

¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones «supernumerarios»

PABLO DE LORA
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores preocupaciones que algunos miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida expresan en su primer informe anual publicado en 1998 radica en la existencia de más de 30.000 embriones congelados depositados en los bancos de los centros autorizados para practicar técnicas de reproducción asistida¹. Tales embriones son «restos»² de fecundaciones in vitro que pueden permanecer conservados en aquel estado por un plazo máximo de cinco años. Ese período, establecido en el artículo 11.3 de la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRA), ha sido ampliamente rebasado. Y la pregunta parece obvia: ¿qué hacer con ellos? También la respuesta de más de uno pudiera ser obvia, desde su perspectiva, y adquirir la forma de un interrogante formulado con perplejidad: ¿y qué más da?

De acuerdo con el artículo 29 del Código Civil, «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables». Si existir es un efecto favorable, nos dice Vila-Coro, y un embrión es «un concebido», resultará que a aquél habrá de tenerse por

¹ Son Javier Gafo y María Dolores Vila-Coro los que se muestran más sensibles al problema. En lo sucesivo citaré según el sistema autor-fecha-página. Las referencias completas se encuentran en la bibliografía final.

² No me resisto a consignar que en algún documento que la Iglesia Católica utiliza para la difusión de su doctrina, los embriones sobrantes son denominados «supernumerarios»; *vid.*, P. MAURIZIO FAGGIONI, «La cuestión de los embriones congelados», en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/congelados.htm>. También algunos civilistas españoles han acogido esa nomenclatura: FEMENÍA LÓPEZ, 1999, p. 15.

nacido. Y ello genera una consecuencia importante: será sujeto de derechos, entre los cuales destaca, muy principalmente, el de no ser destruido. Estamos así ante un razonamiento formalmente impecable, esto es, deductivamente válido, porque, siendo sus premisas verdaderas, su conclusión lo es necesariamente. Atacarla nos obliga por tanto a poner en solfa las premisas que han servido para que la misma sea válidamente derivada. Como parece difícil de negar el hecho de que un embrión es un concebido, la discusión habrá de centrarse en torno a: 1) la existencia como efecto favorable, y 2) el alcance que tiene el derecho a existir, es decir, cuáles son las obligaciones correlativas a que daría lugar tal derecho. Vayamos, pues, a ello, si bien antes abordaremos otra dificultad que surge de la Ley 35/1988, y que también está conectada con la técnica de la fecundación in vitro.

Todo lo que nos dice el anterior argumento es que el embrión congelado es *tenido por nacido* y que como tal «tiene derechos», siendo el primero, y más importante de ellos, el de existir. A continuación, creo que cualquiera se preguntaría: ¿pero es que no *existen* ya de hecho los embriones? Si se respetara esa existencia mediante, su no destrucción, nos limitaríamos a conservarlos indefinidamente, y el problema se habría solucionado.

Bien es verdad que alguien, supongamos que los «padres», tendría que hacerse cargo de los gastos de mantenimiento, y que en caso de divorcio o separación habría que decidir quién «se queda» con los embriones³. Aunque la primera es una dificultad menor, la segunda, sin embargo, no lo es tanto. Veámos por qué.

2. ¿A QUIÉN PERTENECEN LOS EMBRIONES?

De acuerdo con el artículo 2.4 LTRA, parece que sólo la mujer puede revocar el consentimiento prestado para ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida; es decir, provocar la suspensión del proceso una vez han sido entregados los gametos o habiendo habido fecundación in vitro.

¿Nada tiene que decir al respecto el marido o pareja? Evidentemente, para que sea usado su esperma en una inseminación artificial o una fecundación in vitro con posterior implantación debe

³ No es ciencia ficción. La Corte Suprema del Estado de Tennessee tuvo que dilucidar finalmente en 1992 un litigio planteado en estos términos después de una larga batalla procesal; *vid.*, *Davis v. Davis*, 842 S. W. 2d 588 (1992).

prestar su consentimiento⁴. Fernando Pantaleón, uno de los civilistas españoles de opinión más autorizada, se inclina a pensar, sin embargo, que en el caso de fecundación o inseminación homóloga⁵, una vez aportados los gametos y habiendo ya fecundación, el varón no puede impedir la continuación del procedimiento. Y a la inversa: si él quisiera que culminara pero la mujer no deseara la implantación o la inseminación, su criterio, como no podía ser menos, no puede primar frente al de la mujer⁶.

Pues bien, que la revocación del varón casado o pareja, en el primer caso, no surta efecto, no deja de ser chocante si ello supone que no puede ya desligarse de sus responsabilidades y obligaciones paterno-filiales. Que lo pudiera hacer resulta, en mi opinión, lo más coherente con el resto de la ley y con el principio de igualdad⁷; y ello por lo siguiente.

En el artículo 6.1 se indica que toda mujer puede ser usuaria de las técnicas siempre que sea mayor de edad y cuente con plena capacidad de obrar. En el inciso 3 se añade una condición: «Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido...». Nuevamente, debemos entender que tal consentimiento es necesario para el uso de su semen, pero es más que discutible que si la mujer decide utilizar el de un donante anónimo tenga que pedirle «autorización» a su cónyuge. De ser así, habría una discriminación flagrante con respecto a las mujeres solteras⁸. La interpretación del precepto ha de ser entonces que, en caso de que no se hubiera prestado consentimiento por parte del marido o pareja, éste no quedará

⁴ Se trataría, meramente, de un consentimiento para que su acción sea considerada libre, no compulsiva, y no un consentimiento constitutivo de efectos jurídicos como el que establece la ley para el caso del varón (casado o no) que «consiente» el uso de las técnicas por parte de su cónyuge o pareja y se convierte con ello en el padre legal (art. 8.1 y 2).

⁵ Fecundación in vitro o inseminación artificial homóloga es la producida con gametos procedentes de la pareja, a diferencia de la heteróloga, en la que sí hay utilización de gametos procedentes de, al menos, un donante que no es miembro de la pareja.

⁶ Esa sería su interpretación del artículo 9.4 de la Ley, que reza: «El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas»; *vid.*, 1993, p. 137, núm. 20. El Tribunal Constitucional, en la STC 116/99, de 17 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad que contra la Ley interpusieron 63 diputados del Partido Popular, ha considerado con respecto al efecto de la marcha atrás de la mujer (contemplado en el art. 2.4 como suspensión del procedimiento) que: «No hay en la dicción de la Ley motivo que permita interpretar esa posibilidad de suspensión, concedida a la mujer, como una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues, concluida la práctica de tales técnicas de reproducción asistida, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación. Conclusión que se ve reforzada por la propia realidad biológica de los materiales reproductivos a que se refiere la Ley 35/1988, cuando menos hasta el momento de su transferencia al seno materno» (FJ 10). En la misma línea se pronunció en su momento Pantaleón (*ibid.*), entendiendo que esa suspensión es equiparable a la producida por la utilización de un dispositivo intrauterino.

⁷ Así también SHIFFRIN, 1999, p. 146, núm. 53.

⁸ Coincido así con LEMA ANÓN, 1999, p. 364.

sujeto a las obligaciones paterno-filiales⁹. En ese supuesto, su arrepentimiento pudiera tener el mismo alcance que la ausencia de consentimiento inicial: el cónyuge no podría impedir que la mujer continuara con el proceso, pero a la mujer no le cabría obligarle a asumir una paternidad no deseada. Así, aun siendo finalmente el padre biológico, su revocación tendría la consecuencia de convertirle en un donante «anónimo», a los efectos de extenderle la inmunidad que la ley establece en el artículo 5.5 (el conocimiento por parte del hijo o la madre de su condición de padre biológico no permitirá una reclamación de paternidad¹⁰) y a la madre la posibilidad de que con la «autorización» del nuevo cónyuge o pareja, éste se convierta en el padre legal.

Alguien podría interpretar esta construcción como una versión contemporáneamente legitimadora del «poner pies en polvorosa» por parte del varón. Pero entre ambas situaciones me parece que hay un rasgo crucialmente distintivo: la alternativa de la mujer en una fecundación in vitro o inseminación artificial a la que el varón ahora se opone tras haber accedido inicialmente, supone la no

⁹ Véase que, a sensu contrario, el artículo 8.2 otorga al consentimiento expresado por el varón no casado la consecuencia de quedar sometido a las responsabilidades y obligaciones de la paternidad. Al decir de Pantaleón, es absurdo que la Ley le otorgue esa relevancia de «asunción de la paternidad», al documento en el que el varón no está sino reconociendo no ser el padre; *vid.*, 1993, p. 145, núm. 41. La objeción de Pantaleón no ha de sobredimensionarse, pues se centra en la (defectuosa) remisión hecha por el artículo 8.2 al artículo 49 de la Ley del Registro Civil, a los efectos de cifrar en el «consentimiento» del varón no casado a que su pareja utilice gametos de tercero, la constitución de la relación paterno-filial (el art. 49 de la Ley del Registro Civil prevé el establecimiento de lazos de filiación extramatrimonial cuando exista un «[e]scrito indubitado del padre en que expresamente reconozca la filiación»). Lo que sí se pone de manifiesto es que el legislador de la Ley 35/1988 ha privilegiado la paternidad fruto del acuerdo o la voluntad, más que del hecho biológico (*vid.*, en esta dirección, GONZÁLEZ MORÁN, 1998, p. 157). Pero esa opción, de acuerdo con Pantaleón, habría debido alcanzar al padre legalmente casado de forma más nítida a cómo se deduce de los artículos relevantes de la Ley, y además al nacido de una relación extramatrimonial (no asistida artificialmente) que, como el fruto de la inseminación o fecundación heteróloga, debería verse privado, también, de la acción de impugnación de la paternidad del compañero o marido de su madre o de la reclamación de paternidad del padre biológico. Esta posibilidad, sin embargo, permanece incólume tras la promulgación de la Ley 35/1988; *vid.*, Pantaleón, 1993, pp. 145 y 146, núm. 41.

¹⁰ Con esa revocación expresa se destruiría la presunción de paternidad que establece el artículo 116 del Código Civil («Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»). Es cierto que la Ley establece como regla general la irrevocabilidad de la donación de óvulos o esperma, salvo que «[e]l donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles...» (art. 5.2). Ello no habría de impedir extender la condición de donante anónimo al marido o pareja, una vez que da marcha atrás (arguyendo que los donantes no pueden revocar), ya que su consentimiento inicial no era como donante. Además, al decir de Pantaleón, *lege ferenda* el donante anónimo sí debería poder revocar su donación «[h]asta el momento de la efectiva utilización del material genético donado»; *vid.*, 1993, p. 136. Por coherencia con el resto de sus tesis, se debe entender ese momento como el de la fecundación.

implantación del embrión o la no inseminación; en la situación tradicional la disyuntiva es el aborto.

Bien es verdad que si concluyéramos que este último, en su fase más temprana, y en un sistema que lo permite con todas las garantías legales y sanitarias, no es un remedio tan costoso, no acaba de verse claro por qué la ley impone a los varones una obligación ineludible de ser padre cuando no quiere serlo e independientemente de cuáles hayan sido las circunstancias del embarazo, sólo porque éste se ha producido por medios naturales. En las condiciones aludidas, en las que la interrupción voluntaria pudiera llevarse a cabo, ésa resultaría ser una imposición tan poco justificada como la que se derivaría de no permitirle arrepentirse cuando ya ha donado su esperma y se produjo la fecundación.

Es cierto que se ha solido sustentar ese deber inexcusable de paternidad por el interés del menor de ser criado en una familia biparental. El nuevo marco de la Ley 35/1988 y el régimen de adopción en España (*vid.*, art. 172 CC), sin embargo, no nos permite utilizar este argumento toda vez que está permitido que la mujer soltera o viuda sea usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida y que tanto hombres como mujeres solteras adopten.

Anteriormente se afirmó que si es la mujer la que no anhela seguir adelante, obviamente su decisión es soberana con respecto a la del varón. También esto habría de ser matizado, pues, nuevamente, ¿qué impide que sea entonces el varón quien se reserve un uso futuro del embrión para que sea implantado en su nueva pareja, previa renuncia a su maternidad de la mujer que aportó el óvulo, quedando así igualmente protegida de una futura reclamación de maternidad? El artículo 10 declara nulos de pleno derecho los llamados contratos de maternidad de alquiler o maternidad subrogada, esto es, cuando se conviene «[l]a gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». En el supuesto que nos ocupa, no habría, en sentido estricto, contrato alguno ni la madre «subrogada» (la nueva pareja) gesta renunciando a su maternidad (sino asumiéndola), por lo que esta solución no sería contraria a aquel artículo ¹¹.

Finalmente, tal vez este planteamiento adolezca de una omisión importante. El o la que se arrepiente podrá no tener un derecho genérico a impedir la paternidad o maternidad del cónyuge o pareja, pero debe poder vetar que se engendre un hijo, a fin de cuentas,

¹¹ En favor de esta solución jugaría además el hecho de que entre la maternidad biológica y la de gestación, la Ley se inclina por primar a esta última (art. 10.2).

*suyo*¹². Si esto es así, si resulta atendible que uno quiera controlar de manera soberana su descendencia genética, las anteriores consideraciones creo que dictan que en caso de desacuerdo en una inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga, queriendo uno pero no el otro continuar el procedimiento, el hombre y la mujer podrían, *por igual*, imponer su criterio de que no culmine¹³. La solución entonces no sería otra que la destrucción de los embriones o su donación para que fueran usados en la experimentación¹⁴. Y éste es, realmente, el supuesto problema mayúsculo con el que iniciaba estas páginas, y al que hemos de volver ahora.

3. LLEGAR A SER HUMANO COMO EFECTO FAVORABLE

En realidad, el «efecto favorable» en el que está pensando la comisionada M.^a Dolores Vila-Coro, que esgrime el artículo 29 del Código Civil para oponerse a la destrucción o uso para la experimentación de los embriones, no es la mera existencia (en este caso como embrión congelado), sino *el llegar a existir como ser humano*¹⁵. Por lo tanto, el embrión no sólo no ha de ser destruido sino

¹² Éste es el presupuesto del que deriva la crítica posición de Pantaleón sobre dos de los aspectos de la Ley 35/1988: la irrevocabilidad de las donaciones de gametos y la apropiación de los preembriones sobrantes por parte de los Bancos; *vid.*, 1993, pp. 135 y 136.

¹³ Entre estas dos aguas navega la solución dada finalmente por la Corte Suprema del Estado de Tennessee en *Davis v. Davis* (*vid.*, *supra* nota 3). En apelación, la Corte de Apelaciones había afirmado el derecho de veto del marido a tener descendencia, frente a la pretensión de la mujer de donar los embriones, pues: «De acuerdo con los hechos del caso, sería repugnante y ofensivo a los principios constitucionales obligar a Mary Sue a implantarse los embriones contra su voluntad. Sería igualmente repugnante obligar a Junior a soportar las consecuencias psicológicas, cuando no jurídicas, de la paternidad, en contra de su voluntad». La Corte Suprema, en cambio, aunque no favorece las pretensiones de Mary Sue, desmiente que esa regla de veto que tendrían ambos sea en todo caso la pauta a seguir. Por regla general, se afirma en la decisión, pesará más el deseo de no tener descendencia genética (si se va a procrear en solitario, o, como en este supuesto, la pretensión de la otra parte es donar los embriones a una pareja extraña). Pero pudiera ocurrir que ese interés ceda ante el deseo de la mujer que aportó el óvulo de ser madre con otra pareja; *vid.*, 842 S. W. 2d, 588 (1992).

¹⁴ De nuevo aquí se nos plantea la dificultad de si cabría por esa razón obligar a la mujer a abortar, cuando la interrupción del embarazo no es costosa (en términos sanitarios y legales). ¿Prima el interés del padre a que no exista un descendiente genético suyo frente al interés de la mujer de no ser sometida a una intervención contra su voluntad? Me inclino a pensar que no, y que sí debe triunfar en cambio el susodicho interés del progenitor frente al deseo de la mujer de serle implantado el embrión cuando la fecundación no ocurre por medios naturales.

¹⁵ En una obra en la que amplía sus tesis, Vila-Coro también afirma no ver problema en instituir como heredero a un embrión congelado; *vid.*, 1995, p. 170. La autora, con todo, no está sola en este intento de otorgar la máxima protección jurídica posible al embrión; *vid.*, al respecto, entre otros, José Enrique BUSTOS PUECHE, para quien el embrión «... por ser un individuo vivo de la especie humana, merece amparo jurídico sustancial-

que debe procurarse su implantación uterina para que desemboque en lo que naturalmente está programado para ser. El razonamiento entonces ha de modificarse para que rece: el concebido es tenido por nacido para todos los efectos que le sean favorables; llegar a existir como ser humano es un efecto favorable, por lo tanto el concebido es tenido por nacido, con la consiguiente atribución de un, diríamos, derecho a ser «ser humano» y la correlativa obligación por parte de alguien de brindar tal existencia. En definitiva, *el concebido es tenido por nacido para que llegue a ser nacido*, todo lo cual, me parece, tiene menos que ver con el artículo 29 del Código Civil, que con una peculiar visión sobre el valor de la vida humana.

Una concepción cuyo carácter excéntrico se revela de manera drástica cuando al simple hecho biológico de la fecundación se le atribuye una fuente de obligaciones, en beneficio de esa materia biológica, que pueden llegar a ser llamativas. Considérese si no el siguiente ejemplo (gráfico y provocativo) de Peter Singer:

En el laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación in vitro, se ha obtenido el óvulo de una mujer y se le ha colocado en un recipiente. El espermatozoide de su compañero se encuentra en otro recipiente adyacente, listo para ser mezclado en la solución que contiene al óvulo. De pronto, se producen malas noticias: la mujer está sangrando por el útero y no estará en condiciones de recibir el embrión durante al menos un mes. Por tanto, no tiene objeto seguir adelante con el procedimiento. A un ayudante de laboratorio se le dice que se deshaga del óvulo y del espermatozoide, y lo hace, tirándolos en el fregadero. De momento, todo va bien; pero unas cuantas horas después, cuando el ayudante vuelve al laboratorio para preparar el siguiente procedimiento, se da cuenta de que el fregadero está atascado, y que el óvulo y su fluido todavía siguen ahí, en el fondo del fregadero. Está a punto de desbloquear el atasco, cuando se da

mente equivalente al que merecen los otros individuos vivos más desarrollados de la especie humana», 1996, p. 74.

Bien es cierto que las más altas cotas del pintoresquismo en la personificación del concebido se alcanzaron en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4980) y de 15 de octubre de 1983 (RJ 1983/4749), conocidas como del «turismo abortivo». En aquellas fechas, cuando aún no se había despenalizado el aborto en España, el artículo 339 de la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial exigía que tanto el autor como la víctima de un delito fueran españoles para que pudiera ser aplicada la ley penal española a los hechos cometidos en el extranjero. Las sentencias mencionadas salvaban el escollo para condenar a la mujer que había abortado en Francia (en el caso de la sentencia de 1980) y en Gran Bretaña (en la segunda resolución mencionada), bien entendiéndose que el sujeto pasivo del delito de aborto es el Estado que «tiene un interés ético, familiar o simplemente demográfico... en la conservación del *nasciturus*» (STS de 20 de diciembre de 1980), bien considerando que el embrión es «una vida española» (STS de 15 de diciembre de 1983). Para una crítica de las tesis vertidas en esta última, véase sin más la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio, estimatoria del recurso de amparo de la condenada (en particular, el voto particular firmado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente).

cuenta de que también se ha tirado el esperma en el fregadero. ¡Lo más probable es que el óvulo haya sido fecundado!¹⁶

Si realmente en el fondo del fregadero hay un sujeto de derechos, no sólo no cabe desatascarlo, sino que, hasta tanto no dispongamos de úteros artificiales, habrá que procurar su alojamiento natural. Y ello porque, de acuerdo con Vila-Coro, de otra forma se estaría negando la vida a un ser humano, y además lo que ella denomina el derecho a *su* «hábitat», si la implantación no es en el útero de la mujer que aportó el óvulo¹⁷. Ello, obviamente, no es siempre posible, pues existen embriones vivos inviables, y seguramente el nuestro que se quedó atascado lo es. Pero incluso a éstos reserva Vila-Coro la condición de ser sujetos del derecho a la «vida»¹⁸.

Así y todo, lo cierto es que no resulta nada sencillo vislumbrar en qué consiste el derecho a la vida de quien no puede llegar a vivir, y no reunirá en ningún caso las condiciones del artículo 30 del Código Civil («[f]eto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno»), para que le sean atribuidos los efectos favorables que dispone el artículo 29 del Código Civil. La tesis de Vila-Coro, me temo, resulta sencillamente ininteligible. Seguramente también es arbitraria en lo que hace a su glorificación del momento de la concepción, y ello por las razones siguientes.

El preembrión resultante de la fecundación tiene muchas posibilidades de llegar a existir como ser humano, pero también las tienen los espermatozoides y los óvulos, aunque no haya habido concepción. En definitiva, ¿por qué ésta marcaría una frontera tan relevante desde el punto de vista moral?¹⁹. Supongamos ahora a nuestro ayudante de laboratorio armado con un instrumento conocido como Inyección de Esperma Intracitoplasmática, una técnica que permite la fecundación de manera infalible de un espermatozoide particularmente seleccionado para la ocasión. La aguja microscópica ya se ha introducido en la zona pelúcida del óvulo elegido, y el ayudante ha comenzado la introducción, cuando unos

¹⁶ SINGER, 1995, p. 198.

¹⁷ 1995, p. 101. En palabras de la propia autora, «En la etapa prenatal se violenta el hábitat cuando se efectúa la cesión de óvulos o embriones. La llamada subrogación de útero o madre de alquiler es un ejemplo de cómo se puede obligar a un embrión a desarrollarse en un medio que le es ajeno, cercenando su derecho a desarrollarse en el seno de la madre que le ha engendrado», *ibid.*, p. 209.

¹⁸ Ídem, pp. 269-278 y 1994, pp. 301 y 302. En la misma línea cfr. y BUSTOS PUECHE, 1996, pp. 205 y 206. Ésta es la posición que también sustenta la Iglesia Católica; *vid.*, la *Instrucción Donum Vitae sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 22 de febrero de 1987.

¹⁹ Así, HARE, 1993c, p. 157.

asaltantes irrumpen en la habitación y disparan contra él. ¿Por qué razón no habrían matado a dos seres humanos? ¿Será que hay que esperar a que el espermatozoide libere su núcleo haploide en el citoplasma de la célula femenina? ¿O es más bien cuando se produce la singamia –la fusión de los dos pronúcleos– cuando ya hay un ser humano? ²⁰. Si, como pudiera revelar nuestro ejemplo, cabe anticipar la frontera de la «potencialidad» a algún momento previo a la fecundación porque aquélla se relaciona con la probabilidad de llegar a ser «ser humano», y la probabilidad sigue siendo predicable aun cuando el espermatozoide y el óvulo se encuentran «alejados», ¿habría que prohibir entonces toda práctica sexual no conducente a la reproducción? ²¹.

4. LA OBLIGACIÓN DE PROCREAR (I): LA DOCTRINA CATÓLICA

La doctrina oficial de la Iglesia Católica considera que la planificación familiar, es decir, «evitar un nuevo nacimiento durante algún tiempo o por tiempo indefinido», planificación que siempre ha de ser «natural», debe adoptarse sólo por «graves y serios motivos» ²². Como regla general, la Iglesia Católica enseña que la observancia de las normas de la ley natural interpretada por su doctrina exige que cualquier acto matrimonial debe quedar «... abierto a la transmisión de la vida» ²³. Usar el «don divino del amor conyugal» sorteando, aun sólo parcialmente, su significado y finalidad implica contradecir la naturaleza del hombre y la mujer, así como el plan de Dios y su voluntad. «Usufructuarlo», en cambio, respetando las leyes del proceso generador supone reconocerse no cómo árbitros, sino como administradores de dicho plan ²⁴. En la práctica, y teniendo en cuenta que «[e]l matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procrea-

²⁰ De tal forma describe el proceso de fecundación el Director del Departamento de Genética de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Lacadena, preguntándose él mismo «¿En qué momento preciso podría decirse, por tanto, que existe ya el cigoto? Este interrogante afectaría a las posturas que mantienen que la persona aparece en el momento de la fecundación»; *vid.* su página web: <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumana10.html>

²¹ En esa línea, HARE, 1993c, p. 157.

²² *Carta Encíclica Humanae Vitae sobre la transmisión de la vida humana*, S. S. Pablo VI, 25 de julio de 1968.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ídem.*

ción»²⁵, este dogma lleva a condenar el aborto, aunque sea por razones terapéuticas, la esterilización directa, perpetua o temporal tanto del hombre como de la mujer, la generación de un ser humano sin que medie la actividad sexual²⁶, toda intervención no terapéutica sobre el patrimonio cromosómico y genético, la fecundación in vitro homóloga y heteróloga, la inseminación artificial heteróloga y también la homóloga si el medio técnico sustituye al acto conyugal, la fecundación artificial de la mujer no casada, soltera o viuda (incluso si es con semen del marido fallecido), la maternidad subrogada, la masturbación²⁷ y «[t]oda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación»²⁸. Proponérselo, en cambio, durante los períodos infértiles (es decir, usar los llamados «métodos naturales»), constituye un uso legítimo de una disposición natural.

Ante esto, de nuevo, nos asaltan las preguntas: ¿y por qué no resultan ilegítimas las intervenciones terapéuticas sobre el embrión humano cuando la disposición natural –cromosómica– ha determinado que el individuo padecerá una enfermedad severa²⁹? ¿Por qué no resulta ilegítimo, sin más, impedir el cáncer, o el desarrollo de tantas y tantas enfermedades de las que no somos responsables? ¿Por qué curarlas no constituye sortear algún plan divino, algún designio de Dios mediante el que se producen, o «están ahí» por alguna razón, como los ciclos fértiles de la mujer? A lo mejor resulta que sí es ilícito tratar de impedir las. En un pasaje que uno no sabe muy bien cómo tomar, para demostrar cuán intensa es la relación del embrión con su hábitat natural (el útero de la madre genética, al que

²⁵ *Instrucción Donum Vitae*, cit. Y es que toda sexualidad fuera del matrimonio, o los actos sexuales no «ordenados a la procreación» en el matrimonio (como la sodomía u otros) son condenables porque suponen disociar los dos significados del acto conyugal que Dios ha querido (el llamado significado «unitivo», de hacerse una sola carne, y el procreador). Además, implica «tratarse mutuamente como medios para la obtención de placer», logro que, *per se*, no es bueno y que, supuestamente, daña la integridad personal e interpersonal. Sobre esta doctrina puede verse, por todas, la *Instrucción Donum Vitae*, cit., la elaboración y defensa apasionada que desde la filosofía jurídico-moral ha hecho recientemente GEORGE, 1999, pp. 6-7, 139, 141, 145-150, 153, núm. 2, 163-174, la recepción de la misma representada en el ámbito del Derecho civil español por el pensamiento ultraconservador de SANCHO REBULLIDA, 1988, p. 107, y las exégesis más críticas del teólogo católico Javier GAFO, 1998, pp. 196-209, y de LEMA AÑÓN, 1999, pp. 217-236.

²⁶ Por clonación, fisión gemelar o partenogénesis.

²⁷ Véanse, por todas, la sección 2352 del *Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica* y la *Declaración Persona Humana sobre algunas cuestiones de ética sexual*, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 29 de diciembre de 1975.

²⁸ *Carta Encíclica Humanae Vitae*, cit., y *Instrucción Donum Vitae*, cit. Así, y según informa Javier GAFO, en un estudio comparado sobre la postura de las grandes religiones ante la procreación asistida, la Iglesia Católica se sitúa como la menos tolerante de todas; *vid.*, 1998, pp. 193 y 194.

²⁹ Así se admiten en la *Instrucción Donum Vitae*, cit.

según Vila-Coro el concebido «tiene derecho»), esta autora nos recuerda que la madre le transmite las enfermedades que ella misma padece, que suponen a veces taras irreversibles³⁰. ¿Tampoco en ese supuesto hemos de privarle a ese embrión de su presunto derecho al hábitat natural procurándole uno menos dañino generosamente ofrecido por otra mujer, y permitiendo a la primera ser madre genética? ¿No respetaríamos así mejor su futuro como ser humano?

Estrictamente hablando, por tanto, la Iglesia Católica no condena la sexualidad no orientada a la procreación porque se esté evitando la creación de la vida humana, sino porque cree ver que, por mandato divino, dicha actividad sólo es lícita cuando se practica asumiendo la posibilidad de la concepción.

5. LA OBLIGACIÓN DE PROCREAR (II): EL PRESCRIPTIVISMO UNIVERSAL DE R. M. HARE

Hay voces, sin embargo, que sí atienden al ejemplo de Singer que pone en solfa la pertinencia del momento de la fecundación como punto a partir del cual emerge un deber de respetar la existencia y continuidad de ese ser humano que se inicia. La más autorizada y relevante tal vez sea la de R. M. Hare, que entiende que podemos tener obligaciones para con gente que pudiera llegar a existir. De acuerdo con él, si ante nosotros se presenta una elección entre brindar existencia y no hacerlo, los intereses de seres potenciales han de ser considerados. Éste resulta un corolario obvio para un utilitarista, como él, que proclama que nuestras acciones han de encaminarse a lograr un estado de cosas donde se incrementa la felicidad con respecto al estado de cosas previo a actuar. Suponiendo que los futuros seres humanos serán felices, trayéndolos al mundo incrementaremos la felicidad global³¹.

Una de las razones por las que cabe objetar esta tesis de Hare ha sido aducida por Derek Parfit. Él la sintetiza afirmando que la anterior conclusión a la que conduce el utilitarismo de Hare (nuestro deber de aportar vida humana al planeta en la mayor medida posi-

³⁰ *Vid.*, 1995, pp. 214-216.

³¹ HARE, 1993a, p. 67. Para una versión del utilitarismo que concibe la utilidad en términos de satisfacción de preferencias, la obligación de brindar existencia humana al mundo no resulta tan obvia en la medida en que tales seres, por potenciales, no tienen preferencias. Ahora bien, de la misma manera que el utilitarismo de la «felicidad global» vinculaba la existencia de la obligación a que los futuros seres humanos fueran felices, la variante de la satisfacción de preferencias derivaría el mismo deber tan pronto como los futuros seres satisficieran sus preferencias; es decir, tan pronto como bajo el concepto «ser feliz» englobáramos la condición «satisfacer preferencias».

ble) es «repugnante»³². Y es que, partiendo de una población dada con una determinada calidad de vida, siempre cabe concebir una población más alta con una calidad de vida menor, que en conjunto compensa por el incremento, y así llegar a una población vastamente aumentada con un nivel de calidad de vida sólo escasamente por encima de punto a partir del cual no merece la pena vivir, pero también compensada con respecto a la primera. ¿Es ése el mundo que anhelamos³³? En realidad, ni ése es el estado de cosas deseable, ni tampoco esa forma de rendir tributo a la vida parece la adecuada. Y ello porque, como ha señalado Ronald Dworkin, la vida, a diferencia de otros bienes, tiene valor *intrínseco* y *no acumulativo*. Revalorizamos el valor único de cada vida pero no pensamos, como sí creemos en relación a bienes tales como el conocimiento o el amor, que «cuanta más vida haya mejor»³⁴.

Para defenderse de la acusación de Parfit de ser repugnante la obligación de brindar vida porque ello incrementa en algún sentido la utilidad, Hare recurre a la consecuencia de ser favorable existir con la que ya estamos familiarizados. Para él, la obligación de producir el beneficio de la existencia es una manifestación más de la teoría ética que ha defendido tradicionalmente (el prescriptivismo universal): lo que debamos o no hacer será el resultado de un conjunto de prescripciones formuladas universalmente, esto es, desde un punto de vista imparcial que por ello considera por igual todas las preferencias de todos los sujetos (posibles o reales). De ahí que, en su opinión, yo deba preguntarme si prefiero existir a no existir y en ese caso prescribir cuál es la acción debida (en el supuesto que nos ocupa, procurar la existencia del ser potencial).

6. LA VIDA COMO PERJUICIO: LA STS DE 4 DE FEBRERO DE 1999

Fijémonos bien que lo que yo me planteo es si prefiero existir a *no haber existido nunca*, y no tanto si prefiero seguir viviendo a

³² PARFIT, 1982, p. 142.

³³ Este efecto repugnante es consecuencia de asumir una versión «total» del utilitarismo. No sería el caso, sin embargo, si contempláramos una variante que toma en consideración la utilidad media por individuo. Así, si el nuevo ser al llegar a existir baja la media, no hemos de traerle al mundo aunque él obtenga alguna utilidad de valor positivo. Con un ejemplo esto se clarifica un poco más. Imaginemos que actualmente la población es de 100 individuos y la utilidad es de 500 unidades. Toda utilidad positiva que el nuevo ser brindara por debajo de cinco unidades, hace que no deba llegar a existir, puesto que su presencia hará bajar la utilidad media, aunque la utilidad total se incremente.

³⁴ *Vid.*, 1994, p. 95.

morir³⁵. De ahí la razón de que éste sea uno de esos interrogantes metafísicos que producen vértigo. Y es que a primera vista cualquiera piensa que se trata de una pregunta que presupone una comparación imposible: mi existencia actual con un estado de cosas (no haber existido) del que ni siquiera tengo la más remota idea de cómo concebir. Hare arguye lo siguiente en relación a esta dificultad:

Muchos agradecemos nuestra existencia, y de lo que se agradece cabe decir que se prefiere que exista a que no exista. No digo que la existencia sea en sí un beneficio, sino que para aquellos que disfrutan de la vida lo es como condición necesaria de ese disfrute. Supongamos que dramatizamos el argumento imaginando que podemos ordenar, desde la eternidad, a nuestros padres, o a Dios, si traernos al mundo (o habernos traído). Lo que afirmo es que, si nuestra felicidad es mayor que cero (si nuestras vidas, como poco, merecen la pena), así debemos prescribirlo³⁶.

El problema de planteamientos como el de Hare y otros similares no es sólo que nos sugieran reflexionar sobre un estado de cosas inconcebible, sino que en esa invitación a considerar un enunciado contrafáctico sobre el deseo de inexistencia («¿habrías deseado no llegar a existir?»), se percibe un aire de paradoja que surge de que en todo caso, al predicar, suponemos la presencia de un individuo, de un sujeto; de *alguien* que se decanta entre existir y permanecer en una suerte de limbo, pero que de alguna forma *es*. El propio Hare así lo asume: «La existencia es una propiedad que no se puede definir sin aportar referencias a individuos...»³⁷, a pesar de lo cual añade que «[c]ualquier intento de discriminar moralmente entre casos reales y posibles al hacer juicios morales irá en contra de nuestras intuiciones lingüísticas que no admiten tal discriminación. Si uno enjuicia moralmente un caso real se compromete a elevar el mismo juicio sobre un caso posible que tenga las mismas propiedades universales»³⁸.

Y es que hasta la Iglesia Católica, bien partidaria que es de la defensa de los «por nacer», encontraría dificultades para digerir este modo de presentar las cosas. En la nota 34 de la *Instrucción Donum Vitae* se puede leer: «Nadie puede reivindicar antes de existir un derecho subjetivo a iniciar la existencia», si bien es verdad que a continuación se añade: «[s]in embargo, es legítimo sostener el derecho del niño a *tener* un origen plenamente humano a través de la concepción adecuada a la naturaleza personal del ser humano.

³⁵ HARE, 1993a., p. 70.

³⁶ *Ibid.*, p. 71, argumento en el que insiste en 1993b, pp. 87-88 y 1993c, pp. 153 y 154.

³⁷ HARE, 1993a., p. 72.

³⁸ *Ibid.*

La vida es un don que debe ser concebido de modo conforme a la dignidad tanto del sujeto que la recibe como de los sujetos que la transmiten» (cursivas mías). Si nos atenemos al primer fragmento, si es verdad que antes de iniciar la existencia no hay posible reivindicación de derecho subjetivo alguno, en el segundo segmento, en puridad, se debería decir: «[e]l derecho del niño a *haber tenido* un origen plenamente humano...»³⁹.

Es cierto que, como asevera Hare, una prescripción universal se emite para todos los supuestos posibles. Cuando afirmo que «no se debe matar», me refiero a todos los individuos reales, actualmente presentes, pero también a los futuros. Ahora bien, la prescripción es vulnerada cuando estos últimos existen, esto es, cuando les mato. De la misma manera, no daño cuando no «hago existir», aunque sí puedo decir, una vez que existo y me ha ido bien, que ha sido beneficioso o bueno para mí que se me hiciera existir⁴⁰.

Alicia nació el 21 de junio de 1991, sobre las siete horas, «[c]on múltiples anomalías congénitas, consistentes entre otras en: ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal»⁴¹.

Durante el embarazo, la madre de Alicia fue sometida a las exploraciones ecográficas y análisis indicados por la práctica médica, no detectándose ningún problema. Pese a ello, los padres de Alicia demandaron al INSALUD y a la ginecóloga arguyendo que la negligencia en constatar las malformaciones de Alicia les había privado de una interrupción del embarazo, con el consiguiente perjuicio a ellos y *también a la niña*⁴². ¿Es mejor para Alicia haber

³⁹ A estas alturas ya sabemos que la consecuencia lógica de ello es la prohibición de utilizar métodos de reproducción asistida (*vid., supra*). Y no sólo eso, sino que en las conclusiones de la *Donum Vitae* la Iglesia Católica insta a que se establezcan legalmente las sanciones *penales* apropiadas para toda vulneración deliberada de los derechos del concebido (entre los que está, parece, el *haber tenido* un origen plenamente humano). ¿Debemos realmente tomar en serio la recomendación de que se castigue penalmente a las parejas infértiles por haber usado la fecundación in vitro, o más bien la pasamos por alto como un acceso incontrolado de retórica talibán?

⁴⁰ *Vid.*, PARFIT, 1984, p. 489; WILLIAMS, 1995, pp. 227 y 228; NAGEL, 1979a, p. 7; SHIFFRIN, 1999, p. 134, y HARRIS, 1998, pp. 76, 87.

⁴¹ Tal es la descripción que figura en los antecedentes de hecho de la STS de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/748).

⁴² En primera instancia se condenó al INSALUD al abono de una indemnización de 75 millones de pesetas, absolviendo del pago a la ginecóloga. En apelación, la decisión fue revocada por la Audiencia Provincial de Salamanca en sentencia de 7 de julio de 1994 (sentencia que confirma el Tribunal Supremo en la resolución aludida de 4 de febrero) absolviéndose también al INSALUD. La razón para ello es una de esas a las que los juristas se refieren como de carácter «técnico». La pretensión de los padres de Alicia contra el INSALUD

nacido así que no haber llegado a existir, o es peor existir así a no haber llegado a existir nunca? ¿Es por eso, por tal balance, por lo que en el primer caso habría sido beneficiada y en el segundo supuesto dañada o perjudicada? Esto último es lo que se ventila en los conocidos, en Estados Unidos y Gran Bretaña, como casos de «vida perjudicial» (*wrongful life*⁴³).

¿Puede constituir un perjuicio a esa persona, a Alicia, el traerle al mundo? Si asumimos la teoría del daño que Parfit ha denominado del «Requisito de la Comparación Total» (*Full Comparative Requirement*⁴⁴), nos vemos obligados a desestimar las reclamaciones de vida perjudicial. Y es que, de acuerdo con dicha teoría, sólo beneficiamos a alguien si hacemos lo que sería mejor para él y, a la inversa, sólo dañamos cuando nuestra acción u omisión produce, en el primer caso, o no evita, en el segundo, que se suceda una situación peor para alguien. Estamos exigiendo entonces la compara-

y la ginecóloga sigue la vía civil. Concretamente, se funda en los artículos del Código Civil que establecen la llamada responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903), es decir, la que deriva de la acción u omisión causante de un daño a otro, interviniendo *culpa o negligencia*. La responsabilidad de la Administración, sin embargo, tiene carácter *objetivo*: se cifra cuando se produce un daño imputable causalmente al funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos (la actuación de la Administración no tiene por qué haber sido negligente o culposa, excluyéndose los casos de fuerza mayor; véanse los arts. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). El Juzgado de Primera Instancia considera que la actuación de la ginecóloga fue correcta dadas las circunstancias del caso (nada hacía pensar que el embarazo no fuera de «bajo riesgo»), y bajo esta caracterización operó la facultativa en su seguimiento de la gestante). Entonces, el proceder del INSALUD no es negligente, aunque pudiera ser cierto, como se afirma en la sentencia de primera instancia, que a la demandante se le habría evitado un perjuicio si se le hubiera practicado una exploración ecográfica más sofisticada de la que recibió y con la que las probabilidades de detección de las malformaciones hubieran aumentado sensiblemente. En ese caso, la Administración habría incurrido en una responsabilidad objetiva, cosa que no puede ser establecida en el procedimiento civil que iniciaron los padres de Alicia. La sentencia de primera instancia habría así vulnerado el requisito de la congruencia entre los términos de la pretensión o demanda de los actores (los padres de Alicia), esto es, el objeto del litigio, y lo concedido en el fallo. Para un comentario crítico con el razonamiento de la Audiencia y el Supremo, *vid.* BERCOVITZ, 1999, pp. 855-860.

⁴³ El término fue usado por primera vez en un caso *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App. 2d. 240 (1963), en el que un niño alegaba el daño producido por ser hijo ilegítimo. En España, junto con la sentencia mencionada, y hasta donde mis noticias hoy llegan, cabría aludir sólo a otras dos decisiones del Tribunal Supremo en las que se plantea la reclamación del daño producido por un nacimiento o vida perjudicial. Se trata de la sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610), en la que la tardanza en repetir la prueba de la amniocentesis hizo que una mujer no pudiera evitar, mediante la interrupción del embarazo, el nacimiento de su hijo con síndrome de Down (se concede una indemnización de 50 millones), y de 5 de junio de 1998 (RJ 1998/4275), en la cual el Tribunal Supremo desestima que el nacimiento de gemelas de una mujer a la que se le practicó mal una ligadura de trompas constituya un daño moral, aunque concede una indemnización por la negligencia y como compensación por el menoscabo patrimonial que sufrirán los padres por la crianza de las gemelas no deseadas. Para un comentario sobre esta sentencia y una panorámica acerca de los casos de *wrongful birth* y *wrongful life* en Europa, *vid.*, el análisis de GARCÍA RUBIO, 1998, pp. 1207-1222.

⁴⁴ *Vid.*, 1984, pp. 488 y 489.

ción entre dos estados de cosas. Como en los supuestos aludidos de «vida perjudicial», uno de los términos de comparación es ese estatus de no haber llegado a nacer, que no sabemos muy bien en qué traducir, los Tribunales se han visto forzados a desestimar las demandas al verse los jueces incapaces de sopesar el daño de existir sufriendo, frente al supuesto beneficio de no haber llegado a existir jamás⁴⁵.

Así y todo, no parece que sea un sinsentido evaluar, en determinadas circunstancias, que la acción de brindar existencia es incorrecta; que a alguien se le hizo daño dejándole continuar un proceso vital que desemboca en una situación de sufrimiento, o iniciando voluntariamente dicho proceso. Así lo estimaba ya John Stuart Mill, que consideraba un «crimen moral», contra el infortunado nacido y la sociedad, el «... traer al mundo a un niño sin una perspectiva razonable de ser capaz, no sólo de proveer nutrición para su cuerpo, sino instrucción y entrenamiento para su mente»⁴⁶. En España, sin ir más lejos, se permite la esterilización de los incapaces que adolecen de grave deficiencia psíquica, previa autorización del juez, aunque el criterio rector, se dice en el artículo 156 del Código Penal, ha de ser «el del mayor interés del incapaz»⁴⁷. ¿No debemos estimar también que la esterilización está justificada *millianamente*, porque así se impide que nazca una prole en condiciones, de todo tipo, inadecuadas?

Considérese si no el siguiente ejemplo, más dramático, que nos sugiere Parfit. Dos mujeres acuden a su ginecólogo y reciben dis-

⁴⁵ Bajo este presupuesto parece pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de junio de 1998 (*vid.*, *supra* nota 41), al afirmar que a la madre que tuvo gemelas contra su voluntad no se le ha producido por ello un daño, ya que «la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo» (FJ 3.º) y la propia de 4 de febrero de 1999, cuando considera que el nacimiento (el de Alicia en este caso) no es un daño per se (FJ 5.º). Sí lo creyeron, en cambio, tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Salamanca. BERCOVITZ también entiende absurda la reclamación que Alicia hubiera podido plantear contra su madre por haber proseguido con la gestación; *vid.*, 1999, p. 859

En ocasiones sí se han otorgado indemnizaciones, como por ejemplo en *Curlender v. Bio-Science Laboratories* 106 Cal. App. 3d 811 (1980) a un niño que sufría el mal de Tay-Sachs. Es importante distinguir entre las acciones por «vida perjudicial» (*wrongful life*) de las sustentadas por «nacimientos perjudiciales» (*wrongful birth*). En estas últimas, los padres demandan por negligencia al médico que, al no informarles de la discapacidad del feto, les privó de la oportunidad de una interrupción del embarazo (se trata del caso de Alicia). En las primeras, los representantes legales del menor demandan a sus padres por «generación negligente». Igualmente, en las demandas por nacimiento perjudicial, la indemnización cubre los gastos hasta la mayoría de edad, mientras que en las acciones por vida perjudicial, cabe reclamar por los gastos de toda una vida. Para una explicación de los distintos casos, *vid.* la decisión de la Corte de Apelaciones de Indiana *Bader v. Johnson* 675 N. E. 2d 1119 (1997); FEINBERG, 1992, pp. 13 y 14; SHIFFRIN, 1999, p. 117 núm. 3; McMAHAN, 1998, pp. 214 y 215 y HARRIS, 1998, pp. 100-101.

⁴⁶ *Vid.*, 1992, p. 174. Así lo consideraba también RITCHIE, *vid.*, 1895, p. 128.

⁴⁷ Se exige, además, el dictamen de dos especialistas, el del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz.

tintas prescripciones. A la primera, embarazada de un mes, se la ha diagnosticado una mutación genética que hará que su hijo padezca una discapacidad grave. Para remediarlo, ha de tomar una medicación determinada. La segunda, que no está embarazada, desea interrumpir la ingesta de la píldora anticonceptiva para tener un segundo hijo, pero es diagnosticada con una rara enfermedad temporal que hace que si se queda embarazada en ese período engendre un ser severamente discapacitado. Esperando unos meses dará a luz a un niño perfectamente sano. Si no respeta esa cuarentena, ¿ha hecho daño a ese ser al que trae al mundo, de la misma forma que la mujer embarazada que omite tomar la medicina durante el embarazo y no evita por ello una discapacidad igualmente severa en el niño que nace? ¿Se infiere entonces, irremediablemente, en el primer caso, la preferencia de no haber existido⁴⁸? Si respeta el período prescrito de no quedarse embarazada, ¿ha beneficiado a alguien de la misma manera en que la primera mujer ha beneficiado a su hijo si sí tomó la medicación indicada? ¿No sólo al ser, sano, que finalmente concibe, sino también al que evita que nazca discapacitado?⁴⁹.

Las soluciones que podamos dar al embrollo de las demandas por «vida perjudicial» emergen de rechazar el «Requisito de la Comparación Total» o de asumirlo. Podríamos en primer lugar rechazar el dicho Requisito porque abracemos una concepción intrínseca del daño según la cual ser dañado es ser *puesto en una condición dañosa*, y no así en una *situación peor* de la que se estaría en otro caso⁵⁰. Así, y de acuerdo con John Harris, la condición dañosa supone que «[e]l individuo está discapacitado o sufre de alguna manera o de forma tal que sus intereses o derechos están frustrados»⁵¹. Y es tal la condición incluso si no le resulta posible a ese individuo evitarla: nacer sin un dedo de la mano es nacer dañado. No creo, sin embargo, que esto sea posible, porque la noción de perjuicio exige en todo caso un elemento relacional o comparativo. Si no con respecto a estados de cosas, sí con relación a capacidades típicas de ciertos grupos, como el propio Harris acaba admitiendo⁵². Si, como en la misma línea aduce Shiffrin, una discapacidad es una forma de daño porque «... impone condiciones de experiencia contrarias a la propia voluntad»⁵³, y consideramos que volar es

⁴⁸ Vid., WILLIAMS, 1995, pp. 229 y 230.

⁴⁹ PARFIT, 1982, p. 118.

⁵⁰ Así, HARRIS, 1998, p. 109, y SHIFFRIN, 1999, pp. 123 y 124.

⁵¹ HARRIS, 1998, p. 109.

⁵² *Ibid.*, y SHIFFRIN, 1999, p. 124, núm. 21.

⁵³ SHIFFRIN, 1999, p. 124.

una capacidad valiosa para mis intereses y voluntad, tendríamos que decir que los seres humanos nacemos dañados por no poder volar. El niño que nace con un dedo menos, o la mujer infértil, nace con un daño porque esa capacidad o atributo es *lo normal* y éste es un término necesariamente relativo⁵⁴.

Si asumimos el «Requisito de la Comparación Total», las demandas podrían tildarse de absurdas por una razón que ha indicado Feinberg: si un niño nace con una discapacidad no tan severa como para que su vida no merezca en absoluto la pena, admitir que pueda por ello demandar a sus padres, sería tanto como aceptar que alguien que fue rescatado de un peligro cierto de muerte, pero que sufrió un daño en el rescate (por ejemplo una rotura del brazo), pueda solicitar una indemnización a quien lo salvó, lo cual no parece de recibo⁵⁵.

Pero esta equiparación, aunque lo parezca, no resulta pertinente. En primer lugar, como ha puesto de manifiesto Shiffrin, no es cierto que siempre que uno resulta beneficiado, el beneficio producido cancele o compense los daños. El bombero que nos rescata de las llamas, para lo cual nos tiene que agarrar fuertemente rompiéndonos un brazo, no comete una acción reprochable, aunque produzca un daño. Ahora bien, imaginemos que alguien decide premiar a los habitantes de una isla arrojándoles desde un avión lingotes de oro macizo, y que uno de los lingotes le parte el brazo a uno de los isleños. Hay un rasgo en este segundo supuesto que sí nos inclina a pensar que cabe reclamar el daño producido por el benefactor, aunque el tesoro arrojado compense con creces el coste del perjuicio. Esa nota es, según Shiffrin, que sólo es aceptable el daño generado para evitar daños mayores⁵⁶, y no así, como en este caso, el daño infligido para producir un beneficio. Ahora bien, esta línea de justificación no puede funcionar en el caso de las reclamaciones por vida perjudicial. La razón es sencilla: a) ni cabe concebir el no llegar a existir como un daño *mayor* a vivir con sufrimiento, ni b) el vivir aun con sufrimiento, como supuesto beneficio, puede, por compensación del daño de la inexistencia, hacer de la acción de traer al mundo algo por ello irreprochable. No es chirriante, pues, que el hijo demande a los padres por permitirle nacer *porque* el

⁵⁴ Hay una dimensión de «lo normal», que no comparto, con tintes moralistas: lo normal como lo que viene dictado por alguna «naturaleza de las cosas», o el designio de algún Dios o autoridad religiosa que lo interpreta (*vid.*, *supra*, la discusión sobre la posición de la Iglesia Católica ante la procreación artificial).

⁵⁵ FEINBERG, 1992, p. 27, y McMAHAN, 1998, pp. 221, 222, 226.

⁵⁶ SHIFFRIN, 1999, pp. 126, 127 y 128. Y ello siempre y cuando no haya evidencia de la voluntad contraria por parte del rescatado de preferir el daño mayor.

daño de su vida perjudicial compensa en todo caso a su segura inexistencia. Pueden ser absurdas las reclamaciones de una indemnización en los casos de vida perjudicial, como veremos más adelante, pero no por *esa* razón.

La última posibilidad de la que disponemos es la admisión del «Requisito de la Comparación Total» al precio de afinar mejor los términos de la comparación para poder predicar el daño generado, y ello bajo la condición de que haya un sujeto pasivo que puede verse afectado en sus derechos o intereses. Ésta sería, estimo, la senda que resulta más adecuada para nuestra aporía, que estriba, insisto, en que como *status quo ante* se toma el momento anterior al inicio de la existencia. En eso radica la clave del asunto.

Con carácter preliminar, es importante señalar que la elección de ese estado de cosas previo, para ser predicable el daño o beneficio, no puede ser arbitraria. ¿De qué depende su determinación? Pues de los derechos que tengan en ese momento los agentes⁵⁷.

Siendo así, y por seguir con el ejemplo de las dos madres de Parfit, creo que nadie dudaríamos que las dos acciones son incorrectas, aunque en relación a la segunda (no respetar la cuarentena), es importante percibir por qué y en qué medida. La madre que no espera a dejar de tomar la píldora, ha hecho daño al ser que vive con esa desgracia incorregible, pero le ha perjudicado de manera «retrospectiva». Al lamentarse ahora de una vida irremisiblemente dolorosa, no resulta descabellado afirmar que hubiera sido bueno o debido no haber permitido el nacimiento⁵⁸. Ahora bien, para predicar el perjuicio no debemos tomar como *status quo ante* el momento en que tan sólo tenemos al ser potencial que se generará dañado porque su madre no respeta la «abstinencia». No se daña cuando decide quedarse embarazada, de la misma forma que no perjudica, por no brindarle al mundo, al ser (sano) que hubiera podido concebir si hubiera esperado un mes⁵⁹. En ninguno de los casos cabe decir que se perjudica *porque* no se respeta el «derecho a no existir de manera miserable», puesto que no hay sujeto al que dañar o atri-

⁵⁷ Por eso el concepto de daño es *normativo*: no se vulneran los derechos de alguien *porque se ha producido un daño*; sino que se ha producido un daño *porque se vulneraron los derechos de alguien*; *vid.*, BAYÓN, 1986, pp. 37 y 38, y FEINBERG, 1992, pp. 4, 6.

⁵⁸ Así, PARFIT, 1984, p. 489, y WILLIAMS, 1995, pp. 227 y 228.

⁵⁹ Es decir, equiparamos «seguir existiendo» con «cesar de existir», porque, a diferencia de «nunca existir», las dos primeras son cosas que le pasan a alguien, y por eso podemos decir que son buenas o malas «para esas personas»; *vid.*, PARFIT, 1984, p. 489. No respetando la abstinencia no se produce un daño (éste sólo se genera desde el momento en que hay algún sujeto pasivo), pero no por ello los intentos de quedarse embarazada durante ese período de cuarentena serían inmunes al reproche, aunque no consiguiera el embarazo, como lo es la tentativa de lesionar o matar a alguien, desplegando esas intenciones aunque sea inidóneamente.

buir tal presunto derecho a no vivir con sufrimiento, o a existir felizmente.

Nos vemos obligados entonces a *posponer* el estado de cosas previo (lo que estamos llamando el *status quo ante*) a algún momento más tardío, concretamente al punto a partir del cual se posee la capacidad de sufrimiento, de *verse afectado por* las acciones de los demás, y compararlo con... ¿Con qué? Pues lisa y llanamente, con su muerte, que sí me parece que puede constituir, bajo determinadas circunstancias, un estado de cosas mejor que una vida miserable⁶⁰. La madre le perjudicó, entonces, vulnerando su «derecho a morir», es decir, omitiendo una acción debida: abortar⁶¹. Ese perjuicio o daño no sería entonces muy diferente al que provoca quien, pudiendo, no acaba con la vida de quien sabe que va a sufrir enormemente hasta el final. Tal y como describe Mario Vargas Llosa en *La fiesta del chivo*, algunos de los responsables del atentado contra el dictador Trujillo no pudieron llegar a tomar la pastilla de cianuro que les hubiera evitado las espantosas torturas a las que fueron sometidos. Si alguno de nosotros, por alguna razón, hubiéramos sabido lo que les esperaba, ¿no deberíamos habérsela proporcionado? Y si en ese momento eran incapaces de llevársela a la boca, ¿no era nuestra obligación introducirla? ¿También lo era si deseaban seguir viviendo pese a conocer todo lo que les iba a ocurrir? Para Singer, en el contexto descrito por Vargas Llosa, estaríamos ante uno de esos supuestos (muy raros) de eutanasia involuntaria justificada⁶², aunque parece dudoso que, una vez le hemos hecho saber al sujeto pasivo de las torturas lo que le espera de modo irremediable, nuestra obligación nos lleve más allá, por encima de sus intereses, para acabar con su vida pese a que él decide resistir. En todo caso, no es éste el supuesto del ser que nacerá con daños severos y que por no haber sido abortado reclama una compensación.

Y es que es esto último lo que resulta verdaderamente curioso: la solicitud de una cantidad económica, una suma que asciende a los gastos por toda una vida, por arrostrar una «vida perjudicial». En ocasiones, la determinación de la cuantía de la indemnización se basa en el error lógico. Concretamente, en el caso Curlender alu-

⁶⁰ De nuevo (*vid.* nota anterior), «morir» o «dejar de existir», no equivale a «no haber llegado a existir».

⁶¹ Como indica John HARRIS, resulta curioso comprobar cómo en las discusiones sobre la legitimidad del aborto la polémica se circunscribe a si la mujer tiene derecho a interrumpir su embarazo y en qué casos, y no a si en algunas circunstancias tiene una obligación de hacerlo; *vid.*, 1998, pp. 68 y 69.

⁶² 1995, pp. 220-221, 248 y 249, e igualmente HARRIS, 1998, p. 115.

dido (*vid., supra*, nota 45), el abogado de la menor que sufría el mal de Tay-Sachs y a cuyos padres los médicos practicaron incorrectamente en su momento el test para determinar que eran portadores del gen que produce esa dolencia, reclama por la privación de 72,6 años de vida (lo que le faltó a la niña para vivir el equivalente a la esperanza de vida de mujeres blancas en Estados Unidos). Pero, como destaca Feinberg, o bien el test se hubiera practicado de la manera en que se realizó, en cuyo caso la criatura estaba destinada a vivir lo que vivió (cuatro años), o se hubiera llevado a cabo diligentemente, siendo que entonces ni siquiera habría llegado a nacer⁶³.

Pero la paradoja, más allá de este error lógico en la forma del cómputo, radica en que lo que justifica la demanda es la consideración de que la vida es tan lamentable que no merece la pena ser vivida, ni siquiera, se presupone, para disfrutar de un monto dinerario por grande que sea. Nada, ni la pena, ni la indemnización, compensa seguir viviendo⁶⁴. Por lo tanto, lo que se estaría ventilando cabalmente en esos pleitos es remediar ahora una situación que se debió remediar entonces, y que exige ser remediada en cualquier momento (pues nada hará que la vida quiera conservarse): dejar de existir. Y que ante la imposibilidad de uno de hacerlo de propia mano, sea un tercero quien procure ese estado de cosas⁶⁵.

Concluiré este segmento con una última reflexión que surge al hilo de lo que hemos venido analizando: ¿es también reclamable legítimamente el castigo o la sanción a la madre que no abortó en el ejemplo de Parfit? La respuesta será afirmativa si nos parece que su acción no fue muy distinta, e igualmente censurable, a la que llevó a cabo la que no tomó la pastilla que hubiera evitado la discapacidad de su hijo⁶⁶.

Toda esta digresión traía causa del prescriptivismo universal de Hare aplicado sobre la procreación. Volvamos, pues, nuevamente a él, porque hay un segundo aspecto de su propuesta sobre el que merece la pena detenerse a pensar un poco más.

7. EL ARGUMENTO DEL MURCIÉLAGO

Si se recuerda, el prescriptivismo universal de Hare proyectado sobre la actividad procreativa nos invitaba a seguir aquella acción

⁶³ *Vid.*, 1992, p. 14, núm. 11.

⁶⁴ *Vid.* HARRIS, 1998, p. 118, y FEINBERG, 1992, pp. 17 y 18.

⁶⁵ En esta misma dirección, *vid.* MCMAHAN, 1998, p. 216, y FEINBERG, 1992, p. 23.

⁶⁶ Así, FEINBERG, 1992, pp. 25, 35.

que alguien procuró sobre nosotros y que ahora agradecemos. Hemos visto que, por un lado, puede ser mejor no aceptar la invitación si el futuro ser será desgraciado (cosa que Hare suscribiría), pero que, incluso si no fuera así, no se comete una acción reprochable por no dar vida porque no hay nadie a quien se beneficie (aunque en el futuro haya una gratitud retrospectiva), y porque además, y en esto es en lo que nos detendremos ahora, cuando yo contemplo mi existencia feliz y eso me lleva a enjuiciar favorablemente el haber llegado a existir, la prescripción que se sigue no sé cómo se aplica al futuro ser que, obviamente, no soy yo. Es decir, yo no puedo conocer realmente cómo sería no existir para él (ni siquiera acabo de tenerlo claro para mí), y a renglón seguido actuar en consecuencia como nos propone Hare. Él mismo reconoce este escollo: «Es cierto, no puedo formarme una idea de cómo sería *para él* el segundo estado de cosas»⁶⁷ (se refiere a la no existencia). Pero es que me temo que ni siquiera podemos percatarnos de cómo sería para ese ser posible *el primer* estado de cosas (cómo sería existir *para él*). Nada mejor que preguntarle, aunque, desgraciadamente, en ese caso hemos de brindar, precisamente, ese estado de cosas que nos planteamos lograr para saber si debimos haberlo procurado. Pero entonces, es demasiado tarde. Como ilustra el viejo chiste de judíos que menciona Robert Nozick:

«– La vida es tan terrible que sería mejor no haber sido nunca concebido.

– Sí, pero ¿quién tiene esa suerte? Ni uno entre mil»⁶⁸.

Y es que, además, no resulta ser necesariamente cierto que llegar a ser «ser humano» sea algo que *ceteris paribus* debemos lograr. Imaginemos, nos propone Michael Tooley, que fuera posible el empleo de una droga mágica para que un embrión de gato mutara en un ser con una mente humana. Aun así, nos dice Tooley, no nos sentiríamos bajo obligación alguna de administrar la droga⁶⁹. ¿O sí?

La respuesta de Hare encuentra una dirección que ya conocemos. Si antes nos invitaba a imaginar nuestra inexistencia, ahora nos sugiere que nos supongamos como el embrión de gato de Tooley, y a la droga, no sólo como capaz de generar una mente humana, sino también el cuerpo de uno de nosotros, para, de nuevo, preguntarnos: ¿no habríamos prescrito que se nos suministrara la droga?⁷⁰

⁶⁷ HARE, 1993a, pp. 72 y 73 (cursivas del autor).

⁶⁸ 1974, p. 337, núm. 8.

⁶⁹ HARE, 1993c, citado en pp. 154 y 155.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 154 y 155.

Hace algunos años, en un artículo que luego ha sido muy influyente⁷¹, Thomas Nagel nos proponía considerar los límites de la transmisibilidad de la experiencia, la que es sin duda la dimensión fundamental de la conciencia: *nuestra* percepción del mundo (del sabor de este helado, de la visión de un objeto, del dolor, etc.), y un *antiquísimo* y *distinguido* *puzzle* filosófico⁷². Esta *experiencia propia* no parece que, por definición, pueda ser reducible a alguna otra cosa. En palabras de Nagel, «La razón es que cada fenómeno subjetivo está esencialmente conectado con un único punto de vista, y parece inevitable que una teoría física objetiva dejará de lado tal punto de vista»⁷³.

El ejemplo más dramático con el que a Nagel se le ocurre ilustrar esta consecuencia consiste en tratar de imaginarnos como murciélagos, un animal del que podemos predicar que experimenta el mundo, pero con una función perceptiva radicalmente ignota para nosotros (la ecolocalización). Y que esa experiencia no sea reducible, significa que ese intento de pensarnos como murciélagos no consiste en imaginarnos con unas grandes alas, chirriando a alta frecuencia y durmiendo boca abajo, pues todo ello implicaría saber *lo que sería para mí ser como un murciélago*, cuando lo que quiero conocer es *cómo es para un murciélago ser un murciélago*⁷⁴. Pero que no lo podamos saber, no querría decir, de acuerdo con Nagel, que no hay algo así como serlo. Esa conclusión que nosotros formuláramos con respecto a los murciélagos sería tan errónea como la que hipotéticamente pudieran plantear algunos marcianos que, tras haber sido incapaces de sentir nuestras experiencias, juzgaran que no hay algo así como ser como nosotros; que los seres humanos no tenemos experiencias conscientes.

Es importante advertir que Nagel no quiere sostener con todo ello una visión escéptica según la cual nada podemos decir sobre las experiencias privadas ajenas. En tal caso, los seres humanos habríamos estado inmersos en un error colectivo desde tiempo inmemorial, al compartir nuestros gustos gastronómicos, recomendar un paraje desde el que contemplar la naturaleza, o insistir a alguien en que no instale su tienda de campaña al lado de un verte-

⁷¹ 1979b.

⁷² El problema de qué son, cómo surgen y cómo son cognoscibles los estados mentales ligados a la conciencia, se enuncia en la tradición cartesiana como el de la relación mente/cuerpo. En la literatura actual en filosofía de la mente, recibe el nombre del «problema de los *qualia*» (con el término *qualia* se alude al aspecto cualitativamente subjetivo de los estados conscientes). De la ingente literatura al respecto, véase, por todos, SEARLE, 2000, pp. 22, 37-39, 54, 55, 95.

⁷³ 1979b, p. 167.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 169.

dero de basuras o que estire los músculos después de correr. La conclusión de que tiene sentido esa práctica de hacernos partícipes de lo que sentimos y de decir cómo alguien extraño percibe un fenómeno, parece irrenunciable y está estrechamente vinculada a la afirmación de que hay un aspecto objetivo en el estado mental de cada cual. Pero ello exige, y ésta sí sería la tesis central de Nagel, una similitud o proximidad suficiente entre los sujetos perceptores para ser capaz de adoptar *su* punto de vista⁷⁵.

Volviendo a la invitación que nos formulaba Hare, y que dejamos pendiente, si la distancia que nos ha de permitir ser capaces de imaginarnos cómo resulta ser un murciélago parece enorme, ¿qué no decir de la que nos separa del aparato perceptivo –si es que existe tal– del embrión de un gato?, ¿y de la que mediaría con el inexistente mecanismo de sentiencia del «inexistente ser posible»?

8. EMBRIONES, PREEMBRIONES Y PRINCIPIO CIGÓTICO: ¿NECESITAMOS UN ORIGEN!

«[I]a vida humana es un devenir –se afirmaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, en la que se juzgaba la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciertos supuestos–... un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto»⁷⁶. Es un continuo, pero, ¿cuándo empieza?

Imaginemos, nos sugiere Peter Singer, que desde siempre he estado fascinado por las montañas. Puesto que he vivido en un sitio muy alejado de ellas, las oportunidades de hacer excursiones han sido escasas. A lo largo de los años, he sabido del misterio del Himalaya, y he llegado a cultivar una ambición secreta de ir al Nepal. Resulta que el precio de los billetes de avión excede con mucho mis posibilidades económicas, y finalmente decido ir en barco. El viaje se revela mucho peor de lo esperado. Desde Calcuta, y puesto que carezco de medios económicos, he de llegar al Nepal en los más variopintos medios de transporte, pasando todo tipo de calamidades. Finalmente, llego a Katmandú. La excursión comienza, y aunque he arribado en un estado físico lamentable, comienzo

⁷⁵ Ídem, p. 172. Lo que no parece posible es la reducción del aspecto subjetivo a alguna operación o función físico-material; ídem, pp. 173 y 174.

⁷⁶ Fundamento jurídico 5.º

por fin a disfrutarla. Llegamos al monasterio de Tiangboche, desde donde la vista es indescriptible. Mi sueño ha culminado.

Podemos imaginar distintas variaciones en el relato. Por ejemplo (segunda) que no llego al monasterio sino que contraigo hepatitis B, lo cual me obliga a ser evacuado a Katmandú, donde me recupero pero no lo suficiente como para reiniciar la aventura. En la tercera versión de la historia, una vez que en la agencia de viajes me han dicho cuánto cuesta el billete, me desanimo y gradualmente abandono la idea de emprender el viaje, olvidándome también de mi pasión por los picos. O bien cabe (cuarta) que nunca tuviera interés alguno en las montañas y por ende en los Himalayas. Pues bien, de acuerdo con Singer, si nos correspondiera vivir esa historia, el ranking de las versiones sería el siguiente: 1>4>3>2⁷⁷. Si comparamos la vida como un viaje (con todas las cautelas, pues no necesariamente hay un único punto de llegada, como en nuestra historia del himalayista), esa metáfora tal vez nos ayuda a fijar su punto de partida, un momento a partir del cual es erróneo terminar con la vida deliberadamente, y antes del cual tal decisión es moralmente irrelevante. Si uno puede conceder que el propósito del viaje es alcanzar el destino, cuanto más haya invertido uno, peor es el abandono antes de la culminación. Ahora bien, en el viaje, no hay ningún punto en el que el abandono *no importe*. No se trata de la tercera versión de la historia, puesto que el protagonista no llegó a ir más allá de las averiguaciones iniciales. Con todo, habrá momentos a partir de los cuales importe más, y necesitamos saber cuándo el viaje que es la vida comienza a tener «algún valor». Y ello no sólo depende del «propietario» de la vida, sino de los demás que «invierten» (en el más amplio sentido de la palabra) en él⁷⁸.

Así que desde el punto de vista «interno», del viajero, el punto de partida no puede ser la planificación del embarazo, puesto que el viajero ni siquiera existe, ni la concepción, puesto que aunque ya empieza a existir, una entidad sin conciencia no puede experimentar el comienzo de nada, ni la existencia le reporta placer o dolor. «Es verdad que la supervivencia en este período antes de la conciencia es una condición sin la que ningún subsiguiente viaje puede acontecer. Y lo mismo cabe decir, por supuesto, de la concepción misma... Pero para el viajero de la vida, tales reflexiones sólo pueden ser retrospectivas»⁷⁹.

⁷⁷ 1987, pp. 156 y 157.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 159 y 160.

⁷⁹ *Ídem*, p. 161.

Tampoco se deben tomar los primeros momentos conscientes en la medida en que un ser que no tiene conciencia de su existencia en el tiempo ha de carecer de los deseos necesarios para fijar los planes del viaje comenzado. No hay en esta etapa aún, por tanto, un viaje con propósito, aunque es verdad que no necesariamente ha de haberlo. Pero es que ni siquiera hay viaje, porque careciendo de sentido del yo, y del futuro, no hay viajero. Las primeras etapas de la infancia (hasta un mes dice Singer), serán entonces fragmentos desconectados del viajero que luego sí es, del mismo modo que lo fueron las etapas de concepción y gestación: una condición necesaria del viaje, pero no *el* viaje⁸⁰. En conclusión: «Los comienzos de la continuidad mental pueden tomarse como las primeras etapas del viaje. Por tanto, morir antes de que la continuidad mental se haya desarrollado supone morir antes de que el viaje haya siquiera comenzado, y no es —o no lo es al menos desde el punto de vista del que muere— una pérdida. Es como nuestra cuarta versión del viaje al Himalaya, en la que no hay excursión, y ni siquiera un plan. Morir nada más se desarrollara la continuidad mental (digamos un niño de en torno a uno o dos años) es una pérdida comparable con la necesidad de abandonar el viaje en sus etapas iniciales, como en la tercera versión»⁸¹.

En los apartados anteriores he tratado de ilustrar por qué pudiera no ser aconsejable fijar en la concepción o fecundación el punto de partida, si de lo que se trata es de atribuir derechos subjetivos (a existir, o no ser frustrado en un experimento). ¿Quiere ello decir que no hay momento alguno que sea relevante? En absoluto: necesitamos un origen, y para algunos es precisamente la fecundación el evento que marca la frontera trascendente. No porque entonces nazca la posibilidad de sufrir un daño, sino por ser la fertilización la fuente de la creación de la identidad individual, como en todas las criaturas que se reproducen sexualmente. El carácter de esa unión de los gametos es lo que Bernard Williams llama «Principio Cigótico»⁸². Y su importancia no radica, de acuerdo con Williams, en que en ese momento en el que se da la unión haya una determinación físico-genética, sino en la trascendencia que la idea de *origen* tiene en nuestra concepción de lo que supone ser un ser viviente particular⁸³. Una vez que nos cabe distinguir entre: 1) la *historia*

⁸⁰ Ídem, pp. 161 y 162.

⁸¹ Ídem, p. 163.

⁸² 1995, p. 225.

⁸³ Y ello porque la dicotomía idéntico-no idéntico no se basa en la mayor o menor similitud entre el objeto que tomamos en la especulación hipotética y el objeto real. Para ilustrarlo, WILLIAMS propone el siguiente ejemplo. Imaginemos a unos gemelos, uno de los

vital de un individuo diferente, y 2) la diferente historia vital del mismo individuo, necesitamos, para este segundo caso, un origen que da sentido a esa estructura ramificada que es la vida. Precisamos una raíz, y eso sería, de acuerdo con Williams, lo que aporta el principio cigótico: lo que nos permite afirmar que si una persona nace con una discapacidad, entonces es *esa persona* la que habría nacido sin discapacidad si el feto no hubiera sido dañado, es decir, si la madre del ejemplo de Parfit hubiera tomado la medicación prescrita⁸⁴.

En reflexiones posteriores, Williams tiene en cuenta la posibilidad de la gemelación monocigótica, y de ahí que haya matizado el principio para que rece: una historia es sobre el individuo A si es acerca de un individuo que se desarrolló de manera única desde el punto más temprano a partir del que A de hecho se desarrolló de manera única⁸⁵. Esta enmienda, sin embargo, supone sencillamente acabar con el criterio de la fecundación como definitorio del origen, y en realidad de cualquier precisión genérica sobre cuál es el arranque de los seres humanos: el punto más cercano a partir del que alguien de hecho se desarrolló de manera única es simplemente la definición de lo que supondría el origen de todos y cada uno de nosotros; esto es, de lo que queremos precisar de manera concluyente para todos. La corrección de Williams supone por tanto incurrir en circularidad, y en ningún caso bloquea una mirada hacia atrás, más allá de la concepción para fijarnos en fases o momentos previos a la unión de los gametos, como punto de determinación del origen individual. En ese bando, como ya sabemos, se encuentran Singer y Hare, así como John Harris, que, frente al principio de Williams, postula el que él llama «Principio Gamético».

Tomemos la primera bebé-probeta: Louise Brown. ¿No afirmaríamos que su historia como individuo arranca del cuidado del óvulo que la generó? La persona, Louis Brown, que llegó a ser, se habrá beneficiado por tanto del hecho de que el óvulo y el esperma empezaron a existir y de todas las cosas que sucedieron antes de la

cuales muere nada más nacer. Al cabo de los años, el gemelo que logró sobrevivir tiene diez años. Entonces, especulamos con la posibilidad de que hubiera sido él quien muriera y el otro quien sobreviviera. Este hubiera sido muy parecido al que logró sobrevivir, pero no habría sido él. Ahora pensemos que alguien, Roberto, que nació en España, hubiera nacido en Francia, criado como francés, etc., y entonces diríamos que Roberto habría sido muy diferente de como es, pero seguiría siendo Roberto; WILLIAMS, 1995, pp. 224 y 225.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 226, 228. De la misma forma, NAGEL afirma que «... cualquiera que hubiera nacido sustancialmente antes de lo que fue, habría sido otro»; *vid.*, 1979a, p. 8.

⁸⁵ *Vid.*, 1995, pp. 230 y 231. No sólo la gemelación monocigótica coloca un serio obstáculo al Principio Cigótico. También la generación de lo que se conoce como quimeras: dos óvulos son fecundados, se generan dos cigotos, pero antes del día catorce los dos se combinan para formar un único organismo; *vid.*, KUHSE y SINGER, 1990, pp. 66 y 67.

fertilización⁸⁶. Es decir, si consideramos que la terapia génica pre-conceptiva altera la identidad, o, inversamente, *la determina*, hemos de compartir el criterio de Harris. Supongamos que un médico negligente no modifica el espermatozoide en una fecundación in vitro no evitando así una discapacidad del futuro ser. Si lo hubiera hecho, habría existido un individuo distinto, de la misma forma que afirmamos que uno no existiría si un hombre distinto a su padre hubiera inseminado a la madre que le dio a luz⁸⁷.

Es cierto que la defensa del principio gamético encuentra una objeción importante: en ese estadio no hay individuo. Es decir, nada asegura que, previamente a una fase embrionaria que los biólogos cifran en torno al día catorce tras la fecundación, sólo haya *una* historia vital y no varias que habríamos de diferenciar, entonces, a partir de otro momento que no es el de la concepción. Pero la respuesta es sencilla, y sigue la modificación operada por Williams para su principio cigótico: abandonar, para ese caso, el criterio general.

No olvidemos, con todo, que sea porque abracemos el criterio gamético o el cigótico, ello no nos compromete en absoluto con la proscripción de determinadas acciones sobre vidas humanas originadas o comenzadas, cuando aun no hay posibilidad de *afectación*. Los criterios sobre el origen nos permiten, eso sí, fijar nuestros reproches, gratitudes o consideraciones «retrospectivas»: porque se abraza el principio cigótico, no se condena necesariamente la práctica del aborto, ni la congelación de embriones, ni la disposición de los embriones criopreservados, ni la utilización de los fetos o embriones muertos o inviábiles y/o sus células, tejidos u órganos para la investigación científica. Porque asumamos el principio gamético, no quedamos impelidos a prohibir la masturbación. ¿Qué nos ha de guiar entonces para no tolerar las conductas que atentan sobre la vida? Defenderé, aunque no en este momento, que el criterio ha de ser la capacidad de ser conscientes del sufrimiento.

En España, la historia de la censura a la legislación en materia de reproducción asistida y de biotecnología es la historia de una insistencia: la de que hay un origen ligado a la fecundación que obliga a no hacer nada que impida la continuación del proceso que pudiera conducir al nacimiento de un ser humano. Ésa es la forma, dicen los grupos más conservadores, de reverenciar la vida humana, y ello con independencia de que ese producto biológico que tiene un origen humano pueda, también por razones biológicas, haberse frustra-

⁸⁶ Vid., 1998, pp. 77-82.

⁸⁷ MCMAHAN, 1998, pp. 209 y 210. En todo caso, para McMahan, la existencia se cifra en el inicio de la actividad cerebral (*ibid.*, p. 210).

do en alguna parte del camino. Esta forma de ver las cosas, a la que Singer se ha referido como la «ética de la santidad de la vida humana»⁸⁸, es de todo punto inaceptable, y nadie sensatamente puede asumirla con todas sus consecuencias, como ilustraré en breve.

Para el Tribunal Constitucional, ese proceso que es la vida comienza con la gestación. Y ese proceso que es la vida que comienza con la gestación es un «bien constitucionalmente protegido». Ése es, de acuerdo con el Alto Tribunal, el alcance del artículo 15 de la Constitución (que reza «Todos tienen derecho a la vida»), y por eso sobre el Estado pende una obligación «... de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (STC 53/85). Pero el que va a nacer, remacha el Tribunal Constitucional, no tiene un derecho a la vida en ninguna de las fases de ese continuo. Sólo el nacido es sujeto de derechos.

¿Es adecuado el criterio manejado por el Tribunal Constitucional? Sin duda es cierto que el término «gestación» es ambiguo e impreciso. Esta, digámoslo así, «patología semántica», junto con la mención del Tribunal del carácter «procesal» de la vida, fue lo que originó uno de los reproches de inconstitucionalidad formulados por los diputados del Partido Popular contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En la exposición de motivos de la Ley, el legislador había precisado la referencia utilizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la despenalización del aborto, entendiéndolo por gestación la «implantación» o «anidación» del cigoto en el útero. Ese acontecimiento, que sucede en torno al día catorce después de la fecundación, es lo que marcaría la distinción entre embriones y preembriones (o embriones preimplantatorios, como gustan decir algunos biólogos), distinción que a los que militan en la ética de la santidad de la vida humana no les gusta nada⁸⁹. No tanto por lo que de inadecuada pudiera ser desde el punto de vista científico (en términos generales, se trata de una diferenciación admitida en la comunidad científica⁹⁰) cuanto

⁸⁸ Vid. SINGER, 1997, pp. 185-216.

⁸⁹ El Tribunal, en la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, recuerda, al respecto de la precisión hecha sobre el concepto de gestación, que las exposiciones de motivos de las leyes no son enjuiciables; *vid.*, STC 116/99, de 17 de junio (FJ 2). Entre los que se muestran contrarios a la distinción entre embrión y preembrión, *vid.* FEMENÍA LÓPEZ, 1999, p. 13, núm. 38, y VILA-CORO, 1994, pp. 295-298. No así LEMA AÑÓN, 1999, pp. 388 y 389.

⁹⁰ El Dr. Juan Ramón Lacadena da cuenta de que la Sociedad Alemana de Ginecología considera que el embarazo o gestación comienza con el final de la anidación, no con la fecundación. Por otro lado, y según la noticia dada por él mismo, los Consejos Europeos de

porque a los preembriones, como ya sabemos, se les puede crioconservar, y no será lejano el día en que en España, como ya ocurre en el Reino Unido y en Estados Unidos, se puedan utilizar para el cultivo de células madre con las que reemplazar los tejidos u órganos de los pacientes aquejados de diversas enfermedades⁹¹, o para la experimentación científica sin más. Así lo propone la mayoría de los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida como solución de cierre (en defecto de utilización por los padres) para nuestros ya célebres 30.000 embriones congelados. Concebirlos como sujetos del derecho a la vida impidiendo esa solución solamente porque ha habido fertilización conduciría al siguiente absurdo con el que concluiré este epígrafe.

Hoy se sabe que aproximadamente tres horas después de haberse producido la singamia en el cigoto se genera una división celular que produce dos, cuatro y después ocho células, que se denominan blastómeros. En esta última fase los ocho blastómeros son «totipotentes», esto es, capaces de dar lugar a un ser humano si se implantan en el útero. ¿Estaría Vila-Coro dispuesta a admitir que en ese momento hay ocho seres humanos potenciales y que si dejamos que el curso de la naturaleza continúe —esto es, no implantamos separadamente a los ocho—, se han sacrificado siete vidas humanas? Suponiendo que los 30.000 preembriones congelados se hallaran en el estadio de ocho blastómeros, ¿nos conduce la ética de la santidad de la vida humana a procurar la adopción «pre-natal» de 240.000 «seres humanos»?

9. TENER HIJOS PROPIOS

Comenzamos este recorrido fijándonos en la severa preocupación de algunos por los embriones congelados. Tal es la «angustia»,

Investigación Médica de Dinamarca, Finlandia, Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica ya en 1986 utilizaban el término preembrión, aunque el Comité Ad Hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa, en su Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros de 1987, no era partidario de esa noción. Lacadena prefiere usar el concepto «embrión preimplantatorio»; sobre todo ello *vid.*, <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumana10.html>.

⁹¹ En la actualidad, esta posibilidad está vetada por la Ley 35/1988, pues el artículo 3 prohíbe la *fecundación* de óvulos humanos *con cualquier fin distinto a la procreación humana*. Estrictamente hablando, el precepto mencionado no prohibiría la utilización de la técnica empleada para la clonación de la oveja Dolly (la transferencia nuclear somática). Como se sabe, la misma consistió en la utilización de un óvulo al que se extrajo el núcleo (óvulo enucleado), reemplazándolo por el núcleo de una célula de un adulto. No hay «fecundación» en el sentido tradicional, por tanto, aunque se consigue un preembrión que, si se lleva a término, da lugar a un clon del adulto, pero que mantenido en una fase conocida como blastocito (antes del día catorce), constituye una fuente de células pluripotentes (células que cuentan con la capacidad de generar cualquier tejido u órgano humano), que pudieran servir para regenerar los del adulto.

que se llama a esa adopción «pre-natal». Y uno no puede evitar preguntarse: ¿pero no resulta más urgente la postnatal? Antes que ocuparnos de los embriones congelados en número de 30.000 (y su «potencial descendencia» que alcanzaría los 240.000, como indiqué antes) ¿no debería remediarse la de los desamparados en número de millones que padecen desnutrición, enfermedades y todo un elenco de otras varias calamidades?

Claro que, puestos a insistir en esta línea, no es fácil evitar una ulterior inquietud. Si de preocuparse por los nacidos desamparados se trata, ¿no es moralmente un error tener hijos propios y no adoptar a los que sufren a la espera de tener una vida más digna? ¿Es realmente una urgencia la fecundación artificial? En esto tal vez cupiera estar en el mismo frente que Vila-Coro, aunque el origen de nuestras objeciones sea distinto. Ella, junto con los fetichistas de la concepción de la vida humana, se opone a las técnicas de reproducción asistida, sea por los efectos colaterales de la criopreservación que aboca a la destrucción de preembriones, sea porque se mantiene la posición de la Iglesia Católica al respecto de la procreación. Yo, por mi parte, porque en el balance entre ayudar a un niño necesitado y el interés de los individuos en tener descendencia genética, estimo que pesa más lo primero; ¿o no?

Al hilo de esta reflexión, y echando nuevamente mano de la consabida ficción de las madres de Parfit, Harris nos plantea la hipótesis de una tercera mujer que nunca podrá tener hijos sanos. En la medida en que esa discapacidad irremediable que transmitirá no sea tan grande, nos dice Harris, está en el interés del futuro ser que se inicie su existencia, con lo que «[e]sta mujer no beneficia a nadie (sino así misma y a lo mejor a su familia inmediata), evitando el embarazo»⁹². ¿No cabría pensar que beneficia a los potenciales adoptados que no acoge si se queda embarazada?

Harris ha destacado con tino, además, como ser padre o madre biológicos resulta casi «gratis», en comparación con lo que cuesta ser padre o madre adoptivos, o en algunos países (no en España), ser usuario de las técnicas de reproducción asistida. Como sabemos ya, la retórica es, en este último caso, la del interés del menor. Pero entonces, y al decir de Harris: «Las alternativas parecen ser estas. O bien creemos que tenemos criterios adecuados y defendibles para la paternidad adecuada e inadecuada, y entonces importa que la gente demuestre por adelantado su adecuación, o no disponemos de ellos. Si los tenemos, hay que licenciar a los padres, a todos. Si no, no hemos de hacer lo que aparece como una victimización aplicando

⁹² HARRIS, 1998, p. 89.

criterios indefendibles a los pocos desafortunados que necesitan asistencia para la procreación»⁹³.

Cuenta David Ritchie en *Natural Rights*, que cuando Robespierre planteó su «Declaración de los derechos del hombre» en el Club de los jacobinos, fue confrontado por uno de los miembros (Boissel), que propuso en su lugar otra que empezaba afirmando que «Los derechos naturales de los proletarios consisten en la facultad de reproducirse, de vestirse y de alimentarse». Esta declaración fue recibida con una carcajada general y nadie la apoyó⁹⁴. ¿Hay un derecho subjetivo a la paternidad? Parece difícil de negar que éste es un ámbito en el que el Estado debe mantener su neutralidad⁹⁵. Pero no son pocos, sin embargo, los que entienden que no existe tal derecho subjetivo, o, al menos, que el contenido del mismo debe ser matizado. La opinión más caracterizada en ese frente es la del civilista Fernando Pantaleón, para quien no cabe concebir tal derecho como fundamental y reconocido en la Constitución. Merece la pena transcribir en su totalidad sus propias palabras:

«[o]pino que la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que sin duda ampara el derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción por medios naturales al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado, de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, también por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario. Y porque, aun cuando estoy totalmente dispuesto a admitir que la realización del deseo de tener un hijo propio entra en el ámbito del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), estimo asimismo que el interés general en que, en la medida de lo posible, los niños nazcan en el seno de familias estables —... presumiblemente más estables—, en cuanto fundadas en el matrimonio, sería razón objetivamente bastante para negar que una ley que limitase a las parejas casadas el acceso a las técnicas de reproducción artificial pudiera ser tachada de inconstitucional por contraria al precepto últimamente citado, o a los artículos 9.2... 14... ó 39.1... Desde luego, no era inconstitucional el anterior artículo 172 CC, en cuanto limitaba a las parejas casadas... la posibilidad de adopción conjunta»⁹⁶.

⁹³ *Ibid.*, p. 96.

⁹⁴ 1895, p. 127. La razón de la carcajada fue que la propuesta de declaración de Boissel representaba fielmente la irregular secuencia de actos cometidos por los proletarios: reproducirse, antes de poder asegurar a su futura prole el vestido y el alimento. *Vid., supra*, la consideración en ese sentido de John Stuart MILL.

⁹⁵ Así, GÓMEZ SÁNCHEZ, en «El derecho a la reproducción humana», *Marcial Pons*, Madrid, 1994, defiende la existencia de un derecho constitucional a la reproducción humana que se incardina como derecho público subjetivo de libertad en los artículos 1.1, 10.1, 17.1, 18.1, 32.1 y 39.1 de la Constitución: *vid.*, pp. 40-64.

⁹⁶ *Vid.*, 1993, pp. 130 y 131.

Entre los críticos del derecho a la procreación, también los hay que no han entendido de qué se está hablando, o no quieren entenderlo. Véanse si no las consideraciones que al respecto vierte Bustos Pueche dando razón de por qué resulta errónea la construcción del derecho de paternidad como un derecho subjetivo: «Ante la pretensión del sujeto activo, ¿a quién se impone la obligación de la prestación? Porque es posible que el marido o compañero esté dispuesto a aportar el semen para fecundar a su mujer o compañera, pero, ¿y si no está o no puede? Cabe la aportación del donante. ¿Y si no hay donante voluntario? Nadie en su sano juicio lo afirmaría. La conclusión no es discutible: nadie está obligado a realizar el comportamiento que sería preciso para satisfacer semejante derecho. Y si esto es así, es que *no existe tal derecho, porque no cabe reconocer derechos subjetivos sin persona llamada a satisfacerlos*»⁹⁷.

Evidentemente, Bustos Pueche sabe (o debería saber) que no es necesario que haya un sujeto que efectivamente quiera obligarse para que podamos predicar la existencia de un derecho subjetivo. De otra forma, nos veríamos compelidos a admitir la abracadabrante conclusión de que ante la imposibilidad fáctica de encontrar comprador para mi piso, yo no tengo un derecho subjetivo a disponer de mi propiedad. El derecho subjetivo a la procreación pertenece a la categoría de los llamados derechos de libertad (una inmunidad *erga omnes* y, paradigmáticamente, frente al poder público), como él mismo reconoce cinco o seis páginas después. Pero ese reconocimiento de ser la procreación una libertad no se extiende, según él, al ámbito de la reproducción artificial. Por los siguientes (e insólitos) argumentos:

«En cambio, la reproducción artificial difiere esencialmente de la anterior –se refiere a la natural– por las razones arriba mencionadas –fundamentalmente, porque la primera es asunto propio al que puede proveerse por los propios medios, mientras que la segunda exige la participación inexcusable de otros– lo que, jurídicamente, se traduce en que nunca podría incardinarse dentro de los derechos-autonomía, sino dentro de los derechos-prestación, y ello sólo y cuando el Estado reconociera esa prestación, que no es sino un acto médico contra la esterilidad, dentro del catálogo de prestaciones sanitarias públicas»⁹⁸.

Pero de nuevo, y pese al empeño de Bustos Pueche, no hay ninguna dificultad en seguir concibiendo la procreación artificial como

⁹⁷ 1996, pp. 94 y 95 (énfasis mío); *vid.*, igualmente, p. 100.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 100 y 101.

un derecho subjetivo de libertad si entendemos que nadie puede impedir que algunos asistan a otros en procurar tales medios artificiales. Otra cosa es dar el paso de reclamar que tal prestación sea pública. Pero ésa es una cuestión distinta. Los individuos mantienen un derecho subjetivo a la liposucción aunque creamos que la sanidad pública no debe financiarla. Pese a todo, Bustos Pueche insiste con un último argumento: «[r]especto a la reproducción artificial, por no ser de orden natural, sino que precisa medios humanos e instrumentales de carácter extraordinario, sobre cuya aportación es inexcusable el pronunciamiento aprobatorio o reprobatorio del Derecho, el Estado sí puede evitar o impedir que nazcan hijos fuera del concreto ámbito familiar que estime idóneo para recibir y educar a aquéllos»⁹⁹.

Pero entonces, el problema no radica en el medio artificial, sino en el entorno en el que nacerá el hijo. Y, en ese caso, el argumento de Harris vuelve a recuperar toda su fuerza: el Estado debería velar por quienes acceden a la procreación asistida (prohibiendo que todos los que no forman una pareja heterosexual sean usuarios), pero también por los que pretenden ser padres sin recurrir a las técnicas de reproducción artificial¹⁰⁰. Es cierto que cuando de fecundación natural se trata, esa pretensión se complica, aunque no faltan remedios.

Imaginemos que nos tomamos en serio la razón aludida por Bustos Pueche: el Estado, consecuentemente, prohíbe la fecundación asistida de las lesbianas. Pese a todo, de manera clandestina, una mujer lesbiana consigue inseminarse artificialmente y el hijo nace y vive en el seno de esa pareja de mujeres lesbianas. Me imagino que Bustos Pueche no tendría inconveniente en la retirada de la patria potestad a la madre. Y no se me alcanza la razón por la que esta sanción debería dejar de ponerse si la misma mujer no acudió a la reproducción artificial, sino que quedó embarazada por medios naturales. No debería ser madre, en el esquema de Bustos Pueche, y ello en atención al menor. Así que el Estado puede, perfectamente, controlar también que tal interés del futuro hijo sea salvaguardado, cuando éste será traído al mundo de manera natural. Tal vez los ginecólogos de la sanidad pública debieran tener el encargo no sólo de realizar los correspondientes análisis y ecografías, sino de comprobar la capacidad para ser padres de los progenitores (su orientación sexual, pero también sus vicios, ingresos, estabilidad emocio-

⁹⁹ Ídem, p. 113.

¹⁰⁰ Algo que, en defensa del por nacer, ya propuso RITCHIE en *hace más de un siglo*; *vid.*, 1895, p. 129.

nal, etc.) advirtiéndoles de las consecuencias de no cumplir con tales exigencias: una eventual retirada de la patria potestad, o incluso sanciones peores. ¿Habría que imponer también la primera medida a los que se quedan viudas o viudos?

Es difícil sostener este grado de perfeccionismo moral en sociedades tan pluralistas como las nuestras. Es dudoso, además, que los juicios fácticos sobre el bienestar e interés del menor en que suelen apoyarse las prohibiciones a que familias no tradicionales tengan hijos (adoptados, o fruto de la utilización de técnicas de reproducción asistida), sean concluyentes. La historia ha sido testigo de cómo en el seno de familias biparentales, religiosamente establecidas, se han procurado educaciones, estilos de vida y actitudes, nada convencionales y sí muy contracorriente. ¿Han sufrido de veras un perjuicio tan importante los niños españoles que cuando les tocaba no hicieron la primera comunión, o vieron cómo sus padres se divorciaban, o los que nacieron de matrimonios religiosos o étnicos mixtos, o de parejas donde uno de los dos era discapacitado? Todo aquello fue «nuevo» alguna vez, y tuvo necesariamente que serlo. Suele argüirse, a veces hipócritamente, que «la sociedad no está preparada» para permitir que los homosexuales constituyan familias en las que los menores pudieran tener acogida. Pero esto mismo, como fundamento de la prohibición, es lo que bloquea cualquier preparación futura: en algún momento hay que dar el primer paso.

A mi juicio, no es la presunta calidad moral (entendida en su peor sentido) de los potenciales progenitores lo que se coloca como un obstáculo frente a la permisión del uso de las técnicas de reproducción asistida, como una especificación de un derecho subjetivo a tener hijos propios, sino, como decía antes, una reflexión que tiene que ver con lo que los economistas llaman el coste de oportunidad: lo que pierden esos millones de niños que mueren todos los años por carencias evitables, por ese deseo de los individuos, tal vez irreflexivo e irracional, de ver prolongada su estirpe. Un anhelo, pese a todo, tan sumamente extendido que nos debe hacer pensar si una ética esclarecida no ha de darle cabida de algún modo, y mitigar esa primera censura al querer ser padres genéticos a toda costa. La moral, como sabemos, debe mantener una cierta frontera entre lo que nos es legítimamente exigible y lo que nos fuerza al heroísmo. Y no todos podemos, ni debemos, asumir la segunda alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, Juan Carlos (1986): «Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites», *Doxa*, 3, pp. 35-54.
- BERCOVITZ, Rodrigo (1999): «Comentario a la Sentencia de 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones», *Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, abril-agosto, pp. 841-860.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique (1996): *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1994): *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona (traducción española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres).
- FAGGIONI, P. Maurizio: «La cuestión de los embriones congelados», en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/congelados.htm>
- FEINBERG, Joel (1992): «Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming», en *Freedom and Fulfillment*, Princeton University Press, Princeton, pp. 3-36.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J. (1999): *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGrawHill, Madrid.
- GAFO, Javier (1998): «Valoración ética de la procreación humana asistida», en *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Javier Gafo (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 187-209.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (1998): «Comentario», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, septiembre-diciembre, pp. 1207-1222.
- GEORGE, Robert P. (1999): *In Defense of Natural Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis (1998): «Aspectos jurídicos de la procreación asistida», en *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Javier Gafo (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 111-185.
- HARE, R. M. (1993a): «Possible People», *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, pp. 67-83.
- (1993b): «When does Potentiality Count?», *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 84-97.
- (1993c): «Abortion and the Golden Rule», *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, pp. 147-167.
- HARRIS, John (1998): *Clones, Genes and Immortality. Ethics and the Genetic Revolution*, Oxford University Press, Oxford-New York (hay traducción española de Michel Angstadt, *Supermán y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, Tecnos, Madrid, 1998, de la primera edición publicada en inglés por Oxford University Press en 1992 bajo el título *Wonderwoman and Superman. The Ethics of Human Biotechnology*).
- KUHSE, Helga, y Singer, Peter (1990): «Individuals, humans and persons: The issue of moral status», en *Embryo Experimentation*, Peter Singer, et. al., (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, pp. 65-75.

- LACADENA, Juan Ramón: <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumanaI0.html>
- LEMA AÑÓN, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, Madrid.
- MCMAHAN, Jeff (1998): «Wrongful Life: Paradoxes in the Morality of Causing People to Exist», *Rational Commitment and Social Justice. Essays for Gregory Kavka*, Jules Coleman y Christopher W. Morris (eds.), Cambridge University Press, New York, pp. 208-247.
- MILL, John Stuart (1992): *On Liberty*, en *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, H. B. Acton (ed.), Everyman, London-Vermont (reimp., 1.ª ed., 1910).
- NAGEL, Thomas (1979a): «Death», *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-10.
- (1979b): «What Is It To Be Like A Bat?», *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 165-180 (originalmente en *Philosophical Review*, vol. 58, octubre 1974).
- NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York.
- PANTALEÓN, Fernando (1993): «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 15, pp. 129-160.
- PARFIT, Derek (1984): *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford.
- (1982): «Future Generations: Further Problems», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, núm. 2, pp. 113-172.
- RITCHIE, David G. (1895): *Natural Rights. A Criticism of Some Political and Ethical Conceptions*, George Allen & Unwin, London.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco (1988): «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española», *La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Trivium, Madrid, pp. 99-113.
- SEARLE, John R. (2000): *El misterio de la conciencia*, Paidós, Barcelona, (traducción de Antoni Domènech).
- SHIFFRIN, Valentine (1999): «Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm», *Legal Theory*, vol. 5, pp. 117-148.
- SINGER, Peter (1997): *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México (traducción de Yolanda Frontal Rueda del original *Rethinking life and death. The collapse of our traditional ethics*, The Text Publishing Company, Melbourne, 1994).
- (1995): *Ética práctica*, Cambridge University Press (2.ª ed., traducción de Rafael Herrera Bonet).
- (1987): «Life's Uncertain Voyage», en *Metaphysics and Morality. Essays in Honour of J. J. C. Smart*, Philip Pettit, Richard Sylvan y Jean Norman (eds), Basil Blackwell, Oxford-New York, pp. 154-172.
- VILA-CORO, María Dolores (1995): *Introducción a la Biojurídica*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- (1994): «Falacia legislativa», en *El derecho ante el proyecto Genoma Humano* (vol. I), Fundación BBV, Bilbao, pp. 293-311.
- WILLIAMS, Bernard (1995): «Resenting one's own existence», en *Making sense of humanity and other philosophical papers*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 224-232.