

Capítulo XIII

El estatuto jurídico del embrión humano

ANDRÉS OLLERO

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad
Rey Juan Carlos (Madrid)

El comienzo de la vida humana. ¿Seres humanos que no son personas? La ciencia como madre de todas las expectativas. Ni persona ni cosa: hacia la duda demiúrgica. *In dubio pro vita*. Dignidad conferida. De la bioética a la biopolítica.

Tuve ya ocasión de abordar este problema con motivo de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) sobre el particular⁶⁰⁰. Con posterioridad pude también comparar el contenido de la STC 53/1985, que había declarado inconstitucional el primer intento de despenalización del aborto en determinados supuestos, con la STC 212/1996, sobre la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos, y la STC 116/1999, sobre la ley de reproducción asistida⁶⁰¹, analizando tres cuestiones fundamentales de las que paso a ocuparme: ¿cuándo comienza la vida humana?, ¿existen seres humanos que no son personas? y ¿qué protección merece, en cualquier caso, toda vida humana?

1. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

Mientras para la STC 53/1985 la vida humana implica un *continuum*, una vez generado un *tertium* con posibles «cambios

600. *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución* Madrid, Rialp, 1994.

601. *Bienes jurídicos o derechos: ilustración «in vitro»* «Anuario de Derechos Humanos» (Madrid), 2000 (I), pgs. 259-285. A este trabajo y al libro ya

cualitativos» futuros⁶⁰², en la STC 212/1996 la vida aparece como una realidad discontinua, al producirse un cambio de escenario en lo que al futuro del embrión se refiere, con inevitables consecuencias éticas⁶⁰³.

Con la fecundación *in vitro* (FIV) ha surgido inopinadamente un nuevo concepto de *viabilidad*, al entrar en juego el embrión preimplantatorio como interlocutor jurídico. Un siglo antes, el ser humano dotado de dignidad personal no se hacía presente hasta el momento del nacimiento, por más que se le reconociera como existente desde la concepción. Ahora la *presencia* del ser humano en este proceso artificial no pasa ya inadvertida para el derecho, sino que se anticipa a estadios iniciales de la división celular de la nueva vida humana, imperceptibles e indisponibles en la práctica durante el proceso natural de gestación.

Esta prematura interlocución jurídica se producirá en unas condiciones peculiares que dan paso a una *viabilidad dependiente*. La situación del embrión cambia radicalmente de signo⁶⁰⁴. En el

citado cabe remitir para ampliar posteriores alusiones a las tres sentencias.

602. G. DÍAZ PINTOS se muestra crítico considerando que el Tribunal Constitucional parte de «una concepción abstracta de dicho bien –la vida humana–», para «concretar después una protección de intensidad variable en las distintas fases y manifestaciones orgánicas por las que transcurre el derecho temporal del viviente» en función de ponderaciones ocasionales. Estima, por el contrario, que «proteger la vida exige proteger al viviente en cuanto vive y, consiguientemente, atribuirle la titularidad del derecho a vivir con independencia de la forma en que dicho vivir se muestra», por lo que la «tutela ha de recaer sobre el “ciclo vital” como la forma dinámica de la existencia de un organismo», evitando «incurrir en discriminación entre los vivientes» –*El derecho fundamental a la vida en Constitución y derechos fundamentales* (J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS coords.) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pgs. 615-616 y 621.

603. «La experimentación con embriones y el PID [diagnóstico pre-implantatorio] nos provocan ante todo prevención porque “ejemplifican” un peligro vinculado a la “cría de hombres” –J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt/M., Suhrkamp, 2002 (4ª ed. ampliada), pg. 122.

604. N. LÓPEZ MORATALLA alude al «embrión humano no implantable», refiriéndose a los «embriones vivos que no pueden ser implantados por ausencia de una mujer que los acogiera», lo que les hace quedar «injus-

proceso de gestación sólo un insalvable obstáculo natural podía poner fin espontáneamente a la nueva vida. El derecho garantizaba que ninguna intervención deliberada de un tercero pusiera fin a su viabilidad. Ahora por el contrario –sin una deliberada intervención humana, que lo transfiera a un útero materno– no podrá en esta primera y condicionadora instancia considerarse que nos encontramos ante un embrión realmente *viable*⁶⁰⁵. La posible exigibilidad jurídica de dicha intervención, benefactora para el embrión, plantearía obviamente variados problemas jurídicos: el consentimiento de los donantes, el de la receptora si fuera diversa, e incluso el de un eventual cónyuge, así como las obligaciones que al efecto cupiera en cada caso atribuir al personal científico o sanitario.

En cualquier caso, desde una perspectiva jurídica, habría que constatar que el embrión fecundado *in vitro* surge con una radical diferencia respecto al concebido. Mientras éste es viable, salvo que se produzca un suceso o intervención que lo impida, el embrión preimplantatorio podrá acabar siendo considerado *inviabile*, suceda lo que suceda⁶⁰⁶; sin perjuicio de que una ulterior

tamente abandonados a un proceso necesariamente de deterioro irreversible» –*Destino de los embriones crioconservados e investigación biomédica en El destino de los embriones congelados* Madrid, Fundación Universitaria Española, 2003, pg. 87.

605. N. HOERSTER resalta esta peculiaridad: no hay hoy «ninguna posibilidad de que este embrión se convierta también *in vitro* en hombre». Condiciona la protección de un derecho a la vida a la existencia de un «interés en sobrevivir» proyectado hacia una futura «continuidad»; más allá del mero «instinto de supervivencia» o de un interés «puntual» meramente presente (que reconoce también en los animales). Es fácil pues entender que no lo detecte en cualquier embrión, y menos aún en el no anidado en el útero –*Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay* Stuttgart, Reclam, 2002, pgs. 119, 71, 75, 76, 77 y 87. J. VIDAL MARTÍNEZ muestra su preocupación ante el no muy diverso «criterio de no viabilidad de los embriones que maneja el T.C.», que le lleva a calificarlos en determinadas circunstancias como «abortados en el sentido más profundo de la expresión», ya que incluye «no sólo a las que no puedan ser implantados sino a los que no vayan» a serlo –*Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2000 (12), pgs. 120 y 121.
606. No deja de resultar significativo al respecto el voto particular que M.

intervención humana lo rescate de tan penosa situación. Al *nasciturus* le ha sucedido el *moriturus*, con lo que surgirán no pocas inaplazables preguntas. Podrá objetarse que –desde un punto de vista filosófico moral, con trasfondo ontológico– tal situación no afectaría esencialmente a la condición del embrión. Nada impide, en efecto imaginar la futura fabricación de un «útero» tecnificado que permitiera llevar hasta su final el proceso iniciado. Habríamos así dado paso a un cuarto concepto: la *viabilidad controlable*. En efecto, el que nos encontremos o no ante una vida humana –un ser humano dotado de dignidad– no puede en términos éticos hacerse depender de que seamos técnicamente capaces de mantenerlo vivo más o menos tiempo⁶⁰⁷. Pero jurídicamente surgirán preguntas y respuestas peculiares.

Tres años después, la STC 116/1999⁶⁰⁸, tras proponer una «valoración biológica» de la anidación, renunciará a controlar la

ATIENZA y A. GARCÍA PAREDES presentaron al Informe sobre «La Investigación con embriones humanos sobrantes» de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de abril de 2000. A más de recordar que en la ley «no hay ninguna definición explícita», defienden que «el término “no viable” no cubre únicamente a los [embriones] no viables en términos estrictamente biológicos» sino que incluiría a los que «irremediabilmente van a ser destruidos, o sea, los sobrantes no usados» –incluido como anexo en *El destino de los embriones congelados* (cit. nt. 5), pg. 396.

607. Para O. HÖFFE la diferencia entre el embrión en el seno materno e *in vitro* no es «esencial en sentido estricto». «En un futuro puede que no sólo la fecundación sino también el desarrollo posterior sea posible *in vitro*». Así pues, produciéndose tal situación de «dependencia no en estricto sentido filosófico de naturaleza substancial», «el embrión artificialmente fecundado pero plenamente desarrollado ha de verse como un hombre y no como un monstruo cuya pertenencia a la especie cupiera cuestionar» –*Medizin ohne Ethik?* Frankfurt/M., Suhrkamp, 2002, pg. 83.

608. V. BELLVER CAPELLA se muestra muy crítico al constatar que este repetido «retraso» no responde a una voluntad de «entrar a fondo» en los problemas planteados, ya que «constituía una magnífica ocasión para que el TC hubiera definido con precisión la protección constitucional debida al embrión humano», en vez de mostrar una «falta de voluntad» de «llevar hasta las últimas consecuencias los criterios que estableció en la STC 53/1985». Admite que «el estatuto jurídico del embrión humano es una vidriosa cuestión. Pero era la cuestión a la que tenía que responder» –*El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica* «Revista de Derecho y Genoma Humano»

constitucionalidad del oportunista concepto de *preembrión*⁶⁰⁹, al resultar aludido sólo en el preámbulo de la ley⁶¹⁰. Se ha dado paso pues a una fabricación de seres humanos, previa a su posible gestación, con lo que –en irrefrenable progreso– se dota al

- 1999 (11), pgs. 121, 132, 134 y 144. En la medida en que esta tardanza originara la paralización del desarrollo reglamentario de la Ley le serían aplicables las críticas de C. LEMA AÑÓN, en *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2000 (12), pgs. 50-51. Pero nunca falta alguna discrepante originalidad: «tan llamativa dilación ha terminado por “resituarse” a la ley impugnada, a los impugnantes y al legislador», lo que le conferiría «una utilidad nada despreciable» –G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2000 (12), pg. 95. No queda claro si se refieren al hecho de que los centros implicados en prácticas de cuestionada constitucionalidad pasaran de catorce a ciento catorce (quince de ellos públicos), como apunta en el mismo número de la revista (nota 6 de la pg. 115) J. VIDAL MARTÍNEZ en su ya citado (nt. 6) *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999*.
609. J. R. LACADENA ha afirmado repetidamente que quienes sustituyen el término embrión preimplantatorio por «preembrión» «parece que prejuzgan la licitud de su manipulación y eventual eliminación». Renuncia a usar dicho término, por considerarlo «un eufemismo que quería ocultar la realidad biológica»; no en vano «el cambio de palabras conduce a un cambio de actitudes o, recíprocamente, los cambios de actitudes buscan los cambios de palabras que las justifiquen» –*Una lectura genética de la sentencia del tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 1999 (11), pg. 150. No deja de resultar significativo que dicho término no figure en el Glosario incluido en el *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «In vitro» y de la Inseminación Artificial Humanas* –Madrid, Secretaría General del Congreso de los Diputados, pgs. 227-233– aprobado por el Pleno de la Cámara el 10 de abril de 1986.
610. V. BELLVER señala la paradoja de que «en el texto de la ley no aparece ninguna definición de ese término, que encontramos en la Exposición de Motivos», de la que realiza una pormenorizada crítica. A la vez la STC 166/1999 se escudará precisamente en tal circunstancia para recordar que «por no tener carácter normativo, esos textos no forman parte del ordenamiento jurídico y no se sujetan al juicio de constitucionalidad» –*El estatuto jurídico del embrión en Humanidad in vitro* (J. BALLESTEROS coord.), Granada, Comares, 2002, pgs. 255 y 257.

fin paradójicamente de base empírica a las trasnochadas teorías de la animación sucesiva⁶¹¹.

2. ¿SERES HUMANOS QUE NO SON PERSONAS?

Cuando en 1985 el Tribunal Constitucional español estima el recurso previo de inconstitucionalidad planteado contra la ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos todo parecía indicar que la protección del embrión se había visto notablemente consolidada: considera a la vida no nacida como bien merecedor de protección jurídica, incluso con sanción penal, a la vez que rechaza explícitamente que la libre autonomía de la mujer pueda primar sobre ella. Sin embargo la argumentación, de cuño alemán, a la que se acoge dejará abiertas dos vías de futuro notablemente problemático. Admite, por un lado, un planteamiento éticamente arduo: hay seres humanos que no son personas; no descarta, por otro, como consecuencia la implícita relevancia constitucional que en el debate del artículo 15 parecía atribuirse al concepto jurídico-civil de personalidad.

Si en aquella ocasión los aspectos favorables del resultado edulcoraban tan graves constataciones, bien pronto su insostenible asimilación llevará paradójicamente a ampliar ambas grietas.

611. J. BALLESTEROS hace suya la postura de ZUBIRI, para el que «el embrión tiene sustantividad propia, suidad, personeidad. La personeidad es lo que el individuo tiene, lo quiera o no, su estructura»; por lo que «el embrión es persona, en cuanto se autoposee, "realidad en propiedad", ser suyo». Lejos de «las tesis que hablan de la evolución del embrión a través de los tres estadios: vegetal, animal y humano», que cabría detectar en «algunos párrafos del Informe Palacios» inspirador de la legalidad española, ZUBIRI recordaba que «el germen es ya un ser humano» y «no como creían los medievales (y los medievalizantes, que muchas veces ignoran serlo) porque el germen sea germen de hombre, esto es, un germen del que saldrá un hombre, sino porque el germen es un hombre germinante, y por tanto "es ya" formalmente y no sólo virtualmente hombre» –*El estatuto ontológico del embrión en Humanidad in vitro* (cit. nt. 11), pg. 237. Un análisis de los aspectos biológicos y filosóficos de la cuestión, sin llegar a abordar su dimensión jurídica, en J. J. UGARTE GODOY, *Momento en que el embrión es persona humana* «Estudios Públicos» (Santiago, Chile) 2004 (96), pgs. 281-323.

La FIV pone en circulación embriones a los que sólo se reconocerá una nada clara expectativa de personalidad. No se trata sólo de que no sean todavía personas, sino de que mediando un mero desarrollo espontáneo no llegarían a serlo nunca. De ahí que de la dura admisión de seres humanos que no son personas se acabe pasando –en la STC 116/1999– a una sugerencia aún más dura aunque paradójicamente más digerible: sólo cabrá en adelante considerar seres humanos⁶¹² a quienes se encuentren en condiciones de llegar a ser persona⁶¹³. El embrión preimplantatorio dejará pues de verse tratado como ser humano, o siquiera como sujeto vital, para quedar reducido a mera «estructura celular»⁶¹⁴ e incluso, disparatadamente, a mero «órgano» de no se sabe qué inexistente cuerpo humano.

612. R. JUNQUERA DE ESTÉFANI se hace eco de esta nueva distinción al preguntarse «cuándo la vida ya existente alcanza el grado de humana». La pregunta no deja de resultar tan sorprendente como sintomática; si desde un punto de vista biológico la cuestión no parece tener sentido (si hay vida es humana, por supuesto), desde el jurídico tampoco es fácil adivinarlo; mientras del concepto de «persona» parecen derivarse consecuencias jurídicas precisas, no parece ocurrir lo mismo con el concepto «humana». Su propuesta de considerar a los humanos, una vez reconocidos como tales, como «un ser de nuestra especie», que «debe ser tratado con el respeto debido a tal condición» deja abiertas dos interrogantes decisivas: qué diferencia habría, y por qué, entre una persona y un ser de nuestra especie, y qué respeto sería «debido» a éste y cuál no –*El embrión humano: una realidad necesitada de protección* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2000 (12), pgs. 33 y 44.
613. J. M. SILVA SÁNCHEZ considera que el Tribunal Constitucional, que años antes protegía la vida del *nasciturus* por encarnar el valor fundamental de la vida humana, «al declarar la conformidad constitucional de la Ley de reproducción asistida, “contradijo” su propia doctrina», negando a los embriones *in vitro* una protección equiparable a la de los transferidos al útero materno –*Sobre el llamado «diagnóstico de preimplantación. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones «in vitro» con la decisión «condicionada» de no implantarlos en el útero»* en *Genética y derecho* Madrid, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, VI) 2004, pg. 147.
614. N. LÓPEZ MORATALLA y C. MARTÍNEZ-PRIEGO señalan, por el contrario, que «la célula con fenotipo cigoto es un embrión unicelular, un viviente y no simplemente una célula viva»; el cigoto, que no es sino «el estado unicelular de un organismo pluricelular», «no es asimilable a una célula viva de un organismo pluricelular ni tampoco a un viviente unicelular». Como consecuencia, «puede definirse con exactitud cuándo una orde-

El debate constituyente acaba pues teniendo *a posteriori* una consecuencia perturbadora: provoca, al no identificarlos, una dislocación de los conceptos de ser humano y persona. Los constituyentes que pretendían defender la protección de la vida del *nasciturus*, queriendo asegurar un veto constitucional al aborto, exageraron preventivamente al dar por buena la identificación de la persona con el ya nacido derivada de una interpretación notablemente restrictiva del Código Civil. De ahí su afán por descartar como sujeto del artículo 15 a «la persona», sustituyéndola por «todos» a la hora de reconocer quiénes tienen derecho a la vida. Llevado a sus últimas consecuencias, tal planteamiento acaba invitando a reconocer implícitamente rango constitucional al problemático concepto civil de persona, configurado sólo para el ámbito jurídico-privado un siglo atrás y en un contexto científico bien dispar⁶¹⁵.

Por si fuera poco, la resaca producida tras admitirse la constitucionalidad de una posible despenalización de determinados abortos provoca un relajo argumental. Se olvida, por una parte, la existencia expresa (al menos hasta 1995...) de un concepto jurídico-penal de persona⁶¹⁶ que sí englobaba al no nacido; se minus-

nación de material biológico, una célula es o no un cigoto». «La génesis natural de cada individuo parte de la información genética del patrimonio genético de su especie heredada de sus progenitores y contenida en un contexto celular adecuado. El período constituyente de la realidad nueva (del nuevo individuo) es el proceso que media entre el inicio de la fecundación, con la activación mutua de los gametos de los progenitores, y la aparición del fenotipo cigoto dispuesto para la primera división celular» –*El embrión humano como individuo: una visión epigenética en Humanidad in vitro* (cit. nt. 11), pgs. 208, 214 y 219.

615. No ayuda a resolver jurídicamente el problema la acertada crítica filosófica de J. BALLESTEROS al «dualismo o "personismo"», que «contrapone vida biológica y vida personal», al fundarla en la distinción zubiriana «entre personidad –como estructura personal– que se da desde la concepción, y personalidad –como desarrollo– que aparece paulatinamente», dado que la inercia terminológica tenderá a emparentar el concepto jurídico de persona más con la segunda que con la primera, como el mismo autor señala que ocurre en LAÍN Y GRACIA –*El estatuto del embrión humano: cuestiones científicas, filosóficas y jurídicas en Manual de Bioética* (Gloria TOMÁS GARRIDO coord.), Barcelona, Ariel, 2001, pgs. 222 y 227.

616. C. M. ROMEO CASABONA –en *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994– recuerda

valoran, por otra, las salvedades con que el propio Código Civil (en su artículo 29) plantea los efectos prácticos del suyo: «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones» que se establecen en el artículo siguiente.

Sin duda, se deja dicho que «el nacimiento determina la personalidad», pero no es lo mismo admitir que quien no nace no será persona que dar por bueno que antes era sólo una cosa⁶¹⁷. En el primer caso el *status* de persona, más que negado, se encuentra sometido a condición resolutoria; en el segundo no habría existido jamás y nada habría impedido hacerlo constar así⁶¹⁸. La re-

aún que «el derecho penal no coincide con el civil en lo que entiende por persona», lo que le lleva a proteger «la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o del feto, ya antes, por tanto, del nacimiento. Esta protección se realiza con independencia de la “viabilidad” de esa vida». No en vano «la opinión más generalizada entre los juristas había venido considerando tradicionalmente que la protección penal a través del delito de aborto se inicia desde el mismo instante de la concepción, sin perjuicio de que en la actualidad se va extendiendo el parecer de que la vida humana comienza con la anidación, o, minoritariamente, en algún momento posterior». «No hay incongruencia en ello puesto que el derecho civil persigue con la calificación “jurídica” de persona unas finalidades diferentes», pgs. 145, 152 y 155.

617. No faltarán quienes lo admitan con toda naturalidad: el *status* «se predica de las personas físicas o jurídicas, más no de las cosas. Las cosas pueden alcanzar la categoría de bienes jurídicos, pero no *status*» –G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina* (cit. nt. 9), pg. 99.

618. Habría bastado con un texto similar al del artículo 90 del Código Civil colombiano de 1887: «la existencia legal de toda persona principia al nacer; esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás». Concepto de persona «a todas luces desacertado frente a los conocimientos actuales» lo consideran O. C. CÁRDENAS GÓMEZ y C. H. SIERRA-TORRES –*El concepto legal de persona en Colombia: ¿Razones biológicas para modificarlo?* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2004 (20), pg. 69. M. RHONHEIMER recuerda que, con los avances de la ciencia de hace dos siglos, ya el «Preussische Allgemeine Landrecht» de 1794 estableció que «los derechos universales de la humanidad se aplican también a los niños todavía no nacidos, desde el momento de la concepción» –*Ética de la procreación* Madrid, Rialp, 2004, pg. 234.

signada remisión del concepto constitucional de persona al jurídico-civil resulta agravada por una extemporánea interpretación de este último, que ignora el más de un siglo transcurrido desde su formulación.

La cuestión es decisiva, ya que con ello «ser persona» se convierte en una *propiedad* del individuo de la especie humana, que aparece sólo a partir de un cierto intervalo de tiempo, como si el embrión fuera sólo *potencialmente* una persona o una «persona potencial», cuando en realidad «es *actualmente* una persona humana, con potencialidades todavía no actualizadas»; como si contempláramos un desarrollo «hacia el ser hombre», en vez del desarrollo «de un ser humano»⁶¹⁹. Se diseña así un difícil callejón cuya única salida sería admitir que cabe ser titular de derechos fundamentales sin ser persona, lo cual parece ir más allá de lo que la dogmática jurídica puede llevaderamente soportar⁶²⁰.

Siguiendo con la paradoja, a los defensores del término «todos» les hubiera resultado, a estas alturas, más eficaz para el logro de su objetivo haber asumido la dilatoria propuesta del diputado Tierno Galván: «pensamos que la expresión «persona» era menos comprometida», ya que «permitía después a la inevi-

619. A. RUIZ MIGUEL, tras señalar que «aunque indicativo de una consideración cultural netamente diferencial entre el no nacido y los nacidos, el criterio jurídico-privado no es necesariamente decisivo desde el punto de vista ético», plantea como «argumentación razonable» considerar al «no nacido como ser humano potencial –en una relación similar a la persona, o ser humano actual, como entre la bellota y el roble»; no es extraño por ello que, ignorando la jurisprudencia constitucional española, lo califique como «bien potencial» –*El aborto, un problema pendiente en Entre el nacer y el morir* (A. CAMBRÓN coord.) Granada, Comares, 1998, pgs. 122 y 132. Muy expresivo al respecto, M. RHONHEIMER subraya que «no existen “personas potenciales” ni tampoco individuos que sean “pájaros potenciales”» –*Derecho a la vida y Estado moderno* Madrid, Rialp, 1998, pgs. 75-77.

620. J. VIDAL MARTÍNEZ se esfuerza por lograrlo sugiriendo que «aunque no se califique al embrión humano como persona en el sentido de titular de derechos, sí puede asignársele esta denominación y carácter personal en cuanto sujeto vital centro de unificación de atributos y facultades», por entender que «el embrión humano concebido *in vitro* es también un *tertium*, como se afirma en la STC 53/85» –*Derechos inherentes en la reproducción asistida en Humanidad in vitro* (cit. nt. 11), pg. 276 y nt. 29.

table jurisprudencia, que va a aclarar la Constitución, decir cuál era el significado» de dicho término⁶²¹.

A fin de cuentas, lo que en el artículo 30 del Código Civil se exige «para los efectos civiles» es una viabilidad específica, que lleva a sólo considerar como «nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». No se niega –sería absurdo...– que haya nacido antes, ni que fuera ya persona; pero sólo tras cumplir dichas condiciones se convierte en interlocutor válido para el tráfico jurídico-privado. Con ello el Código Civil no hacía sino confirmar de modo implícito, a fuer de obvio, la existencia de una nunca cuestionada viabilidad genérica previa, merecedora de la protección que a lo largo del proceso de gestación venía ya disfrutando el concebido.

Nadie ponía en duda que se tratara de un ser humano⁶²², salvo que –a falta de medios científicos hoy sobrantes...– lo acabara desmintiendo *a posteriori* su propia figura. Venía ya siendo digno de protección mientras esperaba verse confirmado, por imperativos de seguridad jurídica, como interlocutor a determinados efectos. Esa implícita protección civil por vía de presun-

621. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios* Madrid, Cortes Generales, 1989 (2ª ed.), t. II, pg. (2031). La situación se convierte en kafkiana si, como parece obligado, nos remitimos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, dado que utiliza indistintamente «"todos": "everyone", en inglés, y "toute personne" en francés»; aunque haya llegado a decantarse por considerar que dicho término en ambas versiones «sólo es aplicable a la vida posnatal, no incluyendo por consiguiente al no nacido» –cfr. C. M. ROMEO CASABONA *El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2004 (20), pgs. 165 y 167–.

622. J. VIDAL MARTÍNEZ, tras analizar estas previsiones, aun estimando que «el Código Civil español utiliza un sistema un tanto rudimentario para "acotar" a los efectos civiles el momento en que el ordenamiento reconoce al ser humano personalidad jurídica», considera «suficiente todo ello para entender que se trata de "alguien" y no de "algo"». En consecuencia, «aunque resulte paradójico, resulta todavía adecuado el sistema del Código Civil, que se refiere al momento de la concepción, sentando desde ese momento un principio de *favor legis*, que no conoce "espacios en blanco"» –*Las nuevas formas de reproducción humana* Madrid, Civitas, 1988, pgs. 163, 88, 90.

ción mantiene, por lo demás, un claro paralelo con la vinculación existente entre la condición de ser humano dotado de dignidad y la jurídica de persona, suscrita en el ámbito jurídico-penal.

Si esa viabilidad genérica no era más expresamente definida es porque no resultaba relevante en relación al propósito entonces perseguido. El ámbito jurídico-civil se hallaba aún notablemente ajeno a la futura eclosión de los llamados derechos personalísimos, o de la personalidad, más directamente cercanos a los hoy llamados derechos fundamentales. Su objetivo no era la tan obvia como indirecta protección del nuevo ser humano sino la garantía de seguridad de un tráfico jurídico-privado necesitado de conocer si, y desde cuando, contaba ya con un nuevo interlocutor. El embrión venía mostrando de hecho su genérica viabilidad, al no tropezar con ningún obstáculo, surgido de modo espontáneo o fruto de una perturbadora intervención humana dirigida a interrumpir la gestación. Precisamente por eso continuaba disfrutando de modo jurídicamente indiscutido, a todos los efectos favorables, de la protección y respeto que su dignidad humana exigía. Con el específico concepto jurídico-civil de *viabilidad*, vinculado a la *personalidad*, se trataba de marcar una frontera para la consolidación definitiva de su condición de interlocutor en el tráfico jurídico-privado.

Se trataba, pues, de determinar cuál sería su situación en todo lo relacionado con las cosas; no de convertirlo en una cosa más. En modo alguno se discutían las exigencias de su propia dignidad humana, que se situaban históricamente fuera de las pretensiones del Código y lo desbordaban conceptualmente⁶²³. Sólo la tópica atribución a la llamada «parte general» del Código Civil de una función fundadora de todo el ordenamiento jurídico (con visos prácticos de suplencia constitucional) ha llevado a consolidar un restrictivo y perturbador escorzo a la hora de analizar esta situación.

623. O. HÖFFE constata una situación similar en el Código alemán: cuando «establece lapidariamente: "la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento"», está omitiendo «algo que era para el legislador tan obvio que no necesita expresarlo; "ya" con el nacimiento» —*Medizin ohne Ethik?* (cit. nt. 8), pg. 86.

La continuidad de la protección respondía a la permanencia de un ser humano, que –embrión o ya nacido...– aparecía siempre dotado de dignidad desde su concepción⁶²⁴. Con la constatación de esa específica viabilidad jurídico-civil, se cerraba definitivamente la provisional y ficticia disociación entre ser humano y persona, provocada por vía jurídica en beneficio de la seguridad del tráfico.

3. LA CIENCIA COMO MADRE DE TODAS LAS EXPECTATIVAS

Inmerso en este nuevo escenario, a la hora de verse sometido a ponderación junto a otros bienes o derechos constitucionales, el embrión cambiará inesperadamente de pareja. No se verá ya contrapuesto a la mujer, en soberano ejercicio de su autonomía, sino a la libre creación científica. Aparentemente esta alteración en la balanza habría de resultarle favorable. Sea cual sea el valor que a la ciencia se le conceda, nunca sería equiparable al que merecen los derechos de la mujer⁶²⁵. En la práctica, sin em-

624. U. FERRER recuerda que «la persona es, en efecto, un “alguien” que está más allá de toda apariencia corpórea y anímica, y de ello son prueba su futuridad, nunca reducible a presencia objetiva, su expresividad a través de un cuerpo que no la agota, el “tener”, como modo inmaterial de apropiarse de realidades externas, sus propias realizaciones, sólo inteligibles de acuerdo con el ser de ella»; por otra parte, «la dignidad resulta ser el concepto-puente entre la condición ontológica de la persona y las exigencias morales incondicionadas» –¿Qué significa ser persona? Madrid, Palabra, 2002, pgs. 278 y 279. Una expresiva versión jurídica en el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984: «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo». También la ley de Luisiana de 1986 considera a su vez al embrión *in vitro* como sujeto de derechos –cfr. pg. J. FEMENÍA LÓPEZ, «Status» jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido «*in vitro*» Madrid, McGraw Hill, 1999, pgs. 87-88.

625. J. VIDAL MARTÍNEZ no deja de apuntar que «aquí no pueden oponer las personas de su entorno que han contribuido decisivamente a su creación y mantenimiento derechos fundamentales, sino más bien sus actuaciones son fuente potencial de responsabilidad». En consecuencia, en paralelo a los admirables avances de la ciencia, que «permiten la utilización de seres humanos desde el mismo momento de su concep-

bargo, las expectativas de la investigación científica se verán alimentadas por notables intereses económicos, que dejarán clara y no siempre casual impronta en los medios de comunicación. La presión, ambiental o inducida, sobre éstos explica que puedan acabar sometidos al ridículo, tras magnificar fraudes desoyendo documentadas advertencias⁶²⁶ sobre lo inverosímil de algunos presuntos logros.

La resaca del aborto llevó a detectar una espontánea repugnancia a la hora de admitir que, después de abolida la esclavitud⁶²⁷, haya aún seres humanos que no merezcan ser respetados como personas⁶²⁸. De lo contrario, el escenario resultaría inexplicación», «el progreso jurídico estriba precisamente en mantener desde aquel momento mismo el valor intrínseco del ser humano y sus posibilidades futuras de desarrollar libremente su personalidad» al abrigo del artículo 10.1 CE –*La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* Granada, Comares, 1998, pgs. 99 y 147.

626. «No se ha obtenido un clon humano, ni siquiera un embrión clónico», advirtió en «La Voz de Galicia» N. LÓPEZ MORATALLA ya el 13.2.2004, dos años antes de estallar el escándalo del coreano Hwang. Pese a que su análisis logró cierta difusión, mereció a la mayoría de los medios menor credibilidad que los milagros anunciados por el impostor.
627. En la esclavitud piensa sin duda G. JAKOBS cuando apunta que «hoy en día es evidente que cada ser humano es también una persona, pero históricamente dicha equiparación ha carecido de validez durante siglos». En cualquier caso, al preguntarse si «nos encontramos ante un delito contra una persona si un ser humano mata a golpes a otro ser humano en un momento histórico determinado», había respondido: “*per se*” no; pues no ha quedado determinado si autor y víctima eran realmente personas». Concluirá, en implícita perspectiva funcional, que «desde el punto de vista jurídico una persona no es un cuerpo animado o algo similar, sino un ámbito de organización, lo que quiere decir la diseñada continuidad en la coordinación y la administración de derechos y deberes» –*Sobre el concepto de delito contra la persona* «Revista del Poder Judicial» 2003 (70), pgs. 118-119 y 134. J. BALLESTEROS diagnostica por su parte que «la dificultad mayor para dotar al embrión de la condición de “sujeto” de derechos es la creencia de que la dimensión de la maternidad, en cuanto supone un cuidado intransferible de la madre respecto al hijo, supone una situación análoga a la esclavitud, de la que la madre debe ser liberada si lo desea» –*El estatuto del embrión humano* (cit. nt. 16), pg. 228.
628. G. DÍAZ PINTOS, en su prólogo a la edición española de *Genética y justicia* de los pos-rawlsianos A. BUCHANAN, D. W. BROCK, N. DANIELS y D. WI-

cable. Por una parte, se despenaliza el «sacrificio» (en terminología del propio Tribunal Constitucional) de fetos notablemente desarrollados –de no desmentida viabilidad, pero con malformaciones congénitas– sin que surjan mayores preocupaciones sobre su ulterior destino; conocidamente vinculado por lo demás a la investigación o a la industria cosmética. Continuará, por otra, debatiéndose años después con renovada intensidad sobre la suerte de embriones que se hallan en los primeros estadios de su división celular, y cuyo desarrollo vital sólo podría prosperar mediando una deliberada intervención ajena...

Se había insistido en que las condiciones que llevaban a someter a ponderación la vida del no nacido sólo serían admisibles en un contexto excepcional, fuera del cual tal operación resultaría desproporcionada. Se resaltaba, a la hora de evaluar el conflicto planteado, tanto el peso de la autonomía de la mujer como el hecho de que los bienes y derechos en juego aparecieran inescindiblemente unidos en el cuerpo materno, lo que convertía a la opción por uno y otro en físicamente inevitable.

El protagonismo de los derechos de la mujer alcanzó su marea alta con la FIV. No en vano dicha técnica logra con no poco debate vía libre esgrimando una, hoy ya casi olvidada, apología del presunto derecho a tener un hijo⁶²⁹, de obligado reconocimiento a toda mujer fértil deseosa de concebir, incluso fuera del marco de una relación heterosexual. Se trataba, por entonces,

KLER –Madrid, Cambridge University Press, 2002, pg. XV– asume que «negar la equivalencia entre ser humano y persona en función de diversas circunstancias que singularizan a los individuos o a determinados grupos introduce un potencial de discriminación en el interior de la especie humana misma tan grave como la del sexo, la raza o la religión»; constata a la vez que todo ser humano, «desde el embrión hasta el enfermo terminal, participan de la *praxis* típica en que consiste la vida moral por la que se identifica la especie humana».

629. J. VIDAL MARTÍNEZ criticaba hace más de un decenio una «política jurídica», que consideraba «desafortunada», que habría «transformado la libertad fundamental que asiste a la mujer para procrear, en una especie de “derecho a procrear”, poco menos que un “derecho al hijo”» –*Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido «in vitro» en Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor José Luis Lacruz Berdejo* (separata) vol. II, 1993, pg. 2102.

de abrir de modo altruista un más amplio campo de juego al, habitualmente angosto, ámbito de libertad de la mujer. No habría sido fácil, sin ese plus ético, justificar tres arduos planteamientos cuyo eco sigue hoy marcando decisivamente este debate.

a) la justificación ética de una manufacturada *producción* (que no reproducción...) de seres humanos, que pasan de ser gestados a ser en un primer momento más bien gestionados;

b) la vía libre a la fabricación de embriones *sobrantes*, inequívocamente condenados a la no viabilidad (o sea, a morir). No en vano su vida se habría mostrado a fin de cuentas innecesaria (por mera aleatoriedad cronológica) o inmerecida (por rigurosa selección eugenésica);

c) como trasfondo de ambas opciones, la consolidación de un novedoso concepto de *derecho*, entendido no como la expresión de un valor objetivo radicado en su titular sino como un mero *deseo* subjetivo capaz de llegar a encontrar benévola o indiferente aceptación generalizada⁶³⁰.

La presunta existencia del derecho a tener un hijo justificaba la fabricación artificial de un ser humano; e incluso la destrucción de otros para garantizar el éxito de dicho proceso, mediando la práctica de una selección eugenésica –explícita o tácita– al elegir entre ellos⁶³¹. Admitido esto, resultaría sorprendente que se impidiera continuar dicha vía reconociendo también un derecho, no menos fundado, a no tener un hijo cualquiera sino a poder disfrutar de uno capaz de satisfacer en toda su plenitud a quien lo demanda.

630. A ello me he referido en *El derecho a lo torcido*, incluido en *El fraude del buenismo* (V. PUIG coord.) Madrid, FAES, 2005, pg. 70.

631. Para V. GERHARDT, sin el correspondiente diagnóstico pre-implantatorio no tendría sentido la finalidad del proceso de fertilización *in vitro* en su conjunto, que aspira a la generación de un germen no dañado –*Der Mensch wird geboren* «Merkur» 2001 (625), pg. 413. Crítico al respecto O. HÖFFE que señala cómo la vinculación de FIV y eugenesia lleva consigo el riesgo de favorecer una selección discriminatoria por razón de sexo –*Medizin ohne Ethik?* (cit. nt. 8), pg. 95.

Se ha roto ya toda simetría, con lo que nos alejamos de una ponderación propiamente jurídica. El problema no deriva tanto de la alteración de los elementos a ponderar como del muy *débil* concepto de derecho al que se ha recurrido. Si un derecho no es sino un mero *deseo* individual considerado aceptable por los demás, no será su titular sino los demás quienes estén en condiciones de marcar la frontera entre un verdadero derecho y un capricho descartable. El derecho a la vida se había convertido en la expresión más neta de un concepto *fuerte* de *derecho*, derivado de la mera existencia de su propio titular, que lo haría indisponible y merecedor de la máxima protección; el derecho a que otro viva se convierte ahora en la más clara expresión de la trivialización de lo jurídico, entendido como mero deseo individual no perturbador⁶³².

Los embriones *sobrantes*, considerados audazmente por nuestro Tribunal Constitucional como «hecho científicamente inevitable», marcaron el no va más de la permisividad ética en presunto beneficio de las expectativas de la mujer⁶³³. Ellos mis-

632. En esta planificación eugenésica «lo padres sin sometimiento a consenso deciden sólo con arreglo a sus propias preferencias, como si dispusieran de una cosa» J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pg. 90.

633. J. VIDAL MARTÍNEZ hace notar la escasa congruencia entre el «principio de intervención mínima» que suscribe el Tribunal y el considerar inevitable la existencia de embriones «sobrantes»; a diferencia de lo previsto en la ley alemana, y pasajeramente en la efímera reforma española. Con ello avalará a la postre una ley inspirada en el modelo utilitarista británico, que desconoce durante determinado plazo la dignidad del ser humano –*Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999* (cit. nt. 6), pgs. 122 y 135. V. BELLVER considera que la ley «desatiende por completo la protección del embrión en favor de la mayor eficiencia de la técnica» –*El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* (cit. nt. 9), pg. 127. Por otra parte, se hará eco de estudios que constataron en los niños nacidos por FIV en Suecia «un riesgo tres veces mayor de sufrir problemas neurológicos, principalmente parálisis cerebral», cuya conclusión clínica sería «que sólo debería implantarse un embrión fertilizado *in vitro*»; considera que «crear más embriones de los que puedan ser imprescindibles en cada ciclo, aunque posteriormente sean congelados, es una instrumentalización de la vida humana que choca con la tutela constitucional a la misma» –*El estatuto jurídico del embrión* (cit. nt. 11), pgs. 246 y 261.

mos serán ahora los que hagan que la mujer y sus expectativas acaben desapareciendo del mapa⁶³⁴.

Bajo el imperio del derecho al hijo, toda fecundación artificial sin finalidad reproductiva se veía rechazada, sanción penal incluida⁶³⁵. Bajo el imperio del derecho de la ciencia a clonar se invierten las tornas. La clonación reproductiva resultará estratégicamente demonizada. Se hace quizá auto-stop en el feminismo previo; más que fruto de deseo maternal, parece vinculada a un varón, cuya autoestima no se vería suficientemente colmada sin garantizar su continuidad viéndose reduplicado. Sólo una imaginable clonación destinada a sustituir a un hijo desaparecido conservaría aún cierto aire maternal; la fabricación de un nuevo ser humano capaz de brindar facilidades terapéuticas cobra más bien visos de dispensación farmacéutica.

En todo caso, estos seres humanos *sobrantes*, que se fabricaron por si fueran *necesarios* y se vieron crioconservados a tal fin, se han acabado convirtiendo en protagonistas del debate; expulsan silenciosamente de la escena a la mujer, consumando así un curioso «transfer» ético.

La ciencia ha sustituido a la madre. Quizá oficia, más bien, como madre de todos los deseos insatisfechos; con la ventaja de que nadie se atreverá a relativizarlos por caprichosos. A la ciencia no se le diagnostican antojos. Al generalizar deseos y expectativas colectivos, resultará arduo plantear una auténtica ponderación con rigor similar al que se utilizó en la polémica del aborto; la sospecha de oscurantismo fundamentalista está cantada. Por otra parte, cuando del sentimiento se pasa al dinero a quienes

634. Para E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ «dichas tecnologías no responden a una necesidad de las mujeres, ni se han desarrollado para ayudar a las personas estériles, aunque así intentan justificarlas sus promotores» –*Mujeres y técnicas de reproducción artificial. ¿Autonomía o sujeción?* en *Humanidad in vitro* (cit. nt. 11), pg. 168.

635. La consecuencia es clara: «en un contexto distinto del tratamiento de procreación, la conducta no estará inmersa a la excepción a la regla que determina el deber de conducta (no practicar fecundaciones *in vitro*) y, por tanto, será contraria a derecho» –C. PÉREZ DEL VALLE, *Finalidad terapéutica e investigación genética (A propósito de la consideración jurídica del embrión)* en *Genética y derecho* (cit. nt. 14), pg. 179.

manejan los medios de comunicación no suele pasarles inadvertido.

Las «indicaciones» despenalizadoras del aborto implicaban, una a una, la minuciosa ponderación de los derechos y bienes en juego. Aun relativizando el valor de la vida como bien digno de protección, partiendo de que «no hay derechos ilimitados», había teóricamente que considerar afectada la salud de la madre –en términos susceptibles de amenazar no a su mejor talante sino a su misma vida– para que la del no nacido resultara cuestionada. El problemático supuesto de violación iba bastante más allá de la mera inexistencia del deseo de tener un hijo, para ahondar en el dramático derecho a no verlo convertido en perpetua actualización del más brutal atropello a la dignidad personal. En caso de previsibles malformaciones congénitas, no se buscó paternalistamente la justificación del aborto en un presunto beneficio del no nacido –lo que hubiera llevado a admitir su muerte como un bien– sino que, con no poca sinceridad, se aludió a que exigir consumir una maternidad en tan deplorables condiciones resultaría abusivo.

En ningún caso se llegó a reconocer que el derecho de autodeterminación de la madre tuviera, ni siquiera en ámbitos atribuibles a su más estricta intimidad, una rígida primacía sobre la vida humana no nacida⁶³⁶; asunto distinto es que la previsible trivialización del concepto de «salud síquica» haya llevado en la práctica a resultados equivalentes. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional español ha obligado de modo continuo a automarginarse en votos particulares a quienes pretendieron consagrar de una vez por todas aquella primacía⁶³⁷.

636. «Puede deducirse que el sistema de los plazos o aborto libre durante las primeras semanas de gestación es inconstitucional, como lo es también la defensa de un derecho absoluto al aborto» –C.M. ROMEO CASABONA *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana* (cit. nt. 17), pg. 92.

637. Se erigió también en votante particular, en fase de proyecto, el concebido Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 41.5 establecía «Los poderes públicos deben velar para que la libre decisión de la mujer sea determinante en todos los casos en cuanto a las cuestiones que puedan afectar su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, en particular en lo que concierne al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual». A

Ahora, sin embargo, la ciencia tiende a aparecer como dogmática portadora del único derecho ilimitado admisible. Con el poco disimulado estímulo de los que a ella confían incalculables ganancias, se le atribuye la inminente superación de todas las imaginables limitaciones humanas. Cuando los portavoces de la exótica secta «realiana» llegaron a anunciar la buena nueva de que somos inmortales no ironizaban involuntariamente; ofrecían una espléndida oportunidad para que más de un ardoroso defensor de la ciencia recuperase, si no la conciencia ética, al menos cierto sentido del ridículo. La apoteosis de la ciencia y el regreso a la mitología se daban significativamente la mano. Cuando la solución a un dilema se dogmatiza en estos términos toda ponderación resulta tan imposible como superflua. ¿Quién osará oponerse a los indiscutibles logros de la ciencia, ni siquiera antes de que lleguen efectivamente a producirse? Habría de autoinmolarse como fanático oscurantista o suscribir confesionalmente una apasionada opción por la ignorancia...

La situación no deja de resultar particularmente llamativa para el jurista. Del supuesto dilema entre bienes y derechos, tan fundamentales como la vida del no nacido y la de su madre, hemos pasado a un conflicto bien distinto: entre la vida humana y la investigación científica. Para buscar el encaje constitucional de la promoción de «la ciencia y la investigación científica y técnica», siempre «en beneficio del interés general», habría que alejarse notablemente (art. 44 CE) del catálogo de derechos considerados «fundamentales». A nadie, hasta ahora, se le había pasado por la cabeza subordinar el derecho a la vida ponderándolo con el derecho a «la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» (art. 20 CE). Cuando, de modo remoto, nuestra jurisprudencia constitucional llegó a ocuparse de una posible relación entre los artículos 15 y 20 CE –como ocurriera en el discutido caso Vinader– fue para situarse en las antípodas de tal pretensión. No deja de resultar jurídicamente significativo, si se tiene en cuenta que el art. 20, como generador de una opinión pública alimentadora del pluralismo político, ha merecido siem-

ello nos referimos en «*Puenting*» constitucional «Nueva Revista» 2006 (103), pgs. 10-16.

pre una protección reforzada, por razones que en modo alguno serían extrapolables al progreso científico más prometedor⁶³⁸.

4. NI PERSONA NI COSA: HACIA LA DUDA DEMIÚRGICA

La dura admisión de que hay seres humanos que no son personas aboca inevitablemente a disponer de ellos como cosas⁶³⁹. La constatación de las consecuencias del paso de lo «engendrado» a lo «hecho» invita incluso a repensar la Modernidad. Recordando la distinción aristotélica entre teoría, técnica y praxis, se apuntará que las ciencias naturales han pasado de una observación desinteresada a una intervención técnica, sometiendo así a reduplicada objetivación a una naturaleza «des-almada». En la Modernidad la conducta se tecnifica, presa de una «lógica de la aplicación», que puede llegar a cuestionar «la función directiva de la praxis propia de la moral y el derecho». La genética involucra a los hombres revolucionariamente en una zoológica tarea de «cría», alejada del estilo clínico basado siempre en la «adecuación a la dinámica propia de la naturaleza». A esta altura resulta obligado esbozar disculpas: entiéndase todo ello como «algo distinto a la expresión de una burda resistencia

638. Para V. BELLVER CAPELLA «la investigación conducente a clonar seres humanos exigiría la violación de la dignidad de la mujer –al tenerse que someter a la instrumentalización requerida por el “progreso” de la ciencia– y la desprotección del embrión», lo que le lleva a recordar que «la libertad de investigación tiene como límite el respeto a los derechos de las personas» –¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana Granada, Comares, 2000, pgs. 94 y 121.

639. Un análisis de las posturas ante este dilema jurídico en pg. J. FEMENÍA LÓPEZ, «Status» jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido «in vitro» (cit. nt. 25), pgs. 63 ss. A. BUCHANAN, en su intento de someter a criterios rawlsianos de justicia la llamada «lotería natural», observa que «la ruptura de la distinción entre los sujetos de distribución y los objetos de distribución (entre personas y bienes) parece inevitable una vez que nos hemos comprometido, bien con el igualitarismo de los recursos o bien con la concepción de la igualdad de oportunidades basada en la suerte bruta»; considera que cabría superarla si se admite que «las únicas limitaciones sospechosas son aquellas debidas a estructuras sociales injustas o que impiden a una persona alcanzar el umbral de capacidades necesarias para ser un competidor normal en la cooperación social» –Genética y justicia (cit. nt. 29), pg. 80.

antimodernista». Aun admitiendo que «la des-tradicionalización del mundo vital es un aspecto importante de la modernización social», a lo que se apunta con esta crítica es a un «cambio formal en la «percepción» del proceso de modernización», como única vía para evitar «una remitificación» y dar, por el contrario, paso a «una reflexión de lo moderno sobre sí mismo, que posibilite una Ilustración más allá de sus fronteras»⁶⁴⁰.

Incapaces de aguardar la lenta consumación de tan apasionante tarea, los más decididos preferirán despejar expeditivamente el dilema. Desde un punto de vista ético no es difícil intentarlo mediante el socorrido recurso a la *falacia naturalista* combinado con el cuestionamiento del *especieísmo*⁶⁴¹. Habría que rechazar un paso demasiado automático del ámbito biológico al ontológico, a la hora de derivar consecuencias éticas. Del hecho de que algo se comporte de un modo determinado no cabe derivar como consecuencia ética que debemos respetar tal comportamiento: tal ocurriría –se nos dice– si constatando, biológicamente, que ha surgido un nuevo ser humano vivo pretendiéramos considerarlo también éticamente como un ser humano, cuya dignidad exigiría protección y respeto⁶⁴².

640. J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pgs. 80-83 y 49-51.

641. Esta crítica a lo que llama «especificismo» no arredra a M. RHONHEIMER, que no duda en afirmar que «el individuo formado por la fusión de gametos provenientes de individuos de la especie *homo sapiens*, pertenecerá también a la especie *homo sapiens*, es decir, que no le falta nada para poder ser definido como “hombre”», «y por consiguiente una persona humana (ya que no es posible la existencia de tales individuos, sino en cuanto personas)» *Derecho a la vida y Estado moderno* (cit. nt. 20), pgs. 75 y 95. J. BALLESTEROS recuerda que «el especieísmo, según el utilitarismo, derivaría del monoteísmo y llevaría a valorar más “un diminuto e insensible trocito de tejido embrionario”», antes que todo el conjunto de los gorilas. Para el utilitarismo, por el contrario, el embrión no es nada en cuanto no es sensible, el gorila lo es todo en cuanto sensible»; también la «sociobiología» tendría al «especieísmo por su principal enemigo», al defender «el hibridismo entre las especies, a través de la ingeniería genética» –*Exigencias de la dignidad humana en biojurídica en Manual de Bioética* (cit. nt. 16), pgs. 182-183 y 185-186.

642. El ya legendario Informe Warnock no experimenta tal escrúpulo a la hora de dejar sentado que «la utilización de embriones humanos para la investigación es moralmente inadmisibles debido precisamente al hecho de que son humanos, y gran parte de las pruebas de las que se

La situación invita a la perplejidad. Por una parte, se nos recuerda: «personalidad» significa «titularidad de derechos fundamentales». Los derechos fundamentales serán algo así como el código genético de cada hombre, desde el punto de vista jurídico». Parece ocioso preguntar quién habría de asumir la carga de probar por qué tal código genético jurídico no debe identificarse con el código genético sin más. Sin embargo, se negará a la vez carácter de persona al no nacido –dejándolo sin código genético jurídico– sin que ello impida reconocer (ahora sí...) que «sólo la existencia de “vida” en el sentido biológico del concepto, obliga a tomar determinadas medidas que puede considerarse que forman parte de lo que podría calificarse como “estatuto jurídico del embrión”»; que incluiría que, también a él, «la dignidad debe reconocerse en todos los supuestos»⁶⁴³.

La alternativa al denostado especieísmo no acabará siendo otra que la discriminación, ya que si se considera tal a establecer diferencias por razón de sexo o raza, es precisamente porque los que la sufren son de nuestra misma especie⁶⁴⁴.

En todo caso, sin incurrir en falacias de ningún tipo, un jurista sí habría de admitir que partiendo de datos de hecho como los apuntados se invertiría al menos argumentalmente la carga de la prueba: quien habría de aportar razones justificadoras para

dispone hasta la fecha corroboran esta afirmación en forma autorizada»; por más que esto no le impida luego invitar a una ponderación por estimar que ese debido «respeto no puede ser absoluto y puede quedar compensado por los beneficios derivados de la investigación», como hace constar en su detenido análisis A. APARISI MIRALLES, para quien de ello acabará derivando «la posibilidad de la existencia de vidas humanas carentes de dignidad» –*El permisivismo ante la FIV: a) la visión anglonorteamericana en Humanidad in vitro* (cit. nt. 11), pgs. 41-49, sobre todo 44-45.

643. Tal mosaico argumental en E. ROCA TRÍAS, *La función del derecho para la protección de la persona ante biomedicina y la biotecnología en Derecho biomédico y bioética* (C. M. ROMEO CASABONA COORD.), Granada, Comares, 1998, pgs. 166, 181 y 179.

644. Así lo señala M. RHONHEIMER, para quien los que como Norbert HOERSTER se aferran a dicha crítica no pueden eliminar «la sospecha de que su teoría es una justificación del poder absoluto de los nacidos sobre los no nacidos, y de los sanos sobre los enfermos» –*Ética de la procreación* (cit. nt. 19), pgs. 183 y 218.

negar tan obvia identidad es quien pretenda afirmar –dando lecciones éticas a la ciencia– qué no nos encontraríamos aún en presencia de un ser humano, pese a que consten indicios fácticos que nos lo presentan con características similares a las de cualquier otro.

Una más rotunda estrategia crítica impondría de modo tajante que al hablar de *ser humano* no estaríamos manejando un concepto biológico sino cultural. El problema es cómo prestar una fundamentación ontológica y ética a tal giro copernicano sin incurrir en una más clara falacia⁶⁴⁵. Podría, en efecto, estar produciéndose una auténtica ruptura antropológica: del concepto de hombre entendido como *ser corporal* habríamos pasado a entender al hombre como un ser que de modo no esencial *tiene un cuerpo*⁶⁴⁶. El jurista, en todo caso, no dejará de preguntarse

645. «Poner al ser personal digno en función de un criterio biológico constatable, como puede ser la anidación del embrión en el útero, equivale a confundir la persona con un fenómeno empírico. Se suele denominar “personismo” a esta posición, por sustantivar la persona al margen de una naturaleza»; «el único criterio empírico de que disponemos es la continuidad procesual en el desarrollo de un ser idéntico, lo cual vuelve arbitraria cualquier fijación del momento en que acaecería la conversión de un ser natural en persona» –U. FERRER *Bases ético-antropológicas de la legislación alemana sobre el embrión en Humanidad in vitro* (cit. nt. 11), pg. 101. El propio J. BALLESTEROS considera que Laín y Gracia «se acercan a la posición personista», al considerar que «no existe suficiencia constitucional antes de la organogénesis, y especialmente antes de la formación del cerebro, ya que de otro modo no estaría presente la inteligencia, que es la nota sistemática fundamental de la persona humana»; por el contrario, la distinción de MOUNIER entre persona y conciencia de sí, o la de ZUBIRI entre personeidad y personalidad, asumen que «el ser humano es siempre “el mismo”, la misma sustantividad, aunque no sea siempre “lo mismo”» –*El estatuto ontológico del embrión* (cit. nt. 12), pgs. 229 y 234-235.

646. J. HABERMAS hace suya esta distinción fenomenológica de PLESSNER a la vez que plantea el dilema ético y político entre comportarnos «autónomamente, de acuerdo con consideraciones normativas, que inciden en una democrática conformación de voluntad, o arbitrariamente de acuerdo con preferencias subjetivas, que encuentran satisfacción en el mercado». Habría que dilucidar, por ejemplo, si las intervenciones en el genoma han de entenderse como «un incremento de libertad necesitado de regulación normativa, o como la consolidación de transformaciones que dependen de preferencias no necesitadas de autolimitación alguna». Ejemplifica la distinción inicial con la posible elección para un

si dicho carácter *cultural* permitiría subordinar al ser humano a cualquier condicionamiento o con qué límites.

La querencia del juicio ético a buscar apoyo en lo ontológico va a acabar generando una curiosa argumentación que merecería ser catalogada como *duda demiúrgica*: nuestra dudosa percepción de una determinada realidad nos autorizará a postular de modo voluntarista la existencia cierta de otra. Vale la pena reflexionar un poco sobre tan inesperada acrobacia.

La cartesiana duda metódica partía de la desconfianza en la capacidad de nuestro conocimiento para captar el ser y, en consecuencia, en la dudosa capacidad del ser mismo para darse a conocer mostrándose como ontológicamente «verdadero» (el «verum» metafísico, como transcendental del «ser»). Los sentidos nos engañan a veces y no faltan situaciones en que no distinguimos adecuadamente el sueño de la vigilia; de ahí que se nos animara a partir de la fiabilidad de nuestro personal «cogito» antes que de mensajes ontológicos de siempre problemática percepción. En la actual coyuntura nos encontramos también sumergidos en una relevante duda: desde qué momento concreto de ese prolongado proceso evolutivo, artificialmente escindido por demás en la FIV, estaríamos en condiciones de afirmar que nos hallamos ante un nuevo ser humano.

Las respuestas más expeditivas resuelven con fronteras tajantes el problema, sin dejar resquicio al menor asomo de duda. Si se establece, por ejemplo, que ser humano equivale a tener la

tercero de algo tan meramente corpóreo o tan profundamente personal como el sexo: «una persona es hombre o mujer, "tiene" este sexo o aquél, y no podría asumir otro sexo sin convertirse a la vez en "otra" persona» –*Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4) pgs. 27-28 y 146. A. CAMBRÓN capta también con acierto que «todo acontece "como si" se disociara la materia del cuerpo de la "persona"». Sobre la materia corporal es posible la propiedad en aplicación de la lógica productiva». «El cuerpo se ha reducido a soporte de la "persona". Disociados los dos componentes, el primero ha pasado, en la práctica a estar absolutamente disponible, del segundo –la persona– se sigue predicando que es "inalienable", "indisponible"». Todo ello en un trabajo condenado por su punto de partida ideológico a derivar hacia una dialéctica inevitablemente maniquea –*Génesis y problemas de la bioética en Entre el nacer y el morir* (cit. nt. 20), pg. 8.

efectiva capacidad de autodeterminarse, convirtiendo a la autonomía en fuente de la dignidad y no viceversa⁶⁴⁷, no sólo no sería humano el problemático embrión, sino tampoco un tierno infante o un enfermo terminal⁶⁴⁸. Si lo que nos haría humanos fuera, más bien, la capacidad de experimentar dolor o placer, volvería a quedar el embrión precoz fuera de juego, debiendo sin embargo recibir un trato digno –en abierta lucha con el especieísmo– animales de diversas especies.

Cuando no se llegan a admitir dichas fronteras, por considerarlas demasiado toscas⁶⁴⁹ o por pronosticarse su fácil rechazo

647. De esta decisiva inversión me he ocupado en *La invisibilidad del otro. Eutanasia a debate* «Revista Cortes Generales» 2002 (57) pgs. 58-62. Resulta significativo que habiéndose asumido como punto de partida que «durante todo ese proceso, con mayor o menor intensidad en la protección de la vida y la salud, no debe desconocerse la presencia de la dignidad de la persona humana» y que «la dignidad humana es una membrana axiológica que cubre al ser humano con independencia de cuál sea el momento de desarrollo en que se encuentre», se acabe reconociendo que «en realidad se ha producido una inversión valorativa, de tal modo que resulta preferible que no nazca un ser humano a que lo haga con graves taras». Todo ello deja traslucir un protagonismo del contorno, hasta el punto de que, ante una posible clonación, la protección penal de la «identidad e irrepitibilidad del ser humano» se justificará por tratarse de uno más entre otros «bienes de naturaleza colectiva, pues en definitiva lo que se pretende es salvaguardar la diversidad genética de la especie humana y no preferentemente el derecho subjetivo a ser uno mismo» –J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La protección penal del embrión preimplantatorio en Genética y derecho penal. Previsiones en el Código Penal español de 1999* (Carlos María ROMEO CASABONA ed.), Bilbao-Granada, Comares, 2001, pgs. 115, 119 y 124.

648. Para L. PALAZZANI «el error de las teorías “separacionistas”», que admiten que no todos los seres humanos son personas, «consiste en desconocer que la presencia de una función (sea sensitiva, intelectual, autoconsciente o valorativa) o la presencia de las condiciones para que se hagan notar presupone la existencia de un sujeto». Tal sería el caso del «utilitarismo, el neocontractualismo y, en ciertos aspectos, también el llamado “principialismo”» con sus exigencias de ponderación –*Introduzione alla biogiuridica* Torino, Giappichelli, 2002, pgs. 35 y 22.

649. R. STITH detecta un elemento común en las argumentaciones favorables al aborto y la eutanasia, al compartirse una concepción de «la vida física como una mera cosa, como algo que puede existir sin que haya un ser humano que la viva», pese a que «destruir una vida no es destruir una cosa, es destruir al ser que vive esa vida». El feto aparece como «un objeto en construcción» y al enfermo terminal «lo benefician en el sen-

en la búsqueda de un consenso argumental, la duda vuelve a enseñorearse del escenario. El problema será, pues, cómo salir de ella. Lo hace particularmente difícil esa arraigada dualidad ontológica, que ha cobrado relevancia jurídica decisiva desde tiempo inmemorial: la tajante distinción entre persona y cosa⁶⁵⁰. El nacimiento mismo de la ética, y en buena medida el de una filosofía liberada del mito, se vincula a una reflexión sobre la persona desencofrada del marco cosmológico. Jurídicamente, la figura de los *derechos reales* marca igualmente una nítida frontera con las *obligaciones personales*. De ahí que la duda invite a acometer demiúrgicamente la misión imposible de suscitar una realidad ontológica que, sin ser *persona*, no acabe resultando *cosificada*⁶⁵¹.

tido de que le quitan una cosa pesada, una vida con valor negativo»
–*La vida considerada como cosa: un error norteamericano fundamental* «Cuadernos de Bioética» 2005 (56), pgs. 23, 27, 29 y 35.

650. R. ANDORNO no duda en apuntar que «el contraste entre personas y cosas es una de las mejores vías para aproximarse conceptualmente a la idea de dignidad»; tras afirmar que «las cosas tienen precio, las personas tienen dignidad». Ésta sería un «valor único e incondicional que reconocemos en la existencia de todo individuo, independientemente de cualquier cualidad accesoria», ya que «es su sola pertenencia al género humano lo que genera un deber de respeto hacia su persona» –*La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el genoma humano* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2001 (14), pgs. 48, con nota 15, y 47.

651. Indirectamente ilustrativas de la relevancia jurídica de esta situación resultan las reflexiones de J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA: «la protección jurídica de la vida humana y la salud» variaría de «intensidad» «en función del “sujeto” u “objeto” que en cada momento sean portadores de esos bienes». Dado que «existe un deber de proteger sin que exista el correlativo derecho; en este sentido el embrión preimplantatorio es objeto y no sujeto del Derecho». No puede extrañar que se concluya: «el embrión preimplantatorio, como tal, no tiene una tutela jurídica en primera persona, pues las conductas biomédicas que inciden sobre el mismo parecen encauzarse legislativamente hacia la protección de otros intereses de naturaleza colectiva»: «no concentra un valor jurídico autónomo, pero aporta aspectos valorativamente funcionales dependientes de otras necesidades que le trascienden. El interés del legislador parece haberse centrado más en los posibles efectos plurales de la aplicación de las técnicas que en los que produce realmente sobre el objeto que recae»; «la vida del embrión preimplantatorio *per se* no está protegida» –*La protección penal del embrión preimplantatorio* (cit. nt. 48), pgs. 110, 115

Al no despejarse la duda, surge la tentación de convertir la limitación gnoseológica en omnipotencia demiúrgica. Dispuestos a abrir nuevos campos a la ciencia, habría que retroceder responsablemente al mito. No otra cosa es mostrarse dispuestos a reconocer que la realidad estará siempre generosamente dispuesta a brindarnos nuevas categorías ontológicas cada vez que nuestras limitaciones cognoscitivas, o nuestros irrefrenables escrúpulos éticos, nos lleven a no ver una solución suficientemente clara. De nuevo la paradoja: suscribamos esta duda demiúrgica, para que la ciencia pueda sin mala conciencia disponer del ser humano. Convirtamos para ello en ontológicamente disponible toda realidad, imaginándola presta siempre a configurarse a mayor gloria de los argumentos o intereses en juego.

La primacía del razonar sobre el ser lleva a rechazar como *substancialista* la distinción tajante entre persona y cosa; de aceptar la metáfora, habría que admitir que con ello la persona deviene un elemento meramente accidental, lo que al parecer no habría por qué considerar como una *contradictio in terminis*. Por si acaso se amenazaría incluso con aludir a las sospechosas afinidades teológicas de la rechazable concepción substantiva; quizá para desanimar a algún recalcitrante residual. Esta curiosa variante de la dimensión prudencial propia de toda razón práctica acaba invitando a construirse a la medida una previa realidad híbrida. Hasta ahora el *gradualismo* ético no era sino expresión de un juicio ponderado; en adelante lo que aparecerá como gradual no será tanto el juicio moral o jurídico que el caso merezca como la realidad misma que constituye su objeto⁶⁵². El propio

y 125. Años antes en línea similar E. ROCA TRÍAS: «cuando el embrión pierde los sujetos que podrían protegerle, se convierte en objeto de investigación»; dentro de su errático trabajo *El derecho perplejo: los misterios de los embriones*, en el que opta por superar la perplejidad con la frase que le sirve de cierre: «no podemos arriesgarnos a crear nuevos Galileos» —«Revista de Derecho y Genoma Humano» 1994 (1), nota 45 de la pg. 145 y pg. 151.

652. Una meritoria prueba de estos esfuerzos intelectuales: P. RICOEUR, para el que «tratándose del embrión, luego del feto humano, es difícil no preguntarse qué clase de seres son, si no son ni cosas ni personas»; por otra parte, no ve «cómo la tesis puramente moral del respeto puede entenderse en el presente debate, si no va acompañada de una ontología mínima de desarrollo, que añada a la idea de capacidad, propia del

embrión, y no el juicio ético que su situación suscita, es el que se verá convertido en realidad *gradual*: ni persona ni cosa sino todo lo contrario.

El jurista habrá de disponerse pues a asumir el nacimiento de esta nueva categoría de lo real: ni persona ni cosa (*per-cosa*, quizá). Podrá en la práctica ser tratada jurídicamente como cosa siempre que no por ello se la reconozca teóricamente como tal⁶⁵³. La solución se facilita extraordinariamente por la vía de la humildad, si de la constatación de que el derecho no aspira a «determinar la verdad ontológica» derivamos la ágil conclusión de que puede actuar ignorando la realidad⁶⁵⁴; sobre todo si lo que está en juego es una vida humana.

todo o nada, la idea de aptitud que admite grados de actualización», dando paso a una «ontología progresiva» –*Sí mismo como otro* Madrid, Siglo XXI, 1996, pgs. 295 y 297.

653. Expresivo de lo enrevesado de estas bientencionadas propuestas el planteamiento de C. M. ROMEO CASABONA –*Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano* Bilbao-Granada, Comares, 2002, pgs. 182 y 183: el concebido o el embrión *in vitro* «jurídicamente no es una persona, pero tampoco debe otorgársele la categoría de una cosa (no es sujeto, pero tampoco objeto), pues es un no-sujeto avocado, por un proceso evolutivo, a convertirse en sujeto de derecho (FEMENÍA). Sería erróneo, asimismo, concederle un estatuto jurídico intermedio entre una y otra categoría –persona y cosa–, sino que debe reconocérsele un estatuto diferente, autónomo, en un plano coherente con la gradación valorativa expuesta». Al parecer, con ello «se reducen las falacias y aporías argumentales (p. ej., la de si el embrión y el feto son personas, sin perjuicio del enorme calado que tiene esta cuestión desde el punto de vista filosófico y moral)». La cuestión se aclara un tanto si se tiene en cuenta algo apuntado líneas antes: «sin prescindir por completo de este conocimiento de la realidad ontológica, el Derecho puede apartarse de él mediante criterios normativos, extraídos del entramado social»; o sea, que el legislador puede suscribir fórmulas socialmente aceptables aunque ignoren o contradigan la realidad; parecería obligado preguntarse por qué...
654. Encomiablemente sincera la postura de I. DE MIGUEL BERIAIN. Admite que el dilema consiste en si el embrión «ha de ser considerado como persona jurídica y, por tanto, como sujeto de derecho, o como una cosa, siendo en tal caso mero objeto de derechos». En vez de plantearse la tópica cuestión de si se le puede considerar persona, opta por abordar el problema por la retaguardia planteándose si el embrión «cumple todos los condicionantes que se asocian a esa categoría jurídica» de cosa, aludiendo de pasada a «toda la problemática que implicaría atribuir

Sólo así cobrarían verosímil fundamento ontológico las obligadas fórmulas jurídicas de compromiso. Sirva de ejemplo el principio de *manipulación e intervención mínima*, al que remite con generoso altruismo la STC 116/1999. Parece fácil convenir que el embrión, si de un ser humano se trata, no podría ser manipulado ni poco ni mucho; la manipulación sólo es admisible sobre cosas, convirtiéndose en éticamente rechazable y jurídicamente sospechosa si se refiere a personas. Si, por el contrario, el embrión no es un ser humano cuya dignidad deba ser protegida, no se entiende a qué viene tan enfermizo escrúpulo.

Papel similar juegan fórmulas como la de *vida humana potencial*⁶⁵⁵, pero ninguna de ellas hará olvidar a los juristas su invete-

al embrión semejante condición». Dado que lo considera un «ser de naturaleza humana», con «la posibilidad de llegar a convertirse en una persona», ello implicaría que «comparte la dignidad asociada a la misma», y en consecuencia «no cabe hablar de un derecho de apropiación sobre un ser humano». Situado expresamente de espaldas a lo ontológico, será un fungible pragmatismo el que entre implícitamente en juego: «no parece apropiado considerar al embrión como una cosa desde el punto de vista del Derecho»; así que, libre de trabas, mejor dar por bueno que «no es, por tanto, una persona, pero tampoco una cosa, lo cual implica que hemos de respetar su dignidad en cuanto ser de naturaleza humana, aunque esto no suponga en ningún caso reconocer al embrión como sujeto de derecho. No es un sujeto, ni es un objeto: es un ser que llegará a convertirse en sujeto de derechos, y ésa es, precisamente, la razón por la que no debería ser tratado como un objeto» –*El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico* Granada, Comares, 2004, pgs. 124, 128, 136, 138 y 139.

655. Con esta expresión de la no menos legendaria sentencia *Roe v. Wade* del Tribunal Supremo norteamericano «eufemísticamente se quiere significar “no vida humana”. Se ignora así que la vida “es” humana o “no lo es”, pero que no cabe un *tertium genus*» –A. APARISI MIRALLES *El permisivismo ante la FIV: a) la visión anglonorteamericana* (cit. nt. 43), pg. 55. M. RHONHEIMER se emplea a fondo en su crítica: «el feto no se va desarrollando “hasta convertirse en” hombre, sino que se desarrolla “como” hombre»; «no se va desarrollando “hasta convertirse en” persona, sino que se desarrolla “como” persona»; «los fetos no son personas “futuras” ni “potenciales”, sino lisa y llanamente personas», que se convierten en tales «de modo natural», «de modo necesario y previsible», no «casual, sino esencialmente»; «lo que es potencial no es el ser persona, sino el “comportarse como persona”. Sólo un ser que es ya persona en acto puede mostrar una conducta personal potencial y después desarrollar esa conducta personal en acto»; «el individuo humano

rada tradición de renunciar a eufemismos, para despejar por vía de presunción toda situación dudosa.

5. «IN DUBIO PRO VITA»

Los juristas, como hombres prácticos, rara vez pueden permitirse el lujo de dudar; al menos, a la hora de defender bienes de relevancia suficiente como para que merezcan su atención. De ahí que no hayan vacilado en recurrir a las ficciones y presunciones como arma expeditiva para solventar peliagudos problemas. Baste pensar –por no salir de nuestro asunto– en cómo se generó, junto al de las ya aludidas personas físicas, el productivo concepto de *persona jurídica*. Han renunciado sin embargo, con ejemplar sentido común, a otorgar a tales creaciones rango ontológico. Convencidos de que no siempre la ficción supera a la realidad, han preferido apelar en lo posible a determinados principios con algún fundamento *in re*, a la hora de –urgidos por la prohibición del *non liquet*– liberarse de inoportunas dudas. Así, en ciertos casos, se han acogido al –no por inmemorial menos frecuentemente olvidado– principio de no contradicción, que descarta que algo pueda ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido.

Se muestran por ejemplo acordes al entender –en tácita ponderación– que, ante cualquier conducta sometida a sospecha, la libertad debe primar respecto a una posible respuesta vindictiva de los poderes públicos; por tanto, *in dubio pro reo*. A fuer de hombres prácticos, los juristas saben bien que entre inocencia y culpabilidad no caben términos medios, por muchos que fueran los grados que dentro de la segunda se pudieran llegar a establecer. El ciudadano, si no se le ha probado una conducta penalmente tipificada, continuará siendo inocente, y como tal

no “se convierte” en una persona (si no fuese ya persona, no sería individuo «humano» en modo alguno), sino que se convierte en un ser humano (en una persona humana) que va “actualizando” paulatinamente su ser persona»; «también un niño de diez años sigue siendo en este sentido una “persona en potencia”»; en resumen, «una persona potencial a la que se niega el derecho a llegar a ser una “persona en acto” no es en modo alguno una persona potencial» –*Ética de la procreación* (cit. nt. 19), pgs. 181-182, 192 y 197, 193, 194, 199 y 220.

deberá seguir siendo tratado a todos los efectos, sean cuales sean las dudas que los indicios aportados hayan podido suscitar en el juez. Lo que por el momento no se les ha ocurrido a los juristas, ni por asomo, es suscribir la duda demiúrgica: contribuir a desahogar las dudas del juez creando artificiosamente una categoría intermedia entre inocencia y culpabilidad, de la que cupiera derivar peculiares consecuencias equidistantes⁶⁵⁶. A fuer de razonables, los juristas entienden que con ello no se lograría solución neutral alguna: simplemente se habría establecido una tan novedosa como débil versión de culpabilidad, destinada tan sólo a negar un derecho básico a quien, *iuris tantum*, nunca ha dejado de ser inocente.

En otras ocasiones, la ponderación aflora en caso de duda de modo aún más explícito, invitando a primar compensatoriamente al más débil. La exigencia de simetría propia de la relación jurídica llevó a cuestionar su existencia en el ámbito laboral. Pretendiendo reequilibrar la exigible igualdad, se extrajo su regulación del clásico ámbito jurídico-civil para situarla en otro específico, donde predominan bienes a los que se reconoce interés público. Pero, contando con los previsibles problemas fronterizos entre interés privado y público, se recurrirá ante cualquier situación de duda al principio *in dubio pro operario* en beneficio del previsiblemente más débil. No se les ha ocurrido tampoco a los juristas establecer un curioso terreno de nadie, el que las reclamaciones dudosas se resolvieran salomónicamente dividiendo entre obrero y empresario el objeto del litigio; ni, menos aún, un novedoso *status* donde el trabajador ni tendría derecho a su pretensión ni lo dejaría de tener sino todo lo contrario. Al fin y al cabo lo dudoso no es el derecho del trabajador ni el del empresario, sino que la duda es patrimonio de quien ha debido

656. Expresamente lo excluye A. KAUFMANN, esforzado defensor de una variante jurídico-penal de la duda demiúrgica: «el espacio libre de derecho», que aspira a descartar que no quepa término medio entre juridicidad o antijuridicidad de una conducta, apelando a la curiosa categoría de «lo no-prohibido no-permitido»; él mismo no duda en admitir que se trata de «una doctrina que en la ciencia –para no hablar de la práctica– tiene sin duda un carácter marginal» –*Filosofía del derecho* (trad. de L. Villar Borda y Ana María Montoya) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pgs. 414-415 y 418.

asumir la responsabilidad de reconocer uno u otro. Son las limitaciones de su juicio ante situaciones contingentes, y no ninguna peculiaridad real de los derechos en juego, las que suscitan perplejidad. Su honesta racionalidad lleva al jurista a reconocerlo, en vez de erigirse en maestro de ética inventado realidades inexistentes.

No parece muy diferente el caso a la hora de proteger al embrión⁶⁵⁷. La existencia de elementos que inclinan a pensar que nos encontramos ante un ser humano es ingrediente indispensable para que se mantenga cualquier situación de duda⁶⁵⁸. Para quienes se consideran en condiciones de excluir con suficiente certeza tal posibilidad, la situación de duda habría desaparecido, dejando vía libre a la no protección. De subsistir la duda, parecería jurídicamente razonable plantear en este caso por principio un *in dubio pro vita*⁶⁵⁹. A ello invita tanto la relevancia del derecho

657. Ello llevó al Comité Nacional de Bioética italiano en 1996, a propósito de la *Identità e statuto dell'embrione umano*, a proponer que el embrión debe ser tutelado y tratado «como si» fuese persona. Al respecto L. GONZÁLEZ MORÁN, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de diciembre de 1996 (Parte II)* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 1999 (10), pgs. 173-174.

658. C. STARCK, que apunta cómo «el concebido, y no sólo el nacido, es definido por KANT categóricamente como persona», admite que el ser humano puede ante fenómenos naturales y sociales «hacer la oportuna valoración», pero «si se trata de la esencia humana debe renunciarse a tal pretensión. Esto significa que sólo puede aceptarse la definición más amplia posible de ser humano»; lo que llevaría reconocer que «son portadores de dignidad humana todos los seres vivos que provienen de gametos humanos, sea cual sea el estado de desarrollo en que se encuentren». Paradójicamente ello se cumpliría «de forma íntegra con respecto a los embriones generados extracorporalmente», al no entrar en juego la ponderación con los derechos de la mujer embarazada –*El estatuto moral del embrión* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2001 (15), pgs. 146-147, 143 y 146.

659. No resultaría muy complicado encontrarle fundamento; el mismo A. KAUFMANN, que llega a sugerir un *in dubio pro animal* y simpatiza con los se escandalizan de que el derecho trate a los animales como a cosas, había previamente remitido a la bioética para ejemplificar hasta cinco principios de justicia: el *suum cuique tribuere* ciceroniano llevaría a reconocer que «lo mínimo que a cada quien le corresponde es su vida propia»; la «regla de oro» llevaría a admitir que «si tu no deseas ser manipulado, no propagues la manipulación genética»; el «imperativo categórico» kantiano aconsejaría «si no deseas ser la copia de otro, tam-

en juego (no menor que la de un puesto de trabajo o que una inocencia sólo predicable, a fin de cuentas, de quien ya está vivo), como por la obvia debilidad e indefensión del embrión⁶⁶⁰. Sin embargo, la duda demiúrgica ofrecerá una salida bien distinta.

Quien aborda el análisis del estatuto del embrión puede encontrar, como hemos visto, dificultades para atribuirle la condición jurídica de persona o incluso para reconocerle una dignidad que exigiría éticamente similar protección y respeto. Será, sin embargo, con toda probabilidad suficientemente kantiano como para resistirse a tratar como cosa a una realidad inequívocamente vinculada a lo humano⁶⁶¹. El *in dubio pro vita* le llevaría a

poco fomentes la clonación»; el «principio de juego limpio» rawlsiano implicaría que «un proyecto que sólo traiga consigo avances y provecho para la mayoría pero perjudique, exclusivamente, a la minoría no es justo»; el «principio de la responsabilidad» de Hans JONAS plantearía «no practiques tecnologías genéticas cuyo progreso de vanguardia un día se transforme en daños imprevisibles para la humanidad» y, por último, su personal «principio de tolerancia», que preconiza «el mayor rechazo o la más significativa disminución de la miseria humana», protegería «a los impedidos, a los concebidos no nacidos, a los moribundos, a los llamados con cinismo “indignos de vivir”» –*Filosofía del derecho* (cit. nt. 57), pgs. 523-524 y 338-339. Por el contrario quienes, como HOERSTER, rechazan la protección del no nacido parecen suscribir la actitud de «un juez que *in dubio* condena sin embargo al reo»; pero sí aplicará el beneficio de la duda al ya nacido: dentro de lo incierto d la frontera de lo personal, «está prohibido matar a un individuo humano nacido, para que por descuido no se dé muerte a niños que ya sean personas» –cfr. M. RHONHEIMER *Ética de la procreación* (cit. nt. 19), pgs. 179 y 213.

660. De ahí que una posible variante sea el «*in dubio pro malo*, en caso de duda presta oídos al peor pronóstico antes que al mejor, porque las apuestas se han vuelto demasiado elevadas como para jugar», que con referencia a Hans JONAS suscribe C. M. ROMEO CASABONA –*Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano* (cit. nt. 54), pg. 34.

661. F. D'AGOSTINO, tras señalar la necesidad de que el concepto de dignidad «se vea constantemente “re-semantizado”, para adaptarlo a la rápida mutación de los contextos culturales y de experiencia», constata la vigencia de «una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser “cosificada”, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que “no admite equivalentes funcionales”» –*La dignidad humana, tema bioético en Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de bioética en una sociedad plural* Pamplona, Eunsa, 2002, pg. 27.

reconocerle de modo inmediato una dignidad similar a la implícita en los artículos citados de nuestro Código Civil⁶⁶², que obliga a tratar al embrión como persona, a todos los efectos que le resulten favorables, con la condición resolutoria de que no llegue a cumplir un día de vida posnatal o no exhiba figura humana (?). La duda demiúrgica, por el contrario, ha derivado de un conocimiento perplejo la postulación práctica, sin mayor fundamento *in re*, de una nueva realidad que no sería ni persona ni cosa.

El aludido principio de manipulación mínima no es sino la traducción práctica de esa curiosa teoría según la cual el juicio prudencial de la razón práctica, sometido a urgencias e intereses varios, iría generando una realidad gradual. Dado que la posibilidad de ser «más» o «menos» persona no se compadece con el concepto mismo de tal, habría que entender que el ser humano es concebido como cosa y va convirtiéndose luego gradualmente en persona. Esta resurrección teórica de la animación retardada no es tan preocupante como el fácil pronóstico de que en la práctica serán urgencias e intereses, y no correlato real alguno, los encargados de determinar tan decisiva frontera.

Habría, sin embargo, que preguntarse por qué personas de cuya inteligencia y honestidad no cabe dudar se sienten tentadas a suscribir, con más o menos entusiasmo⁶⁶³, la duda demiúrgica. Aunque los intereses económicos en juego no son parcos, cuando

662. C. PÉREZ DEL VALLE, enlazando con la doctrina alemana, lo caracteriza como *in dubio pro embrione*; admite que «implica unos límites estrictos que se aproximan a quienes defienden que el embrión es, en realidad, una persona; pero éste es un defecto del que se beneficia siempre quien no tiene la carga de la prueba» —*Finalidad terapéutica e investigación genética* (cit. nt. 36), pgs. 205 y 207.

663. Sintomático, respecto al alcance divulgativo de estos empeños, puede considerarse que el magistrado A. GARCÍA PAREDES, al confeccionar un catálogo de «Ideas pacíficas» sobre la reproducción humana asistida, la encabece con la siguiente: «En el material biológico humano inicial hay algo menos que una persona, pero algo más que una cosa». Ciertamente el carácter «pacífico» de la séptima no parece más cercana a la realidad de los hechos: «La intervención sobre embriones debe estar justificada primordialmente por el beneficio del propio ser intervenido»... —*La Ley d Reproducción Humana Asistida en Bioética y Justicia* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de derecho judicial núm. 29, 2000, pgs. 421 y 422.

no se es suficientemente materialista tal respuesta resulta demasiado fácil y simplista. Podemos sugerir, pues, que tan pintoresca situación tenga bastante que ver con el cambio de escenario provocado por la FIV: con la condición fáctica de esos embriones novedosamente no *viables*⁶⁶⁴ y los juicios éticos por ella suscitados.

6. DIGNIDAD CONFERIDA

En su defensa del no nacido la STC 53/1985 intentó blindar sus debilidades estableciendo, con voto discrepante de Francisco Tomás y Valiente, la equivalencia entre derechos y bienes jurídicos. Los derechos tienen como titular a una persona jurídicamente reconocida como tal; los bienes pueden merecer también protección jurídica, como ocurriría con la vida del no nacido, lo que permitiría –al no reconocerlo como persona titular de derechos– tratarlo implícitamente como cosa de particular valía. El alcance teórico del problema no era baladí⁶⁶⁵. La problemática

664. Para L. GONZÁLEZ MORÁN con «la distinción entre viabilidad/no viabilidad», en relación a la STC 53/1985, «se ha creado una figura nueva no recogida en el texto ni siquiera en el espíritu» de la ley, que obliga a preguntarse por qué a unos embriones vivos cabe tratarlos como si estuvieran muertos; «existiendo vida humana, existe dignidad y lógicamente obligación del Estado de proteger esa vida o, al menos, de no desprotegerla». «Sorprendentemente, siendo la pieza fundamental de esta ley, en el articulado de la misma no se encuentra definición alguna ni gramatical, ni médica ni jurídica de lo que debe entenderse por “viabilidad/no viabilidad”», lo que genera «un vacío legal peligrosísimo», ya que «bienes jurídicos constitucionalmente dignos de protección aparecen como muy debilitados y prácticamente desvirtuados de contenido al no ofrecerse las necesarias garantías de protección» –*Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996* (cit. nt. 58), pgs. 177, 178, 180 y 183.

665. J. HABERMAS resalta cómo los derechos tienen «un potencial crítico. Las vulneraciones de derechos humanos no deben equipararse al rechazo de planteamientos valorativos. La diferencia entre derechos firmemente ponderados y la ponderación de bienes de mayor o menor rango no debe borrarse». Si bien su opción por un «pluralismo de concepciones del mundo» (no ajenas a trasfondos religiosos) le impedirá «conferir al embrión “desde el comienzo” la protección vital absoluta de la que gozan las personas como titulares de derechos fundamentales», no por ello abdica de «la intuición de que la vida humana pre-personal no puede convertirse simplemente en un bien disponible en concurrencia

viabilidad práctica de dicha equiparación acaba siendo cuestionada por la STC 212/1996, que niega a los bienes el «contenido esencial» a que alude el artículo 53.2 CE⁶⁶⁶; otro tanto ocurre con la STC 116/1999, que –con voto particular de Jiménez de Parga, que no entiende se niegue al tronco lo que se reconoce a las ramas– rechaza que la «dignidad de la persona» del art. 10.1 CE lleve consigo la reserva de ley orgánica, que sí se reconoce a «los derechos inviolables que le son inherentes»⁶⁶⁷.

Lo que justifica en el fondo esta paradójica situación es la inversión que subliminalmente se ha producido en el engarce de dignidad y autonomía. El dilatado proceso que arranca de la tradición judeo-cristiana y culmina con la Ilustración confería prioridad a la dignidad⁶⁶⁸. Precisamente porque tal condición ha-

con otros». «El cómo tratamos a la vida humana antes del nacimiento (o al hombre ya fallecido), afecta a nuestra autocomprensión como ser de una especie», lo que acaba estando «estrechamente vinculado el planteamiento de nosotros mismos como personas morales» –*Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pgs. 68, 78 y 114.

666. A juicio de J. VIDAL MARTÍNEZ el Tribunal «parece haber escogido una vía pragmática en lo que concierne a las actuaciones en embriones humanos vivos si éstos son considerados no viables» –*La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español* (cit. nt. 26), pg. 70.

667. De ahí que se haya afirmado que dicha sentencia «no ha zanjado completamente el debate sobre las dos cuestiones básicas que le fueron planteadas. A saber: si el tratamiento del embrión humano y de la familia en el que se apoyaba la LTRA es compatible con la dignidad de la persona y de sus derechos inherentes» –J. VIDAL MARTÍNEZ, *Derechos inherentes en la reproducción asistida* (cit. nt. 21), nt. 72 de la pg. 287. V. BELLVER CAPELLA apunta irónicamente que el texto de la sentencia «se podría reescribir de una manera tan ridícula como fiel a lo que dice»: «la dignidad de la persona no es un derecho fundamental, es tan sólo “fundamento del orden político y de la paz social”» –*El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* (cit. nt. 9), pg. 125.

668. F. VIOLA descarta una dignidad «fruto de un pacto entre todos los pertenecientes a la especie humana», basado en una mera «autopreferencia», que sería «especeista». «La dignidad humana reclama un carácter absoluto del valor y del fin», «común tanto al pensamiento propiamente religioso como al laico», ya que cuando éste «enfatisa la autonomía electiva o la consciencia como caracteres propios de la dignidad» no deja de «defender una concepción metafísico-religiosa». Por más que tal pensamiento tienda a considerar «metafísico» como sinónimo de «irracional», con ello sólo estaría suscribiendo su propia irracionalidad.

ría al hombre indisponible y no instrumentalizable, exigiría el respeto de su autonomía, rechazando en consecuencia planteamientos éticos heterónomos. Desde este punto de partida sería contradictorio cualquier intento de hacer depender tal dignidad del reconocimiento por otros. La dignidad exigiría ella misma incondicional reconocimiento, lejos de verse condicionada por la aceptación ajena. Hablar de dignidad conferida sería un contrasentido.

El mismo debate sobre la protección del no nacido ante la amenaza de un aborto se plantea como un dilema de dignidades, que desembocará en un conflicto entre autonomías. Por el contrario, el protagonismo de la condición de *hijo deseado*, o no, refleja la opción decidida por la capacidad de elección de la mujer, que se plasmará por vía legal en la fijación de determinados plazos en los que se le reconocería prioridad incondicionada. Se rompe así la simetría inseparable de toda relación jurídica, a la vez que se acaba consolidando un concepto heterónimo de dignidad. Al ser concebidos, no lo somos ya como uno de los *nuestros*, sino que sólo un posterior reconocimiento por los demás, fruto de su autonomía, nos convertirá en uno de los *suyos*.

El utilitarismo dominante llevará fácilmente a reconocer dignidad sólo a quien se muestre en condiciones de ejercer su autonomía, no convirtiéndose en pesada carga para los demás. La dignidad deja de ser el fundamento del obligado respeto a nuestra autonomía; pasamos a ser dignos porque, cuando y mientras, somos autónomos. La disociación de los conceptos de ser humano y persona facilita esta inversión, por la que la vida humana podrá, sobre todo en sus fases iniciales y terminales, resultar *disponible* y encontrarse privada en la práctica de toda dignidad.

En todo caso, «ser persona es algo más profundo y comprensivo que ser autónomos», ya que lleva consigo la capacidad de transcendencia hacia el otro y de apertura al bien. La dificultad radica en que reconocer la dignidad es «tutelar algo como valor absoluto, sustraído a la disponibilidad de las voluntades subjetivas» –*Ética y metaética dei diritti umani* Torino, Giappichelli, 2000, pgs. 211, 212, 213, 125 y 215.

La prioridad de la autonomía sobre la dignidad acaba acarreado una paradójica consecuencia heterónoma⁶⁶⁹. Mientras la prioridad de la dignidad nos excluía de todo condicionamiento ajeno, la de la autonomía lleva consigo el inevitable escrutinio de nuestra capacidad de ejercicio. Ya no seremos dignos por el mero hecho de existir; pasamos a una situación de espera hasta que se decante un problemático reconocimiento por parte de nuestro entorno. Lo que define ahora al ser humano es su *pertenencia* a otros. La dignidad ha dejado de ser tronco alimentador, del que brotarían tantas ramas como variantes posibilitaba el ejercicio de la autonomía, para convertirse en mera copa retórica, resultante de la envergadura de aquéllas⁶⁷⁰.

La consecuencia jurídica inevitable sirve de epitafio a los voluntariosos amagos de duda demiúrgica. Trabado el debate judicial, el escenario acabará dominado por la lógica del derecho real por antonomasia: la pertenencia, afectiva o sociológica, se verá convertida jurídicamente en *propiedad*⁶⁷¹. No podía ser de

669. Correríamos el riesgo de «alterar la estructura de nuestra experiencia moral en su conjunto». Aunque aspiráramos a «un aumento de la autonomía del individuo», «por ese camino podemos minar la autocomprensión normativa de las personas, que (...) se reconocen mutuamente similar respeto». Desaparecería con ello «ese punto de vista moral del trato no instrumentalizador con una segunda persona», característico de «la “lógica del sanar”» –J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pgs. 54, 55 y 79.

670. W. HASSEMER, siempre irónico y provocador, no encuentra «ningún principio fundamental de ética o derecho que reúna bajo sí aplicaciones casuísticas tan dispares como el de la dignidad humana», lo que le anima a proponer una «reducción y relativización» de argumentos derivados de ella. De lo contrario, se convertiría en un proceder que «mata el discurso», al herir de muerte a «la concepción argumentativa que permite reencontrar el valor y el derecho» –*Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana* «Ars Interpretandi» 2005 (10), pgs. 132, 133 y 130-131.

671. Para R. JUNQUERA DE ESTÉFANI «resulta difícil» admitir que el embrión es una cosa, ya que la consecuencia resulta inevitable: «en este caso quedaría bajo el dominio de un sujeto, ¿a quién pertenece el embrión?»; «una cosa, por definición jurídica, es apropiable», por lo que habría que considerarlo como «cosa inapropiable». No deja a la vez de señalar cómo la Ley de donación y utilización de embriones señala que «las actuaciones biomédicas deben respetar el derecho a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos, con lo que se da a entender que son portadores

otra manera ya que, se quiera o no, se está tratando a seres humanos como cosas⁶⁷². Resulta coherente que todo ello acabe convertido en una cuestión de derecho privado⁶⁷³. En el reciente caso Evans, fallado en Estrasburgo, la madre y el padre que, antes de separarse, habían propiciado una múltiple fecundación *in vitro* acabarán sometidos –a la hora de decidir si podrá o no llegar a nacer uno de esos seres humanos vivos, tipificados como embriones *sobrantes*- a una férrea exigencia de consentimiento mutuo. Su único fundamento imaginable –rota ya la relación familiar– sería el condominio; sólo así cabe explicar el novedoso derecho a que la ex-esposa no pueda gestar un hijo, ya existente, aunque en esa etapa de desarrollo sí podría abortarlo sin mutuo consentimiento...

7. DE LA BIOÉTICA A LA BIOPOLÍTICA

Cuando la «Deutsche Forschungsgemeinschaft» (DFG) emitió el 3 de mayo de 2001 su dictamen sobre la investigación con

de ellos»; igualmente la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida reconoce al embrión «un ámbito d dignidad», que se refleja en su tipificación de «infracciones muy graves» (prácticamente ignoradas en su reforma posterior) –*El embrión humano* (cit. nt. 13), pgs. 43, 38 y 40.

672. L. PALAZZANI apunta que «la separación cuerpo/objeto y persona/sujeto jurídico se traduce, en el plano normativo y aplicativo, en la escisión entre “anomia del cuerpo” (el cuerpo objetivizado no tiene dignidad, sino sólo precio) y “autonomía de la persona”», con lo que inevitablemente «el cuerpo, reducido a material biológico y a máquina automatizada, se convierte en un medio y una propiedad, la propiedad más privada, de la que el sujeto-persona es soberano: es el sujeto-persona el que posee el cuerpo-objeto (“tiene” un cuerpo), y en consecuencia dispone de él, pudiendo hacer lo que quiera» –*Introduzione alla biogiuridica* (cit. nt. 49), pg. 71.

673. C. LEMA ANÓN detecta que en la legislación española «uno de sus rasgos más peculiares es un carácter fuertemente “individualista”. Pretende meramente disciplinar las relaciones individuales en un ámbito puramente “privado”, fundamentalmente entre quien se somete a este tipo de procedimientos y los centros que lo realizan»; «en otras palabras se regula el negocio que suponen estos tratamientos». Todo ello en el marco de una antropología en la que al individuo «su ilimitado y narcisista deseo lo convierte en “sujeto de deseo” al tiempo que sujeto de derecho. Él, sujeto, percibe a cualquier “objeto” como apropiable. Pero sobre todo, lo percibe como objeto de intercambio, de tráfico y de enajenación»; «incluso aquellos elementos humanos no integrados satisfacto-

células-madre humanas no duda en reconocer que «la ciencia ha alcanzado hoy cotas de las que no cabe excluir ni a potenciales pacientes ni a los científicos alemanes». Constata, a la vez, que mientras en Alemania se halla legalmente prohibida la creación de embriones con fines de investigación no lo está la importación de sus codiciadas células. Aunque, dado el creciente contexto globalizador de la investigación, considere insuficiente esta solución, no duda en avalar dicha situación durante un plazo de cinco años; sólo lo condicionará a que las células importadas procedan de embriones *sobrantes* de FIV, pese a que la propia normativa alemana prohíba fabricar más de los que vayan a transferirse.

En el punto 14 del citado dictamen se muestra consciente del problema que plantea el rechazo de la producción de vidas humanas con fines de experimentación, a la vez que aprueba en la práctica su utilización. Afrontando la paradoja reconoce que «en esta cuestión se pasó el Rubicón con la introducción de la fecundación artificial; sería por ello poco realista creer que nuestra sociedad pudiera volver al statu quo anterior, en un ámbito en el que ya se han producido decisiones que afectan al derecho a la vida del embrión, tales como: la conservación de células embrionarias fecundadas artificialmente, los dispositivos intrauterinos o la interrupción del embarazo».

En realidad el empuje de la bioindustria parece invitar a un resignado adiós a la bioética para ceder el paso a la biopolítica⁶⁷⁴.

riamente en la subjetividad» –*Nuevos modos de reproducción humana y «sujetos de derecho» en Entre el nacer y el morir* (cit. nt. 20), pgs. 85, 87 y 89.

674. Para dar una idea de en qué condiciones cabría, pasado el Rubicón de la FIV, considerar respetada la dignidad del embrión, baste repasar el catálogo de exigencias que plantea L. PALAZZANI: garantizar «a los embriones producidos *in vitro* las mismas posibilidades de supervivencia de la concepción natural», «prohibir la superproducción (produciendo sólo el número de embriones necesario para un ciclo de fecundación asistida), prohibir la reducción embrionaria (asegurándose previamente de que la mujer está dispuesta a acoger el número de embriones que se implante, no superior a tres o cuatro), no admitir la selección de embriones», aunque sea «a costa de rebajar la probabilidad de éxito de la técnica»... –*Introduzione alla biogiuridica* (cit. nt. 49), pgs. 129-130.

La reducción procedimental de la protección de los derechos humanos a meras estrategias consensuales deja en evidencia su función meramente ritual⁶⁷⁵. Aunque la bioindustria se mueva por intereses privados, ha cobrado tal dimensión internacional que convierte en problema de dimensión pública cualquier intento de desvincularse de ella.

Desde un punto de vista ético la argumentación no puede resultar más paradójica: se rechaza la posible existencia de *paraísos genéticos*⁶⁷⁶, pero no queda claro si lo que se condena es la nada paradisiaca posibilidad de vulnerar con facilidad bienes jurídicos o la desventaja utilitarista en el aprovechamiento de sus posibles réditos económicos. Acaba trasluciéndose que es esto lo decisivo, cuando se intuye la solución: provocar un paraíso universal, dado lo utópico que resultaría pretender evitar la existencia de algunos exclusivos. La obvia consecuencia es suscribir un paradójico imperativo categórico: generalizar exigencias éticas a la baja⁶⁷⁷. No muy distinta es la situación cuando se opta

675. C. M. ROMEO CASABONA consideraba hace un decenio, en su «propuesta de unos criterios de orientación», que «no es admisible la creación de embriones por cualquier procedimiento con fines distintos a la procreación, por tanto, no deben ser predeterminados a la investigación y experimentación o para el tratamiento de enfermedades de terceros»; pero se ahorra todo argumento justificador, salvo que se considere como tal su posterior alusión a que «parece existir acuerdo entre los juristas sobre la prohibición de obtención de embriones *in vitro* con fines distintos a la procreación, como pudiera ser su destino a fines de investigación o industriales» –*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana* (cit. nt. 17), pgs. 388, 389 y 408. En tal contexto, nada impediría hoy sostener lo contrario.

676. A ellos alude C. M. ROMEO CASABONA, propugnando «una uniformización de criterios, incluso en el ámbito supranacional e internacional», al menos «entre los países más próximos desde el punto de vista geográfico y cultural» –*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana* (cit. nt. 17), pgs. 17 y 215-216. Insistirá en ello años después: *La investigación y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo* «La Ley» 24 de enero 2002 (5467), pg. 4.

677. El fenómeno resulta paralelo a la tendencia que O. HÖFFE detecta entre quienes, como LYOTARD, FEYERABEND o RORTY, llevados de su «miedo a destruir las características de las culturas no occidentales, sostienen un puro relativismo. En vez de perderse en los meandros de una antropología fundamental, la filosofía se afana en un discurso de legislación intercultural» –*Principi di una legge interculturale. Alcune riflessioni filoso-*

por propiciar un acercamiento práctico entre los ordenamientos jurídicos de Estados afines, sin conferir mayor importancia a la fundamentación ética capaz de justificar la solución estratégica o funcionalmente preferible⁶⁷⁸.

La condena ética de estas actitudes cobrará aires de testimonial denuncia profética. Estaríamos asistiendo a una pura sumisión a la «fuerza normativa de lo fáctico», de la mano de una «escéptica opinión pública, que considera que la dinámica sistémica de ciencia, técnica y economía genera unos “faits accomplis” que no cabe despejar normativamente». Dentro de este marco, «la tibia maniobra de la DFG devalúa las poco entusiastas posturas disidentes en el ámbito de una investigación ya financiada por el mercado de capitales»⁶⁷⁹.

La aceleración de los avances científicos, unida a una dinámica de hechos consumados, se ve amparada por eficaces estra-

fiche en Bioetica, diritti umani e multietnicità (F. Compagnoni y F. D'Agostino eds.), Milano, San Paolo, 2001, pg. 64.

678. Sincera y sintomática la postura de C. M. ROMEO CASABONA, quejoso de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rehuya pronunciarse sobre el fundamento y alcance de la vida humana prenatal. Se debería «prescindir de la infructuosa discusión de si el concebido es titular del derecho a la vida», «y todavía más de si o no persona, inclinándose en cambio por una protección jurídica» de «intensidad gradual», «en función de la mayor proximidad del nacimiento». Queda sin aclarar qué justifica una mayor protección de un ser humano el día después de su nacimiento que dos días antes; sobre todo, cuando se ha convertido casi en rutinario decidir el momento de su alumbramiento –*El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (cit. nt. 22), pg. 173 y, en cuanto a las quejas, pgs. 163, 167, 171 y 172.

679. J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pgs. 36-37. No faltará quien critique a su vez a HABERMAS por quedarse a medio camino en su intento, poniendo en duda que sea «la alteración de la autocomprensión ética de la especie un amenazador peligro futuro, del que deberíamos precavernos», para sugerir que «ha tenido más bien ya lugar». «Sólo la renuncia a posibilidades ya existentes reequilibraría la relación de reconocimiento simétrico. En este punto la tesis de HABERMAS amenaza con conducir llamativamente al vacío» dando paso al «absurdo» –F. NOICHL, *Verändert die Gentechnik das ethische Selbstverständnis des Menschen? Moralthologische Überlegungen zu einer These von Jürgen Habermas*, «Zeitschrift für medizinische Ethik» 2002 (48/3), pgs. 289 y 290.

tegiyas de opinión basadas en lo que se ha llamado «construcción social del riesgo»⁶⁸⁰; se deja así escaso margen a la capacidad reguladora del derecho. La bioética, huyendo de la terrible soledad del profeta, tiende solícita a ofrecer elementos legitimadores a la biopolítica⁶⁸¹, generando incluso –duda demiúrgica mediante– los referentes ontológicos que hubiera menester. Son obvias sus concesiones permisivas en los ámbitos demandados por el mercado⁶⁸², pero las acompañará –con indirectas consecuencias legitimadoras– de severas críticas coyunturales a aspectos de menor interés inmediato. El previsible «donde dije digo...» no tardará en resultar inevitable.

Así, entre nosotros, se dio vía libre en su momento a la fecundación artificial con fines reproductivos. La coyuntural condena bioética excluía en aquel caso, incluso con sanción penal, la que no tuviera tal objetivo. Pocos años después han cambiado las expectativas de mercado, situando a la *clonación* en primer plano. Ahora la indignada condena bioética coyuntural recaerá precisamente sobre la finalidad *reproductiva*, como vía para legitimar indirectamente a la presuntamente *terapéutica*. Como fondo se deja adivinar un desfase notorio, entre las efectivas posibilidades médicas y las imaginadas expectativas mercantiles, que sólo

680. E. BECK-GERNSHEIM la ha descrito de modo colorista, analizando cómo se apoya en una «retórica de la amenaza», da luego paso a una «construcción social de la salida» apoyada a su vez en una «retórica de salvación», continúa con una «construcción social de la obligación» basada en una «retórica de la responsabilidad», hasta finalizar en una aceptación generalizada –*Die soziale Konstruktion des Risikos – das Beispiel Pränataldiagnostik en Biopolitik. Die positionen* (ed. por Christian GEYER) Frankfurt/M., Suhrkamp, 2001, pgs. 21-40, sobre todo 24-33. Resulta interesante comparar esta secuencia con las cuatro líneas de actuación que V. BELLVER detecta en la «estrategia de legitimación» que abre paso a la FIV –*El estatuto jurídico del embrión* (cit. nt. 11), pgs. 243-244.

681. Sobre la querencia «complaciente» de la bioética J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Bioética, genética y derecho en Genética y derecho* (cit. nt. 14), pgs. 38-39.

682. C. M. ROMEO CASABONA se muestra esperanzado en que los avances de los «derechos del ciudadano bioético» sirvan de «barrera frente a las presiones de ciertos investigadores y empresas que no reconocen ningún freno al progreso de la ciencia y al beneficio económico (los biócratas)» –*Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano* (cit. nt. 54), pg. 18.

sería comparable al experimentado con ocasión de la errática trayectoria bursátil de los más novedosos avances de la telecomunicación.

La biopolítica se muestra particularmente preocupada por calibrar el grado de rechazo que la moral positivamente vigente en la sociedad puede aún ofrecer a determinadas líneas de investigación a financiar. Será por vía jurídica como procure ir debilitando tales resistencias⁶⁸³. El papel normalizador del derecho brindará la legitimación necesaria para doblegar escrúpulos. Es fácil que se produzca una «pérdida de sensibilidad de nuestra visión de la naturaleza humana», cuando el inicio pretendidamente excepcional degenera en pendiente resbaladiza. Cabe «prever que la frontera de tolerancia de lo originariamente considerado como “normal” se irá difuminando con los acumulativos efectos de acostumbramiento fruto de normas sanitarias», hasta llevar a un «trato cosificador de la vida humana»⁶⁸⁴.

La brega biopolítica no se limitará a lograr el visto bueno para las investigaciones más inmediatas. Los niveles de inversión planteados exigen un grado de seguridad que obliga a despejar al máximo el ámbito de juego jurídico. Hay que ganar terreno en el ámbito de lo irreversible. Habrá que lograr legalizar incluso aquello que a corto plazo no es previsible interés llevar a la práctica, pero podría en su momento convertirse en vía a explorar.

Escasamente amparado por las condicionadas vacilaciones de la bioética, el derecho se resignará a officiar como brazo armado de la biopolítica. Ello puede explicar que todo un Tribunal

683. M. ATIENZA afirma con toda nitidez que «el derecho es –o debe ser– una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética» –*Juridificar la bioética: una propuesta metodológica en Entre el nacer y el morir* (cit. nt. 20), pg. 46.

684. J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pgs. 122, 149 y 161. Para J. VIDAL MARTÍNEZ no ofrece duda que la inicial Ley española «de Técnicas de Reproducción Asistida cosifica al embrión humano concebido *in vitro* con la finalidad pragmática de permitir una mejor utilización que sortee el “obstáculo” de los derechos humanos» –*La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español* (cit. nt. 26), pg. 101.

Constitucional, como el español, eluda exigencias éticas de previsible dimensión jurídico-constitucional. Llega, como vimos, a calificar como «hecho científicamente inevitable» lo que por vía legal se ha visto después pasajeramente reconocido como mera exigencia comercial. Resulta difícil deslindar la generosidad altruista, a la hora de brindar más altos porcentajes de éxito a quien ansía un hijo, de la tosca búsqueda de beneficio industrial⁶⁸⁵, al disponer con facilidad de manipulables embriones *sobrantes*. El mismo principio de *manipulación mínima* ilustra la bienintencionada resignación de quien se ha situado como convidado de piedra en un debate que le desborda. Uno de sus magistrados llegó a expresarme, con forzado humor, su difícil situación: «el día menos pensado se me acercará un ciudadano que me informará de que es fruto de una clonación; ¿cómo le digo yo que es inconstitucional?». Obviamente lo inconstitucional sería el procedimiento...

Es de temer que con su justificación de la fabricación de seres humanos la FIV se haya, en efecto, convertido en un auténtico Rubicón. Al fin y al cabo, eliminado el recurso a la providencia, sólo el azar –lotería natural incluida– se erige en paradójico garante de la libertad humana⁶⁸⁶. No cabe, como tercera vía, sino

685. A. CAMBRÓN había señalado ya que «las nuevas prácticas biomédicas han transformado el tradicional concepto de “salud”. El sentido moderno que la ha caracterizado ha sido sustituido por el que determina la ciencia misma y que regula la *lex mercatoria*» –*Génesis y problemas de la bioética* (cit. nt. 47), pg. 11. C. LEMA AÑÓN, a propósito del anonimato del proceso de donación en perjuicio de la investigación de la paternidad garantizada por la Constitución, sí parece tenerlo claro: «que el propio Tribunal Constitucional asuma como lógica principal la maximización del reclutamiento de donantes supera lo esperable y es una muestra –a mi juicio– de la capacidad del “mercado de la reproducción” de imponer sus propias reglas de juego» –*Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida... I*, (cit. nt. 9), pg. 60. Para C. F. FÁBREGA RUIZ, por el contrario, el planteamiento de la ley española parece «bastante razonable» –*Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida* Granada, Comares, 1999, pg. 101.

686. «La libertad propia se vive en relación con algo natural indisponible», a lo que la persona liga su propio origen, de tal modo que no depende de «otra». «El carácter natural del nacimiento cumple el papel conceptualmente exigible de ese comienzo indisponible» apunta, evocando el

esa planificación heterónoma que aboca ahora al diseño eugenésico. Como ya vimos, en un caso de aborto tras «la negativa a un embarazo no deseado entraban en juego la autodeterminación de la mujer y la necesidad de protección del embrión». Ahora «los padres no se ven envueltos “de modo imprevisto” en un conflicto, sino que asumen la colisión desde un principio, al dejar que se ponga en práctica el escrutinio genético»; ello implica la «entrada en juego de un nuevo aspecto: la instrumentalización de una vida humana generada bajo condición de acuerdo con las preferencias y orientaciones valorativas de un tercero»⁶⁸⁷.

No otra cosa había ya ocurrido al posibilitarse la fecundación artificial. Una vez que a ésta se le da el visto bueno, ninguna conducta o institución jurídica relacionada con problemas que venían catalogándose como *bioéticos* podrá en la práctica volver a ser lo que fue. No sólo por la ya señalada peculiaridad del embrión *in vitro* y su siempre problemática viabilidad, sino sobre todo por la escasa profundidad de los fundamentos éticos en que su permisión encontró apoyo.

No se considerará siquiera necesario plantear argumentadamente una directa ponderación jurídica de la vida humana con los fueros constitucionales de la ciencia. Bastará con prolongar con coherencia las actitudes adoptadas al aprobar la FIV. Se pondrá así de manifiesto el efectivo alcance ético de la fabricación de embriones *sobrantes*, trivializado en su momento como si se tratara de un inocuo complemento estratégico de la auténtica decisión ética: permitir por vía de excepción la maternidad de la mujer estéril. Archivado ese enlace, y crioconservados los em-

concepto de «natalidad» de Hannah ARENDT, J. HABERMAS –*Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pg. 101. Para A. KAUFMANN «la exclusión de la casualidad es el más serio reparo contra la clonación humana» –*Filosofía del derecho* (cit. nt. 57), pg. 556.

687. J. HABERMAS *Die Zukunft der menschlichen Natur* (cit. nt. 4), pgs. 57-58. También A. APARISI MIRALLES rechaza «la pretensión de transformar deseos o preferencias personales, y por ello, demandas de carácter subjetivo, en verdaderas y legítimas exigencias jurídicas», como ocurriría con el presunto derecho a tener un hijo, que acabaría, en casos de conflicto a la hora de disponer de embriones, viéndose acompañado de un paralelo derecho a no procrear *El permisivismo ante la FIV: a) la visión anglo-norteamericana* (cit. nt. 43), pgs. 46 y 59.

briones por tiempo prácticamente indefinido, se planteará el dilema ético entre provocar su muerte, al no ofrecer perspectiva alguna de futura *viabilidad*, o instrumentalizarlos en beneficio de los logros épicos que de la ciencia cabe esperar en la lucha contra enfermedades pandémicas.

Si, invocando la dignidad de la vida humana, se rechazara esta segunda posibilidad, la FIV se convertirá en retroactivo argumento *ad absurdum*: ante el hecho consumado de la existencia de numerosos embriones crioconservados, la única alternativa ética real sería la prohibición de lo que ha justificado su existencia: la propia FIV, realizada de modo tal que no resultara difícilmente soportable a sus previstas beneficiarias⁶⁸⁸.

Aceleración científica y oportunismo ético se dan la mano, por ejemplo, en la paradójica situación legal española. Se puso en marcha una ley peculiar, alentada por quien ya propuso con ocasión del Convenio de Oviedo marcos éticos que garantizarían presuntamente una limpia ejecutoria futura. El gobierno socialista de turno rehusó patrocinarla, prefiriendo que fuera desde su Grupo parlamentario, con indisimulado protagonismo del lobby sectorial, quien hiciera el trabajo y presentara como vanguardismo pionero lo que no era sino inmadura precipitación. Para completar el cuadro, la ley presuntamente vanguardista no sólo dio vía libre a la fabricación de embriones *sobrantes* sino que permitió su crioconservación durante cinco años, sin plantearse la pregunta jurídica por antonomasia: qué se acabaría haciendo con ellos después.

Consumado ese plazo y cambiado el signo gubernamental, los mismos que hicieron entonces lobby parlamentario pasaron

688. W. KERSTING no duda, en defensa de su «liberalismo», en acudir a este recurso argumental: «si realmente el derecho humano de los embriones fuera del mismo rango que el de un hombre que convive cara a cara con nosotros, no cabría ninguna ley de plazos, debería prohibirse estrictamente la fecundación *in vitro* y tendrían que ser legalmente prohibidas determinadas estrategias curativas»; «ya el legislador se ha permitido la inconsistencia de situar por una parte a los embriones bajo protección legal, pero por otra no prohibir legalmente una fecundación artificial que elimina embriones» –*Kritik der Gleichheit. Über die Grenzen der Gerechtigkeit und der Moral* Weilerwist, Velbrück Wissenschaft, 2002, pg. 333.

a hacerlo extraparlamentario, clamando para que se evitara el desperdicio de sepultar unos embriones de obvia rentabilidad. Volvió a entrar en escena el argumento *ad absurdum* ante cualquier reparo que se opusiera al paso de este nuevo Rubicón. Para ningún bioético resultará fácil explicar por qué sería rechazable fabricar embriones para investigar con ellos, mientras sí se puede investigar con los que no llegaron a utilizarse para lo que fueron fabricados⁶⁸⁹. Una vez admitida la existencia de embriones *sobrantes*, resulta llamativa la prohibición de fabricarlos para un cometido, como el de la investigación científica, en el que por definición no sobraría ninguno. La reforma legal destinada a acabar con ellos fue objeto de inmediato desmantelamiento por el nuevo gobierno socialista, que la sustituye por otra que toma a beneficio de inventario –nunca mejor dicho– el ya aludido Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa.

Como en la confesada tesis alemana, que prohibiendo su fabricación autorizaba a importarlos ya fabricados, la bioética sale tan malparada como triunfante la biopolítica. Irá derribando inapelablemente otras presuntas salvaguardas que, de la mano del enigmático principio de *manipulación e intervención mínima*, ayudaron en su momento a aparcar escrúpulos éticos. Pretender que, admitido el empleo de embriones *sobrantes* para llevar a cabo la llamada clonación *terapéutica*, se lograría mantener la prohibición de fabricar embriones con destino a ser utilizados

689. Para C. PÉREZ DEL VALLE «la limitación a los casos de embriones excedentes se justifica con dificultad, pues si se admite la ponderación –puede sacrificarse el embrión, porque de él se obtienen células madre embrionarias cuyo empleo en la investigación puede producir beneficios– en ese caso también debería admitirse en la creación específica de embriones», salvo que se razone «desde la perspectiva del mal menor» –*Finalidad terapéutica e investigación genética* (cit. nt. 36), pg. 202. Desde una óptica más jurídica que ética la perplejidad no es menor: «resultará más lesivo para el embrión ser objeto de experimentación no autorizada que crearlo con esa finalidad, y sin embargo lo primero es impune y lo segundo punible»; la explicación es fácil, porque «no se estaría tutelando al embrión en si mismo considerado, sino reforzando el control estatal del uso de las técnicas de reproducción asistida» –J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA –*La protección penal del embrión preimplantatorio* (cit. nt. 48), pgs. 120 y 124.

como material de investigación desafiaba toda lógica⁶⁹⁰. La única diferencia entre unos y otros radicaría en que a los primeros se les ofreció una posibilidad meramente aleatoria de llegar a convertirse en *viabiles*, al tomar parte en la lotería (por no hablar de selección eugenésica) de la transferencia a un útero materno⁶⁹¹. Considerar ético fabricar embriones que, en estadística mayoría, no acabarán teniendo finalidad alguna, y rechazar a la vez fabricarlos con un fin particularmente prometedor, no parece un alarde de esa racionalidad práctica que se considera inseparable de cualquier propuesta ética.

Ante un dilema con consecuencias doblemente rechazables, alguien podría animarse a cuestionar, siquiera por vía consecuencialista, el acierto del criterio ético que le abrió camino. Podría, por ejemplo, sugerir que la situación no hace sino confirmar la prudente y minoritaria actitud de quienes, al aceptar la FIV, conscientes del alcance profundamente ético y no meramente estratégico de dicha opción, excluyeron que se facilitara mediante

690. Las dudas de C. LEMA ANTÓN –*Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte II)* «Revista de Derecho y Genoma Humano» 2000 (13), pg. 113– sobre si «cabría una reforma de la ley para permitir la utilización de embriones crioconservados viables para fines de investigación», que le llevaban a dictaminar: «parece difícil», no han tardado en verse despejadas en la práctica.

691. Si a ello se añade una propuesta de planteamientos normativos basados en la provisionalidad, dado el convencimiento de que «los criterios de actuación en bioética deben ser revisados periódicamente, en función del desarrollo de la ciencia», no debe extrañar que la difusa afirmación de que «es posible encontrar un elevado grado de consenso entre los distintos países de nuestro entorno en la consideración de que el embrión y el feto tienen un estatus especial, aunque éste sea indefinido», acabe desembocando en una conclusión fácilmente previsible: «debe ser admitida la experimentación con embriones no sólo cuando tenga fines diagnósticos o terapéuticos»; «se debe permitir crear embriones para la investigación en determinados casos, siempre que se justifique y apruebe el protocolo por una comisión *ad hoc*, y siempre que se cuente con el requisito, previo en todos los casos pero no suficiente, de disponer de la conformidad de los donantes de los gametos y embriones» –*Documento sobre investigación con embriones* (M. CASADO y J. EGOZCUE coord.) Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, 2000, pgs. 9 y 11.

la fabricación de embriones *sobrantes*. Este repliegue, sin embargo, exigía en la práctica una capacidad de nadar contra corriente que difícilmente podrían suscribir sucesivamente gobiernos de diverso signo.

Supondría, para empezar, la exclusión de un elemento ético que, por vía utilitarista o consecuencialista, ha acabado siendo crípticamente asumido: un buen fin justifica cualquier medio. Con ello se cierra cualquier debate propiamente bioético, que obligaría a justificar, caso por caso, precisamente los medios. Los intereses económicos en juego se han ocupado de hacer imposible dicha tarea. Incluso la evidencia de que se han abierto horizontes no menos prometedores para el logro de los objetivos terapéuticos perseguidos, sin necesidad de utilizar precisamente células embrionarias como indispensable material de investigación, se ha visto sistemáticamente acallada.

La estrategia biopolítica prefiere fijar el debate ético en el punto de partida para, una vez despejada con aire de excepción esa ardua cuestión inicial, relativizar todo problema ético posterior reduciéndolo a mero juego funcional y provisorio entre propuestas fungibles. Si la aprobación de la FIV cumplió en este sentido un papel decisivo, ahora es el rechazo de la clonación reproductiva el encargado de protagonizar juego similar: llenar de buena conciencia el amplio campo abierto a su costa, en nombre de una clonación imaginativamente terapéutica. Marginada toda referencia a valores objetivos, fácilmente tachable de fundamentalista, y fabricado el tabú capaz de servir de alternativa rechazable, resultará más fácil la gestión económica de una bioindustria confortablemente instalada en un marco jurídico meramente procedimental.

JESÚS BALLESTEROS
Catedrático de Filosofía del Derecho.
Universidad de Valencia

ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad de Valencia
(coordinadores)

BIOTECNOLOGÍA Y POSTHUMANISMO

 GARRIGUES
CÁTEDRA
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

THOMSON

ARANZADI TM

Primera edición, 2007

© Jesús Ballesteros/Encarnación Fernández - 2007
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11.
31013 - Pamplona

Depósito Legal: NA 114/2007

ISBN 978-84-8355-095-3

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.