

MEDICINA Y ÉTICA

UNIVERSIDAD ANÁHUAC

Rector

P. Jesús Quirce Andrés, L.C.

Vicerrectora Académica

Dra. Sonia Barnetche Frías

Director de la Facultad de Bioética

P. Antonio Cabrera, L.C.

Director de Comunicación Institucional

Lic. Abelardo Samuano Rojas

Coordinadora de Publicaciones

Mtra. Alma E. Cázares Ruiz

2

VOLUMEN XXVI NÚMERO 2 ABRIL-JUNIO DEL 2015

MEDICINA Y ÉTICA

Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica

Director: Dr. Óscar J. Martínez González
Coordinadora Editorial: Dra. Martha Tarasco Michel MD, PhD
Traducción y Corrección de Estilo: Lic. Jesús Quiriarte
Composición tipográfica: Paideia Empresarial

Comité Editorial: Dr. Evandro Agazzi PhD; Dr. Ramiro Alonso Pando;
Dra. Myriam Altamirano Bustamante MD, PhD; Dr. Francisco Javier Marcó Bach PhD;
Angelo Fiori, Elio Sgreccia, Antonio G. Spagnolo, Adriano Pessina, Dra. Lourdes Velázquez
González PhD; Dr. Samuel Weingerz Mehl; Dr. Antonio Cabrera PhD; Dra. Ma. Elizabet de los Ríos
Uriarte PhD.

D.R. Investigaciones y Estudios Superiores, S.C.
Editor responsable: Dr. Óscar J. Martínez González
Impreso en Litho Press de México
Oriente 237 No. 416
Col. Agrícola Oriental, 08500 México, D.F.

Dirección y Administración:
Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac
Av. Universidad Anáhuac 46, Col. Lomas Anáhuac
Huixquilucan, Edo. de México. C.P. 52786
Tels. 5328-8074, 5627-0210 (Ext. 7146)
Email: bioetica@anahuac.mx

Distribución:
Investigaciones y Estudios Superiores, S.C.
Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac

México: 200 pesos; América Latina: \$80 U.S. Dls;
Otros países: \$80 U.S. Dls.

Medicina y Ética.
Número de Registro de Marca 427526
Certificado de Licitud de Título 6655
Certificado de Licitud de Contenido 6923
Certificado de Reserva de Derechos al uso exclusivo 1009-93; control 22235
Impreso en México. *Printed in Mexico.*
ISSN 0188-5022

[039 0793] Porte pagado.
 Publicación periódica.
 Registro 0390793.
 Características 210451118.
 Autorizado por SEPOMEX.

La Revista *Medicina y Ética* aparece citada regularmente en los siguientes índices:
The Philosopher's index, Latindex y Redalyc.
The Journal of *Medicina y Ética* is indexed in: *The Philosopher's index, Latindex* and
Redalyc.

ÍNDICE

Editorial	131
Bioética de la complejidad o hablemos de bioética <i>Luisella Battaglia</i>	137
La importancia de una correcta presencia de la bioética en los medios de comunicación <i>Lourdes Velázquez</i>	143
Derecho de propiedad <i>vs</i> derecho a la vida. Una nueva cuestión frente a la Corte Europea de los derechos del hombre <i>Carlo Casini, Marina Casini</i>	155
La ética discursiva al servicio de la moral según Jürgen Habermas <i>Cécile Furstenberg</i>	211
Riesgos de una epistemología contractualista <i>Aldo Rocco Vitale</i>	233
La disputa sobre la adopción de los embriones humanos <i>Adriano Pessina</i>	245

EDITORIAL

Este año decretado como año de la familia, ha sido también un año de promoción de uniones homosexuales en todo el mundo. En particular en México, el cambio constitucional se realizó casi sin debate, sin información de causas, consecuencias o tan siquiera costos. Parecería que simplemente instancias multinacionales llegaron a un consenso, ignorando el método experimental, la rectitud epistemológica, y el procedimiento eurístico –como señala Aldo Rocco Vitale, en su artículo “Riesgos de una epistemología contractualista”– (el autor ejemplifica el hecho con el problema astronómico de reclasificación de los planetas). En él enfatiza que terminan siendo unos pocos los que toman la decisión, abrogándose a sí mismos el derecho de hacerlo, a pesar de evidencias científicas.

Esta tarea de análisis, reflexión, estudio y difusión, corresponde a la bioética que podría parecer reactiva, como señala Lourdes Velázquez en su artículo “La importancia de una correcta presencia de la bioética en los medios de comunicación”, en el que explica que los valores morales resultan convencionales y el bien se aprecia según sea presentado en los medios de comunicación. Por lo que la necesidad de ayudar en la reflexión de este problema epistemológico sobre tantos temas, sea deber de la bioética, así como lo es su difusión.

Evidentemente se trata siempre de hacer una reflexión suficientemente profunda para luego ser difundida, o bien aplicada en lo concreto. Tal es el caso del artículo que el Honorable Carlo Casini y la Profesora María Casini analizan en el artículo sobre “Derecho de propiedad *vs* derecho a la vida. Una nueva cuestión frente a la Corte Europea de los derechos del hombre”, que trata sobre la uti-

lización de embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida para experimentación. Si bien el artículo compara lo acordado en la Convención de Oviedo y la Ley Italiana, el tema es muy actual en todos los países, ya que desde el inicio de las técnicas, los embriones sobrantes se han usado –destruyéndolos–, para la experimentación.

Sin embargo, otro caso aplicativo respecto a los embriones sobrantes, es el que señala el Prof. Adriano Pessina respecto a “La disputa sobre la adopción de los embriones humanos. Líneas para una reflexión filosófica”, que sería otro de los destinos para los embriones. Esta posibilidad, que nace de la generosidad de mujeres que desean hacer un bien al embrión congelado, para que termine su desarrollo y logre una vida autónoma, tiene, sin embargo, varios puntos de conflicto: uno de ellos es el del medio utilizado, y otro son los riesgos para el embrión así como las consecuencias. Pessina señala que un conflicto moral no se resuelve proponiendo de primera instancia el mal menor, porque no debe ser nunca una opción. La elección moralmente correcta debe ser el bien factible.

En este sentido surge la pregunta sobre la justicia, en un contexto de moral individualista, que plantea Cécile Furstenberg, en su artículo “La ética discursiva al servicio de la moral según Jürgen Habermas”. Porque ante las dificultades contextuales dadas por el relativismo moral, y por la escasa sustentación epistemológica, la teoría discursiva viene en ayuda a las dificultades contextuales, tal como lo define la autora.

*Dra. Martha Tarasco MD PhD.
Coordinadora Editorial*

Criterios para los colaboradores de “Medicina y Ética”

1. La revista de *Medicina y Ética* es una revista especializada en el campo de la bioética que está enfocada a la difusión académica entre los profesionales afines a las temáticas y discusiones actuales en este campo. En consecuencia, *Medicina y Ética* no acepta artículos de difusión, ni material que puede ser considerado propagandístico de alguna corriente. La Revista no está circunscrita a una visión única de la Bioética, siempre que los artículos cumplan con rigor la metodología propia en la exposición de las ideas.
2. De acuerdo con lo anterior, las opiniones y posiciones son de responsabilidad exclusiva del autor, y no reflejan necesariamente la posición de la Facultad de Bioética. El Consejo editorial no presupone, en ningún caso, que la institución de origen o de quien da actualmente empleo al autor, suscribe las posiciones de éste, vertidas en el artículo correspondiente.
3. El material deberá ser inédito, no obstante, se aceptan ponencias o comunicaciones, siempre y cuando se señale claramente el lugar y fecha donde se expuso por primera vez la investigación.
4. Se consideran tres tipos de publicaciones: artículos, notas y reseñas. Los artículos deben tener una extensión mínima de 15 cuartillas y máxima de 30. Estos deben ser sobre temas monográficos. Las notas deben ser mayores de 7 páginas y menores de 15. Las notas tienen un carácter de discusión propia del campo científico; la discusión puede ser sobre otros artículos anteriores de la Revista, siempre y cuando cumplan con la calidad académica señalada y no como una mera expresión de una réplica por el afán polémico, sino a la altura del artículo que es motivo del comentario. Las reseñas deben tener una extensión mínima de una cuartilla y máxima de cinco. Las reseñas pueden ser tanto críticas como meramente expositivas.

5. Los artículos serán dictaminados por al menos dos académicos de competencia relevante en un plazo máximo de tres meses. Los nombres, tanto de dictaminadores como del autor, permanecerán en el anonimato. En el caso de respuesta negativa, el autor recibirá un dictamen con las opiniones de los dictaminadores. El autor podrá realizar las correcciones que considere pertinentes y volverla a presentar, sin que *Medicina y Ética* se obligue a publicar el material. En cualquier caso, no se regresan originales. Los autores que hayan sido elegidos recibirán tres ejemplares de cortesía del número en que fueron publicados.
6. Los artículos publicables deberán escribirse de preferencia en español, aunque se aceptan en idioma inglés, de manera clara y concisa. El texto debe ir en letra Arial (12 pts.) a espacio y medio, en papel tamaño carta. El material puede ser entregado en formato electrónico para PC, vía correo electrónico o disquete (Word para windows, o formato RTF).
7. Los artículos y notas deberán contener el título del trabajo, el (los) nombres(s) del (de los) autor (es), el nombre de la Institución a la que pertenezcan. El artículo debe estar acompañado de un resumen (abstract) no mayor de 15 líneas (aproximadamente 150 palabras) en español y en inglés. También deben contener 3 palabras clave no contenidas en el título.
8. Las referencias de libros deberán realizarse de la siguiente forma: APELLIDO DEL AUTOR, nombre del autor. *Título del libro*. Traductor, Editorial, Lugar de edición, año de publicación, página (edición original). Por ejemplo:

SINGER, Peter. *Una vida ética. Escritos*. Trad.: Pablo de Lora Del Toro, Ed. Taurus, Madrid, 2002, p. 57 (inglés: Writings of an ethical life, 2000).
9. En el caso de las revistas el modo será el siguiente: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre del autor. “título del artículo”, *Título de la revista*, volumen, número, (mes, año), página. Por ejemplo:

ROMANO, Lucio. “Educación de la sexualidad y los adolescentes. Encuesta cognoscitiva y antropologías de referencia”, *Medicina y Ética*, XIII, 1, (enero-marzo, 2002), p. 85.

10. Los artículos deberán ser enviados exclusivamente a la siguiente dirección:

**Facultad de Bioética
Universidad Anáhuac
Dra. Martha Tarasco Michel, Coordinadora Editorial
Apartado Postal 10 844
C.P. 11000, México, D.F.
Email: mtarasco@anahuac.mx**

11. No nos hacemos responsables del material entregado o enviado a otra dirección distinta de la anterior. Para considerarlo recibido, quien envía deberá contar con un recibo físico con sello, o bien con la respuesta electrónica de la dirección de correo electrónico señalada en el punto anterior.

Bioética de la complejidad o hablemos de bioética

Luisella Battaglia *

Si entendemos por bioética una ética aplicada al bio-realm (reino de la vida) ésta abarca todo el mundo viviente, humano y no humano y, por extensión, también al ambiente en el cual se desarrollan las diversas formas de vida. Es este el significado original del término –como había sido acuñado en el texto de Van Potter, *Bioética, un puente para el futuro* (1971)– en el cual se ha inspirado para su actividad el Instituto Italiano de Bioética que ha festejado sus 20 años con un Congreso en Génova sobre el tema *Hombre, naturaleza, animales. Por una bioética de la complejidad*, dedicando sus trabajos a un estudioso insigne, punto de referencia para muchos de nosotros, de reciente partida, Giovanni Berlinguer.

Mirar la bioética en el horizonte de la “complejidad” significa proponer una conexión entre sus diversas dimensiones: la *médica*, que abarca el nacimiento del hombre, su salud y su muerte ante las posibilidades ofrecidas por las biotecnologías; la *ambiental*, que se interesa en las cuestiones de valor relacionadas con las consecuencias prácticas de la relación entre el hombre y la naturaleza; la *animal*, que se ocupa de los aspectos morales, sociales y jurídicos de las relaciones del hombre con las otras especies. La reflexión filo-

* Profesora de Filosofía Moral y Bioética en la Universidad de Génova.

sófica está llamada a una confrontación interdisciplinar con las diversas ciencias de la vida, desde la biología a la medicina humana y veterinaria, desde la ecología a la etología. De aquí surgen una serie de interrogantes en muchos aspectos inéditos: ¿cuáles son los límites de nuestro universo moral? ¿Cuáles son las nuevas fronteras de la justicia? ¿Cómo unir los intereses de la humanidad actual con los de las generaciones futuras, del ambiente y de las otras especies? De ello ha derivado, por un lado, un replanteamiento de la visión convencional de la bioética, prevalentemente confinada al solo ámbito humano, con base en una opción de valor antropocéntrica; por otro lado, un interés por afrontar cuestiones de salud y de calidad de vida en modo más comprensivo y “total” que ha impulsado hacia una creciente atención por el tema de las diferencias. Si a la bioética se le ha frecuentemente reclamado el realizar análisis abstrayendo de las situaciones concretas, una cultura, madurada especialmente en ámbito feminista, ha corregido radicalmente esa tendencia lanzando una concentración sobre el sujeto mujer, sus derechos, sus necesidades, ante los retos de las biotecnologías. Por esto, desde sus orígenes, el Instituto se ha empeñado en “dar voz a las mujeres”, –todavía en gran parte ausentes o escasamente representadas en los Comités de mayor relieve político– y por tanto en valorar las aportaciones de las estudiosas a las áreas de la bioética, favoreciendo la confrontación entre las diversas perspectivas teóricas y orientaciones normativas. La reflexión sobre la especificidad femenina se ha revelado, de este modo, como un estímulo para focalizar un complejo de cuestiones frecuentemente ignoradas o removidas y para individualizar específicos requerimientos políticos, modelados sobre una realidad en continua evolución, con particular atención, así, tanto a la “bioética de lo cotidiano” –que toca temas que abarcan directamente nuestra vida de todos los días (como por ejemplo la alimentación)– como para la “bioética de frontera”, que mira al futuro, a las nuevas fronteras abiertas por las biotecnologías, como la ingeniería genética. No nos ha parecido de ningún modo irrelevante que los sujetos cuyos cuerpos son la ma-

teria de las nuevas tecnologías reproductivas fuesen en aplastante mayoría mujeres, mientras aquellos que proyectan, experimentan, aplican tales tecnologías fuesen en abrumadora mayoría hombres...

El pensamiento de la diferencia ha tenido por tanto importantes reflejos en el campo bioético porque ha impulsado a considerar de cerca la realidad femenina, dando vida a instancias que habrían sido sometidas a análisis “neutrales” y encaminando investigaciones referidas a aquel terreno histórico-social del cual nacen las cuestiones de la vida y de la muerte. Un campo de gran interés nos ha parecido aquel de las nuevas tecnologías reproductivas: ¿cuál es su impacto –se nos ha preguntado– sobre la vida de las mujeres? En el debate contemporáneo se tiende a subrayar una fundamental ambivalencia: por una parte, los progresos médicos y científicos han ofrecido a las mujeres más amplias oportunidades de decidir cuándo y en cuáles condiciones ser madres; por otra parte, han aumentado las posibilidades de ejercitar un control mayor, respecto al pasado, sobre sus elecciones. Los interrogantes se refieren, por tanto, a la salud y al bienestar psico-físico de las mujeres pero también los reflejos de las biotecnologías sobre los roles sociales: más allá de la dimensión propiamente biológica, invierten de hecho la dimensión simbólica y afectiva. En este cuadro han surgido inquietantes preguntas sobre su confiabilidad (sobre su carácter experimental y no simplemente terapéutico); sobre los formidables intereses en juego, sobre los condicionamientos sociales (el estigma de la esterilidad), sobre las consecuencias políticas. Todos estos interrogativos que nacen de un peculiar acercamiento dirigido igualmente tanto a lo “concreto” (la vivencia de las mujeres, la cotidianidad de sus necesidades) como a lo “simbólico” (significado del cuerpo, el valor de la maternidad).

No olvidemos que una de las finalidades principales del pensamiento feminista en bioética ha sido el de poner en evidencia las cuestiones de *poder* (en el sentido de autonomía, consciencia, autodeterminación sobre las decisiones reproductivas, terapéuticas etc.)

y por tanto de denunciar la opresión sufrida por las mujeres. Se piense a argumentos —a los cuales el Instituto ha dado amplio espacio— como aquel de la salud femenina, la medicina de género o el rol de las mujeres, tanto como pacientes que como profesionistas, en ámbito médico. En este contexto han madurado las instancias de democratización de la bioética, la investigación de nuevas formas de *EMPOWERMENT*, la exigencia de “dar voz a quien no tiene voz”. El concepto de *género* nos ha parecido una categoría explicativa e interpretativa de importancia crucial en cuyo ámbito ha sido posible colocar la temática de la *atención* que, desplegada en múltiples direcciones bioéticas, ha sido el verdadero leitmotiv del Congreso: sobre todo un modelo a aplicar en vista de una humanización de la medicina, en el sentido de una “alianza terapéutica” que recibe su sentido de una originaria disposición de solidaridad, pero también un paradigma alternativo, válido tanto en nuestra relación con la naturaleza como con el mundo animal, con la superación de la tradicional visión androcéntrica del “dominio”.

La cuestión de la atención, de las necesidades a las cuales responde, de las relaciones a las cuales da lugar; es el centro desde hace decenios del debate feminista. Si el tratamiento —nos hemos preguntado— es una “actividad humana” necesaria y fundamental ¿por qué está ausente del núcleo de los valores sociales y políticos y no forma parte integrante de nuestra idea de ciudadanía? Probablemente, estamos condicionados por una imagen del ciudadano que se nos deriva de siglos de pensamiento social contractualista aquel precisamente de un individuo autónomo, racional, capaz de estipular pactos ventajosos con contrapartes capaces de ser recíprocas. El tratamiento, por tanto, parece privado de valor en la vida pública porque la política es descrita como una arena en la cual se confrontan y se median intereses contrapuestos. ¿Pero es todavía suficiente el contrato social o es necesario pensar en una visión de la democracia que integre en sí el valor del tratamiento? ¿Y cuál puede ser el rol de las mujeres en esta perspectiva? La realidad y nuestra experiencia nos ponen hoy en día ante la mirada, muchas situa-

ciones en las cuales los individuos no puede contar con la misma habilidad en el utilizar sus propios recursos. Niños, ancianos, personas no autosuficientes, discapacitados; corren el riesgo de no poder ejercitar aquellos derechos fundamentales de los cuales son nominalmente titulares. Por esto nos ha parecido importante reconocer la centralidad del tratamiento y proponerlo como valor capaz de informar la vida política y de hacer a los ciudadanos conscientes de su interdependencia, preocupados de las necesidades del prójimo, conscientes de la común vulnerabilidad y, por tanto, disponibles a ponerse empáticamente en el punto de vista ajeno. Erraríamos, sin embargo, –nos hemos dicho– si pensáramos que la actitud del “atender” sea una especie de “provincia de las mujeres”: es necesario, según nuestro parecer, por un lado universalizar los valores del trabajo de la atención, ligados por razones históricas a la vida femenina; por otro, reafirmar que esta tarea es sustancialmente accesible también a los hombres que deberían finalmente asumir su cuota de responsabilidad. Como se lee en el antiguo mito narrado por Iginio, cada uno de nosotros es hijo de la Atención, la diosa que forja al hombre del fango (hombre del *humus*) y lo posee por todo el tiempo de su vida destinándolo –para retomar las palabras de Heidegger– a “aquel modo de ser que domina del inicio al fin su evento temporal en el mundo”.

Sabemos que los problemas afrontados en medicina y en las ciencias biomédicas requieren respuestas concretas acerca de los derechos de las personas implicadas y los modos de colocación de los recursos. Si se quiere evitar el riesgo de una “dictadura de los expertos” –y aquí la bioética se abre a la “biopolítica”– es necesario que estemos adecuadamente representados todos los actores sociales implicados: para que las decisiones legislativas sean respetuosas de la libertad de todos –valgan como ejemplos negativos la ley 40 sobre la procreación asistida o la escandalosa falta de una ley sobre el “testamento biológico”– es necesario que sean bien visibles las implicaciones de las investigaciones, los valores en juego, los costos y los beneficios. En muchos estados europeos se han

aprestado conferencias periódicas dirigidas a la ciudadanía para difundir informaciones y activar el debate público sobre los más relevantes temas de la bioética. No así en Italia. A esta carencia nuestro Instituto ha buscado poner remedio organizando cada año una Conferencia Nacional para las Escuelas de modo de hacer de la bioética una parte esencial de la cultura de las jóvenes generaciones, para prepararlas a madurar una consciencia crítica y, por tanto, para asumir decisiones conscientes. Sólo así será posible trabajar para actuar aquella “democracia cognitiva” en la cual el conocimiento se vuelva la base segura para una ética de la responsabilidad compartida.

La importancia de una correcta presencia de la bioética en los medios de comunicación

*Lourdes Velázquez**

Resumen

La bioética es una disciplina explícitamente orientada a tener un impacto práctico, es decir, a orientar la conducta humana en situaciones concretas, frente a opciones o elecciones que implican juicios y tomas de decisiones controvertidas. Por consiguiente no puede limitarse a ser un discurso entre especialistas, un debate académico entre intelectuales que discuten de principios o elaboran sutiles distinciones en el plano del análisis lógico e intelectual. Más que elaborar “doctrinas”, la tarea de la bioética sería la de hacer madurar una conciencia pública, la cual lleve a las personas involucradas en ciertas decisiones delicadas en el ámbito de las prácticas médicas y biotecnológicas a tomar la decisión correcta.

Para alcanzar este fin es indispensable que la bioética encuentre su camino dentro de los medios de comunicación ya que son estos los que, de manera tácita y casi inconsciente, moldean a las costumbres, especialmente en las sociedades altamente tecnológicas.

Summary

Bioethics is a discipline explicitly oriented to a practical impact, that is, to orient human conduct in concrete situations, in the pre-

* Profesora e Investigadora de la Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac México Norte.

sence of options and choices that imply controversial judgments and decisions. Therefore, it cannot be restricted to a discourse among specialists, to an academics debate among scholars, discussing about principles or elaborating subtle distinctions by means of a logical or intellectual analysis. Rather than that of elaborating “doctrines” the task of bioethics should be that of helping elaborate a public conscience that could lead persons involved the domain of medical and biotechnological practice to take right decisions. In order to attain this goal it is indispensable that bioethics find its space within the communication media because these are what forge, in a tacit and almost unconscious way, customs, especially in the technologically most advanced societies.

Palabras clave: Medios de Comunicación, derechos humanos, bioética, cultura.

Key words: Mass media, human rights, bioethics, culture.

“... un mundo donde el primer lugar en la tabla de valores vigente lo ocupa el entretenimiento y donde divertirse, escapar del aburrimiento, es la pasión universal. Sus consecuencias son: la banalización de la cultura, la generalización de la frivolidad y, en el campo de la información, que prolifere el periodismo irresponsable de la chismografía y el escándalo”.

Mario Vargas Llosa¹

En una época, donde los padres se esfuerzan por generar recursos trabajando fuera de casa y los artefactos más importantes del hogar son la televisión y la computadora, no cabe duda que la formación cultural de los hijos se nutre, en gran medida, de la incesante información que proviene de los medios de comunicación. Al mismo tiempo, niños, jóvenes y adultos formamos parte de un colectivo social que es constantemente bombardeado por la publicidad, la misma que nos demanda vivir de acuerdo a las “tendencias”, esencialmente a consumir, bajo determinados patrones —marcados por intereses económicos y no sólo— a riesgo de ser considerados

“out” o “nerd”; en otras palabras: sujetos extraños que no forman parte del “buen vivir”, que no se caracterizan por una actitud ética o mejor dicho por una reflexión bioética, pero ¿qué es la bioética?

La bioética es una disciplina explícitamente orientada a tener un impacto práctico, es decir, a orientar la conducta humana en situaciones concretas, frente a opciones o elecciones que implican juicios y tomas de decisiones controvertidas. Por consiguiente no puede limitarse a ser un discurso entre especialistas, un debate académico entre intelectuales que discuten de principios o elaboran sutiles distinciones en el plano del análisis lógico e intelectual. Más que elaborar “doctrina”, la tarea de la bioética sería la de hacer madurar una *conciencia pública* la cual lleve a las personas involucradas en ciertas decisiones delicadas en el ámbito de las prácticas médicas y biotecnológicas a tomar la decisión correcta.

Para alcanzar este fin es indispensable que la bioética encuentre su camino, dentro de los *medios de comunicación* ya que son estos los que, de manera tácita y casi inconsciente, moldean a las *costumbres*, especialmente en las sociedades tecnológicas. De hecho, siempre la formación de las conciencias y de las costumbres ha pasado a través de una *comunicación*, sólo que esta se realizaba en ambientes delimitados, como la familia, o la enseñanza impartida por maestros o autoridades reconocidas, mientras que hoy los medios de comunicación gozan concretamente (sin ninguna razón objetiva) de una autoridad muy fuerte, y además tienen la ventaja de “proponer” sus mensajes sin “imponer” nada a nadie. Pero justamente por esta facilidad y aparente espontaneidad, las ideas, los valores, los modelos que los medios de comunicación proponen, encuentran una difusión “pacífica” y casi sin contraste, como todo lo que aparece obvio.

Incluso nos han llegado hasta hacer pensar que estamos mal, que nada funciona. Solemos decir que perdimos el país que teníamos, los valores en los que creíamos.

La diversidad y oposición de opiniones de los distintos medios de comunicación respecto a lo correcto e incorrecto, lo justo e injusto, el bien y el mal nos lleva a pensar que no existe el “bien ob-

jetivo”. Los valores morales, la justicia y el derecho resultan convencionales. No hay bien o mal en sí mismo o absoluto. Por lo que tenemos que llegar a concluir que estamos en un punto donde la ética resulta subjetiva. En otras palabras: no podemos decir cómo es el bien...sino cómo nos parece que es de acuerdo a lo que los medios de comunicación nos presentan.

Resulta importantísimo que los medios de comunicación sobre todo en lo que a temas de bioética se refiere, no se limiten a la información de los hechos, sino que debe también darse una *correcta información* de los hechos.

Y esta correcta información a la que nos referimos se exige de manera aún más apremiante si se considera el hecho de que no existe ningún producto o práctica, entre las tecnologías biomédicas, que no presente efectos secundarios o recaídas en un grado amplio y a largo plazo que no sean negativas. Por este motivo, una información moralmente correcta no puede prescindir, aunque cuando salte los detalles más técnicos, de incluir en la “esencia” de su comunicación la consideración de dichos aspectos. En este caso también, la búsqueda de intereses económicos o individualistas lleva a menudo a modificar la información y por lo tanto a favorecer juicios inadecuados. Tomemos el ejemplo de la píldora RU 486. Se habló con orgullo de los múltiples beneficios que otorga un aborto “farmacologic” no invasivo, a diferencia del aborto quirúrgico tradicional, que conllevaba riesgos de perforación y varias otras complicaciones. En realidad, queda claro que este tratamiento farmacológico tiene también sus inconvenientes, que son: el necesitar una administración bajo observación médica durante cuatro o cinco días intermitentes, el impacto psicológico de asistir directamente a la expulsión del feto en el baño de su casa, sin mencionar lo más grave y callado, o sea que los riesgos de mortandad de este aborto farmacológico son diez veces superiores a los del aborto quirúrgico.²

Lo dicho anteriormente tiene que ver con lo que llamamos la correcta información de los hechos, la cual es indispensable para

que los debates y las reflexiones en el campo de la bioética no estén determinados por prejuicios ideológicos y doctrinarios o influidos inconscientemente por la creación de corrientes de opinión surgidas de modo artificial de los fuertes intereses de algunos sectores. Existe otro aspecto que no se debe perder de vista, es decir, sería un grave error limitar el enfoque del discurso bioético a semejantes cuestiones. En el momento en que se considera cada una de las aplicaciones y procedimientos en el sector biológico y médico, es necesario que también se tomen en cuenta y evalúen éticamente los *finés* que la práctica en mención propone; en caso de que estos resulten moralmente aceptables es importante examinar minuciosamente los medios que se proponen para alcanzar dichos *finés* y es aquí que muchas veces se encuentran los problemas morales más delicados, en los que la comunicación bioética no debe tomar a la ligera, como si no tuvieran relevancia y en este caso la información no puede reducirse únicamente al aspecto técnico. De hecho desde ese punto de vista podrá establecer si los medios propuestos son *eficaces* para alcanzar los fines, pero esto no tiene nada que ver con la *legalidad moral*; de lo contrario, en la presentación mediática el punto de vista del cual se consideran los medios es, en la mayoría de los casos, únicamente el de la eficacia técnica. En menor escala se presta atención al complejo contexto de las circunstancias, en el que las diferentes acciones entran en juego y no son irrelevantes para determinar el juicio moral que les corresponde.³

No hay que olvidar que la moral funciona en muchos ámbitos distintos. “Todo lo que aumenta nuestro poder, redimensiona nuestro campo moral”. Por ejemplo, Aristóteles dedicó muchas páginas y grandes reflexiones a la ética, pero no se hizo nunca una sola pregunta sobre biogenética, porque en su mundo no se sabía qué era. La biogenética ha abierto muchas posibilidades y nos ha planteado problemas morales nuevos. Tenemos que reflexionar moralmente sobre nuestras responsabilidades”.⁴

Y precisamente, como el poder siempre conlleva responsabilidades, debemos exigirles mucho a las personas que lo ejercen y tie-

nen autoridad, a los que comunican queriendo hacer creer que los valores son convencionales, que no hay bien absoluto, ni existe una ética compartida.

En el pasado congreso mundial de filosofía, observaba cómo varios colegas de diversos países reunidos bajo un mismo techo, intentaban –en principio– encontrar una ética común de entendimiento. Y aunque la ética debería envolver valores universales, resulta claro que en estos tiempos son disímbolos. Parecería ser que cada pueblo tiene un concepto de justicia, de lo correcto, del bien... de la bioética en suma. Vivimos una época crítica que divide a los hombres y a sus objetivos fundamentales de paz, concordia y entendimiento. Al escuchar este intento de diálogo de sordos, recordaba de mis años de licenciatura a mi maestro de ética el Lic. Jorge Muñoz que me enseñaba que la Ética era Universal... hoy parecería que no lo es en esta era de las comunicaciones.

Ante un panorama así, estamos en la obligación de identificar las piezas de un rompecabezas que se presenta muy desordenado. La comunicación global se vuelve medio de transmisión de una catarata de desacuerdos que no sólo son inmediatos, sino que resultan continuos. La falta de entendimiento nos aturde. Nuestro refugio no son el entendimiento y la razón... ¡es el oro! Porque así nos lo han hecho creer. Pero estamos mal porque en realidad tenía razón el viejo maestro, la Ética es y debe ser universal porque lo fundamental no ha cambiado. Como bien dice Fernando Savater: “Si hoy todavía leemos con provecho la *Ética a Nicómaco*, que lleva por el mundo más de veinte siglos, es porque sigue tratando cuestiones que todavía nos son útiles. Si ese libro sigue interpelándonos es porque el fundamento y el sentido de la pregunta ética no han variado. Si me preguntasen cuál es ese fundamento y ese sentido diría que radica en atender a los deberes que los seres humanos tenemos hacia el resto de los seres humanos”.⁵

Por lo que la función de la bioética, como toda disciplina que implique una labor intelectual de reflexión y crítica, es una lucha contra el obvio para alcanzar lo que es fundado, justificado, correc-

to, de tal manera que se puedan ofrecer ideas y modelos de conducta que *después* de esta labor crítica puedan presentarse como algo *evidente* y por lo tanto capaz de vencer a la superficial obviedad de lo que antes se aceptaba.

Sabemos todos que la bioética no puede reducirse a una *casuística*, sin embargo no cabe duda que una adecuada presentación de casos concretos es un medio importante a nivel de comunicación, en primer lugar porque el caso concreto capta inmediatamente la atención del público, y en segundo lugar porque un análisis inteligente de un caso concreto puede ayudar a sacar a la luz y llevar a la reflexión las dimensiones éticas que normalmente quedan ocultas tras los aspectos técnicos “*impactantes*” que los medios de comunicación se limitan a mencionar. Lo mismo vale por las ventajas y maravillas futuras que muy a menudo los medios anuncian como consecuencias de una determinada nueva técnica o tratamiento, casi siempre fruto de imaginación más que de proyección científicamente fundada. A lado de todo esto una comunicación ética tiene el deber de mencionar también los riesgos, los límites, los aspectos típicamente éticos ignorados, los contextos humanos y sociales que obligan a considerar con mayor prudencia la novedad anunciada, como lo hemos señalado ya anteriormente.

La necesidad de una comunicación bioéticamente correcta resulta también del hecho de que de todas maneras los temas bioéticos aparecen en los medios, pero en la forma de relatos y comentarios de gente sin preparación específica, sean periodistas, personajes conocidos por las más variadas razones que no tienen nada que ver con la ética o la bioética. Esta gente “*crea opinión*” a pesar de ser incompetente, porque el público no sabe discernir en este campo. Por lo que compartimos la opinión del semiólogo italiano Umberto Eco, cuando acusa a las redes sociales (otro importante medio de comunicación) de haber generado una “*invasión de imbéciles*”. Ha dicho, durante una conferencia de prensa en Turín: “Las redes sociales le dan derecho de palabra a legiones de imbéciles que antes hablaban sólo en el bar después de un vaso de vino, sin

dañar a la colectividad”, ya que los callaban, mientras que ahora tienen el mismo derecho de palabra de un premio Nobel. Es una invasión de imbéciles. Por lo que invito a los diarios de papel a filtrar, con un equipo de periodistas especializados, las informaciones de Internet, “porque nadie hoy está capacitado para entender si un sitio es confiable o no”. Y a dedicarle al menos dos páginas a un análisis crítico de los sitios.⁶

Y es que al mismo tiempo que la cultura se ha masificado, las expresiones culturales son ahora más banales y frívolas. Paralelamente, ante el incremento del laicismo, la necesidad de una orientación ética y más concretamente bioética que correspondería a la cultura (representada por la filosofía, la medicina y la ciencia en general) no puede ser cubierta por la cultura de masas imperante, al estar ésta caracterizada por la superficialidad.

Internet hoy en día es un fenómeno tan necesario y beneficioso como novedoso y virtualmente incontrolable por su gigantismo y anonimia, percibiéndose aún en forma incipiente sus efectos sobre las nuevas generaciones. Y aunque no se pueda frenar su avance debemos estar conscientes que el problema de la Red “no es sólo reconocer los riesgos evidentes, sino también decidir cómo acostumbrar y educar a los jóvenes a usarlo de una manera crítica. Y de esta manera atenuar la polémica declaración hecha (en la ya citada rueda de prensa) por Umberto Eco: El drama de Internet es que ha promovido al tonto del pueblo como el portador de la verdad”.⁷ Aunque también habría que precisar que Internet no es algo que en sí nos hace bien o mal, inteligentes o tontos, sino sólo y según como lo usemos.

Pero si a esta ya de por sí complicada problemática le agregamos la inquietante y no menos relevante mala costumbre de no dar no sólo una relevancia importante, sino de ni siquiera consultar a los profesionistas en bioética y darles una adecuada presencia dentro de los medios, no es sólo una manifestación de superficialidad, sino también del bajo nivel en el cual las cuestiones bioéticas se co-

locan en la opinión pública. De hecho, a ningún periódico le vendría en mente de solicitar la opinión de una estrella del cine o de un cantante famoso acerca de un nuevo descubrimiento en física o de un problema financiero complejo, justamente porque se piensa que en estos campos se necesita el juicio de expertos, mientras que para muchos el campo bioético es el lugar en que se encuentran diversas *opiniones* y se da por obvio que cuando se trata de opiniones no hay autoridad sino, más bien, que tenemos que guardar la máxima *libertad de opinión*. Sin embargo las cuestiones bioéticas son entre las más importantes para una sociedad tecnológica, ya que conciernen a la manera correcta de disfrutar de las nuevas condiciones de vida y acción que la tecnología nos proporciona, sin dejar de ser personas que orientan su vida según valores y reconocen una *responsabilidad moral* en su conducta. Claro, esto no implica que en la bioética se puedan establecer teoremas que todo ser razonable deba admitir, pero tampoco se puede evitar la búsqueda de soluciones ponderadas y razonables que los hombres de nuestro tiempo puedan aplicar en ciertas circunstancias especiales de su vida.

Hay otro aspecto que considerar. Tras de muchas prácticas de interés bioético están robustos intereses económicos que, obviamente, no aceptan que dichas prácticas puedan ser prohibidas o limitadas por cualquier razón y por lo tanto tratan de difundir una opinión de legitimidad ética acerca de ellas. En otras palabras, se trata de reconocer que los medios de comunicación poseen un *poder* muy grande de ‘promocionar o destruir hombres políticos, instituciones, de influir sobre los legisladores, pero al mismo tiempo no son indemnes de caer bajo las presiones e influencias de otros *poderes*. Desde este punto de vista la *vigilancia ética* en un sentido general y la *vigilancia bioética* en particular constituyen un aspecto fundamental de la *defensa de la libertad* de los ciudadanos, defensa que empieza al nivel de la libre formación de juicios e ideas correctos, antes que pasar a una efectiva libertad de acción. Considerada desde este punto de vista, la difusión de una sensibilidad bioética mediante los medios de comunicación tiene un gran valor civil, de-

mocrático y educativo. Por lo que por consiguiente debería también ocupar en los medios un lugar proporcionado a su importancia, un lugar, por ejemplo, poco compatible con el hecho que, actualmente, las noticias de interés bioético se encuentran muy a menudo en las notas rojas de los periódicos. Y es que el enunciado de la noticia interesa en la medida que impacta y, causado el efecto, se pasa inmediatamente a otra cosa. Evitando así que los receptores *puedan generar una perspectiva* crítica sobre lo que ocurre y de esta manera el propósito de la información no se vincula a lo solidario, a lo reflexivo, ya que interesa únicamente atrapar la atención del receptor por el mayor tiempo posible y cuando la atención decae se introduce un nuevo hecho llamativo o escandaloso.

Si en cambio los temas de bioética fueran discutidos en las páginas culturales, en la presentación de debates acerca de proyectos legislativos o como aspectos fundamentales en el análisis de casos complejos, la ciudadanía se acostumaría a tomarlos como criterios de juicio para evaluar correctamente muchos aspectos impactantes del progreso científico actual.

Referencias bibliográficas

¹ VARGAS LLOSA, M. *La civilización del espectáculo*. Editorial Alfaguara. Madrid 2012.

² Cfr. VELAZQUEZ L. *La Bioetica nel mondo della comunicazione*. Anthropos & Iatria. Anno XVII, No.1-Gennaio-Giugno2014, Genova, Italia. p.14

³ *Ibid.* p. 17.

⁴ SAVATER F. *Ética de Urgencia*. Ed. Planeta. 1era. ed. Barcelona-España 2012 p.25.

⁵ *Ibidem.* p. 11

⁶ ECO, U. Declaraciones en Rueda de Prensa en el Gran Palacio de la Escuela de Equitación de Turín recogidas y publicadas por el diario italiano la Stampa el 16 junio 2015 Fuente. www.unosantafe.com.ar

⁷ *Ibid.*

Derecho de propiedad vs derecho a la vida. Una nueva cuestión frente a la Corte Europea de los derechos del hombre

Carlo Casini, Marina Casini***

Resumen

El reciente recurso a la Corte Europea de los Derechos del Hombre (n. 46470/11) nace de la pretensión de usar los embriones humanos para la investigación científica sobre el presupuesto de que se trate de “cosas”. De hecho, la recurrente invoca su derecho de propiedad sobre los embriones apelando al art. 1 del Protocolo n. 1 adicional a la *Convención Europea para la salvaguarda de los derechos y de las libertades fundamentales*. El ataque es directo contra la ley italiana sobre la procreación médicamente asistida (Ley 40 del 19 de febrero de 2004) cuyo art. 13/1 prohíbe “cualquier experimentación sobre cada embrión humano”.

Los autores consideran que sea infundada científica y jurídicamente la pretensión de considerar al embrión humano como una cosa; mostrando cómo el reconocimiento del concebido como sujeto titular de derechos (art. 1), esté respaldado por un importante complejo normativo; contestando la pretendida contradicción entre la ley 40 del 2004 con la ley 194 de 1978; sostienen la razonabilidad científica, ética y jurídica de orientar la cien-

* Parlamentario europeo, Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, Presidente del Movimiento por la Vida;

** Investigadora en Medicina Legal y de los Seguros del Instituto de Bioética de la Facultad de Medicina y Cirugía “A. Gemelli” de la Universidad Católica del Sacro Cuore de Roma (E-mail: marina.casini@rm.unicatt.it).

Título original: Diritto di proprietà vs. diritto a la vita? Una nuova questione dinanzi a la Corte Europea dei diritti dell'uomo. Publicado en la Revista *Medicina e Morale* 2013/6. Páginas 1113-1157.

cia hacia la investigación sobre células estaminales adultas, en vez de sobre las embrionales. La indagación es realizada pasando por numerosas disposiciones a partir del art. 18 de la Convención de Oviedo. Amplio espacio es dado a la jurisprudencia de la Corte Europea de los derechos del hombre en materia de bioética en relación con la doctrina del margen de apreciación que debería ser aplicada también en sentido favorable a Italia en el presente caso. Esta contribución desea que los jueces tengan en cuenta cuanto se ha escrito en el artículo 2 del Tratado de Oviedo, que bajo el título "Primado del ser humano", declara "*el interés y el bien del ser humano deben prevalecer sobre el solo interés de la sociedad y de la ciencia*".

Summary

Right to property vs right to life? A new issue before the European Court of Human Rights

The recent appeal to the *European Court of Human Rights* (Application n. 46470/11) originates from the demand to use human embryos for scientific research on the ground that they are "things". Indeed the appellant claims her right to property of the embryos pleading to the art. 1 of the Additional Protocol n. 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The attack is directed against the Italian Law on medically assisted procreation (Law n. 40 of 19 February 2004) which bans any experimentation on human embryo. The Authors argue that the demanded evaluation of the human embryo as a "thing" is scientifically and legally baseless. They also show how the Italian Law n. 40/2004, which recognizes the embryo as a subject holder of rights (art. 1), is backed by an important normative complex. In this article the thesis on the inconsistency between Law n. 40/2004 and Law n. 194/178 is rejected and it is claimed the scientific, ethical and legal reasonableness to lead the science to adult stem cells instead embryonic stem cells.

The analysis is conducted reviewing numerous dispositions from art. 18 of the Oviedo Convention on Human Rights and Bio-

medicine. In this article a wide space is allowed to the Bioethics case-law of the European Court of Human Rights as for the doctrine of the margin of appreciation which should be applied also to defend Italy in the examined case. The article hope that the Court set great store by what is written in art. 2 (*"Primacy of the Human Being"*): *"The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science"*.

Palabras clave: embrión humano, investigación científica, procreación médicamente asistida, ley italiana n. 40 de 2004, Convención europea para la salvaguarda de los derechos y de las libertades fundamentales, Corte Europea de los Derechos del Hombre, margen de apreciación de los Estados, bioderecho.

Key words: human embryo, scientific research, medically assisted procreation, Italian law n. 40 of 2004, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine, European Court of Human Rights, margin of appreciation of the States, biolaw.

La controversia judicial

Ante la Corte Europea de los Derechos del Hombre (CEDU) pende un recurso (n. 46470/11, *caso Adelina Parrillo contra Italia*) que amerita una particular atención por parte de los estudiosos del bioderecho, tanto por las cuestiones que deben ser afrontadas, como por las consecuencias que pueden derivar de la decisión que será adoptada. El recurso pretende, de hecho, que el embrión humano, en las primerísimas fases de su existencia, sea considerado "una cosa" y que, por tanto, para destruirlo se pueda invocar el derecho de propiedad, elevado a derecho humano fundamental por el Protocolo n. 1 adicional a la *Convención Europea para la salvaguarda de los derechos y de las libertades fundamentales* (de ahora en adelante: *Convención*).¹

El caso tiene origen en 2002 cuando el recurrente y su conviviente hicieron recurso a las técnicas de “procreación médicamente asistida” (PMA), luego de las cuales han sido crioconservados cinco embriones. Luego de la muerte del compañero, la recurrente quiso donar los embriones a la ciencia como fuentes de obtención de células estaminales para utilizar en la investigación de terapias relativas a la medicina regenerativa. Sin embargo el art. 13, apartado 1, de la Ley 40 del 19 de febrero de 2004 prohíbe “cualquier experimentación sobre cualquier embrión humano” y el apartado 4 del mismo artículo castiga la violación de la prohibición con la reclusión de dos a seis años y con la multa de 50,000 a 150,000 euros.² De aquí el recurso presentado a la CEDU (26 de julio de 2011) en el cual la recurrente lamenta: 1. la violación del derecho de propiedad establecido por el art. 1 del Protocolo n. 1 adicional a la *Convención*, porque la Ley 40/2004 le impide disponer de sus embriones donándolos a la investigación científica, obligándola a mantenerlos en estado de congelamiento hasta su muerte; 2. la violación del art. 10 de la *Convención*³ ya que la prohibición de donar a la ciencia los embriones constituye una lesión a la libertad de pensamiento de la cual la libertad de investigación científica es un aspecto fundamental; 3. la violación del art. 8 de la *Convención*⁴ dado que la prohibición violaría el derecho a su vida privada.

Sobre la controversia en cuestión se ha ya pronunciado, el 28 de mayo de 2013, con una sentencia parcial, la segunda sesión de la CEDU⁵ que ha declarado irrecibible el segundo de los tres argumentos del recurso por defecto de legitimación del actuar de la recurrente. La Corte ha sostenido, de hecho, que la legitimación del actuar –y el consiguiente rol de “víctima”– por la lesión del derecho a la libertad de manifestación del pensamiento, del cual la libertad de investigación científica podría ser considerada un aspecto fundamental, debería ser eventualmente asumida por los investigadores y por los científicos.

Sobre la primera y sobre la tercera cuestión la Corte debe todavía decidir. En el procedimiento el Gobierno Italiano se ha consti-

tuido en defensa de la Ley 40/2004 y han intervenido en apoyo del recurso las asociaciones “Luca Coscioni”, “Amica cigogna” (amiga cigüeña), “Cercu un bimbo” (busco un bebé), “L’altra cigogna” (la otra cigüeña). En apoyo de Italia ha intervenido en cambio la “European Centre for Law and Justice” (Centro Europeo para la Ley y la Justicia) (ECCLMJ).⁶

La relevancia del juicio en cuestión está mostrada por la misma brutalidad con la que la cuestión antropológica es planteada por la recurrente. Por primera vez en la historia de las controversias judiciales relativas a la existencia y al valor de la vida humana, es invocado el Protocolo 1 adicional a la *Convención*, que —precisamente— garantiza el derecho de propiedad.⁷ Por lo demás la señora Parrillo no duda en calificar a los embriones como “cosas” de su propiedad respecto a las cuales le son impedidos actos de disposición, en la especie de la donación para la investigación científica (nn. 21-22-31 del recurso). De ese modo la cuestión del estatuto del embrión es puesta en su más extrema radicalidad y es el fulcro de la controversia judicial en cuestión.

Es verdad que además del art. 1 del Protocolo, se hace referencia también al art. 8 de la Convención, pero a una mirada atenta no puede escapar que el argumento del respeto de la vida privada y familiar está ya completamente comprendido en aquel que califica al embrión como “una cosa”. En efecto, si no existe un derecho de propiedad de la recurrente, no existe tampoco una violación de su vida privada y familiar. La recurrente no pide, como en otras controversias judiciales que han implicado la CEDU, obtener un hijo mediante las técnicas de PMA⁸ y por tanto no presenta un problema referente a un interés privado y familiar. Se podría hipotetizar una violación del art. 8 de la Convención por lesión del derecho de disponer de las propias cosas, pero esto supondría que el embrión sea una cosa y por tanto la pretendida violación de la “privacy” sería una consecuencia de la pretendida violación del derecho de propiedad.

Es evidente que la cuestión del estatuto del embrión es puesta en modo ineludible.

La experimentación embrional en la Convención de Oviedo

Para la solución del problema en sentido favorable a Italia es suficiente releer el art. 18 de la Convención de Oviedo.⁹ Éste se refiere específicamente a la experimentación sobre los embriones humanos *in vitro*, como resulta de su rúbrica (“*Investigación sobre los embriones in vitro*”) y establece que los Estados pueden prohibir la experimentación. Ahí se lee: “*cuando la investigación sobre los embriones in vitro está permitida por la ley, ésta asegura una adecuada protección al embrión*”.

Por tanto la experimentación puede ser permitida o prohibida. No es posible, por tanto, sostener que la prohibición italiana viola los derechos del hombre, porque es la misma Convención de Oviedo sobre los derechos humanos en el campo de la bioética —es decir una norma de derecho positivo— que asegura la libertad de la prohibición.

La recurrente querría que los cinco embriones congelados fuesen utilizados para la experimentación, pero en Italia la ley prohíbe la experimentación en embriones *in vitro*. Sin embargo la Convención de Oviedo deja libres a los Estados en este punto y por tanto la recurrente no puede pedir que los embriones generados por ella sean destinados a experimentación destructiva.

Es necesario agregar que el encabezado establece la prohibición de constituir embriones humanos con fines de investigación (“*la constitución de embriones humanos con fines de investigación está prohibida*”). Esta clara prohibición no tendría sentido si la intención primaria fuese la de incentivar la investigación. Viceversa, parece propio que se la quiera limitar, de hecho también cuando ella es permitida por los Estados, se establece en el primer encabezado del art. 1 que la ley debe garantizar una “*protección adecuada al embrión*”. Si bien no

esté clara la medida de la adecuación, es claro que algunos límites son obligatorios.

Del conjunto del artículo 18 se trasparencia, por tanto, una indicación desfavorable a la experimentación, muy diferente que favorable, y emerge que la autorización para la experimentación es la excepción a una regla general: aquella que exige una protección del embrión también en las primerísimas fases de su existencia y que encuentra en la prohibición de experimentación su actuación más rigurosa.

Es el caso de recordar que la Convención de Oviedo ha tenido en cuenta tres precedentes recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del mismo Consejo de Europa: la Recomendación n. 934 de 1982 sobre la ingeniería genética;¹⁰ la Recomendación n. 1046 de 1986 sobre la utilización de embriones y fetos humanos con fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales¹¹ y la Recomendación n. 1100 de 1989 sobre la investigación científica relativa a los embriones y fetos humanos.¹²

El material de estas tres recomendaciones es muy vasto: éstas se ocupan del embrión humano, proveen indicaciones de diverso género sobre la PMA y examinan la terapia genética germinal. Afirman que los derechos y la dignidad del hombre implican el derecho de heredar caracteres genéticos que no hayan sufrido ninguna manipulación (punto I recomendación 934/1982), la prohibición de crear embriones con finalidad de investigación (punto III recomendación 1046/1986), la prohibición de clonación y de investigación en embriones humanos vitales (punto IV recomendación 1046/1986), la afirmación que las intervenciones diagnósticas y terapéuticas sobre el embrión *in vitro* son lícitas sólo si se orientan “al bienestar del que va a nacer y a favorecer su desarrollo y nacimiento” (anexo A punto I y anexo B punto I de la recomendación 1046/1986).

La Recomendación n. 1100 de 1989 en el anexo B, específicamente dedicado a la investigación científica y/o a los experimentos en embriones vivos pre-implantatorios (cigotos), marca más netamente la distinción entre embriones vitales y no vitales en cuanto

pide que las investigaciones sobre los embriones vivientes sean prohibidas “en modo particular si el embrión es vital” y “si existiese la posibilidad de utilizar un modelo animal” (puntos 4 y 5).

Orientaciones coherentes en esta dirección derivan también de las resoluciones del Parlamento Europeo del 16 de marzo de 1989,¹³ de la Directriz 44/1998 de la UE que, en el n. 6 declara contrarias al orden público y a las buenas costumbres “la utilización de los embriones humanos con fines industriales y comerciales”¹⁴ y por la sentencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo en el caso *Brüstle contra Greenpeace*.¹⁵ Sobre estos documentos se tratará en el parágrafo “*La valoración del embrión en el derecho positivo europeo (el embrión no es una cosa)*” en el cual serán profundizados algunos aspectos también del art. 18 en orden a la valoración del embrión humano como ser humano y no como cosa. Por el momento el acento es puesto sobre el hecho de que del artículo 18 de la Convención de Oviedo emerge la plena legitimidad del artículo 13, apartado 1, de la Ley 40/2004 que prohíbe “cualquier experimentación en cada embrión humano.”

La controversia judicial podría cerrarse aquí, con la simple evocación del artículo 18 de la Convención de Oviedo. Quedan, sin embargo, relacionadas otras tres cuestiones de gran relevancia jurídica que el recurso Parrillo ofrece la ocasión de examina. Éstas se refieren: *a.* el principio del amplio margen de apreciación de los Estados en las cuestiones bioéticas; *b.* la valoración del embrión en el derecho positivo europeo; *c.* la compatibilidad y coherencia de la Ley 40/2004 con el derecho europeo.

El principio del amplio margen de apreciación en la jurisprudencia de la CEDU

A) Reseña de los “case law” en materia de bioética

El principio del amplio margen de apreciación (o de discrecionalidad) reservado a los Estados tiene el efecto de impedir a la CEDU

el pronunciamiento de una censura respecto a algunas particulares normas estatales. Conviene individualizar su fundamento, sus límites y sus condiciones, comenzando con la descripción de este principio como resulta de algunas decisiones en el campo de la bioética.¹⁶

En el caso *Fretté contra Francia* (sentencia del 26 de mayo de 2002)¹⁷ se trataba de decidir sobre la legitimidad de la prohibición del matrimonio homosexual y de la adopción de un menor por parte de la persona homosexual. La corte ha observado que: *“les Etats contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d’autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L’étendue de la marge d’appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte; la présence ou l’absence d’un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard”* (n.40); *“Etant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu’une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux. Dès lors que les questions délicates soulevées en l’espèce touchent à des domaines où il n’y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l’Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d’appréciation aux autorités de chaque Etat”* (n. 41); *“Si l’on tient compte de la grande marge d’appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l’équilibre voulu, le refus d’agrément n’a pas transgressé le principe de proportionnalité”* (n. 42). (“los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias en las situaciones de otra manera similares, justifican una diferencia de trato jurídico. El entendido del margen de apreciación varía según las circunstancias, el objeto y el contexto; la presencia o la ausencia de un denominador común entre los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, puede constituir un factor relevante en este sentido” (n. 40) “Por razón de su contacto directo y permanente con las fuerzas vitales de sus países, las autori-

dades nacionales están, en principio, en mejores condiciones que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. Desde las delicadas cuestiones planteadas en el caso, por lo tanto, el tacto en las áreas donde hay poco terreno común entre los Estados miembros del Consejo de Europa y, en general, la ley parece atravesar una etapa de transición, un amplio margen de apreciación debe dejarse en manos de las autoridades de cada Estado” (n. 41); “Si se tiene en cuenta el amplio margen de apreciación que se deja a los Estados en este ámbito y la necesidad de proteger el interés superior de los niños para lograr el equilibrio deseado, la negativa al acuerdo no transgrede el principio de proporcionalidad (n.42).

En el caso *Christine Goodwin c. Reino Unido* (11 de julio de 2002)¹⁸ referente a la negativa de matrimonio a una persona transexual pasada del sexo masculino al femenino, la Corte ha afirmado: “*Conformément au principe de subsidiarité, il appartient en effet avant tout aux Etats contractants de décider des mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et, pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les Etats contractants doivent jouir d'une ample marge d'appréciation*” (n. 85). (“De acuerdo con el principio de subsidiariedad, corresponde en efecto sobre todo a los Estados contratantes decidir las medidas necesarias para asegurar el reconocimiento de los derechos garantizados por la Convención a toda persona que depende de su jurisdicción y, para solucionar en sus ordenamientos jurídicos internos, los problemas concretos planteados por el reconocimiento jurídico de la condición sexual de los transexuales operados, los Estados contratantes deben gozar de una amplio margen de apreciación.”

En la sentencia del 5 de septiembre de 2002 sobre el caso *G. Boso contra Italia*,¹⁹ el recurrente pide el resarcimiento del daño por la lesión a su derecho a la paternidad y del derecho a la vida del hijo no nacido, a causa de la interrupción voluntaria del embarazo

por parte de su esposa. Ya que la ley italiana 194 del 22 de mayo de 1978 impide al padre del concebido oponerse al aborto de su esposa, es afirmada la violación de los artículos 2 y 8 de la *Convención*, el primero de los cuales garantiza el derecho a la vida y el segundo el derecho a la vida privada y familiar de toda persona. La CEDU responde que *“Aux yeux de la Cour, une telle prévision ménage un juste équilibre entre la nécessité d’assurer la protection du fœtus et les intérêts de la femme. Vu les conditions exigées pour une interruption volontaire de grossesse ainsi que les circonstances propres à l’affaire, la Cour n’estime pas que l’Etat défendeur a dépassé le pouvoir d’appréciation qui est le sien en ce domaine si délicat”* (parte *En droit [en el derecho]* n. 1). (A los ojos de la Corte, dicha previsión pretende un justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la protección del feto y los intereses de la mujer. En vista de las condiciones exigidas para la interrupción voluntaria del embarazo y las circunstancias del caso, la Corte no considera que el Estado demandado ha sobrepasado el poder discrecional que le corresponde en este ámbito tan delicado)

En el desarrollarse de la jurisprudencia de la CEDU, un rol fundamental es desempeñado por la sentencia sobre el *caso Vo contra Francia* del 8 de julio de 2004.²⁰

En la ley francesa no estaba previsto el aborto culposo (causado por negligencia),²¹ por tanto la recurrente Ti-No-Vo, a la cual un médico había provocado la interrupción del embarazo en el sexto mes con maniobras no aceptadas (creía deber quitar una espiral cuando estaba prevista una simple visita de control), obtiene de la Corte de Apelación de Lyon la condena del médico por homicidio culposo. Sin embargo, esta condena es anulada por la Casación y Ti-No-Vo recurre a la CEDU invocando el artículo 2 de la *Convención*. La Corte responde que *“Le point de départ du droit a la vie releve de la marge d’appréciation des l’Etats dont la Court tende a considerer qu’elle doit leur etre reconnue dans ce domaine, meme dans le cadre d’une interpretation evolutive de la Convention, qui est une instrument vivant, à interpreter à la lumiere des conditions de vie actuelles.”* (El punto de partida del derecho a la vida está regido por el margen de apreciación de los Esta-

dos cuya Corte tiende a considerar que se les debe ser reconocida en este ámbito, incluso en el marco de una interpretación evolutiva de la Convención, que es un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales).

La CEDU, en fin, reconoció que la pertenencia del embrión a la especie humana puede ser considerada el denominador común de los Estados (n. 84), pero recuerda: *“la Cour a maintes fois affirmé qu’un système judiciaire efficace tel qu’il est exigé par l’article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale. Toutefois, si l’atteinte au droit à la vie ou à l’intégrité physique n’est pas volontaire, l’obligation positive découlant de l’article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n’exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale”* (n.90). (La Corte ha afirmado reiteradamente que un sistema judicial eficaz tal como se exige en el artículo 2 podrá incluir, y en determinadas circunstancias debe incluir, un mecanismo de represión penal. Sin embargo, si el atentado al derecho a la vida o a la integridad física no es voluntario, la obligación positiva derivada del artículo 2 de establecer un sistema judicial eficaz no exige necesariamente en todos los casos un recurso de carácter penal).

La decisión *Vo contra Francia* es ampliamente evocada por la CEDU en la decisión sobre el *caso Evans contra Reino Unido*, adoptada por la Gran Cámara el 10 de abril de 2007.²² Esta decisión está particularmente atenta a definir el contenido y el significado del “margen de apreciación” tanto respecto a la interpretación del artículo 2 como del artículo 8 de la Convención.

La Señora Evans, en pleno acuerdo con su pareja, había hecho congelar seis embriones suyos en espera de proceder a la transferencia en su útero. Ocurrida la separación, la mujer había pedido la transferencia de los embriones y, frente a la oposición de su conviviente, se había dirigido primero a los jueces del Reino Unido y después a la CEDU, invocando para los embriones el derecho a la vida y para sí misma el derecho a las decisiones personales y familiares. Tanto la Primera Sección como la Gran Cámara han recha-

zado el recurso. Sobre el derecho a la vida la Gran Cámara confirma cuanto se ha escrito en la decisión *Vo contra Francia*, repetido también por la Primera Sección: *“en l’absence d’un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d’appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux Etats dans ce domaine”* (n. 54). (En ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación que la Corte considera generalmente debía ser reconocida a los Estados en este ámbito).

Sobre la cuestión del respeto por la vida privada, la CEDU escribe: *“Pour déterminer l’ampleur de la marge d’appréciation reconnue à l’Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l’article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu’un aspect particulièrement important de l’existence ou de l’identité d’un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l’Etat est restreinte”* (n. 77); *“Les questions soulevées par la présente affaire revêtent sans conteste un caractère moralement et éthiquement délicat”* (n. 78). *“En conclusion, dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d’ordre moral et éthique, qui s’inscrivent dans un contexte d’évolution rapide de la science et de la médecine, et les questions soulevées en l’espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n’y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu’il y a lieu d’accorder à l’Etat défendeur une ample marge d’appréciation”* (n. 81); *“Comme la Chambre, la Grande Chambre estime que cette marge d’appréciation doit en principe s’appliquer tant à la décision de l’Etat d’adopter ou non une loi régissant le recours au traitement par FIV, que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit”* (n. 82). (“Para determinar la magnitud del margen de apreciación reconocido al Estado en un asunto planteando cuestiones en relación con el artículo 8, hay que tener en cuenta un cierto número de factores. Cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo se encuentra en juego, el margen dejado al Estado se restringe” (n. 77). “Las cuestiones planteadas por el pre-

sente asunto revisten sin duda un carácter moral y éticamente delicado” (n. 78). “En conclusión, puesto que el recurso al tratamiento con FIV suscita delicadas interrogantes de orden moral y ético, que se inscriben en un contexto de rápida evolución de la ciencia y la medicina, y las cuestiones planteadas en la especie que se refieren a esferas en las que no hay, de manera clara, unidad de opiniones entre los Estados miembros, la Corte estima que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación” (n. 81); “Como la Cámara, la Gran Cámara considera que este margen de apreciación debe, en principio, aplicarse tanto a la decisión del Estado, de adoptar o no una ley que rige el recurso al tratamiento con FIV, que, en su caso, a las normas detalladas dictadas por él para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto” (n.82).

Un aspecto particular se recaba de la sentencia del 4 de diciembre de 2007 sobre el caso *Dickson contra Reino Unido*.²³ Para permitir a una pareja la procreación artificial no obstante la detención del marido, la Corte escribe: “*Dès lors, lorsqu’un aspect particulièrement important de l’existence ou de l’identité d’un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d’appréciation laissée à l’Etat est en général restreinte. En revanche, lorsqu’il n’y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe, que ce soit sur l’importance relative de l’intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l’affaire soulève des questions ou implique des choix complexes de stratégie sociale, la marge d’appréciation est plus large. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d’utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur; à moins qu’il ait un “fondement manifestement déraisonnable”, La marge d’appréciation est de façon générale également ample lorsque l’Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention*” (n. 78). (Por consiguiente, cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo se encuentra en juego

(como la elección de convertirse en un padre genético), el margen de apreciación dejado al Estado es en general restringido. En cambio, cuando no hay consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa de los intereses en juego, o sobre los mejores medios de protección, en particular cuando el asunto plantea cuestiones o implica opciones complejas de estrategia social, el margen de apreciación es más amplio. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio en mejores condiciones que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública. En tal caso, la Corte respetará generalmente la elección política del legislador; a menos que haya un “fundamento manifiestamente irrazonable”, el margen de apreciación es de manera general, igualmente amplia cuando el Estado debe establecer un equilibrio entre los intereses privados y públicos concurrentes o diferentes derechos protegidos por la Convención).

Más recientemente el principio del amplio margen de apreciación es utilizado por la CEDU para salvar tanto la legislación irlandesa sobre el aborto (*caso A.B.C. contra Irlanda*, decisión de la Gran Cámara del 16 de diciembre de 2010),²⁴ así la ley austriaca acerca de la prohibición de PMA heteróloga *in vitro* (*caso S.H. y otros contra Austria*, decisión de la Gran Cámara del 3 de noviembre de 2011).²⁵

En la primera sentencia el amplio margen de apreciación es unido al sentir ético del pueblo irlandés: *“la Cour estime qu’en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie (paragraphes 222-227) et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l’avortement pour motifs de santé ou de bien-être sur son territoire, l’Etat irlandais n’a pas excédé la marge d’appréciation dont il jouit en la matière. Aussi considère-t-elle que l’interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître”* (n. 241). (El Tribunal considera que la prohibición del aborto por motivos de salud o de bienestar, sobre la base de las profundas ideas morales del pueblo irlandés sobre la

naturaleza de la vida (párrafos 222-227) y la protección a conceder como consecuencia del derecho a la vida de los niños por nacer, en su territorio, el Estado de Irlanda no excedió el margen de apreciación que tiene en la materia. También considera que la prohibición controvertida ha hecho un justo equilibrio entre el derecho de la primera y segunda demandantes en el respeto de su vida privada y los derechos invocados en nombre de los niños por nacer).

El art. 8 de la Convención está a la base también de la petición de condena de la ley austríaca, pero la CEDU responde: *“Lorsqu’un aspect particulièrement important de l’existence ou de l’identité d’un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l’Etat est d’ordinaire restreinte. Par contre, lorsqu’il n’y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe, que ce soit sur l’importance relative de l’intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l’affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d’appréciation est plus large. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l’Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le contenu précis des exigences de la morale mais aussi sur la nécessité d’une restriction destinée à y répondre. La marge d’appréciation est généralement étendue lorsque l’Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention”* (n. 94). (Cuando un aspecto especialmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo se encuentra en juego, el margen dejado al Estado es de ordinario restringido. Por el contrario, cuando no hay consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa de los intereses en juego o sobre los mejores medios para protegerlos, en particular cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación es más amplio. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio en mejores condiciones que el juez internacional se pronuncie no sólo sobre el contenido preciso de las exigencias de la moral sino también sobre la necesidad de una restricción destinada a respon-

der sobre ellas. El margen de apreciación es generalmente entendido cuando el Estado debe establecer un equilibrio entre los intereses privados y los intereses públicos concurrentes o entre diferentes derechos protegidos por la Convención).

Aún más recientemente, la segunda sesión de la CEDU en el *caso Costa y Pavan contra Italia* (decisión del 28 de agosto de 2012)²⁶ ha confirmado el principio del amplio margen de apreciación, pero ha condenado a Italia porque la Ley 40/2004 no permitiría el diagnóstico genético pre-implantación (DPG) y esto contrastaría con la ley 194/1978, que permite el aborto en el caso de malformaciones previstas en el hijo. Está fuera de este artículo un más detallado examen de esta decisión, que citamos sólo porque confirma el principio del amplio margen de apreciación.

En fin, también, en el caso *Knecht contra Rumanía* (2 de octubre de 2012),²⁷ la Corte reconoce un amplio margen de discrecionalidad estatal con respecto tanto al *an* como al *quomodo* de la disciplina normativa, porque se está en presencia de cuestiones caracterizadas por un incesante desarrollo médico y científico y particularmente delicadas desde el punto de vista ético. *“The Court’s task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation, in respect mainly of procedures to be followed or authorities to be involved and to what extent, especially since the use of IVF treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments. It is why in such a context the Court considered that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State is a wide one. The State’s margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once it has intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests”* (n. 59). (La tarea de la Corte no es la de sustituir a las autoridades nacionales competentes en el determinar las más apropiadas políticas de regulación de asuntos de procreación asistida, respecto principalmente de procedimientos a ser seguidos o de las autoridades a ser implicadas y con qué exten-

sión, especialmente desde que el uso de tratamientos de FIV ha aumentado y aumenta hoy cuestionamientos de sensibilidad moral y ética contra un trasfondo de rápidos desarrollos médicos y científicos. Es así que en este contexto la Corte considera que el margen de apreciación a ser permitido al Estado demandado es amplio. El margen del Estado en principio se extiende tanto a su decisión de intervenir en dicha área, una vez que es intervenida, como a las detalladas reglas que establece para adquirir un balance entre el conflicto de intereses públicos y privados (n. 59).

En este párrafo, aparte de los primeros dos casos indicados, hemos evocado sobre todo las decisiones bioéticas sobre el inicio de la vida. Esto es debido tanto a la mayor cantidad de decisiones, como al tema objeto de esta contribución que abarca, precisamente, el estatuto del embrión humano en la más reciente controversia ante la CEDU.

Sin embargo, también sobre el así llamado “fin de la vida” está presente la doctrina del margen de apreciación. En el caso *Haas contra Suiza* referente al suicidio asistido,²⁸ “*the Court observed that the Council of Europe member States were far from having reached a consensus as regards the right of an individual to choose how and when to end his life. The Court concluded that the States had a wide margin of discretion in that respect. Considering that the risk of abuse inherent in a system which facilitated assisted suicide could not be underestimated, the Court agreed with the Swiss Government’s argument that the restriction on access to sodium pentobarbital was intended to protect health and public safety and to prevent crime. Therefore there had been no violation of Article 8*”. (La Corte observó que los Estados miembros del Consejo de Europa se encontraban lejos de alcanzar un consenso respecto del derecho de un individuo de elegir cómo y cuándo terminar su vida. La Corte concluyó que los estados tienen un amplio margen de discrecionalidad a este respecto. Considerando que el riesgo de abuso inherente en un sistema que facilita el suicidio asistido no debería ser subestimado, la Corte de acuerdo con el argumento del Gobierno Suizo que la restricción de acceso al pentobarbital sódico fue con la intención de

proteger la salud y la seguridad públicas y prevenir el crimen. Por tanto no hubo violación del Artículo 8").

Sigue: B) el fundamento del principio y la mayor o menor amplitud del margen de apreciación

Esta serie de citas puede parecer repetitiva, pero sirve para hacer evidentes y sólidas las características del principio aplicado.²⁹ La CEDU justifica el recurso al arriba mencionado principio cuando subsisten una o más de las siguientes condiciones:

- a. falta de un consenso general entre los Estados o los pueblos;
- b. necesidad de respetar visiones éticas profundamente enraizadas y ampliamente difundidas en un determinado pueblo;
- c. complejidad de la materia, con consiguiente dificultad en la elección de los mejores medios para resolver un problemas (distinción entre fines y medios);
- d. cercanía de los parlamentos nacionales y de las instituciones locales a los problemas de los pueblos y, en consecuencia, presunción de decisiones más adherentes a la realidad y a las necesidades de cuanto podría hacer un juez internacional.

En materia bioética el principio del margen de apreciación es aplicado con respecto a la interpretación de los dos máximos derechos humanos: el derecho a la vida garantizado por el artículo 2 de la *Convención* y el derecho de autodeterminación del individuo en la esfera privada garantizado por el artículo 8 de la *Convención*. Existe, sin embargo, una diferencia de gran relieve en el modo en el cual el principio del margen de apreciación es aplicado en los dos casos. De hecho, respecto al artículo 2 abarca el problema de la titularidad de los derechos humanos. La constatación de la diversidad de opiniones respecto al inicio de la vida, al concepto de persona y al estatuto del embrión, justifica –según la Corte– las diversas decisiones estatales, que luego, en caída, condicionan las consecuencias hasta los últimos detalles. En cambio, aplicado al artículo 8, el principio se sumerge en una objetiva diversidad de derechos y de intereses públicos y privados que se entrecruzan. Lo demuestra bien el contenido del artículo 8, que –luego de haber afirmado el

derecho al respeto de la vida privada y familiar— admite que puedan (y quizá deban) ser introducidos límites legales como protección de la democracia, de la seguridad pública y nacional, del bienestar económico, del orden público, de la salud, de la moral, de los derechos y de las libertades ajenas. Existe una gran complejidad, porque se trata de armonizar derechos y exigencias tal vez coincidentes. En fin, la ley estatal invierte no tanto los fines que todos los asociados presumiblemente comparten, cuanto los medios para conseguirlos.

Acerca de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación, anotamos por ahora la repetida afirmación que ese margen “varía en base a la naturaleza de las cuestiones y a la importancia de los intereses en juego”³⁰ y es más estrecho cuando la discusión vierte “sobre un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo”.³¹

En vista de eso, es necesario preguntarse si el primer criterio —el del consenso general— puesto como fundamento del margen de apreciación sea conciliable con la idea de los derechos humanos universales. Hacer depender la existencia misma y la afirmación de un derecho humano del consentimiento significa transformar la universalidad del derecho en una universalidad de hecho. La memoria histórica recuerda situaciones en las cuales regímenes radicalmente opresivos de la dignidad humana han gozado, por un cierto período, del consenso ampliamente mayoritario de la población y que, entonces precisamente en virtud de dicho consenso, han alcanzado el poder. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y todos los pactos y declaraciones universales que de ella han derivado tienen precisamente la finalidad de establecer algunos valores que preceden y juzgan las leyes escritas, para evitar que el derecho se identifique con el hecho, o sea con la fuerza. Ciertamente, cuando se trata de intervenir sobre los medios para alcanzar los objetivos es justo el recurso al principio del amplio margen de apreciación a reconocer a los Estados. La razón está ya escrita en el artículo 8 de la Convención y, justamente, la CEDU recuerda el mejor conocimiento de los problemas y las posibles soluciones a nivel lo-

cal, así como es justo tener en cuenta la cultura y el sentido ético de un pueblo, no fuese otra cosa que para el obligado reconocimiento del derecho de las Naciones a su identidad. La distinción entre fines y medios es esencial pero, naturalmente, una Corte, llamada a juzgar sobre el respeto de los derechos del hombre, no debería callar cuando el valor-fin fuese directamente atacado.

A este respecto hemos ya subrayado la diferencia entre el artículo 2 y el artículo 8 de la *Convención* y hemos evocado la jurisprudencia según la cual el margen de apreciación se restringe cuando se trata “de la existencia y de la identidad de los individuos”. Ahora bien, aquellos que apelan al artículo 2 para defender el derecho a la vida de los concebidos pretenden precisamente esto: que sea reconocida la identidad humana y por tanto la vida misma de los seres humanos desde su aparición en la existencia.

¿Puede ser eludida esta pregunta? ¿Puede ser confiada a la variabilidad de las opiniones? Si los derechos del hombre son solamente una fotografía de aquello que se piensa y que sucede, y no una guía estable, porque es universal, del pensamiento y de la acción, ¿qué cosa queda del proyecto inaugurado en 1948, celebrado cada año y repetido en cada Constitución Nacional? En definitiva, se trata de reconocer al titular de los derechos del hombre. Si no lo conocemos nos faltaría el sustento de todos los derechos.

Y bien, en el contexto cultural actual parece sabio el uso del criterio del amplio margen de apreciación, no sólo por cuanto se refiere al uso de los medios, como es regulado por el artículo 8 de la *Convención*, sino también, con referencia al artículo 2. Son bien conocidas las diferentes opiniones y no sólo a nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales. El Consejo de Europa ha buscado muchas veces alcanzar una respuesta unánime sin lograrlo. Luego de la firma del Tratado de Oviedo, cuatro comisiones trabajaron para agregarle algunos Protocolos. Una de ellas habría debido definir el estatuto del embrión humano. Los trabajos no han llevado a ningún resultado porque en el seno del comité delegado para la preparación del texto los contrastes han quedado insuperables, así

se ha dado a conocer solamente un reporte que describe minuciosamente las diversas posiciones.³²

Sin embargo, si existe una afirmación que recoge el consenso, es la escrita y ya referida en la sentencia del caso *Vo contra Francia* en el n. 84: el embrión humano pertenece a la especie humana. Por tanto no es una cosa. Ciertamente no es una cosa para el derecho europeo, como en seguida demostraremos.

Y entonces ¿qué “cosa” es? Es esta la pregunta que justamente inquieta a juristas, legisladores, jueces. Su cultura moderna, su idea de justicia, están fundadas sobre el principio de igualdad, por lo demás consagrado en las mismas actas internacionales y nacionales sobre los derechos humanos. Porque un individuo viviente pertenece a la especie humana —esta es la síntesis de la ciencia— ¿no debería estar también él cubierto por el principio de igualdad? Frente a las diversas posiciones interpretativas de la realidad pueden quedar dudas, pero entonces el jurista debe recordar el principio de precaución, continuamente aplicado en el campo ecológico. ¿Por qué éste no debería sugerirle el comportamiento práctico en caso de duda sobre la existencia o sobre la identidad del hombre? Sobre los medios de la protección existe amplia posibilidad de discusión y de elección, pero ¿por qué no proclamar con claridad el principio del respeto del ser humano desde la concepción, para evitar que los medios de tutela estén privados de una brújula orientadora?

Son comprensibles las dificultades de los órganos de justicia. Pero, al menos, es razonable que el principio del margen de apreciación sea lo más amplio posible, no el más estrecho, cuando en el ámbito de la complejidad descrita por el artículo 8 de la *Convención*, la tutela del concebido juega un rol más que secundario. De hecho, entre los límites posibles del principio de autodeterminación, el último del elenco está constituido por los “derechos ajenos”. El principio de igualdad y el de precaución imponen que sea razonable un comportamiento respecto al embrión “como si”, por lo menos, incluso si él fuese “un ajeno”. Porque no es seguramente una cosa.

La valoración del embrión humano en el derecho europeo (el embrión humano no es una cosa)

Si las voces presentes en el pluridecenal debate sobre el estatuto del embrión humano se confrontan sobre la extensión o no del concepto de persona al embrión humano, llegan a conclusiones diversas, no es necesario en esta sede establecer si el embrión sea o no una persona. Es suficiente constatar que, en base al consenso general y al derecho positivo europeo, ciertamente el embrión humano no es una cosa.

Esta constatación –de la cual en breve daremos cuenta– se impone frente a la pretensión de la recurrente de verse reconocido su afirmado derecho de propiedad sobre los embriones.

Por tanto, para rechazar el recurso es suficiente rechazar el concepto de cosa, de objeto de propiedad, con referencia a la identidad del embrión.

En uno de los párrafos precedentes hemos ya considerado el art. 18 de la Convención de Oviedo y hemos ya subrayado que el criterio de adecuación, al cual las leyes estatales son obligadas a atenerse en la protección de los embriones, no es irrelevante: eso presupone que el embrión no sea una cosa, sino una realidad más importante y cualitativamente diversa. Depone a favor de esta consideración, como hemos visto, la regla general de la prohibición de producción de embriones humanos con fines de investigación. Es evidente que las partes contrayentes piensan en un “ser humano” como resulta de los artículos 1 y 2, donde se asegura “protección al ser humano en su dignidad y en su identidad” (art. 1) y se proclama que “el interés y el bien del ser humano deben prevalecer sobre el solo interés de la sociedad y de la ciencia” (art. 2). El hecho de que, implícitamente, el art. 1 parece poner la distinción, notoriamente presente en el debate bioético, entre “ser humano” (merecedor de protección) y “persona” (titular de derechos que deben ser garantizados), no tiene importancia en esta sede, siendo suficiente observar que evidentemente la “protección” de la cual el art. 18

evoca el concepto de ser humano, es decir, de una entidad que no es “una cosa” sino una realidad diversa, de mayor valor.

Esta perspectiva es valorada por la jurisprudencia de la CEDU recordada precedentemente a propósito del margen de apreciación de los Estados. En esta jurisprudencia se afirma constantemente que *“A broad margin was specifically accorded to determining what persons were protected by Article 2 of the Convention... there was no European scientific or legal definition of the beginning of life so that the question of the legal protection of the right to life fell within the States’ margin of appreciation”*.³³ (“Un amplio margen fue específicamente acordado para determinar qué personas fueran protegidas por el art. 2 de la Convención... no había definición científica o legal europea del inicio de la vida de modo que la cuestión de la protección legal del derecho a la vida caía en el margen de apreciación de los Estados”) Se note que la duda se refiere a la utilidad del concepto de persona, pero no existe de hecho la afirmación de que el embrión sea una “cosa”.

Como confirmación de que el embrión humano no es considerado una “cosa”, están los documentos del Consejo de Europa en los cuales se reconoce la dignidad e incluso el derecho a la vida del embrión en cuanto ser humano. Se trata de las recomendaciones, también esas ya recordadas, n. 934 de 1982, 1046 de 1986; n. 1100 de 1989. Con el fin de la valoración del embrión humano, valga para todos la recomendación 1046 de 1986 según la cual: *“desde la fecundación la vida humana se desarrolla en modo continuo”*, así que no se pueden hacer distinciones durante las primeras fases (embrionales) de su desarrollo (punto 5) por lo cual *“el embrión o el feto humano deben en toda circunstancia beneficiarse del respeto debido a la dignidad humana”*.

Un análogo rechazo de considerar al embrión como “una cosa” emerge de los documentos del Parlamento Europeo, especialmente de las resoluciones del 16 de marzo de 1989 sobre la procreación artificial humana y sobre la ingeniería genética humana (y por sus respectivos reportes)³⁴ y por las cuatro resoluciones sobre la clonación humana (de 1993 al 2000).³⁵ No debe olvidarse, en el contex-

to de la Unión Europea, también la directriz 44/98 sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (1998).³⁶ En estos documentos, en extrema síntesis, se exhorta a los Estados, o bien se impone a ellos: 1. de no efectuar investigación y experimentación destructiva en embriones vivos salvo que estas acciones presenten una utilidad directa para el embrión mismo sometido a experimentación; 2. evitar en la fecundación médicamente asistida el uso de técnicas y metodologías que comporten la muerte de embriones; 3. evitar el congelamiento de los embriones, salvo que a él se recurra para salvar la vida de los concebidos; 4. fecundar en la procreación artificial solamente el número de óvulos correspondientes al número de los embriones que pueden ser transferidos a la mujer; 5. evitar toda forma de examen genético de los embriones fuera del cuerpo materno; 6. no alterar el patrimonio genético de los embriones; 7. considerar contraria al orden público cualquier utilización de embriones humanos con finalidad industrial y comercial y por tanto evitar el registro de marcas; 8. prohibir en modo absoluto la clonación en cualquier forma, por el respeto debido a la dignidad humana, a la vida humana, sin distinguir entre clonación terapéutica y clonación reproductiva.

De estas disposiciones parece de verdad poderse recabar que el embrión no es una cosa, sino incluso, un sujeto humano. En particular son reconocidos al embrión el derecho a la vida, a la familia (derecho a la identidad psicológico-existencial), a la identidad genética. En efecto al embrión, en tema de experimentación, son aplicadas las mismas reglas establecidas para el hombre ya nacido; el declarado deber de protegerlo implica concretamente la salvaguarda de su vida, o mejor, su derecho a la vida; la prohibición de diagnóstico pre-implante implica la aplicación del principio de igualdad operante para el hombre y no para las cosas, en relación de las cuales es obligatorio y en fin admisible una discriminante valoración de calidad. Es particularmente significativo el rechazo de la distinción entre clonación terapéutica y clonación reproductiva. Al respecto el Parlamento Europeo habla de “nueva estrategia semánti-

ca” que debilita el significado de la clonación y así se expresa: “no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines de reproducción (...) cualquier aflojamiento de la prohibición actual creará presiones para ulteriores desarrollos en la producción y en la utilización de embriones”.

Más que cualquier otro documento amerita atención la sentencia emanada de la Corte de Justicia de la Unión Europea (UE) el 18 de octubre de 2011 en la causa *C-634/10 Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV*.³⁷ Con esta decisión la Corte de Luxemburgo excluyó en el modo más categórico que el embrión pueda ser considerado “una cosa”, incluso cuando se encuentra en una probeta. Teniendo en cuenta que la Corte de Justicia interpreta el derecho de la UE, con el fin de que sea aplicado en modo uniforme en los 28 países de la Unión, uno se puede dar cuenta de la importancia de la sentencia pronunciada el 18 de octubre de 2011 que, a nivel de derecho comunitario, pone sobre la cuestión del estatuto del embrión humano un punto firme muy positivo.

El principal resultado positivo de la sentencia del 18 de octubre de 2011 es la cancelación de la teoría del “pre-embrión”, notoriamente carente de bases científicas, dirigida a “degradar” la fase del desarrollo embrional que va desde la fecundación al 14º día. La noción de embrión “*must be understood in a wide sense*” (debe ser entendido en un sentido amplio)” porque está anclada en el “respeto debido a la dignidad humana” (n. 34). Por tanto, “*any human ovum after fertilisation, any non-fertilised human ovum into which the cell nucleus from a mature human cell has been transplanted and any non-fertilised human ovum whose division and further development have been stimulated by parthenogenesis constitute a human embryo*” (n. 38, y también puntos 35 y 36) (cualquier óvulo humano después de la fertilización, cualquier óvulo humano no fertilizado en el cual ha sido trasplantado el núcleo celular de una célula humana madura y cualquier óvulo humano no fertilizado cuya división y posterior desarrollo ha sido estimulado por partenogénesis constituye un embrión humano”).

Interpretando el art. 6 de la Directriz europea 44/1998 sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, la Corte *“excludes an invention from patentability where the technical teaching which is the subject-matter of the patent application requires the prior destruction of human embryos or their use as base material, whatever the stage at which that takes place and even if the description of the technical teaching claimed does not refer to the use of human embryos”* (n. 52) (excluye una invención de patentabilidad donde la enseñanza técnica que es el objeto material de la aplicación a patentar requiere la previa destrucción de embriones humanos o su uso como base material, cualquiera que sea la etapa en la cual tenga lugar e incluso si la descripción de la enseñanza técnica en cuestión no se refiere al uso de embriones humanos) La razón de esta no patentabilidad está indicada por la Corte *“to respect the fundamental principles safeguarding the dignity and integrity of the person”* (n. 32) (para respetar los principios fundamentales de salvaguarda de la dignidad e integridad de la persona).

En la intervención de la *“Asociación Luca Coscioni”* y otros, se pretende restringir el alcance de la sentencia al derecho de registro, pero esta tesis contrasta con cuanto es explícitamente afirmado por la Corte acerca de la unitariedad del derecho europeo: la noción de embrión en sentido amplio es afirmada como *“europea y unitaria”* en base al principio de igualdad (n. 25). Sobre todo contrasta con el hecho de que la no patentabilidad está fundada sobre la dignidad humana del embrión, la cual no es un concepto construido por el derecho de registro, sino precede al derecho de registro y se encuentra fuera de él. La razón de la no patentabilidad consiste por tanto en un juicio ético que no puede ser ignorado incluso fuera del campo de las patentes. La motivación y el dispositivo ponen significativas premisas para una reflexión que puede extenderse a campos diversos del industrial y del comercial. Lo demuestran, como veremos en breve, la colocación de la destrucción del embrión humano en el contexto de las lesiones del orden público y –sobre todo– la unión de la no registrabilidad con la dignidad humana que es el valor supremo *“inherente”* a la existencia de

cualquier ser humano y fundamento del principio de igualdad, según una correcta interpretación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y de los consiguientes Pactos internacionales de 1966.

La sentencia, recalcando el art. 6 de la Directriz 44/1998, indica como razón de la no registrabilidad también el orden público y las buenas costumbres (n.33), conceptos que implican una particular gravedad del hecho. Esta gravedad consiste en la destrucción de embriones humanos. Se tiene una clarísima prueba en el tercer punto del dispositivo: el registro no puede ser concedido ni siquiera *“where the technical teaching which is the subject-matter of the patent application requires the prior destruction of human embryos or their use as base material, whatever the stage at which that takes place and even if the description of the technical teaching claimed does not refer to the use of human embryos”* (n. 52) (donde la enseñanza técnica que es el objeto material de la aplicación a patentar requiere la previa destrucción de embriones humanos o su uso como base material, cualquiera que sea la etapa en la cual tenga lugar e incluso si la descripción de la enseñanza técnica en cuestión no se refiere al uso de embriones humanos). La confirmación viene del razonamiento resumido en el n. 48. Las células extraídas de los blastocistos (embriones que han ya alcanzado un cierto grado de desarrollo) ya no son totipotenciales. Por tanto, no pueden ser consideradas “embriones” porque no pueden ser el inicio de un cuerpo humano. Pero su extracción de los blastocistos comporta necesariamente la destrucción de los blastocistos. Por tanto debe ser prohibido el registro también para la utilización del material extraído de los blastocistos. Es evidente que la ofensa a la dignidad humana y la lesión del orden público están constituidos por la destrucción de los blastocistos, no por el uso del material extraído.

Es claro y eficaz cuanto es afirmado al respecto por el abogado Bot en sus conclusiones:³⁸ *“Nevertheless, it is not possible to ignore the origin of this pluripotent cell. It is not a problem, in itself, that it comes from*

*some stage in the development of the human body, provided only that its removal does not result in the destruction of that human body at the stage of its development at which the removal is carried out. The pluripotent stem cell in the present case is removed from the blastocyst which, as I have previously defined, itself constitutes an embryo, that is to say one of the stages in the formation and development of the human body which the removal will destroy. The argument put forward to the Court at the hearing, that the problem of patentability which hinges on the removed cell, the way in which it has been removed and the consequences of such removal do not have to be taken into account seems unacceptable, in my view, for reasons connected with **ordre public** and morality. A simple example will illustrate my remarks. The current judicial activity of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia shows us, obviously subject to the presumption of innocence, that in the course of those events prisoners were killed in order to remove organs for trafficking. If, rather than trafficking, there were experiments which resulted in "inventions" within the meaning of the term in patent law, would they have had to have been recognised as patentable on the ground that the way in which they were obtained was outside the scope of the technical claim in the patent?" (nn. 103, 104, 105, 106).* (Sin embargo, no es posible ignorar el origen de esta célula pluripotente. No se trata de un problema, de por sí, que viene de una etapa en el desarrollo del cuerpo humano, con la sola condición de que su extracción conlleva la destrucción de ese cuerpo humano en esa fase de su desarrollo, en el que la extracción se lleva a cabo. Las células madre pluripotentes inducidas en el presente caso se ha retirado del blastocisto que, como he definido anteriormente, constituye de por sí un embrión, es decir una de las etapas de la formación y desarrollo del cuerpo humano que la extracción destruirá. El argumento presentado a la Corte en la audiencia, de que el problema de la patentabilidad que depende de la célula removida, la forma en que ésta ha sido removida y las consecuencias de esa separación, que no se deben tomar en cuenta, en mi opinión, parece inaceptable por razones relacionadas con el orden público y la moral. Un simple ejemplo ilustrará mis observaciones. La actividad judicial del Tribunal Penal Internacional para la

ex Yugoslavia nos muestra, obviamente sujeto a la presunción de inocencia, que en el curso de los acontecimientos algunos prisioneros fueron asesinados con el fin de extraer órganos para el tráfico. Si, en vez de tráfico de órganos, había experimentos que dieron lugar a “inventos” dentro del significado de la expresión en el derecho de patentes, ¿han tenido que ser reconocidos como materia patentable en el terreno en que el modo en que se obtuvo fue fuera del alcance de la reclamación de la técnica de patentes?).

Es evidente, entonces, que el embrión no es un cúmulo de células, no es una cosa. La patente no es excluida si la invención implica, por ejemplo, la destrucción de alguna célula hemática o cutánea. Lo que es contra el orden público es la destrucción del embrión: por tanto el embrión no puede ser considerado una cosa.

Este rigor en la tutela del embrión no contrasta necesariamente con la legalización del aborto, porque la particularísima situación del embarazo implica, según la lógica de las normas legislativas, también la tutela de la mujer e instrumentos de tutela del embrión que exigen necesariamente la colaboración de la madre.

El científico Brüstle había subrayado la importancia científica de la patente requerida, así como las grandes perspectivas terapéuticas y diagnósticas de su invención para la curación de enfermedades graves y ampliamente difundidas, como, por ejemplo, el mal de Parkinson. Sin embargo, la Corte responde que *“the exclusion from patentability concerning the use of human embryos for industrial or commercial purposes also covers use for purposes of scientific research, only use for therapeutic or diagnostic purposes which is applied to the human embryo and is useful to it being patentable”* (n. 46) (La exclusión de la patentabilidad concerniente a la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales también abarca el uso para fines de investigación científica, sólo si se usa para fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión humano y es útil para ser patentable). Es evidente que esta disposición supone que el embrión no sea destruido.

En el juicio de la Corte, la importancia de la dignidad humana del embrión y la consiguiente negatividad de su destrucción es mayor que el valor de la investigación científica, aun cuando está orientada a salvaguardar la salud de los ya nacidos.

A nivel de los ordenamientos nacionales, constatamos que la voluntad de introducir o mantener más o menos amplios espacios de legitimación del aborto (tanto como si se adopta el sistema de los términos, como si se recurre al de las indicaciones o a un sistema mixto), y de las tecnologías reproductivas (también en las formas más manipulativas y dissociativas) no está nunca acompañada de la explícita negación de la humanidad del concebido, o bien de la explícita afirmación de que el embrión humano sea una “cosa”. En algunos casos, como en la ley de Kansas aprobada el 19 de abril de 2013 (en vigor desde el 1° de julio)³⁹ se lee que: *“The life of each human being begins at fertilization”; “Fertilization means the fusion of a human spermatozoon with a human ovum”; “Unborn children or unborn child shall include all unborn children or the offspring of human beings from the moment of fertilization until birth at every stage of biological development”*. (“La vida de cada ser humano comienza en la fertilización”; “Fertilización significa la fusión de un espermatozoide humano con un óvulo humano”; “los niños aún no nacidos o el niño por nacer deberá incluir todos los niños no nacidos o la descendencia de los seres humanos desde el momento de la fertilización hasta el nacimiento en cada una de las etapas de evolución biológica”).

Una mirada a las intervenciones de las Cortes constitucionales prueba que, si de modo prevaleciente es evitada una decisión en orden al inicio de la vida humana, significativamente no existen decisiones que califiquen al embrión humano como “cosa”. Al contrario, no faltan decisiones que califiquen al embrión humano como *“individuo viviente perteneciente a la especie humana”*, y lo reconocen como titular del derecho a la vida. Son ejemplares a este respecto las autorizadas sentencias constitucionales alemanas del 25 de febrero de 1975,⁴⁰ del 4 de agosto de 1992,⁴¹ del 28 de mayo de

1993⁴² y la sentencia del 28 de mayo de 1997 de la Corte constitucional polaca.⁴³ En la sentencia constitucional alemana de 1975 se afirma que “*cada uno en el sentido del art. 2 de la Constitución*” “*cada uno tiene derecho a la vida*” (NDA) *es hoy viviente; en otras palabras: todo individuo humano que posee la vida; cada uno y por tanto también el concebido*”.⁴⁴ Estas palabras no han sido desmentidas por las decisiones de 1992 y de 1993. En la sentencia de 1993, de hecho, se lee que “*en referencia al concebido nos encontramos frente a una vida individual, ya determinada en su identidad genética y por tanto en su unicidad e inconfundibilidad que en el proceso del crecimiento y del desplegamiento de sí, no sólo si se desarrolla en un ser humano, sino también en cuanto ser humano*”. En la decisión polaca de 1997 es interesante la referencia al principio de igualdad para sostener que el embrión humano no es una cosa: “*faltan criterios suficientemente precisos y fundados que permitan una discriminación semejante en referencia al desarrollo humano*”.

La calificación del embrión humano como ser humano –y no como “cosa”– está presente también en la sentencia constitucional húngara de 1991⁴⁵ (“no se puede probar con argumentos de principio por cuál motivo el embrión en un momento dado y no antes es reconocido como hombre”)⁴⁶ y es clarísima en la sentencia constitucional portuguesa n. 25 del 19 de marzo de 1984,⁴⁷ donde a propósito de la humanidad del embrión se lee: “*los progresos de la ciencia, particularmente de la genética y de la embriología, son hoy tan conocidos como para dispensarnos de profundizaciones o demostraciones de cualquier orden*”. A este respecto los jueces refieren una cita del Prof. Bigotte Choroa que reconoce en el embrión humano un “*verdadero ser humano*”.

En las últimas dos decisiones –la húngara y la portuguesa– no se duda en afirmar la conveniencia de reconocer al concebido la capacidad jurídica: “*La idea de la capacidad jurídica del concebido pierde todo aspecto controvertido si se considera que el concebido es ya un ser humano vivo y como tal merecedor de protección*” (**sentencia portuguesa**); “*El embrión desempeña un rol en la sociedad ...por su propia realidad física y cada vez más también por sus características individuales. El progreso de la técnica*

médica y el uso de medios técnicos permiten un conocimiento más profundo del embrión... No se puede probar... por qué motivo el concebido en un momento dado y no antes es reconocido como hombre... La cuestión se presenta en el sentido de que la posición jurídica del hombre debería ser actualizada... el concepto jurídico de hombre se debería extender a la fase prenatal, hasta la concepción. La naturaleza y el alcance de esta extensión podrían ser parangonadas sólo a la abolición de la exclavitud, incluso serían más significativas porque la subjetividad jurídica del hombre alcanzaría su extremo límite posible y su perfección: los diversos conceptos de hombre podrían coincidir”(**sentencia húngara**).⁴⁸

Volveremos más adelante sobre las sentencias constitucionales italianas n. 27 de 1975 y n. 35 de 1997 referentes al aborto y citadas en la reciente decisión n. 324 de 2013. Por el momento nos limitamos a observar que también cuando se efectúa –como en la conocida sentencia 27/1975– una comparación entre el valor de la vida concebida y la salud de la madre, dando prevalencia a la segunda, de la cual se afirma la calidad de “persona”, no se califica como “una cosa” al concebido. Incluso la tutela del embrión se enlaza constitucionalmente a los derechos del hombre. En todo caso en la entera jurisprudencia constitucional sobre la ley del aborto no se niega nunca la identidad humana del concebido.⁴⁹ La misma sentencia de la Corte constitucional italiana n. 151 de 2009, sobre la cual también volveremos más adelante, ha anulado el límite de los 3 embriones generables en un ciclo de PMA, pero ha mantenido la referencia a un situación de estrecha indispensabilidad en vista de la salud de la mujer. En sustancia ha ampliado el margen de la protección “adecuada” del embrión, pero no lo ha transformado en una “cosa”.

La misma conocidísima sentencia de la Corte suprema americana *Roe vs Wade* del 22 de enero de 1973,⁵⁰ en el indicar un criterio trimestral en la disciplina del aborto hace referencia a los crecientes peligros para la salud de la madre, pero no osa calificar al embrión como “una cosa”, ni siquiera en el primer trimestre. Por lo demás la misma Corte suprema estadounidense ha declarado no en con-

traste con la Constitución federal, el reconocimiento en un Estado miembro, del derecho a la vida desde la concepción.

La investigación hasta aquí realizada a nivel europeo y a nivel de los ordenamientos estatales con referencia también a algunos aspectos significativos de la jurisprudencia estadounidense, se concluye con la constatación de que también a nivel internacional no se encuentran documentos que afirman la pertenencia del embrión humano al reino de las cosas. Es si a caso una actitud evasiva que emerge, actitud que, sin embargo, lo repetimos, no coincide con la negación de la humanidad del concebido y por tanto con su “cosificación”. A este respecto el obstáculo es universal y es manifestado también por la Convención de la ONU de 1989 sobre los derechos del niño (1989) ratificada por Italia en 1991.⁵¹ En el preámbulo de esa Convención se lee solamente que “*El niño (...) necesita de especial salvaguarda y cuidado incluida una apropiada protección legal tanto antes como después del nacimiento*”⁵² y el art. 1 define niño “*todo ser humano por debajo de decimo octavo año*”:⁵³ es claro el término final, ¿pero el inicial dónde va puesto? Obviamente en el punto de inicio del ser humano. ¿Pero cuándo el hijo del hombre y de la mujer es o se vuelve ser humano? El silencio de la Convención no autoriza de hecho a identificarlo en un momento sucesivo a la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide.

Para sostener que el embrión *in vitro* es “una cosa” la parte recurrente usa el argumento de que “*no es ciertamente un ser viviente, entendido como individuo dotado de unidad, identidad e independencia*” (n.23) y que “*sería solamente un conjunto de células menos de la mitad de grande que la punta de una aguja*” (n.25). El criterio del tamaño no tiene necesidad de respuestas y el de la dependencia de la madre es constatado por la evidencia de que, precisamente, estamos hablando de embriones que sobreviven en probeta y que también el neonato [no sobrevive por mucho tiempo si es privado de asistencia inmediata! En todo caso, sobre la naturaleza del concebido se han pronunciado comisiones de científicos nombrados por Gobiernos y Parlamentos: nunca han concluido que el embrión desde el estadio uni-

celular es “una cosa”.⁵⁴ Incluso la comisión presidida por Lady Mary Warnock que en 1984 estableció la base del concepto de “pre-embrión”, ha reconocido “La unidad, la identidad y la independencia” del embrión. Si en el reporte conclusivo es admitida la experimentación en embriones es sólo y exclusivamente por un criterio de utilidad práctica. En el capítulo n. 11, párrafo 11.19, se lee, de hecho: *“once the process has begun, there is no particular part of the developmental process that is more important than another, all are part of a continuous process, and unless each stage takes place normally, at the correct time, and in the correct sequence, further development will cease. This biologically there is no one single identifiable stage in the development of the embryo beyond which the in vitro embryo should not be kept alive. However we agreed that this was an area in which some precise decision must be taken, in order to allay public anxiety”* (una vez que el proceso ha comenzado, no hay una fracción en particular del proceso evolutivo que sea más importante que otra, todas son parte de un proceso continuo, y a no ser que cada estadio tome lugar normalmente, en el momento justo, y en la secuencia correcta, el desarrollo posterior cesará. Esto es que, biológicamente, no existe un estadio identificable en particular en el desarrollo del embrión más allá del cual el embrión in vitro no deba ser mantenido en vida. Por lo tanto acordamos que esta fue un área en la cual deben ser tomadas algunas decisiones precisas, en orden de mitigar la pública inquietud). En consecuencia, *“despite our division on this point, a majority of us recommend that the legislation should be provide that research may be carried out on any embryo resulting from in vitro fertilisation, whatever its provenance, up to the end of the fourteenth day after fertilization”* (a pesar de nuestra división en este punto, la mayoría de nosotros recomendamos que la legislación debe proveer la realización de una investigación sobre los embriones resultantes de la fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia, hasta el final de los catorce días después de la fertilización) (par. 11.30).⁵⁵

Muchas otras comisiones y comités de bioética han, por otra parte, reconocido la naturaleza de individuo humano viviente del

concebido. Además del Comité Nacional para la Bioética (CNE) que en diversos pareceres que serán recordados en el siguiente párrafo, excluye que el embrión humano sea una cosa, más bien reconoce que son “vidas humanas a pleno título”, es oportuno evocar el Aviso n. 8 y el Aviso n. 112 del *Comité Consultatif National d'Étique por les Sciences de la Vie et de la Santé*. En el primer parecer del 15 de diciembre de 1986⁵⁶ el Comité sostiene que “*L'embryon humain, dès la fécondation, appartient à l'ordre de l'être et non de l'avoir, de la personne et non de la chose ou de l'animal*” (El embrión humano, desde la fecundación, pertenece al orden del ser y no del tener, de la persona y no de la cosa o del animal) y que “*Le respect de la dignité humaine doit guider à la fois le développement des connaissances et les limites ou les règles que la recherche doit observer*” (El respeto de la dignidad humana debe guiar a la vez, el desarrollo de los conocimientos y los límites o las normas que la investigación debe observar). La afirmación contenida en el segundo parecer del 21 de octubre de 2010⁵⁷ según la cual el embrión humano debe ser respetado “*en tant que personne humaine potentielle*” (en tanto que es una persona humana potencial), no niega la humanidad del concebido, es más la confirma excluyendo su estatuto de “cosa”.

En la intervención de la “asociación Luca Coscioni” y otras en apoyo de la demada propuesta por la recurrente, se invoca la sentencia del 28 de noviembre de 2012 de la Corte interamericana de los derechos del hombre.⁵⁸ Es invocada, sin embargo, la decisión de S. José de Costa Rica que se refiere a los Estados que han afirmado la Convención americana de 1969, no el derecho europeo, que, en cambio, es definido por la Convención de Oviedo y por las sentencias de las Cortes europeas.

La Corte interamericana interviene sobre la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* (FIV) en Costa Rica y censura esta prohibición precisamente por su carácter absoluto.⁵⁹ No se toman en consideración directamente los límites que podrían ser puestos bajo la tutela de la dignidad del embrión en un sistema que permite

la FIV. Incluso, precisamente estos límites, entre los cuales está la prohibición de destrucción, de producción supernumeraria, de congelamiento y de experimentación; son implícitamente considerados lícitos por la Corte (por ejemplo n. 306).

Ciertamente la sentencia americana se pone sobre la línea de cuantos consideran que la vida del embrión no exige una tutela “absoluta”, sino se note, sin embargo, que negar el carácter absoluto de la tutela no significa excluir toda tutela y tanto menos que el embrión sea una cosa. La sentencia afirma que el concebido no puede ser considerado una persona, pero esta contestable conclusión no es relevante en el caso en cuestión donde se trata solamente de decidir si el embrión sea una “cosa” y por tanto un objeto de propiedad.

Son en cambio relevantes, para los fines de esta causa, tres aspectos.

En primer lugar, la sentencia americana supone un conflicto entre derechos e intereses: por un lado el embrión, por el otro el derecho de los adultos a la vida privada y a formar una familia (nn. 274-275). O bien el conflicto y la ponderación suponen que también el embrión sea un valor, no una cosa. En cambio, en el caso *Parrillo c. Italia* el conflicto está completamente ausente.

En segundo lugar, la Corte interamericana tenía de frente, por un lado, la pretensión de algunas parejas estériles de tener un hijo y por el otro la ley que prohibía en modo absoluto la FIV. En cambio, en el caso analizado este conflicto no existe, ni la recurrente está autorizada –como por lo demás es ya reconocido por la misma CEDU en la decisión del 28 de mayo de 2013– para representar los supuestos intereses de la “ciencia”.

En tercer lugar, la Corte interamericana llega a su conclusión luego de un resumen de las teorías opuestas relativas al inicio de la vida humana y al estatuto del concebido. Resulta que la tesis que afirma que el concebido es un individuo humano viviente no es para nada marginal ni privada de espesor científico. Por tanto, la falta de una unanimidad de consenso está confirmada por la sen-

tencia de la Corte interamericana y esto comporta ulteriormente la aplicación del principio del amplio margen de apreciación a reconocer a los Estados en particular.

La Ley 40 en el contexto del derecho europeo: la calificación del embrión como sujeto en la normativa italiana

El “recurso” Parrillo forma parte de una larga cadena de ataques contra la ley del 19 de febrero de 2004 n. 40, que han dado lugar a varias controversias judiciales y que han implicado al mismo pueblo italiano mediante cuatro referendums abrogativos realizados el 12-13 de junio de 2005. El recuerdo de esta consulta popular es oportuno por dos motivos. El primero porque, incautamente, la intervención ante la CEDU de las asociaciones “Luca Coscioni”, “Amica cicogna”, “Cercu un bimbo”, “L'altra cicogna” manipula los datos numéricos e históricos con la absurda pretensión de demostrar el rechazo popular de la ley que, en cambio, el voto defendió rechazando las solicitudes abrogativas; el segundo: porque –al contrario– precisamente los resultados de aquellos referendums constituyen un fuerte elemento para introducir la Ley 40/2004 en el ámbito de aquel amplio margen de apreciación que la jurisprudencia de la CEDU justifica haciendo también referencia a la cultura y a las convicciones éticas de un pueblo. En efecto, un referendums manifiesta en modo claro e indiscutible la sensibilidad de un pueblo. Lo que es necesario recordar a la CEDU es que la defensa de la Ley n. 40 del 2004 en todos sus aspectos fue actuada a través de la propaganda de la abstención del voto, entendida no sólo como modalidad técnica para defender la ley, sino también como manifestación de protesta por el modo engañoso con el cual los referendums habían sido formulados y mantenidos para hacer olvidar el largo, abierto, apasionado, argumentar científico y jurídico que había precedido la ley. Por tanto la abstención no fue una manifiesta-

ción de incerteza o desinterés, sino un modo fuerte de rechazar el ataque.⁶⁰ Lo demuestra el slogan promovido en miles de encuentros, en millones de manifiestos: “Sobre la vida no se vota”; lo demuestran las apelaciones públicas del Comité Ciencia y Vida, de miles de médicos, de juristas y de mujeres; dirigidos a apoyar la abstención del voto sobre la base de presupuestos científicos y jurídicos.⁶¹ De 49’794,704 ciudadanos inscritos en las listas electorales, 37’065,225 se abstuvieron y 1’463,027 declararon en el voto su contrariedad a la abrogación. De modo que fueron un total de 38’528,252 los ciudadanos que no quisieron ninguna de las abrogaciones requeridas las cuales tuvieron el favor de sólo del 22 por ciento de los electores.

Es el caso de recordar que el respeto del margen de apreciación que permite a los Estados defender y promover los valores que caracterizan su identidad cultural, histórica y constitucional, la sensibilidad y las convicciones éticas de un pueblo, debe tener en cuenta también la vasta adhesión de los ciudadanos italianos a la iniciativa de los ciudadanos europeos denominada “Uno de nosotros”, promovida sobre la base del Tratado de Lisboa, en los 28 países de la Unión. Las adhesiones de los ciudadanos italianos han sido 631,024 sobre el total de 1’891,406.⁶² Con esta iniciativa se pidió a las instituciones de la UE reconocer la plena humanidad de los embriones humanos (más precisamente dignidad humana y consiguiente derecho a la vida) y coherentemente de no financiar la investigación destructiva de los mismos.

El nuevo ataque a la Ley 40/2004 puede y debe ser rechazado – como hemos visto– simplemente evocando la Convención de Oviedo, pero las reflexiones que hemos propuesto sobre el principio del margen de apreciación, deben ser aplicadas también a las soluciones adoptadas por Italia en la ley 40/2004, sobre todo por lo que se refiere al fundamento de toda la normativa: aquel artículo 1 donde el embrión en proveta es calificado como “sujeto” titular de derechos.⁶³

Hemos visto que la CEDU aplica el principio del amplio margen de apreciación también a las diversas posibles interpretaciones del artículo 2 de la Convención. Y bien el artículo 1 de la Ley 40/2004 es exactamente una de las posiciones mencionadas en las sentencias de la CEDU como no contrastante con el artículo 2 de la Convención.

Este artículo 1 no nace como una flor en el desierto. Su contenido es apoyado por un complejo normativo imponente. Hemos ya recordado los documentos del Consejo de Europa que reconocen la plena dignidad humana del embrión (recomendaciones n. 934 de 1982; n. 1046 de 1986; n. 1100 de 1989) y las dos resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 a las cuales la Ley 40/2004 se ha ampliamente referido. Amerita ahora recordar los pareceres del Comité Nacional para la Bioética del 22 de junio de 1996, *Identidad y estatuto del embrión humano*⁶⁴ y del 11 de abril de 2003, *Parecer sobre las investigaciones que utilicen embriones humanos y células estaminales*⁶⁵ (confirmados con posterioridad a la ley 40, por los pareceres del 15 de julio de 2005 sobre el así llamado “oóide”⁶⁶ y del 12 de noviembre de 2005 sobre la así llamada “adopción para el nacimiento”).⁶⁷ El art. 1 de la Ley 40 parece ser el eco de la afirmación conclusiva contenida en el primer parecer, donde —precisamente a partir de la pregunta “¿el concebido es un ser humano o una cosa?”— llega a la conclusión siguiente: *“El Comité ha llegado unánimemente a reconocer el deber moral de tratar al embrión humano, desde la fecundación, según los criterios del respeto y la tutela que se deben adoptar en relación de los individuos humanos a la cual se atribuye comunmente la característica de persona”*. Esta conclusión ha sido confirmada en diversas ocasiones y nunca contradicha en todos los pareceres sucesivos concernientes al embrión humano: en particular el del 11 de abril de 2003 sobre “investigaciones que utilicen embriones humanos y células estaminales” afirma que “los embriones humanos son vidas humanas a pleno título” y que por tanto existe *“el deber moral de respetarlos y siempre protegerlos en su derecho a la vida independientemente de las modalidades con las cuales han sido generados e independientemente del hecho de que algunos de*

ellos puedan ser calificados —con una expresión discutible por estar privada de valencia ontológica— supernumerarios”.

Detrás del art. 1 de la L. 40/2004 existe también la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la sentencia n. 27 del 18 de febrero de 1975, que ha anulado el código penal en la parte en la cual castigaba siempre el aborto voluntario, se afirma que: *“la tutela del concebido tiene fundamento constitucional y precisamente con base en el art. 2 de la Constitución que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, no puede no volver a comprenderse la situación jurídica del concebido”*.⁶⁸ Por tanto el embrión no sólo no es una cosa, sino que es destinatario de una tutela unida a los derechos humanos. De este modo la sentencia n. 27 del 18 de febrero de 1975 ha sido interpretada por la sentencia n. 35 de la misma Corte el 10 de febrero de 1997.⁶⁹ Se afirma repetidamente el derecho a la vida del concebido; se admite la posibilidad legal de su destrucción, pero sin negar su cualidad de ser humano. La lógica seguida es aquella del estado de necesidad que determina un conflicto entre los derechos del hijo y la salud de la madre. En sustancia, se trata —según la Corte— de realizar un balance entre derecho de sujetos diversos. Se note que recientemente la Corte Constitucional ha confirmado el reato de aborto culposo evocando las sentencias 27/1975 y 35/1997.

La misma sentencia de la Corte Constitucional italiana 151/2009 que ha anulado el límite de los 3 embriones generables en un ciclo de PMA, ha mantenido la referencia a una situación de estricta indispensabilidad en vista de la salud de la mujer.⁷⁰ El congelamiento embrional queda como una excepción que tiene la finalidad de salvar la vida del embrión y de aumentar las posibilidades de una pareja para llegar al parto de un bebé vivo. Por desgracia, pueden existir embriones congelados ya no requeridos para la actuación de un proyecto parental. Su destrucción queda prohibida en coherencia con todo el conjunto de la Ley 40/2004. De hecho, si el embrión no es una cosa, sino un ser humano, un sujeto, un hijo; el tratamiento a él reservado no puede ser diferente del que corresponde a todo otro individuo viviente. La donación de órganos de

un viviente no es lícita en ningún país del mundo si la obtención del órgano implica la muerte del donante. Especiales cautelas jurídicas son predisuestas también para la obtención de órganos de cadáver. Es necesario que la muerte sea absolutamente cierta. No obstante, el trasplante de un órgano podría salvar la vida de otra persona. Sin embargo la finalidad científica o terapéutica no justifica nunca dar la muerte.

El hecho de que en la situación de los conocimientos actuales, sólo la muerte es previsible al término de un congelamiento prolongado, no justifica la anticipación voluntaria de la muerte.

Sigue. La Ley 40 de 2004 en contraposición con la Ley 194 de 1978.

La sentencia *Costa Pavan vs. Italia* ha preferido no aplicar el principio del margen de apreciación y efectuar, en cambio, una confrontación entre la Ley 40/2004 y la Ley 194/1978. La Corte ha concluido considerando que exista una contradicción entre la prohibición de diagnóstico pre-implante (DPG), que implica el “descarte” de los embriones considerados afectados por anomalías, contenido en la ley 40/2004, y la licitud del aborto terapéutico en caso de malformaciones del hijo, prevista en materia de aborto por la ley 194/1978.

En realidad la conclusión es incorrecta, porque la confrontación entre las dos leyes debe tomar en consideración muchos elementos que la Corte, en cambio, no ha considerado. En primer lugar, la Ley 194/1978 no prevé la malformación del hijo como causa autónoma de legitimación del aborto, al menos en su formulación literal, como elemento de riesgo para la salud de la madre. Se mantiene, por tanto, conceptualmente el balance entre derechos opuestos, ambos constitucionalmente garantizados y no es acogida una lógica de selección eugenésica,⁷¹ como en cambio inevitablemente se verifica en el campo de la PMA. Además se ha de subrayar que la DPG implica la muerte de muchos embriones, no –y sólo eventualmente– de uno solo, como en el caso del diagnóstico prenatal. Sobre todo, es necesario meditar sobre la gran diferencia entre la ge-

neración natural y la artificial y sobre la necesaria y consiguiente diversidad de las reglas.

En el caso del recurso Parrillo, ha de verse, luego, si la pretendida calificación del embrión como “una cosa” puede o no encontrar un enganchamiento en la disciplina del IVG, en realidad el embarazo es un condición especialísima e irrepetible en la cual un cuerpo humano vive y crece dentro de otro cuerpo humano. Esto implica consecuencias específicas respecto a los medios de tutela. Pero ninguna ley que legitima el aborto se funda sobre el presupuesto de que el embrión es una cosa. Incluso, normalmente es declarado, aun si es frecuentemente traicionado, el compromiso del Estado de respetar la vida. No en vano la norma italiana sobre el aborto (194/1978) inicia en el art. 1 proclamando: “la República tutela la vida humana desde su inicio” y el siguiente art. 2 requiere a las instituciones hacer todo lo posible para evitar la interrupción del embarazo. El juicio de balance entre opuestos derechos es claramente mostrado por la jurisprudencia constitucional italiana. No es por tanto correcto evocar la Ley 194/1978 para calificar como “una cosa” al embrión y justificar su destrucción directa y voluntaria cuando es generado con la FIV y se encuentra fuera del campo materno.

Coherentemente, la Ley 40/2004 en el art. 1 califica al concebido como “sujeto”. No una cosa, no un objeto. La lógica de la ley es la de permitir la PMA, sin autorizar sin embargo sacrificios no necesarios de la vida humana embrional, además de aquellos derivados estrictamente de los límites de la técnica. Por esto, a diferencia de cuanto está permitido en la especialísima situación del embarazo, está prohibida la destrucción voluntaria de embriones en probeta, calificados “sujeto” como sucede con la suspensión directa, con la experimentación destructiva, con la selección. El mismo congelamiento, en cuanto pone en gravísimo riesgo la vida embrional, está permitido sólo cuando es estrictamente necesario para salvar la vida del embrión.

En definitiva, la línea escogida por la ley es la de conciliar, en lo posible, la aspiración de los adultos estériles de tener un hijo con la

tutela del sujeto-embrión. Esta línea tiene en cuenta el hecho de que también en la fecundación natural no pocos embriones mueren frecuentemente antes incluso de anidarse en el endometrio y que, aun si los porcentajes de nacimientos con la FIVET son bajos, para cada embrión transferido es dejada una posibilidad de vida. La Ley permite la FIVET pero al mismo tiempo busca evitar al máximo grado posible la muerte del embrión fuera del seno materno.

En conclusión hay una coherencia interna de la ley cuyas disposiciones son consecuencia del principio establecido en el art. 1 el cual a su vez está permitido por el art. 2 de la Convención en base al principio del margen de apreciación.

Siguiente. La acumulación de los embriones supernumerarios y la pretención del “don a la ciencia”

Es claro que la sentencia 151/2009 de la Corte constitucional ha eliminado el límite máximo de tres embriones generables en un único ciclo a transferirse simultáneamente en el útero, como prescribía el artículo 14 de la ley 40/2004. La norma pretendía –también ella– salvaguardar la vida del embrión puesta en peligro por el congelamiento de los embriones así llamados supernumerarios, es decir no transferidos inmediatamente al útero. La Corte ha mantenido la regla según la cual la generación en probeta debe suceder en los límites de lo “estrictamente necesario” y ha permitido la formación supernumeraria sólo en referencia a la necesidad de preservar la salud de la mujer. Por tanto la generación de embriones “de reserva” debería quedar como una excepción. Sin embargo, es ampliada la posibilidad de una acumulación de embriones congelados por tiempo indeterminado, para la finalidad del proyecto de los padres que habían determinado su existencia. Aquí se coloca la cuestión del “don a la ciencia” que la recurrente pretende actuar en nombre de su afirmado derecho de propiedad, consiguiente a la reducción del embrión a “cosa”. En realidad si el embrión no es una cosa, sino un ser humano, un sujeto, un hijo, el tratamiento a él reservado no puede ser diferente de aquel que corresponde a todo otro

individuo viviente. La donación de órganos de vivientes no es lícita en ningún país del mundo, si la obtención del órgano implica la muerte del donante. Especiales cautelas jurídicas son predispuestas también para la obtención de órganos de cadáveres. Es necesario que la muerte sea absolutamente cierta. Si bien el trasplante de un órgano podría salvar la vida de otra persona, la finalidad científica o terapéutica no justifica nunca causar la muerte.

El hecho de que según los conocimientos actuales sólo la muerte es previsible al término de un congelamiento prolongado, no justifica la anticipación voluntaria de la muerte. De hecho en el caso de los enfermos cuya muerte es ya cierta e inminente no está permitida la anticipación de la muerte con el fin de obtener órganos. Ni se puede excluir que nuevos descubrimientos científicos puedan hacer aceptable la muerte natural del embrión congelado.

Existen también otras razones de carácter práctico que militan a favor de la coherencia del sistema italiano. Es evidente que la prohibición de destrucción y por tanto de “don a la ciencia” también el caso de abandono de los padres constituye un contra impulso respecto a la generación de un número de embriones “estrictamente necesario”. Sería de otra forma impulsada la generación supernumeraria y habría producido un giro en la prohibición de generación para fines experimentales.

En el ámbito de la valoración ética y política remitida a la libre apreciación de los Estados, debe también ser considerado que, como es conocido, las investigaciones sobre la células estaminales embrionales no han llevado a ningún resultado positivo para fines terapéuticos. Al contrario: la células estaminales adultas, extraídas de partes del cuerpo humano ya diferenciadas, tienen ya una utilización práctica para el tratamiento de algunas enfermedades y los estudios sobre ellas han abierto sólidas perspectivas de utilización terapéutica. Además, la reciente atribución del premio Nobel de la Ciencia al japonés Shinya Yamanaka, por su descubrimiento de métodos que rejuvenecen células estaminales adultas haciéndolas

multipotentes, prueba que no es necesaria la investigación sobre las células estaminales embrionales, carente hasta el presente de cualquier perspectiva útil y gravada por pesadas dificultades éticas. La elección de orientar los recursos hacia la investigación sobre las células estaminales adultas, en lugar de sobre las embrionales, es razonable para todos, pero en modo particular para los Estados que califican al embrión como “sujeto”.

Ciertamente, la acumulación de embriones humanos congelados constituye un problema dramático. En la situación actual de los conocimientos no es posible constatar su muerte sin descongelarlos. Pero si resultan todavía vivos no pueden ser congelados nuevamente. Su única tenue esperanza de vida es la transferencia en un útero. Esta es la razón por la cual ha sido propuesta la posibilidad de una especie de adopción prenatal⁷² cuya coherencia con la ley 40/2004 ha sido ya declarada por el CNB en su parecer del 18 de noviembre de 2005.⁷³ Al respecto existen también propuestas legislativas en Italia.⁷⁴ No debemos, sin embargo, olvidar las dificultades de orden ético acerca de la adopción de los embriones,⁷⁵ pero éstas podrían quizá ser superadas si verdaderamente la generación supernumeraria fuese hecha absolutamente excepcional. La adopción de los menores en Italia supone el abandono de un hijo por parte de los padres biológicos y es ciertamente un remedio laudable y positivo, pero el abandono queda como un hecho negativo y a contrastar. No se puede producir el abandono para permitir la adopción, pero es un deber al mismo tiempo favorecer la adopción y evitar el abandono.

Como conclusión de este párrafo sobre la coherencia del sistema italiano con el derecho europeo es muy oportuno citar nuevamente el artículo 2 del Tratado de Oviedo que bajo el título “Primado del ser humano”, declara: “el interés y el bien del ser humano deben prevalecer sobre el solo interés de la sociedad y de la ciencia”.

Conclusión

Las observaciones hasta aquí realizadas imponen rechazar el “recurso Parrillo” no sólo en cuanto a su referencia al derecho de propiedad, sino también con referencia al derecho respecto a la vida privada y familiar. Si el concebido es un ser humano, es decir alguien, es claro que la libertad de los padres encuentra un límite en su misma existencia, así como establece la segunda sección del art. 8 de la CEDU que reconoce la licitud de un límite impuesto por la autoridad pública no sólo para la protección de la moral, sino también para la protección de los derechos y de las libertades ajenas.

Referencias bibliográficas

¹ CONSIGLIO D'europa. *Protocol n. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11*, Paris, 20.03.1952 (acceso del 07.01.2014, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/009.htm>). El protocolo está en vigor desde el 18 de mayo de 1954. La ley n. 848 del 4 de agosto de 1955 le ha autorizado su ratificación y ejecución en Italia (Gazzetta Ufficiale del 23 de septiembre de 1955); la ratificación es del 26 de octubre de 1955 (Gazzetta Ufficiale del 5 de noviembre de 1955), el Protocolo está en vigor en Italia desde el 26 de octubre de 1955.

² Ley del 19 de febrero de 2004, n. 40 “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”. Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004 (acceso del 09.01.2014, en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>).

³ “*Article 10 (Freedom of expression) 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary*” (acceso del 07.01.2014, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>).

⁴ “Article 8 (Right to respect for private and family life) 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others” (acceso del 07.01.2014, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html1005.htm>).

⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Deuxième Sexion, Décision. Affaire Adelina Parrillo contre l'Italie* (Requête n. 46470/11), 28.05.2013 (acceso del 07.01.2014, en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001>). Desde el punto de vista del procedimiento la CEDU no permite la impugnación directa de una ley estatal, en cuanto deben ser precedentemente agotadas todas las posibilidades de recurso interno (principio de subsidiariedad de la CEDU respecto de la jurisdicción interna de los Estados miembros; art. 35 de la Convención). La recurrente no se ha dirigido a ningún juez italiano y ha señalado directamente la CEDU. Por desgracia la CEDU ha ya violado este principio particularmente en la causa *Costa-Paván contra Italia* Cfr.: PUPPINCK G. *Costa and Pavan v. Italy and the convergence between human rights and biotechnologies. Commentary on the ECHR decision Costa and Pavan v. Italy, No. 54270/10, 28 August 2012*. Quaderni di Diritto, Mercato, Tecnologia 2013; 3: 152-176 (acceso del 07.01.2014, en: http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=2348142 y en: <http://www.dimt.it/2013/10/30/costa-and-pavan-v-italy-and-the-convergence-between-human-rights-and-biotechnologies/>).

⁶ *The European Court on Human Rights to rule on the status of the human embryo* (acceso del 07.01.2014, en: <http://eclj.org/Releases/Read.aspx?GUID=4d63713f-2153-442c-90fb-c43634233aa4&s=eur>).

⁷ “Article 1 (Protection of property) 1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. 2. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

⁸ *Dickson vs United Kingdom* (Application n. 44362/04) C Fourth Section - 18 April 2006, GC 4 - December 2007; *Evans vs United Kingdom* (Application n. 6339/05) C Fourth Section - 7 March 2006, GC - 10 April 2007; *S.H. and Others vs Austria* (Application n. 57813/00) C First Section - 1 April 2010, GC - 3 November 2011; *Costa and Pavan vs Italy* (Application n. 54270/10) C Second Section - 28 August 2012, GC - 11 February 2013; *Knecht vs Roumanie* (Application no. 10048/10) C - Third Section 11 February 2013.

⁹ CONSIGLIO D'EUROPA. *Convenzione per la protezione dei diritti umani e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina)*. *Medicina e Morale* 1997; I: 128-

149. Al momento no ha sido todavía depositado el instrumento de ratificación por parte de Italia, solicitado por el Comité Nacional para la Bioética con la *Moción para la complementación del camino de ratificación de la Convención de Oviedo* aprobada en la sesión plenaria del 24 de febrero de 2012. El camino de ratificación ha sido iniciado con la Ley n. 145 del 28 de marzo de 2001. *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani*. Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2001.

¹⁰ ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE. *Recommandation 934 (1982) relative à l'ingénierie génétique*. En: CONSEIL DE L'EUROPE., *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*. Strasbourg: Direction des Affaires Juridique; 1998: 15-18.

¹¹ ID. *Recommandation 1046 (1986) relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, pp, 19-23.

¹² ID. *Recommandation 1100 (1989) sur l'utilisation des embryons et foetus humains dans la recherche scientifique*. *Medicina e Morale* 1989; 2: 404-411.

¹³ PARLAMENTO EUROPEO. *Risoluzione (Doc. A2-372/88) sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana*. *Medicina e Morale* 1989; 3: 587-590; ID. *Risoluzione (Doc. A2-327/88) sui problemi etici e giuridici dell'ingegneria genetica*. *Medicina e Morale* 1989; 3: 579-587. El contenido de estas resoluciones ha sido invocado en la Resolución del 20 de septiembre de 1996 con el título *Tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle applicazioni biologiche e mediche*, GUCEE, C320 del 28 de octubre de 1996.

¹⁴ CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA - PARLAMENTO EUROPEO. *Direttiva 98/44 CE del 6 luglio 1998 dell'Unione Europea sulla "Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche"*. *Medicina e Morale* 1999; 4: 746-757. La Directriz ha sido acogida en Italia con la Ley del 22 de febrero de 2006, n. 78. *Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 3, recante attuazione della direttiva 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*. Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2006.

¹⁵ COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION. *Judgment of the court (Grand Chamber) 18 October 2011, Case C34/10* (acceso del 07.01.2014, en :<http://curia.europa.eu/juris/document/docu-ment.jjfs?text=&docid=111402&pageIndex=0&doclang=EN &mode=lst&dir=&occ =first&part=&cid=401440>). La version italiana puede leerse en *Medicina e Morale* 2011; 5: 905-919.

¹⁶ Una interesante reseña es ofrecida en: *Research Division n. Council of Europe/ European Court of Human Rights. Research Report Bioethics and the case-law of the Court*. May 2012 (acceso del 09.01.2014, en: http://www.coe.int/t/dg3/health-bioethic/texts_and_documents/Bioethics_and_caselaw_Court_EN.pdf).

¹⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS ROTTS DE L'HOMME. Troisième Section. *Affaire Fretté c. France (Requête n. 36515/97)*. Arrêt 26.02.2002, définitif 26.05.2002

(acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-64727#{"itemid":\["001-64727"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-64727#{)). Sobre el tema de la adopción de la prole de la pareja homosexual, la Corte ha vuelto con la decisión de la Gran Cámara sobre el caso *X et al. C. Austria* (Recurso n. 19010/07) del 19.02.2013 (acceso del 09.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116735#{"itemid":\["001-116735"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116735#{)).

¹⁸ *Cour Européenne Des Droits De L'Homme*. Grande Chambre. *Affaire Christine Goodwin v. Royaume-Uni* (Requête n. 28957/95). Arrêt 11 juillet 2002 (acceso del 07.01.2014 en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-65153#{"ite-mid":\["001-65153"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-65153#{)).

¹⁹ Id. Première Section. *Affaire Giampiero Boso contre l'Italie* (Requête n. 50490/99) Arrêt 05.09.2002 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-43821#{"itemid":\["001-43821"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-43821#{)).

²⁰ Id. *Affaire Vo c. France* (Requête n. 53924/00). Arrêt 8.07.2004 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-66445#{"itemid":\["001-66445"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-66445#{)). El texto ha sido publicado también en *Medicina e Morale*.

²¹ En Italia el aborto culposo está previsto por el art. 17 apartado 1, de la Ley 194 del 22 de mayo de 1978 y procede de oficio y no por querrela de parte como en el caso de lesiones personales incluso gravísimas (art. 590 del código penal). Evidentemente la diversidad de tratamiento es debida a la relevancia del hijo. A este respecto ha intervenido recientemente la Corte Constitucional con la ordenanza n. 324 del 11 de diciembre de 2013 (depositada el 23 de 2013) en el juicio de legitimidad constitucional del art. 17, apartado 1, Ley 194/1978, promovido por el Tribunal de Treviso en referencia al art. 3 Constitucional (principio de igualdad). La Corte declara la manifiesta carencia de fundamento de la cuestión, observando en las motivaciones que “en seguida a la reforma actuada con la ley n. 194 de 1978, no puede útilmente proponerse una comparación entre el aborto culposo y las lesiones personales culposas, porque el aborto culposo está configurado como un delito autónomo, respecto al cual se ponen de relieve, además de la integridad psicofísica de la mujer, otros intereses constitucionalmente garantizados, como los relativos a la protección de la maternidad (art. 31, segundo apartado, Constitucional), y a la tutela del concebido, deducible del art. 2 Constitucional (sentencias n. 35 de 1997 y n. 27 de 1975)”

²² Id. *Affaire Evans c. Royaume-Uni* (Requête n. 6339/05). Arrêt 10.04.2007 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80036#{"itemid":\["001-80036"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80036#{)).

²³ Id. *Affaire Dickson c. Royaume-Uni* (Requête n. 44362/04). Arrêt 4.12.2007 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-83791#{"itemid":\["001-83791"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-83791#{)).

²⁴ Id. *Affaire A, B et C c. Irlande* (Requête n. 25579/05). Arrêt 16.12.2010 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102335#{"itemid":\["001-102335"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102335#{)).

²⁵ ID. *Affaire S.H. et Autres c. Autriche* (Requête n. 57813/00) Arrêt 3.11.2011 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-107326#{"itemid":\["001-107326"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-107326#{)).

²⁶ ID. *Affaire Costa et Pavan c. Italie* (Requête n. 54270/10) 28 août 2012 définitif 11.02.2013 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112992#{"itemid":\["001-112992"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112992#{)). El texto está publicado también en *Medicina e Morale* 2012; 4: 634-652.

²⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section *Case of Knecht v. Romania* (Application no. 10048/10), Judgment 2 October 2012 Final 11 February 2013 (acceso del 07.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"itemid":\["001-113291"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)). La controversia se refiere a la negación de la entrega, por parte de las autoridades rumanas, a la recurrente, de sus embriones generados in vitro con semen de donador y crioconservados en una clínica sometida a secuestro penal.

²⁸ ID. First Section. *Case of Haas v. Switzerland* (Application no. 31322/07). Judgment 20 January 2011 (acceso del 09.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102940#{"itemid":\["001-102940"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102940#{)).

²⁹ Sobre la doctrina del margen de apreciación se vean el estudio *The margin of appreciation, la casuística y la amplia bibliografía ahí reportada* (acceso del 09.01.2014, en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp). Un amplio y documentado trabajo y también el de SPIELMANN D. *Allowing the right margin the European Court of Human Rights and the National margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?* February 2012 (acceso del 09.01.2014, en: http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf).

³⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Pretty v. the United Kingdom* (Application n. 2346/02) Judgment 29.04.2002, final 29.07.2002 (acceso del 09.01.2014, en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448#{"itemid":\["001-60448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448#{)).

³¹ *Affaire Evans c. Regno Unito* n. 77; *Affaire Dickson c. Regno Unito* n. 78; *Affaire A.B.C. c. Irlanda* n. 58; *S.H. c. Austria* n. 94; *Affaire X et Autres c. Autriche* (Requête n. 19010/07) 13.02.2013, n. 148.

³² STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI). *The protection of the human embryo in vitro. Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and the Foetus* (CDBI - CO - GT3 2003; 13). Strasbourg, 19.06.2003.

³³ *Case of A, B and C vs. Ireland* (Application no. 25579/05). Grand Chamber, judgment 16th December 2010, n. 185. Y también: caso *Thi-Nho Vo contra Francia* del 8 de julio de 2004, caso *Evans contra Reino Unido* del 10 de abril de 2007 y caso *Tisyac contra Polonia*. 20 de marzo de 2007.

³⁴ PARLAMENTO EUROPEO. *Risoluzione sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, (Doc. A2-327/88)...; Risoluzione sui problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale umana "in vivo" e "in vitro" (Doc. A2-372/88)..*

³⁵ PARLAMENTO EUROPEO. *Risoluzione sulla clonazione di embrioni umani*, 28.10.1993. G.U. C 315 del 22.11.1993: 224; ID. *Risoluzione sulla clonazione*, 12.03.1997. G.U. C 115 del 14.04.1997: 92; ID. *Risoluzione sulla clonazione*, 15.01.1998. G.U. C 34 del 02.02.1998: 164; ID. *Risoluzione sulla clonazione*, 7.09.2000. *Medicina e Morale* 2000; 4: 797-800.

³⁶ PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO DELL'UNIONE. *Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, 06.07.1998. *Medicina e Morale* 1998; 4: 746-757.

³⁷ COURT OF JUSTICE OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case C34/10 Oliver Brüstle vs Greenpeace eV* 18 October 2011 (acceso del 10.01.2014, en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?hsessionid=9ea7d2dc30dbf70edaa787741e8a1acd8dbe58f1cc3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbx50?text=&docid=111402&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=178554>). Los hechos que han implicado a la Corte de Luxemburgo son conocidos: el científico Oliver Brüstle (director del Instituto de Neurobiología reconstructiva de la Universidad de Bonn) había obtenido, en diciembre de 1997, un registro de marca referente a un procedimiento relativo a una terapia basada sobre el uso de células progenitoras neuronales aisladas y depuradas recabadas de células estaminales embrionales humanas al estadio de blastocisto, para utilizar en el tratamiento de anomalías neuronales, entre las cuales el mal de Parkinson. La asociación ecologista Greenpeace promovía la impugnación ante la Corte Federal alemana sobre los registros de marca, oponiéndose a la concesión y obteniendo la nulidad del registro mismo. El motivo de la intervención de Greenpeace era la supuesta violación de la *Directriz sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas* (6 de julio de 1998), en base a la cual era excluida la registrabilidad de procedimientos que implicaran el uso de embriones humanos con fines industriales o comerciales. En seguida, Brüstle recurría a la Corte Federal de Justicia Alemana la cual, suspendido el procedimiento, sometía a la Corte de Luxemburgo las cuestiones interpretativas ligadas al art. 6 de la Directriz.

³⁸ *Opinion of Advocate General Bot*, 10 March 2011. *Case C34/10 Oliver Brüstle v Greenpeace eV* (acceso del 10.01.2014, en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db1082931188464326a8a5aa94341cbd5d3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxukLc390?text=&docid=818368&opageIndex=.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLc390?text=&docid=81836&pageIndex=first&part=1&cid=1243350>)³⁹. *Abortion restrictions and declaration that life begins at fertilization*; HB 2253 (acceso del 10.01.2014, en: http://www.kslegislature.org/li/b2013_14/measures/hb2253/).

⁴⁰ CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 25 febbraio 1975. Quaderni della giurisprudenza costituzionale. *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*. Milano: Giuffrè; 1975:179-227 (versión original) e 248-294 (traducción italiana). La sentencia relativa a la parcial inconstitucionalidad de la V ley de reforma del código penal del 18 de junio de 1974.

⁴¹ ID. *Sentenza del 4 agosto 1992, relativa alla sospensione della legge 27 luglio 1992 recante norme per la promozione di una società a misura di bambino, per*

l'aiuto nei conflitti derivanti dalla gravidanza e per la regolamentazione dell'interruzione volontaria della gravidanza.

⁴² ID. *Sentenza del 28 maggio 1993 relativa alla parziale incostituzionalità della legge 27 luglio 1992.*

⁴³ ID. *Sentenza del 28 maggio 1997, relativa alla dichiarazione di parziale incostituzionalità della legge del 30 agosto 1996 contenete norme di modificazione della legge sulla pianificazione della famiglia, la difesa dell'embrione umano e la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza.*

⁴⁴ Se subraya un aspecto de gran relevancia para la interpretación de otras Constituciones y de otros tratados. La expresión "cada uno tiene derecho a la vida", contenida en el art. 2 de la Constitución alemana es del todo similar a la fórmula por la Declaración universal de los derechos del hombre (art. 3), de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (art. 2) y de otras Constituciones.

⁴⁵ CORTE COSTITUZIONALE., *Sentenza del 17 dicembre 1991 n. 64, relativa all'illegitimità costituzionale dei decreti governativi 76/1988 sull' "nterruzione della gravidanza e 15/1988 per l'attuazione della interruzione della gravidanza.* El texto en lengua alemana se encuentra en: BRUNNER G, SÓLYOM L. *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn.* Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; 1997: 256-279.

⁴⁶ *Sentenza del 17 dicembre 1991 n. 64, cit. Motivazione, D, 2, d).*

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acordao n. 25/84 de 19 março de 1984.* Diario da Republica. Il sèrie, n. 143 de Junho de 1985.

⁴⁸ *Sentenza del 17 dicembre 1991 n. 64, cit. Motivazione D, 3.*

⁴⁹ CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza (30 gennaio) 10 febbraio 1997, n. 35.* Giurisprudenza costituzionale 1997; I: 281-293. ID. *Sent. (7 maggio) 25 giugno 1981, n. 108; Sent. (7 maggio) 25 giugno 1981, n. 109; Ord. (22 gennaio) 16 febbraio 1982, n. 44; Ord. (22 gennaio) 16 febbraio 1982, n. 45; Ord. (22 gennaio) 16 febbraio 1982, n. 46; Ord. (22 gennaio) 16 febbraio 1982, n. 47; Ord. (30 giugno) 8 luglio 1982, n. 126; Ord. (22 dicembre) 31 dicembre 1982, n. 259; Ord. (19 marzo) 20 marzo 1985, n. 80; Ord. (12 novembre) 20 novembre 1985, n. 297; Sent. (21 maggio) 25 maggio 1987, n. 196; Ord. (12 novembre) 3 dicembre 1987, n. 445; Sent. (23 marzo) 31 marzo 1988, n. 389; Ord. (25 marzo) 14 aprile 1988, n. 462; Ord. (25 marzo) 14 aprile 1988, n. 463; Ord. (9 gennaio) 18 gennaio 1989, n. 14; Ord. (7 marzo) 16 marzo 1990, n. 133; Ord. (28 gennaio) 8 febbraio 1991, n. 65; Ord. (23 giugno) 24 giugno 1993, n. 293; Ord. (7 marzo) 15 marzo 1996, n. 76; Ord. (20 novembre) 4 dicembre 2002, n. 514; Ord. (7 maggio) 10 maggio, n. 126; Ord. (11 dicembre) 23 dicembre 2013 n. 324.*

⁵⁰ UNITED STATES SUPREME COURT. *Roe et al. V. Wade, District Attorney of Dallas County, January 22, 1978.* Quaderni della giurisprudenza costituzionale. *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali.* Milano: Giuffré; 1975: 1-43 (versión original) y 75-144 (traducción italiana).

⁵¹ *Legge 27.05.1991 n. 176, Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20.11.1989).* Gazzetta Ufficiale del 11.06.1991, n. 135 serie ordinaria.

⁵² Nótese: el art. 6 dispone que “todo niño tiene el inalienable derecho a la vida”; por tanto también antes del nacimiento estamos en presencia de un niño. Ha de señalarse que precisamente apoyándose en la citada Convención, tanto la Corte Constitucional italiana (10.02.1997), como la Corte Constitucional polaca (28.05.1997) resuelven en sentido favorable al concebido la equivocación comprometedora contenida en la Convención del 89.

⁵³ La expresión es considerada en la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños adoptada en Estrasburgo el 25.01.1996; art. 1, apartado 1º: “se aplica a los niños que no han pasado el 18º año de edad” (acceso del 10.01.2014, en: http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/Inf_adolescenza.htm).

⁵⁴ En Italia, se recuerdan: la “Comisión Santosuoso”, la “Comisión Guzzanti”, la “Comisión Busnelli”; en España, la “Comisión Palacios”; en Alemania la “Comisión Benda”; en Francia, la “Comisión Lenoir; en el Reino Unido, la “Comisión Warnock”.

⁵⁵ WARNOCK M. A question of life. *The Warnock Report on human fertilisation and embryology*. Oxford: Basil Blackwell;1985. También en: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (acceso del 10.01.2014).

⁵⁶ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ. *Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*. Avis n. 8 du 15.12.1986 (acceso del 09.01.2014, en: <http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/avis-relatif-aux-recherches-et-utilisation-des-embryons-humains-vitro-des-fins>).

⁵⁷ ID. *Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*. Avis n. 112 du 21.10.10 (acceso del 9.01.2014, en: http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_112.pdf).

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (acceso del 09.01.2014, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

⁵⁹ La prohibición absoluta era debida a la sentencia de la Corte del 15 de marzo de 2000 que había declarado inconstitucional el Decreto de 1995 que disciplinaba las técnicas de PMA (acceso del 09.01.2014, en: <http://es.scribd.com/doc/36185708/12-Sentencia-2000-02306-Costa-Rica>).

⁶⁰ CASINI C. *Il dibattito in bioetica. Le ragioni del non voto. Medicina e Morale* 2005; 2: 409-428.

⁶¹ Para una amplia documentación: ROSATI B (curador). *Esseri umani dall'inizio alla fine*. Roma: Comitato Scienza e Vita - La Fenice Grafica; 2006.

⁶² <http://www.mpv.org> (acceso del 10.01.2014).

⁶³ “Con el fin de favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana está permitido recurrir a la procreación médicamente asistida, con las condiciones y según las modalidades previs-

tas por la presente ley, que asegura los *derechos de todos los sujetos implicados, incluido el concebido*" (cursiva nuestra).

⁶⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. *Identità e statuto dell'embrione umano*. 22 giugno 1996.

⁶⁵ ID. *Parere su Ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*. 11 aprile 2003.

⁶⁶ ID. *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"*. 15 luglio 2005.

⁶⁷ ID. *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, 18 novembre 2005.

⁶⁸ CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza 18 febbraio 1975*, n. 27. Giurisprudenza Costituzionale 1975; I: 117-120.

⁶⁹ ID. *Sentenza (30 gennaio) 10 febbraio 1997* n. 35. Giurisprudenza costituzionale, 1997; I: 281-293.

⁷⁰ ID. *Sentenza 1 aprile 2009 (8 maggio 2009)*, n. 151 (acceso del 10.01.2014, en: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).

⁷¹ Se vea la reciente sentencia: CORTE DI CASSAZIONE. Sezione III civile. *Sentenza (8 ottobre) 10 dicembre 2013*, n. 27528.

⁷² AA.VV. *Embrioni crioconservati. Quale futuro?* I quaderni di Scienza e Vita n. 11, mayo 2013.

⁷³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOÉTICA. *Adozione per la nascita degli embrioni...*

⁷⁴ Acta de la Cámara n. 4831, *Disposizioni concernenti l'adozione degli embrioni residuali e conservati in stato di abbandono*, 6 de diciembre de 2012; Acta de la Cámara n. 2058, *Disposizioni per consentire l'impianto degli embrioni abbandonati giacenti presso i centri italiani di procreazione medicalmente assistita*, 12 de abril de 2012; Acta de la Cámara n. 4800, *Norme in materia di adozione degli embrioni crioconservati in stato oggettivo di abbandono*, 25 de noviembre de 2011.

⁷⁵ CONGREGAZIONE PER LA DOTRINA DELLA FEDE. *Istruzione "Dignitas Personae" su alcune questioni di Bioetica*, (8 de septiembre de 2008).

La ética discursiva al servicio de la moral según Jürgen Habermas

*Cécile Furstenberg **

Resumen

La moral y la ética son términos que han sido aceptados en el vocabulario corriente. La moral se diluye, sin embargo, en una multiplicidad de morales individuales que en situaciones concretas resultan difíciles de conciliar. ¿Cómo salvaguardar la justicia en nuestro contexto?

Este ensayo denominado: La ética discursiva al servicio de la moral según Habermas, se propone clarificar el significado de la moral y de la ética y ver cómo la teoría discursiva viene en ayuda a las dificultades contextuales.

Summary

The morality and the ethics are terms that have been accepted in the current vocabulary. The morality is diluted, nevertheless in a multiplicity of individual moralities that in concrete situations result difficult to harmonize. How to safeguard the justice in our context?

This essay called: the discursive ethics to the service of the morality according to Habermas propose to clarify the meaning of the morality and of the ethics and to see as the discursive theory come in help to the contextual difficulties.

* Estudiante en doctorado de filosofía en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Mail: cecilefurstenberg@yahoo.fr

Key words: Habermas, discourse ethics, moral, justice.

Palabras claves: Habermas, Ética discursiva, moral, Justicia.

Introducción

Los términos de ética y de moral se han vulgarizado. El uso corriente de estos términos no permite una distinción muy clara. Etimológicamente la ética viene de “ἦθος” en griego: que significa para ellos la manera de ser habitual que caracteriza un hombre, los modos de vida, las costumbres o más bien las relaciones que establece un hombre consigo mismo y con la gente que lo rodea. La palabra moral viene del latín: *moralitas* traducción del griego “ἦθος” luego con el mismo significado, la moral comprende también las reglas y normas que rigen las conductas humanas. Luego los que no optan por una distinción entre los dos términos de alguna forma tienen razón. Sin embargo se ha sentido en general la necesidad progresiva de hacer una diferencia entre las dos nociones relacionadas usando dos términos distintos, refiriéndose más bien a la ética cuando se pone de relieve el fin buscado o sea el bien y la felicidad para todos y la moral cuando se subraya la necesidad de ajustarse subjetivamente con la justicia y las normas que rigen las conductas. Conservando este origen presente a lo largo del ensayo, pondré de relieve los usos específicos de estos dos términos y la relación entre la moral y la ética en los escritos de Habermas, filósofo y sociólogo contemporáneo.

Seguiré los pasos de Habermas, desde sus trabajos sobre la teoría de la acción comunicativa hasta su ética discursiva Habermas intenta resolver los problemas que surgen cuando hay que aplicar la conciencia moral a las situaciones de la vida concretas y pasar de una conciencia moral individual a un modo de vivir que pueda a la vez validar estas conciencias morales singulares y llegar a un acuerdo reconocido por la “comunidad” evaluativa. Aclararé lo que es para él la conciencia moral y la ética discursiva y ver cuáles son las

relaciones entre la moral y la ética en sus reflexiones y teoría. Así mostraré gracias a la lectura de sus textos y de comentarios relevantes, cómo la ética discursiva viene en ayuda a la moral, y relevaré el interés actual de su postura en un mundo donde la pluralidad de convicciones divergentes es una realidad.

En la primera parte presentaré a Habermas así como su contexto, las temáticas que abordó en la teoría de acción comunicativa y cómo desembocarán en sus trabajos sobre la moral y la ética.

En la segunda parte trataré de destacar las características dominantes de la moral y de la ética discursiva tal como Habermas nos las va presentando.

En el tercer lugar intentaré precisar cómo la ética del discurso viene al servicio de la moral según Habermas mediante sus propias aclaraciones y algunos comentarios de sus escritos que pueden abrir comprensión a las distintas perspectivas del tema.

En la conclusión relevaré el interés de la ética discursiva y las complementariedades posibles de éticas de otra índole, la ética narrativa de Paul Ricoeur y la ética de la responsabilidad de Emmanuel Lévinas.

1. Premisas

Jürgen Habermas se empeña en desarrollar una teoría social. Habermas trata de analizar las disfunciones de las sociedades capitalistas. Desarrolla la teoría del lenguaje que le sirve de base para construir su teoría social, desea transformar la crítica del conocimiento mediante la crítica de la sociedad.

Habermas se encuentra en debates de su tiempo que se relacionan con la primacía del bien sobre lo justo. Por una parte los comunitaristas quieren volver a restablecer la primacía del bien sobre el justo con respecto a la “*ἥθος*” y preconizan una política de bien común, es una manera de resolver la pluralidad de las éticas. La éti-

ca utilitarista fundada por George Bentham determina que la acción es buena o mala sólo en relación con las consecuencias buenas o malas para la felicidad del mayor número de individuos concernidos. En su teoría liberal de la justicia, John Rawls, por otra parte, promueve la renuncia del bien individual a favor de la justicia colectiva. Habermas encuentra interés en esta teoría, pero no comparte la ficción de la posición con el velo de ignorancia de cada persona para que opinen sin interés o prejuicios dados a su condición. Al contrario, es desde la vida concreta y las experiencias individuales que hay que relevar los juicios individuales y estudiarlos.

En su teoría de la acción comunicativa, Habermas desarrolla lo que encuentra central, o sea, el ajuste a la verdad necesario para que la comunicación sea bien orientada y que la comprensión mutua permita la acción comunicativa. “For Habermas, communicative action entails the establishing or maintaining of a social relationship between two or more individuals” (Edgar, 21). Habermas considera también que la comunicación es más que un intercambio de informaciones entre dos o más individuos. La comunicación incluye el esfuerzo de búsqueda de sentido que conlleva la acción comunicativa que a su vez es más que el compartir frases significativas. La acción comunicativa llega incluso a realizar una acción: “such as threatening, ordering or promising” (Edgar, 22).

La teoría de la comunicación a su vez analiza el lenguaje de manera pragmática tratando de ligar el sentido, la racionalidad y la validez de los enunciados referentes a las acciones humanas. “La théorie communicationnelle lie la signification, la rationalité et la validité des énoncés dans l’action humaine, elle analyse le langage d’un point de vue pragmatique” (Fortin-Melkevik, 810).

Los requisitos para la acción comunicativa son la inteligibilidad, la verdad, la rectitud y veracidad que permiten validar lo dicho: la inteligibilidad, ya que si los individuos no logran comprenderse, la comunicación no puede realizarse; la verdad que hace corresponder lo dicho con la realidad; la rectitud que asegura que lo dicho

corresponda a unas normas reconocidas que respeten la vida en común y por último la veracidad: que certifica la relación entre lo que se piensa y se dice. La verdad está en la raíz de lo que se llama una acción comunicativa bien orientada. "... a las pretensiones de validez les es inmanente una fuerza trascendedora que asegura a todo acto de habla una referencia al futuro": (Habermas, 167). La acción comunicativa presupone la necesidad de establecer y compartir conocimientos y permite compartir información, establecer relaciones sociales con los demás y expresar sus opiniones y sentimientos.

2. Distinciones entre la conciencia moral y la ética del discurso

En la antigüedad se puede entrever una tentativa de distinción muy sutil entre los dos términos de ἦθος y ἔθος mencionada en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Así, ἦθος sería más bien la manera de comportarse y sería una leve modificación de ἔθος entendido como costumbre, habito. En los libros de Habermas relacionados con la ética se observa una utilización bastante específica de los dos términos de moral y de ética, sin embargo la frontera entre ambos campos es porosa. En el libro que se intitula *Conciencia moral y acción comunicativa*, como en el de las *Aclaraciones a la ética del discurso* o en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, están implicados constantemente ambos términos y el autor reitera su desarrollo alternativo del uno y del otro, a pesar que el título mismo involucra sólo una palabra, en los capítulos sucede lo mismo. Así, en el capítulo III intitulado "Ética del discurso" empieza hablando de la fenomenología de la moral y termina por moralidad y ética. La moral no se puede prescindir de la ética y la inversa es también válida. Vamos a tratar de precisar las significaciones respectivas de la conciencia moral y de la ética discursiva para Habermas.

2.1. La conciencia moral

Habermas pertinentemente empieza el cap. III: “Ética del discurso, sobre un programa de fundamentación” de su libro *Conciencia moral y acción comunicativa* por “la fenomenología de lo moral”, donde presenta al complejo modo de intervención de la moral en los hechos y las palabras que merecen investigación. Nos inserta en las realidades de las emociones y resentimientos frente a la injusticia. La realidad en las experiencias de la vida nos manifiesta la necesidad de proceder a unos estudios e investigaciones en cuanto a la incidencia de la cultura o del contexto social en el ejercicio de la moral personal.

El autor empieza el capítulo con un análisis de los escritos de Strawson. Con acierto demuestra en sus trabajos que el resentimiento frente al agravio es una prueba de la realidad de la injusticia. Las disculpas dependerán de las condiciones del responsable del agravio, sus razones, edad, capacidad de entendimiento. Una tercera persona, que no sea la persona responsable ni el afectado, puede permitir de objetivar y “neutralizar” los fenómenos o ámbito de manifestaciones morales. La petición de disculpas y el perdón de la injusticia son medios para reparar el daño. Los sentimientos de culpabilidad y deber son centrales. Hay que considerar que el daño viene a perturbar no sólo la relación entre dos personas, sino la “esperanza normativa subyacente” de las personas en general que sostiene la vida en común. Este impacto del daño en la esfera pública por el reconocimiento general de validez en las autoridades que regulan las normas es importante. Para pasar del mandato interior personal que da lugar a las manifestaciones morales a la norma establecida por el derecho, se necesita el uso de la razón externa que permite la justificación practico-moral de una acción.

Habermas se apoya en trabajos anteriores de Toulmin estableciendo la relación entre lo que se “debe hacer” que implica “tener buenas razones para hacerlo”, que asegura que son veraces las cuestiones que son evaluadas por las normas. ¿Pero qué se puede

considerar verdad moral? Que sean las diferencias culturales, educacionales, experimentales, las influencias diversas externas e inherentes sobre el juicio moral hacen difícil la confirmación de una validez admitida por todos. Allí la razón viene en ayuda para desenredar los hilos de las subjetividades singulares juntadas. La razón encuentra en el discurso “comunitario” cómo apoyarse para dar consistencia a esta prueba de validez.

Habermas recurre también a los trabajos de Kohlberg, que le es contemporáneo, psicólogo y teórico del desarrollo y de la habilidad a tomar decisiones morales para el ser humano. Sus estudios fueron muy fecundos en cuanto a relevar la evolución de la integración y percepción de la moral personal en función de la edad y desarrollo psíquico, así como su posibilidad de aprehensión, adaptación y participación a la acción comunicativa. Si Habermas le reprocha de alguna forma basarse en la teoría de la justicia de Rawls, utilizando el posicionamiento imparcial de cada uno para universalizar la respuesta “normativa”, mostró, sin embargo, que las respuestas se condicionaban por la etapa de desarrollo psíquica de la persona. No se puede prescindir de una madurez psíquica y de la capacidad de racionalización del hombre puesto en una situación dada, “el niño que crece dentro de la praxis cotidiana comunicativa no puede dominar desde el comienzo” (Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, 148). Según su crecimiento moral el individuo será más o menos apto a participar en buenas condiciones en una cuestión relevante de ética discursiva.

Si Habermas se reconoce él mismo en la huella de Emmanuel Kant, nos estamos alejando del principio moral kantiano con su imperativo categórico moral universal que se basa en estas formulaciones comentadas en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*: “Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se convierta en una ley universal” (57). “Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza” (57). “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro,

siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio” (67). Kant considera que la ley es inherente al ser humano, que por lo tanto es autónomo, o sea capaz de dictarse su propia ley que a su vez es luego ley universal.

Es cierto que Habermas reconoce a Kant el valor de otorgar la primacía de la moral sobre de la ética sin embargo considera que la afirmación kantiana de la autonomía con carácter categórico y a valor universal es demasiado perentoria. Habermas admite que el imperativo catégorico pueda favorecer a la formulación general de principios, pero no puede adaptarse a las situaciones prácticas. No se puede individualmente por sí solo acceder espontáneamente a una norma general admitida por su evidencia. El paso a la universalización se puede realizar, según él, en cambio, por medio de la ética discursiva.

2.2. La ética del discurso

Habermas siguió la línea de su amigo y colaborador Karl-Otto Apel, que inició la ética discursiva, alejándose, sin embargo, de él en ciertos aspectos, en particular en su insistencia en querer fundamentar la moral. Habermas analiza el lenguaje y la discusión, sus modos de acción en el “mundo de la vida” o la sociedad. La discusión es un proceso. Las personas que participan en el discurso emiten proposiciones o reclamaciones que son sometidas a los demás. Cada participante puede aceptar u opinar, criticar: “discourse will ideally end in the renewed consensus between those taking part in the conversations” (Edgar, 42). Sin embargo, el ideal puede ser difícil de ser aceptado o realizable. Por un lado, lo que parece evidente no siempre se puede comprobar o es evidente para todos y quizás algún compromiso será necesario. Por otra parte, incluso si el proceso del discurso se ha resuelto con argumentos que todos aprobaron y una conclusión es admitida unánimemente, esta con-

clusión permanece provisional. “Actual discourse cannot establish absolute truths, because actual discourse presuppose a bundle of taken for granted beliefs and values” (43). Lo que es válido hoy, puede que no lo sea más mañana o vuelva a ser problemático.

La búsqueda de la verdad y la tentativa de validez son centrales en la teoría de la ética de la discusión, así como en la acción comunicativa, como ya lo abordamos. Se distinguen, según Charles S. Peirce, tres formas de expresiones relacionadas: la verdad de una proposición, la justeza de una norma, la sinceridad de la expresión de sí. Habermas va a desarrollar su ética del discurso, donde la racionalización ocupa un papel central, para permitir la validación de una proposición. Para validar una cuestión que atañe a la conciencia moral se necesita proceder por tres etapas o principios que son el cognitivismo, el universalismo y el formalismo. Para explicitar estos principios Habermas presupone una fórmula que es:

“(U)” Toda norma valida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se derivan, previsiblemente, de su aceptación general para la satisfacción de los intereses de cada particular, pueda ser aceptada libremente por cada afectado (Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*).

El cognitivismo asegura que los juicios morales tengan contenido cognitivo y que se puedan deducir con el uso de la razón y distinguirse como verdaderos o falsos. El universalismo rechaza la validez de un juicio moral individual. El principio “U” otorga la universalidad al juicio moral sólo si este mismo pasa por el proceso de la ética discursiva y fue admitido en general. La teoría del discurso luego procede a la identificación de normas que puedan ser rectas extrayendo deontológicamente o por medio de la justicia las normas susceptibles de universalización, lo que corresponde al formalismo.

Allí interviene la teoría de Kohlberg en la regla de argumentación, que recomienda tomar en cuenta las condiciones de argu-

mentación moral presentes. Se obtiene luego el llamado (D) postulado ético discursivo. El procedimiento del discurso moral tiene que cumplir con ciertos requisitos. Cada actor competente en la comunicación es apto a participar en ella, puede tanto hacer preguntas como insertar reflexiones y no puede haber coerción de su participación (Edgar, 46). El lenguaje es el material esencial donde la ética para Habermas se construye. El trabajo relativo a la búsqueda de sentido y la hermenéutica permite cooperar a la argumentación donde se realiza concretamente.

El principio de responsabilidad obliga a la protección de la vulnerabilidad del otro o del mundo, del cual uno tiene que ser responsable. Si Habermas centra su ética en el discurso en una búsqueda de la verdad que permite por el proceso de la discusión validar normas que rigen los comportamientos humanos y aseguran la justicia, de cierta manera responde por lo mismo también a la necesidad de protección de las personas vulnerables. Se distingue, sin embargo, en su modulación de la ética de la responsabilidad iniciada por Lévinas: “Le prochain m’assigne avant que je ne le désigne” (110), o definida por Hans Jonas con su imperativo: “Handle so, daß die Wirkungen deiner Handlungen verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden.” (36).

3. La ética del discurso al servicio de la moral

La ética, según Habermas, va a actuar de modo “terapéutico” (*Conciencia moral y acción comunicativa*, 61) para la patología de la conciencia moral que requiere una explicación teórico-social: “la Ética filosófica que no pueda dar explicación ha de proceder de modo terapéutico y oponer a la dislocación de los fenómenos fundamentales de la moral, las fuerzas autocurativas de la reflexión”. El sujeto no logra por distintas razones imponer su intuición moral como válida para todos en las situaciones concretas de la vida. Se distinguen tres formas de expresiones que hacen parte del proceso de valida-

ción: la verdad de una proposición, la rectitud de una norma, la sinceridad de la expresión de sí. La ética del discurso viene a enderezar las líneas y orientaciones de una proposición a carácter moral, esclareciendo las proposiciones y las posiciones al respecto de cada uno para luego validar la expresión más ajustada de esta expresión. Habermas reconoce en la ética Aristotélica la utilización de la racionalización en el proceso de deliberación que permite la decisión ajustada o *προαίρεσις* que a su vez se aplica en la virtud de prudencia o *φρόνησις*. La conducta humana ética es determinada por el actuar humano que se rige con prudencia en la vida en sociedad. La ética aristotélica no implica la confrontación, sino una deliberación personal, guiada por la virtud de prudencia, mientras que para Habermas la cualidad moral de una decisión sólo puede ser reconocida como tal a partir del momento en que otros averiguan y comparten su validez. El lenguaje y la aplicación de las capacidades argumentativas y cognitivas intersubjetivas confirman la cualidad moral de una proposición.

En el siglo XX el uso de los términos de moral o ética solían ser más bien específicos. La ética según el *Diccionario de ética y de filosofía moral* (Ricoeur, "Ética" 689-694) es vinculada con la moral. Ricoeur intenta una clarificación del uso de la palabra moral y ética ya entablada en su libro *Soi-même comme un autre* (1990). Ricoeur confirma que según la etimología no hay ninguna razón de distinguir la ética y la moral. Sin embargo el significado original ya comprendía dos orientaciones considerando los usos y costumbres, los modos de vida, según lo que es bueno como meta y según lo que es justo. Aristóteles en su libro *Ética a Nicómaco* precisa que tanto la meta por el bien como la búsqueda de concordancia con lo justo son importantes y cita incluso la justicia en el centro de su ética. Las virtudes intelectuales y morales permiten a cada hombre de vivir bien y ser virtuoso y bueno lo que es fundamental para alcanzar el bien y la felicidad meta del hombre en este mundo. Además Aristóteles en su obra (71) recuerda el proverbio de Teognis (v147): "έν δέ δικαιοσύνη συλλήβδην πᾶσ ἀρετῇ ἐνι" (En la justicia se dan,

juntas, todas las virtudes) y añade que la justicia es la virtud completa ya que es el ejercicio de la virtud completa y acabada.

Para Ricoeur hay primacía de la ética sobre la moral, la perspectiva ética tiene luego que pasar por el juicio de la norma y por fin, en situaciones prácticas no resueltas, aconseja recurrir otra vez a la orientación hacia el bien. Ricoeur admite que por convención hace para el uso de los términos una distinción.

Cuando se refiere a la **ética** en sí recurre a Aristóteles y alude a la perspectiva teleológica, la finalidad de la vida buena como meta de todo hombre, presentada en *la Ética a Nicómaco*. Sin embargo, Ricoeur (*Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 689) observa una división del concepto de ética en dos tramos, un tramo es la denominada ética anterior, precede las normas, el otro tramo es la denominada ética posterior a la aplicación de las normas

Cuando alude a la **moral** en sí se refiere a la perspectiva deontológica, al imperativo categórico kantiano, o sea a la pregunta “¿Qué debo hacer?”. La justicia orienta. Ricoeur (2004, p.689) asigna a la moral una doble función: la de atribuir las orientaciones de las normas, definir lo permitido y defendido y determinar el sentimiento de obligación del sujeto frente a las normas.

Habermas en su libro *Aclaraciones a la ética del discurso*, hace una distinción entre la ética y la moral al principio parecida, pero luego, lo enfoca de manera distinta. Cuando menciona las “éticas clásicas” precisa que “subrayan el primado de las cuestiones relativas a la vida buena, al modo de llevar una vida buena lograda y las formas de vida “conseguidas”: carácter y *ethos*” (68). Habermas al contraponer a la ética clásica, la justicia, menciona la moral Kantiana que “se refiere solamente a los problemas del actuar correcto o justo” (15). Habermas parece concordar con Hegel en este sentido:

El lenguaje kantiano usa con preferencia la expresión moralidad y, en realidad, los principios prácticos de su filosofía se limitan completamente a este concepto y hacen imposible el punto de vista de la eticidad, a la que incluso expresamente aniquilan y subvierten (Hegel, introducción, § 33).

Se puede subrayar, sin embargo que Habermas habla de **ética** kantiana que contrapone a la ética aristotélica; si confirma la dominancia de la **moral** en la teoría de Kant, no deja por lo tanto de referirse a la **ética** kantiana. La misma palabra ética parece allí utilizada tanto para una orientación deontológica como teleológica, distinguiendo la opción correlativa dominante para lo bueno como meta o para lo justo en el ahora. La moral no deja de ser la relación a la justicia que es inherente a cada ser humano por su capacidad individual de ejercer el juicio moral. Si Habermas considera más bien la moral como individual refiriéndose al principio o a la conciencia moral, también alude a la moral cuando se refiere a las normas y a su universalización. La ética sería, según él, la aplicación de la moral a las situaciones concretas de la vida en sociedad, lo que explicaría la orientación de vida buena como resultado de la aplicación de la justicia en la ética kantiana.

Habermas critica la moral que se distancia de la realidad concreta y que se protege bajo el manto del derecho establecido: “Y tales ideas morales desconectadas de la eticidad concreta de la vida cotidiana no cuentan sin más con la fuerza motivacional necesaria que torne también eficaz en la práctica los juicios morales” (*Escritos sobre moralidad y ética*, 165). Si se leen los escritos de Habermas según la posición de Ricoeur, llegamos a una conclusión bien distinta: la moral prima para Habermas. Él postula, por una parte, que no se puede desraizar la moral del contexto social y práctico y, por otra parte, que si se opta en primero por una orientación hacia el bien, el riesgo de ser dominado por la facticidad es patente. Así se posiciona también de una cierta manera en una “ética de la responsabilidad”. La necesidad de revisar los juicios morales individuales por medio de la ética discursiva gracias al esfuerzo hermenéutico y a la interiorización de la autoridad, permite una validación comunitaria que contrarresta la normalización institucional impuesta.

Habermas critica esta ética que tiene por orientación primera la vida buena, ya que en este tipo de ética el recurso a las normas es de antemano ya definido. “Las cuestiones relativas a la justicia sola-

mente se plantean allí dentro del horizonte de cuestiones referentes a la vida buena, ya que están respondidas de antemano en todas las cosas” (*Aclaraciones a la ética del discurso*, 42). Este modo de proceder descarta la posibilidad de validez concreta por medio de concertación y argumentación entre los individuos sobre una proposición normativa concreta dada. Es el modo de funcionamiento del sistema fáctico moderno capitalista. El derecho está cristalizado en un sistema donde los intereses mandan con determinación y provoca una separación con la praxis. Esta división de orientación del tiempo entre la justicia actual y la meta de la vida futura como orientación futura es una buena razón, según Habermas, para separar las cuestiones morales de las cuestiones evaluativas. Las *cuestiones morales* se pueden responder por principio de modo racional, atendiendo a la posibilidad de universalizar los intereses, esto es considerando el aspecto de la justicia. Las *cuestiones evaluativas* se presentan en su aspecto más general como cuestiones relativas a la vida buena y que sólo son accesibles a una discusión racional dentro del horizonte de una forma de vida históricamente concreta o de una manera de vivir individual.

Como justamente lo confirma Pourtois (1998), la experiencia moral, tal como la concibe Habermas, conduce a una prioridad del justo sobre el bien que se puede expresar en un principio de universalización. La consciencia moral no se enraíza en una experiencia de la ley, pero más bien en una experiencia subjetiva de la vulnerabilidad. La ética discursiva tiene virtudes informativas, formativas y morales, favorece el desarrollo moral de todo individuo y viene en protección de la vulnerabilidad del individuo inserto en sociedad. Habermas no descarta tampoco la necesidad de la orientación hacia una vida buena, además precisa que la rectitud o justeza moral de la norma se confirma si garantiza las condiciones estructurales que hacen posible la busqueda de la vida buena y protege a su vez la integridad de la persona, o permite, según los conceptos de Honeth, una estima de sí (Pourtois, 41). La moral permite el

respeto de la integridad de la persona, y da al individuo la posibilidad de desarrollar una identidad.

La ética discursiva se puede considerar como una moral discursiva, donde la racionalización intersubjetiva permite la validación de una proposición o cuestión moral. El proceso de racionalización además está enraizado en las realidades concretas actuales y compila con las convicciones subjetivas individuales. La denominación de **ética** discursiva permite el paso a la universalización de la moral y su aplicación en la vida concreta, además plantea la perspectiva de un horizonte abierto hacia el futuro, la esperanza de la posibilidad de una vida buena para todos. O sea, la oposición del justo con lo bueno se resuelve en una prioridad de lo justo, que a su vez lleva en promesa esta esperanza de lo bueno. Además, Habermas convierte la oposición de la moral con la ética en la posibilidad de la coexistencia de la pluralidad de las conciencias morales, y propone la resolución de las divergencias por medio de la **ética** discursiva. Por esta razón, Russ en su capítulo “Morale et éthique chez Habermas” (26-30), opina que la ética corresponde más a las decisiones subjetivas de la vida concreta, con sus componentes axiológicos, que a perspectivas universalistas.

El paso de una moral individual a su universalización no se realiza en el individuo autónomo como lo decreta Kant, sino por el proceso de la teoría de la moral que hace efectivo al mismo tiempo la ética discursiva. La ética discursiva de Habermas viene por lo tanto al servicio de la moral para luego permitir el reino de la justicia entre los seres humanos, que hace entrever la posibilidad de una vida buena para sí y con los demás. Es interesante de notar que según Habermas la ética discursiva va a permitir un respeto del uno con el otro, así como el reconocimiento de la identidad propia de sí y del otro. Este paso se hace efectivo por medio de la protección del vulnerable, que es todo ser puesto en interacción con otro y otros en la sociedad y la vida común. “En efecto, desde un punto de vista antropológico la moral se puede entender como un dispo-

sitivo protector, que compensa una vulnerabilidad inserta estructuralmente en las formas de vida socioculturales” (Habermas, 18).

Todo ser humano, por el hecho de vivir con otros, se fragiliza en esta convivencia y se revela vulnerable. La moral viene como instancia de protección personal del yo y del otro, permitiendo el reconocimiento del yo individual y de su dignidad y respeto debido, así como para con el otro. El lenguaje como vínculo entre los seres humanos va a ser el medio adecuado de esta aplicación de la moral en la vida cotidiana. El lenguaje entrega la llave de la moral abriendo a una pragmática universal que permite obtener un consenso entre las morales individuales. La ética discursiva es luego el lugar mismo de la experiencia de la solidaridad. La tendencia moderna que valora la independencia y declara el ser humano autónomo, olvida lo esencial de la realidad de la vida misma del ser humano en sociedad. “Cuanto más lejos vaya la individuación, tanto más involucrado estará el sujeto particular en una red cada vez más tupida y simultáneamente más sutil de dependencias recíprocas y de necesidades de protección que le colocan en una situación muy expuesta” (Habermas, 19). Si el derecho con sus leyes no conjuga la justicia con la solidaridad, no permite una aplicación concreta adecuada según él. Así, la justicia hace referencia a la igualdad de libertades de unos individuos que se auto-determinan, mientras que la solidaridad está referida al bien de los camaradas en una forma de vida compartida intersubjetivamente, y por tanto a la conservación de la integridad de esta forma de vida misma. Según Habermas, las normas morales no pueden proteger una cosa sin la otra.

La ética discursiva va a dar la oportunidad a la moral de desarrollarse y de llegar a su madurez. La teoría discursiva es, por una parte, el lugar mismo donde se realiza el proceso de universalización y es, por otra parte, el lugar donde el individuo maduro puede ejercitar su capacidad de argumentación para permitir una valorización de una cuestión moral. Habermas se apoya en la descripción de la última etapa de desarrollo moral de Kohlberg, también llamada etapa de los principios universales. Esta etapa supone que hay

principios universales que cualquier ser humano debiera seguir. Las leyes concretas o los acuerdos sociales son o tendrían que ser válidos habitualmente porque descansan en tales principios. Sin embargo, si las leyes violan tales principios, llegan a ser los principios, los principios universales de la justicia, definidos por la igualdad de los derechos humanos y el respeto de la dignidad de los seres humanos (Kohlberg, 409).

Los principios de justicia no sólo son valores, sino que permiten decisiones concretas que se obtienen con el uso de la razón. Habermas considera la ética discursiva como un modo de aprendizaje que permite llegar a la madurez por medio de la participación activa en el proceso argumentativo de universalización de la moral. Esta perspectiva se integra en un proceso de socialización e integración social, que incluye el concepto de solidaridad, el respeto de la dignidad propia y ajena, y el reconocimiento de la identidad personal e individual.

Para armonizar lo justo con la vida buena existe un dinamismo interior al ser humano que lo conmueve para dicha realización: la buena voluntad. Esta voluntad buena, en la ética kantiana de bien moral individual, va a alcanzar el bien objetivo. La razón práctica va a moderar las voluntades contrarias tratando de solucionar los problemas.

Habermas se da cuenta que la denominación de *Ética discursiva* se puede prestar a confusión, ya que “se sitúa en la tradición kantiana” (110) sin exponerse a las objeciones que se han dirigido desde sus comienzos contra una ética abstracta de la actitud interior. Asimismo, la *Ética discursiva* no puede deshacerse de la preocupación de la consecuencia de los actos ni de la vida buena. El autor concluye: “La teoría del discurso hace referencia a las cuestiones morales, a las cuestiones éticas y a las cuestiones pragmáticas de manera distinta en cada uno de esos tres casos” (110).

Conclusión

En un periodo en que la comunicación y la globalización han encontrado una multiplicidad extensa de modos de relaciones entre los sujetos, los instrumentos que transforman el lenguaje o lo reducen a su modo de funcionamiento inducen una fragilidad intensa de la ética. Quizás la intuición de la ética discursiva de Habermas responde a la necesidad no sólo de mejorar las relaciones mismas entre las personas de horizontes tan distintos, sino también de prevenir esta dominación instrumental técnica de los instrumentos mediadores entre los interlocutores: celulares, televisión, Internet... La dilución del lenguaje resumido a unos códigos de estilos telegráficos o SMS multiplica las conexiones, pero se esfuman las capacidades de compartir argumentaciones morales y convicciones personales individuales. Si la tendencia a la individualización y a la búsqueda del interés propio da razón a Habermas y a su opción de la primacía de la Justicia para salvaguardar la solidaridad entre los seres humanos, no dejaría de ser posible, desde mi punto de vista, conservar la opción de Aristóteles o de Ricoeur, donde hay la primacía de la ética del bien como orientación de todo ser humano, pero volviendo a considerar y definir lo bueno a la luz de la justicia y permitiendo esta adecuación práctica de lo justo por el proceso discursivo. Por ende, tampoco hay que olvidar que tanto Aristóteles como Ricoeur consideran como central la justicia en su ética. En la antigüedad ya existía la lucha entre la retórica y la práctica de un hablar justo y el lenguaje era el lugar donde la relación entre los seres y el mundo se concretizaba. Aristóteles dice en su obra *Política*: "... la palabra existe para manifestar lo conveniente y lo dañino, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio de los humanos frente a los demás animales: poseer, de modo exclusivo, el sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las demás apreciaciones. La participación comunitaria en éstas funda la casa familiar y la ciudad". Este ensayo de adecuación con la verdad de la palabra, Habermas lo contextualiza en el discurso argumentativo y en el

proceso de validez de las normas entre varios seres humanos. Habermas, ya antes de sus escritos sobre la ética, reconciliaba de algún modo la justicia con la vida buena, proclamando en 1965 en su lección inaugural en la Universidad de Francfort “la idea de que la verdad de los enunciados está ligada, en última instancia, a la intención de la vida buena y verdadera” (*Conocimiento e interés*, 317).

La originalidad de la búsqueda de un consenso, por medio de la ética discursiva de la teoría de Habermas, ha fomentado la existencia de comités de ética en distintos ámbitos de trabajo que permiten un avance notorio y de provecho en distintas áreas de trabajo para aliar las reflexiones éticas con la acción práctica. Sin embargo, dichos comités relevan a su vez los límites de su teoría. La narratividad como modo de acceso a la ética, según Ricoeur, podría enriquecer la teoría de Habermas, la hermenéutica, prestando mano también para interpretar las situaciones. Las reflexiones de Thompson como esfuerzo para levantar un puente entre la hermenéutica de Ricoeur y la teoría discursiva de Habermas merecen consideraciones. Se optimizaría además proseguir y enriquecer esta ética del lenguaje con éticas de la responsabilidad que involucran en la relación al otro no sólo el lenguaje y la comunicación verbal, sino toda una actitud en la práctica o vida cotidiana. El precioso servicio que rinde la ética discursiva de Habermas a las problemáticas y dificultades de las morales múltiples, se valora por la intención y la humildad que lo acompaña e incluye los límites que comprende. La evocación de los trabajos de Breitlin (2011) o de Rojas (2000), que consideran los aportes respectivos complementarios de Habermas y Levinas, dan oportunidades para proseguir las reflexiones en este campo para tratar de responder a las necesidades o problemas que surgen del vivir entre seres humanos ampliando la resolución en la ética de la comunicación, entendida no sólo como discurso verbal sino también como relación entre los seres humanos. La ética de la responsabilidad de Lévinas y la ética discursiva de Habermas podrían complementarse con aportes mutuos interesantes.

La oposición del bien y de la justicia tiende más bien en los escritos de Habermas a una reconciliación. La ética y la moral desde su origen, ya como hermanas gemelas, se tienden las manos, la una mirando en frente y la otra delante. La teoría de la razón rinde servicio tanto a la moral como a la ética, según las aclaraciones de Habermas, para juntar las manos de los seres humanos en un lazo de solidaridad. Los métodos de resolución de las problemáticas que surgen en las situaciones prácticas son varios y distintos. En vez de oponerlos se puede orientar hacia una complementariedad de los aportes posibles, uniendo los esfuerzos y argumentos de disciplinas distintas, tales como la filosofía, la antropología, la etnología, la teología, la psicología, la sociología y la tecnología.

Referencias bibliográficas

- Aristóteles. (1931). *Ética a Nicómaco*. (Trads. María Araujo & Julián Marias). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. (1933) *Política*. (Trad. Francisco Gallach Palès). Madrid: Nueva biblioteca filosófica, Lxix.
- Breitling, A. (Mars 2011) «Limites et chances de la communication. La réception de l'oeuvre d'Emmanuel Levinas en Allemagne». Ecole Normale Supérieure, Archives. Recuperado de <http://www.diffusion.ens.fr/index.php?res=conf&idconf=1214>
- Edgar, A. (2006). *Habermas, the key concepts*. Taylor & Francis e-Library.
- Fortin-Melkevik, A. (2004). «Habermas». En M. Canto-Sperber (coord.). *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. Paris: Puf, pp 809-812.
- Habermas, J. (1982). *Conocimiento e interés*. (Manuel Jiménez Redondo, trad.) Madrid: Taurus.
- (1991). *Escritos sobre moralidad y ética*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Barcelona: Paidós.
- (1996). *Textos y contextos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Barcelona: Ariel.
- (2000). *Conciencia moral y acción comunicativa*. (Ramon Cotarelo Garcia, trad.) Barcelona: Península.
- (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad. José Mardomingo. Madrid: Trotta.
- Hegel, G. W. F.(1993). *Filosofía del derecho*. Trad. Carlos Diaz. Madrid. Libertarias/Prodhufi.

Jonas, H. (1979). *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt am Main: Insel-Verlag.

Kant, E. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. Manuel García Morente. Madrid: Encuentro.

Levinas, E. (1974). *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*. The Hague: Nijhoff.

Lobos, R. (2010). "La responsabilidad moral en la ética del discurso de Jürgen Habermas a la luz de la ética kantiana", *Revista Persona y sociedad*, Vol XXIV, (3): 53-73.

Recupearado de:

<http://biblioteca.uahurtado.cl/ujah/856/txtcompleto/txta120064.pdf>

Pourtois, H. (1998). *Le point de vue moral et le principe d'universalisation, de Kant à Habermas*, Université catholique de Louvain. Recuperado de:

https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_048_%28Pourtois%29.pdf

Ricoeur, P. (1992). *Soi-même comme un autre*. Paris: Le Seuil.

(2004) «Ética». En M. Canto-Sperber (coord.) *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* Paris: PUF, 689-694.

Rojas, Pedro. (2000). "La ética del lenguaje, Habermas y Levinas" *Revista de filosofía*. Madrid: Universidad Complutense, 36-60. Recuperado de:

http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/habermas06.pdf

Russ, J. (2012) «Morale et éthique chez Jürgen Habermas». En J. Russ & C. Leguil. *La pensée éthique contemporaine*. Paris: PUF, pp. 25-30.

Thompson, J. B. (1984). *Critical Hermeneutics: A Study in the Thought of Paul Ricoeur and Jürgen Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bibliografía relacionada consultada

Cortina, A. (1990). *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos.

McCarthy, T. (1978). *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos.

Olmos, A.P. (1993). "Habermas y el universalismo moral", *ENTRAN SÍMBOLOS GRIEGOS, revista de filosofía*, (7): 145-155.

Riesgos de una epistemología contractualista

*Aldo Rocco Vitale**

Resumen

En la sociedad del consenso democrático y del convencionalismo ético, también la dimensión epistemológica que está a la base de las problemáticas bioéticas se ve afectada por una cierta concepción “contractualista” de la realidad en general y de la ciencia en particular.

Así, temáticas como las inherentes al embrión, a la sexualidad, a los criterios de verificación de la muerte, son resueltas por los mismos científicos, no en base a evidencias o refutaciones científicas, sino por medio de un acuerdo, frecuentemente tras las apremiantes solicitudes socio-políticas.

¿Es aceptable y racional una epistemología tal? ¿Es pensable una bioética fundada sobre una semejante praxis (anti)científica?

Summary

Risks of a contractualist epistemology in Bioethics

In the society of democratic consent and ethical conventionalism, the epistemological dimension that underlines the bioethical issues is a certain conception “contracts” of reality and of the science.

* Abogado y candidato a Doctor en Teoría e Historia del Derecho por la Universidad Tor Vergata de Roma (E-mail: aldovitale2@gmail.com).

Título original: “*Rischi di un'epistemologia contrattualista in bioetica*”. Publicado en la *Revista Medicina e Morale* 2013/6. Pp. 1159-1167.

Thus, issues such as those related to the embryo, sexuality, the criteria for determination of death, are resolved by the same scientists, not based on scientific evidence and denials, but through an agreement, often behind the pressing socio-political demands.

Is it acceptable and rational such an epistemology? Is it conceivable a bioethics based on similar (anti)scientific practice?

Palabras clave: bioética, epistemología, género, trasplante de órganos, criterios para la verificación de la muerte.

Key words: bioethics, epistemology, gender, organs transplantation, death criteria.

“El parecer de la mayoría no puede ser sino la expresión de la incompetencia”;¹ no obstante la admonición de René Guenon, con las resoluciones B5 y B6 del final de agosto de 2006 en la International astronomical Union (IAU), reunida en Praga, estableció lo que fuese un planeta y lo que no, más allá de forjar la nueva categoría astral, es decir el *dwarf-planet* (nano-planeta), dentro de la cual se decide hacer entrar a Plutón, llevando así el número de los planetas del sistema solar del histórico nueve al inédito ocho.²

Detrás de aquello que podría aparecer como una mera cuestión taxonómica privada de ninguna importancia, queda velado, en cambio, el problema epistemológico que en esta sede, si bien brevemente, se pretende delinear.

IAU, de hecho, llega a la reclasificación de Plutón, no tanto en base a nuevas evidencias científicas, sino tras la decisión de revisar los criterios sobre los cuales se pudiesen distinguir las categorías de “planeta”,³ “nano-planeta”⁴ y “otros objetos”⁵ al interior del sistema solar.

Lo que más suscita perplejidad en semejante circunstancia es el hecho de que esta redefinición, precisamente, no ha intervenido como consecuencia de un descubrimiento o de una confirmación

o de un desmentimiento de una hipótesis científica sobre el tema, sino exclusivamente sobre la base de una votación de una deliberación por parte de una sesión de la asamblea de la IAU convocada con esa finalidad.

No por casualidad el célebre planetólogo Alan Stern, Director del Southwest Research Institute de Colorado y Administrador asociado del Science Mission Directorate de la NASA, notó que semejante decisión adoptada por parte de la IAU era sólo demostración de *scientific sloppiness* (descuido científico), carente de rigor, contrastando con la realidad y siendo por tanto impracticable y no ulteriormente divulgable.⁶

La reacción de Stern se justifica considerando que los inscritos a la IAU son cerca de diez mil en todo el mundo y que en Praga estaban presentes sólo una cuarta parte de ellos y que a la votación de la deliberación que desclasificó a Plutón de planeta a nano-planeta participaron solamente cuatrocientos astrónomos, o sea apenas el 4% de todos los estudiosos mundiales.⁷

He aquí, por tanto, el problema: aquello que es científicamente relevante es tal de acuerdo a una decisión, de una votación, de una mayoría, o, como en este caso, incluso de una minoría.

De un solo golpe, el método experimental, la rectitud epistemológica, el procedimiento eurístico, han sido suplantados por la voluntad de elite de un grupo de estudiosos, ni siquiera representativo de la mayoría de aquella categoría a la cual pertenecen y que no sólo ha reclasificado a los planetas, sino ha sustancialmente re-delineado la estructura misma de la ciencia, subordinando esta última no a la realidad, sino a la voluntad, es decir, schopenahuerianamente, a la mera representación del mundo.⁸

Pero, ¿qué ciencia es aquella que niega la realidad y la sustituye con la representación que de ella da según su propia voluntad? ¿Qué astronomía es aquella que pretende no ya comprender las leyes que regulan el universo, sino renombrar, refundar y recrear, incluso, las leyes naturales que regulan el cosmos?

Todo esto, pobres de nosotros, no afecta solamente al estudio de lo infinitamente grande, de los espacios siderales que se extien-

den álgidos y turbulentos en torno al planeta Tierra, sino abarca también el estudio de lo infinitamente pequeño e incluso de lo ordinario, sin excluir, por tanto, los problemas bioéticos y la naturaleza misma de la bioética en sí.

Procedamos por grados

No obstante que deba considerarse innegablemente útil el salto hacia adelante realizado ética y jurídicamente en bioética desde que el consenso ha sido reconocido como punto focal de las relaciones entre médico-científico por un lado y paciente por el otro,⁹ a una mirada más atenta aparece igualmente innegable que silenciosa y paralelamente al difundirse del consenso en bioética se haya afirmado aquella que puede ser definida como “bioética del consenso”, entendiendo en ello aquella bioética que se funda sobre la sustitución de las verdades científicas, éticas y jurídicas con la interpretación de aquellas mismas verdades, de modo similar a cuanto es sintetizado por Nietzsche para el cual “no existen de hecho fenómenos morales, sino sólo una interpretación moral de los fenómenos”.¹⁰

La historia de la bioética reciente demuestra que también en este ámbito se ha muchas veces recaído en el mismo error epistemológico, prefiriendo a la realidad de la ciencia y de la ética, la representación de la realidad proyectada por una elite de científicos que en diversas ocasiones han incluso explícitamente admitido y confesado su *modus operandi* abiertamente anti-científico.

¿Cómo no recordar el seleccionadísimo Comité de Harvard que, en 1968, por mayoría decidió votar por la redefinición de los criterios de verificación de la muerte? Peter Singer a propósito escribe, develando la hipocresía, que “el criterio definitorio de la muerte como muerte cerebral no es otro que una cómoda ficción. Ha sido propuesto y aceptado porque nos hace capaces de salvar unos órganos que de otro modo se perderían”.¹¹

No en modo diverso sucedió para el Comité Warnock que, en 1984 y también por mayoría, constituyó intencionalmente la categoría científica y biológicamente muy discutida, de pre-embrión, considerando ese período comprendido entre la concepción y el 14° día, es decir, hasta y no más allá de la formación de estría primitiva, liberando así la disponibilidad del concebido por aquel lapso de tiempo. El mismo *Report of Commettee of inquiry into human fertilization and embriology*, por lo demás admite expresamente la ausencia de cualquier evidencia científica y el acto voluntarista que si acaso ha prevalecido precisamente sobre la evidencia científica;¹² así, en él de hecho se lee: “Ya que la temporización de los diferentes estadios de desarrollo del embrión es crítica, una vez que el proceso de desarrollo ha iniciado, no hay ningún estadio particular del mismo que sea más importante que otro: todos son parte de un proceso continuo. Por tanto, desde un punto de vista biológico no se puede identificar un estadio particular de desarrollo del embrión. Sin embargo, se ha convenido que ésta fuese un área en la cual se debía tomar una precisa decisión con el fin de tranquilizar la opinión pública”.¹³ ¿Y qué decir de las sustancias estupefacientes,¹⁴ de las teorías de género,¹⁵ de la donación de los órganos,¹⁶ y de otros problemas bioéticos cuya solución no ha sido siempre buscada según el plano de la verdad científica y ética, sino frecuentemente según aquello mucho más opinable determinado por la utilidad socio-económica¹⁷ o por la voluntad de una elite?

Si hay quien justamente y bajo una análoga perspectiva ha teorizado a propósito de su presunción de omnipotencia un “síndrome de Hobbes” que afligiría la ciencia contemporánea,¹⁸ no parece inoportuno asemejar a la antes llamada patología también un más reciente “síndrome de Rousseau”, entendiéndolo con ello la intervención epistemológica en base a la cual no es ya la ciencia la que se funda sobre la realidad, sino es la realidad la que se funda sobre la ciencia, o mejor, sobre aquello que en este punto podría ser definido como “contractualismo epistemológico”, es decir, sobre una ginebrina voluntad general de la comunidad científica.¹⁹

En sustancia, un paso atrás, una verdadera y propia restauración del *ancien regime* del verificacionismo que, en cambio, ha sido definitivamente desmentido por la revolución falsificacionista, es decir, con el paso del panracionalismo crítico al racionalismo pancrítico.²⁰

De hecho, si lo que es científico y ético, lo es sólo en base a un acuerdo, a una actividad de pacto intercorriente entre todos aquellos que están llamados a definir qué cosa sea auténticamente científico o ético, se nos sustraerá *ipso facto* la posibilidad de la falsificación, o sea nos encontraremos, aun sin darnos cuenta, fuera de la ciencia misma, como ha precisado Popper para el cual, precisamente, “una teoría que no puede ser demostrada por algún evento concebible, no es científica. La indemostrabilidad de una teoría no es (como frecuentemente se cree) un valor, sino un defecto”.²¹

Las consecuencias de semejante inversión de ruta no pueden sino ser nefastas, sobre todo en el ámbito de las delicadas cuestiones bioéticas.

Si se acepta, de hecho, el presupuesto por el cual es ciencia sólo aquello que una mayoría, o incluso una minoría, de científicos o de estudiosos considera que sea tal, al falsificacionismo como único criterio epistemológicamente correcto para valorar la calidad científica de una teoría²² se sustituirá el voluntarismo, el tradicionalismo, o sea aquel error del cual Karl Popper había puesto ya lúcidamente en guardia a la comunidad científica hace decenios.²³

El contraste entre tradicionalismo epistemológico y racionalismo, de hecho, es considerado coincidente por Popper con la dicotomía entre pesimismo y optimismo epistemológicos,²⁴ o, filosóficamente, entre desconfianza y confianza en la razón de ser capaz de acceder al conocimiento de la realidad, o sea entre no-cognitvismo y cognitvismo.

Si de hecho la verdad científica, ética, jurídica en el mundo no es conocible, por la razones más disparatadas y más o menos justificables, no queda sino apelar al convencionalismo, o sea al pactar recíproco acerca de las verdades constitutivas de la realidad misma;

claramente, una vez realizada una operación semejante, se deberá inevitablemente admitir haberse adherido inconscientemente al tradicionalismo y no ya al racionalismo, ya que, como en toda filosofía contractualista que se respete, no se puede nunca más poner en discusión, es decir, no se puede falsificar, el resultado del “contrato social” una vez que éste se ha perfeccionado, so pena de muerte, como recuerda precisamente Rousseau.²⁵

En semejante perspectiva rousseauiana, quien quiera atacar, es decir falsificar, la tradición científica instaurada por los pactos fijados en ciertos campos por algunos científicos, es considerado por ello mismo un enemigo de la ciencia, extraño respecto a la comunidad científica.

En este punto es necesario preguntarse si sea verdaderamente adoptable una semejante epistemología del consenso. ¿Sería auténtica epistemología, o más bien un automático sobreponerse de prejuicios o juicios ideológicos sobre las dimensiones de la realidad? ¿Y sería aceptable en bioética una perspectiva así?

En otros términos: puesto que el consenso se ha vuelto un elemento fundamental para decidir sobre la eticidad de una intervención bio-médica, ¿puede el consenso mismo, generalizado y sublimado por la dimensión personal y relacional médico-paciente a expresión de la voluntad general de toda o de una parte de la comunidad científica, surgir como único criterio de valoración de la cientificidad, de la eticidad y de la juridicidad de los procesos bio-médicos que están a la base de las actuales problemáticas bio-éticas?

A la luz de cuanto hasta aquí se ha delineado parece evidente que una auténtica epistemología bioética no pueda ser representada por una semejante prospectiva sin correr el riesgo de ver anularse tanto toda pretensión epistemológica cuanto toda aspiración bioética.

Puesto que la bioética ha sido definida, como se sabe, como “ciencia de la sobrevivencia”, aparece evidente que el fundamento para una crítica bioética no pueda sino encontrarse en la dimen-

sión ontológico-personalista, más que en la analítico-conventionalista.

La bioética, de hecho, precisamente por su característica de interdisciplinariedad, permite surgir a su vez como una verdadera y propia disciplina epistemológicamente fecunda, es decir, en una óptica falsificacionista, la única capaz de poner bajo la lente crítica los procesos técnicos y biomédicos que afectan cada vez más a la existencia humana desde su inicio hasta su fin.

Aun salvando el consentimiento como elemento nodal de la alianza terapéutica intercorriente entre médico-científico y paciente, una bioética que no se limite a ratificar las decisiones médicas, éticas y jurídicas pactadas, establecidas por los operadores sanitarios entre sí o de acuerdo con los pacientes mismos (pensemos por ejemplo al caso del suicidio médicamente asistido), podrá desempeñar la delicada y fundamental tarea de representar verdaderamente a la ciencia de la supervivencia tendiendo no ya a la mera formalización de una voluntad absoluta, sino a la más difícil búsqueda de una verdad médica, ética y jurídica.

La bioética se pone, por tanto, como expresión de la crítica racional, si bien frecuentemente incompleta e imperfecta, de las prácticas científicas en general y médicas en particular.

La bioética no sirve por tanto para dar respuestas a determinados problemas, sino que adosa sobre sí el peso de donar al hombre contemporáneo la posibilidad de reflexionar, con un constante problematizar, sobre aquello que por su propia naturaleza no aparece controvertido, al menos hoy y al menos a algunos en determinadas circunstancias, o sea la práctica bio-médica, sobre todo, en vista de nuevos progresos que ella cotidianamente realiza.

La bioética evita, por tanto, que la ciencia médica pueda surgir como elemento totémico al cual sacrificar la libertad individual y la dignidad del hombre.

La bioética asume el rol de guardiana de la consciencia contra la dogmatización de la ciencia en general y de la ciencia médica en lo específico. Popperianamente, falsifica la indiscutibilidad presunta

del progreso técnico-científico aplicado a la práctica bio-médica, obligando a la revisión ética y jurídica de aquellas acciones que tal vez pueden aparecer técnicamente correctas.

Se podría osar, parafraseando las palabras de Van Potter, que si es verdad que la bioética sea la “ciencia de la supervivencia”, es también verdad que ella sola aparece capaz de garantizar, al mismo tiempo, la “sobrevivencia de la ciencia”, puesto que esta última cesa de ser tal apenas es convertida, como frecuentemente sucede, en objeto de culto, de supuesta infalibilidad, de ascética absolutización, aun por medio del consentimiento de sus mismos operadores.

Es necesario, por tanto, retirar la epistemología del consentimiento que en esta sede brevemente se ha intentado ilustrar, para comenzar a pensar en los fundamentos de la bioética en términos más auténticamente filosóficos, es decir, en términos ontológicos, no de mero consentimiento, sino de profundo sentido.

Con las palabras de Francesco D’Agostino, “es necesario reconsiderar desde la raíz la misma bioética como portadora de sentido”.²⁶

Referencias bibliográficas

¹ UENON R. *La crisi del mondo moderno*. Roma: Edizioni Mediterranee; 1994: 111.

² Acceso del 15.11.2013, en: http://www.iau.org/static/resolutions/Resolution_GA26-5-6.pdf.

³ Según la resolución de la IAU, planeta es un cuerpo celeste que está en órbita en torno al sol, que tiene una suficiente masa para desarrollar su propia atracción gravitacional y un equilibrio hidrostático, y que ha limpiado el entorno de su órbita de gas, polvo y detritos espaciales.

⁴ Nano-planeta es un cuerpo celeste que tiene las mismas características del planeta, pero que no ha limpiado los entornos de su órbita.

⁵ La categoría de “otros objetos” identifica en vía residual todos los objetos que no son planetas, ni nano-planetas.

⁶ “My conclusion is that the IAU definition is not only unworkable and unteachable, but so scientifically flawed an internally contradictory that it cannot be strongly defended against claims of scientific sloppiness, “ir-rigor”, and congenit classification”. STERN N A. *Unabashedly Onward to the Ninth Planet*, (acceso del

15.11.2013, en: http://pluto.jhuapl.edu/overview/piPerspectives/piPerspective_09_062006.php).

⁷ SHIGA D. *New planet definition sparks furore* (acceso del 15.11.2013, en: newscientist.com/article/dn9846-new-planet-definition-sparks-furore.html#.UvN6-f15New).

⁸ “El mundo es mi representación: esta es una verdad que vale en relación a cada ser que vive y conoce, si bien el hombre solamente es capaz de acogerla (...). Para él se vuelve claro y bien cierto que él no conoce el sol ni la tierra, sino apenas un ojo el cual ve un sol, una mano, la cual siente una tierra; que el mundo del cual está circundado no existe sino como representación”. SCHOPENHAUER A. *Il mondo come volontà e rappresentazione*. Bari: Laterza; 1979: 29.

⁹ Se piense a propósito en los casos de verdaderos y propios abusos médico-científicos que, en ausencia de ningún tipo de consenso, se han realizado en enfermos mentales, ancianos y campesinos referidos en PESSINA A. *Bioetica. L'uomo sperimentale*. Milán: Mondadori; 2000: 10.

¹⁰ NIETZCHE F. *Al di là del bene e del male*. Milán: Fabbri; 1996: 115.

¹¹ SINGER P. *Scritti su una vita etica*. Milán: Net; 2004: 194.

¹² MOORE F, PERSAUD TVV. *Lo sviluppo prenatale dell'uomo. Embriologia ad orientamento medico*. Napoli: EdiSes; 2008: 15.

¹³ SGRECCIA E. *Manuale di bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica*. Milán: Vita e pensiero; 2007: 553.

¹⁴ Es celebre, por ejemplo, el histórico editorial del 18 de marzo de 2007 con el cual el periódico “The Independent”, luego de decenios de campaña a favor de la legalización de la cannabis y de otras sustancias, pidió perdón a los lectores y admitió que todas las drogas son sustancias venenosas para la salud humana (acceso del 15.11.2013, en: <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/cannabis-an-apology-440730.html>).

¹⁵ “La homosexualidad inicialmente no representaba una tema interesante. La situación ha cambiado en 1973, en el momento en que la *American Psychiatric Association* (APA) decidió quitar la homosexualidad de la lista de diagnósticos de las enfermedades psíquicas. El APA cedió entonces a la presión de las agresivas asociaciones de homosexuales que tenían sus propios militantes al interior del APA misma. Aquella fue una decisión política, ciertamente no científica”. KUBY G. *Gender revolution. El relativismo in azione*. Siena: Cantagalli; 2008: 59.

¹⁶ Cfr. las palabras de Peter Singer en la nota 11.

¹⁷ PORCIANI F *Traffico d'organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*. Milán: FrancoAngeli; 2012.

¹⁸ AMATO S. *Biogurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*. Milán: Giappichelli; 2006: 49.

¹⁹ “Hasta que muchos hombres reunidos entre sí se consideran como un solo cuerpo, ellos tienen una única voluntad, dirigida a la común conservación y al bienestar general”. ROUSSEAU J-J. *Il contratto sociale*. Milán: BUR; 1962: 125.

²⁰ BARTLEY III W. *Ecologia della razionalità*. Roma: Armando; 1990.

²¹ POPPER K. *Congetture e confutazioni*. Milán: Fabbri; 1996: 66.

²² "El criterio de un estado científico de una teoría es su falsificabilidad, verificabilidad, o controlabilidad". *Ibid.*, p. 67.

²³ Para entendernos, sobre el tradicionalismo se considere la anécdota inicial en VEATCH R. *The foundations of bioethics*. *Bioethics* 1999, 3: 206.

²⁴ POPPER. *Congetture e...*, p. 16.

²⁵ "Todo malhechor, atacando el derecho social, se vuelve causa de sus delitos, rebelde y traidor de la patria; cesa de serle un miembro violando sus leyes e incluso hace la guerra a la patria misma. En este punto la conservación del estado es incompatible con la suya; es necesario que uno de los dos perezca, y cuando se hace morir al culpable, éste muere menos como ciudadano que como enemigo". ROUSSEAU. *Il contratto sociale...*, pp. 64-65.

²⁶ D'AGOSTINO F. *Introduzione alla biopolitica. Dodici voci fondamentali*. Roma: Aracne; 2009: 46.

La disputa sobre la adopción de los embriones humanos

Líneas para una reflexión filosófica

*Adriano Pessina**

Resumen

El dilema ético, considerar o no moralmente legítima la adopción de los embriones en estado de abandono, es analizado al interior de perspectivas que comparten como premisas tanto el reconocimiento del estatuto personal del embrión humano, como una valoración moralmente negativa de las técnicas de generación extracorpórea. La finalidad es la de verificar la coherencia interna entre estas premisas y la tesis de la adoptabilidad de los embriones, haciendo referencia a dos posibles modelos interpretativos: el que pone la vida como valor absoluto y el aquel que considera la vida como un valor fundamental.

Summary

The debate on human embryos adoption. A philosophical reflection

The ethical dilemma, if adopting abandoned human embryos would be morally legitimate, is analyzed within perspectives who-

* Profesor Ordinario de Filosofía Moral de la Facultad de Ciencias de la Formación de la Universidad Católica del Sacro Cuore (UCSC); Director del Centro del Ateneo de Bioética de la UCSC (E-mail: adriano.pessina@unicatt.it).

Título original: "*La disputa sull'adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*". Publicado en la Revista *Medicina e Morale* 2013/6. Pp. 1099-1112.

se premises admit the personal status of the human embryo and judge negatively extracorporeal reproductive techniques. The aim is to verify the internal consistency between these premises and the argument according to which embryos could be adopted, using as reference two possible interpretative models: the model that considers life as an absolute value and the model that considers life as a fundamental value.

Palabras clave: adopción de los embriones, antropología, derecho a la vida.

Key words: embryos adoption, anthropology, right to life

Premisa

En bioética sucede frecuentemente deber afrontar cuestiones emotivamente comprometedoras de difícil solución teórica. Toda valoración moral debería establecer en modo no arbitrario –es decir, no confiado a la voluntad, a la pura decisión– una jerarquía de bienes a tutelar y promover en una particular situación. Los conflictos morales no pueden ser resueltos proponiendo, según una expresión difundida, pero teóricamente inapropiada, “el mal menor” –el mal no debería nunca ser el objeto de elección– sino indicando el “mejor bien posible” que se debe perseguir estando presentes las condiciones concretas dentro de las cuales debe ejercitarse la elección misma.

El parte aguas que separa el bien del mal, lo justo de lo injusto, se extiende sobre el terreno de endebles condiciones teóricas y el ejercicio de la reflexión filosófica, del análisis crítico y de la argumentación rigurosa; está frecuentemente expuesto a las precomprensiones y a los prejuicios que todo hombre cultiva en su mente y en su corazón. El arte de la disputa filosófica, de la confrontación dialéctica y de la construcción de la *quaestio* (cuestión), con sus *pro* y sus *contra*, son metodológicamente útiles cuanto más tienden

a aportar una solución lo menos condicionada posible de aquellas dimensiones emotivas que son, en cambio, parte de la experiencia moral que no coincide con la práctica de la filosofía moral. A diferencia de cuanto se suele creer, las disputas más difíciles son aquellas que suceden al interior de perspectivas teóricas muy similares, ahí donde la divergencia de las conclusiones parece poner en juego la consistencia o del razonamiento o de las premisas mismas. El debate que se ha desarrollado en torno a la así llamada *adopción embrional* tiene algunas características aquí recordadas. De hecho, el dilema ético, considerar o no moralmente legítima la adopción de los embriones en estado de abandono, se pone, de modo relevante, al interior de perspectivas filosóficas y teológicas¹ que no obstante comparten muchas convicciones en torno al estatuto personal del embrión humano. La finalidad de este escrito es poner en evidencia las razones a favor y aquellas contrarias a la legitimidad moral de esta praxis que un articulado documento del Comité Nacional para la Bioética ha llamado “adopción para el nacimiento”.²

En vista de que el fin de este sintético escrito es el de verificar si el reconocimiento del estatuto personal del embrión humano, y la valoración moralmente negativa de toda forma de procreación extracorpórea –homóloga y heteróloga– y de maternidad subrogada, sean de por sí compatibles con la tesis de la legitimidad moral de la adopción pre-natal, y en qué condiciones teóricas lo sea, no tomaremos en consideración todos los argumentos, a los cuales brevemente nos referiremos, que se articulan partiendo de premisas diferentes de aquellas aquí enunciadas.

Como se ha dicho, el tema es particularmente relevante y complejo, tanto por las consecuencias concretas que toda solución teórica termina por pronosticar, como porque pone en evidencia con cuáles condiciones una teoría pueda resultar coherente con las propias premisas declaradas. Lo que es moralmente bueno “en teoría”, lo es también en práctica, quedando firme el hecho de que la moral tiene que ver con el actuar del hombre. Las consecuencias prácticas

de toda valoración deberían ser coherentes con las premisas éticas que deberían ser adecuadamente justificadas. Por este motivo, como diremos, la cuestión de la adopción de los embriones humanos tiene diversos aspectos: abarca el modo con el cual asumimos el valor de la existencia humana, las relaciones interpersonales, las categorías, tan decisivas para una persona humana –que es un ser concreto, corpóreo, que es generado, se desarrolla, nace y crece en el tiempo– así como las de “hijo”, de “madre”, de “padre”. En cierto sentido, el tema de la adopción para el nacimiento interpela a todo hombre porque le pide confrontarse con el significado del origen, que es evocado precisamente por la noción de generación.³ Obviamente no podremos afrontar todos estos argumentos, pero algún comentario será necesario para no reducir la cuestión a un simple problema de “primeros auxilios” vitales, olvidando las condiciones en las cuales sucede y las implicaciones que tiene.⁴ Para intentar ofrecer un cuadro suficientemente claro, y posiblemente riguroso, procederemos en primer lugar con la exposición de una serie de problemáticas que, aun no constituyendo de por sí una objeción a la adopción embrional, son tenidas debidamente en cuenta porque contribuyen a aclarar y esencializar la disputa, refiriéndola a sus puntos teóricos.

El interés especulativo por este argumento deriva del hecho de que la adopción prenatal se presenta, al menos a primera vista, como una acción capaz de sacudir un consenso prácticamente unánime y hacer converger impostaciones que en cambio divergen tanto a cerca de la valoración moral de las técnicas de generación extracorpórea, así como sobre la definición del estatuto antropológico y personal del embrión humano. Se trata por tanto de verificar si, desde el punto de vista argumentativo, la adopción prenatal sea capaz de proponerse como una acción éticamente aconsejable –o incluso obligatoria– y en cuáles condiciones, también para cuantos no consideren moralmente legítimo el recurrir a las técnicas de procreación extracorpórea –homóloga o heteróloga– y a la maternidad subrogada.

Preliminares

Antes de enfocar el dilema ético que aquí nos interesa resolver, es necesario desarrollar una serie de anotaciones que permitan orientar al lector y aporten los elementos teóricos que hacen de punto de referencia: ha de decirse que, tomados por sí mismos, estos primeros argumentos no son todavía capaces, como veremos, de reafirmar la licitud moral de la adopción pre-natal, pero permiten sin embargo evidenciar cuáles vías argumentativas están cerradas a quien quiera discutir el tema en modo riguroso. De hecho, como se hace evidente por la vasta literatura internacional, se tiene la impresión de que la defensa de la adopción suceda por “acumulación” de elementos, cada uno de los cuales, sin embargo, resulta siempre insuficiente o no claramente dirimente.

La dimensión “simbólica” de la expresión adopción prenatal —o por el nacimiento— haría, por otra parte, pensar que todos aquellos que la favorecen deban de por sí reconocer el estatuto antropológico y personal del embrión humano y que de ese explícito reconocimiento deberían recaer consecuencias éticamente normativas también sobre las otras formas de intervención sobre la vida embrional, antes de la transferencia en el útero materno. En otras palabras: el reconocimiento ético —y más aún, jurídico— de la adopción prenatal sería un paso en la justa dirección de la tutela de la vida embrional en cuando tal: quien permite la adopción reconocería —este es el razonamiento— el estatuto personal del embrión. En realidad, como es claro, se puede ser favorable a esta praxis también afirmando que el embrión no es todavía persona y simplemente insertando esta técnica en el ensanchamiento de la oferta reproductiva de tipo heterólogo. En fin, un uso también —si bien no exclusivamente— instrumental de la promoción ética de la adopción prenatal no sería en sí suficiente para legitimar la así llamada adopción: la cuestión del estatuto antropológico y personal de la fase embrional humana es teóricamente diferente y precedente a la cuestión ética de las acciones que se pueden legítimamente hacer a

los embriones humanos. En esta sede, por método y por convicción, analizaremos el problema de la adopción prenatal asumiendo como verdadero que la fase embrional humana sea para todos los efectos expresión de la estructura antropológica y personal de hombre. Por tanto buscaremos poner en evidencia cuáles sean los bienes morales –valores– que entran en juego, con particular atención al tema del valor de la vida y del derecho que de ella se deriva.

El problema de la licitud (o, incluso, obligatoriedad) moral de la *adopción prenatal* es, de por sí, distinto del problema de la suerte de los embriones crioconservados y *no puede ser inmediatamente presentado como una solución práctica a ese problema*. Es necesario, de hecho, tener presente que también cuando se considerase legítima la adopción (o, incluso, obligatoria), porque no podría ser “impuesta”, *quedaría abierta la posibilidad de que no todos los embriones crioconservados sean “adoptados” y quedaría el problema de qué hacer en relación a los sobrantes*.

Es necesario por tanto preguntarse si la *adopción prenatal* es o no la *única solución éticamente aceptable* y ser conscientes que, cuando fuese esta la conclusión, se habría alcanzado una solución *teórica*, pero todavía no “práctica” del problema de los embriones crioconservados. Esta consciencia se vuelve relevante especialmente ahí donde se debe tener en cuenta el aspecto normativo: no podemos, de hecho, considerar que sea suficiente declarar la *adoptabilidad de los embriones crioconservados* para resolver este problema. Cuando, de hecho, algunos embriones *adoptables* no sean adoptados de hecho, es necesario preguntarse qué cosa hacer, porque esta situación no es parangonable a la de los neonatos adoptables que, en todo caso, podrían ser tutelados por la estructura pública. No se puede ignorar que la adoptabilidad de los embriones juega indirectamente a favor de aquellos que defienden la práctica de la crioconservación, porque caería la objeción de que estos embriones estén de por sí destinados a morir: además, de hecho, podría abrir la puerta a la cesión de embriones dando lugar a otra forma de procreación heteróloga. Este “abuso” del criterio de adoptabilidad no basta para resolver el problema ético en sí, sino sirve para afirmar la idea de

que la adoptabilidad pueda ser asumida por vía práctica para combatir algunos de los efectos más graves relacionados con la práctica de la concepción extracorpórea, es decir la crioconservación.

Recordemos que, *en primer lugar*, la única persona que tendría el *deber moral* de llevar a término el desarrollo del embrión crioconservado *es la madre*. A este respecto se aclara que cuando hoy especificamos “madre biológica” estamos de hecho invirtiendo el orden de la analogía, porque en sí el término madre implica siempre la dimensión biológica, mientras las otras nociones son analogías secundarias: en la “maternidad subrogada” tenemos la figura de la así llamada madre gestante, y luego está la figura de la madre social o adoptante. Todas estas nociones de madre lo son sólo en analogía con la maternidad que deriva de la participación biológica del que está por nacer al patrimonio biológico de aquella que ha ofrecido a la técnica su propio óvulo en el caso de la FIVET. Por tanto, se plantea una primera cuestión, no solamente terminológica: ¿se puede definir la gestación y el parto de un “hijo”, biológicamente diferente de la madre gestante y parturienta, una *adopción prenatal*? Las diferencias entre esta forma de intervención y la adopción en sentido propio no son accidentales: en el primer caso, de la adopción prenatal, la mujer gestante contribuye al desarrollo biológico y no solamente ético y psicológico del generado “adoptado”. En el segundo caso, de la adopción verdadera y propia, en cambio, *los padres*, son los custodios de la existencia del neonato –que en sí tiene ya una autonomía existencial– y se hacen garantes solamente del desarrollo psíquico y ético del neonato. Esta diferente situación (hecha posible por la tecnología) no puede ser minusvalorada: como es conocido, en todo juicio de consciencia es necesario tener en cuenta la específica situación que es valorada a través de los criterios morales de referencia. En ambos casos la noción de “hijo” –adoptivo– indica una diversa relacionalidad respecto al hijo así llamado “biológico”. Estas son distinciones descriptivas y no todavía valorativas sobre el plano ético.

También a nivel de la comunicación “pública”, queda abierta una pregunta: ¿cómo se puede diferenciar este acto de aquel de la

maternidad subrogada? No basta ciertamente la intención de seguir ocupándose del neonato para transformar una maternidad subrogada en una adopción prenatal: también porque se podría decir que incluso la *maternidad subrogada* es una forma temporal de adopción prenatal, dirigida a crear las condiciones de ejercicio de la paternidad y maternidad social por parte de los eventuales padres biológicos que han recurrido a la madre subrogada. Esta observación ha de tenerse en la debida consideración, porque no podemos olvidar que, cualquiera que sea la conclusión de la reflexión ética sobre la así llamada adopción prenatal, ésta no puede no afectar también a la figura de *la maternidad subrogada* y la valoración ética de la legitimidad de la FIVET (y de las diversas formas de generación extra-corpórea).

Impostación del problema

En modo muy esquemático, podemos hipotetizar dos líneas argumentativas, que encabezan dos diferentes impostaciones en orden a la jerarquía de valores que entran en juego en la cuestión de la *adopción prenatal*: en las dos argumentaciones, recordemos, se asume como justificado el reconocimiento de la estructura antropológica y personal del embrión humano; el hecho de que el embrión humano se encuentra en una condición de “abandono” (no puede por tanto nacer de la madre natural) y es actualmente crioconservado.

Primera línea argumentativa (A): se asume que la vida humana sea un valor absoluto e inconmensurable (como tal no parangonable con ningún otro bien).

Segunda línea argumentativa (B): se asume que la vida humana sea un valor básico, porque es condición de la misma jerarquía de otros bienes humanos y condición necesaria, aunque no suficiente, para la consecución del fin específico del hombre: esto implica que el valor de la vida pueda ser conmensurable en línea de principio

(por ejemplo es legítimo dar la vida por otro: es legítimo privilegiar, en el testimonio, la fidelidad a la verdad sobre Dios respecto a la conservación de la existencia propia).

Valores en juego:

1. continuidad, desarrollo, nacimiento y crecimiento de la persona en el estadio embrional
2. respeto de su dignidad personal y por tanto de sus condiciones antropológicas de crecimiento (poner las condiciones para que pueda desarrollar su personalidad)
3. significado y valor de la paternidad y de la maternidad. En particular, el valor de la maternidad como proceso unitario, biológico, psíquico y moral, y no como *pura función fisiológica*

Situación de hecho:

1. los embriones humanos crioconservados deben ser transferidos al útero femenino –definido *materno* por analogía funcional– para poder continuar su desarrollo
2. antes del descongelamiento no se sabe si estén o no todavía vivos
3. muchos de ellos morirán al momento de la descongelación
4. será necesario elegir cuáles embriones descongelar y de los descongelados cuáles transferir a las trompas
5. con el fin de que se proceda a la transferencia a las trompas es necesario que la mujer sea estimulada para acoger el anidamiento.

Confrontemos las argumentaciones teniendo presentes las tipologías:

(A) la vida es considerada un valor inconmensurable: es obligatorio hacer todo aquello que sea posible para salvar la vida de una persona humana;

(B) la vida humana es considerada un valor fundamental: es obligatorio hacer todo aquello que es *moralmente* posible para salvar la vida de una persona humana.

En base a A: no existen objeciones de *derecho* a la adopción prenatal: de por sí, si la finalidad es la salvaguarda de la vida, es condición suficiente la disponibilidad de una eventual madre (en ausencia de una pareja de padres estables, resulta legítimo recurrir también a mujeres solteras o con orientación homosexual). Quede claro que, en línea de principio, deberían ser privilegiadas las mujeres que no presentan problemas ligados a la esfera reproductiva, porque si la finalidad es la vida, es necesario que sea asegurado el máximo de las posibilidades al desarrollo del embrión humano. Ha de decirse que, en la perspectiva de A la adopción prenatal (quedando a salvo la libertad de la mujer) se presenta como obligatoria y no sólo como lícita. En línea de principio el valor salva-vida haría menos relevante el hecho de que la adopción pre-natal pueda también configurarse con el ensanchamiento de la *oferta reproductiva*: tema, este último, sostenido por aquellos que no reconocen el estatuto personal del embrión y por tanto son favorables a la adopción en función de la satisfacción del deseo de maternidad de algunas mujeres. En esta perspectiva, en cambio, es prioritaria la salvaguarda de la vida del embrión humano respecto al deseo de maternidad de la mujer. También la adopción de neonatos, además de la adopción prenatal resulta obligatoria cuando esté en juego la vida humana: la diferencia es que el neonato puede ser asistido y socorrido también por una estructura pública –orfanatorio– mientras la adopción prenatal implica la gestación y el parto y por tanto requiere siempre la acción de una mujer.

Si se afirma que la adopción no es un deber –y por tanto no es obligatoria– sino solamente legítima, entonces aquello que la hace tal no es ya el valor de la vida del generado sino la decisión o el lazo emotivo-afectivo de la mujer: en este caso se crearía un problema al interior de la posición de A porque en ausencia de la decisión-voluntad de la mujer se consideraría legítima la no-adopción y

se subordinaría el valor vida a la decisión femenina. Quitar el deber y sustituirlo con la licitud significa dar una jerarquía de valores diferente, en la cual el mismo deber de salvar la vida está subordinado a las condiciones en las cuales éste se realiza (pero de este modo se entraría en la posición B).

En esta perspectiva pueden ser subordinados los siguientes valores:

1. el derecho del hijo de nacer en el seno de su propia madre: este derecho resulta inexigible con motivo del abandono materno;

2. el derecho del hijo de nacer en un contexto que le garantiza también el equilibrado desarrollo de la personalidad (familia): la vida es de hecho más importante que la cuestión del crecimiento y de la educación y por tanto, en modo excepcional, se puede pensar que mujeres solteras y homosexuales recurran a la adopción prenatal;

3. el valor de la maternidad como evento personal que excluye en línea de principio la separación de los procesos biológicos, fisiológicos y afectivos;

4. la normatividad de la procreación humana como acto interpersonal de naturaleza triádica, padre, madre, hijo.

Es necesario además prestar atención al punto 3: si se admite que, en casos excepcionales, el significado de la maternidad no esté determinado por una unión biológica sino baste la afectivo-volitiva, se abre la cuestión si entonces, en ausencia de una unión afectiva, sea legítimo separar la unión biológica (aborto voluntario). Por una extraña paradoja, la adopción de los embriones y la interrupción voluntaria del embarazo terminan con privilegiar, en una situación especular, la decisión voluntaria-afectiva de la mujer. La legitimidad moral es así fundada sobre la voluntad. En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo se sostiene que una unión biológica, en ausencia de una unión afectiva, no puede determinar un deber de llevar a término el embarazo: en el caso de la adop-

ción prenatal se sostiene que en ausencia de una unión afectivo-volitiva no es obligatorio adoptar un embrión. En ambos casos, por tanto, a diferencia de cuanto se pueda pensar, la vida del embrión no es puesta como fuente de deber para la mujer. Esta simetría se quitaría solamente cuando A sostuviese el deber de la adopción embrional. Esta simetría no se pone para B, porque la fuente del deber y dada la unión biológica entre madre e hijo, por la cual es posible sostener que el aborto sea moralmente equivocado sosteniendo aun que la adopción prenatal no sea legítima moralmente, aun siendo las dos acciones diferentes.

En base a B: la vida de la persona embrional es defendida a través de medios proporcionados, ordinarios, y moralmente legítimos: la única vía es aquella de invitar a la madre biológica a llevar a término el embarazo, porque los otros medios (incluida la hipótesis de un futurible útero artificial, humano o animal) se configura en los términos de la desproporción y de lo extraordinario, que podrían ser realizados mientras no minasen otros valores fundamentales para la misma concepción de la dignidad de la persona humana y de la procreación humana. En el caso del generado extracorpóreo faltan las condiciones moralmente objetivas para permitirle seguir viviendo.

Contra la adopción prenatal se podrían desarrollar estos argumentos:

1. no se respeta el derecho del hijo a desarrollarse en el seno de su propia madre y no en un útero cualquiera.
2. no se respeta la unidad psicofísica de la persona embrional que, en las fases de su desarrollo intrauterino, mantiene una compleja relación con la madre, que influye tanto sobre su crecimiento desde el punto de vista físico, como sobre su estructuración psicológica (que influye sobre el plano de la personalidad)
3. se trastoca la representación tanto de la maternidad como de la paternidad, porque legitima la división entre los componentes

biológicos, afectivos y relacionales de la procreación (hoy representadas por la procreación extracorpórea, por la maternidad subrogada y por la posibilidad de la clonación)

4. induce a una lectura puramente “funcional” de la maternidad y avala indirectamente la maternidad subrogada, de la cual no se distingue sino por la intención de la sucesiva custodia del neonato

5. tiene una recaída sobre la misma representación de la familia, porque induce a algunas parejas que pueden tener hijos en modo normal a privilegiar esta praxis de adopción prenatal.

6. no puede ser propuesta para eventuales parejas estériles, porque avalaría la tesis del “derecho” a un hijo y podría poner en tela de juicio la misma vida de los embriones crioconservados cuando fuese la potencial madre la que sufre problemas en orden a la gestación y al parto

7. podría avalar, indirectamente, el criterio abortista que pone en la voluntad la fuente de la legitimidad moral del tener o no un hijo: análogamente, si la adopción no es puesta como un deber, sería la voluntad de la adoptante a hacer legítima la adopción.

8. si la adopción fuese considerada voluntaria –no obligatoria– entonces significaría que no se considera que la vida embrional tenga valor absoluto; si en cambio se la considerase obligatoria entonces sería necesario imponer moralmente a las mujeres fértiles adoptar un embrión, pero en este caso sería desnaturalizado el sentido antropológico y ético de la generación que es legítima moralmente sólo cuando es libre.

Existen problemas de *hecho* que hacen difícil realizar la adopción prenatal, pero éstos no son aquí contemplados en cuando se relacionan con la hipótesis A y son sucesivos a la solución de la cuestión ética.

¿Qué hacer con los embriones humanos crioconservados?

1. el reconocimiento de la estructura antropológica y personal del embrión humano no puede prescindir de la constatación de

que los embriones crioconservados no se han anidado todavía en el seno materno y que es *imposible* actuar en modo ordinario este anidamiento respetando la relación biológica y antropológica entre madre e hijo;

2. dada la naturaleza personal del embrión crioconservado, es ilícito matarlo por destrucción;

3. así mismo es ilícito utilizarlo como mero medio para la investigación médica y biológica;

4. la única posibilidad es aquella de *permitirles* morir, sustrayéndolos a aquel medio desproporcionado, extraordinario y temporal que es la crioconservación (que es un medio, por otra parte, que no asegura en sí ni siquiera la vida, porque no sabemos si el embrión crioconservado esté realmente vivo hasta que no se procede al descongelamiento).

N.B. la desproporción está en la crioconservación como suspensión del proceso vital: esta consideración valdría para cualquier tratamiento que suspenda los procesos vitales de un hombre, pero ciertamente no se aplicaría a todos aquellos tratamientos que en cambio fuesen de apoyo vital también de un moribundo, a los cuales, de hecho, no sería suspendida la vida sino el proceso del morir.

Conclusión

La complejidad ética del tema de la adopción prenatal pone en evidencia la gravedad del acto de la crioconservación de los embriones humanos, cuya suerte de hecho es –también en el caso de la legitimación de la adopción prenatal– en amplia medida dirigida a la muerte. La praxis de crioconservación, por cuanto está ligada al consentimiento de los padres, introduce responsabilidades éticas objetivas de los médicos y de los operadores sanitarios, poniendo así la misma sociedad de frente a una cuestión que trasciende cualquier dimensión “privada” e implica por tanto una reglamentación jurídica.

En todo caso este tema repropone la necesidad de volver a reflexionar sobre la generación extracorpórea y justifica en primer lugar la prohibición de la crioconservación. La adopción prenatal, de hecho y de derecho, contribuye –más allá de las así llamadas “buenas intenciones” que pueden animar a algunos– a la tergiversación del significado ético y antropológico de la generación humana y priva al bebé del derecho a nacer del y en el seno de su madre y en condiciones que respeten su naturaleza de hijo.

En filosofía moral las prohibiciones tiene la función de tutelar bienes relevantes no tutelables de otro modo, y la prohibición de adoptar embriones se lee en el complejo de observaciones que hemos buscado desarrollar. Es necesario tener en cuenta que, en todo caso, también con la adopción prenatal, porque no se resuelve el problema de los embriones crioconservados –a menos de imponer la adopción– queda abierto el problema de cuál sea el acto más adecuado a su situación, al cual solamente la tesis del permitir morir da una respuesta. No se puede negar que también el acto de permitir la muerte –no de provocarla– de los embriones humanos crioconservados quede moral y emotivamente trágica y no pueda ser aceptada con indiferencia y sin, al mismo tiempo, que se creen las condiciones jurídicas y culturales a fin que no se recurra ya, en nombre de la “salud reproductiva”, a la crioconservación. Pero tampoco es minusvalorado que frente a la dimensión simbólicamente positiva que muchos leen en la declaración de poder, en línea de principio, proceder, para quien lo desea, a la adopción de los embriones, queda también el lado simbólicamente negativo que emerge del hecho de que se somete el reiterado y absoluto derecho a la vida a la simple opción de alguno, confirmando, además, una lectura puramente biológica y fisiológica de la maternidad y de la relación filial. No podemos pedir, tanto menos exigir, que una mujer sacrifique su propia personalidad y humanidad para volverse un instrumento “salva vida” que al final no respeta tampoco la dignidad humana de a quien quiere, ojalá con generosidad, salvar. En la historia del hombre los conflictos morales, como también aquellos

internos a la consciencia individual, requieren una compleja reflexión y la consciencia de que no siempre aquello que aparece en sí como bueno lo es verdaderamente si se olvidan los nexos que unen la bondad a la verdad. La experiencia de la maternidad y de la paternidad están hoy sometidas a nuevas y hasta ahora impensadas situaciones, responsabilidades y decisiones difíciles: debemos reflexionar atentamente antes de hacer pesar sobre las mujeres y sobre las familias una nueva responsabilidad en orden a la salvación de los embriones crioconservados, especialmente si no estamos seguros que ésta corresponda a un auténtico deber moral y no solamente al deseo de dar una respuesta que nos alivie de la inquieta idea de una corresponsabilidad colectiva de frente al escándalo de tantas vidas “suspendidas” por un proyecto que deberíamos detener.

Referencias bibliográficas

¹ En esta ocasión se privilegiará un acercamiento exclusivamente filosófico y no serán, por tanto, tomadas en consideración las cuestiones de naturaleza jurídica y los pronunciamientos del Magisterio Católico (con especial referencia a la *Dignitas personae*) o de otras confesiones cristianas.

² Cfr. el Parecer de 2005 La adopción para el nacimiento (APN) de los embriones crioconservados y residuales derivados de la procreación médicamente asistida (PMA).

³ Sobre este argumento reenvío a: PESSINA A. “Venire al mondo”. *Riflessione filosofica sull'uomo come figlio e come persona* en CARIBONI C, OLIVA G, PESSINA A. *Il mio amore fragile*. Storia di Francesco. Arona: XY.IT; 2012: 63-93, y PESSINA A. *Barriere della mente e barriere del corpo*. *Annotazioni per un'etica della soggettività empirica* en ID (curador). *Paradoxa. Etica della condizione umana*. Milano: Vita e pensiero; 2010: 199-243 .

⁴ Se aclara que quien escribe, que no ha expuesto públicamente estas consideraciones, por otra parte circuladas en una primera versión en forma privada, ha tenido modo de conocer varias objeciones a la tesis aquí sostenida, y que aquí ha tenido en cuenta: mostrando gratitud a aquellos que las han expuesto, porque han permitido al escritor aclarar mejor su propio pensamiento, se ha considerado más fructuoso proceder solamente por argumentos y evitar polémicas directas. La ausencia a la referencia bibliográfica internacional –fácilmente referible– está ligada al intento de evitar caer en la polaridad “laicos” “católicos” a la cual de hecho se ha prestado esta disputa también fuera de Italia.



Litho Press
DE MÉXICO

Este libro se terminó de imprimir en septiembre de 2015,
en los talleres de Litho Press de México,
Oriente 237 No. 416 Col. Agrícola Oriental, C.P. 08500, México, D.F.
Tiraje 500 ejemplares