

APORTACION ETICA A LA TAREA DEL LEGISLADOR POSITIVO EN MATERIA DE FECUNDACION ASISTIDA *

Los avances, descubrimientos y prácticas biogénéticas en general se producen y proliferan ya con abundancia incontenible *de facto* en las comunidades y sociedades humanas de nuestros días con características como las siguientes:

- a) múltiples y variadas
- b) rápido dinamismo
- c) afectando profundamente al ser humano en su vertiente individual-personal

* El poder legislativo español siente que no puede mantenerse por más tiempo al margen de una intervención en materia de fecundación artificial. Por eso se crea en el Congreso de los Diputados una Comisión que, después de algunos avatares, termina denominándose «Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humana». La integran seis parlamentarios: Presidente, Vicepresidente, Secretario y tres vocales, cada uno perteneciente a un grupo distinto. En sus trabajos pide asesoramiento a treinta y seis peritos (cuatro biólogos, trece ginecólogos, once juristas y ocho filósofo/teólogos moralistas) que, bajo la presidencia del diputado socialista don Marcelo Palacios Alonso, por grupos e individualmente, aportan dictámenes periciales desde sus respectivos ángulos y exponen sus pareceres. Con todo ello la Comisión redactó el oportuno «Informe» de 230 folios, fechado el pasado 6 de marzo. Reproducimos ahora el dictamen del moralista Gonzalo Higuera, Profesor de la Universidad Pontificia «Comillas» de Madrid que participó como perito ético/moral en la citada Comisión. Al leer la aportación del Profesor Higuera hay que tener muy en cuenta dos puntos: *a*) que se trata de una aportación ética (si se tratara de una perspectiva estrictamente moral-católica habría que ceñirla más matizadamente); y *b*) en orden a normar moralmente en derecho positivo y no tanto a enseñar o establecer principios morales, como insiste el autor.

d) impactando radicalmente también la vertiente humano-social tanto a nivel de sociedad familiar como de sociedad político-social.

El legislador no puede ignorar la realidad de esos hechos y signos de los tiempos actuales, así como las consecuencias ciertas y las previsibles desde la perspectiva que le es propia y que le incumbe directamente: la del gestor del bien común social y la del bien particular en cuanto interrelacionado inseparablemente con aquél en numerosos aspectos.

En consecuencia, el legislador debe, como deber primordial y tarea inexcusable, tomar las decisiones convenientes en derecho para encauzar y promover el tipo de medidas legales encaminadas a que ese bien común, en relación con los bienes particulares, sea lo más extenso e intenso posible.

Al bien común se le define o se le describe con un abierto abanico de formulaciones. Sin embargo, en todas ellas se da una notable convergencia —por no decir unanimidad— en entender el bien común como:

a) La suma de aquellas condiciones de la vida social, mediante las cuales los hombres pueden conseguir con mayor plenitud y facilidad su propia perfección, fundamentalmente constituida por el respeto de los derechos y deberes de la persona humana.

b) Las condiciones externas necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades y actividades, de su vida material, intelectual y religiosa, en cuanto, por una parte, las fuerzas y la energía de la familia y de otros organismos, a los cuales corresponde una natural preferencia, no basten...

c) El conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección.

d) Consiste principalmente en la defensa de los derechos y deberes de la persona humana.

e) El conjunto de aquellas condiciones de vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor amplitud y facilidad su propia perfección.

f) Es la norma de la justicia social, una de cuyas funciones consiste en exigir de cada ciudadano su contribución al bien común.

g)

En la inexcusable obligación que corresponde a los poderes públicos —y, entre ellos, al legislativo— como gestores y responsables de llevar adelante el bien común surgen complejos binomios por la misma naturaleza de las cosas, competencias encontradas, conflicto de deberes y derechos, intereses personales y sociales contrapuestos en una prime-

ra instancia, etc., que, aceptando la clásica definición de la política como el «arte de lo posible», han de ir sorteando aquellos poderes públicos.

Merecen expresa mención especial en este lugar las siguientes consideraciones éticas:

a) El legislador no está obligado a fomentar con sus disposiciones todo el bien posible o a reprimir cualquier tipo de mal, sino lo preciso y exigido por el bien común ordinario.

b) El legislador ha de tener muy presente que no siempre es aceptablemente ético todo lo que es factible o se puede realizar.

c) El legislador puede permitir y regular determinadas conductas rechazables o dudosamente éticas siempre y cuando no afecten radicalmente al bien común y dejen libre la opción de los que desean comportarse más rectamente.

d) Con otras palabras, el legislador puede éticamente —y hasta deberá hacerlo— permitir un mal menor entre dos males éticos previsibles.

e) El legislador en su actuación debe tener en cuenta el pluralismo social que de hecho exista la comunidad política para la que va a legiferar, así como las distintas posturas éticas que se den, siempre y cuando ninguna de ellas se coloquen al margen de los derechos humanos fundamentales reconocidos.

f) También deberá tener en cuenta el legislador, como una importante forma de pluralismo atendible preferencialmente, la moral o las distintas morales religiosas que se den, más o menos preponderantemente, en la comunidad política, respetándolas legalmente y no obligando, a los que las confiesen y sostengan, a obrar contra su conciencia en virtud del principio de la libertad religiosa.

g) En consecuencia, el legislador será muy consciente de que no crea, ni siquiera declara en sus disposiciones, lo que es ético o no, sino que más bien lo descubre, lo detecta y legisla conforme a ello y a las exigencias concretas del bien común de esa comunidad política.

h) Además de todas las observaciones precedentes —sin duda éticas, o éticamente asumidas— el buen quehacer del legislador incluye el *festina lente* propio de cualquier recto sistema jurídico humano, no juricista; de cualquier filosofía del derecho dentro del ámbito del derecho romano o fuera de él, bien sea sajón, germánico o cualquier otro. Es decir, no se impedirá ninguna evolución razonable, pero tampoco caerá en la tentación de revolucionar inconsiderablemente la situación jurídica en vigor quemando etapas con perjuicio de derechos adquiridos y de legislar inmadura o utópicamente para un futuro le-

jano y no para el presente: servidumbre del derecho caminando detrás de la realidad social producida y presente ya en la vida o, mejor, con simultaneidad y con el menor retraso posible.

i) En resumen, el legislador (persona física o cuerpo legislativo) debe actuar, aunque nunca de forma absoluta, sino condicionada por los principios de filosofía moral o éticos y de filosofía del derecho o jurídica acabados de exponer; teniendo muy en cuenta los datos sociológicos de la comunidad respectiva (cultura, familia, religiosidad, etcétera), los derechos humanos y la ley fundamental o constitución. Con ambas vertientes realizar una simbiosis nada fácil y ofrecer una síntesis ética en materia de fecundación; genérica, para la convivencia; de «mínimo común múltiplo» aceptable muy mayoritariamente por lo menos; convergente, respetuosa y asumiendo sin prisas, pero sin pausas, la situación concreta correspondiente.

A esta razonable aunque amplia postura inicial del legislador, habrá que enriquecerla desde el ángulo ético con los últimos datos y reflexiones disponibles, atendidas según el grado de certeza y verdad que ostenten las distintas aportaciones de los diferentes campos del saber humano: positivo, filosófico, sociológico, jurídico, etc., con el fin de lograr el más completo y exhaustivo *Sitz im Leben*. Así, por ejemplo:

a) Biológicamente, que después de la fecundación de un óvulo de mujer por un espermatozoide de varón tenemos un ser humano distinto de los progenitores y, en concreto, de la madre; posible diferencia de *status* biológico antes o después de la implantación, antes o después del plazo de catorce días, etc.

b) Sociológicamente, que se da una marcada y constante disminución matrimonial como estructura social (tanto religiosa como civil) paralela al aumento de convivencias estables extramatrimoniales; una disminución de natalidad en general y de número de hijos por familia, por muy heterogéneas causas; que se detecta una mayor separación entre unión sexual y apertura a la concepción espontánea; petición, en aumento, de adopciones, pero, por otra parte, el hecho del aborto; mayor equiparación y hasta igualdad social para con los hijos en un pretérito no muy lejano denominados ilegítimos, naturales y legítimos; o intra y extramatrimoniales, con *status* sociales y legales muy discriminatorios, etc.

c) Jurídico-filosóficamente, la presencia de un tipo de sociedad político-civil y familiar hacia la que se camina o que se quiere estructurar, bien manteniendo las líneas sustanciales en posesión tradicional o bien modificándolas parcial e incluso hasta su total ruptura tenida

como perspectiva meta, o utopía más o menos voluntaria y fatal; el reconocimiento y el valor de una maternidad/paternidad natural, y biológica, genética, deseada, etc.

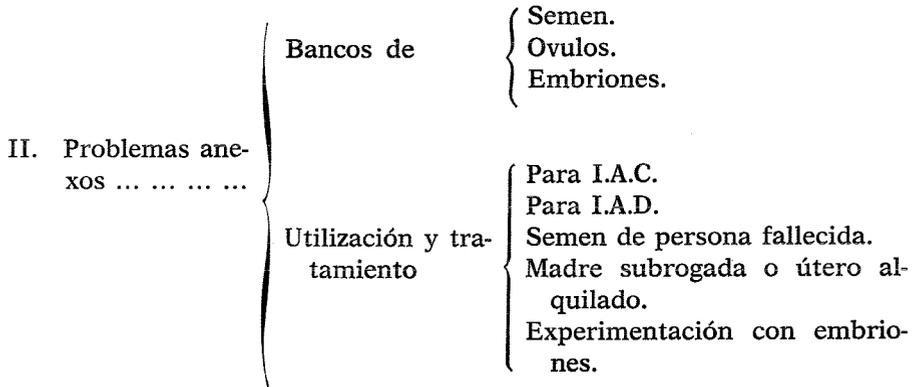
d) Jurídico-positivamente, el proyecto o proyectos concretos que estudiar y ponderar para legislar mejor, tanto civil como familiar, penalmente, etc., relativo a la maternidad/paternidad, derechos y defensa del engendrado artificialmente, su *status* y filiación positiva, en sí misma y en relación con otros miembros de parentesco más o menos cercano, artificial o natural, con las secuelas subsiguientes de todo tipo como derecho a la educación, alimentos, herencia... Sobre todo, aquí, la forma de dar el paso jurídico-positivo desde la actual a la futura legislación con el estudio paralelo de la legislación comparada y el aprovechamiento o rechazo de las experiencias habidas, positivas o negativas, respectivamente.

Teniendo muy presente lo anteriormente expuesto como fundamental y básico, así como atendidos todos los datos y pareceres disponibles hasta la fecha en que se redactan estas líneas —aunque ahora no se repitan explícitamente— provenientes de tan distintas facetas del conocimiento humano implicado, las valoraciones éticas que se pueden ofrecer en actitud de servicio y ayuda al legislador español para una decisión tanto aprobatoria y positivamente deseable como para otras permisivas o tolerables regladas, pueden ser las siguientes:

1. Por la importancia y delicadeza del objeto que se pretende legislar, es muy recomendable y hasta exigible éticamente, en convergencia surgida lo más unánimemente posible con los otros campos del saber, que, desde el primer momento, quede delimitado nocionalmente, con toda claridad, el conjunto objetivo y todas sus facetas.

Se puede proponer como opción más adecuada y exhaustiva, la denominación genérica de FECUNDACION ARTIFICIAL, abierta en dos brazos como sigue:

I. Problema fundamental	}	Inseminación artificial	{	I.A.C. (cónyuge)	{	Matrimonio. Pareja heterosexual estable.
				I.A.D. (donante)		
		Fecundación <i>in vitro</i>	{	I.A.C. (cónyuge)	{	Matrimonio. Pareja heterosexual estable.
				I.A.D. (donante)		



2. Dada la situación *de facto* acerca de la práctica de la fecundación artificial en sus diversas variantes, éticamente el legislador debe intervenir en el problema encauzándolo por exigencias del bien común de manera positiva o negativa. Es lo que se pretende y esa finalidad merece toda clase de estímulo y apoyo desde cualquier ángulo. Lo que ya no puede hacer el legislador es inhibirse.

3. Las consecuencias éticas miran y están más condicionadas por la distinción I.A.C. frente a I.A.D. que por el par corpórea/extracorpórea.

4. La I.A.C., tanto corpórea como extracorpórea, no ofrece mayores inconvenientes éticos o filosóficos morales para ser permitida y regulada legalmente.

Como es obvio se trata de fecundación dentro del matrimonio y hasta de parejas heterosexuales estables, aunque no casadas, que deberán demostrar adecuadamente esa estable convivencia suya.

También parece que deben mostrar, en ambos casos, cómo han agotado antes las soluciones y posibilidades normales u ordinarias de fecundación.

5. La I.A.D. tropieza con inconvenientes éticos en sí misma y en relación con la propia institución familiar: paternidad-filiación. Esto no obstante, dadas las situaciones actuales y las previsibles, el legislador debe encauzar tal realidad, sin inhibirse, desconocerla o disimularla.

Se dan dos posibilidades:

a) I.A.D. dentro del matrimonio o convivencia estable heterosexual, para lo cual es obvio que el legislador exija, en su permisividad y regulación legal, que se hayan agotado antes todos los medios y que cons-

te fehacientemente el conocimiento y la autorización del otro cónyuge para que la comparte reciba el esperma o el óvulo del tercero donante.

b) I.A.D. fuera del matrimonio o convivencia estable heterosexual, parece que no debe ser admitida o tolerada por el legislador. La razón ética fundamental, entre otras, se halla en que, *a priori*, a ningún niño se le debe privar de tener un padre. Las razones en contra éticamente deben ceder ante ésta.

Optando el caso extremo de tolerancia y permisividad legal, las exigencias y la vigilancia por parte de las autoridades deben ser muy estrictas, puntualizadas y exigidas.

6. Admitida o tolerada y legalmente regulada la I.A.D., inmediatamente se plantea el hecho y las derivaciones éticas del mismo sobre la existencia de los bancos de gametos. Bancos que, en consecuencia, han de ser rechazados, tolerados o admitidos ético/legalmente.

Los bancos de semen pueden ser admitidos o tolerados legalmente si se establece la tolerancia de 5 b).

Los bancos de óvulos, aparte de una dificultad biológica mayor para la conservación apta del gameto femenino reproductor, plantea el subsecuente problema de una doble o triple maternidad genética, biológicas y jurídica que debe evitarse tanto por exigencias sociológicas como personales inherentes al propio nuevo ser. No son, pues, aceptables éticamente los bancos de óvulos.

Los bancos de embriones son aún menos aceptables éticamente, tratándose ya de una vida humana y de las consecuencias *a posteriori* que se están produciendo ya, en relación con los embriones sobrantes destinados a la destrucción o la experimentación.

7. La finalidad, pues, de los bancos de semen legalizados por ser admisibles o tolerables éticamente irá encaminada no tanto para la I.A.C. cuanto para la I.A.D., entroncándose la consideración ética de este punto con los diferentes condicionamientos expuestos en 5 a) y 5 b).

8. De todas formas, la utilización del material de los bancos de semen conlleva un tratamiento práctico atendiendo a diversos aspectos que reclaman cada uno su propia valoración ética.

En general, por tratarse (tanto del semen como del ovocito y más aún del embrión) de material humano, la exigencia ética pide un trato de extrema y cuidadosísima delicadeza, sin dejar que se entrometa o lo impregne fácilmente una rutina. Y, por supuesto, cumpliendo hasta el ápice lo que se haya establecido o se establezca legalmente, deontológicamente y por el correspondiente Comité de Ética.

Más en particular:

a) Legal o reglamentaria ha de determinarse por exigencia ética que se establezca claramente el límite del plazo máximo de conservación congelada del semen y *a fortiori* del embrión humano, si es que se legalizara o tolerara esta práctica. Esta determinación habrá de hacerse en la ley de acuerdo con los datos positivos de las ciencias biológicas.

b) Parece que éticamente no es aceptable la utilización del semen *post mortem* del donante. Implicaciones jurídico-familiares y la misma sensibilidad social apoyan este criterio, así como determinada legislación comparada. Por otra parte, lo abona el bien del gestado o nacido, naturalmente con derecho a tener un padre.

c) Tampoco parece que deba aprobarse o tolerarse legalmente, por ética, la práctica de «útero alquilado», «maternidad subrogada», «madre biológica» o con cualquiera otra denominación. Las razones son conocidas de sobra y convergentes, aunque partiendo desde salidas distintas: explotación posible y comercialización de la mujer; derecho del «nasciturus»; graves problemas jurídicos de doble maternidad; daños subsiguientes a la institución familiar... experiencia comparada en otros países.

d) La experimentación con embriones no debe tener cabida legal por exigencias éticas deducidas de los datos positivos biológicos tal y como se hallan en la actualidad: se trata de una vida humana; la experimentación puede hacerse con embriones animales estructural y funcionalmente idénticos a los humanos y con los mismos frutos... No cabe en un recto humanismo otra posición en tema donde hay que obrar con certezas y no con probabilidades. Esto, antes de los 14 días y, *a fortiori*, después de ellos. Por lo tanto, parece innecesario el casuismo de cómputo temporal teniendo en cuenta, o no, los días que haya estado congelado el embrión o embriones en cuestión.

e) En la doble posibilidad ética y legal, nos inclinamos a que no se facilite información y se mantenga el anonimato del donante en la I.A.D. tanto para la persona fecundada como para la prole. Habrá de establecerse reglamentariamente la forma de inscripción en el Registro según esta postura. La contraria de no mantener el anonimato es también aceptable éticamente. Ventajas e inconvenientes, así como resultados prácticos de ambas posturas, se pueden obtener de la legislación comparada.

f) Las garantías sanitarias, las de características raciales y similares, la de proximidad consanguínea, etc., las asumirá el «banco» correspondiente tanto ética como legalmente para el que, desde luego,

estos datos no serán una incógnita en sus archivos, aunque conservados en clave (o como se establezca reglamentariamente), con relación al semen, óvulo o embrión que facilite.

g) Ha de precaverse legalmente, por exigencia ética, cualquier comercialización o apariencia de comercialización. Lo que no obstará para que se pueda exigir el reembolso de los gastos que se hayan producido en los donantes, en el propio «banco» y los honorarios profesionales. Ello por las mismas —y además suplementarias razones— que se aducen ética y legalmente en la donación y cesión de órganos para trasplantes.

h) El legislador, por elementales exigencias éticas, tendrá que puntualizar los requisitos y condiciones para que puedan establecerse en la sociedad «bancos» y/o centros de inseminación artificial humana, con el mínimo de garantías, entre ellas las acabadas de expresar en f) y g), así como los centros privados o públicos aptos para realizar inseminaciones o fecundaciones artificiales humanas. De forma semejante a como lo ha establecido en otras actividades médicas de fuerte impacto y resonancia social.

i) Surge obligación ética de cumplir lo que se estatuya legal y reglamentariamente en materia de inseminación artificial humana. Y a las autoridades sanitarias corresponde la obligación legal y ética de vigilar y exigir lo dispuesto de forma estricta y no formularia o descuidadamente en materia tan delicada.

j) El casuismo que indefectiblemente se producirá en la práctica —lo mismo que sucede en otras problemáticas ético-médicas resuelto con esa fórmula— reclama que el legislador prevea el establecimiento de respectivas comisiones éticas o deontológicas en los correspondientes centros autorizados. Con doble misión: la de resolver los casos dudosos que se presenten desde la vertiente ético-legal y para el seguimiento informativo que elevarán a las autoridades de los cambios que legalmente se vean como más procedentes a la luz de la experiencia diaria.

k) En materia como la de la fecundación humana artificial, el legislador, por exigencia y respeto ético, debe dar cabida a la objeción de conciencia para quienes tal práctica, en su totalidad o en alguna de sus modalidades, les resulte incompatible con las respectivas convicciones religiosas (cristianos, judíos, mahometanos, testigos de Jehová...), en conformidad con lo establecido en los Derechos Humanos y en la Constitución española.

9. Sea cual fuere la decisión ética, más o menos permisiva por la que opte el legislador, dentro del amplio abanico que le es posible, los

católicos, en sintonía con el magisterio ordinario y auténtico de nuestra Iglesia, no admitimos la I.A.D. (de la I.A.C. prescindimos en este momento), la maternidad subrogada, la experimentación, ni la manipulación con embriones... Todo ello en nombre y en defensa del *nasciturus* y del hijo ya nacido, del matrimonio y de la familia, de la propia sociedad civil por el bien común y, sobre todo, del hombre y de la vida humana, valor sustancial y primario que merece las consideraciones y el trato más alto y delicado. Desarrollar esta doctrina implica un trabajo distinto al presente desde la propia perspectiva de la moral, más allá y más en concreto que la que corresponde a la pura filosofía moral o ética.

GONZALO HIGUERA