

¿QUÉ HAY DE MALO EN TENER HIJOS?

Pablo DE LORA DEL TORO

«... que sea mejor no haber llegado nunca a existir a haber nacido con severas patologías es un misterio que ha de ser más propiamente resuelto por los filósofos o los teólogos»

[(BECKER V. SCHWARTZ, 386 N. E. 2d 807, 812 (NEW YORK 1978))]

1. INTRODUCCIÓN

LA actividad de reproducirse, tan profundamente ligada a la condición humana, es hoy generalmente concebida como el ejercicio de una libertad personal (1). En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se declara que, a partir de la edad núbil, todos los individuos tienen derecho a «fundar una familia» sin restricciones por razones de raza, nacionalidad y religión. El fundamento de este derecho radicaría tanto en la autonomía individual (en el libre desarrollo de la personalidad que menciona el art. 10.1. CE) cuanto en la contribución que la reproducción hace al bienestar individual (2).

(1) Durante siglos, tener hijos se ha considerado una obligación; concretamente, como el cumplimiento del mandato de «creced y multiplicaos» dado a los hombres en el *Génesis*. En la filosofía moral contemporánea secularizada, este deber se ha defendido también como una manifestación del «prescriptivismo universal». En efecto, para R. M. Hare si los seres potenciales importan tanto como los existentes, y respecto de estos últimos tenemos una obligación de prolongar su vida cuando haciéndolo mantenemos su nivel de bienestar, también habríamos de comportarnos de esa manera con respecto a los que pudiéramos concebir. En definitiva, el hecho de que se agradezca haber sido concebido porque uno lleva una vida dichosa ha de ser tenido en cuenta en nuestras deliberaciones procreativas; véase Hare, 1993, pp. 67, 70-71, 87-88, 153-154. Para Kavka (1982, p. 104) y Laudor (1994, p. 1680) un utilitarismo del acto que sea consecuente está comprometido con tesis como las de Hare.

(2) Dan Brock añade también el valor de la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los fundamentos. La idea de Brock es que la libertad reproductiva (en especial, la decisión de poner fin al embarazo) hace que la mujer pueda mitigar los efectos de variadas desigualdades basadas en el género que le afectan en otros ámbitos de su vida; véase 2000, pp. 214, 221-222.

Cuando aludimos a la libertad procreativa estamos hablando de una panoplia de inmunidades frente al Estado relativas a la decisión de si reproducirse o no (en cuántas ocasiones y con quien) y al tipo de descendencia que se desea (3), decisiones que presuponen que la procreación no es un evento natural que acaece sin que podamos controlarlo. El formidable avance de la tecnología biosanitaria en el ámbito de la reproducción asistida, así como del conocimiento genético, permite hoy afirmar sin temor a exagerar que, en el mundo desarrollado, nacemos como y cuando queremos. O más bien, les hacemos nacer a nuestros hijos como y cuando queremos. Como recuerda Harris, «... una vez que uno tiene capacidad de escoger y es consciente de dicha capacidad, la elección es inevitable» (4). En alguna medida siempre fue así, es decir, los seres humanos hemos conservado un margen para la planificación familiar desde la noche de los tiempos (5), pero lo que hoy nos es dado hacer gracias a nuestro dominio de los mecanismos biológicos que gobiernan la reproducción, nos ha transformado en diseñadores de vida.

De momento lo hacemos en un estadio primitivo. Aunque hemos desvelado el misterio del genoma humano, aún ignoramos muchas de las claves que encierran los genes identificados. Sí contamos, en todo caso, con la posibilidad de seleccionar o discriminar entre los seres humanos concebidos que haremos nacer en función de la información que nos proporcionan técnicas tales como el diagnóstico preimplantacional, la amniocentésis o el «triple screening» (información a la que, de nuevo, tenemos derecho por ser parte del contenido del derecho a la reproducción), o de seleccionar las características genéticas de los individuos concebibles gracias al procedimiento de la inyección intracitoplasmática de espermatozoides. Los clones artificialmente generados no son ya una quimera, y tampoco estas mismas (las quimeras). Unos y otras son de hecho considerados en España ilícitos penales y administrativos (6).

Si, como han defendido Ronald Dworkin y John Harris, la decisión de tener hijos es una de esas decisiones que se integran de una manera más nítida en el

(3) Son las dimensiones «formal» y «sustantiva» del derecho a la reproducción en la distinción que propone Harvey; véase 2004, pp. 131-132. La llamada indicación «eugenésica» para la interrupción voluntaria del embarazo que contempla el Código penal en España, puede ser entendida como una manifestación de la vertiente sustantiva de la libertad procreativa, así como el permiso concedido a cualquier mujer que recurre a la reproducción humana asistida para no implantarse el embrión que padece una enfermedad genética, pudiendo incluso recurrir a la selección de sexo para evitar su transmisión (así lo establecen los arts. 1.3. y 20. 2. B) n) de la Ley 35/1988, de Reproducción Humana Asistida, y el 8.2.c) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos).

(4) 1998a, p. 22. El nacimiento de un ser humano de un determinado sexo no es hoy tanto una manifestación del azar natural, cuanto el producto de la omisión de no seleccionarlo.

(5) «[I]o único que sé —decía David Hume— es que debo mi nacimiento a una larga cadena de causas, muchas de las cuales han dependido de las voluntarias acciones de los hombres»; Hume, 1988, p. 130 (cursivas mías). Junto con las prácticas abortivas y anticonceptivas, más o menos burdas, a las que las mujeres siempre recurrieron, no puedo dejar de mencionar que ya en el *Génesis* se relata un primer episodio de lo que hoy denominamos «maternidad subrogada»: «Y Sarai, mujer de Abram, no le paría; y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo, pues, Sarai a Abram: He aquí Jehová me ha vedado de parir; ruégote que entres a mi sierva; por ventura tendré hijos de ella. Y obedeció Abram al dicho de Sarái» (XVI, 1-2). En cuanto al tipo de hijos que tenemos, conviene no olvidar la educación como importante factor a la hora de moldear una identidad de los individuos y no otra; véase, en ese sentido, Heyd, 1992, pp. 160-161, 167.

(6) Sobre todo ello véase Brock, 2000, pp. 208-210.

ámbito de los planes de vida de los individuos, si la paternidad y la maternidad, por decirlo con la expresión al uso, es lo que más plenamente da sentido a la vida de muchos seres humanos, un Estado liberal sólo podrá inmiscuirse en tal ámbito de la soberanía individual en circunstancias excepcionales y muy tasadas. Como ocurre con el ejercicio de otras libertades (la libertad de conciencia, religiosa, de expresión, etc.), la reproducción, en sus dimensiones formal y sustantiva, puede resultar perturbadora o incluso desagradable, pero no meramente por ello pondremos en marcha el aparato coactivo del Derecho (7). ¿No hay límites, sin embargo, a la autonomía procreativa?

2. LA VIDA COMO MAL

La decisión de reproducirse no ha solido ser presentada o pensada como algo moralmente problemático. Para muchos va de suyo que ese, el acontecimiento de la paternidad y la maternidad, es siempre una noticia dichosa, digna de ser positivamente evaluada (8). Sin embargo, en la medida en que la procreación externaliza algunos costes, cabe pensar que procrear sí es, potencialmente, una decisión sobre la que cabe el enjuiciamiento (9). Recuérdese, por ejemplo, la controversia al respecto de las políticas públicas que restringen el número de hijos, como es el caso paradigmáticamente de China.

Es igualmente lo que ocurre en los llamados casos por vida perjudicial o «wrongful life cases», demandas en las que los padres de un menor nacido con severas patologías que pudieron haber sido advertidas previamente al nacimiento reclaman una indemnización por los daños que tal paternidad y maternidad suponen (10). Esos perjuicios se suelen fundamentar en la imposibilidad de haber ejercido una interrupción voluntaria del embarazo absolutamente permitida e indicada (con los consiguientes costes que genera el hijo nacido con una discapacidad). Esa pretensión es, para muchos, inadmisibles precisamente porque, como antes

(7) DWORKIN, pp. 157-158 y HARRIS, 1998a, p. 35.

(8) En ese sentido, Harris, 1998, p. 115.

(9) Dejo a un lado las censuras a la procreación derivadas de creencias inefables como las que profesan algunas religiones. En concreto, la católica, condena todos los medios artificiales de reproducción humana por vulnerar los significados «unitivo» y «procreativo» que Dios ha dado a la actividad sexual, y en ese sentido puede afirmar en la Instrucción *Donum Vitae* (emitida Congregación para la Doctrina de la Fe el 22 de febrero de 1987) que no hay «... derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación». Véanse igualmente la *Encíclica Humanae Vitae sobre la transmisión de la vida humana* (S. S. Pablo VI, 25-7-1968); la sección 2352 del *Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica*; la *Declaración Persona Humana sobre algunas cuestiones de ética sexual*, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 29-12-1975 y Domingo, 2002, pp. 77, 110-114 (considerando que los dos significados del acto sexual inescindibles para la Iglesia Católica responden a la «estructura antropológica del ser humano»).

(10) La negligencia se cifra en que, o bien no se realizaron los test genéticos pre-conceptivos o post-conceptivos con los que se hubiera detectado el riesgo o certidumbre de la existencia de un problema en el futuro nacido, o, si se realizaron, arrojaron un resultado que no se correspondía con la realidad (lo que se conoce como «falso negativo»). El término «wrongful life» lo acuñó la Corte de apelaciones de Illinois en *Zepeda v. Zepeda* (190 N. E. 2d. 849, 852, Ill 1963), la primera que tuvo que resolver la demanda planteada por un hijo contra su padre por su condición de hijo «ilegítimo».

señalaba, es comúnmente entendido que el nacimiento de un nuevo ser humano es una suerte de «bendición» y nunca «un mal». En esa línea, el Tribunal Supremo afirma en Sentencia de 5 de junio de 1998 que: «... la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, *ni siquiera* cuando, como ocurre en el presente caso, los nacidos carecen de tara o enfermedad que pudiera servir de excusa para sostener lo contrario de lo anteriormente afirmado» (11).

Pero más problemática es, si cabe, que en esas reclamaciones también se solicita una indemnización por el daño *que al propio menor le supone existir* (12). En los Estados Unidos, la inmensa mayoría de los tribunales, excepción hecha de los de California, New Jersey y Washington, no han acogido tales pretensiones (13), y, en Francia, en el conocido como «caso Perruche», la decisión de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000 concediendo una indemnización a un niño nacido con severas anomalías neurológicas y cardíacas, producto de un falso negativo sobre el contagio de la rubéola padecida por su madre durante el embarazo, provocó una conmoción social fenomenal y la decisión legislativa posterior de prohibir tales reclamaciones (Ley 2002-303 de 4 de marzo) (14).

Frente a lo que algunos consideran, desde el punto de visto jurídico y moral, las demandas de *wrongful life* son endiablidamente complejas. Alguien, por otro lado tan extraordinariamente perspicaz como Frances Kamm, ha señalado en cambio: «Supongamos que C vive una vida miserable cuando la alternativa habría sido no haber llegado a existir, y su existencia se debe a la conducta negligente de A en relación con B. Entonces, ¿no es A responsable de dañar a C? Pienso que sí. Es más, podemos concluir, en un escenario que involucre a dos personas, que la acción de A consistente en traer al mundo a C que padecerá esas condiciones miserables, cuando podía haberlo evitado fácilmente, es lo que constituye la conducta negligente de A, y, por tanto, A no sólo daña a C, sino que le perjudica incluso si no

(11) RJ 1998/4275. La cursiva es mía y el objetivo es poner de manifiesto una errata. El Tribunal Supremo quiere decir «menos aún cuando». De otra forma el argumento es incomprensible. En este caso no se trataba de un supuesto de «vida perjudicial», sino de lo que se conoce como «*wrongful conception*» o «*wrongful pregnancy*» (concepción o embarazo perjudicial), esto es, la reclamación por el perjuicio que ha supuesto el nacimiento de un niño sano no deseado, como era el caso que resuelve el Tribunal Supremo (una señora a la que se le había practicado mal una ligadura de trompas y que posteriormente da a luz a gemelas).

(12) En las acciones llamadas de *wrongful birth*, a diferencia de los supuestos de *wrongful life*, sólo se reclama por el daño causado a los padres, o si se quiere, en estas últimas la demanda se interpone también en nombre del nacido; en ese sentido, véase LAUDOR, 1994, pp. 1686-1687 y MACÍA, 2004, pp. 43-45, 68-69.

(13) Tampoco muchos legisladores estatales que han limitado por ley la posibilidad de demandar por *wrongful life*. Los tribunales que sí han acogido las reclamaciones por *wrongful life* lo han hecho de forma limitada, es decir, compensando los gastos por la atención médica y la educación, pero no por los perjuicios derivados del dolor y sufrimiento. La primera demanda acogida fue en California y se trataba de un error en el diagnóstico del gen causante de la sordera en el menor; véase *Turpin v. Sortini*, 643 P. 2d 954 (Cal. 1982). Para una historia del devenir de dicha jurisprudencia, véase BURNS, 2003, pp. 815-820 y MACÍA, 2004, pp. 115-116.

(14) Para un análisis de la (escasa) jurisprudencia española al respecto, véase MACÍA, 2007, pp. 67-69 en este mismo volumen y su exhaustivo e iluminador estudio monográfico (2004).

existe conducta negligente en relación con B. En este caso, parece correcto concluir que A le debe a C una compensación» (15).

Lo cierto es que las cosas son un tanto más complicadas. Y lo son más allá de los argumentos que consideran que la vida es siempre un beneficio, o porque, como apunta Pollard, en aquellos que se oponen a admitir las demandas por *wrongful life* anide un prejuicio antiabortista que les lleva a negar que se pueda causar un daño a la mujer que no pudo interrumpir su embarazo porque no fue advertida de la presencia de una patología terrible en el embrión o feto que gestaba (16). Podemos convenir en que, en los supuestos en los que se ha demandado por vida perjudicial, cuando concurren patologías tan espantosas como el síndrome de Lesch-Nyhan (17) o el mal de Tay-Sachs (18), haber llegado a vivir es una maldición. Lo que está severamente en cuestión es si el instituto de la responsabilidad civil es, conceptual y normativamente, la vía más adecuada para dar respuesta a esas contingencias (19), es decir, si podemos cabalmente afirmar que, en tales casos, el responsable médico a quien habría correspondido diagnosticar el mal, es *responsable jurídicamente de un mal causado al menor*. No es dudoso, en cambio, que los padres han sufrido un perjuicio, y, en ese sentido, si con las demandas por vida perjudicial se pretende una compensación que cubra los costes médicos y la crianza del nacido, aquellas son admisibles y manejables (20). Pero cuando no es así, esto es, cuando sí se afirma haberse causado un mal porque no se ha advertido una patología que hace de la vida algo miserable, parece que no hay compensación civil posible que permita al nacido hacer de su vida algo más llevadera. La reclamación de una «compensación» en esos supuestos es autocontradictoria como sostiene Harris: «... si unos recursos extras consiguen que su vida merezca la pena,

(15) 2003, p. 1382. En la misma línea, para Pollard, las (mal) llamadas demandas por vida perjudicial no son nada distinto a las acciones de responsabilidad por negligencia médica, «... y los aspectos relativos a la causa y el daño no difieren de las reclamaciones típicas por mala praxis médica»; véase 2004.

(16) 2004.

(17) Se trata de una rara enfermedad metabólica (1 caso entre 100.000) hereditaria e incurable causada por una mutación genética, y caracterizada por la carencia total de una enzima (la hipoxantina fosforibosil transferasa), carencia que genera hiperuricemia, gota y graves alteraciones neurológicas (parálisis cerebral, espasticidad, retraso mental, coreoatetosis, etc.) que incluyen un comportamiento automutilativo (los pacientes se muerden los labios y la lengua y se golpean contra objetos o el personal que los atiende) así como disartria (grandes dificultades para expresarse).

(18) Los niños con esta enfermedad hereditaria carecen de la enzima llamada hexosaminidasa que es necesaria para descomponer ciertas sustancias grasas en las células del cerebro y de los nervios. Su acumulación gradual provoca la destrucción de las células cerebrales y nerviosas, hasta que todo el sistema nervioso central deja de funcionar. Los síntomas aparecen en torno a los seis meses cuando el bebé, aparentemente saludable y feliz, paulatinamente deja de sonreír, gatear o darse la vuelta, pierde su capacidad para agarrar o alcanzar con sus manos los objetos y con el tiempo se queda ciego, paralizado y sin conocimiento del mundo en derredor. La muerte ocurre en torno a los 5 años.

(19) Véase MACÍA, 2004, p. 576.

(20) Así, BURNS, 2003, pp. 835-836. La dificultad, en cambio, que surge de considerar que las compensaciones son concedidas sólo a los padres por conceptos tales como gastos médicos, daños morales, etc., sufridos por ellos, es que el menor podría dejar de disfrutarlas si sus padres lo entregan en adopción (Pollard, 2004). Es por ello, seguramente, por lo que en la ley francesa antes mencionada (2002-303 de 4 de marzo) que surge tras la conmoción del caso Perruche, se declara que será el mecanismo de la solidaridad nacional francesa el que se ocupe de indemnizar económicamente a quienes nazcan en las terribles condiciones que sustentan las demandas por vida perjudicial.

entonces en este caso su vida sólo contingentemente no merecerá la pena ser vivida y habrá sufrido un perjuicio, aunque no una injusticia, y caerá bajo la primera categoría. Si, en cambio, dichos recursos no hacen que la vida merezca la pena vivirse... entonces no sirve de nada la acción legal salvo para conceder al paciente la muerte que desea...» (21). Pero es que, además, conceder indemnizaciones por vida perjudicial crea una injusticia entre aquellos seres humanos que han sido el «producto de un falso diagnóstico» con la consiguiente imposibilidad de abortar de su madre, y quienes fueron, pese al buen diagnóstico, llevados adelante y no recibirán entonces ayuda similar (22). Ello hace que, de nuevo, sea un mecanismo distinto a la acción por responsabilidad el que se ocupe de dar satisfacción a males similares: los instrumentos de la solidaridad propios del Estado social parecen ser los especialmente designados a ello.

Finalmente, la admisión de las reclamaciones por vida perjudicial presupone que si se hubiera diagnosticado el mal padecido, al nacido se le habría evitado un daño (el haber llegado a vivir). El supuesto beneficio de la no existencia, o la posibilidad de comparar entre ese estado de cosas y la vida con una patología severa, resulta para muchos sencillamente impensable; el producto de una equivocación metafísica radical (23); la vulneración de un requisito *sine qua non* para predicar la existencia de un daño civilmente resarcible (24).

Hay quienes han sostenido, en la estela de la «desculpabilización» del instituto de la responsabilidad, que las indemnizaciones por vida perjudicial pueden tener un fundamento que va más allá del intento de restaurar al demandante a su condición previa a la inflicción del perjuicio (o lo más cerca que sea posible a dicho *status quo ante*). Son objetivos tales como el incentivo de conductas, el castigo o la prevención, y sobre todo, la urgencia en satisfacer una necesidad, los que pueden legítimamente

(21) Véase 1998, pp. 136-137 y p. 133. Es cierto que hay en esta tesis algo paradójico como me ha señalado Jordi Ferrer: para los casos más graves estaríamos negando una indemnización que sí damos en cambio cuando alguien sufre de un perjuicio mucho menor. Se estaría vulnerando una suerte de máxima según la cual «quien está aquejado de lo más puede disfrutar, al menos, de aquello que le es otorgado como compensación al que se ve afectado por lo menos». A este respecto insisto en que se debe distinguir entre los conceptos indemnizables: no hay duda de que por una negligencia se generan a los progenitores unos costes tremendos que deben sufragarse por el negligente. Pero en relación con el nacido, y si el supuesto es correctamente construido como vida perjudicial (un estado de cosas que hubiera hecho preferible abortar o no haber sido concebido), no hay nada que ofrecerle más que, como dice Harris, un punto final, cuanto antes mejor, a su sufrimiento.

(22) Así lo han señalado SPRIGGS y SAVULESCU; 2002, pp. 63-64.

(23) Véase, por todos, LAUDOR, 1994, pp. 1687-1688 y la reciente sentencia de la Corte Suprema de Carolina del Sur, *Willis v. Wu*, 362 S. C. 146, 607 S. E. 2d 63 (decidida el 20 de diciembre de 2004) donde se insiste en la incapacidad de hacer tal comparación para poder predicar el daño causado. Se trata de un niño hidrocefálico al que no se diagnosticó la hidrocefalia y que toda la vida tendrá la edad mental de un bebé de meses.

(24) Se trata de lo que se conoce como «teoría de la diferencia» en la dogmática civilista (véase MACÍA, 2004, pp. 400-406), o, en los términos de DEREK PARFIT, el «requisito de la comparación total» (1984, pp. 488-489). Tal vez sea *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N. J. A.2d 689 (1967) la sentencia en la que se afirma la necesidad de ese requisito con mayor énfasis. En ese caso, los padres de Jeffrey Gleitman (nacido ciego, sordo y mudo) demandaron a su ginecólogo por no haberles informado de la probabilidad de que su hijo sufriera esas discapacidades al haber contraído la señora Gleitman la rubeola en el primer trimestre de su embarazo. Para el caso español, y en la misma línea, véase el Dictamen del Consejo de Estado 3385/2000 de 21-12-2000.

lograrse mediante la admisión de tales reclamaciones. «De acuerdo con la jurisprudencia tradicional y contemporánea sobre la responsabilidad extracontractual –afirma Pollard–, los gastos médicos y otros costes económicos deberían bastar para establecer el elemento del daño en las demandas de vida perjudicial... El perjuicio puede basarse en la prueba del dolor y sufrimiento, una *oportunidad perdida de una vida más saludable*, y/o la interferencia con la autonomía personal» (25).

En definitiva, las demandas por *wrongful life* remueven aspectos nucleares del derecho de daños, cuando no los cimientos y sentido mismo de la propia noción de responsabilidad civil. No es esta, sin embargo, la discusión que me ocupará en las páginas que siguen, sino la cuestión genérica de las condiciones de posibilidad de la censura moral a ciertos ejercicios de la libertad reproductiva, o, si se quiere, los obstáculos que debemos sortear para poder afirmar que en ciertas ocasiones la decisión de tener hijos es éticamente censurable.

Hemos visto que un mal diagnóstico, o la ausencia de diagnóstico, inciden en la vertiente material del derecho a la reproducción; tenemos por tanto derecho a no soportar la condición de padres o madres de seres humanos que padecen terribles dolencias. Pero, ¿tenemos igualmente derecho a lo contrario? ¿Alcanza la autonomía procreativa a permitir que nazcan seres humanos que padecerán, a ciencia cierta, patologías que hacen de la vida algo que no merece la pena? ¿Y enfermedades o discapacidades «menores»? Sobre ello me detendré en el resto de este trabajo.

3. ¿UNA BENDICIÓN «ESPECIAL»?

Voy a considerar, en primer lugar, que hay un conjunto de casos «fáciles»: aquellos en los que, genuinamente, hay una vida perjudicial, es decir, las circunstancias del padecimiento son tales que la vida no tiene ningún componente de satisfacción y todo en ella es sufrimiento. Podemos pensar en los síndromes de Lesch-Nyhan o Tay-Sachs a los que antes he aludido. Bajo esas condiciones creo que se puede afirmar que es mejor no haber llegado a nacer, lo cual tiene consecuencias de distinto orden. Como he señalado antes, el remedio ante esas situaciones es mitigar el dolor tanto como sea posible, y ello probablemente conlleva la práctica de la eutanasia. Pero, además, concebir, gestar y parir a un niño del que se sabe padecerá una enfermedad de ese cariz, es un acto reprochable no amparado por el derecho a la reproducción (26). En tales circunstancias, me atrevo a afirmar que hay una obligación de abortar (27).

(25) Véase POLLARD, 2004 (cursivas mías).

(26) Imaginemos que algún loco delirante ha financiado una unidad de reproducción asistida (llamémosla «Sadegen») en la que se fertilizan seres humanos que van a padecer terribles patologías. La manipulación genética que se procura en tal instalación no es terapéutica, sino sádica: se trata de producir seres sufrientes (podemos pensar en algo más próximo: ¿encargos de seres «peculiares» para un circo?). Es el año 2200 y existen úteros artificiales. Afortunadamente, la policía irrumpe a tiempo y descubre esos embriones siendo gestados artificialmente. Los expertos peritos confirman el futuro de horror que les espera. ¿No constituiría un mal, entonces, no acabar con ellos y dejar que comience su vida infeliz?

(27) La obligación de abortar supone una afectación tal en la libertad procreativa e integridad corporal de la mujer, que resulta preferible, según Brock, permitir que el niño nazca y a continuación

En esos supuestos, el mero hecho de vivir no compensa porque la vida humana no es valiosa intrínseca o incondicionalmente. Son las posibilidades que la vida nos ofrece, experiencias, actividades, relaciones, etc., lo que resulta valioso, *si lo resulta*. El valor de vivir o de seguir vivos depende por ello del valor de tales contenidos (28). Hay quienes, como Valentine Seana Shiffrin, consideran que el beneficio de llegar a vivir en ningún caso compensa los perjuicios y sufrimientos que, inevitablemente, padeceremos *por vivir*. Los desengaños amorosos, la tristeza por la pérdida de los amigos y la propia angustia de sabernos mortales, son los males de la vida que nos han infligido nuestros padres al crearnos, y por los que deben compensarnos. El beneficio, presunto, de que podamos existir gracias a ellos no cancela su responsabilidad, porque no aceptamos los daños causados para procurarnos un beneficio (29). Ello, y no las llamadas «obligaciones naturales», es lo que justifica el deber de alimentos y otras obligaciones de los padres hacia sus hijos (30).

En un tercer conjunto de casos, se causa o no se previene una discapacidad, un «perjuicio», que no resulta tan severo como para hacer que la vida no llegue a merecer la pena. Son los supuestos denominados de «procreación irresponsable», o, directamente, «dañina». El ejemplo reciente más controvertido es la decisión de Sharon Duchesneau y Candy McCullough, una pareja de lesbianas sordas, que se propuso tener un hijo sordo mediante la inseminación de una de ellas con el semen de un sordo con una historia familiar de sordera que se remontaba a cinco generaciones. Gauvin nació en 2002 completamente sordo de un oído pero con alguna capacidad auditiva en el otro. Cuando Gauvin contaba con 4 meses de edad los médicos aconsejaron a la pareja la introducción de un implante coclear con la que el niño recuperaría mucho de ese oído, algo a lo que ambas se opusieron (31). Cuando se encontraban inmersas en el intento de tener a Gauvin, Sharon declaraba que «un niño que pueda oír sería una bendición. Un niño sordo sería una bendición especial».

Si es que la conducta de Sharon y Candy es censurable, ¿por qué razones lo es?

retirar el soporte vital incluso si los padres se oponen. Así y todo, el riesgo de abuso por parte de las autoridades en el ejercicio de esa competencia es demasiado grande como para que se otorgue. Un argumento basado en el coste-beneficio (número de concepciones de niños con patologías tan gravísimas y magnitud de la dificultad práctica y moral en el uso del poder coactivo del Estado para prevenir esos nacimientos) inclina a Brock a descartar normas que eviten que la gente lleve a término esos embarazos. Sin embargo, si tenemos en cuenta la magnitud del sufrimiento que esos niños pudieran experimentar, y, sobre todo, su derecho a no padecer, nada parece impedir que una decisión de, a pesar de todo, proseguir con el embarazo y hacer todo lo posible porque el menor siga existiendo en esa situación, tenga relevancia penal. Así también, Harris, 1998, p. 124.

(28) RAZ, 2001, pp. 77-78, 99-100.

(29) Es lo que ocurre, nos ilustra Shiffrin, cuando desde un avión un benefactor decide procurar riqueza a los habitantes de una isla lanzándoles pesados lingotes de oro, alguno de los cuales rompe el brazo de uno de los isleños «beneficiados». No por ello el isleño se vería impedido de reclamar una indemnización; véase 1999, pp. 126, 127-128.

(30) De esa forma interpreto yo la, por otro lado, provocadora tesis de Shiffrin, que no conduciría a justificar que todos los hijos, sea cual sea su condición, puedan demandar a sus padres por vida perjudicial.

(31) La historia puede leerse en L. MUNDY L. «A world of their own», *The Washington Post*, 31 de marzo de 2002, W22.

Sólo se me ocurren tres razones:

a) En primer lugar, porque se genera una externalidad negativa para las futuras generaciones en la forma de un impacto negativo sobre la riqueza global de esa sociedad: bien en la forma de una menor contribución al crecimiento económico por parte de ese individuo discapacitado, en comparación con lo que habría generado un ser humano no sordo, bien si, en dicho Estado, se dan compensaciones a quienes padecen de discapacidades (32). Todo ello es, en cualquier caso, contingente. El niño sordo de Sharon y Candy bien pudiera ser un bien público para las generaciones futuras, y, entonces, lejos de censurarlas, en el futuro habrá que agradecer que nos hayan generado un beneficio sin que nosotros hayamos contribuido al coste de criarlo, es decir, habrán generado una externalidad positiva (33).

b) Se causa un daño a Gauvin porque la sordera es un mal.

c) Se causa un daño a aquellos que hubieran existido si no hubiera llegado a nacer Gauvin. La decisión de tener a Gauvin tiene un «coste de oportunidad».

Someteré a examen las razones b) y c) empezando por la primera.

4. EL PROBLEMA DE LA NO-IDENTIDAD

La sordera es un mal, sin duda, pero no sólo no es un perjuicio tan grave como para que la vida sea absolutamente desdichada, sino que es la condición intrínseca del ser humano llamado Gauvin, hijo de Sharon y Candy, nacido en 2002. Gauvin, por tanto, no tenía alternativa y no se puede decir que la decisión de Sharon y Candy de crearle le infligió un daño *porque, habiendo actuado de otra forma, Gauvin hubiera nacido con capacidad auditiva*. De no haber actuado como lo hicieron, sencillamente no habría llegado a nacer. En los términos empleados por Derek Parfit, Sharon y Candy se enfrentaban a una elección que afecta a la identidad del individuo: o es sordo o no es (34).

Con esas elecciones, una concepción de la ética basada en la afectación a la persona, lidia mal (35). Un buen ejemplo lo constituye la llamada tesis «paternocentrista», que en relación con las opciones reproductivas, ha defendido David Heyd:

«Tómese la opción de si concebir un niño ahora, que sufrirá sordera por la actual rubeóla de la madre, o concebirlo en tres meses (una vez que la madre

(32) O bien, en ese Estado se proveen bienes tales como educación: en ese caso no sólo el niño discapacitado, sino la procreación en general puede tener efectos negativos sobre la generación presente porque se incrementa el gasto social y sea necesario compensarlo mediante subidas de impuestos.

(33) En ese sentido, CASAL y WILLIAMS, 2004, pp. 154-155.

(34) «Different Number Choices» y «Same Number Choices»; véase PARFIT, 1984, p. 355. Esta es la dificultad a la que Parfit alude como «problema de la no identidad» (*ibid.*, pp. 359, 363), dificultad que Pollard pasa por alto cuando justifica las demandas por *wrongful life* en la existencia de una *oportunidad perdida de una vida más saludable* (véase *supra*). No hay tales oportunidades perdidas para ese sujeto.

(35) La concepción a la que me refiero se resumiría en la idea de que nuestros deberes tienen como presupuesto la afectación (positiva o negativa) de alguien (véase al respecto BROCK, 2000, pp. 224-225, 247-248, 257). Es la que Parfit denomina «teoría V» (1984, p. 370).

se recupere) y que entonces no tendrá dicha discapacidad. Aquí la opción es entre dos individuos particulares, cuya existencia, como individuos particulares, depende de una elección humana. En este caso ambos son potenciales y no tienen estatuto moral. Sólo un razonamiento paternocéntrico puede apoyar una decisión de posponer la concepción. Como mucho, puede que un razonamiento generocéntrico (es decir, relativo a la carga extra que supone la existencia de una persona sorda a los padres, o a la sociedad o a los hermanos ya existentes) haga de la espera un deber moral. El niño sordo potencial no tiene derecho a no nacer; ni el niño sano a nacer» (36).

El planteamiento de Heyd implica que las opciones relativas a la generación de seres humanos han de guiarse exclusivamente en función de los intereses, bienestar, derechos y deberes de los padres (37), pero esta conclusión, insisto, casa mal con nuestras intuiciones. En las decisiones reproductivas, aparentemente, nadie se ve afectado salvo los padres, y, sin embargo, opciones como las de Sharon y Candy nos parecen intuitivamente reprobables (38). Extrememos el supuesto, y pensemos, como en el ejemplo de Gregory Kavka, en que una pareja decide tener un hijo a cambio de una cantidad de dinero que un esclavista les proporcionará. En cuanto nazca le será entregado como esclavo, y, así, todos ganan: los padres dinero, el esclavista un esclavo y el niño una vida (39). Puesto que este escenario nos resulta insoportable, Kavka propone que apliquemos una versión modificada del imperativo categórico para poder dar cuenta de casos como este: «El imperativo modificado prohibiría tratar a los seres racionales *o a su creación* (esto es, su ser traídos al mundo) como un mero medio, más que como fines en sí. Este principio condena directamente las acciones de la pareja en el caso del niño esclavo puesto que usan su creación solamente como un medio para lograr un fin» (40).

(36) Véase, 1992, pp. 105-106. La elección procreativa es paradigmática y conceptualmente egoísta. En sus propias palabras: «... la decisión de traer a alguien al mundo es la única en la que el niño es tomado *puramente* como un medio (normalmente para la satisfacción de los padres, sus deseos e ideales)»; HEYD, 1992, p. 52 (cursivas del autor) y pp. 108, 190-191. La postura de Heyd, es, con todo, menos extrema de lo que parece a primera vista. No puede haber duda de que, como apunta Heyd, no hay obligaciones directas en beneficio de los seres potenciales por la sencilla razón de que no hay sujeto todavía, pero al igual que ocurre con respecto al medio ambiente, o algunos animales inferiores, podemos predicar la existencia de obligaciones *indirectas* de no causar sufrimiento en beneficio de quienes sí somos agentes morales. El propio Heyd deja un resquicio para considerar entonces como erróneos algunos comportamientos procreativos (a partir de lo que llama el «razonamiento generocéntrico»), y, por tanto, para no concebir como absoluto el derecho a ser padres. Así ocurriría, según él, precisamente en las demandas de responsabilidad por vida perjudicial (*wrongful life*). Al decir de Heyd: «... aunque los menores no pueden reclamar daños por haber nacido con deficiencias, una vez nacidos, sus intereses han de ser satisfechos por la sociedad. Y la sociedad... se encuentra definitivamente en la posición de reclamar que sus intereses han sido dañados por la negligencia que condujo a la concepción del menor... Si los negligentes son los padres, hay razones para que la sociedad repercuta los gastos, forzándoles a arrostrar el coste de criar al niño»; véase HEYD, 1992, pp. 109-110 y pp. 157-158.

(37) *Ibid.*, p. 96.

(38) SCHWARTZ, 1978, pp. 3-5. También JOHN STUART MILL, en el capítulo V de *Sobre la libertad*, identificaba como un «crimen moral», *contra el infortunado nacido* y contra la sociedad, el «[t]raer al mundo a un niño sin una perspectiva razonable de ser capaz, no sólo de proveer nutrición para su cuerpo, sino instrucción y entrenamiento para su mente»; la cita está tomada de *On Liberty* (1992, p. 174).

(39) KAVKA, 1982, p. 103.

(40) *Ibid.*, p. 110 (cursivas del autor).

¿Tratan Sharon y Candy la creación de Gauvin como un mero instrumento para satisfacer sus preferencias egoístas al igual que en el supuesto del niño que será esclavizado? No parece, y, sin embargo, hay algo que nos resulta incorrecto en su comportamiento aunque su acción no constituya una violación del imperativo categórico corregido. Sin duda que Sharon y Candy tratan la gestación y futura existencia de Gauvin como un medio para satisfacer sus deseos de maternidad, y tal vez también como una forma de reivindicar la dignidad de los sordos, pero de la misma manera lo hacen millones de padres al tener hijos «normales» con los que colman, como poco, precisamente su deseo de ser padres o madres, deseo egoísta por lo demás.

Cuando para evitar el mal en que consiste la sordera, el único curso de acción alternativo consiste en crear un ser humano distinto, estamos inclinados a pensar en que ninguna censura moral cabe hacer a la decisión procreativa puesto que no se causa daño alguno: no hay nadie a quien afecte una u otra conducta. En definitiva, lo que ocurre es que, según Gregory Kavka «... al evaluar las alternativas... sea lo que sea que hagan [los padres], cualquier acto es el mejor. Si tienen el niño es mejor porque su felicidad compensa. Pero si no lo tienen también porque... nadie se ha visto dañado» (41). En todo caso, según la «Teoría V», si Sharon y Candy no colocan a Gauvin en una situación peor de lo que habría estado, no le dañan. Sí podemos afirmar cómodamente, en cambio, que su decisión de no ponerle el implante coclear es absolutamente censurable (42).

5. EL COSTE DE OPORTUNIDAD: LA «TEORÍA Q»

Planteadas así las cosas, podríamos considerar que la reprochabilidad de la conducta de la pareja de lesbianas sordas resulta de la vulneración de un principio de afectación «impersonal»: su elección no afecta al mismo individuo, sino a la misma *clase de individuos* (43). Y es que podríamos convenir en que, *prima facie*, resulta irrelevante que la identidad del individuo sea indiscernible para que podamos predicar la maldad de la acción que afecta finalmente *a alguien* (44). En definitiva, que una cosa es no saber quiénes serán los sujetos dañados, y otra que una acción de consecuencias dañinas futuras y ciertas deje de ser moralmente errónea *porque se desconoce a las víctimas*. Supongamos, nos dice Carter, que se decide colocar un bidón de residuos radioactivos en el emplazamiento A y no en el B. Parece improbable que esa decisión determine la identidad de toda futura persona. Imaginemos a un ser futuro que se ve expuesto al bidón y muere. Esa persona, independientemente de quien

(41) Véase 1978, pp. 193-194. De esta manera justifica Savulescu la elección reproductiva a favor de un niño discapacitado antes que de un niño sin discapacidad; véase 2002a, pp. 771-773.

(42) Así, Brock, 2000, pp. 245-246. Ello presupone, insisto, en que la sordera no es un rasgo neutral sino una discapacidad, lo cual no conlleva, a la hora de predicar que se debe evitar la sordera cuando ello sea posible, un juicio de minusvaloración de la vida o dignidad de los sordos. Como muy acertadamente ha señalado Savulescu, intentar prevenir los accidentes que causan paraplejia no implica considerar que los parapléjicos merecen menor consideración y respeto; véase SAVULESCU, 2002, p. 423.

(43) «Same number choice» en la terminología de PARFIT; 1984, p. 360.

(44) Se trata de lo que PARFIT denomina «No Difference View»; 1984, pp. 366-369.

resulte ser, seguirá existiendo aunque se hubiera depositado el bidón en el lugar B. El individuo, por tanto, ha resultado peor de lo que podría haber resultado si no se hubiera cometido la acción imprudente. «Por tanto –concluye Carter–, en el escenario imaginado, resulta así que independientemente de donde se entierre el bidón, una u otra persona distante en el futuro habrá sido dañada» (45).

Ello nos introduce en la distinción, debida a Parfit, entre «seres potenciales», como aquellos que sí dependen de nuestras decisiones (nuestros hijos), y «seres futuros», como los que existirán en todo caso, o con muy alta probabilidad, independientemente de nuestras elecciones (46). Esta es una distinción tributaria, obviamente, de la perspectiva del sujeto: así como para nosotros son seres futuros todos aquellos que van a nacer en los próximos diez meses en Egipto, para cada uno de los egipcios fértiles que está pensando en su paternidad, se trata de seres potenciales (47).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, y pese a que el mal a evitar (la sordera) no es tan grave como para que nos permita afirmar que hubiera sido preferible para su hijo no haber llegado a existir, la pareja de lesbianas sordas se enfrentaba a una elección de «igual número» que afecta a seres potenciales: generar un individuo sordo o un individuo distinto con capacidad auditiva. De acuerdo con la que Parfit denomina «teoría Q», Sharon y Candy han actuado incorrectamente por haber afectado negativamente a la clase de sujetos potenciales a los que hubieran podido dar existencia sin discapacidad. La teoría Q reza: «Si en dos cursos de acción existe el mismo número de gente, sería malo que los que vivan, vivan peor que los que habrían vivido». Pero, ¿sobre qué principio se asienta la teoría Q? La censura a Sharon y Candy deriva del «coste de oportunidad» que para «los otros», esos mismos sujetos potenciales a los que pueden dar una mejor vida, tiene su decisión de crear a Gauvin.

Hay sin embargo dos consideraciones acerca de la teoría Q que debemos tener presentes. En primer lugar, la teoría Q es infracompreensiva: no cubre las elecciones que Parfit denomina «de distinto número» (48). En segundo término, la teoría Q tiene implicaciones probablemente contraintuitivas y, en todo caso, sumamente discutibles.

Imaginemos que Sharon y Candy, como tantos otros, deciden no tener hijos, ni sordos, ni no sordos. Hay quienes sostienen que en la reproducción se da una simetría perfecta entre el deber de evitar la existencia de seres infelices y *la obligación de generar seres felices* (49). La simetría deriva del que Parfit llama «Principio impersonal total» que reza: *ceteris paribus*, el mejor estado de cosas es aquel en el que habrá la mayor cantidad de aquello que sea que hace de la vida algo que merece la pena (50). Pero la intuición, de nuevo, parece apuntar a lo contrario, a una

(45) CARTER, 2001, pp. 443-444. En una línea parecida, NILS HOLTUG; véase, 2001, pp. 366-370 y BAIER, 1984, pp. 219-220, 241.

(46) PARFIT, 1984, p. 355.

(47) HEYD, 1992, pp. 99-101.

(48) «Different Number Choices» (PARFIT, 1984, p. 361).

(49) Véase PETERSEN, 2002, pp. 358-360 y RACHELS, 1998, p. 106. También HARE como se indicó en la nota 1.

(50) 1984, p. 387. Es JEFF MCMAHAN quien da nombre a la tesis de la simetría; véase 2002, pp. 300, 353-354.

cierta *asimetría* entre ambos deberes. Y ello, entre otras razones, porque el «Principio impersonal total» conduce, a su vez, a la que Parfit denomina «conclusión repugnante»: para cualquier posible población con una muy alta calidad de vida, debe haber alguna población imaginable mucho mayor cuya existencia, *ceteris paribus*, sería mejor incluso si sus miembros tienen vidas que escasamente merece la pena vivir (51). Es decir, si la idea es maximizar la cantidad de felicidad, o bien hacemos feliz a la gente, o bien hacemos gente feliz. Y esta conclusión resulta difícil de digerir cuando su número llega a ser tal que su nivel de «bienestar» es tan precario que los individuos casi preferirían no haber llegado a existir. Muchos entienden, con buenas razones, que rendir tributo al valor de la vida humana no supone, como en el caso de otros bienes, procurar que haya la mayor cantidad de vidas posible (52). ¿Debemos entonces abrazar sin más la asimetría? ¿Cómo podemos sostener que la «elección de distinto número», tener hijos o no, a la que se enfrentan Sharon y Candy, y todos los seres humanos fértiles, es moralmente indiferente (53)? La razón que, de manera más inmediata, nos asalta es que nadie tiene el derecho de recibir el beneficio de la existencia sencillamente porque para recibir beneficios, en primer lugar, hay que existir. Pero, recuérdese, sí decimos que hay que evitar el perjuicio de la sordera, o males peores, aunque no se haya llegado a existir todavía.

Una forma de evitar la conclusión repugnante, y así defender la simetría entre las obligaciones y omisiones en materia procreativa, consiste en sostener que de lo que se trata a la hora de reproducirnos es de mantener el nivel de bienestar medio existente. Sin embargo ello también arrostra consecuencias contraintuitivas: que haya de estar prohibido procrear cuando, aun yendo a tener el futuro ser una vida feliz, baje la media de bienestar por su existencia. De acuerdo con el principio de mantener la utilidad media, hubiera sido mejor que Adán y Eva vivieran para siempre, pues, si se añade a su existencia la de un billón de personas que vivan un poquito peor que ellos, el mundo se convierte en un lugar peor (54).

Se ha defendido, en segundo lugar, que siempre es «más obligatorio» evitar el mal que causar el bien de acuerdo con el viejo aforismo *primum non nocere* (55). Pero si esto es así, y puesto que las decisiones procreativas se toman en condiciones de incertidumbre sobre el bienestar o displacer de la descendencia, entonces la estrategia dominante desde el punto de vista racional es no tener hijos si nos incumbe más evitar su sufrimiento, con lo que nos vemos abocados a la desaparición como especie (56). Esta es, de hecho, la consecuencia a la que nos lleva un planteamiento como el de Shiffrin (véase supra).

Michael Tooley también ha tratado de defender la asimetría en el marco de una ética basada en los derechos. Ha apelado para ello a las «deudas imposibles de pagar» que representa la generación irresponsable o malévola. Su argumento con-

(51) *Ibid.*, p. 388.

(52) DWORKIN, 1993, p. 70.

(53) Es lo que defienden, entre otros, Rivera López y Singer (1998, p. 390).

(54) Esta consecuencia contraintuitiva surge de lo que Parfit llama «paradoja de la mera adición»: 1984, pp. 418-420.

(55) PETERSEN, 2002, p. 359.

(56) HEYD, 1992, pp. 60-61.

siste, dicho sucintamente, en considerar que una acción es *prima facie* errónea si y sólo si supone no cumplir con una obligación respecto de alguien, cuando era posible su cumplimiento, o *hace que haya algún individuo con respecto al cual habrá alguna obligación que no podrá ser cumplida*. Así, resultará incorrecto causar la existencia de alguien si sabemos que esa persona tendrá derechos que no podrá satisfacer, de la misma manera que es incorrecto hacer una promesa sabiendo de antemano que es imposible de cumplir por nuestra parte.

Con la tesis de Tooley en la mano, «todos» tienen derecho a una igual opción de disfrute de aquellos recursos naturales y genéticos que una persona que viva en esta sociedad puede disfrutar y que posibilitan que uno viva una existencia satisfactoria (57). Por eso Sharon y Candy no deben concebir a un niño sordo: porque va a ver vulnerado su derecho en el futuro. De acuerdo con este principio, entonces, no sólo Sharon y Candy deben abstenerse de tener a Gauvin, sino que una pareja pobre que viva en un país rico no deberá procrear pues no podrá garantizar a sus hijos el derecho a una igual opción de disfrute que los demás, aunque su vida en conjunto pueda merecer la pena (58). Ello obliga a Tooley a matizar su tesis, y, entonces, proclamar que, en efecto, la pareja pobre no debería procrear si resulta que su pobreza obedece a sus libres elecciones o planes de vida (de la misma manera que Sharon y Candy) pero no en cambio si deriva de un esquema social injusto (59). Claro que esto equivale a justificar la promesa de quien sabe que no la va a poder cumplir pero su incumplimiento será debido a que vive en una sociedad injusta (60). ¿Queda también este incumplidor eximido?

Sharon y Candy no son sordas por elección ni por un esquema social injusto, pero sí pueden tener un niño que oiga y, por lo tanto, según la tesis de Tooley, deberían optar por esta alternativa, siempre que entendamos que la audición es un derecho (61). Pero, ¿qué ocurre si no tienen alternativa, si Sharon y Candy en ningún

(57) 1998, pp. 119-120. Aunque desde una concepción ética muy distinta, también Peter Singer ha abogado por la idea de que, así como existe la obligación de maximizar la satisfacción de preferencias de seres que efectivamente cuenten con ellas, no tenemos deber moral alguno de generar nuevas preferencias a satisfacer (y en eso consistiría la obligación de procrear): no nos causamos, dice, dolores de cabeza simplemente para poder tomar una aspirina y satisfacer nuestro anhelo de librarnos del dolor. Crear preferencias para, a continuación, satisfacerlas no es ni bueno ni malo: «... traer al mundo a un niño, la mayoría de cuyas preferencias seremos incapaces de satisfacer, implica crear una deuda que no podremos cancelar. Esto es incorrecto. Crear un ser humano cuyas preferencias seremos capaces de satisfacer implica crear una deuda que puede cancelarse. Esto es... éticamente neutral»; SINGER, 1998, p. 390.

(58) Véase RACHELS, 1998, p. 98 y PETERSEN, 2002, p. 363. De la misma forma, Singer señala que llevando la tesis de la no generación de deudas hasta el extremo se convierte en inmoral la procreación de un ser que tendrá una vida, en conjunto satisfactoria, pero que aun así no satisfará todas sus preferencias. Reaparece de nuevo «el fantasma de Shiffrin»: «Puesto que todos tenemos algunos deseos insatisfechos –reconoce Singer–, la conclusión a ser extraída es que habría sido mejor que ninguno de nosotros llegara a existir»; véase 1998, p. 390.

(59) TOOLEY, 1998, p. 121.

(60) PETERSEN, 2002, p. 363.

(61) K. W. ANSTEY ha defendido la opción de tener hijos con una discapacidad como la sordera aludiendo a que las oportunidades que debemos dar a nuestros hijos no se miden por su número o su concreto carácter, sino que nuestra obligación es proporcionarles capacidades genéricas asociadas a planes de vida. Los sordos, dice Anstey, pueden compensar su incapacidad para disfrutar de los placeres musicales experimentando el gozo artístico en las artes visuales. Lo erróneo de la decisión de tener un hijo cuando los daños que experimenta son una imposición social, es que, con dicha acción procreativa, se crean o refuerzan los daños sociales que experimentan los sordos; véase ANSTEY, 2002, pp. 286-288, nota 8.

caso van a poder tener un niño con capacidad auditiva? ¿Estamos dispuestos a admitir que no procreen porque viven en un mundo mayoritariamente compuesto por personas que oyen? Parece que el alcance de la libertad procreativa, cuando de discapacitados hablamos, se vería severamente comprometida si aplicamos el criterio de Tooley. Y sin embargo, la opción de Sharon y Candy sigue rezumando maldad moral a poco que la repensamos.

6. CUADRAR EL CÍRCULO: LA TEORÍA X

Es el momento de recapitular. Una concepción ética plenamente satisfactoria respecto del ejercicio de la libertad procreativa, es aquella que toma en consideración el problema de la no identidad para las elecciones de distinto número sin comprometernos con la conclusión repugnante ni con la tesis de la simetría. Es decir, esa concepción nos da razones para censurar a Sharon y Candy, aunque su decisión no afecte a Gauvin, sin que por esas mismas razones tengamos que reprochar a quienes no tienen hijos (sean o no discapacitados) pudiendo tenerlos, y a quienes no tienen tantos hijos como les es posible.

No es exagerado comparar con la «cuadratura del círculo» la formulación de tal concepción, de lo que Parfit denominó «teoría X», encaje de bolillos que no fue logrado por él mismo (62). ¿Qué nos cabe hacer mientras tanto? Tal vez considerar que, a diferencia de la física, no es necesario ni conveniente tratar de lograr una suerte de «gran unificación» para todos los dominios del juicio moral sobre todas las esferas morales del comportamiento humano, sino contentarnos con la idea de que hemos de recurrir a concepciones éticas distintas para diferentes ámbitos de la conducta, de la misma manera que las leyes newtonianas de la gravitación universal siguen siendo la mejor explicación de la que disponemos para las interacciones entre «grandes cuerpos», pero no así para el nivel subatómico (63). En esa línea, ¿nos es dado, pese a todo, retener las teorías V o Q para el ámbito de la elección reproductiva? ¿Existen otras alternativas?

En cuanto a esto último, cabe sencillamente recordar que el juicio moral puede proyectarse sobre acciones que no causan efectos perjudiciales en nadie (64). Me parece que es censurable *el intento* (frustrado) de quedarse embarazada de una mujer que sabe que padece la rubeola, como también apostar a cara o cruz en una noche de fiesta si abortar o no, aunque fuera dentro del plazo en el que el feto no tiene capacidad de sufrir y finalmente no se abortara porque salió cara (o cruz). Si se dispara creyendo que detrás de la cortina hay alguien, o que el sujeto está vivo, y resulta que o no hay nadie detrás de la cortina, o ese alguien ha muerto previamente, se comete una acción reprochable aunque no fuera físicamente posible afectar a sujeto alguno. No veo porqué, en la medida en que los propósitos se traducen en acciones que sólo por azar se frustran, no deben condenarse. Cuestión distinta es

(62) PARFIT, 1984, p. 443. Parfit insistía en que, aunque él no había dado con tal teoría, otros, si se empeñaban, lo conseguirían. Yo no estoy entre éstos.

(63) El propio Parfit así lo defiende; 1984, p. 371.

(64) Así, BROCK, 2000, p. 252.

si, además, nos parece que debemos emplear la coacción y el castigo que brinda el Derecho Penal.

La teoría V responde a una concepción estricta de la ética personalista (o basada en la afectación de la persona) y, por ello, asume el requisito de la identidad. Con esas premisas resulta imposible entender que en algún caso la generación de un ser humano suponga un mal que hayamos de evitar. Ello sería así porque no nos es dado comparar entre el estado de cosas de alguien que existe con sufrimiento o discapacitado y el limbo que supone no haber llegado a existir. La alternativa consistiría en concebir el daño como una condición absoluta o intrínseca, como aquella discapacidad que «[i]mpone condiciones de experiencia contrarias a la propia voluntad» (65). Esto resulta extraño. Pensemos en una capacidad como volar o hablar un lenguaje que permite generar oraciones infinitas, capacidades ambas valiosas para cualquier animal, humano o no. Tendríamos que afirmar, si abrazamos la concepción objetiva del daño antes definida, que los seres humanos nacemos dañados por no poder volar, o los chimpancés por no poder verbalizar sus estados mentales. En realidad, el niño que nace con un dedo menos, o la mujer infértil, nacen con un daño porque esa capacidad o atributo es *lo normal* y éste es un término necesariamente relativo o comparativo, es decir, dependiente de las funcionalidades o posibilidades propias o típicas de la especie o sociedad en la que se inserta el individuo (66).

De acuerdo con Julian Savulescu, sólo cuando la vida otorgada es tan terrible que hubiera sido mejor no haber llegado a nacer, ha habido un ejercicio incorrecto de la libertad procreativa. Esto no habría ocurrido en el caso de Sharon y Candy y, por ello, su decisión no es censurable (67). Sin embargo, un año antes, en un artículo en el que argumentaba a favor del principio de «beneficencia procreativa», el mismo Savulescu nos invitaba a pensar en un supuesto en el que se dispone de embriones antes de una epidemia de rubeóla, que podemos presumir no corren riesgo de ceguera o sordera, y también de embriones posteriores a la epidemia, que sí corren ese riesgo. Para el Savulescu de 2001 es claro que deben implantarse los primeros. Para mí también resulta claro. «La razón es –nos decía– que resulta erróneo que nazcan niños sordos y ciegos cuando podrían haber nacido en su lugar niños oyentes y videntes» (68).

Como es bien sabido, la actualización de las condiciones que, en mi opinión, hacen que un ente tenga estatuto moral (la capacidad de verse afectado por las

(65) SHIFFRIN, 1999, p. 124. Woodward, por su parte, contiene que hay injusticias sin daño, y por tanto, sin necesidad de que se cumpla el requisito de la comparación total. Si un empleado de una compañía aérea le niega un billete de avión a un negro, y resulta que posteriormente el avión se estrella sin que haya supervivientes, el pasajero potencial ha sufrido una injusticia, aunque no se pueda decir que estuviera peor tras la negativa (citado por BROCK, 2000, p. 253). Obviamente el requisito de la comparación total se seguiría predicando, si tomamos como estado de cosas posterior todos los momentos anteriores al accidente desde que al pasajero sí le es facilitado el billete.

(66) «... por supuesto –afirma Harris– qué constituya una discapacidad se habrá de definir con relación a una población concreta. En una población que haya sido sometida a ingeniería genética para hacerla resistente a todas las infecciones importantes, incluidos el sida, la hepatitis y las enfermedades del corazón, quien no estuviese así protegido estaría gravemente discapacitado»; 1998, p. 127.

(67) Véase 2002a.

(68) 2001, p. 423.

acciones de los demás) es un proceso gradual: no es lo mismo el nacido, que el embrión anidado en el útero, que el embrión concebido en la cubeta, que el meramente posible. Quizá por ello, en el ejemplo de Savulescu, cuando la decisión de Sharon y Candy versa sobre si implantarse el embrión Gauvin o el embrión Jack que tiene capacidad auditiva, parece más clara la objeción que haríamos a su persistente predilección por Gauvin. Es decir, esos estadios parecen marcar diferencias moralmente relevantes, o, si se quiere, el reproche por el coste de oportunidad para Jack es más intenso a medida en que Jack está más actualizado.

Claro que, si proseguimos en esta dirección, afirmando nuestra inclinación por la teoría Q como concepción que nos permite censurar, en general, las acciones de «procreación irresponsable», debemos pensar que ya existen en el mundo no sólo embriones con capacidad auditiva a la espera de un útero, sino seres humanos nacidos aquejados por la miseria y el abandono. La OMS calcula en más de un millón los niños nacidos mediante fecundación *in vitro*. El coste de oportunidad de todos esos nacimientos es un millón de niños del Tercer Mundo que podrían haber sido adoptados y, así, salvados. Así pues Sharon y Candy actuaron incorrectamente porque, con su decisión, afectaron a todos los seres humanos con los que, en lugar de Gauvin, habrían podido colmar su anhelo de ser madres.

Hay quienes consideran que razones basadas en una visión como la que encarna la teoría Q son las que permiten tanto no dedicar fondos públicos al empleo de la reproducción humana asistida, cuanto imponer severas restricciones a su uso (69). Para Richard Posner, sin embargo, una política tendente a privar a las parejas infértiles de la fecundación *in vitro* o de la inseminación artificial dejándoles como único recurso la adopción para satisfacer su deseo de ser padres, implicaría someterles a un impuesto para corregir un problema social que ellos, en definitiva, no han creado (70). Posner tiene razón, y, por ello, si persistimos en defender la teoría Q lo tenemos que hacer al precio de no discriminar entre parejas fértiles e infértiles, discapacitados o no discapacitados, y sostener que todas aquellas parejas o individuos que optan por ser padres o madres de manera biológica, y no por adoptar, actúan incorrectamente de la misma manera que Sharon y Candy cuando escogieron tener un niño sordo.

No cabe duda de que los Estados, a la hora de limitar el derecho a la reproducción, cuentan con muchas más dificultades para hacerlo en el caso de las procreaciones naturales, y no hay duda de que algo muy vinculado a la libertad y al instinto alienta el deseo de tener hijos genéticos. El derecho a la reproducción, como una inmunidad frente a la interferencia del poder público, no es sin embargo absoluto, y he tratado de argumentar que, en casos como los de Sharon y Candy, hay razones para impedir la decisión de tener un hijo discapacitado, razones vinculadas al coste de oportunidad de tal comportamiento. Pero por esas mismas razones me atrevo a sostener que un cierto equilibrio entre nuestro deber de evitar el mal cuando pode-

(69) En un informe sobre reproducción asistida del Consejo Danés de Ética se recomienda, precisamente por estas razones, la adopción; citado en PETERSEN, 2002, pp. 353-354.

(70) Véase POSNER, 1989, p. 24. BROCK, sin embargo, reconoce que, aun siendo evidente que algún peso ha de tener el interés en tener hijos biológicos, cree que este aspecto de la libertad reproductiva tiene una importancia sustancialmente menor que el interés en la paternidad en sí; véase, 2000, p. 212.

mos hacerlo sin un sacrificio significativo de nuestros planes de vida, y el ejercicio de la libertad procreativa, puede recomendar una política pública que permita libremente la reproducción del primer hijo (por medios naturales o artificiales), pero desincentive severamente, o, a la inversa, fomente generosamente, la adopción de los siguientes que se quisieran tener.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSTEY, K. W. (2002): «Are Attempts to Have Impaired Children Justifiable?», *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, pp. 286-288.
- BAIER, Annette (1984): «For the Sake of Future Generations», en *Earthbound. Introductory Essays in Environmental Ethics*, Tom Regan (ed.), Waveland Press, pp. 214-246.
- BROCK, Dan W. (2000): «Reproductive Freedom and the Prevention of Harm», en Allen Buchanan et. al., *From Chance to Choice. Genetics and Justice*, Cambridge University Press, Nueva York.
- BURNS, Thomas A. (2003): «When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits», *Duke Law Journal*, vol. 52, february, pp. 807-839.
- CARTER, Alan (2001): «Can We Harm Future People?», *Environmental Values*, vol. 10, núm. 4, noviembre, pp. 429-454.
- CASAL, Paula y ANDREW Williams (2004): «Equality of Resources and Procreative Justice», en *Dworkin and his Critics*, Justine Burley (ed.), Blackwell, Oxford, pp. 150-169.
- DWORKIN, Ronald (1993): *Life's dominion. An argument about abortion, eutanasia, and individual freedom*, Knopf, Nueva York.
- FEINBERG, Joel (1992): «Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming», en *Freedom and Fulfillment*, Princeton University Press, Princeton, pp. 3-36.
- HARE, R. M. (1993): *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford.
- HARRIS, John (1998a): «Rights and Reproductive Choice», en *The Future of Human Reproduction. Ethics, Choice and Regulation*, John Harris y Søren Holm, Clarendon Press, Oxford, p. 5-37.
- (1998): *Supermán y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, Tecnos, Madrid (traducción de Michel Anstadt).
- HARVEY, Martin (2004): «Reproductive Autonomy Rights and Genetic Disenhancement: Sidestepping the Argument from Backhanded Benefit», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 21, núm. 2, pp. 125-140.
- HEYD, David (1992): *Genethics. Moral Issues in the Creation of People*, University of California Press, Berkeley.
- HOLTUG, Nils (2001): «On The Value of Coming into Existence», *The Journal of Ethics*, vol. 5, pp. 361-384.
- HUME, David (1988): «Sobre el suicidio», en *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Alianza, Madrid, pp. 121-134 (traducción de Carlos Mellizo).
- JONAS, Hans (1995): *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona (traducción de Javier M.^a Fernández Retenaga).
- KAMM, F. M. (2003): «Baselines and Compensations», *San Diego Law Review*, vol. 40, november-december, pp. 1367-1386.
- KANT, Immanuel (1994): *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Tecnos, Madrid (estudio preliminar de Roberto

- Rodríguez Aramayo, traducción de Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo).
- KAVKA, Gregory (1982): «The Paradox of Future Individuals», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, núm. 2, primavera, pp. 93-112.
- (1978): «The Futurity Problem», en *Obligations to Future Generations*, R. I. Sikora y Brian Barry (eds.), Temple University Press, Philadelphia, pp. 186-203.
- LAUDOR, Michael (1994): «In Defense of Wrongful Life: Bringing Political Theory to the Defense of a Tort», *Fordham Law Review*, abril, pp. 1675-1704.
- LEMA AÑÓN, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, Madrid.
- LORA, Pablo de (2001): «La vida como mal», *Claves de razón práctica*, núm. 113, junio, pp. 45-53.
- MACÍA, Andrea (2007): «Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», AFDUAM, núm. 10, pp. 65-94.
- (2004): *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MCMAHAN, Jeff (2002): *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York.
- MILL, John Stuart (1992): *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, H. B. Acton (ed.), Everyman, London-Vermont (reimp, 1.ª ed., 1910).
- PARFIT, Derek (1984): *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford.
- PETERSEN, Thomas Søbirk (2002): «The Claim From Adoption», *Bioethics*, vol. 16, núm. 4, pp. 353-375.
- POLLARD, Deana A. (2004): «Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence», *Alabama Law Review*, vol. 55, winter 2004, pp. 327 y ss.
- POSNER, Richard (1989): «The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood», *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, pp. 21-31.
- RACHELS, Stuart (1998): «Is It Good to Make Happy People?», *Bioethics*, vol. 12, núm. 2, pp. 93-110.
- RAZ, Joseph (2001): «The value of staying alive», en *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 77-123.
- SAVULESCU, Julian (2002): «Is there a right not to be born? Reproductive decision making, options and the right to information», *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, pp. 65-67.
- (2002a): «Deaf lesbians, «designer disability», and the future of medicine», en *British Medical Journal*, núm. 325 (5 de octubre), pp. 771-773.
- (2001): «Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children», *Bioethics*, vol. 15, núms. 5/6, pp. 413-426.
- SINGER, Peter (1998): «Possible Preferences», en *Preferences*, Christoph Fehige y Ulla Wessels (eds.), de Gruyter, Berlin-New York, pp. 383-398.
- SCHWARTZ, Thomas (1978): «Obligations to Posterity», en *Obligations to Future Generations*, R. I. Sikora y Brian Barry (eds.), Temple University Press, Philadelphia, pp. 3-13.
- SHIFFRIN, Seana Valentine (1999): «Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm», *Legal Theory*, vol. 5, pp. 117-148.
- SPRIGGS M. y SAVULESCU, J. (2002): «The Perruche judgment and the right not to be born», *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, pp. 63-64.
- TOOLEY, Michael (1998): «Value, Obligation and the Asymmetry Question», *Bioethics*, vol. 12, núm. 2, pp. 111-124.

