De (<nueva religión» tildó a la «eugenesia» el inventor del término y de la práctica, el célebre sobrino de Charles Darwin, Francis Calton. Entonces (1883), la idea consistía en evitar las procreaciones propensas a generar seres humanos débiles, imperfectos, escasamente dotados de capacidades. Como sabemos de sobra, en Estados Unidos (172), pero sobre todo en la Alemania del Tercer Reich, esta suerte de profilaxis de la especie humana alcanzó las más altas cotas de la ignominia. Aunque esa religión eugenésica, al modo galtoniano, está desterrada, el avance en el conocimiento y la tecnología genética ha suscitado la aparición de una forma más respetable de eugenesia: el perfeccionamiento de la especie mediante una eugenesia «positiva». Si la versión «negativa» de la eugenesia consiste en el descarte de aquellos que sufrirán padecimientos o que no llegarán al mundo en condiciones razonables —mediante el diagnóstico preimplantacional o el aborto, como hemos visto con anterioridad—, la eugenesia positiva supone la modificación para mejora de las circunstancias dadas o, directamente, el diseño o incorporación de aquellas disposiciones o capacidades que entendemos deseables en el ser humano. Así como el primer anhelo, según Hans Jonas, está basado en la necesidad, el segundo se apoya en la insolencia (173). ¿Debemos compartir este juicio sumarísimo de Jonas?

Cuando hablamos de «mejora» en las capacidades de la especie podemos estar refiriéndonos a cosas diversas. En primer lugar, a mejoras absolutas, esto es, no comparativas. Es el caso de la longevidad, por ejemplo,

notas:

165- íd., p. 127 (cursivas del autor).

166- íd., pp. 125-127. El propio Jonas reconoce, con todo, que ello presupone un reduccionismo genético —que nuestra unicidad se reduzca al genotipo— que no resulta asumible.

167- Lo mismo ocurre en el caso de Habermas, como pone de manifiesto Eduardo Mendieta; véase «El debate sobre el futuro de la especie humana: Habermas critica la eugenesia liberal», hegorki 27, diciembre 2002, pp. 91-114 (traducción de Marta 1. González), p. 101.

168- Véase, por todos, Victoria Camps, 2002, p. 67.

169- 2007, pp. 127-128.

170- En la medida en que la dotación genética resultante no procede de los cromosomas de dos individuos. Véase Jonas (1997, pp. 118 y 120) y Savulescu (»New breeds of humans: rhe moral obligation to enhance», Ethies, Law and Moral Philasophy ofReprodurtve Biomedicine, vol. 1, n.' 1, marzo 2005, pp. 36-39, p. 37), entre otros.

171- Matti Häyry, «Philosophical Argumenrs For and Againsr Human Reproductive Cloning», Bioethics, vol. 17, n." 5-6, 2003, pp. 447-459, p454.

172- Véase Sandel, 2007, pp. 64-67.

173- 1997, p. 119.

cuyo carácter de «mejora» no depende de la comparación con el estatuto de otras personas. Es bueno ser más longevo tanto silos demás lo son también como si no. En segundo término, podemos hablar de mejoras «relativas», y tal es d caso de la estatura, cuyo incremento sólo es beneficioso en función de cuán altos sean los demás: no hay ninguna ventaja en ser más alto si resulta que los demás siguen siendo bajos. Es más, podría pensarse que sería mejor ser más bajos pues necesitaríamos consumir menos energía para vivir y, por tanto, seríamos menos costosos en términos medioambientales (174). En último lugar, cabe pensar en mejoras no antes evidenciadas, «impropias» de la especie humana (175).

Una posición favorable a la introducción de mejoras en la especie humana a través de la ingeniería genética, hasta el punto de considerar que es moralmente obligatoria, es la de John Harris (176). Para Harris es parte esencial de nuestra condición humana sortear la adversidad y los obstáculos que, en la forma de contingencias varias, nos coloca la naturaleza. Son múltiples las instancias de tal afán a poco que inspeccionemos en nuestras prácticas más cotidianas: leer con gafas, o inmunizamos mediante vacunas, por poner dos de tantos ejemplos posibles. ¿Gimo nosotros —se pregunta Harris—, que somos el producto de la mejora evolutiva, nos vamos a negar a la mejora genética?

Otro grupo de autores, entre los que destacan Ronald Dworkín, Dan W Brock, A]len Buchanan, Norman Daniels, Daniel Wikier, Robert Nozick y John Rawls, si bien no postulan la obligatoriedad moral de la mejora genética, sí estiman que tratar de que nuestros hijos sean mejores utilizando para ello la tecnología genética es otra de las manifestaciones permisibles de la autonomía individual en el ámbito procreativo. El Estado, eso sí, habría de permanecer neutral ante esas distintas concepciones de lo bueno que los progenitores estuvieran albergando a la hora de intentar que sus hijos sean «mejores», es decir, no cabría por parte de los poderes públicos la planificación o el sufragio de programas de mejora universales, pues tal cosa supone una forma de perfeccionismo intolerable de acuerdo con aquéllos. La apuesta es, por ello, por una eugenesia positiva de carácter «liberal», en la expresión feliz de Nicholas Agar (177).

Para Míchael Sandel, en cambio, toda manifestación de la eugenesia ((positiva» es moralmente repudiable, pues erosiona tres rasgos clave de nuestra condición moral: la humildad, la responsabilidad y la solidaridad (178). La primera de las virtudes se socava de dos modos. En primer lugar, por el propio afán de enseñoramiento sobre la naturaleza que revela la Práctica de la ingeniería genética perfectiva. Las razones por las cuales tal objeción no nos convence han sido ya presentadas cuando expusimos los rechazos que suscita la reproducción humana asistida considerada de manera genérica. No vamos a reproducirlas en toda su amplitud. Entonces, como ahora, insistíamos en que no se puede creer sensatamente en que la naturaleza deba gobernarnos, sino que con muy buenas razones combatimos sus nefastos efectos para nuestro bienestar. Sandel es bien consciente de ello: el propio avance de la medicina con la consiguiente curación de más enfermedades es también una manifestación de nuestro intento por dominar la naturaleza, y así debe ser según Sandel. Sin embargo, él cree ver una diferencia crítica entre «tratamiento» (treatment) y lo que estamos denominando «mejora» o «perfeccionamiento» (enhancement). Así como el empleo de la medicina para restaurar la salud honra a la naturaleza permitiendo que el ser humano desarrolle sus capacidades naturales, la eugenesia positiva da un ulterior paso que implica perderle el respeto. Aparte de que la distinción es artificiosa y presupone, de nuevo, que lo natural es necesariamente bueno, la preocupación de Sandel se difumina si concebimos la eugenesia positiva como una suerte de «suplemento» a lo ya dado por la naturaleza o, alternativamente, una corrección semejante a la que provoca el tratamiento de la enfermedad (179). Hay, por último, un argumento todavía más definitivo, a nuestro juicio. Entendida la «naturaleza» simplemente como el conjunto de todas las cosas existentes sometidas a las mismas regularidades que estudia la ciencia natural, nosotros, los seres humanos, nuestras prácticas y actitudes —que incluyen combatir la hostilidad del medio en que vivimos y la lotería de sus efectos— no dejan de ser igualmente «naturales», con lo que nuestro empleo de la ingeniería genética para la reproducción humana no puede ser sino un producto de

notas:

174- Singer, 2002, p. 37.

175- Esta última caracterización se debe a Frances M. Kainm; véase «Is There a Problem With Enhancement?», The American Journal of Bioethics vol. 5, n.° 3, 2005, pp. 5-14, p. 5. '»

176- Si existe la obligación de no dañar, señala, y la distinción entre daño y beneficio es de grado y no de clase, hay un deber moral de mejorar; véase 2007, p. 9.

177- Liberal Eugenics. la Defense of Human Enhancement, Blackwell Publishing, 2004.

178- The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering, Cambridge (Mass.)-Londres, Harvard Universiry Press, 2007, p. 86.

179- Véase Kamm, 2005, pp. 8-9. Como señala esta autora, no parece que por el mero hecho de tener una disposición o actitud de dominio o maestría sobre la naturaleza, sea moralmente condenable la evitación de enfermedades o condiciones que, cuando acontecen «naturalmente», lamentamos (2005, p. 7).

la naturaleza, naturaleza que al fin y a la postre respetamos cuando tratamos de perfeccionar al individuo introduciendo cambios en su genotipo (180).

La eugenesia positiva también mina la humildad cuando los seres humanos se saben «mejorados» o creados para poseer ciertos talentos y habilidades. Tal y como señala Hans Jonas al respecto de la clonación, San- del estima que el empleo de la tecnología genética prenatal lleva de la mano la arrogancia del sujeto por nacer que creerá que todas las capacidades que le adornan le pertenecen. Como en la misma línea ha señalado Francis Fukuyama: «En la actualidad, muchos jóvenes brillantes y triunfadores creen deber su éxito a simples accidentes de nacimiento y de educación, sin los cuales su vida podría haber seguido derroteros bien distintos. Dicho de otro modo, se consideran afortunados y son capaces de mostrarse comprensivos con otras personas que han tenido menos suerte que ellos. En cambio, en la medida en que se conviertan en "hijos de la elección", seleccionados genéticamente por sus progenitores en función de determinadas características, pueden llegar a creer que su éxito no es una mera cuestión de buena suerte, sino producto de una adecuada selección y planificación por parte de sus padres y que, por consiguiente, es algo merecido... Pueden, en síntesis, considerarse aristócratas y, a diferencia de los aristócratas de antaño, sus pretensiones de pertenecer a un linaje superior tendrán su origen en la naturaleza, no en la convención» (181).

Por otro lado, y como la otra cara de la moneda de la humildad, Sandel considera que la dimensión de la responsabilidad individual alcanzará cotas insoportables, y la solidaridad hacia los menos afortunados —que ya no lo serán por azar— se tornará imposible (182). En opinión de Sandel, nuestros Estados de bienestar, en los que, mediante la garantía de ciertos derechos sociales, se producen transferencias de recursos de los más aventajados a los menos, funcionan sólo porque la distribución de los puntos de partida de los individuos (sus condiciones innatas) es el resultado del azar natural. Desde el momento en que no sea así, nos dice, ese esquema distributivo se derrumba. Este argumento de «justicia social» también ha sido respaldado por Fukuyama. La biotecnología, a juicio de este último, va a ser una forma de perpetuación del dominio de los ricos, pues la lotería genética natural es, según él, la que garantiza la movilidad social (183).

Estamos de nuevo ante un conjunto de objeciones cuyo alcance, si las inspeccionamos con detenimiento, no se detiene ante el hecho del perfeccionamiento genético, como antes ante la clonación, sino que vendría a poner en solfa igualmente muchas de las consecuencias de la procreación natural, de los medios tradicionales mediante los que nos hemos reproducido. Tomemos el vicio de la arrogancia que propagaría, de acuerdo con Sandel y Fukuyama, la eugenesia positiva. Se trata de algo no cualitativamente distinto del hecho de «venir de buena cuna» y, por tanto, de poder alardear y aprovecharse de ello cuando la familia de uno, como se decía antaño, es «de rancio abolengo». La arrogancia que ha adornado tradicionalmente a esos individuos sólo se mitiga recibiendo una educación basada en el principio de la igualdad, insistiendo en el hecho de que muchos de nuestros rasgos y capacidades patrimonios heredados y apellidos ilustres no son merecidos. De igual manera, quienes en su día vayan a poder ser genéticamente diseñados tampoco habrán hecho nada para merecer tales «supercapacidades», y esa misma apelación al no merecimiento deberá actuar como bálsamo de su arrogancia potencial.

Otro tanto ocurre con la responsabilidad. ¿Es que acaso los hijos de los grandes hombres y mujeres que en la historia ha habido no han sentido el terrible peso de su origen y de las expectativas volcadas sobre ellos? La mejora genética, al igual que nuestra filiación natural, provoca que la responsabilidad se magnifique —como apunta Sandel— sólo si consideramos que los individuos tienen el deber de explotar al máximo sus capacidades —reales o presuntas por el linaje—, lo cual no parece ser el caso. Forma parte de la libertad del inteligente o el talentoso dedicarse a aquello para lo que, tal vez, tiene peores condiciones innatas, pero una mayor inclinación (184). Pero es que, además, la responsabilidad ya es inescapable desde el momento en el que para la especie se abre un elenco de posibilidades ciertas de intervención tecnológica para mejorar las condiciones de vida: quienes optan por no emplearlas deben igualmente responder por esa inacción (185).

En cuanto a la pérdida de solidaridad, conviene empezar recordando que el presupuesto desde el que arranca el razonamiento de Sandel —no

notas:

180- Véase a ese respecto Fernando Savater, «Naturaleza», en Diccionario Filosófico, Barcelona, Planeta, 1995, pp. 254-275, pp. 256-260.

181- 2002, p. 255. En el mismo sentido se ha pronunciado Peter Singer (2002, P. 38).

182- Ibid., pp. 86-89. Con respecto a esto último —la merma de la solidaridad hacia los desafortunados—, 011ero ha argumentado en sentido parecido; véase 2006, p. 20.

183- 2002, pp. 254-255.

184- Kamm, 2005, p. 12.

185- Harris, 2007, pp. 118-119.

nos pertenecen las capacidades innatas que son producto de la lotería natural— no es en absoluto pacífico. Los filósofos neoliberales como Robert Nozick sí consideran que todos nuestros talentos y habilidades son una propiedad intransferible del individuo aunque hayan sido brindados por la naturaleza. Es más, en el seno del propio liberalismo igualitario al que Sandel parece apuntar, la transferencia de recursos encuentra ciertos límites a pesar de que tengamos que reconocer que nuestras capacidades o funcionalidades no son merecidas. Es el caso, paradigmáticamente, de los órganos: no pensamos que el Estado pueda llegar a «redistribuir» ojos, por ejemplo, entre ciegos y videntes para que más gente pueda gozar del beneficio de la visión. Y los ojos enfermos o sanos, los ciegos y los videntes, lo son, muchas veces, por la pura indolencia de la naturaleza genética (186).

Por otro lado, en el argumento de Sandel no se acaba de ver por qué, una vez que la capacidad no es azarosa sino deliberadamente propiciada, entonces sí pertenecerá automáticamente al individuo sin que el Estado pueda aprovechar en parte los frutos que produce y de esa manera mejorar la situación de quienes empiezan en la vida en peores circunstancias. La razón por la cual se justifica la obligación de mejorar a los menos afortunados es la falta de «merecimiento moral» de quienes gozan de condiciones innatas ventajosas. Esa misma razón permanece, como hemos señalado antes, pese a que tales puntos de partida ventajosos hayan sido «diseñados» previamente.

Y en último lugar, si la tecnología genética para la mejora se permitiera, precisamente lo que habría es menos necesidad de transferencias de recursos de unos a otros porque habríamos minimizado las contingencias naturales desfavorables (187). John Harris no lo ha podido expresar mejor: «Sin duda es más sensato reducir la necesidad de redistribuir creando individuos que son más afortunados que desafortunados y que más probablemente por ello serán capaces de generar montos de riqueza que redistribuir» (188).

De todo lo anterior se sigue, en cambio, que la eugenesia positiva, entendida como el intento de dar a los individuos mejores armas con las que desarrollar su condición de agentes morales a lo largo de la vida, sí debería formar parte de la encomienda de los poderes públicos, es decir, que no puede ser «liberal» en el sentido dado por Nicholas Agar. Siendo cierto que, como los objetores a la eugenesia positiva suelen argüir, el empleo de esta tecnología (así como el de otras tecnologías biomédicas de vanguardia) contribuye a ensanchar la sima entre ricos y pobres, la solución, a nuestro juicio, no radica en limitar la libertad de quienes tienen más recursos para de esa manera hacer que todos estemos en peor situación de la que podríamos estas remedio es más bien que el Estado universalice los beneficios comprobados de tales manipulaciones o tratamientos genéticos de mejora, al igual que ocurre con la educación, una actividad que guarda estrechas semejanzas con la eugenesia positiva (en el fondo, mediante ambos mecanismos los padres aspiran legítimamente a que sus hijos sean «mejores»).

No dudamos de que muchas sombras de incertidumbre se ciernen cuando pensamos en emplear la ingeniería genética para hacer mejor nuestra condición, especialmente si esa intervención se produce sobre la línea germinal, es decir, haciendo que las modificaciones se hereden y que, por lo tanto, se instalen en el genoma humano. También cuando la selección eugenésica se justifica sobre la base de patologías «claramente dañinas» pero de aparición tardía en el individuo, como por ejemplo la corea de Huntington, el alzheimer o la esclerosis lateral amiotrófica. Tomar alguna de estas enfermedades como criterio para no implantar un embrión al que hemos diagnosticado la presencia del gen responsable es tanto, nos dice Koch, como impedir que un individuo como Stephen Hawking llegue a nacer (189). Ya sabemos, sin embargo, que éste es un argumento que sólo funciona «retrospectivamente», es decir, cuando el individuo en cuestión ya existe, vive una vida fructífera para él y para los demás a pesar de sus discapacidades y nadie duda dé que merece toda la consideración y respeto. Cuestión distinta es actuar cuando no hay todavía nadie a quien podamos afectar con nuestra decisión. En ese supuesto, y siendo alto el riesgo de padecer una dolencia grave, aunque de aparición tardía, nos resulta prioritario evitar ese mal y no propiciar el nacimiento.

A modo de conclusión

A lo largo de este capítulo hemos abordado los desafíos jurídicos y éticos que genera la aplicación de la biomedicina en el ámbito de la reproducción humana. Lo hemos hecho a partir de la consideración de que, con ese

notas:

116- Sobre todo ello, véase p. 188 (capítulo 4).

187- Kamm, 2005, p. 13.

188- 2007, p. 120. El propio Fukuyama ha reconocido que la biotecnología puede ser un buen instrumento para impulsar una sociedad más igualitaria; véase 2002, p. 256.

189- Koch, 2001, p. 374.

desarrollo fabuloso experimentado desde mediados del pasado siglo, es más cierta que nunca la afirmación de que reproducirse es una libertad individual. Ello significa tanto que la procreación puede o no formar parte de los legítimos planes de vida que los individuos abracemos cuanto que somos responsables de nuestra elección procreativa, pues ésta no es una acción moralmente irrelevante ni para el que nacerá ni para el conjunto de la sociedad. ¿Qué papel deben desempeñar los poderes públicos ante esta realidad fáctica y normativa?

Hemos arrancado dando cuenta del que, a nuestro juicio, es el estatuto jurídico del embrión. Ésa es, entendemos, una cuestión ineludible a la hora de analizar el alcance de la libertad procreativa. En la medida en que no estimamos que el embrión, en sus fases iniciales o muy iniciales de desarrollo, deba recibir la misma consideración moral que las personas sólo por el hecho de que pertenece a la especie humana, su protección puede no ser prioritaria cuando entran en juego otros valores. Nuestro criterio es que el Estado debe actuar de manera no perfeccionista, es decir, a partir de razones pública y mutuamente justificables entre seres dotados de racionalidad a la hora de poner restricciones a lo que consideramos un derecho- inmunidad de los individuos (190). Un criterio al que constantemente nos hemos aferrado, el parámetro propio del Estado liberal y constitucional, es el de que nos encontremos ante comportamientos que causan daños objetivos a terceros. A partir de tal canon, hemos escrutado los límites de la reproducción humana de sus muchas manifestaciones surgidas con la aparición de las técnicas de reproducción asistida: el diagnóstico genético preimplantacional, la maternidad de sustitución y la compraventa de gametos, la selección de embriones, la clonación y la eugenesia positiva. Entendemos que muchas de esas posibilidades, a día de hoy ilícitas en el sistema jurídico español, deberían estar permitidas, aunque con ciertas restricciones y cautelas.

En muchos de los dilemas abordados a lo largo de las anteriores páginas ha estado también presente la aplicación de uno de los principios bioéticos clave: el principio de no maleficencia a pesar de que, como hemos visto, en este mismo dominio de la reproducción humana puede generar consecuencias contraintuitivas. Los avances biomédicos, por muchos cimientos que remuevan en nuestro imaginario de la condición humana, tienen sentido porque son una forma de lograr un mayor bienestar individual y colectivo. A pesar de lo que, en este sentido, ha señalado Fukuyama en relación con los peligros del conocimiento y empleo de la ingeniería genética, nos parece que no hay nada que lamentar, sino más bien al contrario, cuando se destierra o minimiza el sufrimiento de los seres humanos y se dan mayores cotas a su autonomía personal (191).

notas:

190- Es ampliamente discutido el carácter del derecho a la reproducción reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En decisiones judiciales emblemáticas como Skinner v. Olklahoma, Griswold v. Connecticut y otras, se presenta como una inmunidad frente al Estado, tal y como nosotros también lo entendemos. Sin embargo, para el juez Strasberg-Cohen, uno de los miembros de la Corte Suprema israelí que parricipó en la decisión del caso Nahrnani o. Nahmani, estamos ante un derecho entendido como «libertad» o privilegio, esto es, que no genera obligaciones correlativas sobre nadie. De la misma opinión es Andrés 011ero (véase 2006, P. 265). Conforme con esta interpretación, entonces, cabe impedir la reproducción ajena, de la misma forma que quien evita que otro se suicide no comete un acto ilícito pues el suicidio es una mera libertad o privilegio no protegido.

191 «No se pueden alegar argumentos en defensa del dolor y del sufrimiento —señala Fukuyama—, pero es cierto que aquellas cualidades humanas que juzgamos más admirables, tanto en nosotros mismos como en los demás, están relacionadas con nuestro modo de reaccionar, afrontar, superar y, con frecuencia, sucumbir al dolor, el padecimiento y la muerte. Sin estos males humanos dejarían de existir la lástima, la compasión, el coraje, e1 heroísmo, la solidaridad o la fortaleza de carácter. Una persona que no se ha enfrentado al sufrimiento o a la muerte carece de profundidad. Es nuestra capacidad de experimentas estas emociones lo que nos vincula potencialmente a los demás seres humanos, vivos o muertos» (2002, p. 278).

1. «The Wisdom of Repugnance», New Republic, vol. 216, Issue 22 (June 2, 1997). [↑](#footnote-ref-1)
2. El caso (»Limitación del esfi,erzo terapéutico requerida por los familiares,>) se discute en la Revista Electrónica de Medicina Intensiva, vol. 3, n.» 11, noviembre 2003 (se puede consultar en: http://remi.uninet.edu/2O03/11/cp02.htm). [↑](#footnote-ref-2)
3. «todo problema clínico, hasta el aparentemente más sencillo, por ejemplo, recetar una aspirina pata un dolor de cabeza, encierra un dilema ética,, por ejemplo el de informar o no, y en caso afirmativo con qué extensión, de los posibles efectos secundarios de este fármaco» (Pablo Simón Lorda, (Sobre bioética clínica y deontología médica», en cuadernos de Bioética 12, 4.», 1992, p. 34). [↑](#footnote-ref-3)
4. Hay quien afirma incluso que «el método de la ética procede con toda probabilidad del método de la clínica [ ... ] Aristóteles llegó muy probablemente a la ética desde la medicina». Y después, «la clínica y la ética han compartido durante su historia [.] un tipo de razonamiento similar, cuyas (los principales características eran la deliberación y la prudencia» (Diego Gracia, «La deliberación moral: el método de la ética clínica», en Medicina Clínica, 9 de junio de 2001, vol. 117, nº 1, pp. 18 y 19). [↑](#footnote-ref-4)
5. El juramento hipocrático es el juramento público que suelen hacer los médicos al incorporarse a su profesión. Toma su nombre del griego Hipócrates, que vivió en el siglo y a.C. y a quien se le atribuye el documento. Su contenido es de carácter ético, y pretende orientar la práctica del oficio. A lo largo del tiempo la fórmula hipocrática ha sufrido varias modificaciones: la Asociación Médica Mundial la actualizó en la Asamblea General de Ginebra en 1948 y posteriormente la revisó en Sidney en 1968. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. en este sentido Diego Gracia, Procedimientos de decisión en ético clínica, Madrid, Eudema, 1991p.22. 22. [↑](#footnote-ref-6)
7. Pablo Simón señala cómo de hecho, y lógicamente, en el procedimiento colegial de depuración de responsabilidades «existe una tendencia innata al corporativismo, por cuanto nada excede el ámbito de la propia profesión»; véase «Sobre bioética clínica y deontología médica», cit., p.35. [↑](#footnote-ref-7)
8. «Por mucho que uno se lea el Código Deontológico —sigue afirmando P. Simón— no encontrará la manera más correcta de, por ejemplo, asignar las limitadas camas de una UVI y decidir qué pacientes deben entrar en ellas y cuáles no. Esto es precisamente a lo que trata de responder a la bioética clínica (ibídem) [↑](#footnote-ref-8)
9. Bruno Berrelhcim, The Informed Hect: che Human Condition in Mass Society, Londres, 1970, pp. 224-225 (citado por Jonathan Glover, Humanity. A Moral History of che Twentieth Century, Yale University Press, 200, p.463, de donde se toma la referencia. [↑](#footnote-ref-9)
10. En España así se hizo en el arrículo diez del Real Decreto 42611980 de 22 de febrero por el que se desarrolla la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y transplante de órganos. Sobre todo ello véanse los capítulos 4 (p. 188) y 5 (p. 213). [↑](#footnote-ref-10)
11. Diego Gracia ha llamado la atención también sobre otra de las consecuencias del cambio de relación médico-paciente: las necesidades de salud ya no son determinadas por la medicina, sino por los usuarios (pacientes); véase Como arqueros al blanco. Estudios de bioética, Madrid, Triacastela, 2004, pp. 80y 83. [↑](#footnote-ref-11)