

Los derechos reproductivos en la legislación española

Autor: Pablo Crevillén Verdet

Director: Pedro González-Trevijano Sánchez

Área de Derecho Constitucional

Departamento de Derecho Público y Ciencia Política

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rey Juan Carlos

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

I. INTRODUCCIÓN	Pág. 1
1. El pesimismo demográfico	Pág. 5
1.1. Las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo	Pág. 5
1.1.a) Conferencia de Roma de 1954.....	Pág. 17
1.1.b) Conferencia de Belgrado de 1965.....	Pág. 18
1.1.c) Conferencia de Bucarest de 1974	Pág. 19
1.1.d) Conferencia de Méjico de 1984.....	Pág. 20
1.1.e) Conferencia de El Cairo de 1994	Pág. 20
2. Ideología de género	Pág. 24
2.1. Conferencias sobre la mujer	Pág. 29
2.1.a) Conferencia de México	Pág. 29
2.1.b) Conferencia de Copenhague.....	Pág. 31
2.1.c) Conferencia de Nairobi	Pág. 33
2.1.d) Conferencia de Beijing	Pág. 34
2.2.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Pág. 39

3. Eugenesia	Pág. 43
3.1. Eugenesia clásica.....	Pág. 43
3.2. Eugenesia actual	Pág. 51
3.3. Conclusión.....	Pág. 66
4. Deep ecology	Pág. 67
5. Utilitarismo	Pág. 68
II. ESPECIALIDADES DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA.....	Pág. 77
1. La libertad reproductiva como un derecho desvinculado de la realidad biológica.....	Pág. 78
2. La libertad reproductiva como derecho asimétrico	Pág. 90
2.1. En el aborto	Pág. 91
2.2. En la reproducción asistida	Pág. 105
2.2.1. Hombres y mujeres.....	Pág. 105
2.2.2. Gays y lesbianas	Pág. 108
3. La edad	Pág. 117
3.1. El caso del aborto	Pág. 119
4. Personas con discapacidad	Pág. 131
4.1.-Esterilización.....	Pág. 132
4.2.-Portadores de enfermedades genéticas.....	Pág. 137

5. Reclusos	Pág. 141
III. MODALIDADES DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA	Pág. 145
1.- Libertad negativa	Pág. 146
1.1. La abstinencia sexual.....	Pág. 146
1.2. Los anticonceptivos.....	Pág. 147
1.3. Esterilización	Pág. 160
1.4. Aborto	Pág. 167
1.4.a) Etapas del desarrollo del no nacido desde la implantación	Pág. 174
1.4.b) El problema de la viabilidad	Pág. 176
1.4.c) El feto como paciente	Pág. 186
1.4.d) Principales técnicas para practicar el aborto	Pág. 194
1.4.e) La valoración jurídica de la vida prenatal.....	Pág. 204
1.4.e).1 Tratados internacionales	Pág. 217
1.4.e).2 Constituciones nacionales	Pág. 230
1.4.e).3 Doctrina de los Tribunales Constitucionales.....	Pág. 233
1.4.e).4 El sistema de la LO 2/2010	Pág. 256
1.4.f) ¿Aborto obligatorio?	Pág. 269
1.4.f).1 Prestación del sistema de salud.....	Pág. 269
1.4.f).2. Objeción de conciencia.....	Pág. 273
1.4.f).2.1 ¿Quién puede acogerse?.....	Pág. 285
1.4.f).3. Limitaciones a la libertad de expresión	Pág. 291
1.4.g) Acciones wrongful life y wrongful birth	Pág. 300
1.4.g)1. Valoración de estas acciones.....	Pág. 318

2. Libertad positiva	Pág. 327
2.1. Técnicas de reproducción asistida	Pág. 327
2.1.a) Fecundación y desarrollo del embrión antes de la implantación en el útero	Pág. 327
2.1.b) Principales técnicas de reproducción asistida y técnicas coadyuvantes	Pág. 329
2.1.c) Valoración de las técnicas	Pág. 350
2.1.d) Fines.....	Pág. 355
2.1.d).1 Mujer sola	Pág. 359
2.1.d).2 Mujer postmenopáusica	Pág. 368
2.1.d).3 Transexuales	Pág. 370
2.1.d).4 Fecundación postmortem	Pág. 371
2.1.d).5 Maternidad subrogada	Pág. 383
2.1.e) Donación de gametos	Pág. 399
2.1.e).1 Anonimato del donante	Pág. 411
2.1.f) La protección jurídica de la vida embrionaria antes de la implantación en el útero.....	Pág. 422
2.1.f).1 Embriones congelados. Su destino	Pág. 447
2.1.f).2 Investigación	Pág. 450
2.1.f).3 Desacuerdo en la pareja	Pág. 470
2.1.f).4 Donación de embriones	Pág. 483
2.1.g) Selección de embriones	Pág. 485
2.1.g). 1 Por razón de sexo	Pág. 485
2.1.g).2 Por histocompatibilidad	Pág. 491
2.1.g).3. Selección de otros rasgos	Pág. 499
2.2. Clonación	Pág. 501

2.2.a) Concepto.....	Pág. 501
2.2.b) Historia.....	Pág. 502
2.2.c) Clases.....	Pág. 505
2.2.d) Normativa.....	Pág. 510
2.2.e) Posiciones doctrinales.....	Pág. 518
2.3. Fomento de la natalidad	Pág. 524
IV ¿ES LA LIBERTAD REPRODUCTIVA UN DERECHO FUNDAMENTAL?	Pág. 529
1.-1. La libertad reproductiva como megaconcepto	Pág. 529
2. Distinción entre derechos de libertad y derechos de prestación	Pág. 531
3. Derecho positivo	Pág. 534
3.1. Derecho Internacional	Pág. 534
3.1.1 Naciones Unidas	Pág. 535
3.1.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	Pág. 539
3.1.3 Conclusión	Pág. 543
4. Constituciones nacionales y doctrina de los Tribunales Constitucionales	Pág. 544
4.1. Derecho a la integridad física y moral	Pág. 547
4.2. Derecho a la libertad	Pág. 547
4.3. Derecho a la intimidad	Pág. 554
4.4. Libre desarrollo de la personalidad y dignidad	Pág. 560
4.4.a) Libre desarrollo de la personalidad.....	Pág. 561
4.4.b) La dignidad	Pág. 568
4.4.c) Libre creación científica y libertad de empresa.....	Pág. 596
4.4.d) Derecho a la protección de la salud.....	Pág. 600

4.4.e) Interpretación evolutiva de la Constitución.....	Pág. 604
4.4.f) Reforma de la Constitución.....	Pág. 610
4.4.g) Recapitulación	Pág. 615

CONCLUSIONES	Pág. 632
---------------------------	----------

BIBLIOGRAFÍA	Pág. 691
---------------------------	----------

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

I. Introducción

En los últimos años se han aprobado en España tres Leyes que han dado una regulación completa de lo que se ha dado en llamar, con escaso rigor en la terminología, libertad, salud o derechos reproductivos. Todas estas normas dicen basarse en la necesidad de adecuar nuestra legislación al consenso de la comunidad internacional en esta materia, recogiendo unos valores que se fundamentan en una ética cívica que responde al sentir de la mayoría, a los valores constitucionales y al desarrollo del conocimiento científico. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) señala que su regulación se justifica por la necesidad de “acomodarla (se refiere a la legislación entonces vigente) a la realidad actual”; la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante, LIB) se justifica porque es “necesario disponer del marco normativo adecuado que dé respuesta a los nuevos retos científicos” y añade que “en el ámbito internacional como en el seno de la sociedad española algunos de los aspectos más sensibles relacionados con la investigación biomédica han sido objeto de debate abierto y extenso, lo que ha permitido deducir principios y criterios, de cada vez más amplia aceptación, a partir de los cuales construir normas”; por su parte, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LO 2/2010)¹ indica que la presente Ley pretende adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia.

Las apelaciones a la mayoría y al consenso han permitido que cualquiera que pretenda discutir el enfoque o contenido de estas normas sea descalificado por estar contaminado por prejuicios, fundamentalmente religiosos, que carecen de racionalidad. Sin embargo, y como

¹ El 20 de diciembre de 2013 el Consejo de Ministros informó un Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que vuelve a regular la materia del aborto desde la perspectiva de la despenalización de determinados supuestos. En el momento de cerrar esta tesis estaban todavía recabándose los informes preceptivos y no había fecha para su remisión al Congreso de los Diputados. Por ello, y porque no es seguro que vaya a convertirse en derecho positivo (al menos en su actual redacción) teniendo en cuenta que el citado Anteproyecto ni siquiera ha recibido el apoyo decidido del partido que sustenta al Gobierno, nos limitaremos al análisis de la legislación vigente.

veremos a lo largo de este trabajo, no existe la unanimidad ética, científica y jurídica que se afirma. En primer lugar, no existe en todos los países del mundo, ni siquiera en los europeos, un consenso tan absoluto como se nos dice. Nuestra legislación opta por unas determinadas soluciones en general propias de los países anglosajones, pero que no asumen otros ordenamientos.

En segundo lugar, también resulta dudosa la adecuación de las leyes citadas a la Constitución; en todos los casos se va más allá de lo que establecieron las normas que las precedieron en la desprotección de la vida prenatal. Dichas normas, pese a ser técnicamente muy deficientes y pese a las críticas que recibieron, tanto por su contenido, como por su aplicación práctica, pasaron el examen de constitucionalidad mediante la resolución por sentencia de los correspondientes recursos por el Tribunal Constitucional². Pese a que todas las leyes antes citadas recogen en su Exposición de Motivos expresamente la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional, se apartan, como veremos, sustancialmente de ella.

En tercer lugar, el sistema que consagra nuestra regulación no es el producto de unos valores puros, que no responden a ninguna ideología concreta y que puede ser asumida por todos los ciudadanos o, al menos, por la inmensa mayoría. Se trata de una determinada opción ideológica y, por lo tanto, susceptible de debate en una sociedad democrática y de ser confrontada con otras alternativas. Nos parece necesario comenzar, por tanto, poniendo de relieve que lo regulado por nuestras leyes no es la única solución posible, sino que existen otras, más acordes con nuestra Constitución, ya que “una sociedad que ha de tomar decisiones sobre la clase de mundo que quiere construir para el futuro (...) requiere de una

² Los recursos contra la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos fueron resueltos en sentido desestimatorio por las sentencias, respectivamente 53/1985, de 11 de abril, 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio). El principal (aunque no único) problema de estas normas fue su aplicación posterior a lo largo del tiempo. La Administración, bajo los distintos Gobiernos de diferente signo que se sucedieron, hizo dejación absoluta, sin parangón en ningún otro ámbito de su competencia, de las funciones de control de las actividades de las clínicas abortistas y de reproducción asistida. Con lo que en la práctica, los escasos mecanismos de protección de la vida prenatal no funcionaron, mientras que los deseos de las usuarias tuvieron un valor prácticamente absoluto e ilimitado. A todo ello nos referiremos más adelante.

información completa y asequible, y también de una formación que permita la comprensión y valoración de dicha información, que fomente el pensamiento crítico como vía para la libertad de conciencia y acción, que promueva los cauces de diálogo y deliberación como formas más razonables de resolución de conflictos”³

¿Cuál ha sido la opción de nuestro legislador? En realidad, la LTRHA, la LIB y la LO 2/2010 abandonan cualquier perspectiva de ponderación entre los eventuales intereses o deseos de los individuos y otros bienes jurídicos o derechos como la vida del no nacido o la objeción de conciencia (pese a lo manifestado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010) y sitúan la cuestión en una perspectiva de derechos reproductivos basados en los deseos y preferencias, de derecho a la creación científica y, aunque no se mencione expresamente, de libertad de empresa, pues las actividades que se regulan se realizan, fundamentalmente, por compañías privadas. Como antecedente próximo, el sistema establecido por las leyes citadas parte de la asunción de una interpretación determinada de los Programas de Acción de las Conferencias de El Cairo sobre Población y Desarrollo y de Beijing sobre la Mujer, a las que luego nos referiremos. Esta interpretación particular se recoge expresamente en la Ley Orgánica 2/2010: “la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que *los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia*”.

El concepto de libertad reproductiva que se deriva de las Conferencias antes mencionadas, asumido por el legislador español está estrechamente vinculado al concepto de salud definido por la Organización Mundial de la Salud como *estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*. La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados⁴, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido objeto de modificaciones. Es más, en 2002, la propia Organización Mundial de la Salud, realizó una

³ Feyto, L. La imposible posibilidad de los acuerdos en bioética. *Bioética: la cuestión de la dignidad*. L. Feyto (ed.). Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. (2004). Pág. 54.

⁴ Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100.

concreción del concepto, definiendo la salud sexual como “*un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es meramente la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y cumplidos*”⁵. Se describe una utopía: que prácticamente cualquier deseo humano debe ser satisfecho, y toda actividad destinada a alcanzarla, es en cierta forma, terapéutica⁶. Y es que, a nuestro juicio, es un error identificar salud con bienestar y felicidad y no con el normal funcionamiento del organismo. Según señala Gracia⁷, en la identificación entre salud y completo bienestar físico, mental y social es difícil no ver la ética utilitarista. El ámbito de la medicina acaba siendo superponible al ámbito de la vida humana entera. El médico ha usurpado el papel clásico del sacerdote y la medicina se ha convertido en la nueva teología. Los médicos dictaminan lo que es bueno y lo que es malo. También la economía neocapitalista se medicaliza; es lógico, una vez que la salud se ha convertido en un bien de consumo. No en vano, a las mujeres que se someten a las técnicas de reproducción asistida no se las denomina pacientes, sino usuarias.

Pero el enfoque de esta regulación ha sido el punto de llegada de un proceso que comenzó mucho antes y que es preciso analizar para entender este fenómeno. Nos vamos a referir como elementos que nutren y dan soporte a la opción legislativa española, al pesimismo demográfico, el feminismo de género, el movimiento llamado *deep ecology* y el utilitarismo. A primera vista pueden parecer elementos diversos e inconexos, pero como veremos guardan una estrecha relación. Una civilización es un todo coherente y es un error pretender comprender un fenómeno concreto como si fuera un compartimento estanco sin conexión con el resto. Los defensores de la vida prenatal muchas veces cometen el error de querer cambiar la situación del aborto o de los embriones in vitro sin cuestionarse la lógica

⁵ Tomado de la versión inglesa de

http://www.who.int/reproductivehealth/topics/sexual_health/sh_definitions/en/

⁶ President’s Council on Bioethics Report of October 2004. *Beyond therapy. Biotechnology and the pursuit of happiness*. Washington D.C. (2003). Consultado en www.bioethics.gov/reports/beyondtherapy/index.html

⁷ Gracia, D. *Fundamentos de bioética*. 2ª Ed. Editorial Triacastela. Madrid. (2007). Pág. 271.

de mercado que hay detrás de todo ello. No pueden cambiarse algunos elementos de una cultura sin que el resto se vea afectado⁸.

1. El pesimismo demográfico.- El abordaje con pretensiones científicas del problema demográfico, lo realizó el pastor anglicano y economista inglés Thomas Robert Malthus (1766-1834). En su obra “Ensayo sobre el principio de población”, publicado en 1798 afirma que la población, si no se pone obstáculos a su crecimiento, aumenta en progresión geométrica, en tanto que los alimentos necesarios al hombre lo hacen en progresión aritmética. Esta situación lleva al freno natural de la población por medio de determinadas limitaciones como las guerras, las epidemias y el hambre, que contribuyen a mantener un alto índice de mortalidad. Sin embargo, Malthus quiere sustituir estos frenos indeseables por otros preventivos, aunque dentro de una moralidad muy estricta. Propone el celibato prolongado, la abstinencia del matrimonio (entendida como castidad) y los casamientos tardíos. Rechaza otro tipo de controles como la prostitución, las desviaciones sexuales, la contracepción y el aborto⁹.

Creemos que conviene detenerse brevemente sobre la obra de Malthus porque, al igual que ocurre con otros pensadores de gran influencia en el mundo contemporáneo como Darwin,

⁸ Por ejemplo, en el *Compendio de Estudio de la Historia (IX/XII)* Alianza Editorial (1970), págs. 47 y 48 dice Arnold Toynbee que la derrota que sufrió el imperio otomano en el siglo XVIII por una maquinaria bélica occidental, trajo como consecuencia una reestructuración de las fuerzas armadas para conseguir su occidentalización. Pero resultó un fracaso. “Los involuntarios conversos a una política de occidentalización de las fuerzas armadas otomanas continuaron, a pesar de las sucesivas y penosas experiencias de sus trabajos, alimentando la ilusión de que, al adoptar elementos de una cultura extranjera, era posible elegir y recoger sólo algunos de ellos (...) Sólo en 1919, Mustafa Kemal y sus compañeros se lanzaron sin reservas (...) a una política de occidentalización total”.

También Confucio en el libro de Mencio (*Los Cuatro Libros*. Traducción, Joaquín Pérez Arroyo. Editorial RBA, 2006, pág. 269) insiste en la misma idea. Cuenta la historia del maestro que pretendía convencer a dos reyes para que no guerrearán entre sí, argumentando que la guerra no era beneficiosa. Mencio le convenció del error de su punto de vista, pues si los reyes se guiaban en su actuar por el beneficio, también los caballeros y los cargos públicos gustarían del beneficio y los hijos servirían a los padres con esta misma idea y no ha habido una sociedad semejante que no haya acabado en la destrucción. Propone basarse en la benevolencia y rectitud, de forma que si los reyes actúan por esos principios, también el resto de las relaciones estarán basadas en ellos.

⁹ Toledano, A.L. *Hacia el equilibrio de la población mundial. El equilibrio demográfico y la ética cristiana*. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao 2004. Págs. 35 a 47.

Freud o Marx, si bien son universalmente conocidos, no ocurre lo mismo con sus tesis originales a las que se tiene acceso, en el mejor de los casos, a través de obras de terceros¹⁰.

Para llegar a las conclusiones que acabamos de referir, el autor hace un detallado repaso de las limitaciones al incremento de población en los pueblos primitivos y en los países contemporáneos llegando a la conclusión de que estos obstáculos dependen principalmente de la escasez de alimentos. Después de analizar extensamente diversos sistemas formulados para hacer frente a los problemas derivados del exceso de población se centra en su propuesta. El primero de los remedios es la repugnancia moral. Señala que los males naturales y morales son los medios que utiliza la Providencia para advertirnos de que debemos evitar cualquier conducta que no se corresponde con nuestro ser y consecuentemente dañará nuestra felicidad. Concluye que el deber de todo hombre es no pensar en el matrimonio sino cuando tiene con qué mantener a su descendencia.

A continuación dedica su atención al problema de la pobreza. Y es que Malthus, como sus herederos actuales, considera que el exceso de población es, en realidad, un exceso de pobres. En principio, y con un tono paternalista, afirma que la culpa no es de los más desfavorecidos. Mientras que el salario del trabajo apenas es suficiente para alimentar a dos niños, se casa un jornalero y tiene cinco o seis, sufriendo la miseria más cruel. Se queja del precio del trabajo que le parece insuficiente para alimentar a una familia, acusa a su parroquia porque tarda en socorrerle; acusa a la avaricia de los ricos que rehúsan dar de lo que les sobra, acusa a las instituciones sociales de parciales e injustas. Y quizá acusa a las disposiciones de la Providencia que le han asignado un lugar en la sociedad tan miserable con inevitable angustia y dependencia. Buscando por todas partes motivos de queja y acusación, no dirige su vista hacia donde tiene el mal que le aqueja. Al último que quizá acuse sea a él mismo, cuando sólo él es el culpable, salvo que ha sido engañado por las clases altas de la sociedad. Siempre se le ha dicho que era una cosa meritoria dar súbditos a su rey y a su país. Considera una injusticia y una crueldad que su rey y su país le dejen en la mayor miseria a cambio del don que les ha hecho según las doctrinas propagadas por aquéllos. Dice Malthus que mientras no se rectifiquen estas ideas erróneas no se puede acusar al pueblo con derecho, porque hay que instruirle antes. Una vez que se ha hecho

¹⁰Para ello hemos seguido la versión inglesa *An Essay on the Principle of Population*. John Murray. London 1826. 6ª Ed, consultada en <http://www.econlib.org/library/Malthus/malPlong.html>

esto, si el rey o el país no necesitan más súbditos, si el hombre pobre se casa, lejos de cumplir un deber para con la sociedad, la carga con un peso inútil haciéndose miserable.

La solución a la escasez de los medios de subsistencia no está en aumentar éstos, porque no haríamos más que multiplicar el número de consumidores. Hay que intentar disminuir la población al nivel de las subsistencias. Hay que hacer comprender a los pobres de que el único medio de subir el precio del trabajo es disminuir el número de obreros y que como ellos los proporcionan al mercado, ellos solos pueden evitar su multiplicación. Propone lo siguiente:

que se publicase una ley que mandara que la asistencia de las parroquias se rehúse a los hijos nacidos de matrimonios contraídos un año después de la promulgación de esta ley, y todos los ilegítimos nacidos dos años después no tengan derecho a la asistencia de las parroquias. Y para un mayor conocimiento de esta ley, y para grabarla con más fuerza en las mentes de las clases más bajas del pueblo, debería invitarse a los ministros de la religión a leer inmediatamente después de la publicación de los bandos una corta instrucción, en la que se establecería concisamente la estrecha obligación impuesta a todo hombre de alimentar a sus hijos, la temeridad e inmoralidad de los que se casan sin tener esperanzas de poder hacer eso, los males que han acaecido a los mismos pobres del intento que se ha hecho para ayudar mediante instituciones públicas en un deber que corresponde exclusivamente a los padres; y la absoluta necesidad que ha habido de abandonar esta empresa por producir efectos directamente opuestos a las miras de los que la habían formado¹¹.

Añade que cuando hubiera sido publicada la ley y adquirido el pueblo un pleno conocimiento de ella, si alguno juzga a propósito casarse sin tener esperanza de poder

¹¹ I should propose a regulation to be made, declaring, that no child born from any marriage, taking place after the expiration of a year from the date of the law, and no illegitimate child born two years from the same date, should ever be entitled to parish assistance. And to give a more general knowledge of this law, and to enforce it more strongly on the minds of the lower classes of people, the clergyman of each parish should, after the publication of banns, read a short address, stating the strong obligation on every man to support his own children; the impropriety, and even immorality, of marrying without a prospect of being able to do this; the evils which had resulted to the poor themselves from the attempt which had been made to assist by public institutions in a duty which ought to be exclusively appropriated to parents; and the absolute necessity which had at length appeared of abandoning all such institutions, on account of their producing effects totally opposite to those which were intended.

alimentar a su familia, debe ser abandonado a sí mismo (...) no puede usar de ningún derecho contra la sociedad para obtener de ella la más escasa porción de alimento sino la que puede comprar con su trabajo. Y en cuanto a los hijos ilegítimos afirma que

*Un niño tiene, comparativamente, poco valor para la sociedad en la medida en que otros ocuparán inmediatamente su lugar. Su principal valor está en ser objeto de una las más agradables pasiones de la naturaleza humana- el afecto paternal. Pero si este valor es despreciado por aquéllos que son únicos en la capacidad de sentirlo, la sociedad no puede ser llamada a ponerse ella misma en el lugar de aquéllos. Y no tiene más competencia en su protección que castigar el crimen de abandono o maltrato intencionado en las personas cuyo deber es proporcionarlo*¹².

Concluye a este respecto que quizá parezca muy cruel que la madre y los hijos sin tener culpa alguna estén obligados a ser víctimas de la mala conducta del jefe de la familia. Pero esto es una ley inmutable de la naturaleza y debe pensarse mucho antes de pretender contrariarla sistemáticamente. Concluye señalando que no basta abolir todas las instituciones que fomentan la población, sino que es menester al mismo tiempo corregir las opiniones dominantes que producen el mismo efecto y aun algunas veces obran con más fuerza. Pero esto solo puede ser obra del tiempo, y el único medio para conseguirlo es el esparcir, ya en los escritos, ya en la conversación, doctrinas sanas acerca de esta materia.

Aunque las previsiones apocalípticas de Malthus nunca se cumplieron, hay que reconocer que sí tuvo éxito en relación con esta última medida. La opinión de que la población del mundo es excesiva ha sido aceptada acriticamente y forma parte de los libros de texto que estudian los niños y de los temas habituales de los medios de comunicación. “Desde la publicación de su panfleto, Malthus recibió y sigue recibiendo grandes adhesiones y grandes críticas, pero marcará sin duda el comienzo de una corriente de pensamiento pesimista en demografía”¹³. Como señalaba Pablo VI en la Carta Apostólica Octogesima

¹² The infant is, comparatively speaking, of little value to the society, as others will immediately supply its place. Its principal value is on account of its being the object of one of the most delightful passions in human nature—parental affection. But if this value be disregarded by those who are alone in a capacity to feel it, the society cannot be called upon to put itself in their place; and has no further business in its protection than to punish the crime of desertion or intentional ill treatment in the persons whose duty it is to provide for it.

¹³ Toledano, A.L. *Op. cit.* Págs. 36 y 37.

Adveniens de 14 de mayo de 1971 (punto 18) “una especie de fatalismo se apodera incluso de los responsables. Este sentimiento conduce a veces a las soluciones maltusianas aguijoneadas por la propaganda activa a favor de la anticoncepción y del aborto”¹⁴.

Herederero de esta línea de pensamiento es el Club de Roma¹⁵. Bajo sus auspicios en 1972 se publicó el informe “Los límites del crecimiento” cuyos autores fueron Donella Meadows, Jorgen Randers y Dennis Meadows. Usando un modelo informático llamado World3 el libro presentaba y analizaba doce escenarios que mostraban diferentes modelos y resultados medioambientales del desarrollo mundial en dos siglos, de 1900 a 2100. La publicación desató una gran polémica “acusándole de excesivo dramatismo al presentar el futuro de la humanidad. El estudio concluía: si se mantienen las tendencias actuales de crecimiento de la población...este planeta alcanzará los límites de su crecimiento en el curso de los próximos cien años¹⁶”. En nuevo estudio “Los límites del crecimiento: 30 años después”, pese a que sus predicciones no se cumplieron (en particular respecto de la duración de las reservas de petróleo según aparece en una de las tablas, si bien alegan los autores que no hicieron una previsión al respecto) y aunque reconocen avances, los autores son más pesimistas de lo que lo fueron en 1972. Otros estudios han insistido sobre esta misma línea. En 1980 se publicó otro informe (Global 2000) encargado por el entonces Presidente de los Estados Unidos, James Carter, sobre el hábitat humano en el año 2000¹⁷. Si no se cambiaban las tendencias observadas se preveía que en el año 2000 se superaría la barrera de los 6350 millones (en realidad, en esa fecha se llegó a los 6 mil millones y la tasa de crecimiento desde 1990 ha ido ralentizándose). En 1987 se publicó el informe “Nuestro

¹⁴*Octogesima adveniens* de su santidad el papa Pablo VI al Señor Cardenal Mauricio Roy, Presidente del Consejo para los seglares y de la Comisión pontificia «Justicia y paz» en ocasión del LXXX aniversario de la encíclica «rerum novarum». Consultado en http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens_sp.html

¹⁵ Según su página web (<http://www.clubofrome.org>), en abril de 1968 un pequeño grupo de profesionales de los campos de la diplomacia, la industria, del ámbito académico y de la sociedad civil se encontraron en una villa en Roma. Invitados por el industrial italiano Aurelio Peccei y el científico escocés Alexander King se reunieron para debatir el dilema de la prevalencia del pensamiento a corto plazo en los asuntos internacionales y, en particular, la preocupación en lo que se refiere al consumo ilimitado de recursos en un mundo cada vez más interdependiente. Entre sus miembros españoles se encuentra Isidro Fainé, Juan Luis Cebrián y Ramón Tamames.

¹⁶ Toledano, A.L. *Op. cit.* Pág. 38.

¹⁷ Informe en inglés en http://www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/esp_sociopol_depopp14a.htm

futuro común”, dirigido por Gro Harlem Brundtland, a la sazón Primera Ministra de Noruega. “Según el informe, las actuales tasas de crecimiento de la población no pueden continuar porque agotan la capacidad de muchos países para asegurar la enseñanza, la salud, la alimentación y el aumento del nivel de vida de sus poblaciones”¹⁸.

Y esta ideología llevó a practicar en países del Tercer Mundo campañas de planificación familiar con carácter coactivo con el silencio o incluso el aplauso de los países desarrollados. Indonesia, cuyo programa de planificación familiar es considerado un modelo de control de fertilidad patrocinado por el Estado en un país en desarrollo, fue analizado por el profesor de Harvard, Donald P. Warwick. Dice este autor que se aplicó una severa presión social y administrativa. El procedimiento seguido era el siguiente: en presencia de líderes civiles, militares y policías, las mujeres eran llevadas a las casas donde se iban a implantar los DIUs. Se les pedía que entraran y se las sometía a una fuerte presión para que aceptaran el DIU antes de que pudieran marcharse. Fuera esto coerción o persuasión fuerte, lo que desmentía era la existencia de elección voluntaria. Hoy en día este método no continúa, en parte por el rechazo público que produjo esa práctica. No obstante, el que siguió no podía ser calificado de ejemplar. El Ministerio del Interior indonesio presionó a las autoridades regionales para que encontraran objetivos de planificación familiar, las autoridades regionales presionaron a las autoridades locales y líderes religiosos y éstos a su vez pusieron todo el peso de la comunidad sobre los individuos. Las autoridades de los pueblos reunían a sus habitantes. En las reuniones se daba formación y se distribuían anticonceptivos. Después, si un individuo era indiferente a la persuasión o si aceptaba pero después abandonaba el programa, el líder local, otros funcionarios, su esposa o miembros del grupo que habían aceptado dicho programa, era probable que le pararan para hablar sobre planificación familiar. El programa indonesio se realizó contra los deseos de la gente en todo momento. Si las autoridades regionales hubieran estado libres de presiones, el programa de planificación familiar hubiera sido enseguida abandonado¹⁹.

En países como la India, la esterilización se ha llegado a imponer coactivamente o a cambio de ofrecer determinadas ventajas como tratamiento médico gratuito u otras, difícilmente

¹⁸ Toledano, A.L. *Op. cit.* Pág. 42.

¹⁹ Simons, J. *Population matters. People, resources, environment and immigration.* Transaction Publishers. 1996. Pág. 226.

rechazables para personas en una precaria situación económica. En El Salvador se ofrece ayuda alimentaria a mujeres pobres que aceptan la esterilización²⁰. En Puerto Rico, un informe gubernamental reconoció que hacia 1968, el 35% de las mujeres en edad reproductiva habían sido esterilizadas²¹. Entre los agentes que causan una esterilización permanente está una sustancia llamada clorhidrato de quinacrina, originariamente utilizado como tratamiento de la malaria. La quinacrina puede causar la esterilización de mujeres, mediante la causación de cicatrices en las trompas de Falopio cuando se inyecta en forma de bolitas en el útero. La sustancia es barata y fácil de administrar, pero puede conllevar una variedad de serias complicaciones médicas incluyendo cáncer de útero y posibles anomalías fetales si se produce la concepción tras la administración de la quinacrina. Elton Kessel y Stephen Mumford fundadores del Center for Research on Population and Security (Centro para la Investigación sobre Población y Seguridad) han distribuido quinacrina como sustancia esterilizante en todo el tercer mundo²².

En Perú en la época de Fujimori se llevó a cabo el Programa sobre Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. El Informe Final sobre la aplicación de este programa durante los años 1990 a 2000²³, presentada por la Subcomisión del Congreso de la República Investigadora de Personas e Instituciones involucradas en las Acciones de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria, puso de relieve la esterilización masiva de la población agrícola del Perú. Durante este programa se esterilizaron forzosamente a 314.605 mujeres y 24.563 varones durante los años 1996 y 1997. El diario El País informaba el 30 de marzo de 2013 que el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas vuelve a llamar la atención sobre el tema por la falta de sanciones a los responsables de esa política de control natal y de resultados en la investigación.

El caso de China es especialmente grave, con la llamada política de un solo hijo. Los abusos son constantes. En 2002, el parlamento chino decidió modificar la legislación,

²⁰Gerber Fried, M. *From abortion to reproductive freedom: transforming a movement*. South End Press, Boston, USA (1990). Pág. 63.

²¹Corrêa, S. *Population and reproductive Rights. Feminist perspectives from the South*. Zed Books, Ltd. (1994). Pág. 30.

²²Clowes, B. *Cosas de la vida: Manual sobre temas a favor de la vida y la familia*. Human Life International (2001). Pág. 41.

²³Consultado en http://www.trdd.org/PERU_Informe_Final_AQV.pdf

sustituyendo la prohibición de tener más de un hijo, por la posibilidad de tenerlos pagando multas altísimas para el nivel de vida de la población (entre 25.000 y 100.000 euros). No obstante, la situación no ha mejorado demasiado: Hanna Beech, en un reportaje para la revista Time de 12 de septiembre de 2005²⁴, relata que los funcionarios de Linyi (provincia oriental de Shandong), fueron castigados por tener la tasa más alta de nacimientos extra. Esto llevó a la más brutal campaña de esterilización y abortos desde hace años. Parientes de mujeres que se han opuesto a la esterilización o al aborto han sido encarcelados y obligados a pagar con “sesiones de estudio” durante las que debían admitir su erróneo modo de pensar. Sólo en la comarca Yinan de Linyi, entre marzo y julio, al menos siete mil personas han sido obligadas a someterse al programa de esterilización. El 21 de octubre de 2010 el diario The Guardian²⁵ informaba de que una mujer fue forzada a abortar. Luo Yanquan, marido de la mujer, denunció que más de una docena de personas, oficiales de planificación familiar, entraron en su casa, golpearon a su mujer y se la llevaron para ingresarla durante tres días en una clínica abortiva. Allí, prosigue Luo, le inyectaron una sustancia que provocó la muerte del bebé. Un oficial del distrito Siming miembro de la comisión de planificación familiar confirmó a 'The Guardian' que existía un registro de la mujer de Luo. No obstante, señala que el aborto fue voluntario y que estaba embarazada de seis meses en lugar de ocho. Además, aseguró que Luo aprobó el aborto de su esposa, algo que el interesado ha desmentido. "Jamás he firmado papel alguno. Nadie de mi familia lo ha hecho". Según publicaba el diario El País, la Asamblea Nacional Popular había adoptado a finales de 2013 una resolución que admite que, en caso de que alguno de los padres sea hijo único, puedan las parejas tener dos²⁶.

Y es que el objetivo de la reducir la población a cualquier precio provoca que estas conductas no se condenen. El silencio de organizaciones internaciones, de Estados, o de ONGs defensoras de los derechos humanos es clamoroso. No obstante, hay excepciones. La Exhortación Apostólica “Familiaris Consortio” de Juan Pablo II señala en su punto 30 que “hay que condenar totalmente y rechazar con energía cualquier violencia ejercida por tales autoridades a favor del anticoncepcionismo, e, incluso, de la esterilización y del aborto procurado. Al mismo tiempo, hay que rechazar como gravemente injusto el hecho de que

²⁴Consultado en <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1103579,00.html>

²⁵<http://www.guardian.co.uk/world/2010/oct/21/chinese-woman-abortion-forced>

²⁶ http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/28/actualidad/1388224041_080576.html

en las relaciones internacionales, la ayuda económica concedida para la promoción de los pueblos esté condicionada a programas de anticoncepcionismo, esterilización y aborto procurado”²⁷. No obstante, parece que la tendencia va cambiando: El Parlamento Europeo aprobó una Resolución de 5 de julio de 2012 sobre el escándalo del aborto forzoso en China. El acuerdo se adoptó porque el 2 de junio de 2012 una mujer embarazada de 7 meses, Feng Jianmei, fue secuestrada y sometida a un aborto forzoso en Zhenping (provincia de Shanxi). Las autoridades locales le habían solicitado a la familia un depósito de garantía que, de acuerdo con lo manifestado por el marido, era una multa por tener un segundo hijo, siendo obligada la mujer a firmar un consentimiento informado para abortar al no pagar la multa y fue internada bajo vigilancia en el hospital. Recuerda la resolución que la Unión Europea ha suministrado y todavía suministra fondos para organizaciones implicadas en políticas de planificación familiar en China. Condena enérgicamente la decisión de forzar a la señora Feng a abortar y condena en general la práctica de abortos y esterilizaciones forzosas, especialmente en el contexto de la política de un solo hijo. Toma nota del hecho de que el caso de la señora Feng fue ampliamente conocido gracias a Internet y enfatiza la importancia de la libertad de expresión, incluyendo la que se produce on line. Urge a la Comisión a asegurar que la financiación de proyectos no infringe lo dispuesto en la Sección III, Título 21 del Presupuesto General de la Unión Europea para 2012. Por su parte, el informe de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia publicado en octubre de 2012, afirma que *“existe evidencia de una larga historia de esterilizaciones forzadas, sin el consentimiento de las mujeres, incluyendo mujeres romaníes y mujeres con discapacidad (...) Reportes han documentado esterilización coercitiva a mujeres viviendo con VIH/SIDA en África y Latino América. Persisten temores respecto a minorías raciales y étnicas, VIH positivas, mujeres de bajo ingreso económico, usuarias de drogas ilegales, mujeres con discapacidad y otras mujeres vulnerables en el mundo que aún están siendo esterilizadas sin el adecuado libre e informado consentimiento”*. Añade el informe que *“el consentimiento de la mujer para la esterilización no debe ser una condición para tener acceso a servicios de salud como tratamiento para VIH/SIDA, parto natural, cesárea, aborto o cualquier otro beneficio como seguro médico, asistencia social, trabajo, o dar de alta a persona institucionalizada. Además el consentimiento no debe solicitarse cuando la mujer está en situación de*

²⁷

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_sp.html

*vulnerabilidad como por ejemplo cuando va a una interrupción del embarazo, está en trabajo de parto o cuando está en el pos-parto inmediato o sufriendo alguna de sus consecuencias (...) la esterilización para la prevención de embarazos futuros, no puede estar éticamente justificada dentro del terreno de una emergencia médica. Aún si un futuro embarazo pone en riesgo la vida y la salud de la mujer, ella no quedará embarazada inmediatamente, por lo tanto se debe dar tiempo y soporte a las necesidades de la mujer para que pueda hacer un adecuado proceso para tomar la decisión. Su decisión informada, debe ser respetada aún si se considera que la decisión tomada puede ser de riesgo para la salud de la mujer*²⁸. En el mismo sentido el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez de 1 de febrero de 2013 y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos²⁹. En el mismo se dice que un problema cada vez más generalizado es la esterilización involuntaria de mujeres de minorías étnicas y raciales, mujeres de comunidades marginadas y mujeres con discapacidad a causa de la noción discriminatoria según la cual no son "aptas" para tener hijos. La esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³⁰.

A nivel internacional, el impacto de la esterilización en el descenso de las tasas de natalidad es controvertido. Si la opción de la esterilización es verdaderamente voluntaria, los efectos son escasos, pues recurren a ella sólo las mujeres que han tenido ya un número de hijos superior al que habrían deseado, y que no tienen dudas sobre la posibilidad de repensar la decisión de no tener más. Para que haya caídas considerables de la tasa de fertilidad, las mujeres sometidas a la intervención deben ser jóvenes con pocos hijos, o sin ellos. En este

²⁸ Consultado en <http://www.figo.org/files/figo-corp/Spanish%20Ethical%20Issues%20in%20Obstetrics%20and%20Gynecology.pdf>. Págs. 437 y 438 de la versión en español.

²⁹El Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental que forma parte del sistema de las Naciones Unidas y que está compuesto por 47 Estados Miembros responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006.

³⁰Consultado en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf

caso es difícil que el recurso a la esterilización que no tiene retorno, sea plenamente voluntario³¹.

Todos estos abusos se producen aunque ni siquiera existe un consenso absoluto sobre el hecho de que el crecimiento de la población sea insostenible. “Naciones Unidas han estimado la cifra máxima de la población de la tierra en 12.300 millones de personas; Colin Clark prevé posibilidades ilimitadas de población en nuestro planeta de hasta 150.000 millones de personas; la FAO sitúa su cifra entre 50 y 60.000 millones y el centro de estudios demográficos de la Universidad de Harvard en 97.000 (...)”³². El problema actual no es que los habitantes de los países en desarrollo se estén reproduciendo sin control. En los años cincuenta las mujeres del llamado tercer mundo daban a luz a una media de 6 niños cada una, mientras que ahora no pasan de tres. Un asesor de la ONU señaló, en términos no muy políticamente correctos, que no es que la gente de repente se haya puesto a reproducirse como conejos, es que ya no mueren como moscas³³. No se pueden trivializar los retos que plantea la demografía. Pero lo cierto es que el número de pobres y hambrientos ha descendido y si no lo ha hecho más ha sido por falta de voluntad política, habiendo incumplido los países más desarrollados incluso los compromisos que ellos mismos habían asumido. La propia FAO reconoció en 2002 que el hambre en el mundo no se debía principalmente a la falta de recursos, sino a un reparto injusto de los alimentos³⁴. El 6 de noviembre de 2009 en un artículo del diario El País titulado “¿somos demasiados?” se decía que “las tasas de natalidad han disminuido en un 50% en los últimos 30 años, y se espera que se reduzcan aún más (...) En 2050 se prevé que la fertilidad mundial sea de tan sólo 1,85 niños por mujer”. Añade que el científico y escritor británico Fred Pearce afirma que “es evidente que el problema es el consumo excesivo de los países desarrollados y no la sobrepoblación de los más pobres”. El consumo de una persona en EE UU emite 20 toneladas de dióxido de carbono cada año; el equivalente de dos europeos, cuatro chinos, diez hindúes o 20 africanos. El 80% de la población pagaría las consecuencias económicas y ambientales del consumo de un 20%. Stephen Pacala, director del Instituto Ambiental de

³¹Rocella, E. y Scaraffia, L. *Contra el cristianismo. La ONU y la Unión Europea como nueva ideología*. Ed. Cristiandad. Madrid (2008). Pág. 146.

³²Toledano. *Op. cit.* Pág. 56 en nota al pie.

³³Lomborg, B. *The Skeptical Environmentalist*. Press Syndicate of the University of Cambridge. 2001. Pág. 46.

³⁴Mecure, P. F. L'obligation alimentaire des pays en développement. *Canadian Year Book of International Law*, n° 40 (2000). Págs. 63 a 65.

la Universidad de Princeton (EE UU), calcula que los 500.000 habitantes más ricos del mundo -cerca de un 0,7% de la población actual- son responsables del 50% de las emisiones de dióxido de carbono del mundo. En este sentido, Ramírez García recogiendo la opinión de otros autores, señala que si bien no es posible ignorar que existen límites demográficos asociados a la capacidad de sustentación del planeta, el concepto de superpoblación (...) no es un concepto respaldado con solvencia científica suficiente. De tal manera que mucha gente se plantea cada vez más por qué se da por supuesto un determinado sistema de producción y de consumo, teniendo todo lo demás que amoldarse a sus exigencias: no se parte de la base humana adecuando a ella el sistema de producción y consumo y las estructuras de poder que lo sostienen, sino que se procede al revés³⁵. De hecho, según un estudio del Deutsche Bank la población mundial comenzaría a declinar a partir de 2050³⁶.

Es más, en algunas zonas del planeta el problema al que se enfrentan las sociedades no es el exceso de población. En los países occidentales se experimenta lo que se ha dado en llamar el invierno demográfico que sufre con especial intensidad España. “La población española no renueva sus generaciones desde hace más de 20 años (...) sólo un 49% de las mujeres en edad fértil que tienen un hijo manifiestan intención de tener otro en los próximos años. Entre las mujeres que tienen 2 el porcentaje que manifiesta tener intención de buscar otro baja hasta el 6%. Y finalmente, entre las mujeres que tienen 3 hijos el 99% no tiene intención de tener más. Más todavía, se observa la tendencia creciente hacia la familia de un solo hijo. También la proporción de las parejas que no tienen hijos está creciendo”³⁷. En el diario El País (7 de julio de 2010) se publicaba un artículo titulado “su hijo es un bien de interés público”. En el mismo se afirma que las tendencias demográficas de las sociedades más evolucionadas son insostenibles a medio y largo plazo, según los expertos, sobre todo en el sur y el este de Europa, pero también en naciones del centro como Alemania o Austria. El cálculo es que España necesita alcanzar la tasa de 1,9 hijos por mujer para que el Estado de bienestar sea sostenible en esta cuestión, que no es menor. El desequilibrio entre la baja natalidad y la larga esperanza de vida puede hacer tambalear en el futuro todas las prestaciones, incluidas las vinculadas a cuatro derechos universales: educación y

³⁵ Ramírez García, H. S. Notas sobre la perspectiva del sur a propósito de la investigación con células madre y clonación humana. *Cuadernos de bioética* n° 54.

³⁶ Fuente diario ABC de 24 de septiembre de 2013

³⁷Toledano. *Op. cit.* Págs.139 y 140.

asistencia sanitaria gratuitas, pensiones y atención a las personas dependientes. Se olvida que los niños son también personas dependientes. Y, dada la escasez de ayudas y políticas dirigidas a su atención, parece que se cuidan solos. No es panacea el efecto de la inmigración. Puede aliviar la situación, pero no puede frenar el envejecimiento, solo ralentizarlo", explica el catedrático de Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, especialista en inmigración y demografía, Joaquín Arango. "Para que la inmigración afectara a la tasa de fecundidad tendría que haber flujos muy caudalosos, muy sostenidos y mucho más grandes. Y con la crisis económica, la situación está empeorando. El diario El Mundo en su edición de 22 de junio de 2010, recogía datos del INE que indicaban que los nacimientos caen en España un 5%, el primer descenso en 10 años. Y el 18 de junio de 2013, El País titulaba "La crisis ahuyenta a la cigüeña" e informa de que desde 2008, el año en el que comenzó a notarse el impacto de la recesión, el número de nacimientos se ha desplomado casi un 13%, según los datos del INE. Añadía que la culpa no es solo de la mala situación económica. Además, el segmento de población fértil (15-45 años) se reduce por la incorporación de generaciones cada vez menos numerosas. El envejecimiento de la población no es un fenómeno español, sino global. El 1970 el porcentaje de niños entre 0 y 14 años era del 37%, en el año 2000 era del 30% y se calcula que para 2100 sea del 18%. Por el contrario, la población de mayores de 60 años en el año 2000 era de 600 millones (10%), mientras que para el año 2150, se calcula que alcanzará 3 mil millones (30%). Los mayores de 80 años en el año 2000 eran el 1% mientras que en 2150 serán cerca de mil millones, lo que supondrá el 10%.³⁸

Además de lo dicho, existe un argumento adicional para sostener que estamos lejos de alcanzar un punto insostenible en número de población. Los países que están experimentando un crecimiento económico más rápido, son precisamente, los más poblados del mundo, como China, La India o Brasil.

1.1. Las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo.-

La corriente de pensamiento pesimista a la que nos hemos referido, fue recogida por la Organización de Naciones Unidas, que desde muy pronto prestó atención a los problemas

³⁸Van Look, P.F.A. Population growth in the new millennium: implications for patterns and trends in global health en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. Healy, Kovacs, McLachlan y Rodríguez-Armas (Ed.) The Parthenon Publishing Group. Nueva York (2002). Págs. 6 y 7.

derivados del crecimiento de la población organizando la celebración de diversas conferencias que, a partir de los años 70 del pasado siglo, contaban con la presencia de los Estados miembros. Para abordar este problema, como veremos a continuación, había dos posibles enfoques: el control de población como medio para asegurar el desarrollo económico y justo el contrario, favorecer el desarrollo económico de los países más pobres, lo que llevaría a frenar el crecimiento poblacional. Fue el primero de los enfoques el que acabó prevaleciendo. El mensaje que quedó es “vuestra pobreza no es culpa de nuestra rapacidad, sino de vuestra fecundidad”³⁹. Y añade este autor: “Para algunos cómodos intelectuales, los ovarios y úteros de las mujeres pobres son la fuente incesante de la mayor parte del sufrimiento humano. Este chivo expiatorio es fundamentalmente anti-mujer, porque implica que el cuerpo femenino debe ser temido, ya que es la causa de la ruina social y medioambiental y necesita realmente ser castrado”⁴⁰.

Hacemos un breve repaso de las medidas acordadas en las Conferencias Internacionales sobre Población.

1.1.a) Conferencia de Roma de 1954.- La Primera Conferencia Mundial de Población organizada por las Naciones Unidas se celebró del 31 de agosto al 10 de septiembre de ese año. Tuvo un perfil eminentemente académico y perseguía la finalidad de intercambiar información científica acerca de las variables demográficas, sus determinantes y consecuencias. Resolvió básicamente profundizar en el conocimiento demográfico de los países en desarrollo y fomentar la creación de centros de capacitación regional que contribuyeran al tratamiento de los temas de población y a la preparación de personal especializado en el análisis demográfico.

1.1.b) Conferencia de Belgrado de 1965.- Tuvo lugar el 30 de agosto al 15 de septiembre, con una participación mayoritaria de expertos en población y organizada por la IUSSP⁴¹ y

³⁹Franks, A. *Margaret Sanger's Eugenic Legacy*. Mcfarland & Company, Inc. Jefferson North Carolina (2005). Pág. 19.

⁴⁰*Op. cit.* Pág. 19. El texto original dice: for some comfortable intellectuals, the ovaries and wombs of impoverished women are the unceasing source of the bulk of human suffering. This scapegoating is fundamentally anti-woman, because it implies that the female body is to be feared, that it is the cause of societal and environmental downfall and really just needs to be neutered.

⁴¹ La IUSSP (International Union for the Scientific Study of Population) es una organización que promueve estudios sobre demografía y población. Fue fundada en 1928 y reconstituida en 1947. Incluye a 200 personas de todo el mundo especializadas en la materia. En su página web incluyen

las Naciones Unidas. En este encuentro internacional se incide en el análisis de la fecundidad como parte de una política para la planificación del desarrollo. Esta Conferencia se realiza en un momento en que confluyen los estudios sobre aspectos demográficos del desarrollo llevados a cabo por especialistas con el inicio de los programas de población subvencionados por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

1.1.c) Conferencia de Bucarest de 1974.- Se desarrolló entre el 19 y el 30 de agosto. En esta Conferencia, la primera de naturaleza intergubernamental, participaron representantes de 135 países. El énfasis del debate se centró en las relaciones entre los factores de población y el desarrollo. El proyecto de Plan de Acción de la Conferencia “insistía en que el obstáculo principal para el desarrollo económico y sociocultural de los pueblos pobres era el enorme crecimiento de sus poblaciones, su desbordante e irresponsable fecundidad, favorecida por su incultura y su indolencia en la explotación de los recursos naturales”⁴². Desde ese momento se establece una división entre los países más desarrollados que consideran que la solución del problema está en un férreo control de población y los países en vías de desarrollo que consideran que el problema lo constituye un modelo determinado de desarrollo. Los países asiáticos y europeos, junto con Estados Unidos sostuvieron la posición de que el rápido crecimiento de la población agravaba los problemas de desarrollo económico y social y por lo tanto merecían atención urgente. Países como Indonesia y La India dieron un fuerte apoyo a los programas de planificación familiar dentro del contexto general del desarrollo⁴³. Finalmente, el Programa de Acción fue aprobado por consenso con la sola excepción de la Santa Sede. Se declara en el mismo que todas las parejas y los individuos tienen el derecho fundamental a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y a obtener información, educación y medios para ello. Esta Declaración tiene un enorme interés porque introduce unos elementos nuevos respecto de la aprobada en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968. En ésta se reconoció el derecho humano básico de los padres a determinar libre y responsablemente el número y el espaciamiento de los hijos, que se incardina claramente en

estudios favorables a la regulación del aborto como derecho de la mujer en todos los países.
http://www.iussp.org/About_IUSSP/2funding.php

⁴² Amor Pan, J.R. Las Conferencias Internacionales de Población, en *Acontecimiento (otoño 1995)*, Pág. 41.

⁴³ Shankar Shing, J. *Creating a new consensus on population*. Earthscan Publications Ltd. London (1998).Pág 8.

el derecho a formar una familia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La referencia a las parejas e individuos es una ampliación del concepto que abre paso a la libertad reproductiva, en el mismo sentido que la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Eisenstadt v. Baird, a la que nos referiremos al analizar el uso de anticonceptivos.

1.1.d) Conferencia de Méjico de 1984.- Se celebró entre el 6 y el 14 de agosto. Tuvo lugar con el objeto de evaluar la ejecución del plan de acción mundial sobre población aprobado en Bucarest. Siguió la polémica suscitada en la Conferencia anterior. “El texto que servía de base a las discusiones seguía insistiendo de manera principal en una política de control de la población como instrumento para un desarrollo sostenible de todos los países⁴⁴”, incluyendo el reconocimiento del derecho al aborto. El acuerdo no se produjo. La Declaración Final aprobada señala el descenso en la tasa de crecimiento de la población, aunque se considera insuficiente; se hace referencia escueta al papel de las mujeres (preparando un cambio de orientación al que luego nos referiremos más extensamente); se mencionan los métodos de planificación familiar, pero no el aborto. Es más se incluyó una recomendación que señalaba que “deben darse pasos adecuados para ayudar a las mujeres a evitar el aborto (...) y, siempre que sea posible, suministrar tratamiento humanitario y consejo a las mujeres que hayan recurrido a un aborto”, añadiéndose después un inciso que se ha convertido en una cláusula de estilo, sin ninguna voluntad de cumplimiento, en el sentido de que el aborto en ningún caso debería promoverse como medio de planificación familiar.

1.1.e) Conferencia de El Cairo de 1994.- Se celebró entre el 5 y el 13 de septiembre. Participaron más de 180 Estados. Puesto que en la misma se formulan principios que, interpretados de un forma determinada, han inspirado directamente la legislación española y, dado que el objetivo del control de población se formula bajo la más presentable apariencia de la defensa de los derechos de la mujer, introduciendo una primera conexión entre los elementos que mencionamos más arriba, nos detendremos aquí con mayor detalle que con las anteriores.

⁴⁴ Amor Pan, J.R. Op. cit., Pág. 43.

El proceso de gestación y alumbramiento de esta Conferencia sobre población fue largo, laborioso y polémico. La Santa Sede reaccionó con fuerza contra el documento de trabajo que serviría de base a la Conferencia. En la polémica entraba el aborto, los conceptos nuevos de salud sexual y reproductiva, los anticonceptivos, etc.⁴⁵. A partir de ese momento, se presenta al Vaticano, a los países iberoamericanos y algunos islámicos que se oponían a esta formulación como contrarios al progreso de la Humanidad y a los derechos de las mujeres. Finalmente, el Programa de Acción que aprobó la Conferencia vincula estrechamente la población y el desarrollo sostenible. También se hace eco del acuerdo general de que la pobreza y la desigualdad hombre-mujer tienen una gran influencia en parámetros demográficos tales como el crecimiento, la estructura y distribución de la población. Como señala Alkorta, el texto final evita cuidadosamente la expresión planificación familiar y considerar los métodos anticonceptivos en el contexto del derecho a la salud. En definitiva, parece que la expresión planificación familiar ha pasado de moda y ha sido reemplazada por la más comprensiva salud reproductiva. No en vano, añade esta autora, se había criticado la identificación entre liberación de la mujer y políticas demográficas, por entender que se estaba poniendo el derecho a la igualdad de las mujeres al servicio del objetivo de control del crecimiento de la población. La crítica a la instrumentalización de la libertad reproductiva de la mujer provocó un cambio sustancial en la estrategia de la defensa de aquel derecho, que se trasladará de la órbita de las preocupaciones demográficas a la de la necesidad de protección y garantía de los derechos humanos individuales⁴⁶.

De todas formas el cambio de perspectiva no afecta a la esencia de la ideología malthusiana que anima estas Conferencias, pues después de definir los derechos reproductivos como derechos humanos, no deja de mencionar “la planificación de la familia”. Primero se define la salud reproductiva

“Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva

⁴⁵ Toledano, A.L. *Op. cit.* Pág.46.

⁴⁶ Alkorta Idiákez, I. *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado.* Ed. Aranzadi (2003), págs. 294 y 295.

entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y el de planificación de la familia de su elección, así como otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo, y ofrezcan a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”⁴⁷.

Y después teniendo en cuenta la definición anterior se señala que

“los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de los hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia”.

La redacción hace pensar que se limita a reunificar un conjunto de derechos ya reconocidos. Sin embargo, esto no es así, como veremos en este trabajo. Los derechos reproductivos se hacen pasar como ya existentes porque en el punto 1.15 del Preámbulo se afirma categóricamente que “la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo no crea ningún derecho humano internacional nuevo”. Además, si se observa la

⁴⁷ Párrafo 7.2 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo. Consultado en http://www.unpfa.org/spanish/icpd/icpd_poc.htm

redacción, se otorga a los individuos un alto grado de autodeterminación, salvo que la misma choque con las políticas de control de población: “el individuo y la familia no gozan, pues, de la plena disponibilidad de los derechos reproductivos: estos deben ser administrados según un impreciso concepto de responsabilidad social y comunitaria (no personal), de la que se hacen garantes los gobiernos”⁴⁸.

También se rechaza en el Programa de Acción el aborto como método de planificación familiar y se afirma que los Gobiernos deben luchar para que las mujeres no recurran a él (cap. 7.24), y cuando éste sea legal, que se realice en condiciones que no pongan en peligro la vida de la madre. Aunque hay un pequeño matiz de redacción respecto de la Conferencia anterior, en la firmeza respecto de su evitación, que es menos contundente y, por otra parte, se hace referencia a su legalización.

El texto final fue objeto de aprobación por todos los Estados participantes, si bien se formularon diversas reservas verbales y escritas. Hacemos referencia a las mismas porque la inmensa mayoría afectan a los derechos reproductivos. Las reservas versaron tanto sobre el concepto de familia (que según los Estados que efectuaron la reserva debe utilizarse para denominar la unión entre hombre y mujer) y en relación con la protección de la vida prenatal. Fueron realizadas fundamentalmente por los estados hispanoamericanos y musulmanes⁴⁹. Por lo que se refiere a la posición de la Santa Sede señaló los aspectos positivos que le han llevado a sumarse al acuerdo: dice que el documento es notable por sus

⁴⁸Rocella, E. y Scaraffia, L. *Op. cit.* Pág. 119.

⁴⁹El caso de Irán es singular. Su única objeción fue que no se tuvo en cuenta el papel de la religión y de los sistemas religiosos en la movilización de la capacidad para el desarrollo y que la educación sexual de los adolescentes sólo será productiva si (...) tiene por objeto evitar la desviación moral y las enfermedades fisiológicas. No cuestionó el objetivo del control de la población pues estaba llevando a cabo una exitosa política de planificación familiar que hizo pasar de una tasa de natalidad del 3% entre 1956 y 1986 a otra del 0,7% en 2007. Ahora se están replanteando la cuestión. El diario El País en su edición de 18 de mayo de 2010 daba cuenta de que Mahmud Ahmadineyad había dicho que la política de "dos es suficiente" ha quedado desbancada por el estatus de potencia regional que reclama para su país. Así que está tratando de convencer a sus conciudadanos para que sean más prolíficos y les ha prometido ayudas de 10 millones de riales (unos 780 euros) por hijo. Añadió que "los occidentales decidieron controlar la población hace 40 años... y mírenles. Su población es vieja y [continúa] envejeciendo".

afirmaciones contra todas las formas de coerción en las políticas demográficas. Se reconoce la protección y el apoyo que necesita la unidad básica de la sociedad, a saber, la familia fundada en el matrimonio. Se ponen de relieve el adelanto de la mujer y el mejoramiento de su condición jurídica y social, mediante la educación y mejores servicios de salud. También se examina la migración, un sector desatendido en las políticas demográficas. Se exhorta también a que se respeten más las creencias religiosas y culturales de las personas y las comunidades. Rechaza, no obstante, que a diferencia de los documentos de las conferencias anteriores, se reconozca el aborto como una dimensión de la política demográfica y, de hecho, de la atención primaria de la salud. En concreto dice que la Santa Sede considera que las expresiones “salud sexual” “derechos sexuales”, “salud reproductiva” y “derechos reproductivos” deben aplicarse a un concepto holístico de la salud, a la persona en la totalidad de su personalidad, mente y cuerpo, y que promueven el logro de la madurez personal en la sexualidad, el amor recíproco y la adopción de decisiones que caracterizan a la relación conyugal conforme a las normas morales. La Santa Sede no considera que el aborto o el acceso al aborto constituyan una dimensión de esas expresiones.

2. Ideología de género.- Es suficientemente conocida la discriminación que ha sufrido (y sufre todavía en muchos lugares) la mujer a lo largo de la Historia en el aspecto social, económico, político..., lo que ha tenido reflejo en la regulación jurídica. Esta discriminación se ha extendido a lo largo de la historia. Sirva como ejemplo citar la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Bradwell v. State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1872) que analizaba el caso de Myra Bradwell una mujer casada que pretendió darse de alta en el Colegio de Abogados del Estado para ejercer como tal. En principio, se rechazó su petición porque por su estado civil, no serían vinculantes ni los contratos ni los compromisos que se establecen entre abogado y cliente. El Tribunal Supremo de Illinois confirmó la decisión considerando que la norma que regulaba el acceso a la profesión de abogado se dictó en un momento en el que resultaba de aplicación el derecho común inglés y que la existencia de mujeres abogado en Inglaterra era desconocida⁵⁰. El Tribunal Supremo Federal confirmó el criterio por una mayoría de 8 a 1. La confirmación se basa, no tanto en la incapacidad de la mujer para desarrollar la función de abogado, como en un criterio técnico, entendiendo que los

⁵⁰ Como ejemplo de cómo puede cambiar la visión social sobre una cuestión, dice la sentencia con el fin de reforzar lo absurdo de la idea, que la propuesta de que una mujer entrase en las salas de justicia de Westminster causaría apenas menos asombro que una que fuera promovida a una sede episcopal o fuera elegida para ocupar un escaño en la Cámara de los Comunes.

privilegios e inmunidades que garantiza la enmienda decimocuarta de la Constitución a todos los ciudadanos americanos con independencia de en qué parte del territorio residan, no comprende el derecho a ejercer una determinada profesión. No obstante, el Magistrado Bradley emitió un voto concurrente con el de la mayoría en el que afirma que, en su opinión, a la vista de las peculiares características, destino y misión de la mujer, corresponde a la competencia de cada Estado determinar qué funciones, puestos y vocaciones deben ser cubiertas y desempeñadas por hombres, recibiendo así el beneficio de aquellas energías y responsabilidades y de la decisión y firmeza que se presume predomina en el sexo más fuerte.

También en el Derecho español, la redacción originaria del Código Civil establecía la subordinación de la mujer casada a su marido. Con la reforma de 2 de mayo de 1975, el marido deja de ser el representante legal de su mujer, pero, salvo estipulación en contrario en capitulaciones matrimoniales, era al marido al que corresponde la administración de la sociedad conyugal. Es la Constitución de 1978 la que en su artículo 14 establece la igualdad de todos ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo. Además, el artículo 32 insiste sobre esta cuestión proclamando que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Pero no era sólo en el ámbito del Derecho privado y de Familia donde se daba esta discriminación. Por ejemplo, el delito de adulterio sólo podía ser cometido por la mujer; ésta perdía la nacionalidad española si contraía matrimonio con un extranjero y hasta bien entrado el siglo XX no tuvo reconocido en derecho de sufragio⁵¹. La plena equiparación jurídica entre hombre y mujer que existe hoy en el mundo occidental se debe, sin duda, a la

⁵¹ Como es sabido el reconocimiento del derecho de sufragio activo se reconoció a las mujeres en el artículo 36 de la Constitución de la II República. Las mujeres se habían movilizado a través de diversas organizaciones, siendo la más importante la Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME) integrada por un grupo heterogéneo de mujeres de clase media, maestras, escritoras y esposas de profesionales. La defensa parlamentaria del voto femenino se debió a la diputada radical Clara Campoamor y recibió el rechazo de las fuerzas republicanas de izquierdas que desconfiaban de la influencia que podía ejercer la Iglesia Católica sobre el voto de las mujeres. En el artículo “El voto y la paridad” publicado en el diario El País de 4 de octubre de 2001 firmado por un grupo de diputadas socialistas (entre ellas María Teresa Fernández de la Vega y Carme Chacón) recuerdan la oposición de la otra parlamentaria, Victoria Kent y que “el Partido Socialista (...) estaba dividido. Indalecio Prieto fue uno de los detractores. Cuentan las crónicas que abandonó el hemiciclo gritando que 'se había dado una puñalada traperera a la República". Clara Campoamor fue acusada de la derrota de la izquierda en las elecciones de 1933.

reivindicación y lucha de muchas mujeres. Pero el feminismo es un fenómeno complejo en el que existen numerosas corrientes. No obstante, la que tiene una presencia dominante en la actualidad es la que denominamos feminismo de género siguiendo la terminología acuñada por Christina Hoff Sommers⁵². Dice esta autora que mientras el feminismo de primera ola buscaba para las mujeres los mismos derechos ante la ley que los disfrutados por los hombres, el feminismo de segunda ola considera que las mujeres, incluso las actuales mujeres occidentales, están esclavizadas por un sistema “heteropatriarcal” de dominación masculina. El sexo biológico no implica por sí mismo ninguna diferencia, sino que los niños son educados para desempeñar los roles de género masculino y de género femenino, los primeros destinados a mandar y las segundas a obedecer. Se llegó a la conclusión de que los rasgos tendenciales propios femeninos no eran más que manifestaciones de inferioridad. Las mujeres trataron de resaltar aquello que más las asemejaba a los varones. Se aceptan como modelo las pautas existentes derivadas de la idealización de las características masculinas y de la aceptación del modus vivendi resultante⁵³. Añade esta autora que en la década de los 90, en nuestro país, en la línea de otras propuestas internacionales, distintas autoras han analizado el comportamiento económico de las mujeres resaltando la necesidad de desarrollar un marco de análisis integrador entre la esfera familiar, la esfera mercantil y la esfera pública que acabe con el sesgo androcéntrico. Ello supone, entre otras cosas, hacer visible en las cuentas nacionales el trabajo doméstico, aunque esta propuesta no está exenta de controversia, ya que puede reforzar el papel del ama de casa en lugar de instar a las mujeres a acceder al mercado de trabajo.

Si bien el feminismo de género no es un fenómeno reciente, pues ya había sido tratado por Simone de Beauvoir en “El segundo sexo” en 1949⁵⁴, la distinción entre sexo y género se desarrolla posteriormente y alcanza reconocimiento incluso legal, a partir de los años 90 del siglo pasado. Las corrientes más extremas proponen como ideal el lesbianismo. Dice a este

⁵²Hoff Sommers, C, *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women*. Editorial Touchstone/Simon & Schuster, Nueva York (1995). Pág. 22.

⁵³Beltrán Predreira, E. La construcción de la igualdad constitucional en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 575.

⁵⁴“No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino”. *El segundo sexo*. Ediciones Siglo XX. Argentina (1982). Pág. 109.

respecto Monique Witing que “el lesbianismo proporciona por el momento la única forma social que nos permite vivir libremente. El término lesbiana es el único concepto que conoce que está más allá de la categoría de sexo (hombre o mujer) porque el sujeto al que se refiere (lesbiana) no es una mujer, ni económica, ni política ni ideológicamente. Porque lo que constituye una mujer es una específica relación social con un hombre, una relación que ha llamado previamente servidumbre, una relación que implica obligaciones personales, físicas y económicas (residencia forzosa, fatiga doméstica, deberes conyugales, ilimitada producción de hijos), una relación de la que las lesbianas escapan rechazando convertirse en o permanecer siendo heterosexuales”⁵⁵.

Desde esta perspectiva el embarazo es considerado como algo negativo, expresión del sometimiento de las mujeres y todos los medios para evitarlo han de estar disponibles. La defensa de la vida prenatal es objeto de crítica, pues se dice, “incurren en el defecto de partida de considerar a las mujeres como máquinas reproductoras biológica y afectivamente determinadas, un enfoque del pensamiento patriarcal que limita de entrada las posibilidades de autorrealización femenina al supeditar sus perspectivas vitales a una especie de mandato de su naturaleza llamado a encauzar su futuro (...) las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre –y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres- si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad, entre los que se encuentra un posible embarazo”⁵⁶. Rich afirmó que “una estrategia apropiada y viable del derecho al aborto es la de informar a toda mujer que la penetración heterosexual es una violación, sea cual fuere su experiencia subjetiva contraria”⁵⁷. Se llega a la paradoja de que la defensa de la mujer lleva a renegar de su propio cuerpo defendiendo una sexualidad típicamente masculina, para vivir la cual es necesaria la ayuda de la tecnología y la medicina. “La forma en la que se propaga la especie es determinada socialmente. La división estricta del trabajo por sexos, un invento social común a toda sociedad conocida, crea dos géneros muy separados y la necesidad de que el hombre y la mujer se junten por razones económicas. Contribuye así a orientar sus exigencias sexuales hacia la realización heterosexual y a asegurar la reproducción

⁵⁵Witing, M. One is not born a woman, en *The second wave, a reader in feminist theory*. Edited by Linda Nicholson. Ed. Routledge London. (1997). Pág 271.

⁵⁶Laurenzo Copello, P. Aborto y derecho a la sexualidad: Un nuevo marco para un viejo debate. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 7 . Págs. 26 a 35.

⁵⁷Rich, A. Compulsory Heterosexuality and lesbian existence, en *Blood, Bread, and Poetry*. Norton, 1994. Pág. 70.

biológica. En sociedades más imaginativas, la reproducción biológica podría asegurarse con otras técnicas⁵⁸.

El feminismo de género es un sistema cerrado e inmune a la crítica. No puede apelarse a la naturaleza, ni a la razón, ni a la experiencia, ni a las opiniones o deseos de las mujeres, porque, en su criterio todo esto no es más que una prueba adicional de la conspiración patriarcal masiva en contra de la mujer.

Otras mujeres reniegan de esa visión: “Compartimos plenamente la opinión de que no se puede presentar a las mujeres únicamente como madres y esposas, pero lo cierto es que ellas son madres y esposas, y no por jugar un rol, como si de representar un papel artificial impuesto desde fuera se tratara. La mayoría de las mujeres viven su sponsalidad y maternidad como una vocación, fruto de una elección libre y responsable con la que se sienten plenamente autorrealizadas: esta es la realidad más común, y no la excepción, como pretenden presentarla. (...) Negar que esta relación define a la mujer y le confiere ciertas responsabilidades específicas es no querer reconocer la evidencia, o al menos, las vivencias de la mayor parte de las mujeres. Pero en este tipo de reivindicaciones las gender feminists se equivocan, porque no tienen en cuenta realmente la vida de muchas mujeres, por el contrario, ellas han creado el estereotipo opuesto no hablando nunca de forma positiva de las mujeres que libremente son sólo madres y esposas”⁵⁹. En realidad, el feminismo de género fracasa totalmente en conceptualizar la realidad del embarazo en el que la mujer embarazada y el feto son interdependientes, no individuos autónomos ejerciendo derechos uno contra el otro⁶⁰.

La idea de que el modelo de sexualidad vigente considera a la mujer como un cuerpo imperfecto que necesita la ayuda de la ciencia para liberarse de sus limitaciones no necesita, no obstante, para ser refutada, de una concepción metafísica. Richard Dawkins, biólogo y ateo militante, mantiene que “somos máquinas de supervivencia, vehículos

⁵⁸Harmann, H. The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism en *The Second Wave. A reader in feminist theory* Linda Nicholson ed. Routledge Nueva York (1997). Pág. 16.

⁵⁹De Vega Gutiérrez, A. M. Los “derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida? En *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Vidal Martínez (Coord.) Editorial Comares. Albolote (Granada) 1998. Pág. 18.

⁶⁰Godwin Phelps, T. The Sound of silence breaking: catholic women, abortion and the law. *Tennessee Law Review* 547 (1992).Págs 547 a 569.

autómatas programados a ciegas con el fin de preservar egoístas moléculas conocidas con el nombre de genes”; añade que “a menudo es posible representar a los machos como jugadores de altas apuestas que afrontan un elevado riesgo, y a las hembras como a inversoras seguras (...) Debido a las diferencias fundamentales entre el tamaño y número de los espermatozoides y los óvulos, los machos, en general, tienden a ser propensos a la promiscuidad y a la carencia de solicitud paternal (...) es posible que los machos humanos, en general, tengan tendencia a la promiscuidad y las hembras a la monogamia, como pronosticaríamos hablando en términos evolutivos”⁶¹. Y es que autores que nada tienen que ver con creencias religiosas han puesto de manifiesto la caída en desgracia de la creencia de que el mundo de los hechos y el mundo de los valores estaban separados por completo, una creencia que se basaba en la tesis de la falacia naturalista⁶².

Pese a que dista de ser una doctrina universalmente compartida, la ideología de género ha ido progresivamente encontrando eco en la ONU:

2.1 Conferencias sobre la mujer.- Las Naciones Unidas han organizado cuatro Conferencias sobre la Mujer. En ellas, progresivamente, se han ido acogiendo los postulados del feminismo de género.

2.1.a) Conferencia de México.- Tuvo lugar del 19 de junio al 2 de julio de 1975. De la cada vez mayor participación de la mujer en la vida pública da muestra el hecho de que de las 133 delegaciones de Estados Miembros allí reunidas, 113 estaban encabezadas por mujeres. En el Informe Final⁶³ se recoge una Declaración sobre la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz que responde a la división ideológica del mundo en aquel momento: las mujeres de los países occidentales ponían el acento en la igualdad, las de países de la órbita soviética en la paz, mientras que las pertenecientes a los llamados entonces Países No Alineados, en el desarrollo. En la introducción se desliza una idea muy querida al feminismo de género, la consideración de las mujeres como un colectivo unitario, como una clase explotada, pues reconoce que “las mujeres del mundo entero,

⁶¹ Dawkins, R. *El Gen Egoísta*. Salvat Editores, S.A. (2002) Págs. 73, 210 y 214.

⁶² García Manrique ¿necesitamos una nanoética? (La nanoética como disciplina específica) en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010). Pág. 26.

⁶³ <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf>

cualesquiera que sean las diferencias que existen entre ellas, comparten la dolorosa experiencia de recibir o haber recibido un trato desigual y dado que su conciencia de este fenómeno aumenta, se convertirán en aliadas naturales en la lucha contra cualquier forma de opresión, tal como es practicada bajo el colonialismo, neocolonialismo, sionismo, discriminación racial y apartheid”.

No obstante, se recogen y proclaman una serie de principios que difícilmente pueden discutirse, destinados a garantizar la plena igualdad jurídica, afirmando en el punto 1 que la igualdad entre hombres y mujeres significa igualdad en su dignidad y valor como seres humanos y también igualdad en sus derechos, oportunidades y responsabilidades. Además, trata de garantizar que la igualdad sea real. Se proclama en el punto 5 que las mujeres y los hombres tienen iguales derechos y responsabilidades en la familia y en la sociedad. La igualdad entre hombres y mujeres debe ser garantizada en la familia, que es la unidad básica de la sociedad y donde se cultivan las relaciones humanas. Los hombres deben participar de una forma más activa, más creativa y responsable en la vida familiar para posibilitar que las mujeres se impliquen más activamente en las actividades de sus comunidades con vistas a combinar las posibilidades de ambos miembros de la pareja en el hogar y en el trabajo.

Pese a incidirse en los postulados neomalthusianos apoyando las recomendaciones de la Conferencia sobre población, sólo dos de los párrafos del Plan de Acción, hacen referencia a cuestiones reproductivas y con una perspectiva muy alejada del feminismo de género. La salud no se contempla como pleno y completo bienestar, sino que se insta a prestar especial atención a las necesidades de salud especiales de las mujeres, mediante el suministro de: servicios prenatales, postnatales y de parto; servicios ginecológicos y de planificación familiar durante los años fértiles; servicios de salud integrales y conjuntos dirigidos a todos: bebés, niños en edad preescolar y escolar, sin prejuicios basados en el sexo; cuidado específico para las chicas preadolescentes y adolescentes y para la menopausia y la tercera edad.

En el apartado referido a la familia, afirma que deberían colocarse en un alto grado de valoración las actividades del hogar si se desea que el grupo familiar se mantenga y cumpla sus funciones básicas de procreación y educación de los hijos. Más adelante proclama que

durante el matrimonio el principio de igual derechos y responsabilidades significa que ambos miembros de la pareja deben desarrollar un rol activo en el hogar, teniendo en cuenta la importancia de compatibilizar las responsabilidades del hogar y del trabajo.

La afirmación del derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de los hijos y a tener acceso a la información y medios para posibilitarla ejercitar ese derecho, resulta un tanto confusa. El párrafo 136 lo atribuye exclusivamente a la mujer; pero después incorpora también a los hombres al referirlo a los individuos y las parejas, para terminar reconociendo a los Estados un derecho soberano para determinar sus propias políticas de población. Aunque se afirma que todos los obstáculos legales, sociales y financieros para la extensión del conocimiento de la planificación familiar deben ser removidos, la perspectiva sigue siendo diferente de la actual. Mientras que para los modernos defensores de la libertad reproductiva el acento está exclusivamente en evitar nacimientos por cualesquiera medios (anticonceptivos, esterilización o aborto), en el documento se dice que la reducción de la mortalidad de los bebés y niños pequeños, además de ser un fin deseable en sí mismos es un prerrequisito de la limitación del número de embarazos, ya que, dice, pueden conseguirse un número menor de embarazos cuando hay una razonable expectativa de que el niño nacido alcanzará la edad adulta. Añade en este sentido que los programas de planificación familiar deben dirigirse por igual hacia hombres y mujeres y que deben dichos programas ser integrados y coordinados con la salud, nutrición y otros servicios destinados a aumentar la calidad de vida de la familia.

2.1.b) Conferencia de Copenhague.-5 años después, a mitad de la Década de la Mujer declarada por Naciones Unidas, tuvo lugar la segunda Conferencia. El Programa de Acción⁶⁴ comienza manifestando una cierta visión negativa de la maternidad, pues cifra la desigualdad entre hombres y mujeres en la división del trabajo entre sexos que ha sido justificada, según el documento, sobre la base de la función maternal de las mujeres, la cual es inherente a la feminidad.

Sin embargo, se recogen una serie medidas destinadas a la protección de la función social de la paternidad y de la maternidad. Destacan por su detalle las relativas a asegurar

⁶⁴

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Copenhagen/Copenhagen%20Full%20Optimized.pdf>

completas e iguales oportunidades y trato para las mujeres en el empleo, teniendo en cuenta que esto requiere que tanto los hombres como las mujeres tengan la posibilidad de combinar el trabajo retribuido con las responsabilidades del hogar y el cuidado de los hijos. Así, si bien el permiso de maternidad es un período destinado a proteger la salud de la mujer antes y después del parto, dado que el cuidado de los hijos es responsabilidad conjunta de los padres, deben ofrecerse permisos parentales para ambos. Se deben tomar medidas para facilitar la reincorporación de la mujer que dejó el trabajo por razones familiares. Se deben prohibir las sanciones y despidos por embarazo o maternidad. Deben adoptarse medidas de protección de seguridad e higiene en el trabajo que incluyan la salvaguarda de la función reproductiva y respecto de trabajos que pueden ser dañosos a la función reproductiva.

El punto 152 referido a la salud, señala como objetivo el dar alta prioridad a la formulación y puesta en práctica de políticas de alimentos y nutrición basados en las necesidades de las mujeres, particularmente de las embarazadas y las que dan de mamar a sus hijos. En la 162 se intenta prevenir las prácticas de mutilación que dañan el cuerpo y salud de las mujeres. No obstante, nuevamente nos volvemos a encontrar con la doctrina malthusiana pues se fija como objetivo una mejora en la salud física y mental de todos los miembros de la sociedad a través de la formulación de políticas demográficas. Como áreas prioritarias de acción se fija en el apartado 145 el asegurar la accesibilidad para todas las mujeres a cuidados de salud maternal (incluyendo cuidado durante el embarazo, el nacimiento y el cuidado postnatal) (...) y planificación familiar. En el apartado siguiente el objetivo es la inclusión en los programas de estudios para chicas y chicos de métodos de regulación de la fertilidad aceptables de manera que tanto hombres y mujeres pueden asumir la responsabilidad de la planificación familiar, promover la salud, seguridad y bienestar de madres y niños y capacitar a las mujeres para ejercitar el derecho de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos. La planificación familiar debe ser facilitada como uno de los medios de reducción de la mortalidad materna e infantil. Este párrafo vuelve a poner de relieve la confusión en la titularidad de los derechos reproductivos. Mientras que al principio se habla de que se forme a los chicos y chicas en métodos de regulación de la fertilidad aceptables, luego el derecho vuelve a ser exclusivamente femenino, pues sólo a las mujeres les corresponde ejercitar el derecho de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

2.1.c) Conferencia de Nairobi.- Tuvo lugar en 1985. En su documento final⁶⁵ empiezan a reconducirse más claramente los derechos de las mujeres al control de población y se habla del papel que los roles productivos y reproductivos de las mujeres han jugado en la discriminación de las mujeres. El párrafo 156 afirma que la capacidad de las mujeres para controlar su propia fertilidad forma una importante base para el disfrute de otros derechos. Se remite al reconocimiento que se hizo en la Conferencia Internacional sobre Población en 1984 del derecho humano básico de todas las parejas e individuos para decidir libre e informadamente el número y espaciamiento de sus hijos (olvidando que acaba de referirse exclusivamente a las mujeres). No obstante, puesto que se trataba de una conferencia sobre la mujer y no sobre control demográfico se dice que el acceso a los servicios de planificación familiar debe ser alentado por los gobiernos independientemente de sus políticas de población y deben ser llevadas a cabo con la participación de las organizaciones de mujeres. Añade el párrafo 159 que la información sobre anticonceptivos debe estar disponible para las mujeres, desapareciendo de nuevo los hombres que sí eran mencionados en el párrafo anteriormente citado. Los programas de incentivos y desincentivos no deben ser coercitivos o discriminatorios y deben ser conformes con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, así como con los valores individuales y culturales.

Pese a todo, sigue la línea de la conferencia anterior, instando a que se adopten medidas en relación con el mundo laboral que aseguren un trato igualitario, señalando que las tareas del hogar y las responsabilidades parentales, deben ser reexaminadas con vistas a un mejor reparto de las responsabilidades entre hombres y mujeres (párrafo 121). Añade el párrafo 125 que el horario de trabajo flexible para todos se recomienda fuertemente como una medida para animar el reparto de las responsabilidades parentales y domésticas por mujeres y hombres. Y reitera lo acordado en la anterior Conferencia tanto respecto de los permisos parentales compartidos como respecto de la reincorporación de las mujeres que han estado fuera del mercado de trabajo por algún tiempo, incluyendo formación y subsidios. Los sistemas tributarios deben ser revisados para que la carga sobre las ganancias

65

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Nairobi/Nairobi%20Full%20Optimized.pdf>

combinadas de las parejas casadas no constituya un desincentivo para el empleo de las mujeres. Debe proveerse de guarderías accesibles para los padres trabajadores.

El 154 dice que los gobiernos deben suministrar apoyo para asegurar el suficiente descanso en el último trimestre del embarazo y mientras se esté dando el pecho. El párrafo 162 afirma que la preocupación sobre los riesgos laborales debe cubrir tanto a los trabajadores como a las trabajadoras y centrarse entre otras cosas en los riesgos que ponen en peligro su capacidad reproductiva y a los niños no nacidos. Los esfuerzos deben igualmente dirigirse a la salud de la mujer embarazada y de la que da el pecho.

2.1.d) Conferencia de Beijing.- Tiene lugar en 1995 y en la misma se produce un salto cualitativo. Aparecen por primera vez el término “género” definido de una forma específica y “empowerment”, término este último que no ha conseguido una traducción unívoca en español⁶⁶. La ideología de género subyace en todo el documento⁶⁷. Así, en el punto 27 del llamado Contexto Mundial no puede dejar de reconocer los avances en la superación de los roles productivos, de forma que las mujeres han empezado a entrar en áreas de trabajo anteriormente dominadas por varones y los hombres han comenzado a aceptar mayores responsabilidades en las tareas domésticas, incluyendo el cuidado de los hijos. Sin embargo, en vez de señalar aquellos aspectos en los que todavía es necesario tomar medidas para avanzar en la igualdad, considera que en muchos países no se ha asumido la ideología de género, como si la igualdad entre hombres y mujeres sólo pudiera alcanzarse aplicando los postulados que defiende esa particular visión. En coherencia con esta perspectiva, en el punto p) del objetivo estratégico C 3, nos encontramos con una medida que ha sido fielmente acogida por la LO 2/2010: debe garantizarse que los programas de las facultades de medicina y otros programas de formación sanitaria incluyan cursos sobre la salud de la mujer generales, obligatorios y que tengan en cuenta los aspectos relacionados con el género. Su aplicación concreta en el derecho español supone, a nuestro juicio, una violación de la libertad ideológica y de la libertad de cátedra. Nuestra LO 2/2010, incluso va más allá que la Conferencia en el ámbito educativo, pues ésta insta a eliminar, en los programas de educación académica sobre las cuestiones relacionadas con la salud de la mujer, cuando proceda, las barreras legales y reglamentarias que se oponen a la enseñanza de cuestiones

⁶⁶El diccionario Collins lo define como “atribución de poder”, lo que le priva de la carga ideológica que tiene. Ed. Collins. Glasgow (2005)

⁶⁷ <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

sexuales y de salud reproductiva. Pues bien, la LO 2/2010, en su artículo 5 establece que los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales garantizarán la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva. Es decir, impone la educación sobre salud sexual desde la perspectiva de género, cuando la Declaración de objetivos sólo pretende la eliminación de barreras que impidan la enseñanza de cuestiones sexuales y reproductivas, no que se haga desde una determinada opción.

Decimos que nuestra legislación ha ido más allá que los postulados de la Conferencia porque si bien los lobbies pretendieron que se consagrara totalmente la ideología de género, muchos Estados no compartían esa visión, de forma que los documentos finales, aunque presentan elementos de esa corriente, contienen también matices y correcciones, lo que se manifiesta en diversos puntos. Cuando se hace referencia a la familia se afirma, por primera vez en un documento de este tipo, que existen diversos modelos; pero a continuación se dice que debe reconocerse el importante papel jugado por las mujeres en muchos países en el cuidado de otros miembros de la familia, que es la unidad básica de la sociedad y como tal debe ser fortalecida. Cuando se dirige a los varones, propone información completa y fidedigna sobre conducta sexual responsable y sin riesgo, incluyendo diversos medios para la prevención del SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, entre los que se menciona la abstinencia. Se trata de una parte de la estrategia olvidada por las autoridades de muchos países, incluido España. Por último, propone prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad, incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos. Los métodos naturales de planificación familiar no han merecido mayor atención en nuestro país.

Otra manifestación de la ideología de género es la afirmación de la existencia de unos derechos humanos que serían titularidad exclusiva de las mujeres que, se dice, son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. Es decir, se pretende pasar de una Declaración Universal de Derechos Humanos, de la que las mujeres no debían quedar excluidas (objetivo que, desgraciadamente, no se ha conseguido en muchos países del mundo) a establecer un elenco de derechos exclusivos de las mujeres

basados sólo en el fenómeno de la reproducción; los hombres no gozan de ellos porque no tienen que enfrentar el problema del embarazo. En relación con los derechos exclusivos de la mujer se dice que los derechos a la procreación se basan en decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento en que desean tener hijos y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, así como en el reconocimiento del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluyen su derecho a adoptar decisiones en lo que se refiere a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Si prescindimos de la pretensión de reconocer el aborto como un derecho, no se alcanza a comprender por qué estos derechos no pueden ser disfrutados por el hombre. Es más, el punto 96 del documento llamado Contexto Mundial añade un último inciso que no deja de ser curioso porque en todas las legislaciones sobre el aborto la opinión del varón no cuenta en absoluto: “Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de *asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual*” (la cursiva es nuestra). Nada puede oponerse a la redacción que hace referencia a la asunción conjunta de la responsabilidad. Cuando la polémica del aborto se plantea, los defensores de la vida prenatal no están en contra de libre elección. Los individuos deben ser libres para decidir si tienen o no relaciones sexuales o si en ellas utilizan algún método anticonceptivo, pero si el embarazo se ha producido, ya no pueden decidir si quieren convertirse o no en padres, porque ya lo son, deben asumir “las consecuencias del comportamiento sexual”.

En relación con el aborto, resulta interesante destacar tres puntos. El primero se refiere a la ya consabida afirmación de que en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se trata de una afirmación contundente, pero vacía de contenido. En los países en los que se regula el aborto como un derecho de la mujer (y también en aquéllos que no, pero en los que se contempla la indicación relativa a la salud psíquica de la mujer) el aborto es un medio más para evitar tener un hijo. En Estados Unidos, por ejemplo, “las concepciones aumentaron un 30%, pero los nacimientos descendieron un 6%, lo cual indica que muchas mujeres utilizaban el aborto como método

radical de control de la natalidad”⁶⁸. Además, si se trata de un derecho no se entiende muy bien por qué no debe promoverse como medio de planificación familiar “en ningún caso”. El segundo aspecto destacable es el de los abortos ilegales. Afirma que tanto las complicaciones del embarazo y parto como las de los abortos ilegales son las causas principales de mortalidad y morbilidad de las mujeres en edad reproductiva. No obstante, la preocupación de la Conferencia no es allegar recursos para atender a las mujeres embarazadas y los partos, sino para promover la legalización del aborto y proporcionar anticonceptivos. En concreto dice que cuando las mujeres posponen o evitan los embarazos no deseados, se necesitan menos recursos para suministrar cuidado médico a las madres y recién nacidos⁶⁹. Sin embargo, no es cierto que la penalización del aborto sea la causa principal de muerte materna, pues países con legislaciones que protegen la vida prenatal como Chile, Irlanda y Polonia, tienen algunos de los índices más bajos de mortalidad materna en el mundo⁷⁰. Como ponía de relieve un artículo del diario El País de 16 de enero de 2009, que se hacía eco del informe Estado Mundial de la Infancia, elaborado por UNICEF: el riesgo de morir durante el parto en Níger es de uno entre siete. En Irlanda, de uno entre 47.600. En países pobres, tener un hijo sigue suponiendo un gravísimo riesgo: es 300 veces más peligroso que en los países industrializados. Ni siquiera si la comparación se hace entre países desarrollados, la mayor defensa de la vida prenatal no determina una mayor mortalidad materna. Irlanda tiene una tasa de 5 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos, mientras que en Gran Bretaña es de 13 por 100.000 nacidos vivos y 17 por 100.000 nacidos

⁶⁸ Levitt, S.D. y Dubner, S.J. *Freakonomics*. Ediciones B. Barcelona (2006), Pág. 144.

⁶⁹ Así resulta del documento editado por Guttmacher Institute y UNFPA, titulado Adding Up: The Costs and Benefits of Investing in Family Planning and Maternal and Newborn Health (2009). Consultado en la página web http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2009/adding_it_up_report.pdf. Según la propia publicación, el Instituto Guttmacher es una corporación sin ánimo de lucro que promueve la salud sexual y reproductiva dependiente de IPPF. Por su parte el UNFPA es el Fondo de las Naciones Unidas para la Población. Se define a sí misma como una agencia internacional de desarrollo que promueve el derecho de toda mujer, hombre o niño de disfrutar una vida saludable y de igualdad de oportunidades. No obstante, se ha especializado en el control de población, apoyando públicamente, por ejemplo, la política demográfica china, con sus flagrantes violaciones de derechos humanos. Cualquier ocasión es buena. Cuando en agosto de 2007, se produjo un terremoto en Perú, el UNFPA informó que ofrecerá ayudas de emergencia en “*salud reproductiva*” para las mujeres afectadas por el seísmo. El programa se destinará especialmente a las mujeres que viven en ámbitos rurales aislados. Se trata de garantizar que los 800 partos mensuales previstos se realicen en condiciones salubres. No obstante, el Fondo aclara que las beneficiarias de este programa ascienden a 50.000 mujeres, niñas y adolescentes, número que revela que el objetivo real no es atender a las 800 embarazadas al mes, sino extender la esterilización, los anticonceptivos y el aborto.

⁷⁰ Los datos se pueden consultar en <http://womanstats.org/mapEntrez.htm>

vivos en Estados Unidos. Y el cambio de regulación no deteriora las cifras. En Polonia se pasó de una legislación abortista permisiva a otra restrictiva. En 1990, con aborto libre, murieron 70 mujeres y en 1996, con la misma regulación murieron sólo 21 por causa del aborto⁷¹.

También sobre el aborto ilegal, dice la Conferencia que deben promoverse, entre otras, las investigaciones encaminadas a comprender y encarar con mayor eficacia las condiciones que determinan el aborto inducido y sus consecuencias, incluidos sus efectos futuros en la fecundidad, la salud reproductiva y mental. Como luego veremos, los defensores del aborto señalan que el llamado síndrome post-aborto es un mito inventado por las asociaciones provida. De hecho, no está reconocido oficialmente como patología o trastorno mental. Sin embargo, el aborto debe tener alguna incidencia en este sentido, pues en caso contrario, la Declaración de la Conferencia en relación con la salud mental (poco sospechosa de defensora de la vida prenatal) carecería de sentido.

El tercer aspecto tiene que ver con un elemento común que se repite, como veremos a lo largo de este trabajo, que es el uso de las palabras. Así, no se puede decir que el feto en el seno materno sea un niño. Se trata un cúmulo de células o el contenido del útero. Sin embargo, en el punto 38 del Contexto Mundial se afirma que entre otras prácticas discriminatorias que afectan a las *niñas* (la cursiva es nuestra), se encuentra la selección prenatal de sexo. Y añade que la discriminación contra la mujer comienza en las primeras fases de la vida. En el apartado siguiente se vuelve a mencionar como práctica nociva de la que son objeto las niñas, la selección prenatal del sexo. Los puntos 114 y 115 relativos a la violencia ejercida contra las mujeres se refiere, entre otros supuestos, a la determinación prenatal del sexo (se entiende con la finalidad de abortar en caso de que se trate de una niña). En este caso concreto, la vida prenatal deja de ser algo informe y sin derechos para convertirse en un ser humano digno de protección. Volveremos sobre ello al hablar de la eugenesia.

Los puntos más discutibles del documento son el 94 y 95 que recogen los conceptos de salud y derechos reproductivos en los términos prácticamente ilimitados a los que hemos

⁷¹Datos tomados de Scala, J. *El aborto, preguntas y respuestas*. Editorial Sekotia. Madrid. Págs. 12 y 13.

hecho antes referencia. Es preciso destacar que el término salud sexual y reproductiva viene a sustituir al de salud materna e infantil. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁷² había proclamado en su artículo 25.2 que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. En 1952, la Organización Internacional del Trabajo aprueba el Convenio relativo a la protección de la maternidad⁷³. En la Conferencia de Alma Ata celebrada en 1978 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, se incluye la planificación familiar, pero en el contexto de la salud materno-infantil⁷⁴. El cambio operado en Beijing es algo más que terminológico. De forma repetida se afirma que la falta de esos derechos reproductivos ilimitados limita gravemente las oportunidades de la mujer en la vida pública y privada, incluidas las oportunidades de educación y pleno ejercicio de sus derechos económicos y políticos.

2.2.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.- En este contexto de las Conferencias sobre la Mujer organizadas por las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, su Asamblea General aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷⁵, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. Se trata de un texto amplio que aborda distintos temas. Como vamos a ver, por su fecha, el documento tiene un especial interés en tratar de superar toda discriminación contra la mujer que se derive de su opción por la maternidad, más que considerar ésta como un fenómeno que está en el origen de su sometimiento secular al varón y que debe verse en consecuencia al menos con sospecha. Así, el artículo 4.2 establece que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria. El artículo siguiente en el apartado b) dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el

⁷² Texto en <https://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁷³ Texto en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312248

⁷⁴ Texto en <http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf>

⁷⁵ Texto en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. Y a lo largo de su articulado reitera lo ya propuesto respecto de los derechos laborales de la mujer en relación con su maternidad en las Conferencias. El artículo 16 proclama que los Estados miembros asegurarán para los hombres y mujeres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Con lo que dentro de un tratado que trata de evitar la discriminación de las mujeres, se incluye, correctamente, la titularidad compartida del derecho. La importancia del texto es que a diferencia de las Conferencias, éste es un tratado internacional.

Por desgracia, quedan muchos países en los que los derechos de las mujeres, no sólo los reproductivos, no son reconocidos. “La primera consideración que salta a los ojos leyendo la enumeración de las naciones que han ratificado la CEDAW (...) es la escasa relación entre la situación femenina real en gran parte de los países firmantes y el contenido de la Convención (...) Uno de los motivos principales de esta falta de eficacia es la posibilidad de proceder a la ratificación avanzando reservas (...) es lo que han hecho la mayoría de los países islámicos (...) países que no tienen ninguna intención de ajustarse verdaderamente a los contenidos de la CEDAW”⁷⁶.

No obstante esta situación discriminatoria, los informes del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW son sus siglas en inglés) que es el órgano creado por la propia Convención para examinar los progresos realizados en su aplicación, se han ido centrando más y más en el tema de la libertad reproductiva (grado de legalización del aborto y de la disponibilidad de anticonceptivos) viendo críticamente cualquier protección del derecho a la vida prenatal.

Cabe citar como ejemplo en informe emitido sobre Polonia en 2007⁷⁷. Dice el informe que durante el período 1956-1993 (es decir, durante el régimen comunista, lo que olvida mencionar) era posible realizar abortos por razones médicas y sociales, que eran gratuitos

⁷⁶ Rocella, E. y Scaraffia, L. *Op. cit.* Pág. 131 y 132

⁷⁷ Consultado en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPPRiCAqhKb7yhss1YTn0qfX85YJz37paIgUDK9sArKTLCyDqtvLVT%2bNkoX33eFLlqhZrXjPyreMjIwxaeWqkDFdkzv4dAc93IUYeJxx3LRktMU4Z68EQKWn1%2b>

bajo esquemas de seguro de salud en establecimientos médicos públicos, mientras que los ginecólogos privados cobraban por realizarlos. El mayor número de abortos se registró en 1965 (168.000). La nueva Ley estableció las conocidas indicaciones de peligro para la vida o la salud de la madre, malformaciones del feto y violación pero se aplican sin fraude de ley de forma que en 1995 un informe registró 559 abortos provocados en clínicas públicas. Se cita la objeción de conciencia reconocida a los médicos como una de las causas que provocó que la vida de bastantes mujeres se pusiera en riesgo debido a que hospitales enteros se negaban a atender a mujeres que buscaban un aborto. Concluye el CEDAW con la siguiente recomendación respecto del tema que nos ocupa:

El Comité insta al Estado Parte a que adopte medidas concretas para mejorar el acceso de la mujer a servicios de atención de la salud, en particular los servicios de salud sexual y reproductiva, de conformidad con el artículo 12 de la Convención⁷⁸ y la recomendación general 24 del Comité sobre la mujer y la salud. Exhorta al Estado Parte a que investigue el alcance, las causas y las consecuencias del aborto ilegal, así como sus efectos en la salud y la vida de la mujer. Asimismo, le exhorta a que garantice el acceso al aborto legal a las mujeres que lo deseen sin que tal acceso se vea limitado por el recurso a la cláusula de objeción de conciencia.

Al hilo de la cita extraída del informe, cabe hacer una reflexión. En el debate inicial sobre el aborto siempre se saca a colación el argumento de evitar el riesgo que la práctica de abortos ilegales comporta. Normalmente se dan cifras abultadas de mujeres muertas por tal causa. Así, en Italia, en la propuesta que el Partido Socialista hizo para legalizar el aborto, afirmaba que los practicados ilegalmente causaban la muerte a 25.000 mujeres anualmente. Sin embargo, el anuario estadístico de 1974 ponía de relieve que el número de mujeres en

⁷⁸ El artículo 12 establece: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Nada se dice en él ni del aborto, ni de la extensión del mismo. Se observa asimismo el interés en eliminar (no ponderar) el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario.

edad fértil fallecidas *por todas las causas* era de 15.116⁷⁹. Un caso semejante se produjo en Estados Unidos. Los defensores del aborto decían que se practicaban en los años 60, entre 600.000 y 1.200.000 abortos que provocaban la muerte de 1 de cada 40 mujeres que se habían sometido a esa práctica. Respecto de la minoría negra eso suponía unas 15.300 fallecidas anualmente, lo que suponía 2000 más de las que lo hicieron por todas las causas en 1965, un año con cifras próximas a la media de la década⁸⁰. Además, tras la legalización del aborto, el aborto ilegal sigue existiendo. Y no es porque la legalización quedara limitada a determinados supuestos excepcionales, sino que este fenómeno se produce incluso cuando el sistema es el de decisión libre de la mujer. El diario Público informaba el 20 de mayo de 2011 que “los abortos clandestinos sobreviven a la ley del aborto”. Relata el método consistente en introducir en la vagina cuatro píldoras de un protector estomacal y tomar cuatro más con un vaso de agua. Y también bajo la legislación anterior, más restrictiva en teoría, pero en su práctica permisiva, sucedía lo mismo. El diario La Razón informaba que el 15 de octubre de 2008, la intervención de la policía en una reyerta les llevó a descubrir un piso donde se practicaban abortos ilegales. La casa desprendía un fortísimo olor a vinagre, un líquido utilizado en abortos autoinducidos ilegales con el fin de destruir el embrión o simplemente dilatar el cuello uterino. Por otra parte, de las 68.000 muertes maternas anuales debidas a abortos inseguros, casi la mitad ocurren en La India (27.200) donde el aborto es legal⁸¹.

El informe del CEDAW sobre Polonia no es un caso aislado. En la sesión número 55 que tuvo lugar del 8 al 26 de julio de 2013, se recomendaba a la República Dominicana, Afganistán y al Reino Unido (respecto de Irlanda del Norte) que ampliaran las indicaciones del aborto y a la República Democrática del Congo que lo despenalizara⁸². Y no es el único órgano de la ONU que se pronuncia en ese sentido. El Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1 de febrero de 2013, al que ya hemos hecho referencia, si bien en las recomendaciones se limita a hacer referencia a evitar trabas a las mujeres que buscan un aborto donde es legal, previamente en el texto

⁷⁹Socci, A. *El genocidio invisible*. Ediciones Cristiandad. Madrid (2007). Págs. 98 y 99

⁸⁰Alcorn, R. *Pro life answers to pro choice arguments*. Mulnomah Books. Colorado Springs (2000). Pág. 262

⁸¹Datos tomados de Scala, *Op. cit.* Pág. 13

⁸²Visto en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=810&Lang=en

dice que *el Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos.*

3. Eugenesia⁸³.- Otro elemento ideológico que se ha deslizado en la legislación española es el de la eugenesia, tanto en la indicación del aborto por malformaciones del feto, como en la selección de embriones en reproducción asistida. El término eugenésico en relación con esta materia ha quedado en desuso sin duda por las siniestras connotaciones que tiene la palabra, pero en el debate inicial sobre la legislación del aborto se utilizaba con toda naturalidad (y no por los contrarios al mismo) y de hecho es la expresión que utilizó el Tribunal Constitucional para referirse a la indicación ahora llamada “embriopática”, incorrectamente, por cierto, pues en el momento de practicarse el no nacido ya no es un embrión, sino un feto.

3.1 Eugenesia clásica.- La eugenesia tiene unos antecedentes muy remotos. Ya Platón señalaba en obra *La República* que *de lo convenido se desprende la necesidad de que los mejores cohabiten con las mejores tantas veces como sea posible y los peores con las peores al contrario; y si se quiere que el rebaño sea lo más excelente posible, habrá que criar la prole de los primeros, pero no la de los segundos. Todo esto ha de ocurrir sin que nadie lo sepa, excepto los gobernantes, si se desea también que el rebaño de los guardianes permanezca lo más apartado posible de toda discordia⁸⁴.*

También otros pensadores relevantes mantuvieron posturas eugenistas. No obstante, la eugenesia tal y como la conocemos, arranca con el británico Francis Galton (1822-1911), primo de Darwin, que acuñó el término en 1883. La definió como la “ciencia de mejorar el linaje, no sólo mediante un apareamiento juicioso sino mediante todo aquello que tiende a dar a las razas o líneas sanguíneas más adecuadas mayores oportunidades de prevalecer sobre las menos aptas que las de otra manera habrían tenido”⁸⁵. En su famosa obra

⁸³ Los datos que no están referidos a otra fuente están tomados de Queiroz, C. Eugenesia y racismo, en *Entre el nacer y el morir*, Ascensión Cambrón (Coordinadora). Editorial Comares, Albolote, Granada (1998). Págs. 106 a 116

⁸⁴ Platón. *La República*. Alianza Editorial. (1990). Pág. 277

⁸⁵ La definición está tomada de *Genética y Justicia*. Buchanan A., Brock, D., Daniels, N. y Wikler, D. Cambridge University Press. (2002). Pág. 28

*Hereditary Genius*⁸⁶ pretende demostrar que el genio es hereditario, lo que trata de probar mostrando el enorme número de casos en los cuales los hombres más o menos ilustres tienen parientes eminentes. Encontramos una conexión con el pesimismo demográfico, ya que, propone, como Malthus, reducir el número de nacimientos para que la Tierra no sea superpoblada con personas para las que no hay lugar en la gran mesa de la naturaleza. La reducción de nacimientos no puede ser para Galton una regla de conducta que siga la parte prudente de la Humanidad, mientras la imprudente es dejada libre para hacer caso omiso de la misma. Su efecto sería tal como para producir la caída de la raza de los prudentes, tras unos pocos siglos, a una casi increíble inferioridad de número respecto de los imprudentes y, por lo tanto, a propósito para traer una profunda ruina sobre la estirpe de cualquier país donde dicha doctrina prevalezca. Protesta contra el hecho de que las razas más capaces sean animadas a retirarse de la lucha por la existencia. Añade que puede parecer monstruoso que los débiles sean desplazados por los fuertes, pero que es más monstruoso que las razas más adecuadas para jugar su papel en escenario de la vida, deban ser desplazadas por los incompetentes, los enfermos y los abatidos. Afirma que puede que llegue un tiempo, lejano, en el que la población de la tierra sea mantenida estrictamente dentro de los límites numéricos y de idoneidad de la raza, como las ovejas de un páramo o las plantas en un huerto; mientras tanto, dice, déjenos hacer lo que podamos para animar la multiplicación de las razas mejor dotadas para inventar y adaptarse a una elevada y generosa civilización y no, por un equivocado instinto de ayudar a los débiles, evitar la llegada de individuos fuertes y sanos⁸⁷.

El mundo científico de la época acogió con entusiasmo la teoría de Galton. La eugenesia se enseñaba en las principales Universidades y se incluía en los libros de texto de Biología. Señala Nuno Henriques que “resulta un tanto paradójico que el abandono de las tesis creacionistas, en favor de una evolución basada en la selección natural, sirviera para encumbrar más (...) a la “raza” blanca”⁸⁸ y dentro de ésta a las clases superiores. Este apoyo

⁸⁶ La obra se publicó por primera vez en 1869. Tuvo una segunda edición en 1892. Los datos mencionados están tomados de esta segunda edición, consultados en la edición electrónica en inglés en <http://galton.org/books/hereditary-genius/text/pdf/galton-1869-genius-v3.pdf>

⁸⁷ *Op. cit.* Págs. 356 y 357.

⁸⁸ Henriques Gil, N. *Más allá del espejo. Una apreciación sobre la diversidad humana*. Universidad San Pablo-CEU. Madrid (1999). Págs. 7 y 8

se trasladó después a la sociedad entera y al ámbito legislativo. Son los Nazis⁸⁹ los que portan el baldón de haber aplicado y apoyado medidas eugenésicas, pero lo cierto es que se crearon sociedades eugenésicas por todo el mundo occidental, partiendo de la idea de que las leyes eugenésicas coincidían con las leyes de la evolución. El propio Galton fue elegido presidente honorario en 1908 de la Sociedad Inglesa para la Educación Eugenésica, fundada el año anterior. En 1923, se creó la Sociedad Eugenésica Estadounidense que se enorgullecía de mantener delegaciones en 28 Estados. La fundación para la mejora de la raza dirigida por John Kellogg (el creador de los famosos cereales) atrajo a 10.000 visitantes; en las ferias celebradas en distintos Estados, desde Massachussets a Oklahoma, se organizaban competiciones de familias más aptas, en las que Gobernadores y Senadores entregaban los premios. Los Nazis alabaron a sus homólogos líderes eugenésicos del otro lado del Océano, señalando la legislación de California y de otros lugares no sólo como precedente, sino también como modelo. Charles Davenport, doctor en Biología por la Universidad de Harvard, miembro de la Academia Nacional de Ciencias, publicó en 1929 la obra *Race Crossing in Jamaica*, en la que ofrecía pruebas estadísticas de la degradación biológica y cultural derivada del entrecruzamiento de la población blanca y negra. La influencia de la eugenesia no se detuvo en los países anglosajones, sino que entre 1890 y 1920 se extendió por países tan variados como Noruega, Brasil y la Unión Soviética.

Tampoco hay que pensar que la eugenesia era sólo apoyada por la ideología liberal. Utilizando terminología actual podría decirse que era una cuestión sobre la que existía consenso: “uno de sus principales defensores (fue)... padre del Estado del bienestar danés y varios de los principales eugenistas noruegos eran también socialdemócratas (...) eran indistinguibles de sus homólogos conservadores en cuanto a prejuicios sociales y raciales (...) los éxitos legislativos de los eugenistas en Alemania y Escandinavia no se vieron igualados en países como Polonia y Checoslovaquia (...) en gran medida por la influencia

⁸⁹El 14 de julio de 1933 se aprobó la ley para la Prevención de Descendencia con Enfermedades Hereditarias (Gesetz Verhütung erbkranken Nachwusches) que autorizaba la esterilización de personas que sufrieran enfermedades hereditarias o alcoholismo grave. Por su parte, el proyecto T 4 para las vidas sin valor vital (lebensunwertes Leben) autorizó a determinados médicos para que ayuden a que los pacientes que según el juicio humano se consideren incurables, puedan disfrutar de una muerte piadosa después de un diagnóstico. Las víctimas del programa fueron adultos y niños con discapacidades físicas o con enfermedades mentales. Los médicos rara vez examinaban a los pacientes personalmente.

conservadora que en estos países tenía la Iglesia Católica⁹⁰. La Iglesia se oponía a la eugenesia por principio (y fue prácticamente, la única institución que lo hizo) (...) la bandera eugenésica fue adoptada también por las feministas, que sostenían que el control de la natalidad, junto con la emancipación general, permitiría a las mujeres mejorar la raza a través de la selección sexual (...) ⁹¹.

Por lo que se refiere al ámbito legislativo, se aprobaron normas que establecían, entre otras medidas, la esterilización obligatoria de ciertas personas. En Suecia, la Ley de Esterilización de 1934 mantuvo su vigencia hasta los años 70⁹², afectando a unas 63.000 personas. El cantón suizo de Vaud también permitía desde 1928 esterilizar a los alienados incurables. En Dinamarca, la Ley de 1 de junio de 1929 permitía esterilizar a los delincuentes sexuales. En Noruega, Holanda e Inglaterra a comienzos de la década de 1930 se estudiaba tal posibilidad. En los Estados Unidos se habían promulgado desde 1907, leyes de esterilización que se aplicaron entre 1930 y 1950, a alrededor de 70.000 personas (Indiana fue el primer Estado, concluyendo en 1931 Oklahoma y Vermont). Estas leyes implicaban también la prohibición de matrimonios entre personas de razas diferentes e, incluso de personas socialmente indeseables. En este mismo sentido, las leyes de inmigración de 1924, limitaban la entrada en los Estados Unidos de europeos del sur.

El caso más conocido de esterilización fue el de Carrie Buck que dio lugar a una famosa sentencia del Tribunal Supremo *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 de 1927⁹³, siendo ponente de la decisión mayoritaria Oliver Wendell Holmes, uno de los más grandes magistrados de ese alto tribunal, en el que ejerció durante tres décadas. Según la sentencia, Carrie Buck era una mujer de raza blanca y retrasada mental. Había tenido un hijo ilegítimo también retrasado.

⁹⁰ Lo mismo, añadimos nosotros, que en España. Traemos a colación esta cita porque los autores no son precisamente favorables a la doctrina católica y son partidarios de la eugenesia liberal que, lejos de la influencia de los Estados, permite a los individuos tomar decisiones para seleccionar rasgos de su descendencia.

⁹¹ Buchanan y otros. *Op. Cit.* Págs. 32, 33 y 35

⁹² Esta cuestión aparece citada incidentalmente en la popular novela *Los hombres que no amaban a las mujeres* de Stieg Larsson: “Harald no sólo argumentó a favor de la esterilización sino también de la eutanasia: ayudar a morir a las personas que ofendían sus gustos estéticos y que no encajaban en su imagen del pueblo sueco perfecto (...) en un texto redactado con una intachable prosa académica que contenía todos argumentos médicos necesarios. Eliminar a los discapacitados. No dejar que la población sami se expandiera porque tenía genes mongoles”. Editorial Destino (2008). Págs. 210 y 211

⁹³ Texto consultado en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0274_0200_ZO.html

Su madre era retrasada mental y vivía recluida en una institución. Se enjuiciaba una ley de Virginia de 20 de marzo de 1924 que regulaba la esterilización de las personas con deficiencias mentales. La ley afirmaba que la experiencia demuestra que la herencia genética es determinante en la transmisión de deficiencias mentales. Por ello, autorizaba a los Directores de las instituciones destinadas a acoger a estas personas a ordenar la esterilización de enfermos con deficiencias transmisibles hereditariamente, naturalmente siguiendo un procedimiento al que la propia norma obligaba con el fin de protegerles de un uso abusivo de esta posibilidad, además de que la decisión podía ser revisada por un tribunal. El Tribunal Supremo llega a la conclusión examinando el caso de que no hay duda de que, desde el punto de vista procedimental, los derechos del paciente quedaron escrupulosamente garantizados. Cabe señalar que la ley enjuiciada no se diferencia mucho de otras actuales. En las mismas se fija un procedimiento más o menos garantista y con su observancia se legitima una decisión de fondo rechazable.

Continúa el Tribunal Supremo americano diciendo que la discrepancia de la Sra. Buck no está en los aspectos procedimentales, sino en cuanto al fondo. La recurrente parece partir de la base de que en ningún caso es legítima la esterilización. También que la solicitud en tal sentido del Director, aprobada por el Consejo Asesor, no estaba justificada a la vista de las circunstancias. Para ordenar la esterilización, la decisión del Consejo Asesor declaró probados los hechos antes mencionados, y sostuvo que la Sra. Buck, dice la sentencia, “tiene muchas posibilidades de ser madre de hijos socialmente inadecuados, verosímilmente enfermos, de manera que puede ser esterilizada sin menoscabo de su salud y protegiendo al mismo tiempo su bienestar y el de la sociedad en general (...) no cabe de ninguna manera afirmar que la decisión del Consejo Asesor carece de apoyo fáctico y legal. (...) En más de una ocasión se ha comprobado que el bienestar de la sociedad requiere que los mejores ciudadanos den la vida por ella. Carecería entonces de sentido que no pudiese exigir un sacrificio mucho menor a quienes ya debilitan a la sociedad, para evitar que seamos derrotados por los incapaces. Máxime cuando estas personas a menudo no van ni siquiera a percibir dicho sacrificio. Lo mejor para todo el mundo, en lugar de esperar que las nuevas hornadas de degenerados cometan crímenes, o a que se mueran de hambre a causa de su retraso mental, es evitar que tengan descendencia aquellos que son manifiestamente incapaces para procrear y cuidar de sus hijos. El principio que autoriza la

vacunación obligatoria es lo bastante amplio para incluir la ligadura de trompas. Ya está bien con tres generaciones de imbéciles”⁹⁴.

La evidencia eugenésica y las predicciones relacionadas con el caso de Carrie Buck demostraron ser enormemente inexactas. Vivian, la hija de Carrie, de la que se dijo que representaba "la tercera generación de imbéciles", creció convirtiéndose en una niña atractiva que fue una estudiante con una mención de honor. Carrie, acusada de ser la segunda generación de imbéciles, fue puesta en libertad condicional, después de haber sido esterilizada, y enviada a un pueblecito de montaña donde pronto contrajo matrimonio con el sheriff suplente. Allí llevó una vida modesta, pero productiva y respetable. Tras la muerte de su marido se trasladó a una población más grande en donde se ganó su sustento cuidando personas de edad avanzada y con enfermedades crónicas. Sus amigos y patronos dieron fe de que Carrie Buck no era una deficiente mental. En realidad, los especialistas en salud mental que la observaron posteriormente en su vida no encontraron evidencia alguna de retraso mental⁹⁵.

Sobre la esterilización forzosa volvió el Tribunal Supremo de Estados Unidos a pronunciarse en la sentencia del caso *Skinner v. Oklahoma*⁹⁶ de 1942, marcando un cambio de criterio. La norma enjuiciada era la Ley de esterilización de los criminales habituales. La norma definía como criminal habitual a aquella persona que había sido condenada dos o más veces en cualquier estado por delito grave incluyendo comportamiento inmoral y que era condenado a prisión por un delito de estas características en Oklahoma. La esterilización se practicaba si se probaba la situación descrita y si no era perjudicial para su estado de salud general. El demandante fue condenado por robar pollos en 1926 e ingresado en un reformatorio de Oklahoma. En 1929 fue condenado por robo con armas y en 1934 otra vez por el mismo delito. En el proceso seguido para su esterilización alegó que la ley era inconstitucional porque violaba la decimocuarta enmienda. El Tribunal Supremo estimó la demanda considerando que nos encontramos aquí con una legislación que implica uno

⁹⁴ Wendell Holmes, además de su calidad como jurista era famoso por redactar frases contundentes. Suya es la relativa a los límites de la libertad de expresión, señalando que la Primera Enmienda no ampara al que grita falsamente ¡fuego! en un teatro y provoca el pánico. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919),

⁹⁵ Hernández Yago, J. *El proyecto del genoma humano: perspectivas y aspectos éticos*. Consultado en <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/181/Default.aspx>.

⁹⁶ Texto consultado en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/case.html>

de los derechos civiles básicos del hombre. El matrimonio y la procreación son fundamentales para la propia existencia y supervivencia de la raza. El poder de esterilizar, en imprudentes o malvadas manos puede provocar que razas o tipos que son enemigas del grupo dominante, desaparezcan. Para el individuo afectado no hay marcha atrás. Es privado para siempre de una libertad básica.

Como venimos señalando, desde esa época se da también una curiosa coincidencia entre los defensores de la eugenesia, los defensores del control de población y algunas corrientes feministas. Margaret Sanger (1879-1966) y fundadora de la Liga Americana para el Control de la Natalidad, que finalmente se convirtió en la Federación de América para la Planificación Familiar, (PPFA, por sus siglas en inglés, una de las organizaciones más activas en la realización y apoyo de abortos) era partidaria de la eugenesia negativa⁹⁷. En su obra *Woman and the new race*⁹⁸ señala, por una parte, que las mujeres de todos los lugares y todas las épocas han deseado instintivamente la limitación de la familia. Dice que la única palabra suficientemente comprensiva para definir el poder motor de la naturaleza de la mujer es el espíritu femenino. Cuando el funcionamiento de esa fuerza interior, es obstaculizada por el cuidado de demasiados hijos, la mujer se rebela. Si las leyes, costumbres o prohibiciones religiosas no lo impiden, utiliza anticonceptivos. Si no, acude al abandono de niños, infanticidio, aborto o se resigna desesperada a la maternidad forzosa (Capítulo II).

En el Capítulo III aborda el problema de la inmigración, mostrando su preocupación por su número y las consecuencias que conlleva. Afirma que si se pretende desarrollar en América una nueva raza, debe mantenerse la tasa de nacimientos dentro de unos límites y no se debe animar la reproducción más allá de la capacidad del país de asimilar las cifras y de hacer de la siguiente generación tan físicamente adecuada, mentalmente capaz y socialmente despierta como exige el ideal de una democracia. El Capítulo V titulado “la crueldad de crear grandes familias” dice que el mayor de los males de su época es que se fomente la

⁹⁷ Muchos autores que ven en ella un referente del movimiento feminista, consideran que en realidad no fue partidaria de la eugenesia porque no era antisemita. Pero como señala Angela Franks (*Margaret Sanger's Eugenic Legacy. The control of female fertility*. Mcfarland & Company, Inc. 2005. Págs. 10 y 81) hay que situarse en los años 30 época en que, dado que todavía no había tenido lugar el Holocausto, ambas posturas no estaban identificadas.

⁹⁸ Hemos seguido la edición de Brentano, Nueva York (1920) en su versión online <http://www.bartleby.com/1013/>

existencia de tales familias y que la práctica más inmoral en ese momento es criar demasiados hijos⁹⁹. La inmoralidad no descansa sólo en el daño que sufren los miembros de esas familias sino toda la sociedad. Son causa de males tales como la prostitución, el desempleo y los bajos salarios, el trabajo infantil o la guerra. Incluso los ricos no deben tener familias numerosas porque, por una parte, invaden con ello el derecho natural de la mujer de controlar su propio cuerpo y, por otra, es gravoso para los elementos más pobres de la sociedad. Considera que no deben tener hijos aquellas parejas que sufran determinadas enfermedades y aquellos que aun siendo sanos observen que sus hijos son física o mentalmente anormales. No importa cuánto deseen tener hijos, pues condenan al niño a una vida miserable y ponen sobre la comunidad la carga de cuidarlo, probablemente para su descendencia anormal durante generaciones. En *Pivot of civilization*¹⁰⁰ se refiere en su Capítulo VIII a los pobres y discapacitados como las siniestras fuerzas de las hordas de irresponsabilidad e imbecilidad, afirmando que sus existencia constituye un ataque sobre las reservas de inteligencia y salud racial.

La incansable actividad de Margaret Sanger fue financiada generosamente por la familia Rockefeller que también contribuyó al sostenimiento de instituciones eugenistas alemanas. El filantrópico interés en la eugenesia de los Rockefeller, procediendo de antes de la Primera Guerra Mundial, había continuado, aunque esporádicamente, en los años finales de la década de los veinte, cuando la Fundación empezó a apoyar la investigación del profesor C.R. Stockard, de la Facultad de Medicina de Cornell, en eugenesia y herencia.¹⁰¹

Como vemos, esta corriente no era ni mucho menos marginal, sino que antes al contrario recibía el apoyo del mundo científico, de juristas prestigiosos y de financieros que dedicaban parte de sus recursos a actividades pretendidamente filantrópicas. Al analizar esta época con nuestra perspectiva actual, algunos argumentan que lo que se hizo entonces no era verdadera ciencia. Pero si eso mismo se hubiera afirmado en el tiempo en que esa ideología era dominante, el argumento se habría calificado de acientífico y contaminado por prejuicios religiosos. Después de la Segunda Guerra Mundial, la derrota del nazismo y

⁹⁹ Aquí tenemos nuevamente la citada conexión. En el mismo párrafo aparecen la eugenesia, el maltusianismo y el feminismo de género.

¹⁰⁰ Leído en http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/abortion_eugenics/sanger/

¹⁰¹ Kevles, Daniel J. *In the name of eugenics; genetics and the uses of human heredity*. University of California Press. 1986. Pág. 208.

el inicio del proceso de descolonización parecían haber dado un golpe de muerte a la eugenesia, pero “en los años setenta se difunde el feminismo que luego se llamará “de género”, en todo Occidente, poniendo en primer plano el aborto y la contracepción, y haciendo de ello una cuestión de libertad femenina. Los nuevos eslóganes serán adoptados con fervor sospechoso por las asociaciones antinatalistas, que gozarán así de una óptima cobertura ideológica, universalmente respetada¹⁰². Con ello entramos en la nueva eugenesia.

3.2 Eugenesia actual.- Los partidarios de seleccionar rasgos genéticos o del aborto de los fetos con discapacidad argumentan que no existe relación alguna entre sus propuestas y las que hemos expuesto hasta ahora, aunque la mayoría de estos autores marcan sobre todo las distancias con la eugenesia nazi, no haciendo casi mención del resto. Se dice que en el primer tercio del siglo XX las políticas eugenésicas eran dirigidas por el Estado, mientras que la legislación actual deja esta decisión en manos de los particulares, pues son los padres quienes toman la decisión acerca de los hijos que quieren tener, sin tomar en consideración a la sociedad y al Estado.

Así, se señala¹⁰³ que la diferencia entre la antigua eugenesia y la nueva genética es inconfundible: aquélla era particularista y excluyente, tachando de defectuosos a todos aquellos que no cumplían los supuestos criterios de pureza racial o de perfección humana; mientras que ésta es universalista e incluyente, buscando prevenir el sufrimiento de toda la humanidad mediante la erradicación de las enfermedades genéticas¹⁰⁴. Además, continúan, la visión excluyente de la antigua eugenesia estuvo respaldada e instigada por una ciencia defectuosa, mientras que la nueva genética es verdaderamente científica¹⁰⁵.

Por su parte, Romeo Casabona¹⁰⁶, en este mismo sentido, afirma que: “a diferencia de los movimientos eugenésicos del siglo precedente que dio lugar a algunas decisiones políticas,

¹⁰² Rocella, E. y Scaraffia, L. *Op. cit.* Pág. 117.

¹⁰³ Buchanan et al. *Op. cit.* Pág. 246.

¹⁰⁴ En realidad debería decir “mediante la eliminación de los no nacidos que padecen enfermedades genéticas”.

¹⁰⁵ Como acabamos de decir, esto es una afirmación desde la perspectiva actual. Cuando la “antigua eugenesia” triunfaba, era defendida por insignes científicos.

¹⁰⁶ Romeo Casabona, C.M. *Los genes y sus leyes*. Cátedra de Derecho y Genoma Humano- Editorial Comares. Bilbao- Granada (2002). Pág. 144.

la nueva eugenesia está planteada, por el momento, como una cuestión médica, propia de la esfera de la relación médico-paciente y, por ello, como un asunto de salud individual”. También Maciá¹⁰⁷ dice que respecto de los que denuncian el riesgo de una eugenesia encubierta, la dimensión colectiva que implica la idea de eugenesia difícilmente se puede alcanzar mientras la decisión sobre el aborto sea libre. En el mismo sentido, Abellán¹⁰⁸. Por último, Warnock¹⁰⁹ caricaturiza el argumento de que si se permite el aborto de un feto severamente dañado iríamos directos hacia la eugenesia, señalando que es tanto como decir que si nos permitimos iniciar ese camino, terminaremos por enviar a la cámara de gas a grupos enteros de gente a los que vemos como indeseables.

Pese a las tranquilizadoras diferencias que ven estos autores, creemos necesario distinguir varios planos. En primer lugar, la libertad de los padres no se respeta en todos los países. Así sucede, como caso más paradigmático, en China con la Ley de cuidado de la salud materno-infantil. Pero incluso, en aquellos países en los que no existen normas coactivas, las leyes pueden inducir determinados comportamientos. Es lo que ha sucedido en España con el síndrome de Down y, en el mundo, con el aborto de fetos femeninos.

En relación con el síndrome de Down nacen en España muy pocos niños de esa condición, pese a que debería haber aumentado su número, pues uno de los factores de riesgo es la edad avanzada de la madre y es sabido que las españolas han retrasado significativamente el momento del primer embarazo¹¹⁰. Pues bien, el suplemento de salud del diario El Mundo (nº 769) de 13 de septiembre de 2008 informaba de que el 95% de las mujeres aborta cuando se detecta la alteración y que el número de nuevos casos se ha reducido más de un 50% desde 1980 (en el caso de los bebés cuyas madres son mayores de 35 años, un 85% menos). Por su parte, el diario El País en su edición de 10 de mayo de 2008 titulaba “El

¹⁰⁷ Maciá Morillo, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág 102-103.

¹⁰⁸ Abellán, F. *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*. Editorial Comares. Albolote, Granada (2006). Pág. 5.

¹⁰⁹ Warnock, M. *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?* Gedisa. Barcelona. 2004. Pág. 61.

¹¹⁰ Según los datos de March of Dimes Birth Defects Foundation, uno de cada 1250 niños de madres de 20 y 30 años nacen con Síndrome de Down. Esta relación se incrementa hasta uno de cada 400 cuando la madre tiene 35 años y a uno de cada 100 a partir de los 40. Por su parte, el diario El Mundo en su edición digital de 7 de julio de 2011, informaba que según los datos del Instituto Nacional de Estadística, la edad media de maternidad había vuelto a incrementarse, hasta alcanzar los 31,2 años.

aborto hace caer el síndrome de Down” y recuerda que un informe de 2004 del Centro de Investigación de Anomalías Congénitas del Instituto de Salud Carlos III determinó que en el periodo 1980-1985 esta alteración era la segunda anomalía más frecuente: 14,78 casos por cada 10.000 bebés; en el periodo 1986-2001 la incidencia disminuyó a 11,73 casos por 10.000; y en 2002 se situó en 8,2. El titular del periódico hace pensar que los afectados han disminuido, cuando en realidad se les mata antes de nacer. Los datos ponen de relieve que si bien no hay coacción alguna en favor de la eliminación de los fetos afectados por síndrome de Down, existe un consenso social amplio sobre su conveniencia que se extiende a legisladores, médicos y padres.

Pero no es éste, como decíamos, el único caso. En países como La India, el diagnóstico prenatal de sexo ha provocado un número desproporcionadamente alto de abortos de niñas que son socialmente menos valoradas. El caso ha llegado a ser tal naturaleza que ha roto el equilibrio entre sexos. Según destaca Lema Añón¹¹¹ mientras el censo de 1901 mostraba una proporción de 972 mujeres por cada 1000 hombres, en el año 1981 el desequilibrio había aumentado hasta 935 mujeres por cada 1000 hombres, lo que en términos absolutos significaba además pasar de un déficit de 3 millones a uno de 22 millones de mujeres. Esta situación llevó a aquel país a aprobar la ley nº 57, de 20 de septiembre de 1994¹¹², que en su artículo 4 limita el acceso a las pruebas de diagnóstico prenatal para los casos en que se den una serie de condiciones de salud que lo justifiquen¹¹³. El diario La Razón informaba el 12 de noviembre de 2007 de la Conferencia Asiática sobre Derechos Reproductivos reunida en Hyderabad que, entre sus conclusiones, destacó que Asia debería tener 163 millones de mujeres más de las que tiene en la actualidad. ¿Que dónde están? Se quedaron camino de venir al mundo, despreciadas por sus padres y descartadas por las técnicas de control de

¹¹¹ Lema Añón, C. *Antes de Beatriz. Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*. Editorial Comares. Albolote (Granada). 2003. Pág. 50.

¹¹² Consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2292/52>

¹¹³ No sólo la India, otros países también han puesto límites. Señala Emaldi (*Op. cit.* Págs. 145 y 146) que en Francia se exige que el diagnóstico no puede hacerse fuera del ámbito de la Seguridad Social, de forma que se evita que los médicos de la medicina privada, motivados por el afán de lucro sometan indiscriminadamente a las pruebas pertinentes para un diagnóstico prenatal a todas las mujeres que lo soliciten, aún sin existir indicaciones médicas precisas para ello. Lógicamente, el diagnóstico prenatal como técnica es neutro, todo depende de los valores de la sociedad. Nada habría que objetar si el citado diagnóstico, en caso de advertir de la existencia de una enfermedad o malformación sirviera a los padres para concienciarse de ello, asumiendo el nacimiento de ese hijo, preparándose para sus necesidades vitales o educacionales, o si fuera posible, aplicar remedios terapéuticos.

género y el aborto. Como dijimos al referir el contenido de los documentos producidos por la Conferencia de Beijing, el fenómeno del aborto de fetos femeninos ha sido calificado como violencia contra la mujer. Se afirma que, sin duda, el aborto provocado para la selección de sexo (es decir, sólo este tipo) estaría infringiendo los derechos humanos y la dignidad humana de la niña que va a nacer¹¹⁴. Algunos autores favorables a la selección de otros caracteres y partidarios, por ejemplo, de la eliminación de fetos con malformaciones o discapacidad, rechazan la selección de sexo incluso aunque no se matasen fetos femeninos, sólo con que se evitara concebirlos: “habría otras objeciones. La práctica depende de un sistemático prejuicio contra las mujeres, y lo refuerza”¹¹⁵. Pero, a nuestro juicio, “parece incomprensible escandalizarse del aborto selectivo contra las mujeres (...) sin escandalizarse al mismo tiempo del aborto en sí (si el aborto no mata una persona humana, no mata tampoco a una persona de género femenino)”¹¹⁶. Los medios de comunicación se han hecho eco repetidas veces del aborto selectivo por sexo. El diario El País informaba el 18 de febrero de 2007 que en La India se había puesto en marcha un programa que pondría cunas en todos los distritos del país para que los padres puedan abandonar allí a sus hijas recién nacidas cuando no quieran criarlas, con el fin de combatir los dos millones y medio de feticidios (la noticia evita el término aborto) y asesinatos de niñas que registra el país cada año, fenómeno que, sorprendentemente, se produce sobre todo en las zonas más ricas del país y con mayor índice de alfabetización y no en el medio rural. El 4 de marzo de 2010 el diario The Economist titulaba un artículo como “Gendercide”. Dice que en su criterio, parafraseando a Bill Clinton, el aborto debería ser legal, seguro y poco frecuente. Pero denuncia la situación que se produce en China y en el norte de La India donde nacen 120 niños por cada 100 niñas, cuando naturalmente nacen una ligera cantidad mayor de niños para compensar la mayor susceptibilidad de éstos a las enfermedades infantiles. Sólo en China hay más hombres jóvenes solteros que toda la población joven masculina de Estados Unidos. En todas las sociedades los varones jóvenes sin raíces son una fuente de problemas. En la sociedad china se han incrementado los índices de criminalidad, el tráfico de novias, la violencia sexual e incluso el suicidio femenino y las cifras aumentarán más cuando las generaciones descompensadas alcancen la madurez. Califica esta situación de feminicidio. Y el diario El País insiste en este tema el 21 de septiembre de 2011, haciéndose eco del

¹¹⁴Serour, G. I. Family and sex selection, en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. The Parthenon Publishing Group, Inc. Nueva York. (2002). Pág. 102.

¹¹⁵ Buchanan, A. y otros. *Op cit.* Pág. 172.

¹¹⁶Socci, A. *Op. cit.* Ediciones Cristiandad. Madrid (2007). Pág. 40.

“Informe sobre el desarrollo mundial 2012: Igualdad de género y desarrollo”, elaborado por el Banco Mundial (BM), en el que se afirma que se “extiende la barbarie del feticidio de niñas por el Cáucaso y los Balcanes occidentales”. Como dijimos, se trata de jugar con las palabras: si bien para defender la vida prenatal no se acepta el término “niños” para hablar de fetos, cuando ese feto es de sexo femenino, por arte de magia, estamos ante una niña. Tampoco se habla de interrupción voluntaria del embarazo, pues la expresión quedaría contaminada, sino de feticidio.

Por otra parte, si el aborto es libre no parece que pueda evitarse la práctica de eliminar a las niñas antes de nacer, si la madre tiene buen cuidado en no exponer sus verdaderos motivos. En España, de acuerdo con la legislación anterior, el acudir al aborto selectivo, se habría solucionado con el subterfugio de la indicación de la salud psíquica de la madre. Con la LO 2/2010, mientras la madre no exteriorice su intención de no tener una hija, puede libremente deshacerse de ella. Por eso, no dejan de parecer un poco hipócritas escándalos como el aparecido el 23 de febrero de 2012 en el diario El Mundo, en su versión digital, en el que el Ministro de Sanidad británico había ordenado una investigación urgente, tras descubrirse mediante una investigación periodística realizada con cámara oculta, que en clínicas privadas se realizaban abortos a mujeres que no querían tener a su hijo, en razón de su sexo.

La mentalidad eugenésica y su plasmación normativa aparece también en las técnicas de reproducción asistida que permite desechar los embriones que no reúnen las características deseadas y, por otra parte, seleccionar aquéllos que posean determinados rasgos que se quieren obtener. Díaz Terán recuerda que “a comienzos de los años sesenta tuvieron lugar diversas conferencias que trataron del tema de la eugenesia y la reproducción artificial (...) El Premio Nobel Hermann J. Muller propuso la creación de lo que denominó bancos de esperma saludable, para que (...) se acudiera a ellos a fin de prevenir la, de otro modo, degeneración de la raza (...) el Dr. William Shockley –ganador del Premio Nobel de Física en 1956- (sugirió) que, al estar la inteligencia en gran parte genéticamente determinada, había que hacer serios esfuerzos para mejorarla, empleando medios muy variados que incluían la esterilización, la clonación y la inseminación artificial”¹¹⁷.

¹¹⁷ Díaz de Terán. M.C. *Derecho y nueva eugenesia. Un estudio de la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida*. Eunsa, Pamplona. 2005. Pág. 114.

La eugenesia en las técnicas de reproducción asistida actual cuenta con el instrumento del diagnóstico preimplantatorio¹¹⁸ (en adelante, DPI), que tiene por objeto determinar si el embrión¹¹⁹ es portador de anomalías genéticas para excluirlo para la reproducción. Cuando aparecen noticias sobre esta cuestión en los medios, se dice que ha nacido un niño libre de una enfermedad determinada. Este planteamiento tan positivo olvida decir que no se le ha curado, sino que se le ha seleccionado, eliminando otros embriones. Un sector de la doctrina se ha mostrado crítico con esta técnica. Esta investigación para seleccionar y eliminar es una auténtica abdicación de la medicina. Sin embargo, se está presentado como una técnica atractiva para aquellas parejas que no se quieran someter al diagnóstico prenatal y posterior aborto (...) es (...) un modo más fácil de pre-abortar los hijos con deficiencias¹²⁰. Para otros estas técnicas se regulan con un “criterio que se ha denominado eugenista, en la medida que no sólo pretende una eugenesia negativa, sino positiva o perfectiva: el límite del artículo 13.2.c) –que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos y no se busque la selección de individuos o de raza- para las técnicas terapéuticas no aparece expresamente en relación con el diagnóstico preimplantacional”¹²¹. Y otros añaden que este proceso se enmarca en una modificación de las funciones de la fecundación in vitro puesto que ésta se había concebido inicialmente como medio de subvenir al deseo de tener hijos biológicos por parte de parejas infértiles, en tanto que a través de este procedimiento se convierte en un medio de subvenir al deseo de tener hijos

¹¹⁸Las técnicas que se utilizan para realizarlo y las finalidades distintas a la eliminación de embriones defectuosos se analizan en la parte dedicada al estudio de las técnicas de reproducción asistida.

¹¹⁹En el estado actual de la ciencia, el diagnóstico no es seguro si se realiza sobre los gametos (espermatozoides y óvulos). Un análisis profundo perjudicaría gravemente sus posibilidades ulteriores de fecundación. Las tentativas para localizar ciertas características genéticas en los gametos suelen excluir a los ovocitos y se refieren, sobre todo, a los espermatozoides. Estos se producen en mayor cantidad, se puede disponer de ellos cómodamente fuera del cuerpo y, además, el cromosoma sexual que portan es el determinante del sexo del nuevo organismo. Una excepción es el examen genético del corpúsculo polar. Este análisis se lleva a cabo en el ovocito no fecundado, mediante la obtención del corpúsculo polar, el cual aparece tras la primera división meiótica reduccional. Díaz de Terán, M. C. *Op. cit.* Págs. 71 y 72.

¹²⁰López Moratalla, N. La discusión bioética en la reproducción asistida. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006).Pág. 41 a 43.

¹²¹Pérez del Valle, C. Tratamiento jurídico del embrión en la nueva Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación y clonación. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006).Pág. 105.

biológicos sanos o con otras características por parte de parejas fértiles¹²². La elección de la ley española es dar prioridad a la autodeterminación reproductiva frente a la vida del embrión, la preservación de la identidad genética de las futuras generaciones, la evitación de elites genéticas y de la discriminación¹²³.

Se plantea el problema, dado el ideal de perfección que cada vez más inspira las técnicas de fecundación in vitro, de determinar qué enfermedades hereditarias o qué rasgos genéticos que predisponen a padecer enfermedades, darán lugar a excluir a los embriones. González Morán se pregunta: ¿debería aplicarse el DPI a la eliminación de embriones portadores de enfermedades monogénicas o también a la eliminación de embriones con simples predisposiciones genéticas (enfermedades poligénicas y multifactoriales) o incluso para descartar portadores sanos (heterocigotos) de alelos¹²⁴ recesivos que nunca manifestarían la enfermedad ¿quién traza la línea o establece el criterio diferenciador entre ambas opciones, dado que la línea entre enfermedades leves y graves es muy borrosa? Aquí tiene una precisa aplicación una orientación contenida en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de marzo de 1989 en el sentido de que es necesario que se reconsideren los conceptos de enfermedades o taras hereditarias y lo que no son más que simples desviaciones de la normalidad genética¹²⁵. Insistiendo en la crítica al DPI en su directa relación con la eugenesia, Romeo Casabona destaca que a través de ella podrían descartarse para la reproducción embriones con pequeñas anomalías o deficiencias, convirtiendo incluso algunos fenotipos como patológicos socialmente o simplemente no deseables (p. ej., por razón de la estatura o de la complexión corporal). Pero, incluso, se ha denunciado que, al contrario, podrían seleccionarse aquellos embriones mejor dotados genéticamente o que

¹²² Lesmes Serrano, C. *Op. cit.* Pág. 191.

¹²³ Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B, Diagnóstico preimplantacional. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007). Pág. 441.

¹²⁴ Un alelo es la forma en la que se manifiesta un fragmento de ADN en un lugar (locus) determinado, entre todas las posibles. El conjunto de los dos alelos que cada persona tiene para un locus determinado se denomina genotipo. Por su parte, el heterocigoto es el genotipo compuesto por alelos diferentes. Cada locus posee una serie de alelos posibles, de los que sólo se manifiesta uno. Definiciones tomadas de Lorente, J.A. *Un detective llamado ADN*. Editorial Temas de hoy. Madrid. (2004). Págs. 269, 276 y 277.

¹²⁵ González Morán, L. Problemas jurídicos de las pruebas genéticas, en *Pruebas genéticas. Genética, Derecho y ética*. Juan Masiá Clavel (Ed.) Universidad Pontificia de Comillas, Desclée De Brouwer. Bilbao 2004. Pág. 93.

fueran portadores de ciertas características deseables por motivos sociales¹²⁶. Emaldi, también, pese a reconocer que España, junto a otros países, es el prototipo de las legislaciones más permisivas, se muestra favorable a la misma, por cuanto, a su juicio, la prohibición de este diagnóstico supondría, en muchas ocasiones, el negarles (a las parejas afectadas) la oportunidad de tener hijos¹²⁷. La autora¹²⁸ se hace eco de diversas opiniones favorables a la eliminación de los embriones “defectuosos”. Se ha llegado a sostener, dice, que si se está vacunando a los niños para prevenir una enfermedad dentro de una generación ¿no deberían descartarse los embriones anómalos para impedir la transmisión entre las generaciones? Y la misma autora se muestra crítica frente a esta postura: “Considero esta opinión un tanto exacerbada porque no es comparable pretender erradicar una enfermedad eliminando embriones que son portadores de ella, con la aplicación de una vacuna por lo general inocua para el niño al que se le administra”¹²⁹.

A pesar de la gravedad del tema, la normativa española no aclara qué enfermedades justificarían la aplicación de esta técnica. La Ley de 1988 remitía al desarrollo reglamentario, estableciendo en su disposición adicional 1ª que el Gobierno, en el plazo de seis meses debía aprobar un Real Decreto que estableciera una lista de enfermedades genéticas o hereditarias que pudieran ser detectadas mediante diagnóstico prenatal. Ni que decir tiene que ese Real Decreto nunca se aprobó. El Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, encomendaba a ésta el estudio, la actualización y la propuesta de dicha lista, lo que tampoco hizo. Es una muestra más de la dejadez con que las autoridades administrativas ejercen su competencia de regulación y control en un tema tan delicado. Sólo a nivel autonómico, en Andalucía, el Decreto 156/2005, de 28 de junio, recoge una lista.

La LTRHA se refiere como objetivo del diagnóstico a las enfermedades graves de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento postnatal. Sin embargo, esos requisitos no siempre se observan. Por ejemplo, hay enfermedades genéticas muy graves como la Corea de Huntington que, sin embargo, no empieza a manifestarse hasta los 40 o 50 años y los embriones afectados se desechan. O el síndrome del cromosoma X frágil que puede

¹²⁶ Romeo Casabona. *Los genes...* Pág. 96.

¹²⁷ Emaldi Cirión. *Op. cit.* Págs. 115 y 116

¹²⁸ Emaldi Cirión, A. *El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas*. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Editorial Comares, S.L. Albolote (Granada) 2001. Págs. 101 a 107

¹²⁹ *Op. cit.* Pág. 95

manifestarse de manera casi inapreciable. En cuanto a enfermedades cuya gravedad es relativa y, además cuentan con tratamiento, el diario El País informaba el 26 de junio de 2007 que en la clínica Dexeus de Barcelona, se había obtenido un embarazo de gemelas que habían sido seleccionadas por estar libres de una enfermedad genética, la exostosis múltiple. Se trata de una enfermedad hereditaria, de aparición precoz, pues su diagnóstico suele realizarse en los primeros meses de vida. Pero en cuanto a su gravedad, se trata de una enfermedad que afecta al cartílago de crecimiento de los huesos, especialmente, las extremidades. Su gravedad es muy variable, pues afecta de forma diferente a unos individuos que a otros, pudiendo ser prácticamente asintomática o producir graves deformaciones e incapacidad. En todo caso, de ser necesario, se puede corregir el crecimiento anormal con cirugía. Por tanto, se estaría eliminando a embriones que puede padecer la enfermedad pero de forma benigna o, en el peor de los casos teniendo que someterse a una operación. Otro tanto puede decirse de la parálisis periódica hipocalémica. El 17 de junio de 2008, El País publicó la noticia de que había nacido un bebé seleccionado que no tenía el gen que produce esa enfermedad. Dentro de su gravedad, también tiene tratamiento cuyo objetivo son el alivio de los síntomas y la prevención de futuros ataques. El potasio que se suministra durante un ataque puede detenerlo. Es preferible suministrarlo por vía oral, pero si la debilidad es grave, se puede necesitar la administración de potasio por vía intravenosa. Un medicamento llamado acetazolamida previene ataques en muchos casos.

Y las finalidades para las que se emplea el diagnóstico, distintas de las previstas legalmente, no terminan aquí. También se plantea el problema en el caso de determinados genes que se asocian a la predisposición a padecer determinados tipos de cáncer. El 4 de noviembre de 2008, el diario El Mundo informa que una clínica de reproducción asistida había remitido dos consultas a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida: "Una, por un varón portador del gen BRCA1, que podía suponer para sus futuras hijas un mayor riesgo de cáncer de mama. La segunda, para una mujer con mutación en el gen BRCA2 y cuyo árbol genealógico mostraba una penetrancia de casi el 100%", explica. "Los embriones portadores de la mutación no tienen por qué desarrollar la enfermedad en el futuro, de manera que nos vemos más respaldados solicitando este informe". En el caso de los dos genes más relacionados con el cáncer de mama, los BRCA1 y BRCA2, se calcula

que quienes los tengan tienen un 80% de probabilidades de desarrollar la enfermedad. Pero no es seguro al 100%. Y si se permite en estos casos, ¿qué pasará cuando se trate de un gen que tenga un 60% de probabilidades de causar una enfermedad? ¿Y si ésta es de sólo un 10%? La LTRHA sólo establece que las clínicas que presten este servicio deben comunicar su práctica a la autoridad sanitaria que, a su vez, dará cuenta a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Ni siquiera se exige que los progenitores que lo reclamen prueben la concurrencia de un riesgo de enfermedad. Dentro de que se trata de una técnica que, por su propia naturaleza, no puede llegar a ser masiva, en España se conocen casos con cierta asiduidad. El diario La Razón informaba el 6 de febrero de 2008 que en la Clínica FIV Recoletos de Ciudad Real, se había conseguido seleccionar embriones libres de la enfermedad adrenoleucodistrofia, conocida por la película “El aceite de la vida”. En fin, que aunque se ha destacado que la LTRHA era más restrictiva que la Ley de 1988 porque ésta se refería a enfermedades hereditarias, sin más matices, la aplicación muestra una vez más que los límites impuestos por el legislador pueden obviarse sin problemas.

Dando por supuesto que pueden seleccionarse los embriones en función de si son portadores de determinados rasgos, rasgos que van más allá de lo permitido legalmente, se plantea la cuestión de a quién corresponde decidir si se transfiere o no un embrión. El artículo 12.1 de la anterior Ley de reproducción asistida establecía que “toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear”. El último inciso fue el que dio lugar a la polémica. Algunos consideraban que no era posible prohibir la transferencia. Mantener lo contrario y prohibir una decisión positiva (favorable a la implantación) de los padres en tal caso sería, en cierto modo, equiparable a obligar a la práctica del aborto de los embriones o fetos que adoleciesen de defectos o enfermedades, lo que, sin duda, se interpretaría como contrario al artículo 10.1 CE¹³⁰. Emaldi señalaba que “en España, se defiende a ultranza el asesoramiento no directivo, dejando a la libre voluntad de las personas la decisión última a tomar, como reflejo de su derecho a la autodeterminación y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, en la práctica existen indicios de que no es así e, incluso en la legislación uno de sus artículos

¹³⁰ Maciá Morillo, A. *Op. cit.* Pág. 351 y 352.

puede tener una interpretación extensiva que dejaría entrever la posible existencia del asesoramiento genético directivo”¹³¹. A la propia autora se le suscitaban dudas: “Frente a esta conclusión cabe objetar que en la Ley sí se desaconseja la transferencia de los mismos e incluso se sanciona la transferencia de gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad”¹³². Y es que aunque la decisión correspondiera a los padres, en un asunto tan técnico, por una parte, y tan emocional, por otra, la forma en que se presenten los hechos por los médicos es determinante: “la fuerza de la decisión se hace residir fundamentalmente en el embriólogo o en el médico”¹³³.

Romeo Casabona se inclinaba por considerar que no corresponde la decisión a la pareja o mujer receptora porque “se están poniendo a disposición técnicas para favorecer la procreación y, siendo posible, se ha de garantizar que sea sana”¹³⁴. En ese mismo trabajo entiende el autor que la exclusión de determinados embriones portadores de enfermedades genéticas no es discriminatoria porque se basa en datos diferenciadores fácticos objetivos. Resulta cuando menos sorprendente esta afirmación, por cuanto la existencia de trato discriminatorio no se excluye en el que caso en que se base en datos objetivos (ser negro, ser mujer, bajo... también son datos objetivos) sino si la diferencia de trato está justificada. El autor citado, sobre la eventual limitación de la libertad reproductiva, mantiene que queda justificada porque había que contraponer este derecho individual al derecho de la sociedad a una población sana, en la medida en que pueda prevenirse ya antes de la concepción (...) Si la Medicina ha reducido en los últimos años de forma considerable la selección biológica natural de la especie humana, este efecto debe compensarse con la correspondiente limitación o prohibición de la reproducción de aquellos individuos que potencialmente presentan mayores riesgos de transmitir enfermedades hereditarias a su propia descendencia¹³⁵.

La LTRA ha venido a despejar las dudas acerca de la voluntad de la Ley. El nuevo artículo 12, en lo que aquí interesa, que regula el DPI establece que éste podrá practicarse para

¹³¹ *Op. cit.* Pág. 322.

¹³² *Op. cit.* Pág. 103.

¹³³ Abellán. *Op. cit.* Pág. 10.

¹³⁴ Romeo Casabona, C.M. El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos en *El Convenio de Derechos Humanos y biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo Casabona, C.M. (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote (Granada) 2002. Pág. 185.

¹³⁵ Romeo Casabona, C.M. *Op. cit.* Pág 152.

la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.

En primer lugar, llama la atención que ha desaparecido la opción del tratamiento de la enfermedad del embrión si es ello posible. Pero, sobre todo, ya no se “desaconseja” la transferencia de los embriones enfermos, sino que directamente se seleccionan para no transferirlos. “El legislador ha dado un paso de gigante para afianzar su señorío sobre la vida: la tibieza del legislador anterior que, diciendo lo mismo, aún guardaba un cierto decoro moral, al desaconsejar simplemente su transferencia, ha sido pulverizada por el legislador actual que ya no se anda con miramientos con la vida humana (...) la terminología es incompleta: no se añade que la selección embrionaria equivale a la destrucción, es decir la muerte, de los embriones que no han sido considerados dignos de vivir”¹³⁶. Parece que en ese proceso, el único límite será el del desarrollo tecnológico en cada momento y el coste económico de la técnica de diagnóstico. Podría llegarse al caso de que una mujer (o pareja) que se niegue a utilizar las tecnologías de reproducción humana podría ser considerada como irresponsable (o ser penalizada) por permitirse correr el riesgo de tener un hijo con una malformación de origen genético¹³⁷.

La opción del legislador consideramos que no se ajusta a la Constitución. Esto no es una opinión personal, sino que resulta de la doctrina de la sentencia 116/1999, de 17 de junio, del Tribunal Constitucional, que al enjuiciar el anterior artículo 12 señaló (FJ 12) que

como queda afirmado con reiteración, los preembriones «in vitro» no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. Por ello, han de considerarse como suficientes las garantías que en el propio precepto se adoptan: en primer lugar que la enfermedad hereditaria detectada deberá ser tratada si ello es posible, y, en segundo lugar, el precepto sólo permite a los profesionales intervinientes desaconsejar su transferencia, por lo que, en lo sustancial, la decisión última recae en la

¹³⁶ González Morán, L. *De la bioética al bioderecho*. Universidad Pontificia de Comillas-Editorial Dykinson, S.L. Madrid (2006) Pág. 706.

¹³⁷ Luján, J.L. *Eugenesis: de la ética a la política en La eugenesis hoy*. Editorial Comares. Albolote, Granada (1999). Págs. 247 a 249.

madre receptora, según lo dispuesto en el art. 2.4 de la Ley, cuya conformidad a la Constitución ya hemos examinado.

A nivel internacional, el Consejo de Europa en la Recomendación 1046(1986)¹³⁸ instaba a los gobiernos a limitar las pruebas diagnósticas a aquellas que tengan por objetivo el bienestar del niño por nacer y su mejor desarrollo. Sin embargo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina del Consejo de Europa (en adelante, Convenio de Oviedo, por el lugar donde se abrió a la firma), fue más permisivo que la Recomendación (pero menos que la LTRHA) y establece en su artículo 14 que no se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo. La redacción literal parece limitar el diagnóstico preimplantatorio a la determinación del sexo y sólo para evitar enfermedades hereditarias graves limitadas a estas circunstancias. Sin embargo, el informe explicativo aclara que este artículo no supone limitación alguna al derecho a realizar pruebas diagnósticas en la fase embrionaria para detectar características hereditarias que producirán una grave enfermedad tras el nacimiento.

Sea como fuere, hay, al menos, 15 países en Europa donde está admitida la práctica de la fecundación in vitro con el fin de seleccionar a los embriones no afectados por una enfermedad: Bélgica, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Noruega, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido¹³⁹. En

¹³⁸

Texto

en

http://www.cnrha.msssi.gob.es/documentacion/pdf/Rec_CE_1046_Datos_Geneticos.pdf

¹³⁹En este último país, respecto de este asunto se produjo un hecho que se repite mucho en cuestiones bioéticas, la preeminencia de las cuestiones de procedimiento sobre las de fondo. En julio de 2002, el Comité sobre Ciencia y Tecnología de la Cámara de los Comunes, expresamente criticó a la HFEA (Human Fertilisation Embryology Authority, el organismo regulador en el tema), por extralimitarse en el ámbito de su competencia consultiva en relación con el diagnóstico preimplantatorio. La entonces Directora del Organismo, Dame Ruth Deech, había afirmado ante el citado Comité que era deseable que el HFEA tomase las decisiones en la materia, lo que permitiría a los miembros del Parlamento quedar libres de tener que comprometerse en tales asuntos. La respuesta del Comité fue que el Parlamento no necesita protección y que la democracia no se sirve si personas e instituciones no electas toman decisiones en nombre del Parlamento, aunque se reconocía la preocupación de la Directora en el sentido de que la legislación sobre embriología humana se hallaba en peligro de ser dominada por los enemigos del aborto (!). Parece que, según el Comité, sólo es democrática la postura favorable al aborto.

cambio, está prohibido en Alemania, en Austria y en Suiza.¹⁴⁰ La regulación de Italia, que la prohíbe, ha sido cuestionada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Costa y Pavan v. Italia*¹⁴¹. La sección segunda del Tribunal resolvió el 28 de agosto de 2012 en favor de los reclamantes, si bien la resolución no es firme pues está pendiente de revisión ante la Gran Sala. Los hechos son los siguientes: Rosetta Costa y Walter Pavan son un matrimonio portador sano de fibrosis quística (es decir, no padecen la enfermedad, pero pueden transmitirla a sus hijos). Descubrieron esa condición cuando tuvieron un hijo que nació con la enfermedad. En un segundo embarazo sometieron al feto a un diagnóstico prenatal y habiendo dado positivo, la mujer abortó. A partir de ahí, los demandantes quisieron acudir a la reproducción asistida y que se hiciera a los embriones obtenidos un DPI, pero éste está prohibido por la ley italiana. Esta norma de 2004 se había intentado derogar por sus detractores a través de un referéndum, lo que fracasó. En 2010, la norma se modificó para permitir a las parejas no estériles, cuyo varón padece alguna enfermedad vírica transmisible sexualmente, pudieran someterse al procedimiento de lavado de semen. Esta técnica es anterior a la fecundación por lo que no afecta a la vida del embrión. Por otra parte, como antecedente, consta que el 13 de enero de 2010 un tribunal italiano (de Salerno) permitió mediante resolución que una pareja no estéril accediera al DPI por ser portadores sanos de atrofia muscular.

Lo más llamativo, a nuestro juicio de esta sentencia, desde el punto de vista procedimental, es la admisión del asunto que hace el Tribunal pese a no haberse agotado las vías internas de recurso en contra de los establecido en el artículo 35.1 del Convenio. El Tribunal rechazó la alegación de inadmisibilidad con el insólito argumento de que no les era exigible a los demandantes acudir a los tribunales internos para reclamar la aplicación de una técnica que el Estado italiano reconoce que está prohibida por la ley. En cuanto al fondo del asunto, tras recordar que sólo Austria, además de Italia, entre los países firmantes del Convenio Europeo prohíbe el DPI, el Tribunal también se hace eco de un Informe consultivo relativo a las enfermedades raras y a la urgencia de una acción concertada del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2009. Dejando de lado de que se trata de un Informe y, por tanto, sin valor vinculante, cuando recomienda la selección de embriones sanos antes

¹⁴⁰ Alkorta. *Op. cit.* pág. 321.

¹⁴¹ Consultado en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112992#{%22itemid%22:\[%22001-112992%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112992#{%22itemid%22:[%22001-112992%22]})

de la implantación, además de decir que ha de hacerse sobre una base voluntaria, añade que lo hace “sin perjuicio de la legislación nacional existente”.

Por su parte, el Estado italiano alegó que lo que los demandantes pretendían es la declaración de que se había violado su derecho a tener un hijo sano. El Tribunal rechaza esto y lo reformula diciendo que en realidad la petición se limita a la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida y al DPI con el fin de tener un niño que no esté afectado por la fibrosis quística. Reconoce que queda protegido bajo el artículo 8 del Convenio el *deseo* (la cursiva es nuestra) de tener un hijo libre de enfermedad (no se entiende por qué se niega a utilizar la palabra sano): “la Cour considère que le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique...” (parágrafo 57 de la sentencia). A nuestro juicio, identificar un deseo con un derecho revela una concepción de los derechos humanos como una proyección de la voluntad individual en el orden social. Obviamente, el Tribunal no lo califica así pero podría decirse que reconoce el derecho a no transmitir unos genes indeseables, un derecho a la eugenesia. Según la sentencia, la prohibición en cuestión constituye, por consiguiente, una injerencia en el derecho reconocido en el artículo 8. Añade que el sistema legislativo italiano carece de coherencia en este punto. Impide el DPI para limitar la transferencia a los embriones sanos, pero permite el aborto de un feto afectado por la misma patología.

El fallo es criticable pues no puede olvidarse que el Tribunal resuelve sobre casos concretos y si en los mismos ha sido violado algún derecho fundamental reconocido en el Convenio. En este caso se hace un juicio en abstracto sobre la decisión del poder legislativo de un parlamento nacional y en una cuestión en la que el propio Tribunal ha reconocido que los Estados tienen un amplio margen de apreciación (aunque no absoluto). Adicionalmente, llama la atención que el Tribunal no afirma que la prohibición del DPI sea contrario al Convenio que era lo que pretendían los reclamantes, sino que reformula la pretensión en el sentido de la proporcionalidad de la prohibición en relación con la admisión del aborto terapéutico. Es decir, no enjuicia la cuestión desde los requerimientos del Convenio sino desde la coherencia de la regulación interna de dos figuras que, separadamente, no son contrarias al Convenio. Viene a concluir que si una excepción está permitida, entonces todas deben ser permitidas. La contradicción entre la prohibición del DPI y la admisión del aborto eugenésico es evidente, pero se debe a los diferentes momentos históricos en que se

aprobaron las normas, a los equilibrios y pactos que se llevaron a cabo y, también en la incoherente, a nuestro juicio, justificación que se ha dado respecto al aborto y la reproducción asistida y sus límites. Cabe, además, plantearse que hubiera dicho el Tribunal si el aborto eugenésico hubiera estado prohibido en Italia.

3.3. Conclusión.- Efectivamente, la Historia no se repite y la eugenesia actual no es comparable a la de los siglos XIX y XX. Pero es indudable que nos encontramos en un proceso en el que se acepta acríticamente, por una parte, que es indeseable que nazcan determinados seres humanos (en especial, pobres y mujeres de los países en desarrollo y personas con discapacidad); y, por otra, que los padres, tomando en consideración lo que creen mejor para sus hijos seleccionen aquéllos rasgos que estimen más convenientes. El problema es que una vez que se desechan seres humanos por su carácter defectuoso, este proceso no tiene fin y se tiende a la obtención de un producto lo más perfecto posible. Y como la ciencia y la técnica han avanzado extraordinariamente, la eugenesia moderna cuenta con medios mucho más eficaces que su antecesora. En la eugenesia clásica para obtener resultados positivos se estimulaba la procreación de las parejas en las que ambos miembros reunían la condición de especialmente aptos. Ni que decir tiene que los resultados fueron nulos. En la actualidad, las técnicas de diagnóstico preimplantatorio permiten detectar determinadas características genéticas que se buscan. Y, aunque lejano en el tiempo, no es disparatado pensar que técnicas de manipulación genética permitan introducir los rasgos que se quieran. El problema es precisamente que se escape del mundo médico la determinación de lo que es patológico y de lo que no es¹⁴².

En cuanto a la eugenesia negativa ya hemos visto la eficacia de las técnicas de DPI y prenatal para detectar aquellas condiciones indeseables, lo que permite la eliminación de los nacidos afectados con mayor precisión que hace un siglo.

Y por lo que se refiere a libertad de los individuos y las parejas para tomar decisiones “la suma de estas pequeñas decisiones tiene un potencial mucho más amplio: recrear, como los viejos eugenicistas, la noción de aptitud y convertir a los niños en bienes perfectibles (...) el temor fundamental es del mercado. Es el temor de que millones de consumidores hagan

¹⁴²Abellán. *Op. cit.* Págs. 7 y 8.

adquisiciones que cambien a la humanidad¹⁴³. Incluso Buchanan¹⁴⁴ reconoce que “guiada por un primitivo sentido de la moral, la actual tecnología puede producir resultados horribles”. No obstante, el autor cuida mucho sus palabras al unir la palabra “primitivo” a moral y referirse a “tecnología” para evitar manchar a la ciencia.

4. Deep ecology.- A partir de los años 60, el medio ambiente viene a ser objeto de preocupación universal. La explotación de los recursos naturales que realiza el sistema capitalista resulta insostenible. Empiezan a surgir grupos ecologistas que consiguen un gran eco social. Si bien sólo tienen representación política en algunos países (el caso más relevante es el de Alemania) y nunca mayoritaria, no hay partido político, empresa o institución que discuta el mensaje verde. El compromiso con el respeto a la naturaleza se utiliza en campañas de comunicación y publicidad (incluso aunque la actividad de la empresa cause en realidad un impacto negativo al medio ambiente). Al igual que el feminismo, la defensa de la naturaleza tiene numerosas corrientes. Algunas conciben la ecología como comprensiva del ser humano y defienden a éste desde su concepción a su muerte; otras, más numerosas, están vinculadas a la izquierda política, pese a que tras la caída del Muro de Berlín pudo verificarse que en los países comunistas el daño medioambiental era comparable y en no pocos casos peor que en Occidente.

Pues bien, una corriente cada vez más en alza es la llamada Deep Ecology¹⁴⁵ que, partiendo de la espiritualidad New Age, considera a la Madre Tierra o Gaia un ser vivo gigantesco que cobija al resto. Se trata de una vuelta al viejo panteísmo con una previsible disolución de lo humano en formulaciones previas a la extensión del monoteísmo y específicamente del cristianismo¹⁴⁶. Sostiene que la especie humana, amparándose en una falsa idea de supremacía (derivada de la religión cristiana) se habría convertido en una plaga que destruye el equilibrio y debe ser drásticamente reducida. Esta idea ha pasado a la cultura popular a través de películas como *2012*, dirigida por Roland Emmerich, o novelas como *El 5º día* del alemán Frank Schätzing, en las que se presenta la muerte de millones de personas como un bien necesario para la supervivencia de la Tierra en su conjunto. A finales de los

¹⁴³Spar, D.L. *Baby Business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*. Tendencias Editores. Barcelona. 2006. Pág. 198.

¹⁴⁴*Op. cit.* Pág. 285.

¹⁴⁵ Término que se debe al filósofo y montañero noruego Arne Naess que lo acuñó en 1973.

¹⁴⁶Serrano Ruiz-Calderón. *Retos jurídicos de la bioética*. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. (2005). Pág. 49.

años 90 muchos de los seguidores de esta corriente daban cada vez más la sensación de llevar a cabo una guerra contra los seres humanos. “La ideología de fondo de la cultura ecológico-animalista, hegemónica en el mundo, es aquella, de origen gnóstico, según la cual el hombre es en el fondo el cáncer del planeta y cualquier forma de vida tiene sacrosantos derechos, menos la humana”¹⁴⁷. Incluso algunos dieron el paso lógico y en 2001 organizaron la Church (Iglesia) of Deep Ecology. Aunque la Iglesia parece limitada a una pequeña congregación en Minnesota, su página web y sus materiales tienen un alcance nacional y promueve eventos relacionados con la deep ecology por todo el país¹⁴⁸.

Y como es lógico tal visión ha sido aprovechada por el movimiento antinatalista. Paul Ehrlich¹⁴⁹ (el polémico autor en los años sesenta de *La bomba de la Población*) participó, (El País, 3 de noviembre de 2009, que titulaba “¡Frena el cambio climático. Toma la píldora!”) en un acto que proponía el control de la natalidad como solución al calentamiento global y el citado culpaba al Papa y la izquierda (?) del tabú de la planificación familiar que amenaza el planeta. Y el suplemento de Salud de El Mundo, el 18 de septiembre de 2009 (con el título “Anticonceptivos contra el cambio climático”) recogía un artículo de The Lancet que defendía que si se puede controlar la demografía, además de mejorar la salud, se reducirá la presión que el exceso poblacional ejerce sobre el medio ambiente y, en consecuencia, se estará luchando contra el cambio climático.

5. Utilitarismo.- Toda estas doctrinas que hemos descrito no serían comprensibles si no tuviéramos en cuenta el pensamiento ético dominante, el utilitarismo, que les da soporte ideológico. Se trata de una corriente que hunde sus raíces en el pensamiento liberal anglosajón. Para situar el utilitarismo, recordaremos que dentro de las teorías éticas se distingue normalmente entre deontologismo y consecuencialismo. La ética consecuencialista evalúa el comportamiento humano por sus consecuencias que provoca,

¹⁴⁷ Socci, A. *Op. cit.* Pág. 54.

¹⁴⁸ Datos tomados de *Encyclopedia of American religious history*, Volumen 1. 3ª Edición. Ed. Facts on file (2009)Pág. 333.

¹⁴⁹ La preocupación por el exceso de población ahora pasada por el medioambientalismo, no deja de tener en Ehrlich un cierto matiz de desagrado estético frente a las masas empobrecidas. En la obra *La Bomba de la Población* (citada por Dannreuther, R. *International Security. The contemporary agenda*. Policy Press (2007). Pág. 62) dice “a nivel psicológico, la explosión demográfica comenzó a manifestarse en una noche tórrida y llena de malos olores en Delhi. Las calles bullían de gente. Gente que alargaba la mano hacia las ventanillas de las taxis para pedir caridad. Gente que defecaba, gente que orinaba. Gente que empujaba animales por las calles. Gente, gente, gente”.

mientras que la ética deontológica enjuicia ese comportamiento de acuerdo con principios morales preestablecidos, como proponía la ética tradicional y la kantiana¹⁵⁰. El utilitarismo es una ética consecuencialista pues juzga las acciones en términos de bienestar, satisfacción o dicha que produzcan entre quienes experimentan los resultados de la conducta. El utilitarismo considera que una acción es correcta si tiende a promover la felicidad y mala si produce lo contrario a la felicidad. No se trata sólo de la felicidad del que actúa sino también de todo aquél afectado por su acción (aunque como veremos, al final es decisivo el poder con el que cuenta el que hace el juicio moral). No hace depender la bondad o maldad de la acción del motivo del agente; en el utilitarismo lo correcto se puede hacer por un mal motivo.

“La influencia del utilitarismo ha sido generalizada, impregnando la vida intelectual de los dos últimos siglos. Su importancia en el Derecho, Política y Economía es especialmente notable (...) Como doctrina ética abstracta, el utilitarismo se ha establecido como una de las escasas opciones vigentes que debe ser tenida en cuenta y, por consiguiente, refutada o aceptada por cualquier filósofo que pretende tomar una posición en normativa ética”¹⁵¹. Especial importancia tiene en Estados Unidos y dado el liderazgo de ese país en el mundo, su influencia es omnipresente: “Desde un punto de vista práctico, el utilitarismo es probablemente más importante para el proceso de toma de decisiones en América que cualquier otra tradición de la filosofía occidental¹⁵². Su éxito, quizá, puede deberse a un elemento que pone de relieve Victoria Camps¹⁵³ que no es otro que los utilitaristas han manifestado, desde el principio, una voluntad transformadora de la sociedad, el aliento combativo para ofrecer soluciones de cambio a la sociedad. Su influencia en la bioética, que tanto peso tiene en el ámbito objeto de estudio en este trabajo, es enorme.

¿Cuándo surge el utilitarismo? Para dar respuesta a esta pregunta seguiremos a Copleston¹⁵⁴, mientras no se indique otro autor. Los principales representantes originales de

¹⁵⁰Giner, S. *Historia del pensamiento social*. Ed. Ariel 12ª Edición. Barcelona (2008). Pág. 445.

¹⁵¹Utilitarianism. *Encyclopaedia Britannica* from Encyclopaedia Britannica 2006. Ultimate Reference Suite DVD (Accessed October 4, 2010).

¹⁵²Dolgin, J.L. y Shepherd, D. *Bioethics and the law*. Aspen Publishers. Nueva York. (2005). Pág. 15.

¹⁵³Camps, V. Ed *Historia de la ética. La ética moderna*. Vol. 2.Ed. Crítica. Barcelona (2006) Pág. 459.

¹⁵⁴Copleston, F. *Historia de la Filosofía, 8: de Bentham a Russel*. Editorial Ariel, Barcelona (2000) Págs. 19 a 61.

esta corriente eran ingleses, destacados economistas liberales y filosóficamente empiristas. La primera fase del empirismo del siglo XIX, conocida como movimiento utilitarista, puede considerarse iniciada por Bentham que tuvo el don de captar ciertas ideas ajenas desarrollándolas y amalgamándolas para obtener un arma o instrumento de reforma social. De hecho se le atribuye la utilización del término “utilitarian” por primera vez.

La medida de la utilidad, en su aplicación a la legislación y a las instituciones políticas, era para Bentham, el grado en que éstas conducían a la mayor felicidad del mayor número posible de seres humanos o de miembros de la sociedad. Bentham nunca fue un entusiasta de la democracia como tal. Es decir, no creyó más en el sagrado derecho del pueblo al gobierno que en la teoría de los derechos naturales, en general que consideraba falta de sentido. Su requisitoria constante se centró en el principio de utilidad y no en la creencia de que la democracia tiene por sí misma carácter sagrado. De hecho, el partido liberal inglés nacido de esta corriente de pensamiento, era clasista y aristocrático¹⁵⁵.

El benthamismo se basaba en el hedonismo psicológico, esto es, la teoría de que todo ser humano busca por naturaleza el placer y evita el dolor. Pero Bentham aspira también a establecer un criterio de moralidad objetivo de las acciones humanas. De forma que las acciones buenas son aquéllas que tienden a aumentar la medida total de placer, mientras que son acciones malas las que tienden a disminuirla. Llegamos así al principio de utilidad, también llamado de máxima felicidad. Establece éste que la mayor felicidad de todos aquéllos cuyo interés está en cuestión consiste en lo bueno y lo justo y sólo lo bueno y justo y universalmente deseable, fin de la actividad humana.

La utilidad es cualquier propiedad de cualquier objeto por la cual éste tiende a producir provecho, ventaja, placer, bien o felicidad o a evitar que se produzca daño, dolor, mal o infelicidad a aquella parte cuyo interés se considera. Una aproximación más contemporánea para definir utilidad es tomar en cuenta las preferencias individuales. La utilidad se considera alcanzada cuando se satisfacen las preferencias. Esta variante del utilitarismo otorga prioridad a los individuos definiendo por sí mismos lo que ellos quieren¹⁵⁶.

¹⁵⁵Giner, *Op. cit.* Pág. 146.

¹⁵⁶Dolgin, J.L. y Shepherd, D. *Op. cit.* Pág. 15.

La armonización de intereses gracias a la ley, como Bentham propugnaba, consistía primariamente en la eliminación de los obstáculos opuestos al aumento de la felicidad del mayor número posible de ciudadanos, más bien que en lo que en general se supondría positiva interferencia en la libertad del individuo. La naturaleza harto simplificada de su filosofía moral facilitó su uso como instrumento o arma políticos.

El segundo autor al que vamos a referirnos es James Mill, el principal discípulo de Bentham, que escribió para el suplemento de la Enciclopedia Británica una serie de artículos políticos que expresaban los puntos de vista del círculo utilitarista. Este círculo comprendía, entre otros, a Malthus. Con ello nos encontramos nuevamente con una conexión entre dos de las corrientes de pensamiento que inspiran la ideología vigente.

Con James Mill y Bentham, nos hallamos ante la economía del laissez-faire. Bentham creyó en un mercado de libre competencia que conseguiría inevitablemente una armonía de intereses. La acción del Estado propuesta por Bentham consistía en la eliminación de las diversas restricciones. Bajo esta teoría del laissez-faire yace la influencia de los fisiócratas franceses, aunque también había elementos tomados de Adam Smith. Esta línea de argumentación parece envolver la suposición, por lo menos implícita, de que el mercado libre está gobernado por un tipo de ley económico-natural que en último término asegura una armonización de intereses y trabaja por el bien común, siempre que nadie intente interferir en su funcionamiento. Pero esta opinión optimista representa sólo un aspecto de la economía. Como señala Malthus, la población aumenta siempre cuando la vida se vuelve más fácil, a no ser, por supuesto, que en algún sentido se restrinja su porcentaje de crecimiento.

John Stuart Mill, hijo del anterior, publicó en 1863 la obra “Utilitarismo”. En ella da una definición del principio básico de la ética utilitarista, que está totalmente de acuerdo con el benthamismo: “el credo que acepta como fundamento de la moral la utilidad o el principio de la máxima felicidad, sostiene que las acciones son buenas en cuanto tienden a promover la felicidad, males en cuanto tienden a producir lo opuesto a la felicidad. Por felicidad se entiende placer y ausencia de dolor; por infelicidad, dolor y privación de placer”¹⁵⁷. En “Sobre la libertad” insiste en que el principio de utilidad exige que todo hombre sea libre

¹⁵⁷ Consultado en <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/utilitarianism.pdf>

para desarrollar sus capacidades de acuerdo con su propia voluntad y criterio, siempre que al hacerlo no obstaculice el ejercicio de la misma libertad a los demás. Añade que el desarrollo libre de la individualidad es uno de los principales ingredientes de la libertad humana y casi el ingrediente principal del progreso individual y social. Concluye diciendo que sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano.

Pese a este radical individualismo que interpreta muy restrictivamente cualquier límite que pudiera imponérsele, Stuart Mill también sostiene una idea muy cara a la corriente de pensamiento actualmente dominante: el principio de utilidad, el principio de máxima felicidad, también justifica una buena medida de legislación estatal con vistas al bien o a la felicidad comunes. Valga el ejemplo de la educación. Según Mill, la comunidad no tiene derecho a coaccionar al individuo simplemente por el propio bien de éste. Pero eso se refiere, como explica Mill, sólo a los adultos, no a los niños. Porque estos últimos hay que protegerlos no sólo de ser perjudicados por los demás, sino de que se perjudiquen a sí mismos. No obstante, la ideología actual ha extendido la protección contra la voluntad del sujeto a algunos supuestos que afectan a los adultos, como la obligación de llevar cinturón de seguridad o las limitaciones al consumo de tabaco.

Y al igual que ocurría con su padre, también Stuart Mill compartía las preocupaciones poblacionales de Malthus. En la citada “Sobre la libertad” considera legítima una ley que prohibiera el matrimonio a quien no pudiera demostrar que tiene suficientes medios para mantener a sus familia, siempre que en un país la población sea o amenace con llegar a ser tan grande que los jornales, por la superabundancia de mano de obra, sean tan bajos que los padres no pudieran mantener a sus hijos. La ley no constituiría una violación de la libertad, porque su fin sería impedir que las partes interesadas perjudicaran a los demás, es decir, a sus posibles hijos. Y si alguien se opusiera a la ley fundándose simplemente en que ésta violaría la libertad de las partes que deseaban casarse, darían pruebas de una descolocada noción de libertad.

Actualmente, bajo el utilitarismo se agrupan varias corrientes de pensamiento que tienen como denominadores comunes el principio de utilidad y la metodología moral consecuencialista. También hoy se distingue entre utilitarismo de actos (el que hemos venido definiendo) y el utilitarismo de reglas (que admiten la necesidad de tener normas

morales en la sociedad y la moralidad de las acciones se juzga por la bondad o maldad de las consecuencias que la observancia consuetudinaria de la regla en cuestión produce en la sociedad)¹⁵⁸.

Son muchas las críticas que pueden hacerse al utilitarismo. En primer lugar, la falacia naturalista. Se ha dicho que del ser no se deriva necesariamente el deber ser. Pues bien, eso es lo que hace el utilitarismo en la formulación de Benthan, cuando después de señalar que la naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer, dice que ellos solos han de señalar lo que debemos hacer, así como determinar lo que haremos. Por su parte, MacIntyre señala que el concepto de la mayor felicidad para el mayor número sólo es aplicable con algún tipo de legitimidad moral en una sociedad en la que se supone que existen normas no utilitarias de conducta decente¹⁵⁹. Si se ponen en el centro los intereses del individuo, si éste cuenta con suficiente influencia, sus deseos tenderán a ser realizados y sólo aquéllos que puedan oponer alguna resistencia eficaz podrán ver respetados sus derechos; los que por diversas circunstancias sean incapaces de hacerlo, no sólo verán insatisfechos sus intereses, sino que se considerará que ello es en su mejor interés o serán excluidos de la condición de agentes morales, de personas. Así, el utilitarismo ha llevado a una situación en la que nuestra sociedad no consigue situar por encima del debate ni siquiera a la persona, que dista de ser un lugar de encuentro o, si se prefiere, un valor indiscutido para trocarse en punto de debate y disenso¹⁶⁰. Por otra parte, la ponderación de placeres o dolores es puramente arbitraria y lo mismo ocurre con la definición de intereses respecto a terceros que no necesariamente ejercen su racionalidad, de forma que no hay más remedio que sustituir esa racionalidad por la propia, de forma que nosotros fijamos los intereses de un discapacitado o de un animal. Además, en ciertos casos debido a la ponderación de placer y dolor que realizamos por ello, su interés sería el ser eliminados¹⁶¹. No ha dejado de destacarse que la veneración por el principio de autonomía como el más importante de los valores revela cómo la estructura de la bioética tradicional preserva los intereses de los socialmente aventajados, por lo tanto constituye un bioética

¹⁵⁸Ferrer, J.J. y Álvarez, J. C. *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Universidad de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao (2003). Pág. 298.

¹⁵⁹MacIntyre, A.C. *Tras la virtud*. Crítica. Barcelona. 1981. Pág.230.

¹⁶⁰Serrano Ruiz-Calderón, J.M. *Familia y tecnología*. Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid (1996). Pág. 34.

¹⁶¹Serrano Ruiz-Calderón, J.M. *Op. cit.* (2005) Pág. 61.

para los privilegiados. También las revistas científicas reflejan esa perspectiva filosófica, “difunden una posición ideológica determinada, ligada al cientismo y al utilitarismo del descubrimiento beneficioso. Se aprecia una fuerte voluntad de emanciparse de todo tipo de control social y una actitud deconstructiva respecto a conceptos como dignidad humana”¹⁶². También Gracia ha señalado que es un hecho comprobado que cuando la autonomía se lleva al extremo e intenta convertirse en un principio absoluto y sin excepciones, conduce a aberraciones no menores que las del paternalismo beneficentista. Sólo con el principio de autonomía tampoco puede construirse una ética coherente. La razón está a veces del lado de la beneficencia y no de la autonomía. Y muchas otras, se halla entre ambos principios¹⁶³. Adicionalmente, la idea del individuo aislado que ha tomar resoluciones de la forma que considere más conveniente, es un producto típicamente occidental de los últimos siglos; no es que no sea el único sistema posible en nuestra cultura, sino que es absolutamente extraño en otras. En el Confucionismo, la persona no es un conjunto de cualidades que posee aisladamente, sino una red de relaciones que se mantienen con otros. Cuando hay que tomar una decisión, el dilema es aparente, pues sólo hay una solución correcta, derivada de ese conjunto de relaciones¹⁶⁴. Resulta necesario recordarlo, pues en el pensamiento dominante se mantiene un discurso de multiculturalidad y respeto al otro, pero simultáneamente se imponen modelos ideológicos como si fueran universales cuando no son más que elaboraciones de un sector de la filosofía occidental.

Curiosamente, pese a su origen liberal, la bandera del utilitarismo ha sido recogida con enorme entusiasmo por el pensamiento socialdemócrata de determinados países europeos, entre ellos, como caso destacado, el nuestro. Algunos autores han destacado su perplejidad en esta connivencia de la izquierda; así respecto de la aceptación acrítica de la investigación con embriones, se ha dicho que es ciertamente paradójico que la carrera política para legitimar lo que en genética se considera como prácticas progresistas, esté encabezada por sectores políticos de izquierda cuya única lógica de comportamiento, en ausencia de una supuesta comandita con los grandes sectores financieros del mundo (están, se supone, con los liberales), sea el sectarismo ideológico contra sectores que militan en la defensa de los

¹⁶²*Op. cit.* (2005). Pág. 19.

¹⁶³Gracia, D. *Op. cit.* Pág. 187.

¹⁶⁴Hongladaron, S. East and Southeast asian perspective on life science and biotechnology, en *Bioteología, desarrollo y justicia*, Carlos Romeo Casabona (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2008). Págs. 77 y 78.

altos principios de moralidad (léase la Iglesia Católica). Y esto es paradójico porque no se reconoce, al menos en el discurso público, la disonancia que supondría para un progresista que defiende al débil apoyar ciegamente la defensa de la autonomía de la ciencia (los con poder) del mismo modo que tampoco se reconoce la apuesta decidida y sin ambages por la autonomía del que gasta (los con dinero)¹⁶⁵.

¿Cómo explicar esta adhesión de la izquierda al ideario liberal? La izquierda que surge de la llamada Revolución del 68 tiene un programa de contestación social basado en el marxismo, en la experimentación con drogas y la liberación sexual. Tras la caída del Muro, el primero de estos elementos llegó a un callejón sin salida definitivo, aunque ya previamente algunos ardorosos defensores del maoísmo se sentaban en consejos de administración de empresas. Por lo que se refiere a las drogas, si bien su consumo masivo no ha disminuido, sí lo ha hecho su prestigio social y cultural y ya no se considera un medio de aumentar la creatividad o de alcanzar estados profundos de conciencia. Quedó, por tanto, como único elemento “la separación más rigurosa posible, entre sexualidad y procreación, hasta hacer del sexo una actividad lúdica individual, culturalmente desestructurada, que no tiene ningún motivo para ser rodeada de una red de convenciones y normas morales”¹⁶⁶. Pese a que esta concepción de la sexualidad no parece haber alcanzado sus objetivos¹⁶⁷, se sigue defendiendo como una manifestación de una nueva generación de derechos conquistada. Con ello, los vínculos personales se debilitan. Dado que, en nuestra opinión, una sociedad en la que se rompen los vínculos convierte a los individuos en seres manipulables, el sistema capitalista ha asumido entusiasmado este programa de la izquierda que consigue consumidores y trabajadores más dóciles. En el sistema dominante nada tiene valor por sí mismo, sino sólo en la medida en que tenga un precio. Esta lógica de mercado se aplica no sólo a las cosas, sino al trabajo humano que es un mero coste de producción (y el más fácil de abaratar) y, en último término a las personas. De esta forma no todas las personas tienen el mismo valor, sino que los seres más débiles (los no nacidos, ancianos,

¹⁶⁵ Pérez Adán, J. Socioeconomía y reprogenética: la FIV como manifestación de la primacía de la demanda solvente, en *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Pág. 32.

¹⁶⁶ Rocella, E. y Scaraffia, L. *Op. cit.* Pág. 12.

¹⁶⁷ Así parece desprenderse, entre otros datos, del consumo masivo de pornografía y prostitución (con la degradación consiguiente de la imagen de la mujer y su explotación en muchos casos), el incremento en las enfermedades de transmisión sexual y abortos y, en una forma difícil de reducir a cifras, en el debilitamiento de los vínculos personales y familiares.

personas con daños cerebrales y con discapacidad) se considera que tienen vidas sin valor. Los ideales que inspiraron la Declaración Universal de los Derechos Humanos han durado poco en vigor y paradójicamente, en nombre de esos mismos derechos humanos, se excluye de protección a esas personas que dejan de tener esa consideración. No puede caerse en la ilusión de que si aplicamos la lógica del beneficio inmediato a unos elementos de nuestra cultura, esta lógica no va a extenderse al resto. Si a esta doctrina unimos las teorías darwinistas, se llega a la conclusión de que el equilibrio en la economía, como en biología se consigue mediante un proceso de competencia en el que triunfan sólo los más aptos, lo que condena a la miseria y al exterminio a aquellos incapaces de competir. Como vemos, una estrecha conexión con la eugenesia y el pesimismo demográfico.

Obviamente, no todo aquel que defiende la constitucionalidad del derecho al aborto pretende su imposición coactiva en los países menos desarrollados para mantener su privilegiado nivel de vida; ni niega cínicamente el derecho a la vida del no nacido, pese a estar convencido de lo contrario. Tampoco puede afirmarse que todos los partidarios del aborto de fetos con discapacidad y de la selección embrionaria quieren la aplicación de un programa eugenésico de eliminación de los menos aptos. Muchos de ellos piensan que su postura defiende causas nobles. No en vano, grandes organizaciones generosamente financiadas¹⁶⁸ han sabido presentar sus objetivos como iniciativas altruistas destinadas a

¹⁶⁸ Toledano, *Op. cit.* Pág. 287 en nota a pie de página, recoge los organismos internacionales y asociaciones más destacadas en el campo del control demográfico y planificación familiar: 1. Fondo de Naciones Unidas para las Actividades de Población (FNUAP). 2. Federación Internacional de Planificación de la Familia (IPPF). 3. Organización Mundial de la Salud. 4. Family Care Internacional (FCI). 5. Alan Guttmacher Institute. 6. Population Council, organización privada financiada por el gobierno americano y fundada en 1952 con el objetivo de formar expertos en control de la población. 7. Catholics for a free choice, dependiente de la Fundación Ford. 8. Fundación Rockefeller. 9 Population Institute. 10. Population Action Council y 11 Worldwatch Institute, estas dos financiadas por FNUAP. Los presupuestos de IPPF en 1983 eran 27.000 millones de pesetas recibidos en un 80% de fondos públicos norteamericanos: doblaban a los fondos de FNUAP que proceden en una cuarta parte también de Estados Unidos. USA dedicó en 1985 más de 137.000 millones de pesetas en fondos públicos para financiar programas de anticoncepción, esterilización y aborto (...) según la revista publicada por FNUAP (...) el citado organismo ha convenido crear un programa mundial de productos anticonceptivos para ayudar a los países en desarrollo. Ya en 1994 el FNUAP suministró anticonceptivos por valor de unos 783 millones de dólares a más de 100 países. También el Banco Mundial colabora directamente en la planificación familiar: en los años setenta los créditos para la planificación demográfica suponían una media de 30 millones de dólares al año; entre 1980 y 1987 50 millones; en adelante 164 millones anuales hasta el ejercicio de 1993 que empleó 180 millones de dólares. En los años setenta su presidente R. McNamara, afirmaba que es preferible gastar ahora un dólar en programas de planificación familiar que tener que gastar en el futuro 20 dólares en programas de desarrollo.

combatir la pobreza, defender el medio ambiente o la liberación de la mujer. Por eso, nos ha parecido necesario partir de los orígenes y mostrar con citas textuales de los fundadores de las distintas corrientes cuáles eran los verdaderos objetivos. Y no puede afirmarse que las opiniones vertidas eran producto del momento histórico en el que fueron formuladas y que actualmente sus herederos las han abandonado. Por ejemplo, la IPPF nunca se ha desmarcado de la visión de la citada Margaret Sanger, fundadora de una de las organizaciones que dieron lugar a IPPF y su presidenta. Así, en la entrada que se dedica a Sanger en la Enciclopedia Británica, aparece una foto cedida por la rama estadounidense de IPPF y se define su labor en términos elogiosos, señalando incluso que sufrió persecución legal por su activismo¹⁶⁹.

Una vez analizado el soporte ideológico de la libertad reproductiva en el sentido de las opciones legislativas adoptadas en España, podemos abordar su estudio y su eventual encaje constitucional.

II. ESPECIALIDADES DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA.-

La formulación del derecho a la libertad reproductiva como el derecho de las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos, es aparentemente sencilla y parece no plantear especiales problemas de interpretación. Pero dados los fundamentos en los que se basa, se dan aspectos en su configuración que provocan perplejidad. La historia del constitucionalismo en la que unas Constituciones influyen sobre las siguientes, así como las declaraciones de derechos consagradas en Tratados internacionales a partir de la Segunda Guerra Mundial, han ido produciendo un tratamiento bastante uniforme en el reconocimiento y regulación de los derechos fundamentales. A la luz de lo expuesto, cuando se aborda el estudio de un derecho fundamental puede afirmarse que existe un acuerdo básico general acerca de su contenido y límites, existiendo únicamente discrepancias, en las llamadas “zonas de penumbra” o en la

¹⁶⁹"Sanger, Margaret" Encyclopædia Britannica. 2010. Encyclopædia Britannica 2006 Ultimate Reference Suite DVD 27 Oct. 2010.

aplicación al caso concreto de los principios generales establecidos. Así ocurre, por citar un ejemplo del primer caso, en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, respecto del que ningún autor discute sobre su contenido, si bien puede haber diferencias respecto de la consideración o no como domicilio de determinados lugares. Por lo que se refiere al segundo de los aspectos mencionados, el derecho al honor ha sido desarrollado por una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero a la hora de determinar la existencia o no de una violación sobre el mismo, los pronunciamientos son casuísticos, sin que pueda extraerse de los supuestos concretos doctrina general segura.

Por el contrario, a la hora de afrontar el estudio del derecho a la libertad reproductiva no existe siquiera seguridad de que el mismo exista como tal derecho independiente. Y tampoco puede afirmarse que exista acuerdo sobre cuál es su contenido esencial entre quienes defienden su existencia. “John Robertson caracteriza la libertad de procrear, que aquí consideramos efectivamente equivalente a libertad reproductiva, como libertad en actividades y decisiones relacionadas con la procreación, pero señala que el término no nos dice qué actividades se incluyen en este ámbito”¹⁷⁰.

Por ello, y a diferencia de lo que sería necesario si nos enfrentáramos al estudio de cualquier derecho fundamental, es preciso con carácter previo referirse a la base fáctica sobre la que se asienta, quién es su titular, las diferencias según quién sea su titular, hombre o mujer y las específicas circunstancias que concurran en el mismo, como puede ser su orientación sexual, incluyendo trato diferenciado a las lesbianas respecto de los gays, la edad, la capacidad, el ser portador de una enfermedad genética o cumplir una pena privativa de libertad. Comenzaremos analizando estas especificidades.

1. La libertad reproductiva como un derecho desvinculado de la realidad biológica.-

Es preciso comenzar afirmando una obviedad. La reproducción es un hecho natural o biológico que, al producir efectos jurídicos, se convierte en hecho jurídico. Puede afirmarse que hasta hace poco tiempo en el derecho español, con carácter general, el ser padre o madre biológicos de alguien suponía el que se estableciera una relación paterno-filial con contenido jurídico, aunque esto no siempre fue así. Por ejemplo, hasta la reforma del

¹⁷⁰ Buchanan, A., Brock, D.W., Daniels, N. y Wikler, D. *Op. cit.* Pág. 193.

Código Civil de 1981 no era posible investigar la paternidad de los hijos ilegítimos no naturales. Esta terminología procedía de la distinción de los hijos según hubiesen nacido después del matrimonio de los padres o no. “En el primer caso se hablaba de filiación legítima y en el segundo de filiación ilegítima en sentido amplio (...) Se hacía dentro del segundo grupo una subdistinción que tenía en cuenta el hecho de que los progenitores al realizar el acto de la procreación reprobado fueran hábiles para contraer matrimonio entre sí o que existiera entre ellos algún impedimento matrimonial”¹⁷¹. En estos casos el varón podía reproducirse biológicamente sin que el Derecho le impusiese obligación, carga o responsabilidad alguna con relación a su descendencia, salvo que mediara reconocimiento. Los derechos y la consideración social de los hijos no matrimoniales se hacían depender exclusivamente de la voluntad del varón. “La intención de proteger a la familia legítima provocó una tendencia contraria o de fuerte recelo hacia la libre determinación judicial de la filiación. A esta actitud de recelo contribuyó también la dificultad existente por motivos científicos para determinar con certeza la paternidad ilegítima”¹⁷². Sea como fuere, lo cierto es que las mujeres que eran madres fuera del matrimonio y sus hijos, sufrían una injusta discriminación, desde el punto de vista jurídico y social. Afortunadamente, a este estado de cosas vino a poner fin la Constitución española de 1978 que en su artículo 39.2 proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y establece que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad¹⁷³. El principio de verdad biológica es tan importante que los Tribunales han ido eliminando aquellas restricciones a su investigación que se establecían con el fin de evitar poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, podían entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. En las sentencias 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el sistema de impugnación matrimonial del artículo

¹⁷¹ Díez-Picazo, L.A. y Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Editorial Tecnos (1983). Págs. 311 y 312.

¹⁷² Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco. *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Ministerio de Sanidad y Consumo y Editorial Comares. Granada (1999). Pág 27.

¹⁷³ Sin embargo, pocos años después de que se estableciera la plena asunción por parte de los varones de las consecuencias de sus actos, la despenalización parcial del aborto vino a alterar los términos de la ecuación. Ahora es la mujer la que en el caso de tener relaciones sexuales puede legalmente no asumir las consecuencias de sus actos y sin necesidad de contar con el consentimiento de su pareja. No obstante, hay una diferencia importante. Anteriormente el hijo no reconocido estaba vivo, mientras que ahora la opción es matarlo antes de nacer.

136 del Código Civil. Dicho precepto configuraba la dimensión temporal del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial mediante tres reglas: fijando un plazo para su ejercicio (un año), señalando como dies a quo de ese plazo la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil y exigiendo para que comience a correr el referido plazo que quien ha sido reputado legalmente como padre conozca el nacimiento del hijo. El Tribunal considera contrario a la Constitución el día inicial del plazo de un año, cuando el marido pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconoce su falta de paternidad biológica. Por su parte, la sentencia 273/2005, de 27 de octubre, declaró inconstitucional el párrafo primero del art. 133 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado. Respecto de esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en el caso Paulik v. Eslovaquia, de 10 de octubre de 2006¹⁷⁴. El demandante tuvo relaciones sexuales con una mujer, que dio a luz a una niña. El hombre negó ser el padre, por lo que la mujer inició un procedimiento de reclamación de paternidad ante los tribunales de Bratislava. El tribunal dio la razón a la mujer, determinando la paternidad del demandante, ordenándole contribuir al mantenimiento de la niña. Tras la sentencia, la niña no tuvo conocimiento de la identidad del padre (al ocultárselo su madre), hasta que tuvo su primer documento de identidad, empezando a tener contacto personal con él desde entonces. El demandante apoyó económica y emocionalmente a la hija y, tras el matrimonio de ésta, también a su familia. Tras tener una discusión por motivos económicos, la hija propuso volver a comprobar la paternidad del demandante. Se sometieron voluntariamente a una prueba de ADN, de la que resultó que el demandante no era el padre. A partir de entonces la chica y su familia rompieron todo contacto con él. Éste solicitó que se reconociera legalmente la nueva situación, a lo que la chica no se oponía. No obstante, la fiscalía consideró que la determinación de la paternidad era cosa juzgada. El demandante agotó la vía judicial interna, sin éxito. El Tribunal Europeo acepta que la carencia de mecanismo legal que posibilite al demandante proteger su derecho de respeto a la vida familiar puede ser explicado por el interés legítimo de asegurar certeza y seguridad legal de las relaciones familiares y proteger el interés de los menores. Pero en las concretas circunstancias de este caso el equilibrio entre el interés general y el del demandante no se ve afectado. En el momento de interposición de la demanda, la supuesta hija tenía casi cuarenta años, su

¹⁷⁴ Texto en <http://echr.ketse.com/doc/10699.05-en-20061010/view/>

propia familia y no dependía del demandante. El interés general en proteger sus derechos es menor a si ella fuera una niña. Además, no puede olvidarse que ella se mostró favorable a deshacer legalmente el supuesto vínculo de paternidad. En consecuencia estima la demanda, pues existe un fallo del sistema legal eslovaco que no tenía prevista una solución para estos supuestos, ocasionando una violación del artículo 8 del Convenio.

En Derecho español existen algunos supuestos muy justificados (que se mantienen en la legislación vigente) en los que paternidad o maternidad biológica no suponen relación jurídica alguna entre padres e hijos, como son el caso de la filiación por adopción regulada en los artículos 175 y siguientes del Código Civil y con matices, el caso del artículo 111 del Código Civil que excluye de la patria potestad el progenitor que haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra su oposición. Dichos supuestos se justifican única y exclusivamente por la protección y el interés de los menores y nunca con el objetivo de satisfacer los deseos de los adultos. Ello es conforme con lo establecido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷⁵, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y que forma parte del ordenamiento jurídico interno, pues fue ratificada el 30 de noviembre de 1990. Y es conforme con el artículo 39 de la Constitución que, debido a las dificultades en esta materia anteriores a su promulgación y que han sido apuntadas, establece expresamente que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Pero, apartándose de la regulación constitucional y de los tratados internacionales, la legislación española ha ido optando cada vez más por desvincular la realidad biológica de la jurídica. Se impone el deseo sobre la realidad de los hechos y sobre el interés de los hijos. En especial en la regulación de las técnicas de reproducción asistida se ha derogado de hecho el artículo 108 del Código Civil, que sigue estableciendo que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. Podemos señalar los siguientes supuestos de determinación de la filiación al margen de la naturaleza:

¹⁷⁵ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

- a) los donantes de gametos y embriones a los que se refiere el artículo 8.3 de la LTRHA, pues la revelación de su identidad, en los excepcionales supuestos en que proceda, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación. Tampoco en el caso de donación de embriones los padres biológicos mantendrían relación jurídica alguna paterno-filial con los niños nacidos. Es más, en el caso de utilización de semen de donante, la filiación se determina legalmente respecto del marido o compañero de la mujer cuando se sabe positivamente que no es el padre.
- b) La maternidad subrogada. Aunque el contrato de gestación por sustitución es considerado nulo de pleno derecho, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, le reconoce efectos cuando ha sido concertado en el extranjero, si bien el Tribunal Supremo ha rectificado el criterio.
- c) El caso del artículo 7.3 LTRHA: Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. Aquí, las resoluciones del Tribunal Supremo han ampliado sustancialmente la regulación legal.

A los dos primeros supuestos nos referiremos más adelante. El tercer caso no estaba contemplado siquiera en la redacción original de la LTRHA e fue introducida unos meses después, por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y que establece la determinación de la filiación por una mera declaración de voluntad ante el encargado del Registro. Esta posibilidad había sido rechazada antes de la modificación legal por la Dirección General de los Registros y del Notariado por Resolución de 5 de junio de 2006¹⁷⁶. Mediante comparecencia efectuada en el Registro Civil dos mujeres promovieron la inscripción de nacimiento de una niña, hija biológica de la primera promotora, solicitando que la menor fuese inscrita también como hija no matrimonial de la segunda promotora, por ser pareja de hecho, en base al consentimiento que presentó a la inseminación artificial, reconociendo formalmente ser progenitora de la menor. El Juez Encargado del Registro Civil dictó providencia acordando que se procediese a la inscripción de la menor como hija no matrimonial de la madre

¹⁷⁶ LALEY 84038/2006

biológica, disponiendo que no había lugar a tener por determinada legalmente filiación alguna respecto a la otra promotora. Asimismo se consideraba carente de eficacia jurídica el reconocimiento de filiación de esta última, en cuanto que la maternidad era única y había quedado ya determinada en cuanto a la primera promotora. Las promotoras interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros que resolvió en sentido desestimatorio. Señala que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento. El principio de veracidad biológica que inspira nuestro Ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. Añade la Dirección General que “de los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria”. Y concluye que, en definitiva, el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción. Pese al impecable razonamiento de la resolución, el legislador decidió innovar. No parece que esta forma de legislar sea la más adecuada cuando se trata de una Ley que aún no había cumplido un año de vigencia y se aprovecha una Ley cuya relación con la LTRHA es más bien endeble (...) en la tramitación parlamentaria de la LTRHA ya hubo iniciativas que proponían una modificación similar y entonces se rechazaron¹⁷⁷.

Se trata del grado máximo de desvinculación de la norma con la realidad. Además, innecesario. La Diputada del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Iniciativa per Catalunya Verds, Navarro Casillas, señaló en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en la sesión de 7 de noviembre de 2006, como justificación que “cuando una pareja de lesbianas están casadas se realiza la inseminación a una de ellas, ahora mismo sólo se reconoce que el hijo es de la madre biológica. En cambio, aplicada esta misma

¹⁷⁷Verdera Server, R. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2007. Pág. 215.

circunstancia a un matrimonio heterosexual, se entiende automáticamente que el cónyuge es el padre del hijo. Es una evidente discriminación por cuestión de orientación sexual (...) Nos parece fundamental no tener que someter a las parejas lesbianas casadas a todo el proceso de adopción que tienen que realizar en la actualidad; es más, si no realizan todo ese proceso de adopción con la burocracia que implica, se pueden encontrar con que a la larga el menor no quedará protegido, porque sólo tiene una madre (...) incluso si se separaran o se divorciaran –ahora uno se puede divorciar directamente- se encontraría con que se tendría que hacer frente a un proceso de difícil solución pidiendo los días de visitas, etcétera, sin tener la condición de madre legalmente”. La intervención no deja de ser curiosa en varios aspectos. Por ejemplo, cuando equipara el tener sólo una madre con desprotección (cuando se admite que la mujer sola se someta a esas técnicas y se enfatiza la existencia de diferentes modelos de familia) o cuando afirma que “ahora uno se puede divorciar directamente”¹⁷⁸. Pero la Diputada utiliza el término discriminación sin ningún rigor. Como es sabido, ésta no se produce porque exista un trato diferente, sino que es necesario que exista un trato diferente de dos situaciones iguales y que dicho trato no esté justificado. “No cabe entenderse (...) que lo señalado en el artículo 14 signifique que todos han de ser tratados por igual, con independencia de las posibles diferencias entre los individuos (...) no se pueden introducir desigualdades discriminatorias, aunque sí desigualdades razonables que puedan entenderse fácilmente¹⁷⁹”. Las técnicas de reproducción asistida heterólogas (cuando se utiliza semen de un varón que no es el cónyuge o pareja de la mujer usuaria) han sido criticadas por un sector de la doctrina en el sentido de que se utiliza la presunción de paternidad establecida a favor del marido, cuando se sabe positivamente que el padre es otro. Pero una vez que se admite su regulación, el sistema es coherente. Es más, la mujer casada no puede acudir a someterse a este tipo de técnicas sin consentimiento del marido que acepta la paternidad.

Y la discriminación que no se daba en el diferente trato de la regulación anterior entre parejas heterosexuales y lesbianas (la equiparación producida no ampara a los gays), sí se produce ahora entre parejas lesbianas. Ya que no trata a todas por igual, pues, en primer lugar exige, que la mujer que da a luz se haya sometido a técnicas de reproducción asistida.

¹⁷⁸ Transcrito de http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_696.PDF

¹⁷⁹ De Esteban, J. y González-Trevijano, P.J. *Curso de Derecho Constitucional Español I*. Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. (1992). Pág. 359.

Así lo ha reconocido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 2009¹⁸⁰ que rechaza la petición de dos mujeres casadas entre sí para que se inscriba al menor como hijo de ambas. Dice la Resolución que obviamente, el precepto debe entenderse que la mujer gestante ha de serlo en virtud de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, no sólo en atención a la rúbrica del precepto –"Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida "– sino también porque, como indica el párrafo segundo in fine del artículo 8 de la LTRHA, «queda a salvo la reclamación judicial de paternidad». Otro requisito es que las dos mujeres han de estar casadas, este derecho no se le aplica en caso de que se trate de una mujer pareja de hecho de otra que se someta a las técnicas.

Sólo cabe, además, si la declaración de voluntad se hace con anterioridad al parto. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de noviembre de 2008¹⁸¹ resolvió acerca de la petición de dos mujeres unidas en matrimonio en el sentido de que en la inscripción de nacimiento de las hijas de una de ellas, se identifique a su cónyuge, “a los efectos de la patria potestad de las menores y de la designación de su apellido”. Por la Juez Encargada del Registro se dictó auto en el que se dice que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.3, la manifestación de voluntad por parte de la mujer no gestante ha de hacerse antes de que nazca el hijo, y no hay constancia en el presente caso de que en el momento adecuado se formulase dicha manifestación, por lo que al ser inscritas las nacidas con la filiación de la madre biológica, no se produjo el error denunciado. Sin embargo, el Tribunal Supremo acabó anulando esta resolución en sentencia de 5 de diciembre de 2013¹⁸². Considera la sentencia que hay prueba suficiente de la posesión de estado: la pareja tenía una hija anterior, biológica de una de ellas y adoptada por la otra y para el nacimiento de las dos hijas, habían firmado ambas el consentimiento para que la madre biológica se sometiera a las técnicas de reproducción asistida y habían contraído matrimonio antes del nacimiento de las niñas. La mujer que se opone a la maternidad de la otra (la pareja se había separado en 2009), va contra sus propios actos, pues fue ella la que solicitó la rectificación registral para que se identificara a su entonces cónyuge a efectos de patria potestad. Para salvar la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el

¹⁸⁰ Boletín de información del Ministerio de Justicia. Págs. 6 a 8. (marzo 2010)

¹⁸¹ Boletín de información del Ministerio de Justicia. Págs. 131 a 133. (diciembre 2009)

¹⁸² EDJ 2013/241639

artículo 7.3, la sentencia, después de decir que es posible una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, añade que el artículo 7.1 LTRHA remite a las leyes civiles que posibilitan el ejercicio de la acción con base en la posesión de estado contemplada en el artículo 131 del Código Civil, causa para otorgar la filiación jurídica, que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida. Pero, la sentencia de 15 de enero de 2014 (EDJ 2014/20073) ha ido más allá. En este caso, las dos mujeres no estaban casadas. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda, considerando que concurría la posesión de estado. La Audiencia Provincial revocó la sentencia por entender que la acción ejercitada no era la del artículo 7.3 LTRHA, que la norma no se puede aplicar con carácter retroactivo, que ni era una pareja casada y que no existía posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja tras el nacimiento del menor (3 años). El Tribunal Supremo considera que la sentencia recurrida, a establecer, como única posibilidad, para que se dé la filiación por naturaleza en las parejas del mismo sexo, que éstas estén casadas antes del nacimiento del menor produce una discriminación. Aunque la discriminación no procede de la sentencia, que se ha limitado a aplicar la LTRHA, sino de ésta. Insiste en que la filiación no depende con carácter exclusivo y excluyente del hecho biológico y da protagonismo a los consentimientos implicados. Vuelve a recordar la compatibilidad entre la regulación del Código Civil sobre la posesión de estado y los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida. Añade el principio del superior interés del menor. A diferencia del caso anterior, tres Magistrados formularon un voto particular. En primer lugar, niegan que en este caso concurriera la posesión de estado, pues según una sentencia anterior de la propia Sala, referida a las mismas partes, para fijar un régimen de visitas de una de las dos mujeres como allegada, pues no era madre y según la sentencia no podía serlo, “la ruptura de la convivencia entre las dos litigantes, cuando el niño tenía apenas tres años, fue particularmente traumática, porque se habían producido malos tratos, con denuncias diversas y el juez tuvo que adoptar medidas imponiendo a las partes una orden de alejamiento”. Tampoco está de acuerdo con la existencia de consentimiento en la reproducción asistida porque tanto la sentencia de instancia como la anterior del propio Tribunal Supremo consideraron que “no está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja”. Concluyen que no es lógico que un caso de filiación de un niño nacido en virtud de la aplicación de técnicas de reproducción asistida se resuelva en casación marginando la ley especial, la LTRHA que

establece un régimen específico para estos casos en el artículo 7.3, exigiendo una serie de requisitos entre los que está el matrimonio de la pareja. Tampoco se salvaguarda el interés del menor, pues estará bajo la patria potestad de dos mujeres fuertemente enfrentadas

Podemos coincidir con las sentencias citadas que no se alcanza a ver por qué, siguiendo la lógica de la norma, si la maternidad por naturaleza para la ley ya no tiene que ver nada con la naturaleza, se establecen límites a la autodeterminación de las mujeres. Pero esto hubiera debido llevar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pero no a que vía sentencia judicial se legisle extendiendo la norma a casos claramente excluidos. Además, como el pronunciamiento del mismo Tribunal respecto de los hijos obtenidos de madre de alquiler por parejas de gays si es respetuoso con el tenor literal de la TRHA, la brecha entre ambos tipos de pareja se ha hecho mayor que el inicialmente previsto.

Puestos a reconocer que la paternidad y la maternidad pueden configurarse a voluntad, habría que permitir todas las combinaciones posibles. Se plantea la posibilidad de tres padres, en una situación en la que dos mujeres desean compartir su doble maternidad con el donante de semen. Esto depende del grado en que cada uno de ellos está comprometido en cooperar con los otros para proporcionar al hijo una estructura familiar completa¹⁸³. Y esto no es una mera opinión doctrinal sino el criterio del Tribunal de Apelación de Ontario que reconoció en sentencia de 2 de enero de 2007 que un menor tuviera un padre y dos madres¹⁸⁴. El niño de 5 años (D.D. en el procedimiento) vivía con su madre biológica (C.C.) y su pareja (otra mujer A.A.). Había nacido de las relaciones de C.C. con un hombre B.B. que se había prestado a ello y legalmente era su padre. La pareja de mujeres consideró, además, que era beneficioso para el hijo que el hombre siguiera implicado en su vida. A.A. solicitó también ser considerada madre. Hay que aclarar que A.A. no pidió adoptar al niño para evitar que B.B. perdiera la patria potestad. El Juez de Primera Instancia rechazó la petición por establecer la ley (The Children's Law Reform Act) una sola madre para cada hijo. El Tribunal de Apelación retuerce el sentido propio de la ley, para concluir que existía

¹⁸³King, A.E. Solomon revisited: assigning parenthood in the context of collaborative reproduction. 5 *UCLA WOMEN'S L.J.* 329, 341 (1995). Consultado en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/uclawo5&div=21&id=&page=>

¹⁸⁴Consultado en <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2007/january/2007ONCA0002.pdf>

un vacío legal y que el mismo no fue intencionado, pues en la época en que se aprobó (años 70 del siglo XX) no se contemplaba la reproducción asistida. Ya no se trata, sin embargo, de una decisión judicial. La Columbia Británica aprobó el 23 de noviembre de 2011, una nueva *Family Law Act*¹⁸⁵. En su parágrafo 30 establece que la paternidad se determina si una persona o dos que planean ser padres acuerda con una madre potencial que dé a luz y acuerdan ser padres conjuntamente o cuando la madre que potencialmente da a luz que está casada o en una relación de hecho equivalente y un donante acuerdan ser padres juntos. En aplicación de la citada ley, la prensa local informaba el 10 de febrero de 2014¹⁸⁶ de que se había registrado a una niña como hija de dos mujeres y un hombre.

En todo caso, no sólo es criticable la regulación de la LTRHA en este punto, en cuanto al fondo, sino que incluso la técnica jurídica es deficiente, porque de quererse incluir tal regulación, lo lógico hubiera sido incorporarla al artículo 8, que se refiere a la determinación legal de la filiación. No haberlo hecho así supone, por ejemplo, que, según el artículo 7.1 LTRHA la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos, cuando en realidad ese propio artículo 7, en el apartado que estamos comentando, altera las previsiones del artículo 115 del Código Civil. Queda además por resolver el tema de si el hijo podría impugnar la filiación así determinada.

Estos supuestos no son exclusivos de España. Pero sólo nos acompañan Estados Unidos y Gran Bretaña. Estados Unidos carece de legislación federal, por lo que allí donde no han legislado los estados, pueden producirse situaciones semejantes a las analizadas. Esto es lo ocurrido en California donde su Tribunal Supremo resolvió tres reclamaciones de maternidad el 22 de agosto de 2005. En el caso *K.M. v. E.G.*¹⁸⁷, una lesbiana había donado sus óvulos a su pareja (estaban registradas como pareja de hecho), pareja que tenía dificultades para concebir, pues no producía suficientes óvulos. Juntas eligieron un donante de espermia y en el documento en el que la demandante formalizó la donación había

¹⁸⁵ http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/LOC/freeside/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20SBC%202011%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml#section20

¹⁸⁶ <http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/della-wolf-is-b-c-s-1st-child-with-3-parents-on-birth-certificate-1.2526584>

¹⁸⁷ Consultado en <http://scocal.stanford.edu/opinion/km-v-eg-33563>

renunciado a exigir derechos parentales respecto de la descendencia. La técnica tuvo éxito y nacieron gemelas. La convivencia de la pareja duró cinco años y durante ese tiempo las dos se ocuparon de las niñas. Finalmente se separaron y la mujer que había dado a luz abandonó el Estado con las niñas. La donante solicitó entonces el reconocimiento de su maternidad. En primera instancia, se desestimó la demanda, considerando que la posición de la demandante era similar a la de un donante de esperma; este criterio fue confirmado por el Tribunal de Apelación. Sin embargo, el Tribunal Supremo acabó dando la razón a la demandante, pues consideró que no había hecho una simple donación de óvulos, sino que aportó los suyos a su pareja con la finalidad de traer al mundo a unos hijos que crecerían en el hogar que compartían. En el caso *Elisa B. v. Sup. Ct.*¹⁸⁸, una pareja de lesbianas decidió inseminarse con esperma del mismo donante. Elisa dio a luz a una niña y su pareja, Emily, a gemelos. Elisa que tenía un sueldo mayor que Emily mantenía a la familia, mientras que la segunda se encargaba de la casa y de los hijos. Al romper su relación, Elisa siguió manteniendo a Emily y a los gemelos, hasta que, en un momento dado, dejó de pagar alegando cambios en su situación laboral. Al reclamársele judicialmente, Elisa contestó negando su maternidad. El Tribunal consideró que Elisa era madre de los gemelos, entendiendo que si mediante la adopción es posible que un niño tenga dos madres, no hay motivo para negarlo en este caso. En cuanto a la determinación de la maternidad, aplica por analogía las reglas propias de la paternidad, que presumen que es padre el hombre que convive con el hijo y lo trata como propio. Llegan a esa conclusión porque Elisa consintió la inseminación artificial de Emily, utilizaron ambas el mismo donante de semen, ambas dieron el pecho a las tres menores, escogieron el nombre de los tres niños y les impusieron sus dos apellidos unidos por un guión. Por último, en el caso *Kristine H. v. Lisa R.*¹⁸⁹, Kristine quedó embarazada mediante la inseminación de esperma de un amigo común. Antes del parto, las dos mujeres obtuvieron, mediante una acción judicial, la declaración de filiación, según la cual, ambas serían madres del hijo que iba a nacer. A los dos años se separaron. Entonces Kristine impugnó la declaración judicial de filiación alegando que vulneraba las leyes del estado. El Tribunal Supremo confirmó la declaración judicial de filiación porque no era contraria a las leyes y porque la demandante la había promovido. Como vemos, en los tres casos se determina que ambos miembros de la pareja son madres, pero no está claro cuál es el criterio a seguir. Así, mientras en los dos últimos casos la

¹⁸⁸Consultado en <http://scocal.stanford.edu/opinion/elisa-b-v-sup-ct-33562>

¹⁸⁹Consultado en <http://scocal.stanford.edu/opinion/kristine-h-v-lisa-r-33564>

filiación se determina en virtud de la voluntad manifestada antes del nacimiento o, en caso de falta de manifestación expresa, por presunción de cuál fue esa voluntad, en el caso K.M., es justo lo contrario, porque se determina contra la renuncia expresa a la maternidad, valorando el vínculo genético y el cuidado de los hijos¹⁹⁰.

Por su parte, y en términos muy similares al artículo 7.3, pero más correctos técnicamente, la Ley inglesa (Human Fertilisation and Embryology Act en su reforma de 2008) establece a este respecto que una mujer puede ser considerada progenitora del hijo de otra que se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ambas mujeres no tengan una relación de parentesco prohibida, la que no es madre biológica viva en el momento de la transferencia del semen o embrión y ambas mujeres realicen una declaración de voluntad en tal sentido. El diario El País, en su edición de 20 de abril de 2010, informaba de que por primera vez dos lesbianas aparecían como padres en el certificado de nacimiento de su hija. La madre aparecía como “mother” y la otra mujer como “parent”.

Es muy discutible que la regulación del artículo 7.3 LTRHA, responda a interés del menor. La determinación de la filiación se basa en el consentimiento de la mujer exclusivamente que lo prestará si lo estima conveniente, de forma que nunca prosperaría una reclamación de filiación realizada por el menor, aunque cumpliera todos los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como una madre.

2. La libertad reproductiva como derecho asimétrico.- A lo largo de la exposición del Documento final de la Conferencia de Beijing hemos visto la falta de rigor a la hora de fijar la titularidad del derecho, pues en ocasiones se atribuía de individuos, otras veces a parejas y otras se otorgaba en exclusiva a las mujeres. Por comenzar deslindando el terreno, en principio, es razonable pensar que “la libertad reproductiva es un derecho de ejercicio mancomunado y heterosexual”¹⁹¹. Está claro que la pareja no puede ser titular, pues la titularidad de los derechos corresponde a la persona individual. Sin embargo, hay derechos fundamentales en los que si bien la titularidad es individual, el ejercicio exige la

¹⁹⁰Farnós Amorós, E. y Garriga Gorina, M. ¿Madres? Pueden ser más de una. *Indret* 306. Barcelona, octubre de 2005. Consultado en http://www.indret.com/pdf/306_es.pdf

¹⁹¹Zarraluqui, L: *Procreación Asistida y derechos fundamentales*. Editorial Tecnos. Madrid. 1988. Pág, 69.

conurrencia de varias personas, como ocurre en el derecho de huelga o el de reunión y manifestación¹⁹². La jurisprudencia constitucional también ha precisado que el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el art. 45 CC, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; 51/2011, de 14 de abril, FJ 9). Pero en realidad este ejercicio mancomunado de la libertad reproductiva sólo es preciso para el ejercicio del derecho en su vertiente de tener hijos y ni siquiera eso, si se acude al uso de las técnicas de reproducción asistida por la mujer sola o en los casos de maternidad subrogada.

Pero, además, la libertad reproductiva establecida en la legislación española es un caso único dentro de los derechos debido a que tiene un contenido sustancialmente diferente según su titular sea hombre o mujer.

2.1 En el aborto.- El análisis de esta cuestión y los pronunciamientos judiciales que la confirman exigen, en primer lugar, dejar de lado si la vida del no nacido merece protección. Si no, sería absurdo el debate. Una vez eliminado de la ecuación el no nacido, hay que indicar que nos referimos a la regulación del aborto bajo demanda. Prescindiendo de otras consideraciones, es obvio que la opinión paterna no debe tener papel alguno en los casos en que está en juego la vida de la madre y los de violación en aquellas legislaciones en las que está indicación está despenalizada. La misma respuesta, a nuestro juicio, no cabe darla en el caso del aborto eugenésico. Porque según la doctrina del Tribunal Constitucional, en este caso no existe conflicto entre la vida del feto y los derechos de la mujer. Así la Sentencia 53/85 se refiere a conducta exigible a la familia, “situación excepcional en que se encuentran los padres” y que dicha indicación tiene por objeto “eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado”.

Una vez hechas estas precisiones, la atribución de la decisión de abortar en exclusiva a la mujer, parte de la visión del embarazo como una agresión al cuerpo femenino. En otro caso, si la mujer decidiera abortar, podría ser razonable pensar que algún peso puede darse a la

¹⁹² La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión establece en su artículo 1.2 que a los efectos de la presente Ley, se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada.

opinión del padre en la toma de decisión. “En efecto, en ciertas ocasiones, la mujer ejerciendo su derecho a la reproducción, podrá interrumpir su embarazo de acuerdo con la Ley y por tanto, dicha interrupción puede limitar el derecho a procrear que tiene el varón de la misma pareja”¹⁹³. Pero la posibilidad de que la opinión del varón tenga algún valor ha sido rechazada de plano, al menos por todos los Tribunales que se han pronunciado sobre la cuestión.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha sido contundente. En la sentencia fundacional del derecho al aborto, *Roe v. Wade*¹⁹⁴, pasa por encima del tema diciendo que ni en ese fallo ni en el paralelo del caso *Doe* se han discutido los derechos del padre, si es que existe alguno en el contexto constitucional, en la decisión de abortar. Ningún derecho paternal ha sido reivindicado en ninguno de los casos. Pero la cuestión se planteó más en profundidad posteriormente. Así, la sentencia *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*¹⁹⁵ de 1 de Julio de 1976 resolvió acerca de la constitucionalidad de la legislación de Missouri sobre el aborto que, entre otras previsiones, establecía como requisito para el aborto, el del consentimiento del esposo salvo que un médico con licencia certificara que el aborto era necesario para preservar la vida de la madre. Los defensores de la legislación del Estado señalaban que el matrimonio es una institución y que los cambios fundamentales en la situación familiar son una decisión que debe ser tomada por ambos cónyuges, como ocurre en el matrimonio en el caso de la adopción de un niño, para la inseminación artificial en numerosos Estados, y para la legitimidad de los niños así concebidos; también dos Estados exigen el consentimiento del cónyuge para la esterilización voluntaria. Los recurrentes por su parte, señalaban que lo que se establecía era el derecho unilateral del marido para evitar un aborto, fuera o no el padre del feto.

El Tribunal resolvió que no se puede constitucionalmente exigir el consentimiento del esposo, tal y como está establecido en la ley enjuiciada, como condición para un aborto. Dice que no desconoce la profunda preocupación e interés que un esposo amante y protector tiene en el embarazo de su mujer y en el crecimiento y desarrollo del feto que ella

¹⁹³ Emaldi. *Op. Cit.* Pág. 362.

¹⁹⁴ Consultado en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>

¹⁹⁵ Consultado en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/428/52>

lleva. Ni tampoco el Tribunal ha dejado de valorar la importancia de la relación marital en nuestra sociedad. Además, reconocen que la decisión de llevar a cabo o no un aborto podría tener efectos profundos sobre el futuro de cualquier matrimonio, probablemente fatales. Pero concluyen que pese a ello, no pueden afirmar que el Estado tiene autoridad constitucional para dar al marido la capacidad para prohibir a la esposa poner fin a su embarazo, cuando el propio Estado carece de ese derecho. Parece evidente que, idealmente, la decisión de poner fin al embarazo, debería ser tomada conjuntamente por la mujer y su marido. Pero es difícil de creer que el objetivo de promover la decisión conjunta y la confianza en el matrimonio y el fortalecimiento de la relación conyugal y la institución matrimonial, se conseguirá mediante la concesión al marido de un poder de veto ejercitable por cualquier motivo o por ninguno en absoluto. El hecho evidente es que cuando la mujer y el marido discrepan en esta decisión, sólo la opinión de uno de ellos puede prevalecer. Ya que es la mujer la que físicamente porta el niño y es a quien afecta más directa e inmediatamente el embarazo, de entre los dos, la ponderación cae a su favor.

Y este criterio fue confirmado en la sentencia del caso *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*¹⁹⁶ de 29 de junio de 1992. Se trataba de la constitucionalidad de una disposición legal, que entre otras cosas, establecía que una mujer casada, salvo en determinados casos, entre el que se encuentra el de urgencia médica, debía firmar una declaración indicando que ha notificado a su marido que va a someterse a un aborto. La mujer tenía la opción de hacer una declaración firmada alternativa manifestando que su marido no es quien la ha dejado embarazada, que su marido no puede ser localizado, que su embarazo ha sido provocado por una violación marital y que lo ha denunciado o que la mujer cree que notificar el aborto a su marido puede provocar que él u otra persona pueden provocarle heridas físicas.

El estado defendía la validez de la ley indicando que la notificación marital no impone un obstáculo sustancial al derecho de las mujeres a obtener un aborto. Apunta que sólo cerca del 20% de las mujeres que abortan están casadas; de esas mujeres el 95% notifica a sus maridos su intención de abortar por su propia voluntad. Así, argumenta, los efectos de la norma son soportados sólo por un 1% de las mujeres que abortan. Añade que algunas de

¹⁹⁶ Consultado en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>

estas mujeres podrán notificar el aborto a sus maridos sin consecuencias adversas o estarán amparadas por una de las excepciones. Pero el Tribunal discrepa. El análisis, dice, no termina con el 1% de mujeres sobre las que la norma opera, comienza allí. La consistencia constitucional de la legislación es medida por su impacto sobre aquellos a cuya conducta afecta. La perspectiva adecuada del juicio constitucional, según el Tribunal, es el grupo de aquéllos para los que la ley es una restricción, no el grupo para el que la ley es irrelevante. La desafortunada persistencia todavía de las condiciones de violencia doméstica significa que en una gran parte de los casos en los que la norma es relevante, operará como un obstáculo sustancial a la elección de la mujer de someterse a un aborto. Es una carga indebida y, por lo tanto, inválida. Pese a reconocer como la sentencia anterior que el marido tiene un interés propio y profundo en el embarazo de su mujer y en el crecimiento del feto del que es portadora y en que existen casos en los que se exige el consentimiento de ambos cónyuges para tomar decisiones, antes del nacimiento, el tema toma un cariz diferente. Es un indudable hecho biológico que la regulación estatal con respecto al niño que la mujer lleva en su seno tendrá un impacto mucho mayor sobre la libertad de la madre que sobre la del padre. El efecto de la regulación estatal sobre la libertad protegida de una mujer es doblemente merecedor de escrutinio en tal caso, cuando el Estado ha incidido no sólo sobre la esfera privada de la familia, sino sobre la propia integridad corporal de la mujer embarazada.

Utiliza la sentencia la criticada estrategia de la pendiente deslizante para decir que lo siguiente en esta línea sería una ley que requiriese a las mujeres embarazadas a notificar a sus maridos antes de embarcarse en conductas que pongan al feto en riesgo, como beber o fumar o someterse a una operación quirúrgica que pudiera tener complicaciones que afecten al interés del marido en los órganos reproductivos de la mujer. Y si el interés del marido justifica la notificación de cualquiera de estos cargos, concluye el Tribunal, un Estado no puede dar a un hombre el tipo de dominación sobre su mujer equivalente al que los padres ejercen sobre sus hijos.

Además de que la argumentación sólo es aceptable si se tienen en cuenta una serie de consecuencias que no estaban en la norma, como luego veremos, se pone un exquisito cuidado en garantizar en que nadie interfiera en la decisión de abortar tomada por la mujer, pero no se muestra ningún interés en garantizar que la decisión de abortar es libremente

tomada por la ésta. Por otra parte, llama también la atención la selección de las palabras, en particular cuando considera que dar algún papel al marido, aunque sea sólo ser notificado de la decisión, se califica como “dominación”.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo de Canadá en la sentencia de 8 de agosto de 1989, Tremblay v. Daigle¹⁹⁷. Chantal Daigle, de 21 años y Jean-Guy Tremblay, de 25 formaban una pareja que puso fin a su relación tras cinco meses de convivencia. La mujer se encontraba embarazada de 18 semanas y decidió abortar. El hombre obtuvo de un Tribunal una medida cautelar para evitar el aborto. La decisión judicial se fundamentó en el hecho de que según la Carta de Derechos Humanos y Libertades de Quebec un feto es un ser humano y goza del derecho a la vida. Esta conclusión, señaló el Tribunal, es además conforme con la regulación del Código Civil. Rechazada la apelación formulada por la mujer, ésta acudió ante el Tribunal Supremo. Mientras se tramitaba el recurso la mujer abortó. El Tribunal Supremo estimó el recurso de la mujer. Además de considerar que el feto no es una persona y no tiene derecho a la vida, en lo que aquí nos interesa señaló que el argumento que reconoce los derechos del padre se basaría en que la contribución del padre potencial (sic) al acto de la concepción le concede una opinión igual a la de la mujer en lo que le suceda al feto. Añade el Tribunal que no existe ninguna base jurisprudencial para este argumento, pues ningún Tribunal ni en Quebec ni en ninguna parte ha aceptado nunca que el interés del padre en un feto que ha contribuido a crear le conceda un derecho de veto sobre las decisiones de la mujer sobre ese feto que ésta gesta.

También en el ámbito europeo se ha negado toda intervención del padre en la decisión del aborto. Francome¹⁹⁸ narra el caso de Richard Carver, un estudiante de la Universidad de Oxford y miembro de la Sociedad para la protección de los niños no nacidos que trató de evitar que su ex novia de 21 años tuviera un aborto cuando estaba embarazada de 21 semanas. Se basaba en que el aborto era ilegal bajo la Ley de preservación de la vida infantil. El caso fue uno de los más rápidos de la historia legal británica, pues pasó desde el primer tribunal a apelación en 36 horas. Aunque el caso fue desestimado, la controversia

¹⁹⁷La sentencia se puede consultar en <http://canlii.ca/en/ca/scc/doc/1989/1989canlii33/1989canlii33.html>

¹⁹⁸ Francome, C. *Abortion in the USA and the UK*. Ashgate Publishing Limited, Aldershot England (2004). Pág. 49.

afectó a la mujer, que continuó el embarazo y dio el niño a su padre (el del niño) para que lo cuidara.

La Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció en el caso *Paton v. Reino Unido*¹⁹⁹ de 13 de mayo de 1980. Al demandante, trabajador metalúrgico, le había dicho su mujer que estaba embarazada de 8 semanas y que iba a abortar acogiéndose a la indicación de peligro para la salud de la madre prevista en la legislación británica. El demandante acudió a los Tribunales británicos para evitar que el aborto se llevara a cabo. El Juez encargado del caso rechazó decretar la orden judicial solicitada porque ésta sólo puede otorgarse para evitar la lesión de un derecho legal y en lo que aquí interesa, el padre de un feto, esté o no casado con la madre, no tiene derecho a evitar que la madre aborte o a ser consultado o informado sobre la intención de la madre de abortar, si los requisitos de la Ley del aborto de 1967 se han cumplido. La Comisión confirma el pronunciamiento indicando que cualquier interpretación del derecho del marido y padre potencial (obsérvese como se utiliza la expresión “potencial” como si no fuera “ya” padre) al respeto de su intimidad y vida familiar, bajo el artículo 8 de la Convención, en relación con la intención de su esposa de abortar, debe primero tener en cuenta el derecho de la mujer embarazada al respeto de su vida privada, pues es la persona fundamentalmente afectada por el embarazo y su continuación o terminación. La Comisión interpretó, teniendo en cuenta lo expuesto, que el derecho del marido al respeto por su vida íntima y familiar no engloba el derecho a ser consultado o a formular solicitudes sobre el aborto que pretende su mujer.

Posteriormente, la jurisdicción escocesa rechazó la petición de un padre, en el caso *Kelly v. Kelly* de 1997 que ejercitó un interdicto para evitar que su mujer (de la que estaba separado) abortara. El planteamiento jurídico no fue en la línea de considerar que su opinión y su deseo de hacerse cargo del hijo fueran tomadas en consideración, sino que actuó en su condición de representante del ser que, de nacer vivo tendría acción contra todo daño antenatal sufrido²⁰⁰.

¹⁹⁹ Consultado en <http://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/paton-v-united-kingdom/>

²⁰⁰ Tomado de Sutherland, E.E. *Is there a right not to procreate*, en *First do not harm*, McLean, S.A.M (ed) Ashgate Publishing Limited. Inglaterra (2006). pág. 325.

Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en el mismo sentido en el caso *Boso v. Italia*²⁰¹ de 5 de septiembre de 2002. La mujer del demandante abortó pese a la oposición de éste. Presentó una demanda contra su mujer pidiendo una indemnización por la lesión de su derecho como padre potencial y del derecho del feto a la vida. Asimismo, en su demanda cuestionaba la constitucionalidad de la Ley nº 194/1978, del aborto italiana²⁰² por contravenir el derecho a la igualdad de los esposos consagrado en los artículos 29 y 30 de su Constitución, por cuanto deja enteramente a la madre la decisión de abortar y no tiene en cuenta la voluntad del padre. En una decisión de 1988 el Tribunal Constitucional italiano declaró que la cuestión constitucional planteada era infundada sobre la base de que la Ley cuestionada se fundaba en una decisión política para garantizar a la mujer la plena responsabilidad sobre el aborto y que esa decisión no era ilógica, especialmente debido a que los efectos físicos y psicológicos del embarazo son sufridos fundamentalmente por la mujer. El Tribunal Europeo rechaza la demanda reiterando la doctrina expresada por la Comisión en el caso *Paton*.

El Tribunal Constitucional español tampoco se aparta de esta línea y resolvió la cuestión de forma muy breve en su sentencia 53/85. Los recurrentes consideraban que el consentimiento en los supuestos previstos en los núms. 1 y 3 del artículo 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacían especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de ésta vulneraba el artículo 39.3 de la Constitución. El Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

Dado que el punto de partida es la visión negativa del embarazo, toda legislación abortista mantiene una estricta regulación para aislar a la mujer en su decisión. Por el contrario, no se adopta ninguna garantía que trate de verificar que la mujer que pretende abortar no tiene su voluntad anulada o viciada por su pareja, padres, empresario o proxeneta que pueden, parafraseando la sentencia *Casey*, usar la violencia física, psicológica o la coacción económica o laboral. Es más, la atribución a la mujer del poder de decisión exclusivo en el ámbito del aborto, puede producir un efecto paradójico: que su libertad sea menor. Como el

²⁰¹ Texto en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23338#{%22itemid%22:\[%22001-23338%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23338#{%22itemid%22:[%22001-23338%22]})

²⁰² Texto de la norma en italiano http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_845_allegato.pdf

hombre puede verse seriamente comprometido si el nacimiento se verifica, pero en el caso de que la mujer aborte carece de toda responsabilidad, puede someter a presión a la mujer para que lo haga. En contra de lo que pudiera parecer, no es simplemente un riesgo inventado por los movimientos pro vida. El citado Francome, un activista a favor del aborto como derecho, cuenta tres casos²⁰³. El primero es el de una mujer, cuyas relaciones con el marido no pasaban por un buen momento y no mantenían relaciones sexuales. La mujer tuvo una relación extraconyugal y se quedó embarazada. Su marido le dijo que abortara y que después él le daría otro hijo. La mujer obtuvo un aborto legal después de visitar al psiquiatra, pero su marido no mantuvo su promesa. La mujer lamentaba su aborto. La segunda tenía un niño pequeño cuando se quedó embarazada de nuevo. Su marido la amenazó con abandonarla si no abortaba. Contra sus deseos abortó, pero tan pronto como pudo obtener independencia económica se divorció de su marido. La tercera convivía con un hombre y tenían un hijo en común. Después de tres años se casaron y el marido adoptó a los dos hijos del primer matrimonio de la mujer. Se volvió a quedar embarazada y tres meses después de nacer la hija, se volvió a quedar embarazada. Iban a mudarse. El marido le dijo que abortara o rompía el matrimonio y se tendría que quedar a cargo de cinco hijos ella sola. El marido arregló todo para el aborto y en la intervención esterilizaron a la mujer.

En el informe *Violencia contra las mujeres. Piloto tamizado de detección en consulta para la interrupción voluntaria del embarazo*²⁰⁴, elaborado por la Fundación Mujeres y la Clínica Dator (una de las principales clínicas abortistas y, por tanto, poco sospechosa de querer ofrecer resultados desfavorables para el aborto) de julio de 2003, se indicaba que el 10´89% de las mujeres estudiadas habían temido la reacción de sus parejas al comunicarles el embarazo; que una vez comunicado el 10´13% de los varones manifestó enojo, un 17´72% disgusto y un 15´44%, indiferencia. Un 7´53% de las mujeres decía haber sido chantajeada con el abandono, aunque el propio informe sospecha que ese porcentaje sea superior. Hay que insistir que estas cifras están recogidas de un estudio con un número reducido de mujeres (392) y elaborado por una clínica abortista, por lo que cabe concluir que existe un significativo porcentaje de mujeres que abortan y que no toman su decisión libremente. El propio informe señala que “las mujeres (...) (han de) afrontar en soledad las consecuencias y secuelas derivadas de un embarazo no deseado”.

²⁰³ *Op. cit.* Pág. 50 y 51.

²⁰⁴ Consultado en http://www.telefonica.net/web2/webbrujas/Violencia/Informe_IVE_Violencia.pdf

La única excepción a la despreocupación general por las coacciones a las que puede verse sometida a la mujer para que aborte, es la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional alemán. En la sentencia 2 BvF 2/90²⁰⁵ son reiteradas las referencias a esta cuestión:

En el párrafo 150 se dice que la protección (del no nacido) es necesaria contra la influencia que es ejercida por terceras personas –incluso por la familia de la mujer y su círculo social amplio-. Tales influencias pueden dirigirse directamente contra el no nacido o de forma indirecta cuando se le niega a la mujer la ayuda que necesita, se le ponen las cosas difíciles como consecuencia del embarazo o si se la presiona para abortar.

Añade el párrafo 193 que los miembros de la familia y otras personas del círculo social más amplio de la mujer deben ser también incluidos en el concepto de protección. Es bien conocido por los informes de los consejeros, de los médicos y por estudios científicos que estas personas a menudo influyen sobre la mujer, algunas veces ilegalmente contra el niño.

El apartado 227 afirma que en toda sesión de asesoramiento debe ser sopesado si sería apropiado incluir al padre, parientes cercanos o amigos y si la mujer embarazada puede ser convencida de hacer esto. Si la mujer embarazada es acompañada a la sesión de asesoramiento por alguien cercano a ella, pero cuya influencia se teme tenga un efecto dañoso sobre la vida del no nacido, entonces el consejero debe valorar si sería apropiado pedirle que acudiera a otra sesión sola.

En el párrafo 243 se dice que el médico debe prestar atención a si la propia mujer está realmente a favor del aborto o si está siendo presionada por su inmediata familia o círculo social más amplio, por ejemplo, su marido, su compañero, sus padres o empleador. En tales casos hay un elevado peligro de que la mujer sufra ulteriores problemas psicológicos y el médico debe tomarlo en cuenta para aconsejarla.

Y, por último, en los párrafos 260 a 264: la efectividad del concepto de protección hace especialmente necesario proteger a la mujer de interferencias que puedan angustiarla o

²⁰⁵ Versión oficial en inglés en http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html

presionarla para que aborte. Por ejemplo, personas del círculo social de la mujer que se sienten animadas por el asesoramiento a continuar su embarazo que tratan con mayor fuerza de convencerla para que se someta a un aborto, poniendo el énfasis en que no sufrirá ninguna sanción penal. Como muestran los informes basados en la experiencia del asesoramiento, cuestionarios y estudios científicos, los embarazos que finalmente terminan en abortos no se deben mayoritariamente a dificultades económicas y sociales, sino en rupturas afectivas, en el rechazo del hijo por parte del padre, en el rechazo del niño por parte de los padres de la embarazada, o por la presión ejercitada por estas personas. Esto muestra en qué difícil situación, incluso desesperada, se encuentra una mujer cuando las personas más próximas de las que debería poder esperar la mayor ayuda y consuelo cuando se queda involuntariamente embarazada, la abandonan. El ordenamiento jurídico debe contrarrestar esto. Si el asesoramiento ha de tener una oportunidad de ser efectivo, debe garantizar a la mujer una esfera para su responsabilidad personal libre de influencias externas. Además, sería insuficiente como parte del sistema de asesoramiento dirigido a proteger la vida prenatal, apelar al sentido de la responsabilidad de las citadas personas (se refiere a las cercanas a la mujer que presionan a la mujer). Además, las normas penales deben estar dirigidas a evitar que tales personas (que se espera que ayuden a la mujer) le nieguen la ayuda que necesita teniendo en cuenta su embarazo. Por otra parte, deben dirigirse a evitar que las mismas personas la empujen a tener un aborto. La punibilidad puede hacerse depender de si el aborto se lleva a cabo o no.

También es un supuesto esperanzador, el resuelto por un Tribunal de Apelación de California el 6 de junio de 2007. Aquí, la coacción procedía de un Estado extranjero y el Tribunal reconoce como candidata para pedir asilo a una mujer china que fue obligada a abortar. El marido había realizado una solicitud de asilo y no expulsión alegando que el aborto realizado a su esposa Li Zhen Tang, fue forzado, de acuerdo con la legislación norteamericana²⁰⁶. El juez de inmigración había rechazado la solicitud, afirmando que Tang no había demostrado que su esposa había sido forzada en los términos establecidos en la ley.

La conclusión de toda esta doctrina es que la actuación del hombre y de la mujer tiene diferentes consecuencias. En el caso del varón, si mantiene relaciones sexuales

²⁰⁶Datos tomados de <http://www.ninthcircuitopinions.com/category/administrative/page/12/>

heterosexuales sin utilizar medio anticonceptivo alguno, o cuando fallan los empleados por él o su pareja o, cuando incluso, ésta le engaña haciéndole creer que adopta tales medios y las relaciones dan lugar a un embarazo y posterior nacimiento de un bebé, ha de asumir su responsabilidad respecto de éste. Esta asimetría ha recibido críticas, incluso desde posturas que consideran que el aborto es un derecho de la mujer que debe ser ejercitado sin interferencia del padre: “en estos supuestos, que no deberían plantearse –puesto que si una mujer decide por su cuenta ser madre, luego no debería obligar al varón a ejercer su paternidad- la ley obliga al padre a participar en los gastos de educación, etc.”²⁰⁷, aunque se justifican en interés de la criatura que no es responsable del comportamiento de su madre. Por su parte, Savater afirma: ”Cualquier consideración seria (quiero decir jurídica) del aborto no puede confundirse con el derecho de la mujer a su cuerpo, puesto que no es simplemente su cuerpo lo que está en juego, y debe considerar también la intervención y consiguiente opinión paterna, aunque esto quede de momento en relativo suspenso hasta que la mutación cultural y legislativa transforme el papel varonil en la crianza de los hijos y convierta esta reivindicación en algo más que un anhelo de libre disposición sobre la libertad femenina”²⁰⁸.

El varón no puede alegar que no pretendía tener un hijo. No es que su voluntad o libertad de decidir sea irrelevante, sino que, razonablemente a nuestro juicio, se considera que dicha libertad se ejerció en el momento de mantener relaciones sexuales que, siguiendo la terminología de la Organización Mundial de la Salud, suponen una *exposición al riesgo* de embarazo²⁰⁹ y consiguiente nacimiento de un hijo. Esta línea de razonamiento (se ha de asumir la responsabilidad por el hijo porque se realizó la conducta que dio lugar a la generación) no se aplica al caso de la mujer.

²⁰⁷ Martínez Sampere, E. El derecho de la mujer a decidir su maternidad, en *Bioética y derechos humanos*. Universidad de Sevilla (2005). Pág. 274.

²⁰⁸ Savater, F. *Diccionario de Filosofía*, Planeta, Barcelona, (1995), pág. 247. En Bellver Capella nota al margen pág. 82.

²⁰⁹ El diccionario de la Real Academia define “riesgo” como “contingencia o proximidad de un daño”. La OMS considera el embarazo como dañoso incluso cuando es deseado, porque el Comité de Nomenclatura de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia y la OMS han definido la infertilidad como el resultado de “dos años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir”. Tomado de Ascensión Cambrón, Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos.

En Estados Unidos, se ha planteado el llamado *aborto masculino*, nombre desafortunado que no supondría otra cosa que el varón pudiera desvincularse mediante una declaración de voluntad de cualquier relación paterno-filial con el hijo no deseado. El término *aborto masculino* fue acuñado por Melanie McCulley, una abogada de Carolina del Sur, en un artículo de 1998²¹⁰. La teoría comienza con la premisa de que cuando una mujer se queda embarazada, tiene la opción del aborto, la entrega en adopción o la maternidad; sostiene que, en el contexto de la igualdad de sexos legalmente reconocida, en los primeros estadios del embarazo, el padre debería tener el derecho de rechazar todo derecho parental y responsabilidad económica futura, dejando a la madre con las tres mismas opciones disponibles. Esta teoría fue apoyada por la antigua presidente de la National Organization for Women, Karen DeCrow. En un artículo titulado *A man's right to choose*²¹¹, se recogía su opinión de que si una mujer toma una decisión unilateral de llevar a término un embarazo, y el padre biológico no comparte esa decisión, no debería ser responsable durante 21 años del gasto de mantenimiento del hijo. Mujeres autónomas que toman decisiones independientes sobre sus vidas no deberían esperar que los hombres financien su decisión.

En general, a los defensores de esta línea de pensamiento, les ha sido fácil dar la vuelta a los argumentos de los abortistas. Por ejemplo, éstos se preguntan si las mujeres deberían tomar la decisión sobre su familia, carrera y cómo vivir sus vidas o debe ser un tercero el que decida por ellas. Con ese argumento, sólo hay que sustituir la palabra hombre por mujer, para justificar el aborto masculino. También desde ámbitos feministas se han opuesto al aborto masculino diciendo que ellos tienen una opción, usar preservativos, esterilizarse o mantener los pantalones puestos. Deberían pensar sobre las consecuencias antes de tener sexo. Pero todo lo dicho también resulta aplicable a las mujeres.

En 2006 el National Center for Men llevó al caso a los tribunales. En *Dubay v. Wells*²¹² el caso fue rechazado por el Tribunal de Apelación de Michigan indicando que la Decimocuarta Enmienda no priva al Estado de la competencia para tratar a clases diferentes

²¹⁰McCulley Melanie G (1998). "The male abortion: the putative father's right to terminate his interests in and obligations to the unborn child". *The Journal of Law and Policy VII* (1): 1-55

²¹¹http://www.salon.com/2000/10/19/mens_choice/

²¹² Texto de la sentencia en <http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1467603.html>

de personas en diferente forma. La regla para los varones es el juego de palabras en inglés *you play, you pay*. Como hemos dicho, nada que oponer a la regla, pero en el artículo citado antes se citan casos extremos, muy discutibles, por decirlo suavemente, en los que los tribunales fallaron en contra del varón: fuera porque el varón era menor de edad y las relaciones constituían de hecho violación (un caso en Kansas en 1993 que implicó a un niño de 12 años del que su cuidadora abusó sexualmente), el varón estaba inconsciente por una borrachera y la mujer presumió ante sus amigas que se había ahorrado una visita al banco de semen (caso en Alabama) o cuando otra mujer recogió el semen del preservativo que le había pedido al varón que se pusiera mientras le practicaba sexo oral y luego se inseminó con una jeringuilla (Louisiana en 1997).

El llamado aborto masculino no debe admitirse, sería algo parecido al no reconocimiento de hijos ilegítimos mencionado al comienzo. Entendemos que, con buen criterio, esa posibilidad se rechaza, pues todo aquél que mantiene relaciones sexuales asume que pese a las cautelas que se adopten, pueda producirse un embarazo. Pero, como ya se ha dicho, creemos que, en paralelo, salvo en el caso de violación (pues no ha existido consentimiento), ese mismo principio, debería aplicarse en el caso de la madre. No obstante, a esta opinión se oponen diversas objeciones, todas ellas basadas en la valoración del embarazo como una limitación intolerable a la libertad femenina. Por ejemplo, Judith Jarvis Thomson señala que “si la habitación está cargada y, en consecuencia abro la ventana para ventilarla, y un ladrón entra, sería absurdo decir: <<Ah, ahora él puede quedarse, porque ella le ha dado un derecho a usar su casa>> pues ella es parcialmente responsable de su presencia ahí, habiendo hecho voluntariamente lo que le capacitaba para entrar, con pleno conocimiento de que existen personas tales como los ladrones y que los ladrones, roban”²¹³. Por su parte, McDonagh equipara embarazo no deseado con violación²¹⁴ y añade que alguien podría sugerir que la solución para un embarazo coercitivo es simplemente que la mujer espere a que el feto nazca, y en ese punto su imposición coactiva cesará. Este tipo de razonamiento, dice, es semejante a sugerir que una mujer que está siendo violada debería esperar a que el violador termine antes de detener al violador. El

²¹³Thomson J. J, A Defense of Abortion en *The Problem of Abortion*, Joel Feinberg ed. Wadsworth Publishing Company. Belmont, California 1984. Pág. 182.

²¹⁴McDonagh, E.L. My body, my consent: Securing the constitutional right to abortion funding, en *Albany Law Review* 62 (1999): 1059-1060. Consultado en <http://www.albanylawreview.org/archives.php>

embarazo no consentido, como las relaciones sexuales no consentidas, es una situación que a la que se debe poner fin inmediatamente porque ambos procesos violan gravemente la propia integridad física y la libertad²¹⁵. Y Boonin propone que supongamos que una mujer pacta el siguiente acuerdo explícito: “dame una cantidad de dinero hoy y mañana podrás usar mi cuerpo en la forma que quieras, incluso si entonces he cambiado de opinión y no quiero hacerlo (...) uno no puede esclavizarse legítimamente renunciando anticipadamente al derecho a controlar su propio cuerpo²¹⁶”.

Como puede verse, todas estas opiniones se basan en considerar al no nacido como un grave agresor: un ladrón, un violador o un esclavista, lo que resulta claramente absurdo pues si hay alguien que no tiene responsabilidad alguna en el embarazo es él. Es más, este tipo de metáforas no resultan muy correctas. La acción de la mujer (de abrir la ventana) no causa que el ladrón entre en la casa, sino que simplemente remueve un obstáculo; el propio ladrón es el agente primario responsable de su estancia en la casa. En el caso del embarazo involuntario, sin embargo, el no nacido no causa su presencia en el útero de la madre; lo causan el padre y la madre²¹⁷. Además, como señala Beckwith, el sexo y el embarazo están mucho más unidos causalmente que el pasear por un bosque y que te ataque un oso, que te ataque un ladrón por dejar la ventana abierta o que un camarero se lleve el dinero que has dejado olvidado pensando que era la propina. Y la relación causal entre sexo y embarazo se ve claramente cualquiera que sea el punto de vista que se adopte. Bien sea religioso (el sexo está unido a la procreación en el plan de Dios), filosófico (la finalidad, o telos de los órganos reproductivos es la procreación) o biológico (en el ciego proceso de la evolución, determinados seres vivos desarrollaron un sistema para perpetuarse, más exitoso que la mera replicación de individuos, pues permite una mayor diversidad genética y que no es otro que la reproducción sexual). Y descubrir esta estrecha relación entre sexo y procreación no exige un complejo razonamiento. Basta ver el esfuerzo en la investigación constante de nuevos métodos anticonceptivos, pues hasta los más eficaces, no garantizan un

²¹⁵ McDonagh, E.L. *Breaking the abortion deadlock: from choice to consent*. Oxford University Press, (1996). Pág. 11 y 12.

²¹⁶ Boonin, D.A *defense of abortion*. Cambridge University Press. New York (USA) 2003. Pág. 166 y 167.

²¹⁷ Lee, P. *Abortion & Unborn Human Life*. The Catholic University of America Press. 2º Edición (2010). Pág 119.

100% de efectividad con su uso correcto. O leer en la prensa las cifras millonarias del aborto en todo el mundo.

Pero incluso si equiparamos al no nacido con un ladrón, un violador o un esclavista, se le hace de peor condición que a cualquiera de éstos; en ningún sistema penal democrático se prevé la pena de muerte y menos ejecutada en la forma en la que se practican los abortos y a los que nos referiremos más adelante. Si no se acepta el punto de partida de equiparar al feto con un agresor, las analogías caen por su propio peso. En realidad nos encontramos con unas personas que deciden practicar una actividad placentera que lleva aparejada el resultado posible de traer a la existencia a un ser vulnerable, dependiente e indefenso. Si tal ser es concebido, entonces a una de las personas que es responsable de su existencia y que se encuentra en una posición única para cuidarla, se le autoriza a destruirla teniendo como única justificación su voluntad.

2.2 En la reproducción asistida.-

2.2.1. Hombres y mujeres.- También en este ámbito en la legislación española existen diferencias sustanciales entre los límites del derecho a la reproducción en el hombre y en la mujer. En la mayoría de las legislaciones, las técnicas de reproducción asistida se regulan como un remedio a la infertilidad y sólo son accesibles a matrimonios y a parejas estables (Gran Bretaña y diversos estados de Estados Unidos son la excepción a la regla). Por el contrario, la legislación española desde 1988 ha permitido el acceso de la mujer sola. Esta cuestión la analizaremos en el apartado referido a los fines de las técnicas de reproducción asistida. Aquí nos limitaremos a destacar el motivo que dio el legislador español para justificar esta diferencia de trato y si éste es razonable. La Exposición de Motivos de la LTRHA/1988, dice que “no obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”.

Dejando al margen la cuestión del valor normativo de las Exposiciones de Motivos de las Leyes²¹⁸, lo cierto es que la afirmación de que han de eliminarse cualesquiera límites, es insostenible e inimaginable fuera de este contexto. Como es sabido, el Tribunal Constitucional desde la lejana sentencia 2/1982, de 19 de enero, ha proclamado que no existen en el Derecho español derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites. El tema de los límites de los derechos es sumamente debatido y volveremos sobre ello al final de este trabajo. Cabe señalar, no obstante, que muchas veces se trata la cuestión del límite de los derechos, cuando, en realidad se trata de un problema de contenido del derecho. Determinar éste, evitaría en gran medida muchos de los problemas que denominamos de límites de los derechos²¹⁹. Respecto de éstos, recordaremos simplemente que, con carácter general, De Esteban y González-Trevijano²²⁰ señalan que los límites puede venir determinados por los derechos de los demás y “tal colisión puede darse en el seno de un mismo derecho o bien entre derechos diferentes” y para solucionar dicha colisión “la única

²¹⁸ Precisamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999 en la que enjuició la constitucionalidad de la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida, y aunque no se refería al asunto que nos ocupa afirmó que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad. No obstante, la sentencia 31/2010, de 28 de junio, que enjuició la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha matizado esta doctrina. Reitera que un “preámbulo no tiene valor normativo”, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de “una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva” de una Sentencia del Tribunal. Ahora bien, carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. De hecho, en la propia STC 36/1981 hicimos una declaración expresa sobre el valor interpretativo del preámbulo entonces examinado, bien que proclamándola en la fundamentación jurídica y sin llevarla formalmente al fallo.

Los párrafos del preámbulo del Estatuto de Cataluña cuestionados por los recurrentes lo son por referirse a conceptos y categorías que, proyectadas después a lo largo del articulado, pretenden para el Estatuto, a su juicio, un fundamento y un alcance incompatibles con su condición de norma subordinada a la Constitución.

Ha de ser, por tanto, al hilo del enjuiciamiento de tales preceptos cuando nos pronunciemos también sobre la interpretación los mismos que eventualmente cupiera deducir de los referidos párrafos del preámbulo y cuando, en consecuencia, de concluir que dicha interpretación es constitucionalmente inadmisibles, privemos al preámbulo, en ese punto, del valor jurídico que le es característico, esto es, de su condición de interpretación cualificada. Y finalmente en el fallo resuelve que carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”.

²¹⁹Gómez Sánchez, Y. *Derechos y libertades*. Editorial Sanz y Torres, S.L. Madrid (2003). Pág. 79.

²²⁰ De Esteban, J. y González-Trevijano, P.J. *Curso de Derecho Constitucional Español I*. Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1992. Págs. 275 a 282.

solución posible es la de aplicar la regla de la ponderación de bienes”; un segundo límite puede venir determinado por la necesidad de “preservar los intereses legítimos de la sociedad”. A su vez y para evitar que el establecimiento de límites irrazonables desnaturalice el ejercicio del derecho fundamental, los mencionados autores se refieren al límite a los límites de los derechos que viene constituido por la reserva de ley, el respeto del contenido esencial de los mismos, el límite de la dignidad humana y la naturaleza democrática del régimen constitucional.

Pero es que además, en el ámbito que nos estamos refiriendo, los límites tienen más importancia: “cuando se habla de derechos limitados se está haciendo relación principalmente a los llamados derechos de libertad, es decir, aquellos derechos que permiten actuar al sujeto en un ámbito de *agere licere*, y es precisamente ese ámbito de autonomía el que, en determinados casos, puede verse recortado o circunscrito para la tutela de otros derechos, bienes y valores”²²¹.

Partiendo de lo dicho, podría justificarse el trato desigual no discriminatorio en las técnicas de reproducción asistida entre hombre y mujer en dos hechos biológicos indiscutibles: en primer lugar, porque sólo las mujeres pueden gestar un hijo y, en segundo lugar, porque las mujeres solas, sin necesidad de acudir a las técnicas de reproducción asistida, pueden ser madres manteniendo relaciones sexuales. Sin embargo, consideramos que estos dos hechos no justifican por sí mismos la diferencia de trato. Por una parte, no es aceptable que todo aquello que sucede en la realidad deba recibir sanción normativa. Y, más importante, no puede equipararse lo que es una manifestación del libre actuar, como es el mantener relaciones sexuales (que no puede ni debe ser controlado) con el ejercicio de un derecho que requiere la intervención de terceros y una regulación normativa. Además, la paternidad siempre podría investigarse. Es como si se defendiera la adopción libre por parte de aquellos que quieren ser padres porque en la filiación por naturaleza, no se somete a las personas al escrutinio psicológico, legal, económico y familiar previsto en el caso de adopción.

²²¹ Gómez Sánchez, Y. *Op. cit.* (2003). Pág. 80.

También la posibilidad de que las mujeres solas puedan ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida se ha intentado justificar precisamente porque está legalmente reconocida la posibilidad de la adopción por parte de una única persona. Pero hay un sector de la doctrina que recoge Iniesta que afirma que “no es oportuna la analogía con la adopción llevada a cabo por hombre o mujeres solteros: en la adopción se trata de que alguien asuma deberes paternales respecto de un niño que ya está en el mundo; aquí se trata de lanzar un niño al mundo sin que se integre en una familia completa, esto es, se prevé de antemano un niño que no tendrá padre (...)”²²². Además, esta explicación justificaría el trato idéntico a parejas e individuos, pero no que se trate diferente a la mujer sola y al hombre solo.

Ahora bien, si de acuerdo con el criterio de la LTRHA la mujer sola puede tener acceso, porque prevalece su deseo de ser madre, no se comprende la diferencia de trato con el varón. El autor citado, desde una perspectiva crítica con la Ley, se pregunta: ¿por qué una mujer sola puede ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida y un varón no? Dentro de esta lógica individualista, establecida por la LTRA, no veo justificable poner la prohibición de la maternidad subrogada por encima del principio de igualdad. Para justificar esa prohibición se podría aludir a los riesgos de conflicto entre las partes o de atentado contra la libertad y dignidad de la gestante. Pero esos riesgos no justifican una prohibición inexorable sino una regulación cautelosa que impidan que se den²²³. Y Alkorta añade que la Exposición de Motivos de la Ley no aclara las razones de fondo por las que se quiso invalidar el contrato de gestación, mientras se autorizaba la donación de óvulos y la maternidad de la mujer sola, en nombre del derecho de las mujeres a formar una familia²²⁴.

2.2.2.- Gays y lesbianas.- Las diferencias de trato entre hombres y mujeres también se producen en el caso de las parejas gays y lesbianas. Las segundas se ven claramente favorecidas. En el derecho comparado, dado que se concibe a las técnicas de reproducción asistida como remedio a la infertilidad, las parejas homosexuales no tienen normalmente

²²²Iniesta Delgado, J.J. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007). Pág. 114.

²²³*Op. cit.* Pág. 56.

²²⁴Alkorta, *Op. Cit.* 278-287.

acceso a las mismas. En la legislación española las parejas lesbianas pueden acudir a las técnicas, mientras que siendo nulo el contrato de maternidad subrogada, no pueden hacerlo las parejas gays, si bien esta diferencia ha tratado de ser solucionada en virtud de una sorprendente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Pero es que las mujeres lesbianas tienen un trato especialmente favorable, incluso comparado con las mujeres heterosexuales. Con anterioridad a la LTRHA, una mujer lesbiana podía tener un hijo siendo usuaria de las técnicas. Su cónyuge podía posteriormente adoptar ese hijo. Cualquiera que sea la opinión que merezca, todo ello era conforme con la regulación del Código Civil y, dicho sea de paso, con la realidad de las cosas. Sin embargo, ahora se va más allá. Dejando de lado la posibilidad ya mencionada del artículo 7.3 de la LTRHA, hay que destacar ahora lo establecido en el artículo 6.4, según el cual, *en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora.* Como puede observarse no se impide la selección de donante de gametos, sino sólo de donante de semen. De forma que una lesbiana puede elegir que se le transfiera un embrión creado a partir de semen de donante (que no ha elegido) y un óvulo de su pareja (que la ley le permite elegir) o de una tercera mujer (a lo que tampoco puede oponerse el centro de reproducción asistida, según nuestra ley). En el caso de que el óvulo fecundado proveniente de una de las mujeres que forman la pareja, ésta sería madre desde el punto de vista genético, mientras que la que da a luz sería madre por aplicación de lo establecido en el artículo 10.2 LTRHA.

Por lo que se refiere a las parejas gays, es conocido que el contrato conocido como de maternidad de alquiler es calificado como nulo de pleno derecho por el artículo 10.1 de la LTRHA. En este sentido, “en los fines de la LTRHA se prevé y se tiene en cuenta la paternidad o maternidad social o de deseo (...) la tiene presente cuando autoriza la inseminación o fecundación artificial de la mujer sola y la heteróloga en parejas fértiles, pero la niega, por el contrario, en el caso del artículo 10 (...) se pone de relieve la asimetría

normativa con la que se trata la misma voluntad en el caso del hombre y en el de la mujer (...),»²²⁵.

Como puede verse, parece claro hasta para los partidarios de ello, que para que una pareja gay pueda acudir a un contrato de maternidad de alquiler sería necesaria una reforma legal. Pues bien, no es éste el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 18 de febrero de 2009. Se trataba de una pareja, ambos ciudadanos españoles, que solicitó mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), la inscripción de nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) mediante «gestación de sustitución»²²⁶. Adjuntaban como documentación: certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores y libro de familia de los interesados, que habían contraído matrimonio. El Encargado del Registro Civil Consular, denegó lo solicitado por los interesados, con invocación del citado artículo 10.1 LTRHA. Notificados los interesados, éstos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La citada Dirección General dicta resolución estimando el recurso. Para ello, adopta un criterio sorprendente. Dice que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido. En este segundo supuesto, que es el del caso, el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. La

²²⁵García Pérez, C. I. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007). Pág. 384.

²²⁶El procedimiento establecido en California para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución pasa necesariamente por la obtención de una previa decisión judicial que: 1) Aprueba u homologa el contrato de gestación por sustitución preparado por un tercero –agencia privada que pone a disposición de los padres solicitantes los medios médicos y jurídicos necesarios para ejecutar el contrato–; 2) Declara extintos los derechos de la madre gestante y se atribuye la paternidad al padre o padres intencionales –determina, por tanto, la filiación del nacido por este procedimiento–; y 3) Ordena la expedición del certificado de nacimiento –donde no consta referencia a la madre gestante– e impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a la madre gestante.

certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras y no las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

Con esta tesis se elude la declaración de nulidad del artículo 10.1 LTRHA y así, continúa diciendo la Resolución, con arreglo al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. No obstante, la propia Resolución dice que la certificación registral extranjera ha de reunir determinados requisitos. Dejando de lado, los de carácter formal, el que aquí más interesa es el relativo al respeto al orden público internacional.

En relación con la conformidad de la certificación registral californiana al orden público internacional español, dice que ésta no vulnera la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. Da para ello los siguientes motivos: en primer lugar, no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley. En segundo término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres (art. 7.3 de la LTRHA). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución. En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español pues en el caso de rechazar la inscripción de la

filiación en el Registro Civil español, se vulnera el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, por cuanto el interés superior de los menores, recogido en dicho precepto, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño «la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar». En cuarto lugar, debe recordarse que el «interés superior del menor» al que alude el antes citado artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño se traduce en el derecho de dicho menor a una «identidad única», como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado art. 7.3 de la LTRHA. En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley al que se refiere el artículo 12.4 del Código Civil para los casos internacionales. En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas. Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia. Cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución.

Hemos expuesto con detalle la fundamentación de la Resolución para mostrar su razonamiento contradictorio e inexacto. Cita repetidas veces la determinación de la filiación en el caso de parejas lesbianas mediante declaración ante el Encargado del Registro Civil de la mujer que no ha dado a luz. Después de decir que es una determinación de la filiación por naturaleza (?) afirma que es discriminatorio excluir a los gays, con lo que está calificando de inconstitucional (e inaplicando) a la LTRHA en este punto, mediante una simple resolución. Pero, por otra parte, interpreta el artículo 7.3, para indicar que la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética. A lo que cabría responder que si la Ley regula la cuestión expresamente para las parejas de lesbianas (recordemos que mediante una reforma ad hoc de la LTRHA) y no para las parejas de gays, es porque efectivamente la voluntad del legislador fue no extender a estas últimas tal previsión.

Por lo que se refiere a la cita de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ninguna de las resoluciones que cita, tiene que ver con el caso que nos ocupa, pues el tema discutido en las sentencias se refería a un problema, no de filiación, sino de determinación de los apellidos, que de acuerdo con las Leyes de diferentes Estados, podía cambiar en uno y en otro.

En cuanto a la invocación del interés del menor, habría que comenzar señalando que lo que supone en realidad esa afirmación es que la regulación de la LTRHA además de inconstitucional, vulneraría un Convenio internacional del que España es parte, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado carece de competencia para derogarla. Además, cuando se desarrolla el argumento se revela que, en realidad, no se está pensando tanto en el interés del menor como en el de los solicitantes de la inscripción e incluso se hace afirmar al Convenio cosas que no dice, como que el interés superior de los menores exige que éstos queden al cuidado de los *sujetos que han dado su consentimiento para ser padres* (la cursiva es nuestra).

Por último, llama la atención que se diga que en la certificación de nacimiento no consta que los niños nacieron como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada, con lo

cual cabe plantearse cuál es el problema que estamos discutiendo; o cuando se afirma que los niños son españoles porque han nacido de progenitor español ¿cómo puede afirmarlo?

El Ministerio Fiscal recurrió la resolución y el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia estimó el recurso anulando la resolución. Tras la anulación por el Juzgado de Primera Instancia, la Dirección General de los Registros y del Notariado reaccionó rápidamente y dictó la Resolución de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Es el único caso que conocemos en que se otorga eficacia a un acto nulo de pleno derecho de acuerdo con las Leyes. Se exige como requisito que conste la identidad de la madre gestante. En la Exposición de Motivos se dice que para que la gestación por sustitución tenga acceso al Registro Civil español es necesario que uno de los progenitores sea de nacionalidad española, pero esto entendemos que se refiere a que uno de los solicitantes de la inscripción sea español, no que uno de los solicitantes sea el padre biológico del niño. Ya no es suficiente la mera certificación extranjera de que son progenitores dos personas del mismo sexo. Para la inscripción de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de maternidad subrogada es necesario presentar junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, siempre que la misma obtenga el exequátur²²⁷. No es necesario, sin embargo, el citado exequátur cuando la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso, el encargado del Registro Civil se limitará a controlar, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España. María Ángeles Alcalá, anterior Directora General de los Registros y del Notariado señaló el 29 de mayo de 2011, en un reportaje del diario El País que “queremos dar una solución a estos niños, que biológicamente son hijos de padres españoles. Pero al mismo tiempo hemos querido proteger el interés del menor para no amparar casos de tráfico internacional y garantizar que las mujeres gestantes no sean objeto de abusos y mafias”. Lo que no queda claro es cómo se evitan los problemas enunciados con la regulación aprobada, además de que, más que el interés del menor, lo que se protege es el deseo de los adultos de ser padres. También en el reportaje se hacía

²²⁷Procedimiento establecido en los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (vigentes según resulta de la disposición derogatoria única.1.3ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

referencia a una eventual discriminación de las parejas homosexuales, porque, al parecer (no se aportan pruebas), si un matrimonio heterosexual aparecía con un hijo que alegaba ser suyo con la documentación en regla, se procedía a inscribir el hijo como matrimonial, sin hacer profundas investigaciones. El argumento esgrimido es bastante endeble. Como es sabido, la discriminación sólo se aprecia dentro de la legalidad. Si las parejas heterosexuales actúan fraudulentamente, lo que habría que hacer es aplicar la norma que trataban de evitar, pero no ampliar el fraude.

No obstante, con posterioridad a la Instrucción, la resolución del Juzgado de Valencia fue confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 23 de noviembre de 2011. Considera la sentencia que la certificación presentada (de California) no cumple con los requisitos de la Instrucción. Señala que los obstáculos que existen para el reconocimiento de una decisión registral extranjera en España son más graves en este caso en el que la conexión previa de los demandantes con el Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, pues se trata de dos ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que permitió a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí, aplicando sus propias normas de conflicto. De forma que considera que no se trata de que los demandantes hubieran utilizado una norma de conflicto para eludir una norma imperativa española, sino que hay indicios consistentes de que han huido de ella, celebrando un contrato en materia, como es el estado civil y la filiación, caracterizado por la indisponibilidad.

El Tribunal Supremo ha confirmado la doctrina de los tribunales inferiores. En sentencia de 6 de febrero de 2014 (EDJ 2014/7037) comienza señalando que lo que hay que resolver es si la decisión del Registro Civil de California puede ser reconocida y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los recurrentes. El control no debe limitarse a los efectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos que se precisará. La legalidad de la certificación extranjera conforme a la Ley española que exige el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, no puede entenderse como absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, pero sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público

internacional español. El orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público atenuado. Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. Estos vínculos son aquí intencionales, pues los recurrentes eran españoles, residentes en España y se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la huida de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato. Añade que hay que tener en cuenta que la LTRHA es de 2006 y modificó algunas cuestiones de la anterior de 1988, pero en este supuesto se mantuvo la nulidad de los contratos de subrogación. Considera que la decisión de California es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación. Añade que no existe discriminación respecto de lo dispuesto para los matrimonios de lesbianas en el artículo 7.3 LTRHA porque la desigualdad sustancial de los supuestos excluye el trato discriminatorio.

No obstante, otros jueces no son tan rigurosos como los de la Audiencia Provincial de Valencia, en este caso, respecto de una mujer sola. Según informaba el diario El País el 31 de marzo de 2013, una madre española de dos gemelos nacidos en Estados Unidos por maternidad de alquiler había conseguido que el Registro Civil inscriba a los pequeños como sus hijos. Inicialmente, el Registro Civil le exigió determinados documentos para filiar a los niños, entre ellos fotos de su embarazo y el nombre del médico que la atendió en el parto. Tras recurrir esta decisión, y ante la imposibilidad de presentar estos documentos, la mujer acudió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pozuelo de Alarcón. En su auto, que, según la noticia, ya es firme, la juez acuerda el exequatur y estima la solicitud de reconocimiento de maternidad "en ausencia de paternidad". Para la magistrada, se trata de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor. Para ello advierte que la inscripción registral "en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional" y añade que no se ha vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, porque en la sentencia californiana aparecen, como padres biológicos, los nombres de la pareja que gestó a los pequeños. La juez de Madrid concluye que se dan los requisitos para otorgar la homologación de la sentencia

estadounidense y, por lo tanto, obligar al Registro Civil a la inscripción de los menores. Entre ellos, la firmeza de la resolución del tribunal estadounidense y que el consentimiento de la madre gestante se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia.

La doctrina se ha mostrado crítica con el sistema que permite ignorar la regulación legal. Tal y como señala Salas Carceller²²⁸, además de que el control por parte del encargado del Registro Civil tiene por objeto, entre otros, garantizar los derechos de la madre gestante en cuanto a la prestación del consentimiento en un contrato, que es nulo de pleno derecho según la ley española, hay que tener en cuenta que sólo facilita la inscripción inexacta de filiación de los nacimientos producidos en el extranjero, “lo cual puede tener muy graves consecuencias si nos situamos en el ámbito de la igualdad en los derechos de los solicitantes de la inscripción de filiación y de los propios menores”. También autores que son favorables a la admisión de la maternidad de sustitución en nuestro Derecho, consideran que la instrucción establece un trato discriminatorio entre los españoles que tienen medios o recursos económicos para acceder a un convenio de gestación por sustitución en país extranjero y aquéllos que no²²⁹.

3. La edad.- El titular de la libertad reproductiva es la persona física. Pero sólo los mayores de edad tienen capacidad de obrar plena. Gómez Sánchez recuerda que en nuestro sistema de derechos pueden distinguirse dos casos en relación con la edad y la titularidad: a) que el menor no sea titular del derecho por ser la edad requisito necesario para la atribución de dicha titularidad; y b) que se atribuya la titularidad del derecho al menor pero que, por carecer éste de la capacidad de obrar necesaria no pueda ejercerlo o defenderlo directamente y precise de un representante²³⁰. Ejemplo del primero sería el derecho de sufragio activo y pasivo; del segundo, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

²²⁸Salas Carceller, A. El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución en *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 10, febrero 2011. Pág. 9.

²²⁹Vela Sánchez, A.J. La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley* n° 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.

²³⁰Gómez Sánchez, Y. *Op cit.* 2003. Págs 66 y 67.

Sin embargo, en el ejercicio de la libertad reproductiva la mayoría de edad, a diferencia de lo que sucede en otros derechos, no juega un papel determinante y se fijan edades variables y un tanto arbitrarias. En cuanto a la decisión de tener hijos, la pubertad es muy anterior a los 18 años y mantener relaciones sexuales es una manifestación del *agere licere*, por lo que puede ejercerse el derecho a la libertad reproductiva con anterioridad a alcanzar la mayoría de edad. Sólo hay que tener en consideración que el artículo 183.1 del Código Penal establece que el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual. Según informan diversos medios, el Gobierno se plantea modificar al alza esta edad. Si la decisión de tener hijos exige acudir a las técnicas de reproducción asistida, la LTRHA dispone en su artículo 6.1 que es necesario que sea mayor de 18 años y goce de plena capacidad de obrar, lo que resulta muy razonable, teniendo en cuenta que se trata, por una parte, de someterse a un tratamiento médico y, por otra, porque su resultado pretendido es tener descendencia. La restricción a la capacidad se justifica porque, en este caso, la reproducción, sale del ámbito de la intimidad de la mujer.

En el caso de que la decisión sea la de no tener hijos, obviamente no es necesaria la mayoría de edad en el caso de que el menor decida no mantener relaciones sexuales. En el caso de que exista actividad sexual y se pretenda evitar el embarazo con anticonceptivos, muchos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas españolas tienen programas que facilitan el acceso a este tipo de fármacos sin el consentimiento ni conocimiento de los padres y tutores. Según el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 pueden consentir sin necesidad de asistencia de los representantes legales los mayores de 16 años, por lo que por debajo de esa edad, el tratamiento debería ser autorizado por dichos representantes legales. En relación con la llamada píldora del día siguiente la discusión acerca de sus efectos anticonceptivos o abortivos, tenía relevancia no sólo desde el punto de vista ético, sino legal, pues de acuerdo con la legislación anterior la edad requerida era distinta en un supuesto y otro. Al rebajar la LO 2/2010 la edad para consentir un aborto a los 16 años, ambas situaciones quedan equiparadas. En cuanto al aborto, la cuestión merece ser analizada con algo más de detenimiento.

3.1. El caso del aborto.- Prácticamente desde el inicio del debate sobre el aborto, se planteó la cuestión de si las menores de edad podían tomar la decisión de abortar sin el consentimiento o, al menos, el conocimiento de sus padres. Parece razonable pensar que, cuando una persona se encuentra ante una situación vital difícil, es bueno que se rodee y cuente con el apoyo de las personas más cercanas. Pero, como veremos a lo largo de este trabajo, lo que resulta evidente en cualquier ámbito, no se aplica en relación con el aborto, de forma que lo que se pretende es aislar a la mujer de su círculo habitual y que se relacione exclusivamente con el médico que va a practicar el aborto. Se considera que la menor es perfectamente madura para tomar la decisión de abortar por sí sola (a diferencia de lo que ocurre con otras actividades como votar, fumar, conducir, beber bebidas alcohólicas o hacerse piercings, en las que la madurez de los adolescentes desaparece por arte de magia)²³¹. En realidad, la mentalidad que subyace es que ninguna adolescente en su sano juicio desearía llevar a término un embarazo (por lo que no hay razón para pensar que las quieren abortar no lo hagan voluntariamente). Sólo menores coaccionadas o inmaduras que fantasean con cuidar un hijo o vivir románticamente con el padre biológico pueden plantearse tener a su hijo y, como eso va a destruir irremisiblemente su vida, es necesario protegerlas de influencias indebidas. Pero las influencias indebidas y coacciones pueden ser justamente las contrarias y ninguna norma se preocupa de asegurarse de que la decisión de abortar se ha tomado libremente. En un reportaje sobre madres adolescentes publicado por el diario El País, el 20 de septiembre de 2009, aparecían varios casos. Una adolescente de 17 años que tuvo a su hijo cuenta que “ahora, todo son bromas. Pero hubo gritos. Lloros y peleas. Portazos, cenas a medias. Ainhoa lo explica con la cuchara en la mano enfilada hacia la boca de su hijo: Toda mi familia quería que abortara inmediatamente. Me decían que lo que tenía dentro era como un garbancito. Que no pasaba nada por hacerlo. Pero me negué. Yo no soy capaz de matar a un ser humano. A las seis semanas, su madre la acompañó a hacerse la primera ecografía. Intentó convencer a la hija con el poder de la imagen: ¿Ves?, ahora mismo no es nada, como un garbanzo, le dijo”. Es admirable la

²³¹ Informaba el diario El País (edición digital de 13 de marzo de 2009) que la Junta de Andalucía había endurecido la Ley de Autonomía del Paciente con un decreto para regular la cirugía estética, según el cual, para poner "orden y rigor en el incremento que experimentan estas intervenciones", los menores tendrán que someterse a un examen psicológico "para valorar su nivel de madurez y descartar desórdenes que contraindiquen la intervención". El decreto añade, y aquí es donde da un paso más, que "los padres deberán ser informados y su opinión será tenida en cuenta". Desde la Consejería de Salud de la Junta justifican la decisión porque "cualquier operación de cirugía estética entraña grave riesgo" y porque "al ser las operaciones de estética propias de la sanidad privada, son los padres quienes mayoritariamente las pagarán, así que deben saberlo".

determinación de la adolescente, pero, lo normal, es que la mayoría, en sus circunstancias, acabe cediendo. En el mismo reportaje, Almudena confiesa que “en lo primero que pensó fue en abortar: lo tenía clarísimo. Hacer otra cosa era una locura. Pero más que por ser joven, por un miedo terrible a mis padres. Miedo a decírselo, a lo que me iban a decir, a lo que me iban a hacer. La idea era abortar sin que se enteraran. No sé cómo lo hubiera hecho, quizá en algún sitio ilegal. Pasó una semana rumiando y concluyó: bien, he cometido un error, pero ya está hecho. De pronto me pareció una barbaridad abortar sólo por miedo a mis padres. A la semana se lo dije”. El conflicto entre una menor que quiere tener a su hijo y los padres que pretenden que aborte, también llegó a los tribunales. Aunque no da datos concretos del caso, producido con arreglo a la legislación anterior, Domínguez Luelmo cita el caso de una menor embarazada, que pretendía seguir adelante con el embarazo, mientras que los titulares de la patria potestad pretendían que abortase. Planteado el problema ante la autoridad judicial, se decide que debe primar la voluntad de la menor frente a la de los titulares de la patria potestad²³².

La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen con mayor o menor amplitud la capacidad de las menores de edad para tomar la decisión de abortar. Mencionaremos la solución que han adoptado diversos países. El Tribunal Supremo de Estados Unidos se ha pronunciado en diversas ocasiones. En los primeros casos mostró su oposición a que la Ley obligara a obtener el consentimiento parental.

En la sentencia *Colautti v. Franklin*²³³ de 9 de enero de 1979 se discutía la constitucionalidad de la legislación de Pennsylvania que imponía el requerimiento, para practicar un aborto a una menor de 18 años, del consentimiento de uno de los padres o representante legal, salvo que un médico certificara que el aborto era necesario para salvar la vida de la madre. Los defensores de la ley alegaban las limitaciones a la capacidad de decisión de los menores en relación con la prohibición del trabajo infantil, la educación obligatoria, la prohibición de venta de armas de fuego, de cigarrillos y bebidas alcohólicas, la protección de menores respecto de ciertos tipos de literatura, la prohibición de que los prestamistas compren bienes de menores, etc. El Tribunal declaró la norma contraria a la

²³² Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2ª Ed. Lex Nova. Valladolid (2007). Pág. 359.

²³³ Texto de la sentencia en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/379/case.html>

Constitución. Señala que los menores, como los adultos, están protegidos por la Constitución y poseen derechos constitucionales y que éstos no maduran y nacen mágicamente sólo cuando uno alcanza la mayoría de edad legalmente establecida. La sentencia reconoce que el Estado tiene una autoridad algo más amplia para regular las actividades de los niños que de los adultos. Examina el interés perseguido por la norma de salvaguardar la unidad de la familia y la autoridad de los padres. Considera que es difícil, sin embargo, concluir que otorgar a los padres un poder absoluto para invalidar una decisión tomada por el médico y su paciente menor, de poner fin al embarazo servirá para fortalecer la unidad familiar. Tampoco es probable que tal poder de veto mejore la autoridad de los padres o el control, donde la menor y los padres no consentidores están tan fundamentalmente en conflicto y la propia existencia del embarazo ha fracturado ya la estructura familiar. *Cualquier interés propio que los padres tuvieran en la terminación del embarazo de su hija menor no tiene más peso que el derecho a la intimidad de la menor competente, suficientemente madura para haberse quedado embarazada* (la cursiva es nuestra). Concluye que el Estado no tiene la autoridad constitucional para dar a una tercera parte un poder de veto absoluto y posiblemente arbitrario sobre la decisión del médico y su paciente para poner fin a su embarazo independientemente de la razón para denegar el consentimiento.

En *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979)²³⁴ se discutía sobre la constitucionalidad de una Ley de Massachusetts que exigía el consentimiento parental para la realización de un aborto en una chica soltera menor de 18 años. Si uno o ambos padres denegaban el consentimiento, el aborto podía autorizarse por orden judicial apreciando causa justificada. Considera el Tribunal que la norma impone una carga indebida sobre el derecho a obtener un aborto. No cumple, dice, con los estándares constitucionales en dos aspectos. En primer lugar, permite negar la autorización judicial para un aborto de una menor que ha sido considerada madura y plenamente competente para tomar la decisión. Y, en segundo lugar, exige que se consulte o notifique a los padres en todos los casos, sin permitirle solicitar un pronunciamiento judicial independiente acerca de su madurez o de que el aborto se practicaría buscando su mejor interés.

²³⁴ Texto de la sentencia en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=443&invol=622>

La autorización judicial alternativa que reclamaba en Bellotti, no le pareció suficiente al Tribunal Supremo en el caso Akron v. Akron Center for Reproductive Health de 1983²³⁵, en el que analizó la constitucionalidad de una ordenanza de esa ciudad de Ohio que entre otras reglamentaciones, prohibía que un médico practicara un aborto a una menor de 15 años soltera, a menos que obtuviera el consentimiento de uno de sus padres o que la menor obtuviera una orden de un Tribunal con jurisdicción sobre ella autorizando que el aborto se practicara. Respecto de esta cuestión dice el Tribunal que ya ha señalado que Estado no puede establecer una disposición que con carácter general requiera el consentimiento parental o del representante legal como condición para el aborto de una menor soltera. Recogiendo lo dicho en el pronunciamiento anterior en el sentido de que la menor puede acreditar su madurez, considera que la ordenanza no podía con carácter general establecer que todas las menores de 15 años son demasiado inmaduras para tomar la decisión o que un aborto no es nunca lo mejor para los intereses de una menor que no cuenta con la aprobación paterna.

En 1983 la sentencia del caso Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft²³⁶ enjuició una Ley de Missouri parecida a las anteriores y la sentencia considera que la norma que preveía como alternativa al consentimiento parental una autorización del juez, es constitucional pues el Estado había regulado un procedimiento alternativo mediante el que una embarazada menor pueda demostrar que es suficientemente madura para tomar la decisión de abortar por sí misma o que, a pesar de su inmadurez un aborto sería en su interés.

Y este pronunciamiento da paso a la siguiente sentencia que cambia el criterio hasta entonces mantenido. En Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey (1992) se confirma la norma que establecía la necesidad del consentimiento parental y procedimiento judicial alternativo. Señala que la norma está basada en la suficientemente razonable asunción de que los menores se beneficiarán de la consulta con sus padres y que los hijos a

²³⁵ Texto tomado de <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/462/416>

²³⁶ Texto de la sentencia en <http://openjurist.org/462/us/476/planned-parenthood-association-of-kansas-city-missouri-inc-v-ashcroft-ashcroft>

menudo no son conscientes de que sus padres cuidan en el fondo de sus mejores intereses. A nuestro juicio con buen criterio señala que como principio rector de esta cuestión, lo que hay que valorar desde el punto de vista constitucional, es si está en riesgo el derecho de la mujer a tomar la última decisión, no si existe un derecho a ser aislado de otros para hacerlo. Las normas que no hacen otra cosa que crear un mecanismo estructural por el que el Estado o los padres o tutores pueden expresar su profundo respeto por la vida del no nacido, están permitidos si no son un obstáculo sustancial para el ejercicio por la mujer del derecho a elegir²³⁷.

En Sudáfrica, la Ley y los Tribunales autorizan el aborto de menores, tal y como resulta de la sentencia de 24 de julio de 2004, en el asunto *Christian Lawyers' Association v. National Minister of Health and others*²³⁸, resuelto por el Tribunal Supremo, División Provincial de Transvaal. La Ley cuestionada permitía a todas las mujeres que tuvieran capacidad intelectual y emocional para prestar consentimiento informado, decidir si abortar o no. La Ley no hacía distinción basada en la edad, sino que la distinción se basa entre aquellas mujeres (incluidas las menores de edad) capaces para prestar consentimiento informado y aquéllas que no tienen tal capacidad. Dice el Tribunal que esta distinción es racional y justificable. Que cualquier individuo, con independencia de su edad, es capaz de prestar tal consentimiento, es una cuestión de hecho. El legislador ha dejado la determinación de la concurrencia de este hecho, en cada caso, al médico o comadrona a la que se ha solicitado un aborto. Además, la Ley establece que las chicas menores de edad sean alentadas para buscar apoyo y orientación parental. Nuevamente, queda en el aire la pregunta de por qué en otras decisiones no se reconoce la madurez de las adolescentes.

²³⁷El hecho de que sea constitucional introducir la exigencia de consentimiento parental no significa que eso sea lo que suceda en todo el país, la situación difiere según los Estados. Así, cabe distinguir entre Estados que exigen permiso parental (Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Carolina del Norte, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Tennessee y Wisconsin; estados que no exigen consentimiento de los padres: Alabama, California, Distrito de Columbia, Hawaii, Idaho, Illinois, Montana, Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Nuevo México, Nueva York, Oklahoma, Oregon, Vermont y Washington. Un tercer grupo de Estado exige sólo que los padres sean informados: Arkansas, Delaware, Georgia, Iowa, Minnesota, Nebraska, Dakota del Norte, Ohio, Dakota del Sur, Texas, Utah, Virginia y Virginia Occidental.

²³⁸Consultada el 4 de febrero de 2011 en http://ss1.webkreator.com.mx/4_2/000/000/00b/ae8/8.%20Christian%20Lawyers%20Association%20v.%20Minister%20of%20Health.%202004.pdf

Por su parte, en Gran Bretaña el caso más relevante es *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Health Authority* de 1986. La señora Gillick, una madre de diez hijos, inició un proceso judicial con el objetivo de impedir que los menores de 16 años fueran autorizados a tener control sobre sus embarazos sin el consentimiento de sus padres. Ganó en primera instancia, pero en la apelación ante la Cámara de los Lores, se decidió que la ley no reconocía ninguna norma de autoridad parental absoluta hasta una edad determinada y que ello permite tomar a los menores sus propias decisiones cuando alcanzan una inteligencia y comprensión suficiente para ser capaces de tomar una decisión²³⁹. Señaló que los médicos están obligados a animar a la joven a involucrar a sus padres, pero que deben también quedar satisfechos con que la joven entienda las implicaciones morales, sociales y emocionales de su decisión. Concluye diciendo que es en interés de la menor tener consejo anticonceptivo sin consentimiento de sus padres, puesto que tiene o puede tener, sexo sin protección tanto si recibe consejo como si no. Esta doctrina fue confirmada más recientemente en el asunto *Sue Axon v. The Secretary of State for Health*, [2006] EWHC 37²⁴⁰. En la sentencia se concluye que el personal sanitario tiene la obligación de proveer asesoramiento y tratamiento médico a menores, sin informar ni pedir el consentimiento de sus padres siempre y cuando la menor, aun teniendo menos de 16 años, a) tenga madurez suficiente para entender todas las consecuencias del tratamiento; b) que el personal sanitario no pueda persuadir a la menor para que informe a sus padres de que está siguiendo dicho tratamiento o, en su caso, permita al médico informarles; c) que sea muy probable que la menor entable o continúe practicando relaciones sexuales con independencia de sus sometimiento o no a algún tipo de tratamiento contraceptivo o contra enfermedades de transmisión sexual; d) que, en caso de no someterse al tratamiento, la menor pueda verse afectada en su salud física o psíquica; y e) que el interés de la menor aconseje la confidencialidad médica. El asesoramiento de las adolescentes se desplaza, por tanto, de los padres, a los médicos abortistas.

En la legislación española en su redacción originaria la solución, aunque dudosa, parecía inclinarse por la necesidad del consentimiento parental. En relación con esa normativa

²³⁹ Siguiendo esta decisión el Ministerio de Sanidad emitió nuevas orientaciones sobre la materia.

²⁴⁰ Texto en <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed1583>

anterior, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 531/1985, de 11 de abril, dijo: “En cuanto a la forma de prestar el consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el Derecho privado” (Fundamento 14). “Pero, ¿cuál es esa regulación del Derecho privado? No estaba nada claro el tema”²⁴¹. Tampoco quedaba resuelta la cuestión en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 que, literalmente establecía que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Añade la autora en el trabajo citado que “no cabe duda de que la redacción del precepto no ha ido acompañada de una reflexión de los problemas que se plantean en la práctica, ni de las importantes consecuencias e implicaciones de esta materia. Por un lado, el precepto acumula supuestos distintos: el consentimiento de la mujer para el aborto junto a la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida, para los que sí hay una regulación específica, pero que no es común para ambos casos”. Algunos autores consideraban que no era exigible la mayoría de edad: “creemos que la *aparente* (la cursiva es nuestra) exigencia de mayoría de edad para consentir la interrupción del embarazo se debe interpretar de forma más flexible e integrada con el resto de normas vigentes. Todo ello sin perjuicio de que sea conveniente que el legislador elimine la redacción confusa y poco afortunada de la normativa sanitaria vigente”²⁴², con lo que parece que la autora no estaba muy convencida de su propia interpretación. Tampoco daba una solución el Convenio de Oviedo, pues en su artículo 6.2 utiliza una fórmula abierta estableciendo que cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto o más determinante en función de su edad y grado de madurez.

²⁴¹ Parra Lucán, M. Á. *Dos apuntes en materia de responsabilidad médica*. Consultado en <http://www.ajs.es/RevistaDS/Extra/Vol11-22.pdf>

²⁴² De Lama Aymá, A. *La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad*. Pág. 15. Indret. Barcelona (2006). Consultado en www.indret.com

Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, la aplicación del artículo 9.4 implicaba que era exigible la mayoría de edad²⁴³. En apoyo de su tesis señalaban que el artículo 9.4 provenía del artículo 7.2.c) de la Proposición de Ley. En la tramitación parlamentaria el Grupo Parlamentario Mixto a instancia del Diputado Aymerich Cano, del Bloque Nacionalista Gallego, había presentado una enmienda para suprimir la alusión a la interrupción voluntaria del embarazo, enmienda que no prosperó²⁴⁴. Esta posición se vio reforzada por un pronunciamiento judicial. Estando en vigor la regulación anterior, a finales de 2004, el Colegio de Médicos de Cataluña aprobó una modificación en el artículo 59 de su Código Deontológico estableciendo que “el médico no practicará nunca ninguna interrupción del embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, en especial cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello que consiente. Cuando no exista esta capacidad, será necesario el consentimiento de las personas vinculadas responsables”. Impugnada esta redacción, se estimó el recurso por el Tribunal de Justicia de Cataluña en sentencia de 7 de abril de 2010 (EDJ 2010/31959), por resultar obvio que la regulación del Código Deontológico contravenía lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, pues impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de éste, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal. Por otra parte, se contiene una referencia inespecífica al consentimiento de "las personas vinculadas responsables", cuando el mismo sólo corresponde a los padres o tutores, según la remisión de la ley al régimen de la mayoría de edad.

Esta sentencia y la propia regulación de la LO 2/2010 que modifica en su disposición final segunda la redacción de la Ley 41/2002, suprimiendo en su artículo 9.4 la mención al aborto, ponen de relieve, cuál era la solución prevista hasta ese momento, es decir la exigencia de la mayoría de edad. Al margen de consideraciones jurídicas, la exigencia de mayoría de edad para someterse al aborto, de acuerdo con la legislación anterior, se

²⁴³ Osuna Carrillo de Albornoz. El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002 en *Cuadernos de Bioética*, 59. pág. 33 y también Beltrán Aguirre, J.L. Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad. *Revista Aranzadi Doctrinal* 11/2009. Editorial Aranzadi. Pamplona (2010) Consultado en www.westlaw.es

²⁴⁴BOCG, Congreso, Serie B, nº 134-14, de 27 de septiembre de 2001, Pág. 36.

confirma con la visita del barco abortista de la ONG «Women on Waves», según informaba el diario La Razón el 21 de octubre de 2008. En el citado buque se practicó un aborto a una menor de edad sin el consentimiento de sus padres. El barco, que opera bajo bandera holandesa, evita la legislación de los distintos países en los que recala navegando hasta aguas internacionales -12 millas de la costa- para practicar las interrupciones voluntarias. Según la legislación marítima, cuando una embarcación navega por aguas internacionales rige en ella la ley del país de origen, en este caso Holanda, donde no es necesario el permiso paterno para abortar.

El anteproyecto de LO 2/2010 permitía el aborto de menores de 16 años sin intervención de los padres. No obstante, se añadieron algunas cautelas, tomadas del Dictamen del Consejo de Estado 1384/2009. El alto órgano consultivo señala que los progenitores han de desempeñar "ex lege" las funciones inherentes a la patria potestad, que tal y como establece el artículo 154.1º del Código Civil, supone para los padres el deber o la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, y procurarles una formación integral, lo cual es conforme con lo que el artículo 39.4 de la Constitución establece. Por ello, se considera adecuado que con la finalidad de no postergar el ejercicio de dicha función, especialmente en lo que al aspecto educativo y de cuidado se refiere, se reconozca a aquellos el derecho a ser informados de la petición de su hija de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo. Cuando la embarazada fuera menor de dieciséis años, se estima conveniente atribuirle también el derecho a los padres a ser oídos por el facultativo sobre tal propósito, y especialmente sobre aquellos aspectos que puedan ser útiles de cara a que aquel pueda formarse un juicio adecuado sobre el grado de madurez de la menor. El régimen sería el siguiente:

- a) Menor de edad de menos de doce años que no sea capaz de entender intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención clínica, el consentimiento corresponde al representante legal.
- b) Menor de edad que sea capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención clínica, con al menos doce años cumplidos, el consentimiento corresponde al representante legal que debe haber escuchado previamente la opinión del menor.
- c) Menor emancipado, corresponde exclusivamente al menor prestar su consentimiento.

d) Menor con dieciséis años cumplidos. La decisión corresponde a la menor. Los padres tendrán no obstante derecho a ser informados de la decisión en las condiciones señaladas en los párrafos siguientes.

Considera igualmente que en la información que se da a la embarazada debe incluirse una advertencia para que la menor consulte con los titulares de la patria potestad o con sus representantes y escuche su consejo. Transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 14 y antes de la intervención, la menor habrá de completar el documento en el que conste su consentimiento con el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes afirme haber tenido información acerca de la intervención a la que se pretende someter y de la información que le fue facilitada en cumplimiento del artículo 17 del anteproyecto. En caso de desacuerdo prevalecerá siempre la voluntad de la menor. Si ésta expusiera fundadas razones que hicieran suponer que el hecho de informar a sus padres puede desencadenar un grave conflicto entre su decisión y la que pudieran eventualmente aconsejar los titulares de la patria potestad, será suficiente su declaración. En el caso de la menor no emancipada mayor de doce años y menor de dieciséis, cuando se constate el conflicto grave entre la voluntad de la gestante y la de sus padres o representantes legales, procederá la intervención judicial a tenor de lo previsto en el artículo 156 del Código Civil. Así se ha recogido en el punto cuarto del artículo 13. No obstante, todo dependerá del rigor con que se controle la aplicación de la Ley. Si no hay voluntad de velar por el cumplimiento de la norma, la cuestión no será si se cumplen las condiciones garantistas de la Ley, sino si cualquier menor, con independencia de su edad tiene acceso al aborto, sin consentimiento parental. Y como señala la sentencia del 251/2007, de 17 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, la profesión médica evoluciona muy rápidamente y en este momento la progresiva proletarización de una parte significativa de la profesión, la irrupción en el ámbito sanitario de organizaciones que se mueven en el marco de una ética estrictamente empresarial y competitiva o la falta de relación sostenida entre médicos y pacientes, son fenómenos que permiten dudar sobre la capacidad del facultativo de valorar la madurez del menor, que ve por vez primera en el servicio de urgencias, en el momento de la consulta o en la intervención.

En relación con esta cuestión, diversos autores se han mostrado favorables a la regulación actual. Así, se afirma que la regulación anterior atentaba contra el derecho del menor con madurez suficiente a tomar decisiones por sí mismo en el ámbito médico²⁴⁵. En el mismo sentido Lorenzo²⁴⁶ consideraba que exigir el consentimiento parental para el aborto de las menores de edad suponía “una vulneración de su derecho a la intimidad y al debido respeto a la autonomía de la voluntad de quien se enfrenta a un asunto tan decisivo para su futuro como es la continuación o no de un embarazo”. Incluso algunos, relativizando la importancia del aborto indicaban que si bien el menor de menos de 16 años no tiene madurez para consentir una operación de corazón, sí la tiene para prestar el consentimiento a tratamientos que revistan poca gravedad o riesgo, como tratamientos farmacológicos contra el acné, el vendaje de un esguince, administración de vacunas, la realización de radiografías, la exploración general, un análisis de sangre, una revisión ginecológica, etc. Y dentro de este último grupo incluye al aborto indicando que “no creemos que la interrupción del embarazo, practicado con todas las garantías sanitarias exigidas, revista hoy ningún riesgo para la menor, como tampoco lo reviste, como regla general, la continuación del embarazo”²⁴⁷. Y parece que manteniendo la tesis de que el embarazo es una especie de grave enfermedad, mientras la autora citada considera madura a la menor para abortar sin necesidad de consentimiento de sus padres, sostiene que no lo es para el caso de que pretenda continuar el embarazo en determinadas circunstancias: “existe un supuesto en que, en nuestra opinión, el deber de respetar la confidencialidad decae y es aquél en que, a pesar de tener capacidad para consentir, el menor actúa de forma que pone en grave riesgo su salud. Así sucedería cuando la menor decide no interrumpir un embarazo que puede agravar su situación médica” y “la situación de un embarazo con malformaciones graves del feto que la menor se niega a interrumpir. Cabe pensar aquí que la situación excepcional de tal embarazo sobrepasa la capacidad de la menor, por lo que estaría justificado comunicar el embarazo a los padres”. Claro que si los padres apoyan la decisión de la menor, entonces tampoco basta el consentimiento de aquéllos: “en el caso de que los médicos comunicasen el embarazo a los representantes y éstos no actuaran conforme al interés del menor, por ejemplo, apoyando la decisión de la menor que por

²⁴⁵Seuba Torreblanca, J.C. y Ramos González, S. Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Pág. 12. *Indret 2/2003* nº 138. Consultado en www.indret.com

²⁴⁶Laurenzo Copello, P. Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 7. Págs. 26 a 35.

²⁴⁷De Lama Aymá, A. *Op. cit.* Pág. 8.

convicciones religiosas decide no interrumpir un embarazo que pone en peligro su vida, se podría acudir a la autoridad judicial para que decidiera en beneficio de la menor y, en caso de urgencia, intervenir sin el consentimiento necesario”²⁴⁸. Es decir, hay que practicar el aborto a toda costa. No lo dice la autora, pero, siguiendo su razonamiento, si el Juez no autorizara el aborto, habría que imputarle por prevaricación.

Otro sector doctrinal consideraba que lo más coherente era exigir para las menores de edad civil un examen individualizado de su capacidad natural para consentir, máxime si se trata de mayores de catorce años, edad a la que se puede contraer matrimonio. “Esta interpretación suele criticarse alegando que el consentimiento de una menor puede viciarse con cierta facilidad, lo que resulta indiscutible. Sin embargo, en caso de conflicto de intereses entre la menor y sus representantes legales, se podría acudir a la figura civil del defensor judicial (artículo 162 del Código civil)”²⁴⁹. Dentro de este grupo intermedio, Santos²⁵⁰ entiende que el aborto es una modalidad de intervención quirúrgica, por lo que piensa que la mujer debe tener capacidad natural suficiente para entender y comprender las consecuencias de la intervención, sus riesgos y que la práctica del aborto implica la destrucción de la vida del feto. En los casos de indicación eugenésica y ética, la embarazada deberá poseer suficiente capacidad para contemplar el conflicto de intereses que está presente en dichos supuestos. De no gozar de dicha capacidad, ve dudosa la legitimación de los representantes legales para hacer que la mujer aborte en los casos de indicación eugenésica y en la ética. No así en los casos de aborto terapéutico en donde el conflicto que se plantea en el aborto se puede examinar objetivamente.

En nuestra opinión, la rebaja en la edad para abortar sin consentimiento paterno es, en el mejor de los casos, una opción del legislador y no una exigencia constitucional. Y al igual que se adoptan todo tipo de cautelas para que los padres no impidan a la menor de edad que aborte, también deberían establecerse mecanismos que garantizaran que tampoco le fuerzan a abortar. Salvo casos excepcionales (por ejemplo, que el embarazo se haya producido

²⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 14.

²⁴⁹ Molina Blázquez, C y Sieira Mucientes, S. *El delito de aborto, dimensión constitucional y penal*. Ed. Bosch. Barcelona. 2000. Página 105 y 106.

²⁵⁰ Santos Morón, M.J. *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos: honor, intimidad e imagen*. Escuela Libre Editorial. Madrid (2000).

precisamente por violación del padre o en situaciones de violencia doméstica), se protege mejor a la menor con la intervención de los padres.

4. Personas con discapacidad.- La LO 2/2010 hace constante mención de las personas con discapacidad. Establece en su artículo 5 punto 1 que los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales garantizarán la eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad. Este artículo es un ejemplo del voluntarismo que anima a la ley reconociendo y garantizando derechos ¿cómo pueden los poderes públicos garantizar el derecho de las personas con discapacidad a su salud sexual o reproductiva, es decir, un “bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad (...) así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras”, según la definición de las Conferencias de El Cairo y Beijing? Lo más que pueden hacer es garantizar prestaciones sanitarias.

Por su parte, el artículo 8.d) dispone que en los aspectos formativos de profesionales de la salud se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad. Añadiendo el artículo 9.f) que en la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad. Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Por su parte, la LTRHA establece en su disposición adicional quinta que con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de

reproducción humana asistida. Nuevamente, se trata de una disposición carente de contenido práctico. Parece que las discapacidades de carácter psíquico, al menos las que impiden la plena capacidad de consentir, excluirían a quienes las padecieran de ser usuarias. En cuanto a las discapacidades de carácter físico son tan numerosas y con tan diferentes grados que es imposible dar una regla general, aunque parece claro que los facultativos podrán negarse a practicar estas técnicas cuando una perspectiva clínica lo aconsejara. “Porque el deber principal de cuidados que asume el médico junto con otros deberes como consecuencia de la celebración de un contrato, aún cuando no haya contrato, se imponen al médico, ya que son deberes derivados de la propia naturaleza de la actividad médica”²⁵¹.

Obviamente, todo este catálogo de derechos, sólo se reconoce a partir del momento del nacimiento. Pues mientras no han nacido, pueden ser matados y, si no se les advierte a los padres de la situación del hijo no nacido, pueden reclamar por la pérdida de la oportunidad de abortar, como luego veremos. En este apartado, nos limitamos a referirnos a las limitaciones que en su libertad reproductiva pueden sufrir las personas con discapacidad.

4.1.- Esterilización.- Se plantea el problema de la esterilización no voluntaria de las personas con discapacidad. Se trata de una cuestión fuertemente controvertida, pues no en vano la legislación eugenésica a la que hemos hecho referencia establecía la esterilización de aquellas personas que podían transmitir rasgos indeseables.

En este sentido hay que recordar lo establecido en el artículo 6 del Convenio de Oviedo: “sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo” y añade que “cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización”.

²⁵¹Serna Meroño, E. Las técnicas de reproducción asistida: limitaciones para su práctica. *Derecho Privado y constitución* ° 26. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (2012) Pág. 301.

Por su parte el artículo 156 párrafo segundo del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, establece que

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

En relación con este tema se dictó Sentencia 215/94, de 14 de julio, por el Tribunal Constitucional, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona en relación con el artículo 428 del anterior Código Penal que autorizaba la esterilización de los declarados incapaces mediante solicitud de sus representantes. El auto de planteamiento consideraba que la posibilidad de esterilización contemplada vulneraba el artículo 15 de la Constitución en lo concerniente a la integridad física y moral. El procedimiento de origen comenzó con demanda formulada por los padres de una incapacitada aquejada de síndrome de Down, en la que solicitaban la esterilización de la misma mediante ligadura de trompas de Falopio. Dice el Tribunal Constitucional que “los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos” lo que tiene su apoyo en los artículos 10 y 49 de la Constitución y la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971. Considera que lo principal es determinar si las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, va precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz. La sentencia concluye diciendo que las garantías son suficientes porque el procedimiento se inicia a solicitud de los representantes legales, lo que excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización, la decisión corresponde al Juez, lo que garantiza que no existen intereses espurios de los referidos representantes, se exige la concurrencia de una deficiencia grave, lo que ha de acreditarse a través de los dictámenes de los especialistas y por la propia

exploración judicial del incapaz. Por último, se establece la intervención en el proceso del Ministerio Fiscal.

Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 15 señala el Tribunal que en su sentencia 120/1990 decía que mediante el derecho a la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Pero el admitir que los deficientes psíquicos no pueden prestar su consentimiento llevado

“a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico –y sobre todo una intervención quirúrgica ablativa- indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. La propia esterilización puede estar médicamente indicada a los señalados fines (...) quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el artículo 39.3 de la Constitución (...) La esterilización del incapaz (...) le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad y a su integridad moral (...) Si entendemos justificada la esterilización prevista en el inciso cuestionado en ambos sexos, en la mujer deficiente mental está aún más justificada para evitar unas consecuencias que, incomprensibles para ella, pueden dañar aún más su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo (...) Es claro que entre la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para conseguirla, hay esa necesaria proporcionalidad porque el resultado, ciertamente gravoso para el incapaz, no resulta desmedido para alcanzar en condiciones de seguridad y certeza la finalidad que se persigue”.

La sentencia contó con varios votos particulares. Los que realizaban una crítica más de fondo de la decisión fueron los formulados por Gabaldón López que considera que no puede ser suplida la incapacidad para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza. Concluye que la medida no guarda siquiera proporcionalidad y que la intervención judicial es limitada y puramente formal. Mendizábal, por su parte, entiende la medida próxima a la eugenesia. Estos votos

particulares aunque pueden parecer exagerados, no dejan de plantear una cuestión de fondo importante. Así, Ana Peláez, entonces Vicepresidenta del Comité de la ONU para la Discapacidad, en una entrevista concedida al diario El Mundo el 22 de marzo de 2009, consideró “la esterilización de adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual, una mutilación que se practica como método anticonceptivo”. Y es que las garantías procedimentales son una condición necesaria pero no suficiente. Si las convicciones sociales dominantes no consideran que la dignidad corresponde a todo ser humano por el hecho de serlo, caben toda serie de abusos, pese a las garantías formales. La sentencia *Buck v. Bell*, antes mencionada, es un claro ejemplo de ello. No obstante, y siempre que se contemplen las garantías de procedimiento exigidas por el Tribunal Constitucional “y, mientras no se desarrollen procedimientos anticonceptivos menos lesivos, puede defenderse su justificación moral desde una perspectiva teleológica”²⁵².

Como señala Canosa “se tiene la impresión de que nuestro Tribunal acierta en la decisión, pero no llega a ella mediante un razonamiento irreprochable, acaso porque lograrlo no era sencillo, habida cuenta de lo delicada de la situación prevista en la norma cuestionada. Se trata, sin duda, de uno de esos casos difíciles en los que cualquier solución adoptada no resulta ni rotunda ni incontrovertible”²⁵³. Considera este autor que el Tribunal Constitucional, primero analiza los requisitos establecidos para exonerar de responsabilidad penal por esterilización de un incapaz, para después llevar a cabo la ponderación entre derechos. Hubiera sido preferible hacerlo al revés, es decir, preguntarse primero si la integridad física del incapaz podría ceder y ante qué derechos y bienes constitucionales y después examinar los requisitos establecidos como garantía

Insistimos en el respeto escrupuloso de las garantías porque puede que en la práctica no lo sean tanto. Así, la Audiencia Provincial de Madrid condenó por la esterilización de una menor que padecía un síndrome de Down a petición de su madre, pero sin autorización judicial, al cirujano que realizó la operación y al Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital por un delito de lesiones. Dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero de 2002. No entra a valorar la falta de la

²⁵² Ayllón J. Biotecnología y dignidad humana en el ámbito de la jurisprudencia. *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. N. Martínez Morán (Coord). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2003). Pág. 97.

²⁵³ Canosa, R. El derecho a la integridad personal. Editorial Lex Nova, Valladolid (2006) Pág. 227.

autorización judicial, pero absuelve a los dos condenados. Al que practicó la intervención quirúrgica porque no puede considerarse una exigencia obligada para el cirujano encargado de practicar una intervención quirúrgica que, antes de hacerlo, deba comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para llevarla a cabo (entre ellos el de la autorización judicial en estos casos). Y al otro imputado por la insuficiencia de los hechos probados: *“Para enjuiciar debidamente el caso -hemos de reconocerlo- hubiera sido preciso que se describiese detalladamente la estructura y organización del Hospital, las funciones de los Jefes de Departamento y de los Jefes de Servicio o Unidad, la Sección del mismo donde fue atendida la joven incapaz, el proceso seguido en ella, los facultativos que la atendieron, sus actuaciones y decisiones, quién dio la orden de intervención, etc. Nada de esto consta en la resolución combatida”*. Aunque el razonamiento de la sentencia no es disparatado, cabe la duda de si la absolución se hubiera producido ante el mismo error médico con una persona capaz.

Un problema que cabe plantearse y que a diferencia de la esterilización no está regulada expresamente, hace referencia al hecho de que la mujer incapacitada quede embarazada y el padre o tutor pretendan que aborte. El artículo 271 del Código Civil no recoge entre los supuestos en los que el tutor precisa de autorización judicial este caso. De hecho, el mencionado precepto se refiere siempre a actos relativos al aspecto patrimonial de la tutela, excepto el relacionado en primer lugar relativo al internamiento del tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. Parece que el aborto no se podría practicar si no es con autorización judicial con intervención del Ministerio Fiscal.

Otra cuestión es qué ocurre en caso de una esterilización fallida de una persona con discapacidad. Sólo hemos encontrado un precedente en el caso *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, resuelto en Gran Bretaña por la Cámara de los Lores el 16 de octubre de 2003²⁵⁴. Karina Rees es una mujer soltera que padece retinitis pigmentosa, que le produce ceguera en un ojo y tiene muy limitada la visión en el otro. En 1995 había dejado el trabajo debido a su discapacidad y se sometió a una esterilización porque pensaba que su falta de visión le impedía cuidar de un hijo. Las trompas de Falopio no fueron

²⁵⁴Consultado <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-1.htm>

debidamente ligadas y en 1997 dio a luz a un niño. Reclamó por los gastos extra que le suponía el cuidado de su hijo (completamente sano), como consecuencia de su discapacidad. La Cámara de los Lores rechazó la petición pero le otorgó una indemnización de 15.000 libras para compensar los daños del embarazo y el parto y la pérdida de la oportunidad de vivir la vida tal y como había decidido.

4.2. Portadores de enfermedades genéticas.- Haremos aquí referencia a las limitaciones que se imponen a estas personas en el ejercicio de su libertad reproductiva. El caso más llamativo es el de la Ley china de Asistencia Sanitaria materno-infantil, de 27 de octubre de 1994²⁵⁵. Establece en su artículo 12 que todas las parejas deben obtener un certificado prematrimonial antes de solicitar la licencia de matrimonio. De acuerdo con el artículo 8 este certificado acredita que la pareja se ha sometido a pruebas con el fin de detectar enfermedades genéticas graves, enfermedades infecciosas y enfermedades mentales graves. Si se produce un embarazo, el médico puede imponer el diagnóstico prenatal en el caso de que pareja o sus ascendientes hayan padecido enfermedades de las indicadas anteriormente, hubiese tenido ya descendencia afectada de alguna anomalía, o el propio embarazo fuera calificado como de riesgo. En el supuesto de que el feto presente alguna anomalía, el médico debe orientar a la pareja sobre la posibilidad de practicar un aborto o someterse a una esterilización. Por su parte, el artículo 16 dispone que si el médico sospechara que una pareja casada en edad de posible paternidad padece una enfermedad genética grave, dará orientación médica a la pareja y ésta tomará medidas de acuerdo con dicha orientación. Añade el artículo siguiente que el médico hará un diagnóstico prenatal si detectara o sospechara una anomalía en el feto después de efectuar una revisión previa al nacimiento.

El tenor literal de la norma deja pocas dudas sobre su carácter coercitivo. Son obligatorios los tests médicos prenupciales y el prenatal cuando lo considera necesario el médico. Por último, ni el uso de las palabras “orientar” y “posibilidad” pueden enmascarar la realidad de que en el caso de detectarse anomalías se practica la esterilización o el aborto contra la voluntad de las personas. Seguramente, no existe en el mundo una norma que suponga una violación más flagrante de la libertad reproductiva. Se priva a las mujeres y a las parejas de

²⁵⁵Consultada en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2292/17.pdf>

su libre decisión que es adoptada por el médico de acuerdo con los postulados eugenésicos de la Ley. En el caso de la esterilización y el aborto forzosos, además se vulnera la dignidad de las personas y su derecho a la integridad física y moral.

No existen denuncias acerca de esta norma del Estado chino ni por parte de las grandes ONG defensoras de los derechos humanos, ni de los grupos feministas, ni de la ONU o de ninguna de sus Agencias. Y es que “la Ley china sobre cuidado materno infantil (...) se ha justificado a la luz de las estrictas curvas de crecimiento de la población china, que sólo permiten a la mayoría de las familias tener un hijo”²⁵⁶. Un nuevo maridaje del malthusianismo y la eugenesia. Las pocas críticas son más bien tibias: “Tenemos la impresión de que ni siquiera las especiales circunstancias de China necesitan o justifican las exigencias coercitivas que establecen las disposiciones más controvertidas de la Ley”²⁵⁷ e, incluso bastante comprensivas: “uno de los países cuya legislación refleja que el consejo genético ha de ser directivo, es la Ley sanitaria materno-infantil de la República Popular China. Es comprensible, puesto que la política estatal china radica en reducir la natalidad y aumentar la calidad de la misma”²⁵⁸.

Mayor aceptación ha tenido la legislación chipriota con el fin de atajar la talasemia²⁵⁹. Dicha enfermedad genética exigía dedicar el 50% de la sangre donada a su tratamiento y absorbía el 20% del presupuesto farmacéutico. Se estableció la necesidad de someterse a una prueba genética con carácter obligatorio antes del matrimonio, “debiendo los miembros de la pareja acreditar únicamente que se han sometido a las pruebas correspondientes y que conocen sus resultados mediante un certificado prenupcial; este procedimiento ha sido aceptado por la Iglesia chipriota”²⁶⁰. Pero de la misma no se sigue exigencia alguna, ni siquiera la obligación de realizar diagnóstico prenatal. La única persona que conoce el resultado del diagnóstico es el propio interesado –quien es libre de comunicárselo al otro

²⁵⁶ Buchanan y otros. *Op. cit.* Pág. 321.

²⁵⁷ *Ibidem.*

²⁵⁸ Emaldi Cirión. *Op. cit.* Pág. 321.

²⁵⁹ La talasemia es un trastorno hereditario que afecta la producción de hemoglobina normal (un tipo de proteína de los glóbulos rojos que transporta oxígeno a los tejidos del cuerpo). La talasemia incluye varias formas diferentes de anemia.

²⁶⁰ Romeo Casabona, *Los genes...* Pág 149.

miembro de la pareja-, la iglesia ortodoxa, por contra, no tiene conocimiento de aquél y por tanto, no interfiere en la decisión de la pareja a la hora de contraer matrimonio.

El Convenio de Oviedo, por su parte, establece tras la prohibición de cualquier forma de discriminación de una persona por motivo de su patrimonio genético, que la realización de análisis genéticos predictivos de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad sólo podrán realizarse con fines médicos o de investigación médica y en el contexto de un consejo genético apropiado.

Plantea Emaldi²⁶¹ la cuestión de si en aras a la promoción de la salud se puede obligar a un sujeto a someterse a ciertas pruebas genéticas predictivas, o si por el contrario, se ha de atender a su voluntad de decisión en todo caso. Se han de tener presente, dice la autora, tres principios éticos fundamentales: la autonomía del paciente por la cual decidirá si quiere o no someterse a ciertos tratamientos; el principio de beneficencia entendido éste como la imposición al paciente de una serie de prácticas por considerar que van a redundar en su propio beneficio y el principio de justicia o igualdad de acceso a los servicios sanitarios en un tratamiento médico, como es el proceso del consejo genético; concluye que el principio de autonomía de la voluntad del paciente debe primar hasta el punto de poderse plantear la contraposición, entre la autonomía del paciente y su salud. Más adelante, afirma que no puede obligarse a las personas a someterse a análisis genéticos prenatales porque en primer lugar, algunas técnicas tienen carácter invasivo, lo que podría lesionar la vida de la mujer, la del feto o la de ambos. Además, pueden preferir no conocer su condición de portadores porque de conocerlo, podrían verse influenciados a no llevar el embarazo a término, por lo que se estaría, a su vez, vulnerando su derecho a procrear. Sólo considera aceptable algunas excepciones: los análisis preconceptivos que se deben realizar en los gametos provenientes de donantes con el fin de evitar que los mismos transmitan ciertas patologías cuando se utilicen en las técnicas de reproducción asistida (que si se admite la técnica no plantea ningún problema, pues no es obligatorio ser donante), los análisis preimplantatorios, que, son de obligado cumplimiento antes de ser transferidos al útero, con el fin de confirmar que

²⁶¹ Emaldi Cirión, A. *Op. cit.* Pág. 22.

cumplen con las debidas garantías de viabilidad (que plantea más problemas, dado que con la nueva Ley el diagnóstico no se limita a la comprobación de la viabilidad, sino a la selección de los más aptos) y las pruebas genéticas para un diagnóstico postnatal a un recién nacido como la fenilcetonuria o la Hepatitis B, que se practican a los recién nacidos, con la intención de que si se dan resultados positivos, se les pueda someter a tiempo a un tratamiento paliativo o, incluso, curativo (que, obviamente, no plantean objeción).

A nuestro juicio, en principio, el sometimiento a un diagnóstico genético debería ser voluntario, pues lo contrario vulneraría gravemente el derecho a la intimidad y el llamado “derecho a no saber” reconocido en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 que establece que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada sobre cualquier actuación médica que se le realice en el ámbito de la salud. Cuando existan graves razones de salud pública entendemos que el derecho a la intimidad debe ceder y pueden imponerse obligatoriamente estas pruebas, si bien consideramos que el asesoramiento posterior no debe ser directivo, y no pueden imponerse otras actuaciones posteriores como en el caso chino.

Una cuestión distinta es la de que personas portadoras de una discapacidad de origen genético pretendan, mediante un diagnóstico genético preimplantacional, seleccionar aquellos embriones que tengan la misma condición para su transferencia al útero de la madre en fecundación in vitro. Esto se ha planteado respecto de la sordera de origen genético y la acondroplasia. En relación con la sordera es conocido el caso de Sharon Duchesneau y Candy Mc Cullough, ambas sordas y que mantenían una relación afectiva. Intentaron obtener en varias clínicas de reproducción asistida semen de un donante sordo y fueron rechazadas. Finalmente, Duchesneau quedó embarazada con el semen que un amigo sordo y con cinco generaciones de sordera en la familia²⁶². El 11 de marzo de 2008, el diario El País informaba de un matrimonio británico sordo, que habían tenido un hijo sordo de forma natural y que, dada la edad de la mujer pretendía, para tener otro hijo, acudir a la fecundación in vitro y, con ello, seleccionar los embriones que tuvieran el gen de la sordera. Declararon que “ser sordo no significa una discapacidad o ser médicamente incompleto,

²⁶²La historia está tomada de la versión digital del diario The Guardian de 8 de abril de 2002. <http://www.theguardian.com/world/2002/apr/08/davidteather>

significa formar parte de una minoría lingüística. Estamos orgullosos, no del aspecto médico de la sordera, sino del lenguaje que utilizamos en la comunidad en que vivimos”. La petición fue rechazada. En principio, esta posibilidad no estaría contemplada en nuestro ordenamiento. No obstante, el artículo 12.2 de la LTRHA permite la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, si bien requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso. Nuestra valoración respecto de esta posibilidad es negativa. Una cosa es el respeto debido a las personas con discapacidad, incluso para los no nacidos y otra, otorgar un derecho a los padres para que seleccionen determinadas características, seas éstas las que sean. Respecto del caso mencionado Marlee Matlin, la única actriz sordomuda ganadora de un Oscar por *Hijos de un Dios Menor*, dijo que “es probablemente importante que Dios tome estas decisiones en lugar de nosotros. Siempre habrá niños sordomudos para adoptar. Cada día nacen más de treinta niños sordomudos en Estados Unidos, 12.000 cada año. Creo que no es necesario crear de forma deliberada más casos”²⁶³. No obstante, sostiene Alkorta, en opinión que compartimos plenamente, que es dudoso que la barrera de las indicaciones terapéuticas para evitar usos desviados de los diagnósticos prenatales tal como está diseñada en el ordenamiento español, aguante el embate de las compañías biotecnológicas²⁶⁴.

5. Reclusos.- La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión es que las personas encarceladas no pierden los derechos que les garantiza el Convenio tras ser declaradas culpables y sentenciadas, y que continúan gozando de todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio excepto el derecho a la libertad. No obstante, también señala que toda pena de prisión tiene algunos efectos en el normal desarrollo de la libertad y supone inevitablemente unas limitaciones y controles del ejercicio de los derechos que garantiza el Convenio. Se trata de determinar en cada caso, si las restricciones, por su naturaleza y alcance, son compatibles con el Convenio. Con carácter general, el Tribunal considera que cuando está en juego un aspecto particularmente

²⁶³Diario ABC del 14 de abril de 2002.

²⁶⁴*Op. cit.* Pág. 328.

importante de la existencia o identidad de una persona (tal como la elección de ser padre genético), el margen de apreciación del Estado es por lo general restringido. Como luego veremos al analizar sentencias de este Tribunal que afectan a la reproducción, matiza la afirmación anterior, señalando que cuando no existe un consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, tanto sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, en particular cuando el asunto plantea cuestiones o implica elecciones complejas de estrategia social, el margen de apreciación es más amplio. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades internas se hallan en principio mejor situadas que el Juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública. En tal caso, el Tribunal respeta generalmente la elección política del legislador, a menos que haya «un fundamento manifiestamente irrazonable». Por eso, en relación con la autorización a los reclusos de las visitas de sus parejas en condiciones que les permitan mantener relaciones sexuales (y ejercer su libertad procreativa), aunque más de la mitad de los Estados que reconocen la jurisdicción del Tribunal autorizan este tipo de visitas (sin perjuicio de ciertas restricciones) y si bien éste ha expresado su aprobación ante la evolución observada en varios países de Europa en este sentido, todavía no ha llegado a interpretar que el Convenio exija a los Estados Contratantes que organicen tales visitas. De hecho, en el asunto *Aliev v. Ucrania*²⁶⁵, de 29 de julio de 2003, desestimó la demanda en cuanto a la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que protege la vida privada personal y familiar) por haber sido privado de la posibilidad de mantener relaciones sexuales con su esposa durante las visitas de ésta. Entendió que mientras la pena privativa de libertad supone, por su propia naturaleza, una limitación de la vida privada y familiar, es una parte esencial del derecho del preso al respeto a su vida familiar, que las autoridades penitenciarias le ayuden en mantener un contacto efectivo con sus familiares más cercanos. Al mismo tiempo, el Tribunal reconoce que algún tipo de medida de control de los contactos de los presos con el mundo exterior es necesario y no en sí mismo incompatible con el Convenio. Y concluye que aunque muestra su aprobación a los movimientos de reforma en los países europeos en el sentido de mejorar las condiciones de prisión para facilitar los contactos conyugales, considera que el rechazo de tales visitas pueden considerarse como justificadas por la necesidad de prevenir el desorden y el delito dentro del sentido del segundo párrafo del artículo 8 del Convenio.

²⁶⁵ Texto consultado en <http://echr.ketse.com/doc/41220.98-en-20030429/view/>

Sin embargo y en un bandazo en su doctrina que es muy propio de este Tribunal, el criterio fue diferente en cuanto al acceso de un preso a la inseminación artificial de su pareja. Se trata del caso *Dickson v. Reino Unido*²⁶⁶, de 4 de diciembre de 2007. Los demandantes habían nacido en 1972 y 1958, respectivamente. El primer demandante cumplía una pena de prisión y la segunda demandante se encontraba en libertad. El primer demandante fue declarado culpable de asesinato y condenado a cadena perpetua, con un período mínimo punitivo de quince años. No se consideraría su posible puesta en libertad antes de 2009. No tiene hijos. En 1999 conoció a la segunda demandante, estando ella también en prisión, a través de una red de amistad por correspondencia de la prisión. Ella fue puesta en libertad. En 2001 los demandantes contrajeron matrimonio. La segunda demandante ya tenía tres hijos fruto de otras relaciones. Como los demandantes deseaban tener un hijo en común, solicitaron la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial. Invocaron la duración de la relación y el hecho de que, dada la fecha posible de liberación más temprana del primer demandante y la edad de la segunda demandante, no era probable que pudiesen concebir un hijo sin recurrir a la inseminación artificial.

La petición fue rechazada por las autoridades penitenciarias británicas, pese a que en la fecha más cercana en la que el marido podía quedar en libertad, la mujer tendría 51 años. El rechazo de la petición se fundamentó valorando los siguientes aspectos previstos en la norma: a) su relación comenzó cuando ambos estaban en prisión y no se había probado en un entorno normal de vida cotidiana. Era imposible evaluar racional y objetivamente si su relación perdurará tras su puesta en libertad, b) preocupaba el hecho de que el entorno de que gozaría cualquier hijo que pudiera ser concebido, era insuficiente para que pudieran satisfacerse sus necesidades materiales de forma independiente. Además, parecía que no existe una manera de proporcionar un apoyo inmediato a la madre y al hijo que pudiera venir al mundo; c) el hecho de que este hijo estaría sin su padre durante una parte importante de sus años de infancia era también motivo de honda preocupación; d) por último y, pese a reconocer los progresos hechos por el recluso, dada la gravedad del delito por el que fue condenado, se consideró que podría existir una preocupación social legítima

²⁶⁶ Versión descargable en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2204926-2350295#%22itemid%22:\[%22003-2204926-2350295%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2204926-2350295#%22itemid%22:[%22003-2204926-2350295%22]})

de que se burlaran los elementos punitivos y disuasorios de su pena de prisión si se le permitiera concebir un hijo mediante inseminación artificial durante su estancia en prisión. Pese a que la Sala de Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la política aplicada por el Reino Unido perseguía unos objetivos legítimos y que se aplicaba examinando las circunstancias concurrentes en cada caso, de acuerdo a unos criterios que consideró que no eran arbitrarios ni irrazonables, los actores recurrieron y la Gran Sala revisó la sentencia. Consideró que la política del Reino Unido en este tema, tal y como está estructurada, excluye concretamente todo sopesamiento real de los intereses públicos y privados concurrentes e impide la valoración que exige el Convenio de la proporcionalidad de una restricción en un caso concreto. Se ha impuesto a los demandantes una carga exorbitante en lo que respecta a la prueba del «carácter excepcional» de su causa al presentar su solicitud de inseminación artificial. Y aunque está de acuerdo en que la política no supone una prohibición global, lo cierto es que hay escasas peticiones de reclusos en tal sentido y sólo unas pocas se autorizan: desde 1996 se habían presentado veintiocho peticiones de inseminación artificial, doce no fueron mantenidas, una fue retirada porque los interesados habían roto, un solicitante obtuvo la libertad condicional y dos seguían pendientes. De las doce solicitudes restantes, tres fueron concedidas y nueve denegadas. Concluye que la falta de tal evaluación sobre una cuestión de gran importancia para los demandantes sobrepasa todo margen de apreciación aceptable, de forma que no se mantiene el equilibrio justo entre los intereses públicos y los intereses privados. Por consiguiente, ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

Uno de los votos de los magistrados discrepantes pone de manifiesto la contradicción entre los dos pronunciamientos citados: “Tal y como subraya la sentencia, un número creciente de Partes Contratantes autoriza las visitas conyugales en las prisiones, sin perjuicio de las distintas restricciones. Sin embargo, el Tribunal, en su jurisprudencia, no interpreta que los artículos 8 y 12 exijan a los Estados contratantes organizar tales visitas. No vemos cómo se puede decir que los presos no tienen derecho a visitas conyugales pero, por el contrario, pueden reivindicar la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial. He ahí no solamente una contradicción sino además una restricción al amplio margen de apreciación de que gozan (y deben gozar) los Estados en la materia”.

En España, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en su Sentencia 89/1987, de 3 de junio, que resuelve un recurso de amparo interpuesto solicitando que se reconociera el derecho de los reclusos internados en determinado establecimiento penitenciario y sometidos al régimen previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a disfrutar de las comunicaciones especiales con sus familiares y allegados íntimos, en ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18 de la Constitución. Analizaremos esta sentencia más adelante en detalle. Ahora sólo indicaremos que desestima el recurso, pues no acepta la premisa del recurrente de que el derecho a tener comunicaciones especiales forma parte integrante de los derechos fundamentales que se citan. Dice la sentencia que “la sexualidad sea parte de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente”.

III. MODALIDADES DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA

El contenido de la libertad reproductiva supone un conjunto de facultades que se integran en una libertad negativa y en otra libertad positiva. El concepto de libertad positiva y negativa es ambiguo y puede tener varios significados. Así, puede decirse que existe libertad negativa cuando otros no actúan para restringir la libertad de una persona, y positiva cuando el titular puede exigir que otros actúen de diversas maneras necesarias para permitir a la persona ejercer la libertad. Este sentido tiene especial interés en lo que a las técnicas de reproducción asistida se refiere, pues se ha planteado si el Estado tiene que abstenerse de restringir determinados usos o incluso si el individuo tiene derecho a que se le garantice el acceso a estas técnicas si así lo desea. Aquí, sin embargo, utilizaremos estas expresiones en el sentido que suele hacerse, por ejemplo y entre otros, respecto de la libertad de asociación; es decir, hablaremos de libertad positiva, cuando se trata de la decisión de un individuo o pareja de reproducirse y de libertad negativa cuando la decisión es la contraria. Estas dos vertientes de la libertad reproductiva han venido a complicarse

con el desarrollo de diversas técnicas médicas de reproducción desarrolladas en el último tercio del siglo XX. Todo ello permite incluir dentro del concepto que nos ocupa, la decisión de tener hijos o no, con quién y por qué medios, la de cuándo tener hijos, cuántos hijos tener o qué tipo de hijos tener.

Analizaremos ambas modalidades, ya que, hay que tener en cuenta que “la novedad de los llamados derechos reproductivos no se debe tanto a la afirmación de su existencia, cuanto a las dimensiones de su contenido. No cabe, pues hablar de derechos reproductivos de manera indiscriminada, sin precisar a qué facultades o poderes jurídicos de actuación nos estamos refiriendo”.²⁶⁷ Esta determinación del contenido tiene que ver también con la interpretación en materia de derechos fundamentales formulados como principios, es decir como mandatos de optimización de determinados valores y en la que se “debe dar respuesta a dos interrogantes: primero ¿qué debe optimizarse?; segundo ¿hasta dónde debe llegar la optimización?”²⁶⁸.

La libertad negativa implica, por tanto, el derecho a no tener hijos, bien mediante la abstinencia sexual, la práctica del acto sexual durante el período infértil de la mujer, el uso de anticonceptivos, la esterilización, el aborto o la negativa por parte de uno de los miembros de la pareja a la transferencia de embriones ya constituidos y una libertad positiva, que implica el derecho a tener hijos, cuya formulación parece igual de simple que la libertad negativa, pero cuyo contenido y límites es mucho más difuso. En efecto, el contenido negativo está mucho mejor definido. No en vano los aspectos que comprende la misma (en particular, los anticonceptivos y el aborto) han sido objeto de debate en los países desarrollados durante largo tiempo y la “libertad reproductiva” es, como hemos visto, un concepto que ha surgido en el ámbito de las Conferencias Mundiales sobre Población que persiguen contener el crecimiento demográfico.

1.- Libertad negativa.-

²⁶⁷ Vega Gutiérrez, A. M. *Op. cit.* Pág. 32.

²⁶⁸ Díez Picazo, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2005). Pág. 48.

1.1- La abstinencia sexual.- No es más que un comportamiento personal, una manifestación más de la multiplicidad de conductas que la libertad hace posibles, siguiendo la terminología del Tribunal Constitucional. Tiene, sin embargo, relevancia desde el punto de vista de la salud pública en la prevención del SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, lo que conecta la cuestión con el derecho a la protección de la salud. Según los datos de ONUSIDA²⁶⁹, se estima que en 2009 había más de treinta y tres millones de personas afectadas, de las que dos millones seiscientos mil se habían infectado ese año y se habían producido un millón ochocientos mil muertes atribuibles al SIDA. El 27 de noviembre de 2004 más de 150 especialistas sobre el tema procedentes de 36 países publicaron en la prestigiosa revista médica *The Lancet* un artículo titulado *The time has come for common ground on preventing sexual transmission of HIV*²⁷⁰. En lo que aquí nos interesa, los expertos dicen que los programas de prevención deben utilizar el enfoque ABC (abstinencia, fidelidad –be faithful- y condón) utilizando cada uno en función de la población a la que se dirigen. Curiosamente, en las estrategias al uso en muchos países, incluido el nuestro, las dos primeras opciones ni siquiera se mencionan. Una de las apelaciones que se hacían en el documento publicado en *The Lancet* era precisamente a evitar la polarización y en este caso, la polarización parece haberse producido entre la A y la C, olvidándose del efecto benéfico que, desde el punto de vista epidemiológico tiene la B²⁷¹. Por otra parte, no tiene sentido oponer A con C, porque la abstinencia no se plantea como un rechazo de las relaciones sexuales para siempre, sino que se trata de conseguir un retraso en el inicio de las relaciones sexuales. Por otra parte, las campañas que promueven el preservativo como “sexo seguro” pueden tener un efecto no deseado, dado que, si bien es cierto que el condón sí tiene un efecto preventivo, éste no es absoluto. Según señala López del Burgo²⁷², que cita la revisión Cochrane de Oxford, el preservativo produce una reducción relativa del riesgo del 80%. Explica la autora que esto no significa que haya un 20% de fallos. Explica que basándose en la mejor evidencia disponible, de 100 parejas con relaciones sexuales a lo largo de un año y donde hay una persona infectada y otra que no lo está, se contagiarían 5’7. De utilizarse el preservativo siempre y correctamente (es decir

²⁶⁹http://www.unaids.org/documents/20101123_GlobalReport_Annexes1_em.pdf

²⁷⁰ [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(04\)17487-4/fulltext#](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(04)17487-4/fulltext#)

²⁷¹ Según el artículo publicado en *British Medical Journal* (BMJ 328, -2004-891-893) de Shelton, J. D. et al. titulado *Partner reduction is crucial for balanced ABC approach HIV*, la reducción de parejas sexuales es crucial para frenar la transmisión sexual del SIDA.

²⁷² López del Burgo, C. Prevención equitativa del SIDA, en *Cuadernos de Bioética* n° 67. Murcia. 2008. Pág. 549.

que el preservativo sea de buena calidad y se use en la forma ideal), este riesgo se reduciría en un 80%, es decir, se infectarían 1'14. Las campañas de sexo seguro unidas a la invitación a vivir la sexualidad de forma lúdica y despersonalizada, suponen algo equivalente a que se animara a los ciudadanos a usar el coche como una forma de disfrute con la condición de que se use el cinturón de seguridad como forma de evitar los accidentes. El cinturón de seguridad ayuda a limitar de forma importante las muertes y las heridas graves, pero en ningún caso otorga seguridad absoluta. Normalmente, se objeta la falta de realismo de promover la opción por la abstinencia (entendida en el sentido antes apuntado de retraso en el inicio de las relaciones sexuales) entre los jóvenes. Sin embargo, en la Encuesta de salud y hábitos sexuales realizada por el INE en 2003²⁷³, los jóvenes entre 18 y 29 años que habían mantenido relaciones sexuales antes de los 16 años sólo eran el 13'06%; aunque pueda concederse que ese porcentaje haya aumentado en los años transcurridos, no puede hablarse de una opción mayoritaria. El problema es que las campañas a favor del uso del preservativo se destinan indiscriminadamente a toda la población, tanto a un chico o chica de 14 años, como a las personas que se dedican a la prostitución o mantienen una vida sexual promiscua. Como ha señalado el doctor Jokin de Irala²⁷⁴, a pesar de haberse encontrado evidencias científicas de que el consumo moderado de alcohol es beneficioso para algunos varones, se recomienda no anunciar a la población que "el alcohol es bueno para la salud" porque podríamos asistir a problemas colaterales debido a su consumo inadecuado o abusivo, como un aumento de los accidentes de tráfico en jóvenes, del alcoholismo o de cirrosis. Por el contrario, se recomienda que su efecto beneficioso se transmita mediante un canal de comunicación personal, del profesional sanitario al paciente concreto. Sin embargo, en el caso del preservativo se mantiene una estrategia indiscriminada, (costosa por otra parte), pese a su fracaso, como pone de evidencia la extensión de las enfermedades de transmisión sexual y el número de abortos. En el citado anteriormente informe *Violencia contra las mujeres. Piloto tamizado de detección en consulta para la interrupción voluntaria del embarazo*²⁷⁵, se reconocía que de las mujeres observadas y que habían acudido a procurarse un aborto cerca del 50% (49'09 en relaciones estables y 55'93 en relaciones esporádicas) había utilizado el preservativo en

²⁷³ No hay, salvo error u omisión por nuestra parte, datos posteriores. Consultado el 5 de enero de 2010. en

<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t15/p455/a2003/p01/10/&file=10007.px&type=pcaxis>

²⁷⁴De Irala, J. *Los silencios en la prevención del sida*. (2005). Consultado en <http://www.aceprensa.com/articulos/los-silencios-en-la-prevenci-n-del-sida/>

²⁷⁵Consultado en http://www.telefonica.net/web2/webbrujas/Violencia/Informe_IVE_Violencia.pdf

sus relaciones sexuales. En los países en los que se ha aplicado la estrategia ABC, como Uganda, ha resultado ser un éxito. En el informe que el país formula a ONUSIDA se afirma que en el período 1992-2000 tuvo lugar un descenso en la prevalencia e incidencia del SIDA, especialmente en áreas urbanas. El descenso se atribuyó al incremento de la edad de inicio de las relaciones sexuales, a la reducción de parejas sexuales fuera del matrimonio y al incremento del uso del condón. El informe no puede ser más aséptico en cuanto que no da prevalencia a ninguna de las estrategias. De hecho, muchos críticos han negado que los buenos resultados se deban a una de ellas. Pero lo llamativo es que prácticamente sólo en ese país se ha implementado la estrategia en su conjunto y, por lo tanto, patrocinado la abstinencia y la fidelidad, mientras que en el resto, donde no ha habido disminución de la incidencia de la enfermedad, las campañas de salud se han centrado exclusivamente en el uso del preservativo.

Una reflexión parecida a la realizada respecto de la abstinencia como manifestación de la libertad reproductiva, puede decirse respecto del uso de los llamados métodos naturales de fertilidad. Como hemos visto, en la Conferencia de Beijing se acordó prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos. Se trata de una asignatura pendiente.

1.2- Los anticonceptivos.- En sus distintas variantes y destinatarios están ampliamente aceptados. Hasta el 7 de octubre de 1978 los anticonceptivos estuvieron prohibidos en España. El Código Penal (Decreto de 14 de septiembre de 1973) castigaba en su artículo 416 a los poseedores de título facultativo o sanitario que indicaren medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de evitar la procreación, al fabricante o negociante que los vendiere a personas no pertenecientes al cuerpo médico o a comerciante no autorizado para su venta, al que los ofreciere en venta, vendiere, expendiere, suministrare o anunciare por cualquier forma; también estaba penada la divulgación en cualquier forma de dichos métodos, su exposición pública y ofrecimiento en venta, o cualquier género de propaganda anticonceptiva. Esta regulación fue derogada

por el Real Decreto 2275/78 que modificaba en este punto el Código Penal. No obstante, ya en 1965 se habían aprobado dos normas que modificaron la postura oficial frente a la anticoncepción: una Orden del Ministerio de la Gobernación de 14 de agosto de 1965, de normas para la dispensación de medicamentos, que permitía la distribución de anovulatorios con prescripción médica y otra Orden de Presidencia del Gobierno que excluía de la categoría de delito, el acto médico de recetar anovulatorios con fines terapéuticos.

Por esa época en los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo invalidó una ley del Estado de Connecticut que prohibía el uso de la anticoncepción o la ayuda a cualquiera que la reclamara en la sentencia de 7 de junio de 1965 dictada en el caso *Griswold v. Connecticut*²⁷⁶ basándose en el derecho a la intimidad. Una ley de Connecticut castigaba con multa y pena de cárcel utilizar medicamentos o instrumentos destinados a impedir la concepción. Señala la sentencia que la 1º enmienda tiene una zona de penumbra en la cual la intimidad está protegida de intromisiones gubernamentales. Continúa el Tribunal diciendo que el caso se refería a las relaciones que nacen dentro de la zona de intimidad creada por varios derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y concluye señalando que permitir que se rompan los sagrados precintos de los dormitorios conyugales para buscar signos que acrediten el uso de anticonceptivos es por completo incompatible con las nociones de intimidad en el ámbito de las relaciones matrimoniales. Esta sentencia se centraba en el derecho a la privacidad de las parejas casadas. Un caso posterior, *Eisenstadt v. Baird*²⁷⁷ de 22 de marzo de 1972, estableció el derecho a la anticoncepción para las personas no casadas. No se encontró en dicha sentencia ningún fundamento que justificara el diferente trato dado a las parejas casadas de aquellas que no lo estaban. Si bien en el caso *Griswold* se basó en la intimidad de la pareja matrimonial dice esta sentencia que la pareja matrimonial no es una entidad independiente con un único corazón y una única mente sino una asociación de dos individuos cada uno de los cuales con su propio bagaje intelectual y afectivo. Concluye la sentencia diciendo que si el derecho a la intimidad significa algo, supone el derecho de todo individuo, soltero o casado de quedar libre de injustificadas intromisiones gubernamentales en asuntos que afectan tan fundamentalmente a las personas como la decisión de engendrar un niño.

²⁷⁶ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=381&invol=479>

²⁷⁷ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=405&invol=438>

Sólo la Iglesia Católica mantiene su oposición, formulada en la Encíclica *Humanae Vitae*²⁷⁸ de 25 de julio de 1968, considerando que el acto sexual tiene una función unitiva y otra reproductiva que no es lícito separar. Señala en su punto 17 b) que si se admite la regulación artificial de la natalidad “¿quién podría reprochar a un gobierno el aplicar a la solución de los problemas de la colectividad lo que hubiera sido reconocido lícito a los cónyuges para solucionar un problema familiar? ¿quién impediría a los gobernantes favorecer y hasta imponer a sus pueblos, si lo consideran necesario, el método anticonceptivo que ellos juzgasen eficaz?” Otras confesiones cristianas mantenían el mismo criterio de la Católica, pero con el tiempo han variado su postura: “The hierarchy in the Church of England once opposed contraception but now accepts the right of individuals to use it”²⁷⁹. Y este autor recuerda la posición de la Iglesia Católica, señalando argumentos de tipo más sociológico que moral. Así el obispo Joseph Bernardin escribió un artículo en *The New York Times* en el quinto aniversario de la sentencia *Roe v. Wade* señalando que dudaba mucho que más y mejor información y servicios sobre contracepción mejorase los resultados en el número de embarazos de adolescentes. Les motivará a una precoz actividad sexual pero no a practicar la anticoncepción. La respuesta al problema no es fácil y pasa por decir a los jóvenes que no existe algo parecido al sexo sin consecuencias y además enseñarles que el sexo no es simplemente diversión o la expresión de un afecto pasajero. Es un asunto enriquecedor y serio entre gente madura que es capaz emocional, social e incluso económicamente de aceptar las consecuencias, de las cuales el embarazo es apenas una. Por su parte, Phyllis Bowman, una católica convertida y fundadora de la Sociedad Británica para la protección de los niños no nacidos, dijo al autor que cuando comenzó a implicarse con el aborto pensaba que la contracepción era la respuesta al aborto, pero ahora no pues pensaba que la anticoncepción bajo demanda lleva al aborto bajo demanda²⁸⁰. Esta posición de la Iglesia ha servido para que se le acuse de todo tipo de males, desde la extensión de SIDA a la superpoblación. Curiosamente, los países de tradición católica, como España o Italia, son los que tienen índices de natalidad más bajos. Y la Iglesia Católica no ha dictado las políticas de esos países que tienen legalizado un amplio derecho al aborto y que

²⁷⁸ Texto en http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_sp.html

²⁷⁹ Francome, C. *Op. cit.* Pág. 9.

²⁸⁰ Francome, C. *Op. cit.* 10 y 11.

permiten el acceso a los anticonceptivos. Además y como señaló el laico Paolo Mieli, “¿qué tiene que ver el Papa con la superpoblación del mundo musulmán, hinduista o budista?”²⁸¹.

Prescindiendo de consideraciones morales, lo cierto es que hay estudios que consideran que el número de embarazos no deseados no sólo no disminuye con el uso de anticonceptivos, sino que aumenta. Así, un estudio publicado por la Universidad de Duke señala respecto de los adolescentes, que el incremento de acceso a métodos anticonceptivos puede hacer disminuir el número de embarazos a corto plazo, pero que los aumenta a largo plazo²⁸². Otro trabajo²⁸³ comprobó que las jóvenes que habitualmente utilizaban una consulta de planificación familiar, tenían un riesgo de quedarse embarazadas 3´32 veces mayor que las que no lo habían hecho. Las que habían utilizado la píldora anticonceptiva 2. Con respecto a la píldora del día después, las adolescentes que ya la habían utilizado previamente a su embarazo, tenían un riesgo de quedarse nuevamente embarazadas 1´35 veces mayor que las que no la utilizaban. También un estudio sobre Suecia, en el que, según datos oficiales, desde 1975 (año de la legalización del aborto a demanda) hasta 1985, el aborto descendió, pero volvió a incrementarse en la década siguiente (en el estudio no aparecen datos más actualizados)²⁸⁴. Un estudio sobre España de la revista *Contraception* (favorable a su uso), concluyó que en el período 1997-2007, el uso total de anticonceptivos se incrementó del 49´1% al 79´9% de las mujeres entre 15 y 49 años. Paralelamente, la tasa de aborto había subido del 5´52 por mil al 11´49 por mil en el mismo período. La conclusión del estudio era que los factores responsables del incremento de la tasa de aborto necesitan una profunda investigación²⁸⁵. Incluso el Instituto Guttmacher (como hemos visto, una de las

²⁸¹ Troppe nascite: perché dare la colpa al Papa? *Corriere della Sera* de 12 de junio de 2002. Consultado en http://archiviostorico.corriere.it/2002/giugno/12/Troppe_nascite_perche_dare_colpa_co_0_0206129967.shtml

²⁸² Arcidiacono, P., Khwaja, A. y Ouyang, L. *Habit persistence and teen sex: could increased access to contraception have unintended consequences for teen pregnancies?* Working paper. Department of Economics, Duke University (2011). Consultado en <http://public.econ.duke.edu/~psarcidi/teensex.pdf>

²⁸³ Churchill, D. y cols., Consultation patterns and provision of contraception in general practice before teenage pregnancy: case-control study. *British Medical Journal* 321; 486, (2000)

²⁸⁴ Edgardh, K. Adolescent sexual health in Sweden. *British Medical Journal*. Volume 78. Issue 5 (2002). Consultado en <http://sti.bmj.com/content/78/5/352.full>

²⁸⁵ Dueñas, J.L et al. Trends in the use of contraceptive methods and voluntary interruption of pregnancy in the Spanish population during 1997–2007. *Contraception* Volume 83, Issue 1, Pages

organizaciones más activas a favor del aborto) publicó un estudio, en el que la conclusión era que el uso de anticonceptivos reduce el número de abortos, pero en los datos eso ocurría en siete países (Kazajistán, Kirguistán, Uzbekistán, Bulgaria, Turquía, Túnez y Suiza), mientras que en seis ocurría lo contrario (Cuba, Dinamarca, Países Bajos, Estados Unidos, Singapur y Corea)²⁸⁶.

Otro problema adicional es el de los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos y los efectos sobre la salud de las mujeres. Recientemente en Francia se ha desatado un escándalo sobre esta cuestión. El 10 de enero de 2013 el diario Le Monde titulaba “Pilule: enquête sur ces médecins liés aux laboratoires”²⁸⁷ en la que se ponía de manifiesto que los anticonceptivos de 3ª y 4ª generación multiplican por cuatro el riesgo de sufrir trombosis, embolias, flebitis, ictus o infartos. No obstante, eran recetados generosamente por médicos que, según la investigación, habían recibido suculentas comisiones de las empresas farmacéuticas. A raíz de ello, las intenciones de la ministra de Sanidad, Marisol Touraine, se centran en que, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, los ginecólogos deberán “justificar” siempre la prescripción de esta píldora. Además, nunca se podrán prescribir como primera opción. Diecinueve días después El País informaba de que la Agencia Europea del Medicamento iba a examinar los anticonceptivos orales combinados de tercera y cuarta generación para determinar si debe limitarse su uso en las mujeres que no pueden utilizar otros métodos orales. La EMA concluyó que el beneficio de estos anticonceptivos en la prevención de embarazos no deseados continúa siendo superior a los posibles riesgos asociados a su uso. No obstante, los datos actuales confirman que el riesgo ya conocido de tromboembolismo venoso es bajo, existiendo pequeñas diferencias entre las distintas combinaciones según el progestágeno que contienen. La probabilidad de aparición de un cuadro de tromboembolismo venoso es mayor durante el primer año, al reiniciar el uso tras una interrupción de al menos 4 semanas y en mujeres que presentan factores de riesgo (entre ellos mayor edad, tabaquismo, sobrepeso, migrañas, historia familiar de tromboembolismo venoso o parto reciente). Sobre

82-87, (enero 2011). Consultado en <http://www.contraceptionjournal.org/article/S0010-7824%2810%2900327-6/fulltext>

²⁸⁶ Marston, C. y Cleland, J. Relationships between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence. *International Family Planning Perspectives Volume 29, Number 1* (marzo 2003). Consultado en <http://www.guttmacher.org/pubs/journals/2900603.html>

²⁸⁷ http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/01/10/pilule-enquete-sur-ces-medecins-lies-aux-laboratoires_1814864_3224.html

el riesgo de tromboembolismo arterial se considera que, en todo caso, es muy bajo y no se dispone de información suficiente que permita establecer diferencias entre los distintas combinaciones²⁸⁸.

Y lo que resulta más grave es la imposición de la toma de anticonceptivos a las mujeres, como requisito para recibir asistencia social. En Estados Unidos se han producido casos que lindan con prácticas eugenésicas. A principios de los 90 la Food and Drug Administration aprobó Norplant, que ofrecía contracepción a largo plazo de carácter reversible. Normalmente, se implantaba en forma de cápsula en el brazo de una mujer y proporcionaba contracepción efectiva hasta cinco años. Poco después de la aparición de Norplant, un editorial del Philadelphia Inquireer sugería que podía utilizarse para reducir las clases más desfavorecidas y recomendaba que se pagara a las mujeres atendidas por la beneficencia para que pararan de reproducirse. El editorial fue mayoritariamente calificado de racista y se publicó una disculpa y retractación²⁸⁹. Sin embargo, tribunales y cámaras legislativas han supeditado la libertad condicional a que la mujer acepte la esterilización temporal y han propuesto que los subsidios se condicionen de igual manera o que se prime a las madres pobres para que no tengan más hijos²⁹⁰. En 1991 un juez condicionó la libertad bajo palabra de una mujer negra que recibía ayuda de la beneficencia pública a que usara Norplant durante tres años. Pese a que inicialmente aceptó, después recurrió alegando que se habían violado su derecho constitucional a la privacidad. Su recurso fue rechazado y en una nueva revisión del caso no se entró a discutir la cuestión, pues la libertad bajo palabra había sido revocada. Respecto de esta cuestión Robertson (que mantiene una postura liberal, en la medida que considera que casi cualquier práctica necesaria para procrear debe recibir protección constitucional) considera que los programas que fomentan el uso “voluntario” (las comillas son nuestras) de Norplant, bien sea a través del pago de bonus a las mujeres que están en programas de beneficencia pública o como condición para recibir esa ayuda no vulneran la libertad procreativa. Justifica esta opinión porque el Estado no tiene obligación constitucional de suministrar subsidios, así que puede concederlos sólo si se cumplen

²⁸⁸ Fuente Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en http://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/seguridad/2013/NI-MUH_FV_27-2013-anticonceptivos.htm

²⁸⁹Dolgin, J.L. y Shepherd. *Op. cit.* Pág. 362.

²⁹⁰Arthur, S.L. The Norplant prescription. Birth control, woman control or crime control? *University of California Law Review* 40 (1992).

ciertas condiciones razonablemente relacionadas con el programa. Por el contrario, considera que la imposición del Norplant es inconstitucional porque incluso los violadores de niños, las mujeres seropositivas y los adolescentes poseen un interés en la procreación y en su integridad física que vulnera el uso de Norplant. Sólo en el caso de mujeres severamente discapacitadas mentalmente puede autorizarse el uso forzoso del Norplant²⁹¹. El texto tiene, a nuestro juicio, un inconfundible sesgo eugenista. Se reconoce el mayor ámbito de libertad a quienes tienen la posibilidad de imponer sus deseos y se limitan los de aquellos de menos capacidades intelectuales, sociales, culturales y económicas.

En este sentido, si se defiende una amplia libertad reproductiva coincidimos con Coale²⁹². Entiende este autor que la doctrina de las condiciones inconstitucionales prohíbe que una política del Gobierno afecte a un derecho constitucional en una forma que no le estaría permitido hacer de forma directa. Entiende que dos derechos constitucionales impiden al Estado a imponer el Norplant a las mujeres. El primero, el derecho a la privacidad, en el amplio sentido recogido por las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano, *Griswold v. Connecticut*, y *Eisenstadt v. Baird*, a las que ya nos hemos referido. El segundo, la Primera Enmienda. Diversas sentencias interpretando esta cláusula han reconocido la importancia de objeciones de tipo religioso a medicinas y tratamientos. Añade este autor que establecer que no se recibirá ayuda salvo que se use Norplant supone que el Estado, ilegalmente, penaliza el ejercicio de derechos constitucionales.

En el ámbito de la anticoncepción, hemos dejado para el final la cuestión de la incorrectamente llamada píldora del día “después”²⁹³, pues precisamente se discute si su efecto es anticonceptivo o abortivo en relación con su dispensación a menores de edad. Antes de dar respuesta a esta cuestión haremos una breve referencia a qué es la llamada contracepción de emergencia, su composición y cómo actúa en el cuerpo femenino, para lo que seguiremos al Dr. Aznar Lucea²⁹⁴. Define este autor la contracepción de emergencia como la utilización de drogas o mecanismos diversos para evitar un embarazo después de

²⁹¹Robertson, J.A. *Children of choice*. Princeton University Press (1994). Págs 87 a 93

²⁹²Coale, D.S. Norplant Bonuses and the unconstitutional conditions doctrine. *Texas Law Review* 71 (1992-1993). Págs. 189 a 215.

²⁹³En español “the day after” es “el día siguiente”

²⁹⁴Aznar Lucea, J. Contracepción de emergencia, en *Cuadernos de Bioética* nº 61, Págs 305 a 326.

una relación sexual esporádica o cuando se considera que puede existir riesgo de embarazo, bien por no haber utilizado ningún medio anticonceptivo, por mal uso o fallo en el mismo, porque exista riesgo de malformación en el feto, por estar tomando en el momento de la relación sexual un medicamento que pueda tener efectos teratógenos, o por violación.

En un primer momento se utilizaron estrógenos a altas dosis; después se empezaron a usar conjuntamente estrógenos y progesterona y más recientemente se están utilizando progestágenos solos o danazol (una antigonadotropina). En la actualidad son sólo dos los métodos que se utilizan: el método de Yuzpe, en el cual se administran conjuntamente etinilestradiol y levonorgestrel, en dos tomas separadas por 12 horas, o levonorgestrel sólo, en dos tomas de 750 µg, la primera lo antes posible después de la relación sexual y la segunda a las 12 horas, y siempre antes de transcurridas 72 horas después del coito. Este último método, considerado por la OMS como el método idóneo para practicar la contracepción de emergencia, ha sido el aprobado por la Administración sanitaria para ser utilizado en España, y se distribuye bajo los nombres comerciales de Norlevo, Postfemin y Postinor.

Por lo que se refiere a los efectos, hay que recordar que los espermatozoides pueden mantener su capacidad fecundante, dentro del aparato genital femenino, alrededor de cinco días después de la eyaculación, y el óvulo mantiene la posibilidad de ser fecundado alrededor de dos días después de la ovulación, por lo que el periodo para que pueda realizarse la fecundación se extiende a 6 o 7 días en cada ciclo sexual, siempre alrededor de la ovulación. Por ello, las posibilidades de embarazo después de una relación sexual son limitadas. La posibilidad de un embarazo tras una única relación sexual no pasa del 8%. Si se tienen una vez por semana, el riesgo de embarazo es de alrededor del 15%; cuando las relaciones sexuales se tienen día sí día no, la probabilidad de embarazo en un ciclo menstrual es de alrededor del 33%. Una pareja fértil que tenga relaciones normales, sin utilizar ningún método contraceptivo, tiene aproximadamente un 25% de posibilidades de embarazo en cada ciclo sexual, aunque cuando se trata de mujeres más jóvenes (entre 19 y 26 años las probabilidades son mayores (50%). Cuando se utiliza sólo levonorgestrel si se administra en las dosis y en el plazo correcto desde la última relación sexual, la eficacia fue

aproximadamente del 85%. En un estudio más reciente se comprueba que la probabilidad de embarazos desciende del 8% al 1.1%.

Los fármacos utilizados en la contracepción de emergencia pueden actuar por diversos mecanismos, en lo que aquí interesa, tanto por un mecanismo anovulatorio, impidiendo la ovulación y por tanto la fecundación, como antiimplantatorio, es decir dificultando que el embrión anide en el útero. Según el autor, en general se podría decir que, en un porcentaje de veces superior al 50%, la píldora del día siguiente actúa por un mecanismo antiimplantatorio. Y es que los estrógenos actúan fundamentalmente inhibiendo la ovulación, y los progestágenos, inhibiendo la ovulación y la implantación. Cuando, como hemos visto de la píldora del día siguiente se retira el estrógeno y solamente se utiliza un progestágeno (levonorgestrel) se refuerza su acción antiimplantatoria y se debilita su efecto anovulatorio.

En cuanto al mecanismo de acción de los fármacos que sólo contienen levonorgestrel son muy pocos los estudios que se han diseñado para investigar específicamente su mecanismo de acción. Los primeros datos indicaban que su efecto era debido a cambios en el endometrio que impedían la implantación del embrión. Otros sugerían que cuando este fármaco se administraba alrededor de la ovulación producía una serie de efectos que variaban, desde anovulación en unas mujeres, hasta anormal función ovulatoria en otras. Otros artículos mostraban que podían actuar, tanto impidiendo la ovulación, como dificultando la penetración de los espermatozoides en el útero, por alterar el moco cervical, como modificando el endometrio y por tanto dificultando la implantación. En dos trabajos más recientes, se comprueba que cuando la píldora del día después se administra 2 o 3 días antes de la ovulación es incapaz de bloquearla.

Hasta aquí lo afirmado en el artículo citado. Según los prospectos de dos de las variedades bajo las que se comercializa el levonorgestrel, el medicamento funciona (Norlevo) evitando que los ovarios liberen un óvulo o evitando que un óvulo fecundado se adhiera a la pared del útero, añadiendo otra marca (Postinor) que evita que los espermatozoides fertilicen cualquier óvulo que pueda haber sido liberado. Los que defienden que en ningún caso la píldora del día después es abortiva son los que consideran que el embarazo se produce una

vez que ha tenido lugar la implantación del embrión en el útero de la mujer. Pero lo cierto es que la vida humana comienza en la concepción (que no es un momento, sino un proceso como lo son todos los biológicos, como la implantación), por lo que si el efecto del medicamento es alterar el útero para evitar la implantación, produce también la muerte del embrión. Por eso, consideramos incorrecta la definición de estos medicamentos tal y como aparece en los prospectos: anticoncepción de urgencia, pues si lo que se evita es la implantación del embrión la concepción ya se ha producido, con independencia de la valoración que ese hecho merezca. Esta conclusión fue confirmada por el II Congreso de la Profesión Médica²⁹⁵ donde se concluyó que su mecanismo es tanto anticonceptivo, como abortivo.

Además del efecto abortivo, también el uso indiscriminado del medicamento puede tener efectos sobre el derecho a la protección de la salud. Incluso autores²⁹⁶ que niegan tanto su carácter abortivo como el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos en su dispensación, consideran que parece más conveniente generalizar y garantizar la dispensación gratuita en centros de salud, centros de planificación familiar y servicios de urgencia públicos, por cuanto los farmacéuticos difícilmente podrán hacer un seguimiento de los pacientes; en los centros citados, el médico puede verificar la identidad del paciente y ejercer un seguimiento y control sanitario, además de darle el asesoramiento conveniente. Por otra parte, la sensación de falsa seguridad puede aumentar el número de relaciones sexuales, al trivializar éstas, lo que podría favorecer el incremento del número de embarazos, abortos y contagio de enfermedades infecciosas de transmisión sexual²⁹⁷. Un informe de evaluación de medicamentos con levonorgestrel autorizados de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, señala dos problemas: el riesgo de embarazo ectópico y un riesgo potencial de aparición de tromboembolismo venoso. En estos preparados para la anticoncepción de urgencia, la dosis que se administra es menor que la que correspondería a un ciclo de anticoncepción hormonal, pero no puede

²⁹⁵https://www.cgcom.es/noticias/2010/04/10_04_23_congreso_prof_med_pae

²⁹⁶Beltrán Aguirre, J.L. El ejercicio de la objeción de conciencia por los farmacéuticos, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 5. (Agosto-septiembre 2009). Págs. 93 a 106.

²⁹⁷Según informaba el diario El País en su edición de 20 de julio de 2006, el uso de la píldora del día después se había triplicado en los últimos cinco años. La entonces Ministra de Sanidad, Elena Salgado, señaló que los españoles, en especial los jóvenes no perciben el riesgo que implica mantener relaciones sexuales sin protección y añade que desde 2001 se había registrado un incremento de las enfermedades de transmisión sexual.

descartarse el riesgo de tromboembolismo venoso en mujeres que hicieran un uso no recomendado de los preparados de anticoncepción de urgencia. El uso no recomendado es el repetido y frecuente. No obstante un documento de la Organización Mundial de la Salud de 2010 “Fact sheet on the safety of levonorgestrel-alone emergency contraceptive pills”²⁹⁸ minimiza estos riesgos, señalando que son despreciables. No obstante, hay que indicar que en el citado documento aparecen los logos de organizaciones bien conocidas por su apoyo al aborto como IPPF, UNFPA o el Banco Mundial. Tras el copyright a favor de la Organización Mundial de la Salud, ésta advierte que “se han adoptado todas las precauciones razonables para verificar la información contenida en esta publicación. Sin embargo, el material publicado es distribuido sin garantía de ninguna clase, expresa o implícita. La responsabilidad por la interpretación y uso del material recae en el lector. En ningún caso, la Organización Mundial de la Salud será responsable por daños derivados de su uso”.

Adicionalmente, la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública²⁹⁹, en un comunicado de 13 de agosto de 2009, señaló que resulta contradictorio que mientras las autoridades sanitarias llevan más de 30 años recomendando la utilización racional de los medicamentos e intentando su utilización bajo control sanitario, se favorezca ahora el uso no regulado de uno de ellos, precisamente entre un colectivo que no se caracteriza por su estabilidad emocional y capacidad de reflexión, como son las chicas de 14 años. A su vez, el Consejo General de Colegios de Médicos³⁰⁰, declaró que la venta libre e indiscriminada de este fármaco supone una cierta banalización de su consumo y alerta de que la población joven pueda hacer uso de la píldora sin una valoración médica y un seguimiento de su seguridad, que permita detectar a tiempo cualquier problema médico que pudiera presentarse en determinados pacientes. En el II Congreso de la Profesión Médica, según se puede consultar en la página web de Organización Médica Colegial de España³⁰¹ se señaló que para un 30% de las mujeres *reincidentes*, la píldora poscoital (del día siguiente) se ha convertido en un fármaco de abuso.

²⁹⁸ http://whqlibdoc.who.int/hq/2010/WHO_RHR_HRP_10.06_eng.pdf

²⁹⁹ Consultado en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Tcg4UfDon7wJ:www.nodo50.org/fadsp/pdf/COMUNICADO%2520PILDORA%2520DEL%2520DIA%2520DESPUES.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=firefox-a>

³⁰⁰ https://www.cgcom.es/noticias/2009/05/09_05_13_pildora

³⁰¹ https://www.cgcom.es/noticias/2010/04/10_04_23_congreso_prof_med_pae

En España se ha vinculado el descenso por primera vez de las cifras de abortos clínicos en 2009, con la dispensación sin receta de la píldora del día después. Sin embargo, esto ha sido negado por la Asociación que agrupa a las clínicas abortistas. Según publicó el diario El País el 15 de diciembre de 2010, “la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo (Acai) criticó el análisis que ofreció el lunes Sanidad y negó que el efecto de la medida sea de la píldora poscoital, que empezó a venderse sin receta en septiembre”. Y añaden que “las declaraciones ofrecidas por la titular de Sanidad, Leire Pajín, rayan la imprudencia, ya que atribuyen a la anticoncepción de emergencia una capacidad preventiva frente al embarazo no deseado que no es real (su índice de fallos se sitúa en torno al 3%)”. De hecho, en 2011 (el primer año con ley de plazos) las cifras de aborto se incrementaron un 5% hasta 118.359³⁰².

1.3.- Esterilización.- La esterilización es hoy la forma más difundida en el mundo de control de los nacimientos. La masculina, infinitamente más sencilla desde el punto de vista quirúrgico (...) es bastante menos común: según estimaciones del año 1992, frente a 140 millones de mujeres en edad reproductiva sometidas a la ligadura de trompas, sólo 42 millones de hombres han recurrido a la vasectomía (...). A pesar de los riesgos, a las mujeres se les presenta la intervención como una pequeña operación rutinaria, simple y rápida: la Planned Parenthood, por ejemplo, la define como *band aid surgery*, “cirugía de tiritita” (...)³⁰³.

Al igual que en el uso de anticonceptivos, en Estados Unidos se ha supeditado la asistencia social a mujeres a que se sometían a la esterilización. Es el caso de la sentencia Walker v. Pierce³⁰⁴ de un Tribunal de Apelación de Carolina del Sur, dictada el 26 de julio 1977. Dos mujeres negras, beneficiarias de Medicaid demandaron a su ginecólogo por violación de sus derechos civiles, pues éste les ponía como condición para atenderlas en el embarazo y nacimiento de su tercer hijo, que se sometieran a una ligadura de trompas. El Tribunal desestimó la demanda porque consideró legítimo que el médico estableciera un criterio

³⁰²Fuente: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/12/21/actualidad/1356125723_238625.html

³⁰³Rocella, E. y Scaraffia, L. *Op cit.* Pág. 145

³⁰⁴Consultada en http://www.leagle.com/decision/19771169560F2d609_11072

sobre esta cuestión, que era conocido por las pacientes que acudían a él y que no las forzaba a aceptarlo. No obstante, un juez discrepante con el fallo, se hacía eco de la declaración de una testigo: “entró y ni siquiera me examinó. Estaba apoyado sobre la mesa y dijo: escúchame, jovencita. El dinero de mis impuestos paga cosas como éstas. Estoy cansado de la gente que anda por ahí teniendo hijos y yo pagando impuestos por ello. Así que, si no quieres esto (la ligadura) vete y búscate otro médico”. Ni que decir tiene que la amenaza podría tener una poderosa influencia especialmente en aquellos lugares en los que pocos médicos aceptaran pacientes de Medicaid. Pero no sólo esta política eugenista es imputable siempre al Gobierno. Una ONG norteamericana paga 300 dólares a toxicómanos o alcohólicos para que se esterilicen o acepten someterse a tratamientos de contracepción a largo plazo. La organización, creada en 1997 y que ahora traslada su programa a Reino Unido, ha tratado hasta la fecha a 3.242 mujeres y a 35 hombres, a los que se practicó una vasectomía. Lógicamente, la campaña se disfraza de un halo humanitario, recogiendo en su página web <http://www.projectprevention.org/>, el caso de niños, hijos de drogadictos que han sufrido diversos y graves problemas.

En el Derecho español, durante mucho tiempo, estuvo tipificada como delito de lesiones. Se encuentra despenalizada en España desde 1983; actualmente el artículo 156 del Código Penal establece que *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de (...) esterilizaciones realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales*. Respecto de los incapacitados el citado precepto contiene una regulación especial a la que ya hemos hecho mención.

Es esencial el consentimiento de la persona. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995 analiza el caso en el que a una mujer de 39 años, médico de profesión, se le había extirpado hacía 19 años un quiste en el ovario y que hacía 13 años en el primer parto que tuvo, había sido necesario practicarle una cesárea y una miomectomía, del cual nació una hija. Nuevamente embarazada, cuando se puso de parto, dos horas después de su comienzo, el médico que le había seguido el embarazo, le comunicó a ella y a su marido la

necesidad de practicar una cesárea por peligro de rotura del útero, y en el pasillo previo al quirófano, el doctor preguntó si aprovechaba la operación para efectuar una ligadura de trompas de Falopio para evitar el grave peligro que para la vida de la paciente podía tener un tercer embarazo o más, contestándole negativamente la actora, por lo cual no obtuvo su consentimiento ni escrito ni verbal. En el transcurso de la operación que presenció el marido, el doctor comentó la conveniencia de practicar la ligadura de trompas y preguntado el marido sobre ello, contestó que él lo único que quería era que la salvase, llevando a cabo el médico la intervención. La actora al despertarse de la anestesia, se encontró con el hecho consumado de que era estéril, sin su consentimiento. Las secuelas que le quedaron a la paciente como consecuencia de la ligadura de trompas fueron una esterilización casi total e insubsanable, un síndrome depresivo manifestado en forma de tristeza, pérdida de vitalidad y erotismo e irritabilidad, con deterioro de las relaciones conyugales y laborales. Dice la sentencia que aunque el doctor alega que contó con el consentimiento del marido, este consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar, ni siquiera por el cónyuge.

Más allá de las cuestiones penales, sí se han ejercitado acciones como consecuencia de que tras la operación de vasectomía o ligadura de trompas se haya producido el embarazo de la mujer, acciones que reciben el nombre de wrongful conception. El primer caso conocido es el *Christensen v. Thornby*³⁰⁵ que resolvió en 1934, el Tribunal Supremo de Minnesota. El Tribunal rechazó la acción porque consideró que el nacimiento de niño no podía ser considerado como un daño, sino como una bendición.

En el Reino Unido podemos citar los casos en los casos *Thake v Maurice* (1985) 2 WLR 215 o *Benaar v Kettering Health Authority* [1988] NLJ 179³⁰⁶. En el primero, la Cámara de los Lores decidió que había derecho a indemnización por el tiempo, problemas y cuidado que conlleva la crianza de un hijo, pero sí eran indemnizables los daños por la angustia antes del nacimiento, el dolor y sufrimiento. En el segundo, se insistió en que no eran indemnizables los gastos derivados de la crianza del hijo.

³⁰⁵

Texto

en

http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622_0002.MN.htm/qx

³⁰⁶ Datos tomados respectivamente de <http://swarb.co.uk/thake-v-maurice-ca-1986/> y <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

En Australia, el Tribunal Supremo de Queensland fue más allá en el caso *Cattanach v. Melchior*³⁰⁷. Kerry Ann Melchior se sometió a una ligadura de trompas, porque consideraba que no podía sostener económicamente un tercer hijo. La operación se realizó negligentemente y la mujer se quedó embarazada de su marido. La señora Melchior reclamó daños por el embarazo y el parto, el señor Melchior por “loss of consortium” (por la privación de beneficios de una relación familiar debido a daños causados por un tercero) y ambos por los costes de educación y manutención del niño hasta su mayoría de edad. El Tribunal Supremo consideró que el daño de los demandantes no es el surgimiento de una relación paterno-filial, sino simplemente los gastos en los que habían incurrido o habían de incurrir en el futuro. Denegar en estos casos la indemnización es suministrar a los médicos que practican esterilizaciones una zona de inmunidad legal. La reacción a esta sentencia fue negativa. En Queensland se aprobó rápidamente una reforma legislativa. La Sección 49ª de la *Civil Liability Act 2003*, establece que en el caso de procedimientos de esterilización fallidos un tribunal no puede reconocer daños por la pérdida económica derivada de los costes ordinariamente asociados a la manutención de un hijo. La Sección 49B tiene una regulación semejante para el caso de fallo de anticonceptivos. En Nueva Gales del Sur y en Australia del Sur, se aprobó una legislación semejante aunque expresamente deja a salvo los costes extraordinarios derivados de la discapacidad del hijo³⁰⁸.

En España la cuestión se resuelve sobre todo teniendo en cuenta si la información dada por los médicos es correcta; en los supuestos de medicina satisfactiva, como éste, lo relevante debe ser que la producción del daño sea consecuencia de la infracción del deber de información, con independencia de que se haya actuado o no conforme a la diligencia exigible en el curso de una intervención³⁰⁹. Pantaleón señala que el sentido del deber del médico de informar y de la exigencia del consentimiento informado es el de respetar la libertad de decisión del paciente. Por ello, su decisión no puede ser sustituida por una

³⁰⁷ Datos tomados de <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/02/HC-2003-Cattanach-v.-Melchior.pdf>

³⁰⁸ Forrester, K. y Griffiths, D. *Essentials of law for medical practitioners*. Ed. Elsevier, Australia. (2011). Pág. 95

³⁰⁹ Rodríguez Marín, C. Medicina satisfactiva, en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2006). Pág. 323.

posterior averiguación judicial sobre qué habría decidido de haber mediado la correspondiente información³¹⁰. En este sentido va la doctrina de nuestros tribunales. La primera sentencia del Tribunal Supremo es la de 25 de abril de 1994. En ella se recuerda, en primer lugar, la doctrina sobre la naturaleza del contrato que liga al médico con su paciente como arrendamiento de servicios y no de obra, que, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. Pero introduce una matización muy importante, indicando que en aquellos otros casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en este caso para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue. Y ello tiene que ser así porque si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. Y esto supone que, además de las obligaciones que recaen sobre el médico en la llamada medicina curativa, en la medicina llamada satisfactiva o de deseo se exige con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención quirúrgica acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. En este caso, el médico no acreditó haber hecho llegar al cliente la información necesaria que le condujera a evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa, por lo que aquél incumplió sus obligaciones médicas, y el acto médico puede calificarse de negligente. Y añade, a manera de mero «obiter dictum» que, no deja de resultar insólito que el reclamante, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió, fracaso que produjo el nacimiento de hijos no esperados ni deseados, solicite y se le otorgue -no, desde luego, como indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los

³¹⁰Pantaleón Prieto, F. Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en *Centenario del Código Civil, II*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. (1990). Pág. 1588.

mismos-, una cantidad que iguala, cuando no supera, a la concedida en caso de fallecimiento de los mismos.

Por el contrario, si el deber de informar ha sido cumplido, no ha lugar a reconocer responsabilidad. La sentencia de 31 de enero de 1996 rechaza la reclamación de indemnización porque, según quedó probado en la causa, el embarazo se produjo porque el recurrente no siguió las indicaciones médicas en cuanto a la necesidad de abstenerse de relaciones sexuales en el plazo de dos meses y medio a tres, o antes de realizar treinta eyaculaciones, debiendo utilizar, en su caso, medios anticonceptivos. La sentencia de 11 de febrero de 1997 desestima la demanda porque, mediante los análisis espermiográficos necesarios se dictaminó la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica y no puede imputarse al médico un fallo que tenga por causa un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto, según los datos obrantes en la prueba pericial practicada. Señala que en este caso, además, debería haberse probado expresamente la paternidad del reclamante y no acudir a las presunciones de paternidad del Código Civil, pues al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presupuestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos casos indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima.

La sentencia de 27 de junio de 1997 analiza un supuesto de una ligadura de trompas fallida. La recurrente había denunciado infracción del artículo 24 de la Constitución pues a su juicio se le producía indefensión al exigírsele demostrar que la operación quirúrgica, a la que se sometió para no volver a tener hijos, no se ajustó a la «lex artis», a pesar de que quedó nuevamente embarazada. La Sala señala que si la hoy recurrente fue informada del riesgo de fracaso de la operación en un porcentaje del 1 al 3 por 1.000 y aceptó el riesgo que se convirtió en realidad, no por ello se le produce indefensión, ya que la tutela judicial se produce con el acceso al proceso, la posibilidad de alegar cuanto estime pertinente, proponiendo las pruebas adecuadas que se consideren procedentes y obteniendo una sentencia fundada en derecho, aunque desestime la pretensión actuada, extremo el último que no permite cambiar la doctrina legal para dejar en muchos casos en indefensión a los

facultativos. Rechaza también el motivo que con base en el artículo 106.2 de la Constitución reclamaba la aplicación del criterio de la responsabilidad objetiva. El resultado no fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (normal o anormal), sino de la imprevisible naturaleza humana o, mejor aún, con la previsión advertida a la paciente de que, según la literatura médica, a pesar de la operación se producen de un 1 a un 3 por 1.000 de embarazos, lo que lleva a considerar el caso como asumido por ella y de fuerza mayor, pues, previsto el posible resultado, fue inevitable, presentándose como irresistible e insuperable. Por último, la sentencia de 2 de noviembre de 2000 desestima la demanda porque la obligación de información se había producido aún en forma verbal.

Estas acciones plantean (al igual que las de wrongful life y wrongful birth, que analizaremos más adelante) cuál es el daño indemnizable. En el sistema norteamericano existen varias teorías. Seguimos para su análisis a Álvarez³¹¹. Dice esta autora que la primera de ellas es la desestimación total de la indemnización. Sólo en dos estados (Kansas y Nevada) se sigue sosteniendo que el nacimiento de un niño sano nunca es un daño. Los padres sólo pueden reclamar por incumplimiento de contrato los costes de los cuidados médico, quirúrgico y hospitalario asociados a la cirugía fallida. La mayoría de los estados se inclinan por un criterio de indemnización limitada. Admiten la indemnización de los daños que son consecuencia directa de la negligencia médica, pero rechazan reconocer los gastos del cuidado del hijo porque tales daños son demasiado especulativos. En esta línea se pronunció el Tribunal Supremo de Ohio en su sentencia *Johnson v. University Hospitals*. La tercera corriente es la de indemnización por todos los conceptos. Consideran los tribunales que se inclinan por esta solución que no es especulativo indemnizar este tipo de daños porque los jurados están acostumbrados a calcular estos costes en otros tipos de acción. El orden público no impide indemnizar todos los daños porque incluso el nacimiento de un niño sano impone gastos a los padres, gastos que habían tratado de evitar. Por último, consideran que indemnizar los daños por criar un hijo no daña psicológicamente al niño, sino que, por el contrario, alivia las cargas familiares y ayuda al bienestar del hijo. Sostuvo esta doctrina, el Tribunal Supremo de Wisconsin en el caso de

³¹¹ Álvarez, I.J, *A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases*, 41 B.C.L. Rev. 585 (2000), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol41/iss3/3>

1990, *Marciniak v. Lundborg*. La última doctrina es la de la compensación de beneficios. Esta teoría considera indemnizables los daños derivados de criar a un hijo, pero considera que deben ser compensados con los beneficios que los padres reciben de tener un hijo sano. Fue sostenida por el Tribunal Supremo de Arizona en la sentencia de 1983, *University of Arizona. Health Sciences Center v. Superior Court*.

En Gran Bretaña, si bien un Tribunal de Apelación admitió en 1984 en el caso *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*³¹² la indemnización de los daños derivados de la pérdida de futuros ingresos y los gastos de mantener a un hijo, la Cámara de Lores se inclinó en 1999, en el caso *McFarlane v. Tayside Health Board*³¹³, por la tesis opuesta, es decir, que no eran indemnizables los daños derivados del nacimiento de un hijo sano como consecuencia de una esterilización negligente. Los demandantes eran un matrimonio que tenían cuatro hijos; habiendo decidido mudarse a una casa más grande, la mujer volvió al trabajo con el fin de aumentar los ingresos familiares. Decidieron no tener más hijos y el varón se sometió a una vasectomía. Después de la operación y tras un recuento de espermatozoides se le dijo que la misma fue negativa y que no era necesario que tomara medidas anticonceptivas. Los cónyuges siguieron el consejo y la mujer se quedó embarazada. La Cámara de los Lores terminó resolviendo que debido a que el embarazo y el parto eran precisamente los hechos indeseados que la vasectomía debía evitar, la mujer sería indemnizada por el dolor, incomodidad e inconveniencia del embarazo y por todos los gastos que se derivan directamente del mismo. Sin embargo, denegó el resarcimiento de los costes derivados de la crianza del hijo.

1.4. Aborto.-

Si este trabajo se hubiera elaborado hace seis o siete años este epígrafe hubiera merecido una somera atención exponiendo las características básicas de los modelos de plazos e indicaciones, la legislación española avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 y su sistemático incumplimiento. Y es que durante muchos años, el aborto en España (a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos) no merecía la menor atención social, limitándose los medios de comunicación a dar cuenta anualmente de las cifras (que como

³¹² Datos tomados de <http://www.mtholyoke.edu/~echev20r/worldpolitics/casesummaries.html>

³¹³ Texto en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/50.html>

fenómeno único en el mundo no han dejado de aumentar tras 25 años de legalización) acompañados de editoriales que rutinariamente se rasgaban las vestiduras, reclamando una mayor información sobre sexualidad y anticonceptivos³¹⁴.

Sin embargo, algunas circunstancias posteriores han provocado que parezca oportuno detenerse un poco más en esta cuestión. La primera de ellas se refiere a los dos últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo de Estados Unidos, centrado en la constitucionalidad de normas que prohibían un determinado procedimiento de aborto, denominado D&X por sus partidarios y aborto por nacimiento parcial por sus detractores. En segundo lugar, un reportaje de investigación de la televisión pública danesa que mostraba cómo en España era posible practicar abortos tardíos sin sujetarse a ningún límite. En tercer lugar, el cambio de modelo operado en la legislación española por la LO 2/2010, que se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional, que todavía no se ha pronunciado. Esta reforma se ha justificado política y periodísticamente por tres motivos: por la necesidad de dar seguridad jurídica al sistema, de garantizar el derecho a la intimidad de las mujeres y por asegurar a éstas el derecho al aborto. Por último, como apuntamos en la introducción, el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013 informó un Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que ha causado un enorme revuelo, habiendo cosechado numerosas críticas y ninguna defensa, pues los grupos pro vida han considerado la misma insuficiente y el Partido Popular y el Gobierno han preferido no comprometer su apoyo en este asunto.

Un ejemplo de la invocación de la inseguridad jurídica para justificar la legislación vigente, la encontramos en un editorial del diario El País de 30 de noviembre de 2007 que señalaba que la norma entonces en vigor, dejaba “abierto un flanco a posibles abusos que son aprovechados por los sectores antiabortistas radicales para arremeter contra lo que es un

³¹⁴En este sentido, el diario El País, publicaba el editorial “aborto no deseado”, el 30 de diciembre de 2004. Achacaba las elevadas cifras a las carencias que lastran la educación sexual en España, el fracaso de las políticas de planificación familiar y, en general, la ausencia de una información actualizada sobre los métodos de prevención del embarazo y el modo de acceder a ellos. Prácticamente un año después (27 de diciembre de 2005), bajo el título “se dispara el aborto” se indicaba que es evidente que algo falla en la educación sexual que reciben los jóvenes porque, aunque disponen de más información que nunca, ese mayor conocimiento no se traslada en la medida esperada a las conductas.

derecho de las mujeres”. Afirmación sorprendente por dos motivos. Con la doctrina del Tribunal Constitucional en la mano, no puede hablarse de un derecho de la mujer al aborto. En segundo lugar, los posibles abusos de los que habla el editorial, eran en realidad un monumental fraude en la apreciación de la indicación del aborto por peligro grave para la salud psíquica de la mujer. En un Estado de Derecho hay que cumplir la ley y más cuando su violación se considera tan grave que está tipificada como delito. También en la misma línea y en el mismo diario la Ministra de Igualdad, Bibiana Aído, el 6 de marzo de 2009 en un artículo titulado “¿por qué ahora?”, insistía en la pretendida inseguridad jurídica, contando dos casos anónimos. En el primero, una mujer con 22 semanas de gestación había tenido que ir a Londres a abortar (cuando en realidad es al revés, mujeres del resto de Europa acuden a España a practicarse abortos tardíos³¹⁵) y el caso de un médico favorable al aborto, pero que se acoge a la objeción de conciencia por el riesgo de que su diagnóstico de enfermedad de la madre se cuestione y sea denunciado (el miedo es libre, pero debería decir cuántos médicos han sido denunciados por un diagnóstico bien documentado de este tipo; otra cosa es no un diagnóstico real sino la utilización de formularios preimpresos). De hecho, según informaba el diario ABC el 19 de mayo de 2009, en un debate organizado por la Fundación Alternativas en 2005, Patricia Lorenzo había indicado “me sorprendió cuando me llamaron (desde Alternativas) para trabajar sobre este tema porque mi impresión general es que se ha alcanzado una cierta normalidad en el ámbito del aborto y que no hay gran interés en entrar este asunto, y menos aún en tocar la legislación...”. Mucho más gráfica se mostró Eva Rodríguez, presidenta por entonces de ACAI (asociación que agrupa las clínicas abortistas), que explicaba: «¿Qué reforma se va a hacer? Porque cuando nosotros vamos a Europa y hablamos con compañeros de otros países, italianos, alemanes, belgas, franceses, curiosamente, nos envidian en la aplicación que hacemos de la ley. Porque yo no veo tan negativa la aplicación de la ley que se ha hecho en España. En la práctica, en España, la mujer va, opina y aborta. Y lo saben las mujeres, por supuesto mucho más que los médicos y mucho más que los juristas. A veces la mujer, cuando pasa el psicólogo, lo ve como un puro trámite, y, cuando alguna vez le dices que «tiene que pasar esto por cuestión de la ley», te dicen: «la ley me permite abortar, y basta». Justo el año anterior a la aprobación de la LO, decía el diario La Razón, el 14 de septiembre, que España se convertía en el cuarto país de la Unión Europea con más abortos, tras Reino

³¹⁵ Informaba el diario Abc el 30 de noviembre de 2007, que sólo en Cataluña, 1251 mujeres extranjeras habían acudido a practicarse un aborto, siendo dos de cada tres francesas, pese a ser también legal el aborto en ese país.

Unido, Francia y Rumanía. No deja de extrañar que siendo el aborto una práctica delictiva, excepto en los supuestos despenalizados, sea el sector de la sanidad más privatizado (el 97% de los abortos se produce en clínicas privadas) y el control público prácticamente inexistente, proviniendo los datos oficiales de meras declaraciones de las clínicas. El descontrol es de tal calibre que El Ministerio de la Salud de Francia recomendó a las pacientes francesas que abortaron en las clínicas de Barcelona dirigidas hasta noviembre de 2007 por el doctor Carlos Morín (TCB, Emece, Ginemedex y la Fundación Morín) que visiten a su médico de familia para que, si lo considera necesario, les prescriba una prueba para detectar si estuvieron en contacto con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Morín, procesado en España por dirigir una supuesta red de abortos ilegales, es portador del virus que causa el SIDA³¹⁶.

Por otra parte, si con la reforma se pretendía ganar en precisión y seguridad jurídica, el texto de la LO 2/2010 deja mucho de desear en estos extremos. Así, el aborto a las 22 semanas, establecido como excepción a la regla general de las 14 semanas, está permitido en caso de grave riesgo para la vida o la salud de la madre, con una redacción prácticamente idéntica al anterior artículo 417.bis del Código Penal. La redacción del precepto no podrá tranquilizar al medroso médico citado por la entonces Ministra de Igualdad, pues su diagnóstico puede verse igualmente cuestionado. Dado que la salud se convierte en un estado de completo bienestar físico, psíquico y social, ¿basta la invocación de un difuso malestar social? Algo parecido puede decirse de la expresión “enfermedad extremadamente grave e incurable” del artículo 15.c) que permite el aborto sin plazo³¹⁷. Por otra parte, se hace referencia indiscriminada a derechos y libertades, a los que se añade no pocas veces el calificativo de fundamentales. Así, el artículo 1 menciona los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, sin especificar cuáles son y cuál es su contenido.

³¹⁶El País, 24 de septiembre de 2008.

³¹⁷Cfr. Navarro-Valls, R. Inconstitucionalidad y otras cuestiones en torno al proyecto de ley orgánica del aborto, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 9. Págs. 62 a 69.

También como justificación de la reforma, se indicó la necesidad de preservar la intimidad de las mujeres. Tampoco existía tal problema. En el caso Morín, fueron interrogadas 158 mujeres. Ninguno de sus nombres ha sido desvelado, son cifras de código que sólo conoce la Jueza instructora. De hecho, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2013, afirma en el hecho probado primero que “la totalidad de las pacientes que acudieron a las clínicas, a las que ya en fase de instrucción, incluso cuando tenían la condición procesal de imputadas, se las identificó con una clave alfanumérica, serán mencionadas por la misma junto con su nombre de pila e iniciales, con la finalidad de mantener, en su actual condición de testigos, en la medida de lo posible su anonimato por las especiales condiciones que les afectan y la necesidad de dar protección a su derecho a la intimidad”. Puede compararse ese dato, con lo que, desgraciadamente, ocurre en otros sumarios, donde no sólo se revela la identidad sino también las declaraciones de los imputados y testigos. Otra cosa es que se pretenda que las mujeres que se han sometido a abortos ilegales, no sean llamadas a declarar como testigos, lo que resulta claramente una manifestación más de la derogación de los principios jurídicos más elementales cuando se trata del aborto.

Por último, otro fundamento de la reforma es el que afirma que el debate sobre la legitimidad del aborto se cerró con la aprobación de la ley anterior y lo que está ahora en cuestión es reconocer el derecho de las mujeres. Más bien, lo que quedó zanjado con la ley anterior y la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 es la inadmisibilidad del aborto libre, en cuanto el Estado ha de proteger la vida prenatal. Lo que puede discutirse es el alcance de esa protección a la luz de un cambio de circunstancias, como ocurre en el caso del aborto eugenésico. Las medidas para proteger la vida prenatal por parte del Estado son muy variadas e incluyen la vía penal. Pero no es la única; como veremos el Derecho alemán contempla el asesoramiento a la mujer embarazada, asesoramiento que no es neutro, sino que pone el énfasis en la idea de proteger al no nacido. Pero tampoco tiene por qué limitarse a eso. Aunque en un contexto distinto, pues se refiere a las acciones positivas contra la discriminación, pero aplicables aquí, García Añón distingue entre medidas de

concienciación, medidas de incentivación, medidas de trato preferencial y medidas de recompensa³¹⁸. Todas ellas pueden y debe aplicarse en defensa de la vida del no nacido.

Una vez hechas estas precisiones, abordaremos la cuestión, partiendo de los hechos científicos: las fases del desarrollo embrionario y fetal y los métodos utilizados para practicar el aborto. A continuación analizaremos la cuestión central de este problema: la protección que dispensan a la vida prenatal los Tratados internacionales y las Constituciones de diferentes países y la doctrina que sobre la misma han ido elaborando los Tribunales encargados de su interpretación. Completaremos este análisis con la exposición sucinta de las posiciones doctrinales. Para concluir el estudio del tema, mencionaremos el problema de las acciones llamadas de wrongful life y wrongful birth que se conectan con el aborto eugenésico y desarrollaremos el problema del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en este campo. Con ello trataremos de adoptar una perspectiva global, pues, como hemos apuntado ya, en el debate sostenido sobre lo que luego fue la LO 2/2010, los partidarios de la misma sostenían que la admisibilidad del aborto era un tema cerrado, sobre el que no podía volverse, y todo quedaba reducido a argumentar acerca de la viabilidad de un sistema de plazos.

Entendemos que el debate es siempre saludable, aunque, lamentablemente, el aborto quiere convertirse en una excepción: “el aborto y cuanto le rodea constituye uno de los tabúes de nuestro tiempo (...) algo de lo que no se debe hablar, sobre lo que es inadecuado investigar y mucho menos aventar sus trapos sucios”³¹⁹. “Existen cuestiones que son sistemáticamente censuradas en el debate público, y ello porque han sido consideradas a través de decisiones legislativas como ya resueltas de una vez por todas. Continuar hablando de ello es considerado como un atentado a la pacífica convivencia dentro de una sociedad plural (...) (pero) la cuestión del respeto a la vida humana prenatal es ciertamente decisiva tanto para la identidad misma del hombre como para la calidad de la convivencia social”³²⁰. Una

³¹⁸García Añón, J. El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 2. (1999). Pág. 6. Consultado en <http://www.uv.es/cefd/2/garcia.html>

³¹⁹De Santiago, M. Prólogo a Socci, A. *El genocidio censurado*. Ediciones Cristiandad (Madrid) 2007. Pág. 15.

³²⁰Melina, L. El embrión humano: estatuto biológico, antropológico y jurídico, en *Vivir y morir con dignidad*. EUNSA. Pamplona. (2002). Pág.29 y 30.

manifestación notable del velo que cubre al aborto es la actitud en relación con el mismo que mantienen los medios de comunicación. Puede ponerse por ejemplo el juicio que comenzó, en marzo de 2013 en Filadelfia contra Kermit Gosnell, acusado del asesinato de siete niños recién nacidos y de una mujer embarazada. Pese a ser el caso de un asesino en serie, se trata de un nombre desconocido para la opinión pública de Estados Unidos y del resto del mundo. Esto puede resultar incomprensible, pero se entenderá bien si se explica que estos crímenes fueron cometidos en una clínica abortista. Según el informe del Gran Jurado: “regular e ilegalmente asistía a partos de bebés vivos y viables de último trimestre del embarazo y después los asesinaba seccionando la espina dorsal con tijeras. La práctica médica que desarrollaba en ese lugar era un fraude deleznable en el cual sobremedicaba a sus pacientes con sustancias peligrosas, contagiaba enfermedades de transmisión sexual con instrumentos infectados, perforaba úteros e intestinos y –al menos en dos ocasiones, causó sus muertes. Añade el informe del Gran Jurado que la clínica “apestaba a orina de gato debido a que se dejaba a estos animales rondar (y defecar) libremente. Los muebles y mantas tenían manchas de sangre. Los instrumentos no eran debidamente esterilizados. Los suministros médicos desechables no se desechaban, sino que eran reutilizados una y otra vez. El equipamiento médico –como desfibrilador, aparato para tomar la tensión, etc.- estaba normalmente estropeado y, cuando funcionaba, no se usaba. Y diseminados por todas partes, en botiquines, en un congelador, en tarros, bolsas y en jarras de plástico, había restos fetales. Era un osario de bebés. A lo largo de los años, mucha gente llegó a conocer que algo estaba pasando allí. Pero nadie le puso fin”³²¹. El local no había sido inspeccionado en 17 años excepto por la Federación Nacional de Aborto, a quien Gosnell se había solicitado incorporarse dos días después de la muerte en su clínica de una mujer de origen nepalí. Incluso en un día en que el lugar había sido limpiado y embellecido para la visita, el inspector lo encontró desagradable y rechazó la solicitud de incorporación. Pero, pese a observar otras rotundas ilegalidades, incluyendo que la salida de emergencia estaba cerrada con candado en una parte de la clínica donde las mujeres eran dejadas solas durante la noche, el informe del Gran Jurado observa que el inspector de la Federación Nacional de Aborto no informó de ninguna de estas irregularidades a las autoridades.

³²¹ Tomado de <http://www.washingtonpost.com/blogs/she-the-people/wp/2013/04/15/why-kermit-gosnell-hasnt-been-on-page-one/>

El silencio de los medios ha sido tan clamoroso (por ejemplo, mereció aparecer en el The New York Times, al inicio del proceso, en la página 17, y sólo para recoger los argumentos de la defensa) que se suscitó un debate. Melinda Henneberger, de The Washington Post (en la página web citada), buscó explicación entre sus compañeros. Un colega consideró que las presuntas atrocidades de Gosnell eran un asunto local (a esto la periodista dice que no recuerda otro caso de asesino en serie al que se le haya dado esa cobertura). Otro dijo que era demasiado espeluznante (pero, dice la periodista eso no nos impidió tratar casos como el de un caníbal en el Departamento de Policía de Nueva York). Otro (al que la periodista califica de creativo) dijo que al resto del país no le interesa Filadelfia. Un amigo señaló que el apagón informativo se debió a la normal falta de interés de los medios por las comunidades de bajos ingresos donde Gosnell trabajaba. La autora piensa que no se escribió más sobre el asunto porque la única historia sobre el aborto que se cubre en las páginas de los medios es cualquier amenaza o presunta amenaza al derecho al aborto. De hecho, es esa una visión tan inamovible de lo que constituye cobertura de ese asunto que es realmente difícil, para la mayoría de los periodistas ver una historia fuera de ese paradigma como noticia. No es tanto una decisión consciente como un reflejo, pero el efecto es una cobertura tendenciosa.

1.4.a) Etapas de desarrollo del no nacido desde la implantación.- Aunque no compartimos la idea de que el embarazo comienza con la implantación del embrión en el útero de la mujer, lo que, como hemos visto, permite calificar como no abortivos a métodos que matan al embrión preimplantatorio, nos limitaremos a exponer aquí el desarrollo de la vida prenatal después de ese momento. La razón es que, aunque, de acuerdo con el Tribunal Constitucional “el proceso de desarrollo (...) es un proceso continuo que no muestra ninguna clara demarcación y que no permite una división de los varios pasos de desarrollo de la vida humana”, los argumentos utilizados para considerar la vida del no nacido en el seno materno como no susceptible de protección en el caso del aborto, son diferentes de los utilizados para negar el derecho a la vida al embrión preimplantatorio en el caso de la reproducción asistida y la investigación con células embrionarias, por lo que nos referiremos al tratar de estas cuestiones a las fases de desarrollo del embrión en sus primeros días de existencia.

Una vez hecha esta matización, en lo que se refiere al embrión implantado en el útero, desde la tercera semana desde la concepción³²² es posible detectar el embarazo mediante ecografía. En ese período es frecuente que la mujer sufra síntomas tales como náuseas y vómitos. En la tercera semana se forma la línea primitiva que es el comienzo del proceso denominado gastrulación, que da lugar a la formación de las tres líneas celulares que van a dar lugar a los diferentes tejidos y órganos del cuerpo y comienza a determinar el desarrollo de la forma del mismo. También se forma la notocorda que tiene la forma de una varilla. La notocorda define el eje principal del embrión y aporta cierta rigidez, actúa como base del llamado esqueleto axial (huesos de la cabeza y columna vertebral) e indica la futura localización de los cuerpos vertebrales. También aparece el alantoides que en el embrión humano tiene un pequeño tamaño, pues la placenta y el saco amniótico se han hecho cargo en gran parte de sus funciones. Está implicado en la hematopoyesis³²³ inicial en el embrión humano y se asocia al desarrollo de la vejiga urinaria. Asimismo, surge la placa neural, que dará lugar al encéfalo y a la médula espinal. La placa se extiende formando el tubo neural. El proceso de neurulación termina durante la cuarta semana. Por último, también se comienzan a desarrollar los vasos sanguíneos.

De la cuarta a la octava semana se establecen todas las estructuras embrionarias principales, internas y externas. Al finalizar este período organogénico, los principales sistemas orgánicos han comenzado a desarrollarse; no obstante, la función de la mayoría de ellos es mínima, con excepción del aparato cardiovascular. A medida que los tejidos y órganos se desarrollan, la forma del embrión cambia y alrededor de la cuarta semana cuenta con un cuerpo humano definido. Al comienzo de la cuarta semana el embrión mide unos 4 milímetros y experimenta una serie de encurvamientos o plegamientos debido al rápido desarrollo que experimentan algunas partes. El embrión tiene ahora forma de “C”, muy parecida a la que tendrá como feto. En este período se produce la aparición de las yemas de los miembros superiores e inferiores y la cavidad bucal primitiva.

³²² Todos los datos expuestos en este apartado están tomados de Graw, A., Cowan, R.A., O'Reilly, D. St. J., Stewart, M.J. y Shepherd, J. *Bioquímica clínica*. Elsevier. 2001. Págs. 60 a 78 y de Gómez de Ferraris, M^a. E. y Campos Muñoz, A. *Histología, Embriología e Ingeniería Tisular bucodental*. Editorial Panamericana. Madrid. 2009. Págs. 51 a 53.

³²³ La hematopoyesis es el proceso de formación, desarrollo y maduración de determinados elementos de la sangre.

El período comprendido entre la semana novena y el nacimiento se conoce como etapa fetal. En este período tiene lugar el crecimiento y maduración de los órganos y tejidos que comenzaron a diferenciarse con anterioridad. El desarrollo de los órganos sexuales es fácil de evidenciar a partir de la duodécima semana. A las veinte semanas se perciben claramente los movimientos fetales. Al séptimo mes, el sistema nervioso puede ya controlar las funciones de respiración y deglución, además de la temperatura.

En la regulación de la LO 2/2010 se establecen dos plazos: uno de catorce semanas para que la mujer pueda libremente poner fin a su embarazo y otro de veintidós semanas para determinadas indicaciones, entre la que se encuentra el que el feto tenga graves anomalías. Como tendremos oportunidad de confirmar más adelante, los plazos que se fijan en la norma dicen basarse en criterios científicos, pero resultan totalmente arbitrarios. De no ser así, no variarían dichos plazos de país a país o en cada cambio legislativo, como ha sucedido en España. Como hemos visto, a las 14 semanas no ha sucedido nada en el feto que le haga merecedor de una especial protección respecto de la que merecía un día antes. A partir de la novena semana se produce el desarrollo y maduración de los órganos y tejidos. La fijación de criterios arbitrarios, para determinar cuándo un ser humano se convierte en persona ha sido tratado por la ciencia-ficción. Philip K. Dick en su relato *The Pre-persons*³²⁴ cuenta la historia de la aprobación de una norma, en virtud de la cual, no se considera personas a los seres humanos hasta que tienen un alma, lo que sucede cuando pueden comprender álgebra básica, fijándose como edad, los 12 años. Este relato de ciencia ficción, no es tan disparatado. Como veremos, Peter Singer defiende que los niños nacidos, durante un tiempo, no deben tener derecho a la vida, teniendo los padres el derecho de decidir si siguen viviendo: “en la discusión sobre el aborto hemos visto que el momento del nacimiento no marca una diferencia moralmente significativa. No logro ver cómo se puede defender la tesis de que los fetos pueden ser reemplazados antes del nacimiento pero no así los neonatos (...) ni el feto ni el neonato son individuos capaces de considerarse a sí mismos como entidades distintas con una vida propia que vivir”³²⁵.

1.4.b) El problema de la viabilidad.- Como resulta de la exposición del proceso de desarrollo del feto que hemos detallado anteriormente, y como afirma el Tribunal

³²⁴*The eye of sibyl and other classic stories*. Carol Publishing Group (2000) New York .Págs. 275-296.

³²⁵ Singer, P. *Ética práctica*. Cambridge University Press. (2003). Págs. 138 y 139.

Constitucional alemán (BVerfGE 39,1³²⁶, apartado I,1), estamos ante un proceso continuo que no muestra ninguna línea de demarcación y no permite una precisa división de los varios escalones de desarrollo de la vida humana, de forma que dicho proceso no termina incluso con el nacimiento. Por tanto, la protección que ofrece la Constitución a la vida prenatal no puede ser limitada al ser humano nacido ni, añade la sentencia, al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independiente del seno materno. Concluye que en la ponderación debe darse precedencia a la protección de la vida del niño que va a nacer, precedencia que se extiende a toda la duración del embarazo y no puede ponerse en cuestión en ningún momento en particular. En la sentencia 2 BvF 2/90 añade que la cantidad de protección requerida por la Ley Fundamental no depende de qué estadio del embarazo se ha alcanzado. El derecho a la vida del no nacido y su protección bajo la Ley Fundamental no está graduado en función de la expiración de ciertos plazos o del desarrollo del embarazo. No obstante, si se admite una teoría gradualista de la protección de la vida prenatal, como hacen el Tribunal Supremo de Estados Unidos y nuestro legislador, habría que concluir que si toda la cuestión del aborto gira en torno al conflicto irreductible que produce el embarazo entre los derechos de la mujer y la vida del no nacido, sólo es posible hablar de aborto en tanto el feto no puede vivir fuera del seno materno por sí mismo. El respeto a la vida del feto tras la viabilidad ha sido incluso defendido por partidarios del aborto. Así Thompson, para defender el aborto, había utilizado la analogía de una persona que es secuestrada y conectada a un famoso violinista³²⁷ que necesita su soporte vital para sobrevivir. Dice la autora que si bien defiende el derecho de desconectarse, si el violinista por alguna circunstancia sobrevive, uno no tiene derecho a cortarle el cuello. De la misma forma, la mujer tiene derecho a que se le desconecte el feto, incluso si le cuesta la vida a éste, pero no tiene derecho a matarle si sobrevive tras el aborto³²⁸. Una vez que el feto es capaz de sobrevivir sin el soporte materno, el conflicto no debería saldarse con su muerte. Obviamente, no es ésta la opinión de las clínicas abortistas. Según el diario La Razón de 1 de febrero de 2010, la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo (ACAI), criticó que se intente salvar a estos «grandes prematuros». ACAI

³²⁶ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>

³²⁷ En la analogía, uno quedaría secuestrado y conectado al violinista durante nueve meses. Dejando de lado la exagerada analogía con el secuestro, también revela una peculiar imagen del embarazo, como una situación en la que uno no puede abandonar la habitación, socializarse, tener un trabajo, ni levantarse de la cama, es decir, una situación horrible, degradante y debilitante. La situación general de las mujeres que han pasado por un embarazo, deseado o no, no es ésta.

³²⁸ Thompson, J.J. A Defense of Abortion, *Journal of Philosophy and Public Affairs*, 1 (1971).

manifestó, en un comunicado, que se están «sobredimensionando» las posibilidades de supervivencia de estos niños. También Alisa LaPolt, miembro de Planned Parenthood fue preguntada en una sesión sobre un proyecto de ley de Florida que requeriría prestar cuidado médico de urgencia a un bebé que sobreviva a un aborto. La pregunta era: “si un bebe nace como consecuencia de un aborto fracasado ¿qué querría Planned Parenthood que sucediera con ese niño que está luchando por sobrevivir?” La respuesta fue: “creemos que cualquier decisión que se tome debe dejarse a la mujer, su familia y el médico”³²⁹.

Y es que el límite de la viabilidad no ha dejado de estar bajo sospecha y así puede verse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. En la sentencia, ya citada, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* de 1976, consideró constitucional la definición de viabilidad como el estadio de desarrollo fetal que permite que la vida del niño no nacido podría continuar indefinidamente fuera del útero en forma natural o mediante sistemas de soporte vital. Pero lo declara constitucional porque ese juicio queda reservado exclusivamente al médico que va a practicar el aborto. A distinta solución se llegó cuando se precisó el concepto un poco más. La sentencia *Colautti v. Franklin* de 9 de enero de 1979 enjuició la constitucionalidad de una ley de Pennsylvania que establecía, entre otras cosas, que toda persona que practique un aborto debía determinar basada en su experiencia, juicio o competencia profesional que el feto es o no viable. Si dicha persona establecía que el feto era viable, debía prestar el mismo cuidado para preservar la vida y salud del feto que se daría en el caso de un feto que se pretende que nazca vivo y debe usar la técnica abortiva que permita la mejor oportunidad para que feto sea abortado vivo, en tanto una técnica diferente no sea necesaria para preservar la vida o salud de la madre. Define viabilidad como la capacidad del feto de vivir fuera del útero materno aunque necesite asistencia artificial. También se establecía que cualquiera que intencionada y voluntariamente quitara la vida de un niño prematuro abortado vivo, sería culpable de homicidio en segundo grado. Prohibía el aborto durante el estadio de embarazo posterior a la viabilidad, excepto cuanto fuera necesario, a juicio de un médico colegiado, para salvaguardar la vida o la salud de la madre.

³²⁹ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2301374/In-Florida-Legislature-Planned-Parenthood-lobbyist-defends-doctor-assisted-infanticide-babies-born-alive-botched-abortions.html>

El Tribunal consideró que la exigencia de determinación de la viabilidad es ambigua y que esta parte de la ley es inconstitucional. Añade que los peligros de establecer una responsabilidad criminal estricta son particularmente agudos aquí debido a la incertidumbre de la determinación de la viabilidad en sí misma. La determinación de la viabilidad exige sopesar diversas variables. Debido a la cantidad y la imprecisión de estas variables, la probabilidad de que un particular feto alcance vida significativa fuera del útero puede ser decidida sólo con dificultad. Además existiría desacuerdo entre los médicos, por lo que la perspectiva de tal desacuerdo, junto con una ley que impone responsabilidad civil y penal para una determinación errónea de viabilidad, podría tener un profundo efecto disuasorio sobre la voluntad de los médicos de practicar abortos cerca del momento de la viabilidad en la forma indicada por su mejor juicio médico.

Puede observarse en este razonamiento que la dificultad de la determinación de la viabilidad juega en contra del no nacido. Es decir, como hay un momento en que es difícil saber si el feto es capaz de vida independiente, se decide a los efectos de terminar con su vida, que no lo es. Imaginemos que en la regulación de los trasplantes, si existiera duda sobre el momento de la muerte del donante, en vez de establecer pruebas que lo asegurasen o, de no ser posible, adoptar un criterio de prudencia, un Tribunal afirmase que bastaría el criterio subjetivo del médico para la determinación del fallecimiento.

Tampoco considera la sentencia que estamos comentando conforme con la Constitución el establecimiento de la obligación de que si el feto es o podría ser viable, se le dé el cuidado que correspondería a un feto que va a nacer y a practicar una técnica de aborto que preserve su vida, salvo en el caso de que la vida de la madre se halle en peligro. Dice el Tribunal que es incierto si la norma permite a los médicos considerar su deber frente al paciente debe ser superior a su deber hacia el feto, es decir, si requiere del médico hacer un mercadeo entre la salud de la mujer y puntos porcentuales adicionales de supervivencia para el feto.

En este punto el Tribunal ha ido un paso más allá, en un sentido que se volverá a plantear en las sentencias que enjuiciaron el aborto por nacimiento parcial. Y es que, en un principio, el aborto se consideraba lícito, cuando el embarazo ponía en riesgo la salud de la madre. Es decir, se trataba de una ponderación entre la vida de la madre y la del feto,

considerando que en el conflicto irresoluble, prevalecía el derecho a la vida de la primera. Ahora se considera que no puede utilizarse un procedimiento de aborto para salvar la vida del feto viable, si existe otro procedimiento que sea más seguro que el primero, aunque el primero también sea un procedimiento médico utilizable. Es decir, no se otorga ningún valor a la vida prenatal, se le da el mismo valor que tendría un tumor.

Un giro protector, que duró poco, se produjo en la sentencia *Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft*, de 15 de junio de 1983. La ley de Missouri cuestionada exigía que en los abortos posteriores a la semana 12 de embarazo estuviera presente un segundo médico en caso de que existiese viabilidad del feto. Dice la sentencia que no es irrazonable para el Estado asumir que durante la operación la prioridad de la atención y pericia del médico estará dirigida a preservar la salud de la madre y no a proteger la vida de aquellos fetos que sobreviven al aborto. Los fetos viables estarán en peligro grave e inmediato debido a su nacimiento prematuro. Un segundo médico, en las situaciones en que, Missouri permite los abortos de tercer trimestre, podría ser de ayuda para el médico de la mujer para preservar la salud y la vida del niño. Preservar la vida de un feto viable que ha sido abortado puede no ser a menudo posible, pero el Estado puede legítimamente elegir suministrar salvaguardas para las relativamente pocas ocasiones de nacimiento vivo que sucedan.

Este criterio cambió en la sentencia *Thornburgh v. American Collegue of Obstetricians & Gynecologist*³³⁰ de 11 de junio de 1986, donde se enjuició una norma de Pennsylvania que requería del médico que realizara un aborto después de la viabilidad que ejercitara el nivel de cuidado requerido para salvaguardar la vida y la salud de cualquier niño no nacido que se espera que nazca y utilizar la técnica abortiva que presente la mejor oportunidad para el niño no nacido; por último, requería que un segundo médico se encontrara presente durante el aborto practicado cuando la viabilidad es posible, médico que debía realizar todos los pasos necesarios para preservar la vida y la salud del niño. Respecto a la salvaguarda de la vida y salud del feto, la sentencia recuerda el pronunciamiento anterior que rechazaba cualquier balance entre la salud de la madre y el aumento de puntos porcentuales de supervivencia del feto. En cuanto a la presencia del segundo médico señala que para

³³⁰ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/476/747>

superar el canon de constitucionalidad, la ley debía contener una excepción para la situación en que la salud de la madre estuviera en peligro por el retraso en la llegada dicho facultativo, y al no contemplar esta excepción el requisito es inconstitucional. Concluye la sentencia con un razonamiento poco menos que militantemente abortista, señalando que pocas decisiones son más personales e íntimas, más propiamente privadas o más básicas para la dignidad y autonomía personal, que la decisión de una mujer, con el asesoramiento de su médico y dentro de los límites especificados en Roe sobre si poner fin a su embarazo. Un derecho de la mujer para tomar libremente su decisión es fundamental. Cualquier otro resultado, desde su punto de vista, protegería inadecuadamente una parte central de la esfera de libertad que la ley garantiza igualmente a todos.

En el mismo sentido, la sentencia *Webster v. Reproductive Health Services*³³¹, de 3 de julio de 1989, estudiaba de nuevo la constitucionalidad de una ley de Missouri que entre otras cosas, establecía que un médico, antes de practicar un aborto sobre cualquier mujer, de la que tiene razón para pensar que está embarazada de 20 o más semanas, debe determinar si el feto es viable mediante la realización de los exámenes y pruebas médicas necesarias para establecer la edad gestacional del feto. Dice el Tribunal que la norma cobra sentido únicamente si es entendida en el sentido de que obliga sólo a aquellas pruebas que son útiles para conocer los datos secundarios para determinar la viabilidad. Si se interpreta, dice la sentencia, como que obliga a un médico a realizar aquellas pruebas para determinar los datos antes expresados en todas las circunstancias, incluso cuando su razonable juicio profesional le indica que las pruebas sería irrelevantes para determinar la viabilidad o incluso peligrosas para la madre y el feto, dicha exigencia de realizar las pruebas sería contradictoria con la exigencia de que el médico aplique su razonable criterio y pericia profesional. La previsión del test de viabilidad de la ley está relacionada más con favorecer el interés del Estado en la vida humana potencial que en la salud materna. Lo que hace es establecer una presunción de viabilidad a partir de la semana 20, que puede refutar el médico con pruebas que indiquen que el feto no es viable antes de realizar un aborto. Dice la sentencia que la prueba médica unánime considera que un feto de 20 semanas no es viable y que el momento más temprano en el que existe una posibilidad razonable de viabilidad es entre 23 semanas y media y 24. Pero olvida que también se estableció que

³³¹ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/492/490>

podría haber un error de 4 semanas en la estimación del tiempo de gestación, lo que apoya la prueba a las 20 semanas.

Finalmente, el Tribunal Supremo norteamericano, en *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, de 1992, señala que la viabilidad marca el momento en el que hay una posibilidad realista de mantener y nutrir la vida fuera del útero, así que la existencia independiente de una segunda vida puede, con razón y total justicia, ser el objeto de la protección del Estado que anula los derechos de la mujer; puede existir imprecisión sobre el momento concreto en el que la viabilidad se produce, pero dicha imprecisión tiene límites tolerables.

Sobre esta cuestión, como en muchas otras cuestiones relevantes sobre el aborto, el Tribunal Constitucional español pasa de puntillas, limitándose a señalar que dentro del desarrollo vital anterior al nacimiento “tiene especial transcendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana” (Fundamento Jurídico 5). Además de que de esa afirmación no extrae consecuencia jurídica alguna, es inexacta al cifrar la adquisición de individualidad en el momento de la viabilidad. En efecto, si bien a nuestro juicio desde el momento de la concepción existe un individuo humano, lo cierto es que incluso los contrarios a esta posición consideran que la individuación se produce en el momento de la anidación del embrión en el útero, proceso que concluye aproximadamente el día catorce desde la fecundación.

Además, pese a que, aun en los sistemas más permisivos, se considera que a partir de la viabilidad debe protegerse la vida del nasciturus (en Holanda, el Código Penal otorga en su artículo 82.a a los fetos viables el mismo grado de protección jurídica que las personas nacidas³³²), en la práctica no es así. En Estados Unidos, por ejemplo, el Comité Judicial del Senado señaló en 1983 que “no existen significativos impedimentos legales de ninguna clase en los Estados Unidos para que una mujer obtenga un aborto por cualquier motivo

³³² The term “to take the life of another person or of a child at the time of birth or shortly after birth” includes the killing of a fetus which may reasonably be assumed to be capable of remaining alive outside the mother's body. Tomado de <http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Nether.abo.htm>

durante cualquier estadio del embarazo³³³”. En otro informe, este Comité señaló que “el aparentemente restrictivo estándar para el tercer trimestre ha resultado de hecho no ser diferente del estándar de aborto bajo demanda expresamente permitido durante los primeros seis meses de vida del niño no nacido. La excepción de salud materna ha sido tan amplia en la práctica que se ha comido la regla. El Tribunal Supremo ha definido “salud” en este contexto incluyendo todos los factores –físicos, emocionales, familiares y la edad de la mujer- relevantes para el bienestar de la paciente. Puesto que no hay nada que impida a un médico abortista certificar que un aborto de tercer trimestre es beneficioso para la salud de la madre –en este sentido amplio- la decisión del Tribunal Supremo ha convertido, de hecho, el aborto bajo demanda disponible durante toda la vida prenatal del niño, desde la concepción al nacimiento”³³⁴.

Y esto sucede en todos los países, incluido el nuestro. Conforme a la legislación anterior (e incluso ahora si se interpreta de acuerdo con el mismo criterio), la indicación de salud psíquica carecía de plazo y se podía practicar un aborto en cualquier momento del embarazo por avanzado que esté éste. El 31 de octubre de 2006, la edición digital del diario El País, informaba de que el día anterior se había emitido un reportaje por la cadena de televisión pública danesa DR y grabado con cámara oculta, en el que se revelaba que en la clínica Emece de Barcelona, perteneciente al grupo CBM, se realizan presuntamente abortos ilegales a mujeres embarazadas de hasta más de siete meses procedentes de toda Europa. Según el reportaje se recurre “de forma fraudulenta y sistemática a la cláusula legal que en España autoriza abortos sin límite de tiempo de gestación en caso de riesgo físico o mental grave para la mujer”. Una periodista danesa embarazada de 30 semanas acompañada por otro periodista de la cadena acudió a la clínica. “Allí se entrevistan con el director de la clínica, el doctor Carlos Morín, quien asegura que recibe clientes de países como Francia, Gran Bretaña, Holanda, Alemania e incluso Australia y que el procedimiento es legal y sin riesgos para la mujer. Morín explica ante la cámara oculta que al feto se le inyecta en el corazón “digoxina”, sustancia que se usa para tratar enfermedades cardíacas, lo que le provoca la muerte por parada cardíaca antes de que sea extraído del útero. A la joven, quien alude a una supuesta ruptura con su pareja para justificar su deseo de abortar,

³³³ Report, Committee on the Judiciary, U.S. Senate, on Senate Joint Resolution 3, 98th Congress, 98-149, June 7, 1983, p. 6.

³³⁴ Report on the Human Life Bill –S. 158; Committee on the Judiciary, United States Senate, December 1981, pág. 5.

se le pide rellenar unos cuestionarios sobre su salud y estado mental. Luego es sometida a tres pruebas psicológicas con preguntas generales, bajo el argumento de que la única forma de que el aborto sea legal es aducir supuestos problemas físicos o psíquicos, a pesar de que ella reconoce en la entrevista que su estado de salud es bueno. El director de la clínica señala que esos trámites sólo son cuestiones de burocracia y en una entrevista posterior, les comunica que todo está en orden y que el precio de la operación es de 4.000 euros. El diario Abc, el 13 de marzo de 2008 informaba de que en la citada clínica se habían practicado abortos de hasta 33 semanas. Tras el conocimiento de éste y otros casos, se puso en marcha la reforma de la legislación sobre aborto, que en gran medida tiene como finalidad garantizar la impunidad de este tipo de comportamientos de los médicos y clínicas abortistas. Pese a la reforma, en febrero de 2011, el Juzgado de Instrucción número 30 de Barcelona, mantuvo la imputación al Dr. Morín por la práctica de 115 abortos ilegales, tras archivar el caso de otros 50, al no ser perseguibles tras la LO 2/2010. La Asociación Española de Pediatría (AEP), al hilo de estos hechos dio a conocer un comunicado oficial en diciembre de 2007, en el que se califica de «infanticidio encubierto» a los abortos de más de 24 semanas. La sentencia de 30 de enero de 2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió al Doctor Morín y a otros procesados de acuerdo con una interpretación de la prueba sorprendente que, entre otras cosas, lleva a calificar como pericial el testimonio como testigo del presidente de la asociación de las abortivas y desdeñar a los peritos del Colegio de Médicos. No obstante, el Tribunal Supremo el 28 octubre de 2013 ha estimado el recurso de casación contra la sentencia, ordenando la retroacción de actuaciones para que se practiquen determinadas pruebas denegadas indebidamente por la Audiencia. La sentencia del Tribunal Supremo es demoledora para determinados argumentos de la Audiencia. Ésta menoscabó el derecho de aportación probatoria del Fiscal y las acusaciones populares. El Tribunal Supremo declara la necesidad de que sea otra Sección de la Audiencia, con distinta composición, la que celebre el nuevo juicio. Lo impone así la necesidad de preservar la imparcialidad de los Magistrados que han dictado sentencia y valorado las pruebas, hecho que condicionaría de forma irreparable una nueva aproximación valorativa al objeto del proceso.

En la LO 2/2010, parece que el juego de los plazos quiere respetar el momento de la viabilidad como límite temporal para practicar un aborto. Así, la Exposición de Motivos dice que “a diferencia de la regulación vigente, se establece un límite temporal cierto en la

aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente”. Dejando de lado la cuestión de si la viabilidad debe marcar el principio de la protección de la vida del no nacido, cabe hacer dos reflexiones. En primer lugar, se fija la viabilidad en veintidós semanas, lo que supone petrificar un plazo mediante Ley Orgánica que a lo largo del tiempo se ha ido reduciendo, porque la tecnología médica permite recuperar a fetos con cada menos tiempo de gestación. En segundo lugar, sigue existiendo un supuesto de aborto (cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, artículo 15.c) que no tiene plazo. Aunque este supuesto está sujeto al cumplimiento de determinadas cautelas (informe médico confirmado por un comité clínico), todo va a depender del rigor con el que exija cumplir la Ley. El precedente de la legislación anterior no invita al optimismo. Y cabe plantearse si, dado que a estos efectos a estos fetos se les considera muertos, aunque están vivos, podría plantearse su utilización como donantes de órganos, tejidos o células.

No obstante, hay algunos datos positivos dentro de los países en que se admite el aborto más o menos ampliamente. En Estados Unidos se está produciendo un giro en esta cuestión con las llamadas Fetal Pain Bills, normas que, establecen que, en caso de producirse un aborto a partir de la semana 20 de embarazo, exigen que se haga lo posible por salvar la vida del feto, sin otra excepción que el peligro para vida o la salud física de la madre. En marzo de 2014 nueve estados (Alabama, Arkansas, Indiana, Louisiana, Nebraska, North Carolina, North Dakota, Oklahoma y Texas)³³⁵, ya tenían aprobadas este tipo de norma. No obstante, el Noveno Circuito de Apelaciones declaró inconstitucional la ley de Arkansas por no permitir el aborto antes de la viabilidad³³⁶. Por otra parte, según informaba el diario ABC³³⁷ los cuatro directores de las clínicas de obstetricia y ginecología de cuatro universidades de la capital italiana, las laicas La Sapienza y Tor Vergata, y las católicas Campus Biomedico y La Cattolica, tras la reunión mantenida al término de un convenio celebrado con ocasión de la Jornada por la Vida, firmaron una declaración en la que se

³³⁵ Datos tomados de <http://www.citizenlink.com/2014/03/11/west-virginia-lawmakers-pass-pro-life-fetal-pain-bill/>

³³⁶ Texto en <http://archive.azcentral.com/ic/pdf/0521abortion-ban-ruling.pdf>

³³⁷ Edición de 4 de febrero de 2008. Pág. 36

afirmaba que «ante la hipótesis de que un feto sobreviva a un aborto, hay que tutelar la vida del individuo y garantizarle todos los cuidados médicos necesarios para que siga con vida, con o sin consentimiento de la madre». No obstante, parece que la recomendación no se cumple. El diario La Stampa informaba en su edición de 26 de abril de 2010³³⁸ que en Cosenza se había practicado un aborto debido a malformaciones del feto (fisura palatal). Al día siguiente el capellán del hospital había acudido a rezar ante los bebés abortados y el niño de 22 semanas respiraba. Dada la alarma, a pesar de los esfuerzos realizados, el niño murió dos días después. La fiscalía abrió una investigación para determinar si los médicos habían actuado con negligencia. No deja de tener cierta ironía que la supervivencia del niño pueda acarrear alguna consecuencia penal hacia unos médicos que no hubieran tenido problema alguno, en caso de que el bebé hubiera muerto.

Para cerrar esta cuestión indicaremos que, aún en el caso de que se entendiera el aborto como un derecho de la mujer basado en su libertad o autodeterminación personal, el límite de su ejercicio debería estar en la viabilidad. Creemos que es aquí aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional español, según la cual, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante. Es decir, salvaguardar la máxima autonomía de la madre, no exige en estos casos desconocer el derecho a la vida del no nacido (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales las sentencias, entre otras 199/1987 y 154/2002).

1.4.c) El feto como paciente.- Hace sólo 30 años el feto no merecía ninguna atención médica. De hecho, la obstetricia lo sigue denominando, con terminología que suscribiría cualquier abortista actual, como el “objeto” o “móvil” del mecanismo del parto³³⁹. La moderna tecnología, en especial la ecografía, permitió acceder al feto. Después se desarrollaron diferentes medios de diagnóstico que permiten conocer su estado. Como veremos más adelante, el desarrollo de estas cada vez mejores y más precisas técnicas de

³³⁸<http://www1.lastampa.it/redazione/cmsSezioni/cronache/201004articoli/54456girata.asp>

³³⁹Melchor Marcos, J.C., Fabre González, E. y de Miguel Sesmero, J.R. El parto: mecanismos. Concepto de canal, objeto y motor del parto. La contracción uterina normal. Cambios de la pelvis durante el parto. Estudio de la progresión del parto, en *Obstetricia y Medicina materno-fetal*. L. Cabero, D. Saldívar y E. Cabrillo (Dir.) Editorial Médica Panamericana. Madrid. (2007). Pág. 405.

diagnóstico (como la amniocentesis o el análisis de vellosidades coriónicas) no han dado lugar a muchas ventajas para el feto, pues si detecta problemas no susceptibles de tratamiento, suele conllevar el aborto de no nacidos afectados. No obstante, cuando es posible, se somete al feto a operaciones quirúrgicas u otros tratamientos. La primera intervención sobre un feto fue realizada por un doctor neozelandés que en 1963 realizó con éxito una transfusión sanguínea a un feto con el fin de resolver un problema de isoimmunización Rh³⁴⁰. No obstante, la técnica se abandonó poco después al descubrirse otros tratamientos más eficaces basados en medicación con Rh inmoglobulina. Hubo que esperarse a los años ochenta del pasado siglo para que se iniciara la cirugía fetal. Inicialmente, los problemas susceptibles de operación eran las malformaciones del tracto urinario o uropatía obstructiva e hidrocefalia. Esta última es la que peores resultados ha dado, estableciéndose una especie de moratoria en 1985, que se mantiene todavía para la implantación de un catéter percutáneo.

La consideración del feto como paciente es una terminología aceptada en el ámbito médico. Existen manuales técnicos publicados con el título “El feto como paciente”³⁴¹ y también se celebran congresos médicos. Los avances son constantes. El País informaba el 13 de marzo de 2011 que en el Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona se había realizado una intervención sin precedentes a nivel internacional sobre un feto de unos cinco meses de gestación que padecía una grave enfermedad pulmonar que le habría llevado a la muerte. Se operó introduciendo un catéter de unos tres milímetros a través de la tráquea del feto que permitió llegar al bronquio afectado. Empleando un láser, los cirujanos desobstruyeron el órgano y conectaron el resto de vías aéreas para que el pulmón pudiera crecer de forma normal. Ese mismo diario, el 22 de junio de 2012 con el título “la cirugía fetal rompe barreras” informaba de que en Florida se había extirpado a un feto un tumor que se le había detectado en una ecografía a las diecisiete semanas. E igualmente el 9 de mayo de 2013 se daba cuenta que médicos del Hospital Clínic y Sant Joan de Déu operaron a un feto de 450 gramos y 21 semanas de una obstrucción de laringe, que habría resultado fatal.

³⁴⁰Torres Morera, L.M. *Tratado Anestesia y Reanimación*, Tomo II. Ed. Arán. Madrid, 2001. Pág. 2708.

³⁴¹ A título de ejemplo puede citarse Chervenak, F.A. y Asim Kurjak, Z. *The fetus as a patient: the evolving Challenge*. Papp Parthenon Pub. Group, (2002).

Ello plantea una cuestión singular ¿puede una no persona ser paciente? Esto ha generado poca controversia, puesta de manifiesto por la literatura feminista³⁴². Hace referencia a que toda intervención en el feto afecta también a la integridad física de la mujer y centralizar la atención en el primero hace olvidar que sólo a través de la mujer puede alcanzarse al feto. Ploeg cita como ejemplo frases tomadas de textos médicos: la primera dice “se realizó una frecuente monitorización cardiaca fetal y cuando el comportamiento fetal fue normal, se permitió a la madre irse a casa”. En la segunda, se afirma que “la madre y el feto fueron sedados para calmar la ansiedad de la madre y reducir el movimiento fetal”³⁴³. Kipper, citado por Paz, señala que muchos conflictos entre la madre y el feto emergen como cuestiones éticas, especialmente en razón de los avances de la tecnología obstétrica, lo que, a su vez, repercutirá en la mayor consideración hacia el feto como un paciente y, en consecuencia, como una persona humana³⁴⁴. Pero nunca se ha amparado la pretensión de tratar al feto sin el consentimiento de la madre, pues se ha considerado que supondría un inaceptable atentado contra la integridad física de ésta. En Norteamérica hay algunos pronunciamientos sobre la cuestión. La mayoría de los estados en su legislación consideran que las mujeres embarazadas, al igual que la mayoría de los pacientes tienen el derecho de rechazar cualquier intervención médica incluso cuando la vida o la salud del feto están en riesgo. Este criterio se consagró por el Tribunal de apelación del Distrito de Columbia que resolvió en 1990 el caso *In re A.C.*³⁴⁵. Se refería a una mujer joven diagnosticada de cáncer a las 25 semanas de gestación. Al principio solicitó que se la mantuviera con vida hasta que el feto tuviera una mejor oportunidad de sobrevivir. Sin embargo, cuando se debilitó y la muerte se acercaba, parece que retiró su consentimiento al tratamiento. El hospital solicitó y obtuvo una resolución judicial para practicar una cesárea. No obstante, el niño murió horas después de su nacimiento y la madre a los dos días. El Tribunal resolvió el caso, después de la muerte de ambos y declaró que la cesárea no debería haberse realizado porque no estaba claro que la madre había consentido y ni que fuera ya mentalmente competente.

³⁴²Véase a este respecto Van der Ploeg, I. *Prosthetic Bodies. The Construction of the Fetus and the Couple as Patients in Reproductive Technologies*. Kluwer Academic Publishers. Holanda (2001)

³⁴³Op. cit. Pág. 60.

³⁴⁴Paz, S. *Los derechos humanos en la reproducción asistida*. Editorial Pirámide. Madrid (2003). Pág. 104.

³⁴⁵Texto en <http://law.justia.com/cases/district-of-columbia/court-of-appeals/1987/87-609-0-0.html>

También, la sentencia *In re Fetus Brown* de 1997 del Tribunal de Apelación de Illinois³⁴⁶. Se trataba de una mujer, Testigo de Jehová, que con 35 semanas de embarazo tuvo que someterse a una operación para extraerle un tumor en la uretra. Después de la intervención, el nivel de hemoglobina descendió a unos niveles que, según su médico, dejaban en un 5% las posibilidades de supervivencia de la mujer y el feto en caso de no recibir una transfusión sanguínea. Ante la negativa de la mujer, el hospital acudió al Tribunal en busca de autorización, que otorgó la custodia temporal del feto al administrador de dicho hospital. Se practicó la transfusión, teniendo que inmovilizar y sedar a la mujer. Una vez dio a luz, el niño y la madre fueron dados de alta, quedando sin efecto la custodia temporal. La mujer presentó demanda que fundamentaba en la circunstancia de que de acuerdo con la ley federal y la ley de Illinois un adulto competente, como era ella, tenía pleno derecho a rechazar un tratamiento médico. El Estado alegó que su perentorio interés en el feto viable pesa más que la mínima invasión que supone una transfusión sanguínea. El Tribunal estimó la demanda, entendiendo que el derecho de la mujer a rechazar un tratamiento médico invasivo, derivado de sus derechos a la privacidad, a la integridad corporal y a la libertad religiosa, no disminuye durante el embarazo, incluso cuando es para salvarle la vida. El impacto potencial de la negativa sobre el feto no es legalmente relevante.

Por el contrario, una minoría de estados, aún admitiendo el mismo principio, excepcionan el caso de que con el tratamiento pueda beneficiarse tanto a la madre como al feto y éste sea viable. Este es el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo de Georgia en la sentencia de *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority*. De todas formas, la mujer evitó el procedimiento y dio a luz por medios naturales un hijo sano³⁴⁷. Un caso llamativo fue el que afectó en 2004 a Melissa Rowland³⁴⁸ que fue acusada de homicidio después de que se negara a que se le practicara una cesárea, lo que provocó la muerte de uno de los dos gemelos de los que estaba embarazada. Para una mejor comprensión del asunto, conviene detenerse brevemente en las circunstancias del caso. Melissa, en el momento de los hechos ya tenía otros cuatro hijos (dos de los cuales habían nacido mediante cesárea): dos fueron entregados en adopción y otro había sido acogido por los servicios sociales. Le había sido

³⁴⁶Consultado en http://scholar.google.com/scholar_case?case=5228237916028746454&q=In+Re+Fetus+Brown,+689+N.E.+2d+397+%28Ill.+App.+1997%29&hl=en&as_sdt=2,5

³⁴⁷ Datos tomados de <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Fetal+Rights>

³⁴⁸ Datos tomados de <http://cbhd.org/content/rights-and-responsibilities-pregnant-women-0>

diagnosticado un desorden negativista desafiante, había sido condenada por hurto y por poner en peligro a uno de sus hijos. Aparentemente, había viajado de Florida a Utah para entregar a los gemelos en adopción y no había buscado cuidado prenatal. En Utah llamó a un hospital quejándose de que no notaba movimiento fetal y se le dijo que fuera al hospital inmediatamente, lo que no hizo. Una semana después, la examinó un médico de otro hospital que recomendó que se practicara inmediatamente una cesárea, debido a la anormalmente baja cantidad de líquido amniótico, retraso en el crecimiento fetal y repetidos descensos de ritmo cardíaco fetal, pero Melissa se negó afirmando que la cicatriz arruinaría su vida (pese a que, como hemos dicho, ya se le habían practicado cesáreas y fue advertida del riesgo de muerte o daño cerebral para los gemelos). Otra semana después acudió a otro hospital para ver si los gemelos seguían vivos. No se encontró latido cardíaco para uno de los dos gemelos, pero Melissa rechazó el consejo médico de nuevo. Finalmente dio a luz a dos gemelos: uno nació muerto y el otro, una niña, tenía cocaína y alcohol en su sangre. Después de la acusación de homicidio, Melissa aceptó la condena por dos cargos de imprudencia temeraria. La condena de prisión y multa fue sustituida por 100 horas de servicios a la comunidad y 18 meses de libertad condicional, incluyendo la obligación de someterse a un tratamiento como paciente externa de salud mental, un programa de rehabilitación y unas clases de habilidades parentales. Melissa, no obstante, abandonó el estado y no cumplió ninguna de las obligaciones de su libertad condicional. El Fiscal del Distrito de Utah rechazó exigir la vuelta al estado de Melissa.

Una cuestión relacionada con ésta es si cabe impedir a la mujer embarazada realizar comportamientos que puedan poner en riesgo la salud fetal, como tomar drogas, o mantener comportamientos negligentes. En relación con el consumo de drogas, cuando una embarazada consume este tipo de sustancias puede dañar al no nacido de tres formas. Primero, porque la droga pasa a través de la placenta y puede dañar al feto por su carácter adictivo y sus cualidades teratogénicas³⁴⁹. En segundo lugar, puede cambiar negativamente el ambiente fetal y tercero, la droga, a menudo, tiene un efecto perjudicial sobre la embarazada, lo que puede afectar negativamente al feto. Además, cualquier daño neurológico que sufra el feto, puede afectar al crecimiento y desarrollo tras el

³⁴⁹Son teratógenos aquellos agentes que pueden inducir o aumentar la incidencia de las malformaciones congénitas

nacimiento³⁵⁰. Muchas cámaras legislativas de Estados Unidos estudiaron proyectos de ley relativos a consumo de droga en la década comprendida entre 1985 y 1995³⁵¹. El Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró en el caso *Ferguson v. City of Charleston*³⁵² de 2001 que la política de la Universidad de Medicina de Carolina del Sur de practicar pruebas de detección de drogas no voluntarias a mujeres embarazadas violaba la cuarta enmienda. Las demandantes eran diez mujeres que recibieron atención obstétrica en la citada institución y fueron arrestadas sin que se les diera la oportunidad de recibir tratamiento como alternativa al arresto. Otras fueron arrestadas tras la modificación de la política en 1990, porque fracasaron en el cumplimiento de las condiciones impuestas en programa de tratamiento de la drogadicción o dieron positivo en un segundo análisis. El Tribunal de Distrito rechazó la demanda considerando que las mujeres habían prestado consentimiento a las pruebas. El Tribunal de Apelación rechazó el recurso de las mujeres sobre la base de que el interés en reducir las complicaciones en el embarazo y los costes médicos asociados con el consumo materno de cocaína superaba lo que se consideró una mínima intrusión en la privacidad de las pacientes. El Tribunal Supremo dice que se trata de un hospital estatal y sus empleados son agentes del gobierno, por lo que resulta de aplicación la cuarta enmienda³⁵³. También consideró probado que los tests se realizaron sin el consentimiento informado de las pacientes. Considera que los empleados de un hospital estatal, tienen el deber, como cualquier otro ciudadano, de proporcionar a la policía las pruebas de una conducta penal que involuntariamente han obtenido en el curso de un tratamiento rutinario, pero cuando se comprometen a obtener tal prueba de sus pacientes con el propósito específico de incriminarles, tienen la obligación de asegurarse de que los pacientes son plenamente informados sobre sus derechos constitucionales. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo

³⁵⁰Steverson, J. W., *Stopping Fetal Abuse With No-Pregnancy and Drug Treatment Probation Conditions*, 34 Santa Clara L. Rev. 295(1994). Consultado en : <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol34/iss2/1>

³⁵¹Dolgin, J.L. y Shepherd. *Op. cit.* Pág. 257

³⁵² Texto en <http://www.globalhealthrights.org/health-topics/child-and-adolescent-health/ferguson-v-city-of-charlston/>

³⁵³“El pueblo tiene derecho a la seguridad personal, domiciliaria, papeles y los efectos, contra registros y detenciones arbitrarias la cual es inviolable, y no se expedirán órdenes, sino con un motivo verosímil, y estas deben estar corroborados mediante juramento o afirmación y que describan con particularidad el lugar que debe ser registrado y las personas o cosas que han de ser incautadas”.

de Illinois en sentencia de 1988, dictada en el caso *Stallman v. Youngquist*³⁵⁴. Aquí se trataba de la demanda formulada por una hija contra su madre que había sufrido un accidente de automóvil cuando estaba embarazada, como consecuencia del cual la hija había sufrido daños. La sentencia rechazó la reclamación señalando que el reconocimiento del derecho a un feto de empezar la vida con un cuerpo y una mente sanos, exigible contra la madre, convertiría a la mujer embarazada en la garante de la salud mental y física de su hijo al nacer. La madre y el hijo serían contrapartes legales desde el momento de la concepción hasta el nacimiento. Añade que el error de la anterior jurisprudencia en el sentido de que el feto no puede ser dañado legalmente cuando la mujer que es su madre ha sido herida, se ha corregido, de forma que la ley ya no trata al feto como si sólo fuera parte de su madre. Pero la ley no puede cometer un error de diferente clase, con implicaciones enormes para todas las mujeres que han estado, están, podrían estar o estarán embarazadas. Concluye diciendo que su pronunciamiento no quiere minimizar la acción de los poderes públicos a favor de la salud de los recién nacidos. Las mujeres embarazadas han de tener acceso a información acerca de los riesgos que en la vida diaria pueden experimentar los fetos y necesitan acceder a atención sanitaria para ellas y sus fetos. Pero la forma de lograr el nacimiento de niños sanos no es, sin embargo, a través de la acción civil a posteriori por daños, sino mediante la educación a priori de las mujeres y familias sobre esta cuestión³⁵⁵.

En el caso *Winnipeg Child and Family Services v. G*³⁵⁶, resuelto el 31 de octubre de 1997 por el Tribunal Supremo de Canadá, se analizó el caso de una mujer, que embarazada de su cuarto hijo, esnifaba pegamento, lo que representaba un riesgo potencial para el sistema nervioso del feto. Como consecuencia de esa adicción, dos de sus hijos habían nacido con discapacidad y estaban bajo la tutela del Estado. Preocupados por esta circunstancia, los

³⁵⁴Consultado en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlDoc=1988392125III2d267_1380.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7

³⁵⁵No obstante, hay algunos pronunciamientos anteriores y aislados en sentido contrario. El Tribunal Supremo de Michigan en 1980, en el asunto *Grodin v. Grodin*, resolvió que pesaba sobre la madre la obligación de reparar los daños prenatales causados a su hijo (una dentadura marrón y descolorida que desarrolló como consecuencia de la ingesta durante el embarazo de Tetracycline). En parecidos términos, el Tribunal Supremo de New Hampshire condenó a la madre por las secuelas sufridas por su hijo cuando, estando embarazada de siete meses, fue atropellada al cruzar la calle negligentemente por no hacerlo por el lugar habilitado al efecto. Datos tomados de Keren-Paz, T. *Torts, egalitarianism and distributive justice*. Ed. Ashgate Publishing Limited. Inglaterra. (2007) Pág. 138.

³⁵⁶Texto de la sentencia en <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1562/index.do>

servicios sociales solicitaron y obtuvieron una orden judicial para internar forzosamente a la mujer en un centro médico con el fin de tratarla hasta el nacimiento del niño. El Tribunal de Apelación anuló la orden; la mujer salió del centro, se abstuvo de consumir drogas durante el resto del embarazo y dio a luz a un niño aparentemente normal. Pese a que la situación de hecho ya estaba resuelta, los servicios sociales consideraban que quedaba abierta la cuestión jurídica y llevaron el caso ante el Tribunal Supremo. Éste aceptó pronunciarse. Partiendo de los antecedentes, consideró que para reconocer la validez de una orden que restringe la libertad de una mujer embarazada, en contra de su voluntad y a fin de proteger al feto, se necesitarían cambios en la Ley que no pueden ser efectuados por los Tribunales, sino que corresponde al poder legislativo. El Tribunal Supremo canadiense resolvió, en el mismo sentido que el anterior, el caso *Dobson v. Dobson*³⁵⁷, en el que el hijo había nacido con parálisis cerebral como consecuencia del accidente de tráfico que sufrió su madre embarazada mientras conducía. Entre otras razones, el Tribunal señaló que la sujeción a responsabilidad de la madre por daños a su hijo por su conducta durante el embarazo obligaría a los tribunales a definir el comportamiento apropiado de ésta durante el embarazo. Además de su complejidad, ello supondría una intromisión intolerable en el derecho de la mujer a su integridad física, privacidad y autonomía.

En el Reino Unido la *Congenital Disabilities Act*³⁵⁸ de 1976 exceptúa a la madre de la responsabilidad por daños prenatales a su hijo nacido, como consecuencia de su actuar negligente.

En conclusión, puede afirmarse que lo que preocupa a la corriente de pensamiento dominante en el tema del tratamiento del feto como paciente es que se muestra a éste con una individualidad diferente de la de la madre e, incluso que se utilice el propio término de madre, en vez de mujer, porque en su criterio la mujer sólo será madre cuando el niño nazca. Así, la autora antes citada, considera un curioso error el siguiente texto: “la madre y el feto tuvieron, por lo demás, una recuperación sin novedad, abandonaron el hospital el decimocuarto día y volvieron a una pequeña ciudad de Nuevo México para seguimiento por su obstetra local”. Pero los hechos son tozudos y una vez tratado el feto es imposible no verle como un individuo, dependiente sí, pero distinto de la madre. La condición de

³⁵⁷ Consultado en http://www.eejlaw.com/c/Dobson_v_Dobson_T09.pdf

³⁵⁸ Texto de la norma en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/contents>

paciente del feto es difícil de negar. Los fetos sufren problemas de salud, tienen necesidades específicas, son diagnosticados, ingresan en hospitales y reciben tratamientos. Lógicamente, esto afecta directamente al tema del aborto, sobre todo si se quiere negar cualquier viso de humanidad al no nacido³⁵⁹. La situación actual lo que demuestra es una concepción un tanto esquizofrénica, en la que, si el embarazo es deseado no se escatiman medios para garantizar el mayor bienestar y salud del no nacido, pero si no es deseado, se le elimina sin mayores consideraciones. “Se le trata como una persona cuando hay asignaturas en la carrera de Medicina y Biología que se ocupan específicamente de él, o cuando se intentan curar sus anomalías con la ingeniería genética; por otra parte, se le trata como una cosa en el aborto quirúrgico, mecánico o químico, en algunas técnicas de procreación artificial, experimentación, obtención de células, tejidos embrionarios y fetales para injertos y trasplantes y diagnóstico prenatal³⁶⁰. La legislación australiana³⁶¹ establece la posibilidad de utilizar fetos, gametos fetales, tejido gonadal o células fetales obtenidos de abortos no espontáneos. Se dice que la investigación no debe comprometer la decisión de la mujer en relación con el momento y el método de aborto. Cabe preguntarse cómo se va a controlar esa supuesta garantía. El status del feto, depende, por tanto, de forma exclusiva, de la valoración de otros.

1.4.d) Principales técnicas para practicar el aborto.- En un tema como éste, una cuestión tan aparente objetiva como la descripción de los métodos utilizados para practicar el aborto, también depende mucho de si quien lo hace es un partidario del aborto o no. Así, el primero lo describirá desde el punto de vista de la mujer, obviando toda referencia al no nacido, mientras el segundo explicará de qué forma se mata al feto. Como indiscutiblemente el aborto es una intervención sobre el cuerpo de la mujer, pero que tiene por objeto no afectar a un órgano o tejido de ésta, sino poner fin a la vida del no nacido, expondremos la cuestión haciendo referencia tanto a un aspecto como a otro.

³⁵⁹En un afán por privar de carácter personal a los fetos, en 2008, el Gobierno socialista estuvo estudiando un anteproyecto de Real Decreto que modificara el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, para considerar resto humano sólo a los fetos de 28 semanas, todo ello en relación con el caso Morín donde se habían descubierto unas trituradoras en las que se hacían desaparecer los fetos abortados. Salvo error u omisión por nuestra parte, esta modificación no se llegó a aprobar.

³⁶⁰ López Guzmán, J. El estatuto biológico del embrión, en *La humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord.) Editorial Comares, Granada. (2002). Págs. 178 y 179.

³⁶¹<http://www.nhmrc.gov.au/book/chapter-4-1-women-who-are-pregnant-and-human-foetus>

Además de métodos caseros, el aborto se practica clínicamente de las siguientes formas:

-RU-486: Es un fármaco abortivo empleado conjuntamente con una prostaglandina, que es eficiente, si se la emplea en las primeras semanas después de faltarle la primera menstruación a la madre. Le priva al embrión de un elemento vital como es la progesterona. En España, apenas se utiliza (solo el 4% de los abortos), probablemente porque sólo es utilizable en los abortos tempranos y porque resulta más barata que el aborto quirúrgico. El 23 de noviembre de 2010, el diario El País señalaba en un reportaje que algunos expertos, que pidieron anonimato para no buscarse problemas con sus colegas, señalaron las pérdidas económicas que puede suponer para las clínicas (privadas) la generalización del aborto farmacológico. Sin embargo, Santiago Barambio, presidente de Acai, la asociación que agrupa a una treintena de clínicas abortistas españolas se defendía: "Si en España se ha utilizado poco es porque las mujeres no lo querían". Y añadía que en su clínica de Barcelona, cobra lo mismo por un método que por otro, lo que resulta chocante porque la utilización de la RU-486 resulta más barata. El mismo diario, en su edición de 23 de febrero de 2011, informaba que en Cataluña se había puesto en marcha un programa para dispensar el tratamiento en ambulatorios en vez de en hospitales, como hasta ahora. Y, como ocurre siempre que no se utiliza la demagogia, reconoce los riesgos a los que se someten las mujeres a las que se practica un aborto; el propio Barambio decía: "cuando aparezcan los efectos adversos, un porcentaje importante de mujeres irá a las urgencias de los hospitales, y acabará saliendo más caro".

-Por envenenamiento salino: se extrae líquido amniótico dentro de la bolsa que protege al feto. Se introduce una larga aguja a través del vientre de la madre hasta la bolsa amniótica y se inyecta una solución salina concentrada. El feto ingiere esta solución que le producirá la muerte 12 horas más tarde. Esta solución salina produce quemaduras graves en la piel del feto. Unas horas más tarde, la madre comienza el parto y da a luz un bebé muerto. Este método, según la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, *Stenberg v. Carhart*³⁶², ya no se utiliza y ha sido sustituido por el de succión.

-Succión: de acuerdo con la sentencia antes mencionada, cerca del 90% de los abortos practicados en el país tienen lugar antes de las 12 semanas de edad gestacional. En este

³⁶² Texto en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-830.ZS.html>

período el método predominante es éste, también llamado de aspiración al vacío. Al explicarlo, y poniendo de relieve una vez más la importancia del lenguaje dice que “implica la inserción de una cánula en el útero para evacuar su contenido”, omitiendo que ese contenido es un feto y que el procedimiento le mata. En este sentido coincide con la información de una clínica abortista³⁶³ donde se omite completamente la mención al feto: “La aspiración o succión consiste en la introducción de una cánula dentro de la matriz vaciando el contenido mediante presión negativa”. En realidad, el procedimiento consiste en lo siguiente: se inserta en el útero un tubo hueco que tiene un borde afilado. Una fuerte succión (28 veces más fuerte que una aspiradora casera) despedaza el cuerpo del feto, así como la placenta. Se introduce luego una pinza para extraer el cráneo, que suele no salir por el tubo de succión.

-Mediante prostaglandina: Este fármaco provoca un parto prematuro durante cualquier etapa del embarazo. Su principal complicación es que, a veces, el bebé sale vivo.

-Por operación cesárea. Este método es exactamente igual que una operación cesárea hasta que se corta el cordón umbilical, salvo que en vez de cuidar al niño extraído se le deja morir.

-Dilatación y extracción (D&E): El Juez Kennedy, del Tribunal Supremo americano, en la sentencia *Gonzales, Attorney General v. Carhart*³⁶⁴ et al. De 18 de abril de 2007 explica: “el médico debe dilatar primero el cuello del útero al menos hasta lo necesario para introducir instrumentos quirúrgicos en el útero y manipularlos para extraer el feto. Los pasos adoptados para producir la dilatación difieren en función del médico y de la edad gestacional del feto. El médico comienza a menudo el proceso de dilatación introduciendo dilatadores osmóticos, tales como laminaria, en el cuello del útero. Los dilatadores pueden ser usados en combinación con drogas, tales como misoprostol, que incrementan la dilatación. La cantidad resultante de dilatación no es uniforme, y un médico no sabe de antemano cómo va a responder una determinada paciente. Incluso el tiempo que los médicos emplean dilatadores osmóticos varía. Algunos pueden mantener los dilatadores en

³⁶³ <http://www.centromedicopacifico.es/metodo-abortivo-quirurgico.htm>

³⁶⁴ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-380.ZS.html>

el cuello del útero durante dos días, mientras otros usan los dilatadores durante un día o menos. Después de una suficiente dilatación la operación quirúrgica puede comenzar. La mujer recibe anestesia total o sedación. El médico, normalmente guiado por ultrasonido, inserta fórceps de agarre a través del cuello del útero de la mujer y en el útero agarra al feto. El médico sujeta con fuerza una parte del feto con el fórceps y tira hacia afuera a través del cuello del útero y la vagina, y continúa tirando incluso después de encontrarse con la resistencia del cuello del útero. La fricción causa el desgarro del feto. Por ejemplo, una pierna puede ser arrancada del feto mientras se empuja a éste a través del cuello del útero fuera de la mujer. El proceso de extraer el feto parte a parte continúa hasta que sido completamente retirado. El médico puede hacer entre 10 y 15 maniobras con los fórceps para extraer el feto en su integridad, aunque algunas veces la extracción se completa con menos maniobras. Una vez que el feto ha sido extraído, la placenta y otro material fetal que permanece es succionado o raspado del útero. El doctor examina las diferentes partes para asegurarse de que el cuerpo fetal entero ha sido extraído”.

-D&X o aborto por nacimiento parcial: El procedimiento para abortos tardíos, también comienza, como el anterior con la dilatación, pero en este caso ha de ser mayor. Para describir este método, seguimos la descripción que un médico abortista, el Dr. Haskell, hizo en el procedimiento, ya citado, *Gonzales, Attorney General v. Carhart et al.* y que se recogió en la sentencia: *En este momento, el cirujano diestro desliza los dedos de su mano izquierda a lo largo de la espalda del feto y “engancha” los hombros del feto con los dedos índice y anular (con la palma hacia abajo). Mientras sigue tirando, levantando el cuello del útero y aplicando tracción sobre los hombros con los dedos de la mano izquierda, el cirujano coge una tijera curva de punta roma Metzenbaum con la mano derecha. Hace avanzar cuidadosamente la punta, la parte curvada hacia abajo, a lo largo de la columna vertebral del feto y bajo su dedo medio, hasta que nota que toca la base del cráneo con la punta de su dedo medio. El cirujano, entonces, empuja las tijeras en la base del cráneo o en el foramen magnum³⁶⁵. Cuando entra sin novedad en el cráneo, abre las tijeras para hacer mayor la abertura. El cirujano saca las tijeras e introduce un catéter de succión y evacúa los contenidos del cráneo (curiosa forma de decir que extrae la masa encefálica).*

³⁶⁵ El foramen magnum es la cavidad en la base del cráneo que permite el paso de la médula espinal

*Con el catéter todavía colocado, aplica tracción al feto, sacándolo completamente de la paciente*³⁶⁶.

Esta es una descripción clínica realizada por un médico abortista. Añadimos el testimonio de una enfermera ante el Comité Judicial del Senado (y que está también incorporado en la sentencia) que fue testigo de ese método realizado sobre un feto de 26 semanas:

*“el Dr. Haskell entró con los fórceps y cogió las piernas del bebé y tiró de ellas a través del canal de parto. Entonces sacó todo el cuerpo del bebé y los brazos, todo menos la cabeza. El doctor mantuvo la cabeza bien dentro en el útero. Los dedos del bebé se abrían y se cerraban y sus piecitos pateaban. Entonces el doctor clavó las tijeras en la parte de atrás de su cabeza, y los brazos del bebé se sacudieron como en una reacción de sobresalto, como un estremecimiento, como el bebé hace cuando piensa que se va a caer. El doctor abrió las tijeras, clavó un tubo de succión de alta potencia en la abertura y succionó el cerebro del bebé. Entonces el bebé quedó flácido(...). Cortó el cordón umbilical y extrajo la placenta. Tiró el bebé en un recipiente, junto con la placenta y los instrumentos que acababa de usar...”*³⁶⁷.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció que no existen datos del número de abortos que se practican con este método. Las estimaciones son tan poco precisas que oscilan entre los 640 y los 5000 anuales. Parece difícil imaginar otro ámbito de práctica

³⁶⁶"At this point, the right-handed surgeon slides the fingers of the left [hand] along the back of the fetus and "hooks" the shoulders of the fetus with the index and ring fingers (palm down). While maintaining this tension, lifting the cervix and applying traction to the shoulders with the fingers of the left hand, the surgeon takes a pair of blunt curved Metzenbaum scissors in the right hand. He carefully advances the tip, curved down, along the spine and under his middle finger until he feels it contact the base of the skull under the tip of his middle finger. [T]he surgeon then forces the scissors into the base of the skull or into the foramen magnum. Having safely entered the skull, he spreads the scissors to enlarge the opening. The surgeon removes the scissors and introduces a suction catheter into this hole and evacuates the skull contents. With the catheter still in place, he applies traction to the fetus, removing it completely from the patient". H. R. Rep. No. 108-58, p. 3 (2003).

³⁶⁷"Dr. Haskell went in with forceps and grabbed the baby's legs and pulled them down into the birth canal. Then he delivered the baby's body and the arms--everything but the head. The doctor kept the head right inside the uterus... The baby's little fingers were clasping and unclasping, and his little feet were kicking. Then the doctor stuck the scissors in the back of his head, and the baby's arms jerked out, like a startle reaction, like a flinch, like a baby does when he thinks he is going to fall. The doctor opened up the scissors, stuck a high-powered suction tube into the opening, and sucked the baby's brains out. Now the baby went completely limp... He cut the umbilical cord and delivered the placenta. He threw the baby in a pan, along with the placenta and the instruments he had just used". *Ibíd.*

sanitaria en el que los datos sean tan escasos. Es más, según se alega por los partidarios del método, éste es extraordinario y se aplica sólo en casos en que el feto padece determinada condición como la hidrocefalia (un exceso de líquido cefalorraquídeo que comprime el cerebro dañándolo gravemente) y que normalmente impide la extracción por el canal del parto, siendo necesaria una cesárea. En este supuesto parece estar pensando la LO 2/2010, cuando en el artículo 15.c) regula como indicación del aborto sin plazo (la hidrocefalia no se puede detectar antes de las 20 semanas de embarazo), anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista.

Sin embargo, el que este método esté reservado a supuestos excepcionales es falso y nuevamente no haremos referencia a propaganda pro vida, sino a las declaraciones recogidas por Ron Fitzsimmons (Director Ejecutivo hasta 2004 de NCAP, acrónimo que responde a la Coalición Nacional de Proveedores de Aborto) por el diario New York Times, el 26 de febrero de 1997³⁶⁸. En dicho artículo, reconoce que mintió en anteriores declaraciones cuando dijo que el controvertido procedimiento era infrecuente y practicado principalmente para salvar la vida o la fertilidad de mujeres embarazadas de bebés severamente malformados. También decía que el procedimiento es realizado mucho más a menudo de lo que sus colegas han reconocido y sobre mujeres sanas embarazadas de bebés sanos. Dice que engañó intencionadamente en anteriores comentarios sobre el procedimiento porque temía que la verdad dañara la causa del derecho al aborto. Y añade que en la inmensa mayoría de los casos, el procedimiento se realiza en mujeres sanas con fetos sanos de 20 o más semanas y termina citando un artículo del propio Fitzsimmons en el Medical News, una publicación de la Asociación Médica Americana, en la que añade: la gente del derecho al aborto lo sabe, lo sabe la gente antiaborto y probablemente, lo sabe todo el mundo.

Precisamente la legitimidad de este procedimiento de aborto ha dado lugar a las dos últimas sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el aborto. La dictada en el caso *Stenberg v. Carhart*, de 28 de junio de 2000, es la primera de ellas. Enjuicia una Ley de Nebraska que prohibía cualquier aborto por nacimiento parcial a menos que fuera necesario

368

Consultado en <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C05E6DF1731F935A15751C0A961958260>

para salvar la vida de la madre que estuviera en riesgo por cualquier desorden, enfermedad o herida física, incluyendo un estado físico que pusiera en riesgo la vida, causado por, o surgido como consecuencia, del propio embarazo. Definía el aborto por nacimiento parcial como aquél en el que el doctor provoca el parto vaginal de un niño vivo no nacido antes de matarlo y define la última frase como traer a la vagina intencionalmente un niño no nacido vivo, o una parte sustancial de él, con el fin de realizar un procedimiento que el abortista sabe que matará al niño, y mata efectivamente al niño. Carhart, un médico abortista planteó el pleito con la finalidad de obtener una declaración de que la Ley violaba la Constitución Federal. El Tribunal de Distrito declaró la inconstitucionalidad que fue confirmada por el Octavo Circuito.

El Tribunal Supremo concluye que la Ley de Nebraska violaba la Constitución por dos motivos: primero, no contiene ninguna excepción que contemple la salud de la madre y, segundo porque impone una carga indebida a la capacidad de la mujer para elegir un D&X, así que obstaculiza indebidamente su derecho a elegir su propio aborto. En relación con la falta de excepción relativa a la salud de la madre³⁶⁹, el Juez Thomas, uno de los Magistrados discrepantes con el fallo, expresó en su voto particular, a nuestro juicio con buen criterio, que la excepción de la salud se elaboró para indicar que el aborto estaba justificado porque el embarazo ponía en riesgo la salud de la madre, no para elegir entre diferentes procedimientos de aborto. Como ya dijimos antes, la consideración que se hace del feto es equivalente a la de un tumor.

Por otra parte, consideró la sentencia que la redacción de la norma era imprecisa y que podía llegar a impedir otros procedimientos. El tenor literal de la norma prohibía hacer llegar deliberada e intencionadamente a la vagina a un niño vivo no nacido, o una parte sustancial de él, con el propósito de realizar un procedimiento que la persona que lo realiza sabe que matará al niño no nacido. Dice la sentencia que por parte sustancial puede

³⁶⁹Según la sentencia, el procedimiento D&E conlleva ciertos riesgos. El uso del instrumental en el interior del útero crea un peligro de perforación y daño a los órganos vecinos. Los afilados fragmentos de hueso del feto crean riesgos similares. Y el tejido fetal accidentalmente no retirado puede causar infecciones y otras complicaciones. Por eso se justifica el D&E intacto (D&X, o aborto por nacimiento parcial), porque es más seguro ya que evita los riesgos mencionados y es aplicable en otros casos como cuando el feto sufre hidrocefalia o cuando la mujer tiene cicatrices uterinas previas o para aquellas a las que la inducción del parto sea particularmente peligrosa.

entenderse un brazo o una pierna, de forma que fiscales actuales o futuros podrían utilizar esta ley para perseguir a médicos que utilizan el procedimiento D&E.

Además, plantea una cuestión, ésta sí, de gran interés. Dice que según la doctrina establecida por el propio Tribunal, la regulación del aborto por parte del Estado se justifica por su interés en salvaguardar la potencialidad de la vida humana (nuevamente, el lenguaje utilizado afirma que vida prenatal no es todavía humana). La Ley de Nebraska no salva al feto de la destrucción, pues sólo se refiere a uno de los posibles métodos de realizar un aborto. En este sentido es interesante citar lo que afirman en su voto concurrente algunos de los Magistrados que se mostraban conformes con la constitucionalidad del procedimiento. La Juez Ginsburg señaló que “la retórica no me suministra una razón para creer que el procedimiento que aquí pretende prohibir Nebraska es *más brutal, espantoso o menos respetuoso de la vida potencial que el otro procedimiento igualmente espantoso* (la cursiva es nuestra) que Nebraska pretende todavía permitir”. Y concluye que “la noción de que cualquiera de esos dos procedimientos igualmente espantosos realizados en ese tardío estadio de gestación es más semejante al infanticidio que otra, o que el Estado fomenta cualquier legítimo interés prohibiendo uno u otro es simplemente irracional”. La misma Magistrada, junto con el Juez Stevens vuelve a insistir en que “el método más común de realizar abortos antes de la viabilidad del segundo trimestre no es menos angustiante o susceptible de espantosa descripción”³⁷⁰.

La cuestión no quedó cerrada. El Congreso de los Estados Unidos reaccionó a la sentencia aprobando una norma que ilegalizó el aborto por nacimiento parcial con una redacción más precisa que la norma de Nebraska antes enjuiciada, con el fin de salvar la censura de imprecisión. Define aborto por nacimiento parcial como un procedimiento en el cual: a) deliberada e intencionadamente se hace nacer un feto hasta que, en el caso de que la cabeza se presente primero, la cabeza del feto esté enteramente fuera del cuerpo de la madre, o en caso de presentación podálica (de nalgas), cualquier parte del tronco del feto pasado el ombligo esté fuera del cuerpo de la madre, con el propósito de realizar un acto patente que

³⁷⁰ Pese a la brutalidad de los procedimientos no se ha planteado un debate serio acerca de si, admitido el aborto, podría mitigarse el sufrimiento fetal. Las razones por las que no se ha entrado en ello son diferentes según el punto de vista que se mantenga. Para los que se oponen al aborto, seguramente no es bueno que, de alguna manera, “se humanice”; de igual forma, los opositores a la pena de muerte no ven con buenos ojos la llamada “inyección letal”. Por el contrario, los partidarios del aborto considerarían muy peligroso reconocer que el feto es un ser humano que puede sufrir.

la persona sabe que matará al feto vivo nacido parcialmente; b) y realiza ese acto patente distinto de la terminación del parto, que mata al feto. Impugnada la Ley, el Tribunal de Distrito declaró inconstitucional la Ley con base en los fundamentos de la sentencia Casey. El asunto llegó al Tribunal Supremo que en esta ocasión cambió su criterio en la sentencia Gonzales, Attorney General v. Carhart et al. de 18 de abril de 2007. El anterior pronunciamiento había sido contrario a la Ley por 5 a 4 y en esta ocasión fue favorable por idéntica mayoría. Considera el Tribunal Supremo que la Ley no es imprecisa y sólo prohíbe el aborto por nacimiento parcial. No restringe la práctica de abortos que implican la expulsión de un feto muerto o que no impliquen la expulsión vaginal. Se exige que el feto sea expulsado hasta un determinado punto anatómico, de tal forma que todo aborto que no implique tal expulsión parcial queda permitido. Por último, el médico ha de realizar un acto patente dirigido a matar al feto y distinto de la expulsión. Añade que el propósito de la Ley del Congreso es proteger la vida humana de un procedimiento brutal e inhumano y, por otra parte, proteger la reputación y ética de la profesión médica, fines ambos que forman parte del interés legítimo del Estado.

Respecto de la excepción de salud, la argumentación es, lógicamente, la contraria que en el caso anterior. El Tribunal considera que la prohibición legal sería inconstitucional, bajo los precedentes, si sometiera a las mujeres a riesgos significativos para su salud. Si tales riesgos se producen es una cuestión discutida y los precedentes del Tribunal instruyen en que las leyes pueden sobrevivir a ataques directos, en tanto en cuanto la incertidumbre médica persista. La incertidumbre médica no impide el ejercicio de la potestad legislativa en el contexto del aborto, de manera distinta a como lo hace en otros ámbitos. Es más, termina la sentencia, incluso admitiendo que el aborto por nacimiento parcial sea verdaderamente necesario en algunas circunstancias, una inyección previa para matar al feto permite al médico realizar el procedimiento porque la prohibición se aplica a la expulsión de un feto vivo.

Coincidimos con los Magistrados partidarios del D&X (aborto por nacimiento parcial) en que ambos procedimientos son espantosos, pero la conclusión no debería ser, a nuestro juicio, que no habiéndose cuestionado uno, tampoco deba cuestionarse el otro, sino si causar la muerte de un ser humano no nacido en las formas descritas debe ser amparado por el derecho. La descripción de dichos procedimientos, tomada de los propios médicos que

los practican, resultan difícilmente soportables para cualquier persona con un mínimo de sensibilidad. En el voto particular que los Jueces Grinsburg, Stevens, Souter y Breyer formularon a la sentencia *Gonzales v. Carhart* dicen que, en realidad, la oposición a este procedimiento se basa en que la extracción de un feto intacto merece especial condena ya que un feto no desmembrado recuerda a un niño. Pero, añaden, también lo parece un feto extraído intacto después de ser matado con una inyección un día o dos antes de la extracción quirúrgica o un feto extraído mediante inducción médica o cesárea. Es más, la disponibilidad de estos métodos es lo que salva la inconstitucionalidad de la prohibición. Nuevamente, a un argumento a favor de este procedimiento puede dársele la vuelta. Vienen a decir que es irracional oponerse al mismo porque el rechazo se produce por el parecido del feto intacto con un niño y que ese parecido también se observa en otros procedimientos semejantes. Lo lógico sería plantearse si son admisibles todos esos procedimientos. Ya que, aunque los Magistrados hacen referencia al parecido entre el feto y el niño, como si en el fondo fuera realidades que nada tienen que ver, lo cierto es que no hay una diferencia sustancial entre ambos, es el mismo ser, aunque en un caso está dentro y en otro fuera del útero.

Pese a que efectivamente, prohibiendo el D&X no se salva vida prenatal alguna porque siguen disponibles medios alternativos para practicar abortos tardíos, el procedimiento de aborto por nacimiento parcial, tiene algunas características que lo hacen singular. Aunque creemos que la distinción es totalmente arbitraria, el fundamento de la justificación del aborto, se encontraba en que mientras el niño está en el seno materno, la madre decide. Aquí, se mata a un niño que es extraído del cuerpo de la madre, excepto la cabeza. De ahí, a pensar que puede también matarse a un niño recién nacido hay un paso. Y no se trata de una idea descabellada, pues reputados especialistas en bioética, como el australiano Peter Singer, defienden el derecho de los padres a decidir poner fin a la vida de sus hijos durante un período posterior al nacimiento. Dado que la justificación de este método es que es más seguro para preservar la salud de la madre, podría argumentarse que tampoco el aborto por nacimiento parcial es un procedimiento absolutamente seguro, como por otra parte ocurre con todas las intervenciones en el campo de la salud. Un doctor testificó ante un comité de la cámara de Nebraska que el aborto por nacimiento parcial implica tres procedimientos muy arriesgados: dilatación del cuello del útero, uso de instrumentos ciegamente y giro del feto. Matando al niño una vez nacido se eliminarían al menos los dos últimos, siendo una

garantía mayor para preservar la vida de la madre. Una vez alcanzado un determinado nivel de razonamiento, la deriva resulta imparabile. En un artículo publicado en el *Journal Medical Ethics*³⁷¹, Giubilini y Minerva de los departamentos de Filosofía de la Universidad de Milán y de la de Melbourne, respectivamente, firmaron un artículo titulado *After-birth abortion: why should the baby live?* (aborto después del nacimiento: ¿Por qué debería vivir el bebé?) Aunque reconocen que el aborto después del nacimiento es un oxímoron, proponen la expresión, en vez de infanticidio, para enfatizar que el status moral del bebé es equiparable al del feto más que al de un niño. Y añaden que matar a un recién nacido es aceptable en todas las circunstancias en que lo es un aborto. Tales circunstancias incluyen casos donde el recién nacido tiene la posibilidad de tener una vida aceptable, pero el bienestar de la familia está en riesgo. Tampoco lo denominan eutanasia porque el mejor interés del que muere, no es necesariamente el criterio primordial para la elección. Justifican el mismo trato a recién nacidos y a fetos en cuanto que ambos son seres humanos y personas potenciales, pero no son personas en el sentido de sujetos morales con derecho a la vida. Definen persona como un individuo que es capaz de atribuir a su existencia, al menos, algún valor básico, de forma que privarle de la misma representa una pérdida para él. Concluyen señalando que si criterios tales como el coste (social, psicológico, económico) son suficientemente buenos para abortar, incluso cuando el feto es sano, las mismas razones justificarían matar al recién nacido. Añaden dos consideraciones: la primera es que no sugieren ningún plazo para que el “aborto postnatal” deje de ser permisible. Depende del desarrollo neurológico de los recién nacidos. Y tampoco defienden que matar al recién nacido sea una buena alternativa al aborto, siendo preferibles los abortos en embarazos tempranos. Pero si las circunstancias cambian durante el embarazo, de forma que hacerse cargo de la descendencia supone una carga insoportable, entonces debería ofrecer a los padres la oportunidad de no ser forzados a hacer algo que no se pueden permitir.

1.4.e) La valoración jurídica de la vida prenatal.- Aunque no todos los autores favorables al aborto niegan que la vida del feto sea valiosa, como ocurre con la citada Judith Jarvis Thompson³⁷², con carácter general, podría decirse que el planteamiento del problema del aborto es muy simple y todo gira en torno al derecho a la vida del no nacido.

³⁷¹Giubilini A, Minerva F. *J Med Ethics* (2012). doi:10.1136/medethics-2011-100411

³⁷²Thompson, J.J. *Op. cit.* Pág. 47.

Antes de dar respuesta a esta cuestión consideramos necesario hacer dos precisiones terminológicas. En un tema tan sensible como éste, el lenguaje no es nunca neutral y se utiliza siempre como un arma de persuasión. Muchos abortistas, por ejemplo, hablan del embrión o feto, como cúmulo de células, tejido o contenido del útero; es obvio que con independencia de que se reconozca o no su derecho a la vida, el feto claramente no es un mero tejido. Los defensores de la vida prenatal hablan del feto o embrión como niño. Es cierto que técnicamente esta última expresión no es correcta, pero resulta conforme con la que se utiliza en la vida ordinaria. En efecto, el ecógrafo no le dice a la mujer embarazada que observe el corazón de su embrión (y mucho menos de su cúmulo de células), sino que le enseña el corazón del “bebé”; tampoco le informa de que el “feto es de sexo femenino” sino que le dice que es una “niña”. La embarazada tampoco dice “el feto me ha dado una patada” ni se le pregunta “¿cuándo nace el feto?”. En el accidente del tren de alta velocidad de julio de 2013 en Santiago de Compostela, el diario El País titulaba una de sus noticias: No se salvaron dos, sino tres³⁷³. La noticia hacía referencia a una mujer herida que en el hospital había descubierto que estaba embarazada de siete semanas. La noticia decía “tanto ella, como el feto y *su otro hijo* de siete años están bien” (la cursiva es nuestra). Añadía que “no solo salvó su vida, sino también la del bebé que, si todo continúa a este ritmo, nacerá dentro de siete meses”. El mundo de la publicidad no es ajeno. Un anuncio de Chrysler a doble página mostraba a una mujer embarazada que había sobrevivido a un grave accidente automovilístico; en el anuncio se contaba que gracias a llevar el cinturón de seguridad y al equipamiento de airbag, la mujer salvó la vida y salvó otra vida, la de su bebé³⁷⁴. Cuando el autor que describe el anuncio pidió permiso para reproducirlo se le denegó, porque era para un libro pro vida. Resulta curioso que todo el mundo (incluidos los abortistas) se refieran al no nacido en estos términos y, sin embargo, cuando nos adentramos en el campo del aborto, se considere que la utilización de estas palabras constituye una manipulación o un prejuicio religioso.

En segundo lugar, llama la atención el tratamiento que reciben las opiniones de los sectores pro vida, calificándolas con palabras propias de la terminología bélica. Así se dice que “la Iglesia católica y las iglesias evangélicas combaten con energía”, “ofensiva antiabortista”,

³⁷³http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/07/27/galicia/1374951911_984652.html

³⁷⁴Descrito en Alcorn, R. *Pro life answers to pro choice arguments*. Mulnomah Books. Colorado Springs (2000). Pág. 98.

“ofensiva antiabortista en la UE” y “feroz resistencia al aborto legal en América Latina”³⁷⁵. Lo sorprendente es que después de ese titular se describen iniciativas legítimas en un Estado democrático, aunque, por supuesto, discutibles. Como ejemplo, transcribimos el comienzo del artículo mencionado en penúltimo lugar: “Un día sí y otro también el ginecólogo Christian Fiala se encuentra con un puñado de manifestantes antiaborto a las puertas de la clínica donde trabaja en Viena. Algunas veces hablan con las mujeres y les entregan información sobre sus organizaciones. Otras se limitan a rezar. Fiala se ha acostumbrado a esta imagen, que hace cinco años resultaba insólita en Austria. Una escena muy similar a la que vive cada semana Luisa Torres, portavoz de la clínica Dátor de Madrid”. Calificar esto de ofensiva resulta como mínimo, pintoresco. Lo mismo puede decirse de la entrada del blog “The american way of life”, cuya autora es Yolanda Monge del 6 de abril de 2011, que se recoge en elpais.com. La autora dice que “las campañas en contra del aborto son cada vez más agresivas e insultantes” y añade que los contrarios al aborto (el blog dice interrupción voluntaria del embarazo) “han iniciado (...) una fuerte ofensiva”... Todo ello para contar la existencia de carteles publicitarios dirigidos a la comunidad negra, en uno de los cuales, aparece la imagen del Presidente Obama y un texto en el que se dice “cada 21 minutos, nuestro posible futuro líder es abortado”. En el otro, la imagen de una niña y un texto que reza “el sitio más peligroso para un afroamericano es el útero”.

Una vez hecha esta reflexión, volvemos a la pregunta. Es evidente que la respuesta que se dé concluye el debate. Si el no nacido carece de derecho a la vida, el aborto es una cuestión que puede decidir la embarazada y es indiferente para el derecho, salvo que tratándose de una intervención médica es necesario el consentimiento informado, así como el cumplimiento por parte de la clínica de toda la normativa sanitaria que corresponda. Por el contrario, si el no nacido tiene derecho a la vida, el aborto (salvo en el caso de peligro grave para la vida de la madre) sería una violación de aquél derecho, incluso en casos cargados de dramatismo. Nadie consideraría que debe ampararse por una norma el homicidio de un niño de dos años a manos de su madre porque fue fruto de una violación, ni el de una niña de seis meses porque las exigencias de su cuidado están causando un grave perjuicio a su salud psíquica o el de un niño de seis años con graves malformaciones porque no les exigible a

³⁷⁵El País, 26 de octubre de 2009, mismo diario, editorial de 19 de diciembre de 2007, mismo diario, el 4 de noviembre de 2008, mismo diario, 23 de octubre de 2009.

sus padres el esfuerzo extraordinario que supone su cuidado, o el de una niña de 3 años porque la situación económica de la madre es absolutamente precaria.

Una visión de las legislaciones nacionales hace pensar que existe un consenso amplio en relación con el aborto, pues en la inmensa mayoría de ellas se admite con mayor o menor amplitud. Pero en realidad, existe todavía una importante división de opiniones, si bien, la postura pro vida, o es minoritaria o, según las encuestas en Estados Unidos es mayoritaria, pero el fallo del Tribunal Supremo en Roe lo ha sustraído del debate público. Esta división se aprecia claramente en la doctrina. Es imposible hacer una mención siquiera sucinta de las distintas tesis que se han venido formulando sobre esta cuestión. Presentaremos, eso sí las que nos parecen más representativas, aunque de forma breve porque son conocidas.

Iniciamos el análisis de la posición favorable al respeto de la vida prenatal, que compartimos. El hombre necesita constantemente de valores que guíen sus acciones y sentimientos; y uno de estos valores –el más importante y motivador quizá de nuestra época- sea el valor vida, como presupuesto absoluto de la propia existencia, como condición indispensable para poder actuar, pensar, sentir lo que somos o lo que aspiramos a llegar a ser. Podría decirse que es la interpretación heideggeriana de la vida como pura posibilidad, en el sentido de que, cualesquiera que sean las cosas que el ser humano proyecte y decida realizar, todo está pendiente de que haya vida³⁷⁶. La postura favorable al derecho a la vida del no nacido se basa fundamentalmente en que dicho derecho (a la vida), ha de abarcar a todo ser humano e implica el tener que ser respetado éste durante todo su iter vital, tanto antes de nacer, como después. Sin que quepa admitir gradaciones en su respeto en función del tiempo de vida que tenga, funcionalidad o cualquier otra circunstancia³⁷⁷. Lo que el aborto destruye es una vida (humana) y no tan sólo una esperanza de vida. Esa destrucción únicamente se puede fundamentar en un derecho superior y no en una mera comodidad. Y frente a la vida humana no hay derechos superiores en un ordenamiento constitucional de nuestra cultura jurídica (...) ³⁷⁸. La punición del aborto se fundamenta en el principio de dignidad de la persona y, en último

³⁷⁶ Ruiz de la Cuesta, A: El valor vida humana digna: su prescriptividad ética y jurídica en *Bioética y derechos humanos*. Universidad de Sevilla (2005). Pág 65.

³⁷⁷ Porras del Corral, M. Biotecnología, bioética y derechos humanos, en *Bioética y derechos humanos* Universidad de Sevilla. Pág. 154.

³⁷⁸ Bueno Arús, F. Prólogo a *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*. Molina Blázquez, M.C. y Sieira Mucientes, S. Ed. Bosch. (2000). Págs. 10 a 16.

extremo que el bien jurídico protegido y encarnado en el nasciturus es la vida humana dependiente(...) Compete al Estado (...) proteger los Derechos Humanos frente a cualquier pretensión utilitarista, totalitaria o instrumentalizadora de los mismos³⁷⁹. Al tipificar como delito el aborto, el legislador no estaría simplemente respondiendo a una mera orientación de política criminal, sino que satisfaría una exigencia constitucional; es decir, la despenalización pura y simple del aborto sería probablemente inconstitucional³⁸⁰.

Y esta ha sido la posición general que se ha mantenido en las legislaciones hasta hace relativamente pocos años. Así sucedió en el Derecho español³⁸¹ en el que ya el Liber Iudiciorum rechaza la exposición de menores recién nacidos y castiga el aborto estableciendo diversas penas para los distintos supuestos: pena de muerte para el varón que suministrase sustancias abortivas a una mujer, para la mujer que tomase un abortivo con diferente pena según sea libre o sierva. También se castiga al varón que por haber golpeado a una mujer le hubiese provocado un aborto.

Una disposición posterior, promulgada por Chindasvinto, endurece las penas, lo que justifica porque, a pesar de las penas impuestas con anterioridad, seguía viva la práctica del aborto en el territorio de su reino. También hay castigo del aborto en diversos fueros municipales como los de Brihuega, Viguera y Val de Funes.

El Fuero Real recalca la prohibición de infringirle castigo corporal alguno a la mujer que se halla embarazada. En las Partidas se distingue según el no nacido estuviera ya “formado” en el seno materno o no³⁸². En el primer caso, el causante del aborto sufriría el castigo a

³⁷⁹Cobo del Rosal, M. Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005). Pág. 243 a 249.

³⁸⁰Díez-Picazo. *Op cit.* Pág. 220.

³⁸¹Los datos están tomados de Sevilla Bujalance, J.L. *La Persona*. Edicep, C.B. Valencia. (2005). Págs. 81 a 233.

³⁸²La distinción proviene de la doctrina de la animación retardada formulada por Santo Tomás de Aquino. Supone que en principio el embrión tiene un alma vegetal, que se corrompe sucediéndole un alma más perfecta, que es sensitiva y, entonces el embrión vive la vida animal. El proceso de animación retarda culmina con la infusión del alma racional cuando la estructura corporal principal se encuentra organizada. Es sorprendente la coincidencia de la teoría con todas las que, con fundamento presuntamente científico, defienden que el embrión o feto no tienen la condición de persona, hasta que alcanzan determinadas capacidades.

imponer a los homicidas, la pena de muerte. En el segundo, sería desterrado por un plazo de cinco años.

En todos los Códigos Penales, incluido el vigente, desde el de 1822, con independencia de su inspiración ideológica se ha tipificado el aborto como delito. Se ha discutido cuál es el bien jurídico protegido. La doctrina minoritaria ha considerado que dicho bien sería el interés demográfico del Estado. Esta doctrina está prácticamente abandonada. Si existiera tal interés demográfico del Estado no se explicaría la exención de responsabilidad criminal en los supuestos de esterilización voluntaria y la despenalización de la venta de anticonceptivos. La opinión dominante hoy día entre los penalistas considera que el bien jurídico protegido por el delito de aborto es la vida humana³⁸³. Y el sujeto pasivo del delito es el feto, aunque algunos lo niegan porque no tiene personalidad jurídica. El que el ordenamiento jurídico-penal español considere sujeto pasivo de delitos al nasciturus se constata no sólo por la ubicación del delito de aborto entre los delitos contra las personas, sino también por la creación de un capítulo específico que sanciona las lesiones al feto.

En cuanto a los autores que niegan el derecho a la vida del feto, dentro de las posturas más beligerantes (y aquí entendemos adecuada la calificación) cabe citar las que se encuadran en enfoques feministas de género. Así Gisèle Halimi, la feminista francesa promotora de la legalización del aborto decía: “un hijo no deseado, por no planificado (o por presentar alteraciones congénitas), se convierte en indeseable; y no sólo porque sea un intruso, que perturba la paz familiar y el equilibrio psíquico de la madre y por ello no merece nacer, sino que llega incluso a decirse que no es una vida humana. Además, esta vida –la del niño que va a nacer- no se convierte en vida más que por el deseo que yo, mujer, tengo de ella. Por el contrario, jamás será vida contra mi propia voluntad, sino un amasijo de células malignas que quemará mi cuerpo traicionado”³⁸⁴. Por su parte, Stella Browne, feminista y socialista señalaba que “el aborto debe ser la clave de un mundo nuevo para las mujeres... debe estar al alcance de todas sin encuestas insolentes, sin laberintos administrativos. Nuestros cuerpos son nuestros”³⁸⁵.

³⁸³Por todos, Carbonell Mateu, J. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: suicidio y aborto, en *Cuadernos de política criminal n° 45*, (1991). Pág. 667

³⁸⁴Citada por Emaldi, *Op. cit.* Pág. 235

³⁸⁵Brown Stella. Tomado de Potts, M., Diggory, P., y Peel, J. *Abortion*. Cambridge University Press (1977).Pág 285

Aunque generalmente, la argumentación no suele ser tan extrema. Seguiremos para su exposición a Ruiz Miguel³⁸⁶ que hace una síntesis completa de los argumentos normalmente utilizados para reconocer un derecho limitado al aborto. Para defender que el aborto no es un derecho absoluto afirma que ello llevaría a tres conclusiones absurdas: que los abortos tardíos y los tempranos serían iguales, pues la viabilidad y la aparición de la capacidad de sentir y sufrir del feto, que se sitúan ambos alrededor del sexto mes de gestación, “sugieren que a lo largo del embarazo aparecen intereses moralmente concurrentes que merecen alguna protección”; en segundo lugar no habría nada que reprochar moralmente (ni, por tanto, podría reprocharse jurídicamente) por las conductas imprudentes que durante el embarazo ponen en peligro la salud del futuro niño, como el consumo de drogas. La tercera consecuencia inaceptable es que los abortos realizados con el fin de utilizar o vender los tejidos fetales, o los realizados por motivos triviales, resultarían tan justificables moralmente como el llevado a cabo por una adolescente, por una mujer violada o por una mujer sola ya con varios hijos a su cargo. Añade que de acuerdo con las visiones religiosas, es perfectamente aceptable la idea de que la vida de los no nacidos es valiosa moralmente y que, por tanto, no es por completo indiferente³⁸⁷.

A favor del aborto cita, en primer lugar, la no personalidad actual del embrión, la aceptabilidad generalizada de, al menos, algunos motivos de aborto y, en fin, la diferente

³⁸⁶ Ruiz Miguel, A. El aborto, un problema pendiente, en *Entre el nacer y el morir*, págs. 121 a 133.

³⁸⁷ Es digna de destacar favorablemente, la valoración positiva de las opiniones religiosas en el ámbito del aborto que hace Ruiz Miguel, lo que no es habitual, pues esa perspectiva se rechaza como fundamentalista. Y es que, también la ley mosaica considera pecado el robo y la calumnia y nadie en su sano juicio diría que habría que despenalizar estos comportamientos debido a que su criminalización se basa en la superstición de que las Tablas de la Ley fueron entregadas a Moisés por Yahvé en el Monte Sinaí. Lo relevante es si esa postura tiene algún fundamento racional. Además, es incierto que sólo las personas religiosas defiendan el derecho a la vida del no nacido. Soggi (*Op. cit.* Págs. 119 y 120) cita a Pier Paolo Pasolini (“soy contrario a la legalización del aborto porque la considero, como muchos, una legalización del homicidio...que la vida humana es sagrada es obvio: es un principio más fuerte todavía que cualquier principio de la democracia), a Leonardo Sciascia (que señaló que en las palabras de Pasolini había un fondo de inquietante verdad) y sobre todo del prestigioso jurista Norberto Bobbio, que en un artículo publicado en el *Corriere della Sera*, el 8 de mayo de 1981 señaló: “hay tres derechos. El primero, el del concebido es fundamental. Los demás, el de la mujer y el de la sociedad, son derivados. Además, y esto para mí es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que son de ordinario adoptados para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin recurrir al aborto, es decir, evitando la concepción. Una vez ocurrida la concepción, el derecho del concebido solamente puede ser satisfecho dejándolo nacer”. Más tarde declararía: “me sorprende de que los laicos dejen a los creyentes el privilegio y el honor de afirmar que no se debe matar”.

consideración social del aborto y de la muerte de personas. Según la primera, obligaría a gestar y llevar a término a todos los óvulos fertilizados para asegurar el éxito de las técnicas de reproducción asistida. Añade que si el no nacido tuviera un derecho a la vida similar al de las personas, ese título comportaría la ilicitud radical y sin excepción de todo aborto, incluido el de riesgo vital para la madre. A los argumentos señalados añade otros: obligar a parir y, después a cuidar o a dejar en adopción implica desprestigiar la dignidad de las mujeres por dos razones diferentes. En primer lugar, por desconsiderar su básica y central autonomía personal y en segundo lugar, por discriminar a las mujeres frente a los varones, pues el embarazo y el parto les afectan sólo a ellas y las cargas familiares subsiguientes son sobre todo y predominantemente de su responsabilidad. Otro argumento adicional es la ineficacia de la sanción penal.

También indica que aunque, sin duda, algunos de los hijos inicialmente no deseados terminan siendo bien aceptados en un seno familiar que constituye un ambiente favorable para su educación, este resultado, lamentablemente, no siempre está garantizado; dice que los estudios sobre el tema demuestran claramente que los hijos indeseados, cuando llegan a la edad adulta, sufren con desproporcionada frecuencia trastornos de conducta, alcoholismo, drogadicción y tienen a menudo problemas de criminalidad.

Por último, Ruiz Miguel indica que la prohibición penal del aborto produce una cifra importante de muertes y graves enfermedades en mujeres que provocan sus abortos en condiciones sanitarias inadecuadas.

Todos estos argumentos tienen respuesta. En cuanto a la obligación de transferir todos los embriones, da por supuesta la existencia de embriones sobrantes. Sin embargo, en la legislación italiana y alemana no está permitido fecundar más que aquellos destinados a la transferencia. Por lo que se refiere a que el derecho a la vida del no nacido conllevaría el castigo penal de todos los abortos, parece que se basa en la idea de que los defensores de la vida prenatal consideran ésta un valor absoluto, cuando en realidad, el derecho a la vida tiene sus límites. En cuanto a las actitudes sociales ante, por un lado, la muerte natural de un niño o de un adulto y, por otro lado, ante un aborto espontáneo, es indiscutible que las parejas sienten en este último caso más bien la pérdida de una ilusión, de un futuro hijo, pero sin vivirla como la muerte de un ser querido propiamente dicho. Pero esta realidad no

puede inspirar al Derecho. Se introduce un elemento, el emotivismo, a saber, la doctrina según la cual los juicios de valor, y más específicamente los juicios morales, no son nada más que expresiones de preferencias, de actitudes o de sentimientos. Con lo cual no son ni verdaderos ni falsos sólo que provocan un cierto efecto emocional, satisfactorio o insatisfactorio. El juicio fáctico sí es verdadero o falso, pero el juicio moral no lo es³⁸⁸. Ese tipo de razonamiento tiene sus riesgos. Normalmente, se siente más dolor por la agresión leve que sufre un ser querido que por una espantosa matanza en un lejano país, pero eso no sirve para valorar jurídicamente las acciones y a penalizarlas según el sufrimiento psicológico que causan.

Respecto de la vulneración de la dignidad de la mujer si se le exige continuar con el embarazo, este argumento ya ha sido tratado anteriormente y supone que el embarazo es para la mujer una situación horrible, degradante y debilitante, lo que está lejos de ser así. Por otra parte, la discriminación en sentido técnico no supone tratar desigualmente dos situaciones, sino que ese trato desigual sea irracional o arbitrario. En este caso, el trato discriminatorio no es el que las mujeres deban asumir el embarazo; la discriminación se producía con arreglo a la legislación preconstitucional en la que al padre no se le atribuía ninguna responsabilidad por el hecho de haber engendrado un hijo extramatrimonial. Por otra parte, el razonamiento de la ineficacia de la sanción penal sería perfectamente aplicable a otras conductas como el delito fiscal o medioambiental y ello conllevaría la despenalización de estas conductas.

Nos detenemos más extensamente en los dos últimos razonamientos. En cuanto al negro futuro de los hijos no deseados, lamentablemente conecta a un autor de ideas progresistas con la ideología eugenésica y el utilitarismo. Y esta relación con el darwinismo social se ha destacado por el economista norteamericano Steve D. Levitt que relaciona el sustancial descenso de la criminalidad en los Estados Unidos con la legalización del aborto³⁸⁹. Nos detendremos en su explicación, pues tiene el valor de que no es contrario al aborto (“el Tribunal Supremo dio voz a lo que las madres (...) sabían desde mucho tiempo atrás (...) que cuando una mujer no desea tener un hijo, generalmente cuenta con buenas razones para ello”, y que la incidencia del aborto sobre la criminalidad fue un efecto no deseado por su

³⁸⁸ D’Agostino, F. *Bioética, estudios de filosofía del Derecho*. Eunsa. Madrid. (2003). Pág.15 y 16.

³⁸⁹ Levitt, S.D. y Dubner, S.J. *Freakonomics*. Ediciones B. Barcelona (2006), Págs. 123 a 150.

partidarios; para ser justos consideramos habría que decir que no era un efecto deseado por *todos* sus partidarios. Comienza señalando que el crimen estaba en su punto más alto en los Estados Unidos a finales de la década de los ochenta y que las previsiones eran muy pesimistas. Sin embargo, el índice de criminalidad comenzó a descender a principios de los noventa de un modo tan rápido y repentino que sorprendió a todo el mundo. Después de un período de incredulidad, se empezó a investigar las causas de este fenómeno, apuntándose explicaciones tales como el crecimiento económico, un mayor rigor del sistema de penas, aumento de los efectivos policiales, estrategias policiales innovadoras, mayor control en el mercado de armas, estallido de la burbuja del crack y el envejecimiento de la población. De estas causas, Levitt rechaza algunas, como el control de las armas, dado que la facilidad de comprarlas en el mercado negro hace inútil la restricción en el mercado legal. Otras, como el crecimiento económico y la mayor eficacia policial han podido tener incidencia, pero no sirven para explicar el enorme descenso. Considera que antes de Roe, las mujeres que podían permitirse un aborto legal pertenecían a la clase media y alta. Desde la legalización, las mujeres que han tenido más probabilidades de beneficiarse del cambio de régimen jurídico han sido las solteras, adolescentes y pobres y, en ocasiones, las tres cosas a un tiempo. Coincidiendo con el argumento de Ruiz Miguel, el hijo típico que no nació debido al aborto habría tenido un 50% más de posibilidades de vivir en la pobreza que la media; también un 60% más de crecer con un solo progenitor. Estos dos factores se encuentran entre los principales que permiten predecir que un niño tendrá un futuro criminal. Crecer en una familia monoparental aproximadamente duplica la propensión de un niño a cometer un delito. Al igual que tener una madre adolescente o que ésta tenga un bajo nivel educativo. Concluye que, a principios de los noventa, cuando la primera generación de niños que crecieron tras Roe dejaba atrás la adolescencia, el índice de delincuencia comenzó a descender y lo que faltaba en esa generación eran los niños con mayores probabilidades de convertirse en delincuentes. Para aquéllos que se muestren escépticos con el razonamiento, aporta los siguientes datos. En los cinco Estados de Estados Unidos que habían legalizado el aborto antes de Roe (Nueva York, California, Washington, Alaska y Hawai) se observó que el crimen descendía antes que en los otros cuarenta y cinco Estados y el distrito de Columbia. Por otra parte, los Estados con los índices de aborto más altos en la década de los setenta experimentaron los mayores descensos del crimen en los noventa. Además, antes de finales de los ochenta, no existía ninguna relación entre el índice de abortos y el de criminalidad de un Estado. En estudios procedentes de Australia y Canadá se aprecia una

relación similar entre la legalización del aborto y el índice de criminalidad. Y la criminalidad tampoco aumenta porque después de Roe no sólo faltan miles de jóvenes criminales, sino que también faltan muchas madres solteras y adolescentes. El autor es consciente de que su teoría es poco popular. Cuenta el caso de Anthony V. Bouza, antiguo alto cargo de la policía, tanto en el Bronx como en Minneapolis, que se presentó a gobernador en Minnesota en 1994. Unos años antes, había escrito un libro en el que calificaba el aborto como “posiblemente el único mecanismo efectivo en la prevención del crimen, adoptado en este país desde finales de los sesenta”. Justo antes de las elecciones, esta afirmación se divulgó, cayendo en los sondeos de forma espectacular; luego perdió las elecciones.

El último argumento es el del riesgo para la vida y la salud de las mujeres en caso de que se sometan a abortos ilegales. Como indicamos antes, las cifras no confirman ese sombrío análisis. Pero aún admitiendo que sea así, a efectos puramente dialécticos, da por supuesto lo que se discute. Es decir, carece de sentido si se considera que la vida prenatal merece protección. Sería tanto como decir que como en los robos a mano armada los ladrones están en riesgo de morir o sufrir heridas graves durante la acción, dichos robos deberían despenalizarse para garantizar su seguridad. Si este ejemplo se considera disparatado, existe otro real, como es la ablación del clítoris. La mutilación genital se realiza normalmente en deplorables condiciones sanitarias que provocan graves secuelas y es una práctica de la que son víctimas muchísimas mujeres y de muy difícil erradicación. Según datos de la OMS hay en el mundo entre 100-140 millones de mujeres que han padecido una mutilación genital. Se calcula que cada año hay unos dos millones de mujeres que sufrirán este proceso³⁹⁰. Según informaba el diario El País el 6 de febrero de 2012, “cada cuatro minutos una niña sufre ablación genital en el mundo”; Amnistía internacional calcula que 135 millones de mujeres ya han sido mutiladas. Las campañas para erradicarlas tienen resultados muy modestos: Susanna Oliver, directora de proyectos de World Vision España y responsable del proyecto de la lucha contra la ablación en Mali, dice que los avances para evitar las operaciones son lentos. Hasta ahora, luego de seis años de la aplicación de programas en Kenia el resultado ha sido que 400 familias dejen esta práctica y subraya, por ejemplo, que en las 100 comunidades de Mali en las que trabajan, el 94% de las niñas sufren de esta clase de ablación por iniciativa de sus madres. En cuanto a la gravedad de las

³⁹⁰Ver *female genital mutilation* en www.who.int

secuelas, Marisa Sotelo, Directora de la Fundación Mujeres, en el blog del diario El Mundo, Ellas, el 9 de febrero de 2012, recordaba que es frecuente “que las niñas sufran una infección grave o se haya contagiado del VIH-SIDA. Las secuelas psicológicas son comparables a las de las niñas y niños que han sufrido abusos sexuales y las complicaciones para la menstruación y el parto, pueden ser nefastas tanto para la madre como para los y las bebés”. Sin embargo, nadie se ha planteado seriamente legalizar tal comportamiento en aras de garantizar la vida y salud de las mujeres. Aunque hay diversos países africanos donde se practica, este hecho no ha llevado a plantearse la despenalización, sino que se aprobó la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. Por el contrario, se considera imposible evitar que existan mujeres que quieran abortar y que la única solución es darles por tanto una atención médica que evite su muerte y minimice los riesgos de su práctica. El hospital del barrio florentino de Careggi (de lo que se hacía eco la Agencia EFE y distintos medios de comunicación el 21 de enero de 2004³⁹¹) se ofreció para realizar la ablación de clítoris mediante una intervención quirúrgica; con ello, sin duda, se trataba de evitar que dicha ablación se hiciera de forma clandestina con grave riesgo para la salud o incluso la vida de las niñas que padecen esa mutilación, en una argumentación muy semejante a la que se utilizó en su momento respecto del aborto. La medida, como no podía ser de otra manera, recibió el general rechazo. Y eso que, como señala Bosch Barrera, el paralelismo entre las consecuencias de los abortos y la mutilación genital femenina son mayores que lo parece a simple vista. “No deja de ser paradójico que, ante la MGF, el enfoque sea diferente. A pesar de existir una fuerte base cultural y tradicional a favor de esta práctica, se recomienda vivamente informar sobre los efectos adversos de esta práctica y no negociar con ella ¿Por qué no proporcionar material estéril para su práctica y evitar la extensión del HIV en África? ¿Por qué no educar a las personas que lo realizan en medidas higiénicas para evitar las infecciones? ¿Por qué no dar consejos y técnicas quirúrgicas para evitar reacciones inflamatorias y fibrosis de los tejidos que dificultarán las relaciones sexuales y el parto posterior? (...) En el aborto lo central son los motivos sociales o psíquicos que lo induce ¿Acaso en la MGF no existen también? Por ejemplo, muchas mujeres que no son mutiladas son marginadas de su sociedad y jamás llegarán a casarse (no cumplen el requisito exigido)

³⁹¹ <http://www.elmundo.es/elmundo/2004/01/21/sociedad/1074705925.html>

(...)»³⁹². La respuesta es obvia. Con buen criterio la ablación se considera un atentado intolerable a la integridad física de la mujer y no se debe facilitar su práctica asegurando una adecuada práctica sanitaria.

Para concluir esta cuestión debemos hacer dos reflexiones. Los que consideran que en el tema del aborto debe ser la mujer la que decida en ejercicio de su libre autodeterminación continuar o no el embarazo, siendo irrelevante la vida del feto, como derecho o como bien jurídico protegido, lo que no explican es por qué no ha de protegerse su vida y sí su integridad física. En efecto, son muy numerosos los casos en los que el ordenamiento jurídico establece medidas protectoras para el feto. En Estados Unidos, son varios los estados que tienen leyes que castigan los daños infligidos a los fetos y en 2004 se aprobó la ley federal de víctimas de la violencia no nacidas que se aplica a los miembros de la especie homo sapiens, en cualquier estado de desarrollo, que se encuentra en el útero. Ronald Reagan planteó la siguiente pregunta en el debate electoral de 1984: ¿no es extraño que si una mujer acaba con la vida de su hijo no nacido, es un aborto y no un homicidio, pero si lo hace otro cualquiera es homicidio? En España, por una parte, está tipificado el delito de lesiones al feto; por otra, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece en su artículo 26.1 que la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo (...) a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, para la adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo e, incluso, el cambio de puesto de trabajo. El Real Decreto 1566/1998, de 17 de julio, que establece los criterios de calidad en radioterapia, establece que las mujeres embarazadas deben ser informadas del riesgo que puede suponer el tratamiento para el feto o embrión. Por su parte, el Real Decreto 1841/1997, de 5 de septiembre, que establece los criterios de calidad en medicina nuclear establece que el titular del centro sanitario donde está ubicada la unidad asistencial de medicina nuclear está obligado a adoptar medidas de información dirigidas a las mujeres para advertirles de que, antes de someterse a una administración de radiofármacos, deben comunicar al médico especialista si están embarazadas. El Decreto 1976/1999, que establece los criterios de calidad en

³⁹² Bosch Barrera, J. la mutilación genital femenina y el aborto: dos dilemas éticos con dos enfoques resolutivos diferentes. *Cuadernos de bioética* n° 60. Págs 212 y 213

radiodiagnóstico establece que, en el caso de mujeres con capacidad de procrear que vayan a ser sometidas a una prueba diagnóstica con rayos X, el médico prescriptor y el médico especialista deben preguntarles si están embarazadas o creen estarlo. Si el feto es un mero tejido o contenido uterino, no se entienden tantas cautelas. Y se protege incluso su intimidad: la Recomendación R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁹³ a los Estados miembros relativa a la protección de datos médicos, en su artículo 4.5 considera a los datos médicos del nasciturus como datos de carácter personal y les otorga una protección equivalente a la de datos médicos de un menor³⁹⁴.

También deberían explicar por qué la protección empieza en determinado momento “coartando” la libertad de las mujeres, salvo que expliquen dentro de unos años que, en realidad, estos límites fueron ofrecidos para hacer más digerible la reforma y que una vez desaparecida la resistencia a la misma, hay que revisarlos. De hecho, Lorenzo, en el artículo antes citado, señala que “los intentos de fundamentar la licitud del aborto en criterios relacionados con la naturaleza de la vida prenatal estarán siempre condenados al fracaso, ya que existen muchas maneras de aproximarse a lo humano como característica de la vida en gestación y no encuentro razones decisivas para primar unas sobre otras”.

Una vez expuesta la posición de la doctrina, queda analizar la regulación que sobre esta materia tienen los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las constituciones nacionales y la interpretación que han dado de la misma los tribunales.

1.4.e).1) **Tratados internacionales.**- Desde el punto de vista jurídico, prácticamente, ninguna Declaración Internacional de Derechos menciona expresamente la vida prenatal. Cabe citar como excepción a este silencio, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969) que en su artículo 4.1 dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Esta norma fue

³⁹³ Consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/45.pdf>

³⁹⁴ Lesmes Serrano, C. Control administrativo de la actividad científica y protección de datos en la reproducción humana asistida en *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de Derecho Judicial XI-2006. Consejo General del Poder Judicial. Pág 213

invocada por el Presidente de Uruguay en el veto interpuesto el 14 de noviembre de 2008 a determinados preceptos de la Ley 18.426 de defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva que legalizaban el aborto a demanda. No obstante, la Corte Interamericana consideró en sentencia de 28 de noviembre de 2012 (caso Artavia Mutillo y otros vs. Costa Rica³⁹⁵) que la Ley costarricense de reproducción asistida contravenía determinados preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque se refiere a los embriones sobrantes de la fecundación in vitro y no al aborto, vamos a referirnos a su contenido, pues hace una interpretación del artículo 4.1 de la Convención que lo convierte en papel mojado. Tal como señala Gabaldón³⁹⁶ no en relación con este supuesto, pero sí con la interpretación que se daba a los pactos internacionales sobre derechos humanos: “cabe acaso la sospecha de que a las mismas palabras se atribuya distinto significado a voluntad, como si nos hallásemos con Alicia en el País de las Maravillas”. Recuerda la sentencia el proceso de elaboración del artículo 4.1 para señalar que existieron propuestas para que la vida desde la concepción quedara protegida sin matices. Al no alcanzar el consenso necesario, se añadió la expresión “en general”. Ello le lleva a concluir que el embrión no tiene el estatuto de persona. Si bien es cierto que no se aprobó una protección más terminante de la vida prenatal, no puede convertirse la dicción de un precepto que establece dicha protección en justamente lo contrario, afirmando que “el objeto directo de protección es la mujer embarazada”. Y añade que “la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, antes un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción”. Aquí, el lector no puede menos que quedar perplejo. Además de que en el caso de la fecundación asistida al que se refiere la sentencia no existe conflicto alguno entre la vida de la madre y la del embrión, lo que es evidente es que la expresión “en general”, expresa la regla y la no protección sería la excepción, mientras que el Tribunal da la interpretación contraria, de forma que si existe un deseo o interés de una persona nacida, debe prevalecer siempre éste sobre la vida prenatal.

Por lo que se refiere a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, por parte de las delegaciones de Chile y Líbano se propuso que el texto incluyese una toma de posición al proponer una enmienda en el sentido de que todo hombre tiene derecho a la vida y a la integridad de su cuerpo desde el momento de la

³⁹⁵ Texto en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

³⁹⁶ Gabaldón López, J. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida, en *Persona y derecho*. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas n° 44 (2001). Págs. 133-172.

concepción”³⁹⁷ pero no pudo lograrse el consenso, lo que provocó que no hubiera un pronunciamiento sobre el tema. De hecho, parece que el término utilizado en la redacción final “human being” se introdujo no con la finalidad de ampliar la protección al no nacido, sino para despejar toda duda de que las mujeres estaban también protegidas. “En 1848 en Seneca Falls en la Declaración de los sentimientos de las sufragistas, claramente modulada por la Declaración americana de independencia, se afirma que el voto es un derecho inalienable que pertenece ya a las mujeres, y que estas han sido privadas de él sin ninguna legitimidad. Pero los tribunales ingleses y americanos, frustran este planteamiento sosteniendo que el término *man* no incluye hombre y mujer, sino sólo *male person*, el varón. Las delegadas en la Conferencia de fundación de la ONU y la Comisión sobre el estatus de las mujeres (CSW) se esfuerzan, quizá recordando esta derrota histórica, por obtener en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 48 la sustitución de la palabra *man* por *human being*”³⁹⁸. En todo caso, es razonable pensar que con ello no se pretendiera dejar sin protección la vida humana: “teniendo en cuenta que cuando se aprobaron la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de 1959, el aborto no se había legalizado en ninguno de los bloques políticos puede suponerse que el derecho a la vida se entendió aplicable al ser humano desde el momento de la concepción”³⁹⁹.

Tampoco está incluido expresamente el no nacido en la proclamación del derecho a la vida contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que, como veremos, ha servido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para admitir el aborto, aunque con una doctrina renuente a hacer un pronunciamiento explícito sobre si el derecho a la vida cuya protección garantiza el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluye también la vida del embrión o feto. Las primeras demandas presentadas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando la violación por parte de las legislaciones internas respectivas del artículo 2 citado, fueron las que dieron lugar a los asuntos X v. Noruega y X v. Austria. En el primero de los procedimientos un ciudadano impugnaba la ley noruega de 1960 que permitía el aborto y en el segundo se impugnaba la ley austriaca que lo despenalizaba durante los primeros tres meses de gestación. La Comisión rechazó

³⁹⁷González Morán, L. *Op. cit.* Pág. 388.

³⁹⁸Rocella, E. y Scaraffia, L. *Op. cit.* Págs. 112 y 113

³⁹⁹Hidalgo Ordás, M^a. C. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*. Ed Bosch. Barcelona (2002). Pág. 81

examinar en abstracto la compatibilidad de las normas citadas con el artículo 2 del Convenio y además, consideró que los demandantes carecían de la condición de perjudicados⁴⁰⁰.

En el caso *Paton v. Reino Unido* al que hemos hecho referencia en relación con el consentimiento marital, es donde la Comisión llega más lejos aunque de forma indirecta. Afirmaba, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo de Estados Unidos que, por lo que respecta al término vida y, en particular al comienzo de la misma, existen profundas divergencias; expresamente señala que mientras unas opiniones sitúan el comienzo de la vida ya en la concepción, otras lo hacen en la anidación, algunas en el momento de la viabilidad e incluso otras señalan como tal el momento del nacimiento. Añadía que a este respecto se le ofrecían tres soluciones: a) el feto no está protegido por el artículo 2; b) el feto goza de protección pero con ciertas limitaciones; c) al feto se le reconoce un derecho absoluto a la vida. Sin pronunciarse sobre ninguna de las dos primeras hipótesis, la Comisión descartó categóricamente la tercera, estimando que el derecho a la vida del feto está íntimamente ligado al derecho de la madre: considerando absoluto el derecho del primero, esto conllevaría como consecuencia la prohibición de cualquier aborto, incluso en el supuesto de que la vida de la madre se encontrara en peligro, lo que significaría que la vida del feto sería considerada como más preciosa que la de la madre embarazada.

Como luego veremos al comentar la doctrina del Tribunal Supremo americano, es una falacia afirmar que ante la divergencia de opiniones no cabe pronunciarse a favor de ninguna, porque ello es tanto como validar la que afirma que la vida prenatal carece de valor. Pero aquí se añade un elemento más: decir que una de las opciones es dar un valor absoluto a la vida del feto. Como ya hemos dicho, esa es una tesis que nadie defiende porque no hay derechos absolutos, ni siquiera el de la vida para los nacidos, por lo que menos cabe afirmarlo respecto de los no nacidos, para los que, dada la dependencia que su vida tiene con la de la madre, la concurrencia de situaciones que den lugar a un estado de necesidad son más comunes. Se trata de falsear una de las posiciones para presentarla como absurda y rechazarla.

⁴⁰⁰ Datos tomados de Shelton, D. International law on protection of the fetus en *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*. George F. Cole y Stanislaw Frankowski (Ed.). Brill Academic Publishers, Inc. Pág. 5.

La doctrina contraria a la protección de la vida prenatal fue reiterada en el asunto *Vo v. Francia*⁴⁰¹ de 8 de julio de 2004. En este caso, el pronunciamiento del Tribunal es todavía más sorprendente porque no analiza un aborto deseado por la mujer, sino que por el contrario, se trataba de un error médico por el que la mujer perdió a un hijo deseado. Los hechos fueron los siguientes: la demandante, ciudadana francesa de origen vietnamita que se encontraba embarazada de seis meses, acudió a un hospital en Lyon a consulta. El mismo día acudió a ese hospital otra mujer de nombre muy parecido, para que le fuera extraído un DIU. La coincidencia de nombre produjo una confusión y fue a la mujer embarazada a la que se le practicó la intervención prevista para la otra mujer. Como consecuencia de haberse perforado el saco amniótico necesitó que le practicaran un aborto. Rechazada por los Tribunales franceses la demanda contra el médico por homicidio involuntario, la mujer acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La demandante alegó que la legislación francesa protege el derecho a la vida de todo ser humano desde la concepción con algunas excepciones, por lo que la ausencia de legislación penal que castigue al médico que cometió el error que provocó que se le tuviera que someter a un aborto supone una violación del artículo 2 del Convenio.

El Tribunal rechazó la existencia de tal violación con un resultado de catorce votos contra tres, existiendo dos opiniones denominadas separadas (que votan con la mayoría, pero expresan algunos matices diferenciales). Dice la sentencia que para adoptar esa decisión “ha sido tenido en cuenta la diversidad de concepciones en cuanto al comienzo de la vida, de culturas jurídicas y de los niveles de protección nacionales, dejando un amplio margen de apreciación a los Estados en esta materia (...) en Europa no existe consenso sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, ni tampoco en torno a la naturaleza y estatuto del embrión y/o del feto (...) dada la indefinición existente sobre el comienzo de la vida y la inexistencia de un estatuto jurídico de la vida prenatal, a juicio del Tribunal, no sería deseable ni siquiera posible en el estado actual de las cosas, responder en abstracto a la cuestión de si el concebido y no nacido es una persona, en sentido del artículo 2 del Convenio. La ausencia de un estatuto jurídico del embrión o feto no provoca, sin embargo,

⁴⁰¹ Texto en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{%22itemid%22:\[%22001-61887%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]})

que éstos se hallen privados de protección en derecho francés (...) tratándose, sin embargo, de un atentado no voluntario contra el derecho a la vida o la integridad física, la obligación positiva que deriva del artículo 2 de instituir un sistema judicial eficaz no exige necesariamente en todos los casos una sanción penal (...) el Tribunal afirma que la demandante tenía a su disposición la vía que en nuestro ordenamiento judicial sería la jurisdicción contencioso-administrativa, a través de la cual podría haber obtenido la condena del centro hospitalario a la reparación de daños, gastos e intereses”.

Posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en relación con la legislación de dos países europeos que dentro de los que admiten el aborto tienen las legislaciones más restrictivas, poniendo en cuestión las mismas. Así, estimó la demanda en el caso *Tysiac v. Polonia*⁴⁰², el 20 de febrero de 2007. En este caso, se trataba de una mujer que padecía una miopía severa. Se quedó embarazada por tercera vez, habiendo nacido los dos hijos anteriores mediante cesárea. Preocupada por las consecuencias que para su salud podía tener el parto decidió acudir al médico. Tres oftalmólogos que concluían que debido a los cambios patológicos ocurridos en la retina de la demandante, el embarazo y el parto constituían un riesgo para su vista, se negaron, no obstante, a emitir un certificado al objeto de que se interrumpiese el embarazo, pese a habérselo solicitado la interesada, debido a que existía un riesgo, pero no una certeza, de desprendimiento de retina a causa del embarazo. Posteriormente, un médico generalista emitió un certificado indicando que el tercer embarazo constituía una amenaza para la salud de la demandante debido a un riesgo de ruptura uterina como consecuencia de los dos partos anteriores por cesárea. Acudió un hospital para que se le practicara un aborto. El jefe del servicio de ginecología y obstetricia de la clínica consideró que ni la miopía ni las dos cesáreas de la demandante constituían un motivo para el aborto terapéutico. Estimaba que, en estas condiciones, la demandante debía dar a luz mediante cesárea. Finalmente, dio a luz a su hijo. Posteriormente, su pérdida visual se agravó. En razón de ello, presentó una querrela criminal contra el jefe del servicio de ginecología y obstetricia de la clínica, alegando que éste le había impedido someterse, como recomendaba el médico general, a un aborto terapéutico en virtud de una de las excepciones previstas en la prohibición general del aborto. El Fiscal archivó la causa debido a que no existían motivos para perseguir judicialmente al doctor pues no había una

⁴⁰² Texto en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79812#{%22itemid%22:\[%22001-79812%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79812#{%22itemid%22:[%22001-79812%22]})

relación causa-efecto entre las acciones y el deterioro de la vista de la demandante. Presentados los recursos previstos en la legislación interna, se confirmó el archivo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el Estado polaco había vulnerado el artículo 8 del Convenio al no cumplir con su obligación positiva de asegurar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada. Considera que la necesidad de garantías procesales en caso de acceso al aborto terapéutico se hace sentir aún más cuando sobreviene un desacuerdo, entre la mujer encinta y sus médicos o entre los propios médicos, como sobre la cuestión de saber si se reúnen, en un caso concreto, las condiciones previas requeridas para un aborto legal; añade, además, que la prohibición del aborto prevista en la Ley, combinada con el riesgo para los médicos de ser acusados de un delito, puede tener un efecto disuasorio en los facultativos cuando deciden si se reúnen las condiciones para autorizar un aborto legal en un caso particular.

El Tribunal, el 5 de julio de 2006 inadmitió la demanda en el caso D. v. Irlanda que versaba sobre un aborto eugenésico y la admitió parcialmente en la sentencia del caso A, B y C contra Irlanda de 10 de diciembre de 2010⁴⁰³. Reclamaban tres mujeres con casos extremos y complicados que habían abortado en el extranjero, por considerar que no habrían podido hacerlo conforme a la legislación irlandesa. Se da la circunstancia de que se admitió a trámite la reclamación sin existir un expediente que acreditase las circunstancias dramáticas que se alegaban. Para resolver, el Tribunal distingue entre las dos primeras mujeres y la tercera, por tratarse de casos distintos. La primera de las mujeres alegaba que se quedó embarazada por accidente, pues pensaba que su pareja era estéril. En ese momento, no estaba casada, carecía de empleo, tenía cuatro hijos, el menor de los cuales sufría una discapacidad y todos ellos estaban en régimen de acogida, pues la actora padecía problemas de alcoholismo; en los cuatro embarazos anteriores había padecido depresión. Para el aborto en Inglaterra pidió dinero a un prestamista. Después del aborto, ha tenido un quinto hijo, lucha contra la depresión y ha obtenido la guarda y custodia de tres de sus hijos⁴⁰⁴. La

⁴⁰³ Los textos de las dos sentencias están respectivamente en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76233#{%22itemid%22:\[%22001-76233%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76233#{%22itemid%22:[%22001-76233%22]}) y [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]})

⁴⁰⁴La historia posterior al aborto recogida en la sentencia viene, paradójicamente, a reconocer que la situación tan dramática que se nos narra en realidad no ofrecía como solución inevitable dicho aborto, pues la mujer con los antecedentes de depresión, alcoholismo, excesivo número de hijos,

segunda, también alega el embarazo accidental al haber tomado la píldora “del día después”. Dos médicos distintos le alertaron del riesgo de padecer un embarazo extrauterino; además consideraba imposible ocuparse sola de un hijo en ese momento de su vida. De hecho, ese fue el motivo de abortar porque reconoce que cuando fue a Inglaterra ya había confirmado que su embarazo no era extrauterino. La tercera mujer había recibido quimioterapia durante tres años para tratar una forma rara de cáncer. Experimentó una mejoría y, también accidentalmente, se quedó embarazada. Sin conocer su estado se sometió a unas pruebas relacionadas con su cáncer que estaban contraindicadas en caso de embarazo. Afirma que debido al efecto disuasorio del marco legislativo irlandés, obtuvo como respuesta información insuficiente en cuanto al impacto que su embarazo podría tener en su salud y su vida y en lo referente a las posibles consecuencias para el feto de las pruebas que le habían practicado. El Tribunal considera que la primera demandante abortó por razones de salud y bienestar, la segunda por razones de bienestar y la tercera porque temía (añade el Tribunal que “con razón o sin ella”, lo que no es inocente, por la conclusión que extrae) que el embarazo supusiera un riesgo para su vida. Es más el Tribunal reconoce en el párrafo 158 que “no existen pruebas de ningún riesgo relevante para la vida de la tercera demandante”.

El núcleo de la discusión se centra, como en otros casos, en si se vulneró el derecho a la vida privada de las demandantes, reconocido en el artículo 8 del Convenio. En relación con ello el Tribunal analiza el caso de las dos primeras mujeres desde el punto de vista de las obligaciones negativas del Estado. Considera que la imposibilidad de las dos primeras demandantes de beneficiarse de una interrupción del embarazo por motivos de salud y/o bienestar es una injerencia en su derecho al respeto a la vida privada. Y partiendo de esa base analiza si dicha injerencia estaba justificada, para lo que valora si “estaba prevista por la ley y era necesaria en una sociedad democrática para la consecución de uno de los fines legítimos que se enumeran en el Convenio”. Respecto de la primera cuestión dice que incluso las demandantes reconocen que la restricción estaba prevista en la ley y que las disposiciones jurídicas internas de las que deriva la restricción eran claramente accesibles. Por lo que hace referencia a la finalidad legítima, el Tribunal recuerda que la redacción del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa fue aprobada por amplia mayoría en referéndum

uno de ellos discapacitado... ha sido capaz de hacerse cargo de la situación teniendo incluso un hijo más.

en 1983. En 1992 y 2002 se celebraron dos nuevos referendos; en el primero, se rechazó restringir los supuestos legales de aborto y en el segundo se reconoció el derecho a desplazarse al extranjero para abortar y el derecho a obtener información sobre esa posibilidad. Concluye que “las restricciones en litigio perseguían la finalidad legítima de proteger la moral, siendo en Irlanda la defensa del derecho a la vida del nasciturus un aspecto de la misma. Por último, en cuanto a la cuestión de si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática, comienza diciendo el Tribunal que el margen de apreciación que corresponde a los Estados miembros del Consejo de Europa es más amplio cuando no existe consenso entre ellos, sobre la importancia del interés concurrente, o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas. Dada la extrema sensibilidad de las cuestiones morales y éticas que plantea la cuestión del aborto, cabe conceder al Estado irlandés un amplio margen de apreciación; a continuación se interroga sobre si ese amplio margen de apreciación se reduce por la existencia del pertinente consenso, pues considera que el consenso desempeña desde hace mucho tiempo un papel en el desarrollo y la evolución de la protección que asegura el Convenio. Dice a este respecto que se observa en una mayoría sustancial de los Estados miembros una tendencia favorable a la autorización del aborto en supuestos más amplios que los previstos en la legislación irlandesa y que sólo tres Estados son todavía más restrictivos que Irlanda en materia de aborto. Pero concluye que el consenso observado no reduce de forma decisiva el amplio margen de apreciación del Estado. Ciertamente, dicho margen de apreciación no es ilimitado. El Tribunal debe controlar si la medida en litigio evidencia una ponderación proporcionada de los intereses concurrentes. En Irlanda se ha tomado una opción: la norma prohíbe que se practiquen abortos motivados por consideraciones de salud o bienestar, pero autoriza a las mujeres que quieren abortar por este tipo de razones a viajar al extranjero; además se adoptaron medidas para garantizar la difusión de información y de consejos en relación con las opciones que se ofrecían, entre ella, los servicios de aborto disponibles en el extranjero y el seguimiento médico necesario antes y, sobre todo, después de una interrupción del embarazo. Considerando todo esto, concluye que con la prohibición de abortar en los términos expresados, sobre la base de las ideas morales profundas del pueblo irlandés sobre la naturaleza de la vida, el Estado irlandés no ha excedido el margen de apreciación que goza en la materia, en relación con lo planteado por las dos primeras demandantes.

Respecto de la tercera demandante, afirma que en relación con el artículo 8 del Convenio los Estados tienen la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos el derecho a un respecto efectivo a su integridad física y moral, lo que implica también establecer un procedimiento efectivo y accesible para proteger el derecho a la vida privada. Se trata, en particular, de determinar si el Estado tenía la obligación positiva de establecer un procedimiento efectivo y accesible que permitiera a la demandante probar si tenía protegidos por el citado artículo 8.

Dice el Tribunal que al igual que en el contexto de las obligaciones negativas, el Estado goza de cierta libertad, pero una vez tomada la decisión, el marco jurídico correspondiente debe presentar cierta coherencia y permitir atender a los distintos intereses legítimos en juego en forma adecuada. En el caso que nos ocupa considera que el único motivo por el que una mujer puede abortar sin infringir la Ley en Irlanda está redactado en términos generales: el artículo 40.3.3 interpretado por el Tribunal Supremo en el asunto X prevé que es posible abortar en Irlanda si se establece, según el criterio de probabilidad, que existe un riesgo real y serio para la vida (y no sólo para la salud) de la madre, incluso si se trata de un riesgo de suicidio, que sólo puede evitarse mediante la interrupción del embarazo. A juicio del Tribunal, aunque no es inhabitual que una disposición constitucional revista un carácter tan general, la legislación irlandesa nunca ha definido posteriormente, ni a través de la jurisprudencia, ni de otro modo, los criterios o procedimientos que habrían permitido medir o establecer este riesgo. Añade que no existe ningún marco que permite examinar las divergencias de opinión entre una mujer y su médico o entre los distintos médicos consultados, o la indecisión muy natural por parte de la mujer o del médico. En este contexto el Tribunal considera evidente que los preceptos legales de la Ley de 1861 constituyen, en el proceso de consulta médica, un elemento fuertemente disuasorio tanto para las mujeres como para los médicos. Considera que las jurisdicciones constitucionales no ofrecen el mejor marco para determinar si una mujer cumple las condiciones para abortar legalmente en un Estado y tampoco es razonable exigir a una mujer que entable un procedimiento constitucional tan complicado, cuando puede invocar, en virtud de la Constitución, un derecho indiscutible a abortar en el supuesto de riesgo acreditado para su vida. Por tanto, la ausencia de procedimientos efectivos y accesibles que hubieran permitido a la tercera demandante establecer la existencia, en su caso, de un derecho al aborto en virtud de esta disposición, ha dado lugar a una discordancia flagrante entre el

derecho teórico reconocido a las mujeres a abortar en Irlanda en caso de riesgo acreditado para su vida y la realidad de la aplicación concreta de este derecho. Aunque afirma que no le corresponde indicar al Estado cuáles son los medios más apropiados para cumplir sus obligaciones positivas, señala, sin embargo, que en numerosos Estados parte, se han aprobado leyes que definen las condiciones de acceso al aborto y establecen diversos mecanismos procedimentales e institucionales al respecto. Concluye que respecto de la tercera demandante ha existido violación del artículo 8 del Convenio. Tras este fallo, Irlanda aprobó una nueva ley sobre protección de la vida durante el embarazo⁴⁰⁵. Regula los médicos que han de determinar la procedencia de un aborto en caso de riesgo para la vida de la madre. En caso de urgencia, un solo médico puede hacer el diagnóstico y practicar la intervención. En caso de que el riesgo proceda de una enfermedad física, deben intervenir un ginecólogo y un especialista de la enfermedad de que se trate. En caso de riesgo por suicidio, deben intervenir el ginecólogo, un psiquiatra con experiencia en el tratamiento de mujeres durante y después del embarazo y otro psiquiatra⁴⁰⁶.

En resumen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a afirmar que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para regular el aborto, poco a poco se va deslizando a considerar que debe facilitarse el acceso de la mujer al mismo. No lo hace de manera frontal, pero sí cuestionando las legislaciones que ponen límites y considerando que no establecen procedimientos adecuados para resolver la diferencia de criterio entre la mujer y el médico. Esto no deja de ser curioso por dos razones: en primer lugar, aquéllos que consideran que el aborto es una cuestión que debe dejarse dentro del ámbito de privacidad de la mujer, defienden que la decisión debe ser tomada por la mujer de acuerdo con su médico, y en ese marco ni el Estado ni la Ley pueden intervenir. Por el contrario, y según la doctrina que acabamos de exponer, cuando en ese ámbito de privacidad, el médico no considera procedente la práctica del aborto, entonces, la privacidad desaparece y hay que establecer un procedimiento público. Además, no deja de ser llamativo que estando en Polonia e Irlanda el aborto indicado por razones estrictamente médicas, en caso de

⁴⁰⁵ Texto en <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2013/en.act.2013.0035.pdf>

⁴⁰⁶ Influyó notablemente en la adopción de esta legislación la muerte de Savita Halappanavar, que falleció por septicemia tras serle denegado un aborto. Sin quitar gravedad al caso, lo cierto es que los medios de comunicación internacionales dieron una generosa cobertura al caso, lo que contrasta con la que se dio a la muerte de Jennifer Morbelli, una mujer que falleció tras un aborto tardío practicado por el Dr. Carhart. De los medios más leídos, sólo The Washington Post dio cuenta en la sección local y con un tratamiento bastante abierto de la noticia.

discrepancia entre la mujer y el médico, se considera por el Tribunal que debe haber una instancia que prime sobre el diagnóstico clínico realizado por un especialista.

Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene jurisdicción sobre los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no sobre los miembros de la Unión Europea, no está de más recordar la Declaración de los Derechos del Niño No Nacido, aprobada por la Asamblea del Parlamento Europeo en 1979. En su principio primero se afirma que el niño que va a nacer debe gozar desde el momento de su concepción, de todos los derechos enunciados en la presente declaración. El principio segundo proclama que la ley debe asegurar al niño, antes de su nacimiento, con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano. El principio tercero le reconoce el derecho a la Seguridad Social, con el fin de nacer en las condiciones más sanas⁴⁰⁷. En el Preámbulo se afirma que la Declaración ha sido tomada de acuerdo no sólo por los que reconocen la vida como un don de Dios, sino también por aquéllos que no comparten esta convicción. No obstante, la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁰⁸, entre otras cosas, invita a los Estados miembros a despenalizar el aborto en plazos de gestación razonables si aún no es así y a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal. Aunque también invita a promover una actitud más favorable a la familia en las campañas públicas de información y a proporcionar asesoramiento y apoyo práctico para ayudar a aquellas mujeres que soliciten un aborto debido a presiones familiares o financieras.

También hay que traer a colación, el Informe sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo de 6 de junio de 2002. Con base en el mismo, se aprobó la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados⁴⁰⁹ que recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, se legalice el aborto, con objeto de hacerlo más accesible a todos y eliminar así los riesgos de las prácticas ilegales. No obstante, en la recomendación inmediatamente anterior

⁴⁰⁷ Tomado de Anales de Real Academia Nacional de Medicina. 1980. Tomo XCVII-2. Págs 260-263

⁴⁰⁸ Texto en <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERES1607.htm>

⁴⁰⁹ Texto en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0223+0+DOC+XML+V0//ES#title1>

se afirma que cuando se facilite asesoramiento sobre el aborto, tendrá que hacerse referencia a los riesgos físicos y psíquicos del aborto para la salud y se estudiarán otras alternativas (adopción, posibilidades de ayuda en el caso de decidirse por tener el niño).

La posición proabortista de la Unión Europea se manifestó en junio de 2011, cuando la Comisión Europea, a través de su Vicepresidenta, Vivian Reding, requirió a Hungría para que parase una campaña contraria al aborto porque se financiaba fundamentalmente con fondos comunitarios destinados a proyectos de igualdad de género⁴¹⁰. La campaña estaba prevista para durar dos meses y mostraba la imagen de un feto con las palabras “entiendo que no estés lista para mí, pero mejor dame en adopción ¡déjame vivir!”. La Comisión quiso dejar claro que utilizar fondos comunitarios para promover una campaña contra el aborto es un abuso y es incompatible con los valores de la UE. De hecho, según denunció la organización no gubernamental European Dignity Watch, la Unión Europea financia generosamente a dos de las mayores organizadoras proveedoras de abortos en el mundo, como son International Planned Parenthood Federation (IPPF) y Marie Stopes International. Y eso que el apoyo del aborto como parte de la política exterior comunitaria y la determinación de cuándo comienza la vida, no son competencia de la Comisión Europea de acuerdo con los principios de competencia conferida y subsidiaridad, las declaraciones realizadas por la propia Comisión y la exigencia de consenso sobre cuestiones de política exterior.

No obstante, el mismo Parlamento Europeo rechazó en dos ocasiones (22 de octubre y 10 de diciembre de 2013) el informe sobre salud sexual y reproductiva y derechos afines (2013/2040(INI)⁴¹¹, llamado Informe Estrela porque su promotora fue la diputada socialista portuguesa Edite Estrela. Iba en la línea de dar un paso más respecto de la Resolución de 2002, convirtiendo el aborto en un derecho humano fundamental de las mujeres y tratando de eliminar el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario⁴¹².

⁴¹⁰ Respuesta de Reding a una pregunta parlamentaria sobre la cuestión

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-005029&language=ES>

⁴¹¹ Texto en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴¹² Lo sorprendente del proyecto de informe no es que fuera rechazado, sino que recibiera el apoyo de más de trescientos eurodiputados. El texto es un totum revolutum carente de rigor. El punto A considera que “los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, cuyas violaciones constituyen una violación de los derechos de mujeres y niñas”, para después irlo atribuyendo indistintamente a hombres y mujeres y otras veces sólo a las mujeres. Aborda temas como la

En conclusión, los tratados internacionales de derechos humanos han sido interpretados en el sentido de que no protegen la vida prenatal, incluso aunque como la convención americana, lo haga expresamente. Progresivamente esa desprotección se ha hecho mayor bordeándose el reconocimiento de un derecho al aborto. Consideramos esa doctrina profundamente errónea y contraria a la corriente que pretende ser cada vez más inclusiva en los derechos, abarcando a los animales, al menos a los más cercanos evolutivamente a la especie humana.

1.4.e).2) **Constituciones nacionales.**- En el ámbito de las Constituciones, el artículo 19 de la Constitución chilena establece que la ley protege la vida del que está por nacer. El artículo 40.3.3º de la Constitución irlandesa, como ya hemos visto, dice que el Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y con la debida consideración al igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en tanto sea factible, por sus leyes defender y justificar ese derecho. La Constitución eslovaca establece en su artículo 15, después de proclamar que todos tienen derecho a la vida, que la vida humana es digna de protección incluso con anterioridad al nacimiento. También lo hace la Constitución húngara, como veremos más adelante.

Aunque la referencia expresa al no nacido como titular del derecho a la vida sea más bien escasa en las constituciones, esto no significó, durante mucho tiempo que la vida prenatal estuviera desprotegida. Hasta hace cuarenta años la protección era la regla general. El primer país en el que se legalizó el aborto fue la Unión Soviética. En los Estados Unidos, antes de la Segunda Guerra Mundial, el aborto era delito en casi todos los Estados, pero había una gran variedad de penas y la regulación no era uniforme. En seis estados no había supuestos despenalizados, en treinta y nueve estaba permitido para salvar la vida de la madre y en tres Estados y en el Distrito de Columbia, también se permitía en el caso de que

violencia doméstica, la exposición de los jóvenes a contenidos pornográficos, la sexualización de las niñas en los medios de comunicación, la maternidad subrogada para considerar que “representa la comercialización tanto de los niños como del cuerpo de las mujeres y que constituye una amenaza para la integridad física de las mujeres y para los derechos humanos”, insta a asegurar revisiones ginecológicas y mamografías anuales, la educación sexual y reproductiva, señalando que “sea científicamente exacta en relación con los servicios de aborto” (lo que suscribiría encantado cualquier militante pro vida) y defiende el acceso de los adolescentes a los servicios de salud sexual y reproductiva “sin el consentimiento de sus padres y tutores”; por último, propugna que la ayuda oficial al desarrollo de la UE, esté supeditada a que los países receptores asuman los criterios expuestos.

la salud de la madre estuviera amenazada. Sólo en Mississippi el aborto era legal a criterio del médico. En cuanto al resto del mundo, al comienzo de la Segunda Guerra Mundial no había ningún país en el que la mujer tuviera derecho a elegir un aborto incluso en los primeros meses de embarazo. Señalan De Esteban, y González-Trevijano, que el principio recogido del Derecho Romano de que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, determinó la existencia de una presunción de que el nasciturus gozaba del derecho a la vida. Situación que se puso en entredicho a raíz de la denominada liberación de la mujer y de la aparición de los anticonceptivos y el incremento de la seguridad en la práctica del aborto⁴¹³.

En pocos años y, a partir de finales de los años sesenta el aborto se ha legalizado con mayor o menor extensión universalmente, de forma que sólo 4 países (3, si tenemos en cuenta que 1 es Ciudad del Vaticano) no admiten ninguno de los supuestos. Un hito importante fue la aprobación de la ley británica de 1967 que entró en vigor el 27 de abril del año siguiente, aunque no por su originalidad, pues se planteó como una ley de indicaciones que pretendía acabar con las peligrosas operaciones ilegales y que subrayaba que los médicos mantendrían el control último. Hasta 1982 más de cuarenta países ampliaron la regulación y sólo tres la restringieron⁴¹⁴. Aunque los partidarios del aborto afirman que a partir de ese año se ha restringido ese derecho y que el mismo está en riesgo (se citan como amenazas en Estados Unidos, la prohibición del aborto por nacimiento parcial, el cambio legal que permite a los hospitales a negarse a practicar abortos sin perder por ello fondos federales y la tipificación de un nuevo delito consistente en matar o herir a un feto durante un ataque a una mujer embarazada), no compartimos esa apreciación. Mientras que en los inicios, en la mayoría de los países el debate giraba sobre la despenalización parcial, ahora lo que está en juego es, como hemos visto, el reconocimiento del aborto como derecho fundamental de las mujeres. Además, el desprestigio de Bush, durante cuyo mandato se impulsaron la mayoría de estas decisiones no ha ayudado mucho. En la actualidad ya no se quiere discutir sobre la legitimidad del aborto, sino que, como hemos visto, se está planteado el debate en el sentido de que negar o restringir el derecho al aborto supone discriminación o incluso violencia contra las mujeres. Ronheimer señala que la inicial discusión comienza

⁴¹³De Esteban, J. y González-Trevijano, P.J. *Curso de Derecho Constitucional Español II*. Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. (1992).Pág. 29.

⁴¹⁴Francome, C. *Op. cit.* Pág. 1.

distinguiendo entre individuo humano y persona, considerando al nasciturus como no persona, pero se concluye evitando toda discusión recurriendo al derecho de autodeterminación de la mujer⁴¹⁵. En cuanto a la regulación, se considera que la vida del no nacido merece protección, pero dicha protección debe ceder en algunos supuestos. Las normas no son uniformes decantándose algunos países por un sistema de plazos, otros por un sistema de indicaciones y otros por un sistema mixto. Nuestro país aprobó inicialmente un sistema de indicaciones y la LO 2/2010 prevé un sistema de plazos, con indicaciones para cuando se sobrepasen los plazos. Pero una cosa es la norma y otra su aplicación práctica; entre unos y otros no hay diferencias: “los sistemas en los que la constatación del presupuesto de hecho de la indicación se deja en manos de la mujer sin ningún tipo de comprobación externa, los denominados sistemas de indicación con decisión final de la mujer, así como aquellos que considerando ilícito el aborto no lo persiguen ni penalmente ni de otra manera, se equiparan totalmente a los sistemas de plazo, y que en el fondo suponen en la práctica la institucionalización de un derecho absoluto al aborto durante un tiempo determinado, y, por tanto, la prevalencia absoluta del libre desarrollo de la personalidad de la mujer que desplaza, en todos los supuestos, graves y no graves, el bien vida del nasciturus”⁴¹⁶.

La normativa española prescinde de toda ambigüedad y reconoce un derecho aborto. Tal y como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 1348/2009, de 17 de septiembre: el derecho al aborto es “algo desconocido en los ordenamientos de nuestro entorno susceptibles de ser tomados como modelos (...) que ni siquiera se menciona en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de la mujer (...) y cuya formulación carece de fundamento jurídico”; añade que tampoco puede “reconocerse un derecho subjetivo (...) o un derecho personalísimo –como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar un bien jurídico digno de protección como es el nasciturus”. Sin embargo, la LO 2/2010 se refiere a los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva “con impropiedad y sin especificar qué derechos fundamentales son éstos ni cuál es su contenido”⁴¹⁷. Y no sólo eso. La LO 2/2010 establece una serie de condiciones

⁴¹⁵Ronheimer, M. *Derecho a la vida y Estado moderno*. Editorial Rialp (Madrid) 1998. Págs 71 y sig.

⁴¹⁶Molina Blázquez, M.C. y Sieira Mucientes, S. *Op. Cit.* Pág. 11.

⁴¹⁷Navarro-Vals, R. Inconstitucionalidad y otras cuestiones en torno al Proyecto de Ley Orgánica del aborto. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 5. Págs. 62 a 69.

que operan como límite al derecho de la mujer, pero la propia norma facilita que esas condiciones puedan no cumplirse, al establecer que “estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención”. Las condiciones son plazos, supuestos, información, etc., que no admiten “interpretación”, sino sólo comprobar si concurren o no.

1.4.e).3) **Doctrina de los Tribunales Constitucionales.**- Dado que la legalización más o menos amplia del aborto provoca la muerte del no nacido, muchos tribunales constitucionales tuvieron que pronunciarse sobre la cuestión del derecho a la vida del nasciturus. Prácticamente sin excepción, todos han reconocido la legitimidad del aborto bien porque el nasciturus carece de derecho a la vida, bien porque aunque lo tiene, cede en la ponderación con otros derechos. Lo característico de la ponderación es la igualdad de normas en conflicto, el mismo valor de las razones justificativas que están detrás de las normas, la imposibilidad de aplicar el criterio jerárquico, el cronológico o el de especialidad. La preferencia por una de las dos normas será siempre condicionada, móvil, no generadora de precedentes en sentido fuerte⁴¹⁸. Y cita en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 320/1994 que afirma que “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”. En el caso del aborto, por el contrario, nos encontramos ante una ponderación predeterminada porque tras la misma, el resultado es siempre contrario al feto. Más bien lo que ocurre es que se devalúa el valor de vida prenatal hasta llegar a la conclusión de que no hay un verdadero conflicto que pueda limitar la libertad de la madre y ésta debe siempre prevalecer..

Para analizar la posición de los Tribunales, nos detendremos en las sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos, por ser las que, desde nuestro punto de vista han dado más

⁴¹⁸De Páramo Argüelles, J. R. Concepto de derechos fundamentales en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 208

peso a los derechos de la mujer⁴¹⁹ y las del Tribunal Constitucional alemán que son las que con más vigor han defendido el derecho a la vida del no nacido. De hecho, las sentencias son prácticamente coincidentes en el tiempo (1973 y 1992, en Estados Unidos y 1975 y 1993, en Alemania). El punto de partida de ambos Tribunales es radicalmente distinta. En Estados Unidos, se reconoce un ámbito de decisión de la mujer y lo que se enjuicia es la constitucionalidad de diversas normas estatales que establecen límites a ese ejercicio. En Alemania (y en el resto de países europeos) se ha enjuiciado la constitucionalidad de normas que despenalizaban más o menos ampliamente el aborto, de forma que lo que había que justificar era que la protección del nasciturus es suficiente.

Comenzaremos analizando el pronunciamiento realizado por el Tribunal Supremo norteamericano, en la conocida sentencia *Roe v. Wade*, dictada el 22 de junio de 1973⁴²⁰, luego matizada por la sentencia del caso *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* de 29 de junio de 1992.

En *Roe*, se comienza haciendo un recorrido histórico sobre la regulación del aborto, llegando a la conclusión de que a partir del siglo XIX se castiga con mayor dureza. La razón de este endurecimiento no era, según la sentencia, porque se pretendiera proteger la vida prenatal, sino porque las limitaciones sanitarias de la época suponían que el aborto

⁴¹⁹ No obstante, hay autores como Alkorta que consideran que en Estados Unidos en el tema del aborto “no estamos ante un derecho fundamental en sí mismo, sino ante el ejercicio de un interés protegido por la Due Process Clause”. *Op. cit.* Pág. 299.

⁴²⁰ En junio de 1969, Norma L. McCorvey descubrió que estaba embarazada de su tercer hijo. Como no quería tenerlo, algunos amigos le aconsejaron que denunciara que había sido violada (lo que no era cierto), de forma que pudiera abortar legalmente (pues la ley tejana permitía el aborto en caso de violación e incesto). Sin embargo, esta estrategia fracasó porque no había expediente judicial que documentara la presunta violación. Intentó obtener un aborto ilegal, pero encontró el local clausurado por la policía. Finalmente, se dirigió a las abogadas Linda Coffee and Sarah Weddington que en 1970 presentaron una demanda en el Juzgado de Distrito en nombre de Jane Roe. En representación del Estado de Texas actuó el Fiscal del Distrito de Dallas, Henry Wade. El caso finalmente, llegó al Tribunal Supremo Federal. En el procedimiento ya no se hizo referencia a la falsa violación, sino que se cuestionaba la ley texana que sólo admitía el aborto en determinados supuestos. Curiosamente Roe nunca abortó. Cuando se resolvió el caso ya había dado a luz, y el Tribunal Supremo resolvió haciendo una excepción sobre la doctrina general de que sólo decidía sobre conflictos jurídicos actuales razonando que dada la duración de un embarazo, éste siempre finalizaría antes de poder acceder al Tribunal Supremo. Actualmente Roe colabora con grupos contrarios al aborto.

colocaba en un grave riesgo la vida de la mujer⁴²¹. Estos riesgos, continúa la sentencia, si bien no han desaparecido del todo, se han reducido notablemente y el aborto supone un procedimiento relativamente seguro. Partiendo de esta base considera que el Estado puede introducir más limitaciones para proteger la vida y salud de la madre que para proteger la vida del feto, pues éste no puede ser considerado persona a la luz de los derechos constitucionales reconocidos y el comienzo de la vida antes del nacimiento no es una cuestión pacífica. Dice el Tribunal a este respecto que la Constitución no define el término persona. El Tribunal hace un análisis de todos aquellos preceptos y enmiendas donde aparece el término “persona” en la Constitución y llega a la conclusión de que en casi todos estos ejemplos el uso de la palabra es tal que tiene aplicación sólo después del nacimiento. Este argumento sistemático ha sido objeto de severas críticas. Beckwith⁴²² señala que, con dos excepciones (la Cláusula del esclavo fugitivo y la Disposición de Migración e Importación) que fueron derogadas por las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta, el resto se aplica a personas nacidas, pero no define a la persona. Así, la que se refiere a los requisitos necesarios para ser miembro del Congreso, no establece que los fetos no son personas, porque, entonces, tampoco lo serían los menores de 20 años (edad mínima para acceder al poder legislativo). En la Cláusula relativa al reparto de escaños, la cláusula que excluye a los no nacidos del censo, también lo hace respecto de los indios no sujetos a impuestos y respecto de los esclavos negros, los considera, a esos efectos, como tres quintas partes de una persona.

Esta línea de razonamiento sobre la no personalidad del no nacido, se parece mucho a la utilizada por el mismo órgano más de cien años antes. En la sentencia *Scout versus Sandford*⁴²³, de 1857, referida a un esclavo negro se afirma que

The simple question is this: Can a Negro, whose ancestors were imported into this country, and sold as slaves, become a member of the political community founded and brought into existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all of the rights, and privileges... granted [by the Constitution] to the citizen?.... We think

⁴²¹Esta tesis supone la asunción por parte del Tribunal de la argumentación proabortista. Francome, que no olvidemos es partidario del aborto, dice que esta tesis fue tomada por el Tribunal Supremo del trabajo académico de Cyril Means, consejero legal del NARAL (National Association for the Repeal of Abortion Laws), una de las organizaciones movilizadas a favor del aborto.

⁴²²Beckwith, FJ. *Op cit.* Págs 27 y sigs.

⁴²³ Texto en <http://www.pbs.org/wgbh/aia/part4/4h2933t.html>

that they are not included, and were never meant to be included, in the word, "citizens," in the Constitution. On the contrary, they were at that time [of the writing of the Constitution] considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and whether emancipated or not, yet remained subject to [white] authority. Rather, they should be and are considered an inferior class of beings, who have been subjugated by the dominant race, and whether emancipated or not, have no rights provided them but such are those held the power and the government might choose to grant them.... In the opinion of the court, the legislation and histories of the times, and the language used in the Declaration of Independence, show, that neither the class of persons who had been imported as slaves, nor their descendants, whether they had become free or not, were then acknowledged as a part of the people, nor intended to be included in the general words ⁴²⁴.

A lo afirmado sobre la naturaleza no personal del no nacido se añade para negarle el derecho a la vida un argumento, a nuestro juicio, poco convincente: dice que no necesita resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Cuando aquellos especialistas en sus respectivas disciplinas de Medicina, Filosofía y Teología son incapaces de alcanzar un consenso, la judicatura, en este momento de desarrollo del conocimiento humano, no está en posición de conjeturar una respuesta. Considera que ha existido un fuerte apoyo a la idea de que la vida no empieza sino a partir del nacimiento, citando los ejemplos de los estoicos, de una parte sustancial de judaísmo, de los protestantes y de los que apoyan el aborto.

⁴²⁴La cuestión es muy sencilla, ¿puede un negro, cuyos antepasados llegaron a este país para ser vendidos como esclavos, convertirse en un miembro de pleno derecho de la comunidad política creada por nuestra Constitución y, por consiguiente, gozar de todos los derechos, libertades e inmunidades que ésta garantiza? (...) Creemos que no. Este tipo de personas no están incluidas, y no estaba previsto que lo estuvieran, en el concepto constitucional de ciudadanos, y por consiguiente, no pueden válidamente reclamar ninguno de los derechos, libertades e inmunidades que la Constitución garantiza a los ciudadanos de los Estados Unidos. Al contrario, en el momento constituyente eran considerados una raza subordinada e inferior, bajo la autoridad de la raza dominante, y, en libertad o en esclavitud, continúan sometidos a ella y no tenían más derechos que los que las autoridades quisieran otorgarles (...) A juicio del Tribunal, el Derecho, la historia y el lenguaje empleado en la Declaración de Independencia ponen de manifiesto que en aquel momento fundacional no se incluía en el ámbito de aplicación de este memorable texto a las personas que fueron importadas como esclavos, ni a sus descendientes, ya alcancen la libertad o permanezcan esclavos, no se les reconocía como parte de la comunidad política. Traducción tomada de Beltrán de Felipe, M. y González García, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. (2006). Págs. 153

Añade que fuera del derecho penal, la ley ha sido reticente a respaldar ninguna teoría en el sentido de que la vida comienza antes del nacimiento o a reconocer derechos al no nacido excepto en situaciones estrictamente delimitadas y excepto en los casos en que los derechos dependen del nacimiento. Por eso, el Tribunal no está de acuerdo, en que Texas, adoptando una teoría determinada sobre el comienzo de la vida, pueda ignorar los derechos de la mujer que están en juego. Estos derechos se reconducen al de la intimidad que, pese a no estar expresamente reconocido en la Constitución, el Tribunal extrae de la Novena y Decimocuarta Enmiendas⁴²⁵.

Decimos que el razonamiento es poco convincente porque so capa de una pretendida neutralidad, se opta por una de las dos soluciones. En el fondo, lo que dice el Tribunal es que mientras para unos el derecho a la vida comienza en el nacimiento, para otros comienza en la concepción, por lo que la postura razonable es que éstos no impongan su posición y cada uno pueda hacer lo que quiera; con lo que en realidad, están apoyando la tesis enunciada en primer lugar. Imaginemos que un Tribunal enjuiciando la ablación del clítoris dijera que para algunos se trata de un rito de iniciación a la edad adulta, mientras que para otros se trata de una agresión a la integridad física de la mujer y que el Estado no puede adoptar una teoría determinada sobre ello prohibiendo esa práctica. O yendo a los precedentes históricos, cuando Abraham Lincoln se presentó al Senado por Illinois (elección que perdió) en 1858, mantuvo una serie de debates públicos con su oponente demócrata Stephen A. Douglas. Éste mantuvo que aunque él personalmente creía que la esclavitud era mala, no deseaba que el gobierno federal eliminase la esclavitud, porque hacer eso violaría el principio de soberanía popular. Pero Lincoln contestó que “cuando el Juez Douglas dice que cuando cualquier individuo o comunidad quiere esclavos, tienen el derecho a tenerlos, es perfectamente lógico si no hay nada malo en esa institución; pero si

⁴²⁵Establece la Novena Enmienda que no por el hecho de que la Constitución enumere ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo. Por su parte, la Enmienda Decimocuarta dispone que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o la propiedad sin el debido proceso legal.

admite que es mala, no puede lógicamente decir que cualquiera tiene derecho a hacer el mal”⁴²⁶.

Esta posición contraria al aborto desde un punto de vista subjetivo, pero tolerante con su regulación es muy frecuente. La sostiene Umberto Eco: “no me he visto jamás en la circunstancia de, ante una mujer que se declarase embarazada a causa de mi colaboración, tener que aconsejarle el aborto o dar mi consentimiento a su voluntad de abortar. Si me hubiera ocurrido algo así, habría hecho todo lo posible para persuadirle de que diera la vida a esa criatura, fuera cual fuera el precio que juntos hubiéramos debido pagar (...) Y con todo no me siento capaz de imponer esta posición ética mía (...) a nadie⁴²⁷. Pero, en realidad, lo que está detrás es que no está convencido de que la vida prenatal deba ser defendida: “Tal vez estemos condenados a saber únicamente que tiene lugar un proceso cuyo resultado final es el milagro del recién nacido, y que decidir hasta qué momento se tiene derecho a intervenir en ese proceso y a partir de cual ya no es lícito hacerlo, no puede ser ni aclarado ni discutido”⁴²⁸.

El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, en la sentencia BVerfGE 39,I, de 25 de febrero de 1975⁴²⁹ lejos de poner el acento en la libre determinación de la mujer, se centra en analizar el derecho a la vida del no nacido. Comienza diciendo que la expresa incorporación en la Constitución alemana del evidente por sí mismo derecho a la vida, en contraste con la Constitución de Weimar, puede explicarse principalmente como una reacción a la destrucción de las vidas indignas de vivirse, a la solución final y a las liquidaciones llevadas a cabo durante el régimen nacional-socialista, como medidas de Estado. Añade que la vida, en el sentido de existencia histórica de un individuo humano,

⁴²⁶Tomado de Arkes, H. *First Things: an inquiry into the first principles of morals and justice*. Princeton University Press, New Jersey (1986). Págs 24, 25 y 43

⁴²⁷Eco, U y Martini, C. M. *¿en qué creen los que no creen?* Ediciones Temas de Hoy Madrid (2000) Pág. 32

⁴²⁸*Op. cit.* Pág. 38

⁴²⁹Enjuiciaba la modificación de la regulación del aborto que se había realizado a través de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal. En esta norma se establecía una regulación de plazo, permitiéndose el aborto por libre decisión de la mujer en el plazo de 12 semanas. Después del tercer mes de embarazo el aborto seguía tipificado salvo que se practicase cuando estuviese en peligro la vida o salud de la madre o cuando, por causas hereditarias o por motivos de embarazo, el no nacido pudiese sufrir daños no superables en su estado de salud, de tal gravedad que no se pudiera exigir a la mujer que continúe el embarazo y no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción.

existe de acuerdo con un indudable conocimiento bio-fisiológico, en cualquier caso, tras el día 14 desde la concepción⁴³⁰. El derecho a la vida es garantizado a todo el que vive; no se puede hacer distinción entre diferentes estadios de la vida en desarrollo previa al nacimiento, entre los nacidos y los no nacidos. “Todos” en el sentido del artículo 2 de la Ley Fundamental es “todo viviente”; dicho de otra forma: toda vida que posea individualidad humana; “todos” incluye también al ser humano todavía no nacido. Esta interpretación extensiva se corresponde con el principio establecido por el Tribunal, de acuerdo con el cual, en casos dudosos, debe elegirse la interpretación que desarrolla el más alto grado de efectividad judicial de la norma fundamental. En otro momento de la sentencia se afirma que el aborto es un acto que causa la muerte y eso se ve claramente porque en el código penal alemán está castigado en la sección relativa a los delitos y faltas contra la vida. Y que la expresión, ahora común, de interrupción del embarazo, no puede camuflar este hecho⁴³¹.

En este sentido, el deber del Estado no prohíbe sólo ataques directos por parte de éste a la vida en desarrollo, sino que requiere que adopte una posición protectora de dicha vida, es decir, debe preservarla del ataque ilegal de otros. La obligación del Estado de tomar la vida en desarrollo bajo su protección, sigue la sentencia, existe, incluso contra la madre. Aunque el embarazo pertenece a la esfera de intimidad de la mujer, el que va a nacer es un ser humano independiente que se encuentra bajo la protección de la Constitución, hay una dimensión social de la interrupción del embarazo que la hace susceptible de regulación por parte del Estado. El derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, el cual tiene como contenido la libertad de comportamiento, en un sentido amplio y, por consiguiente abarca la responsabilidad personal de la mujer a decidir en contra de la maternidad y de las responsabilidades que se derivan de ella, puede también demandar reconocimiento y protección. Este derecho, sin embargo, no está garantizado sin límites. Añade que un compromiso que garantice la protección de la vida del que va a nacer y permita a la mujer

⁴³⁰Ello no significa que el embrión preimplantatorio quede desprotegido. De hecho, en la legislación alemana el embrión in vitro recibe una protección mayor que el embrión ya implantado o el feto, porque no existe ningún conflicto con la libertad de la mujer. Incluso en la sentencia posterior relativa al aborto (2 BvF 2/90) se afirma –párrafo 146 que “estos procedimientos no nos obligan a decidir si la vida humana comienza, como la antropología médica sugeriría que es el caso, cuando un óvulo y un espermatozoide se fusionan...”

⁴³¹De hecho, la legislación de varios países europeos, como Bélgica, Finlandia o Italia, utiliza la expresión, más acorde con la realidad, de “terminación del embarazo”.

la libertad de abortar no es posible, por cuanto la interrupción del embarazo siempre significa la destrucción de la vida no nacida. Es terminante señalando que el ordenamiento jurídico no puede hacer del derecho de autodeterminación de la mujer la única guía del proceso legislativo. El Estado debe actuar partiendo de un deber de llevar el embarazo a término y, por tanto, ver su interrupción como injusta. La condena del aborto debe ser claramente expresada en el ordenamiento legal. Debe evitarse la falsa impresión de que la interrupción del embarazo es el mismo proceso que, por ejemplo, acudir al médico para curar una enfermedad o una alternativa legalmente irrelevante para evitar el embarazo. El Estado no puede abdicar de su responsabilidad ni siquiera a través del reconocimiento de un área de libre actuación por la cual el Estado se abstiene de hacer juicios de valor y abandona al criterio del individuo su actuación, según su propio sentido de responsabilidad.

Sobre tan dispar fundamentación, las conclusiones de ambas sentencias son radicalmente distintas. Roe establece un derecho al aborto prácticamente absoluto. Estableció el famoso sistema de trimestres según el cual durante el primero, el Estado no puede poner ningún límite al derecho de la mujer a tener un aborto, quedando la cuestión al juicio del médico que la atienda. En el segundo, el Estado puede regular sólo el procedimiento de aborto, pero solo para proteger la vida y la salud de la madre. En el tercer trimestre, el Estado promoviendo su interés en la potencialidad de la vida humana (expresión que revela la opción del Tribunal), puede, si así lo decide, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando es necesario, en apropiado juicio médico para la preservación de la vida o de la salud de la madre. Y la amplitud del reconocimiento se hace pese al reconocimiento por parte del Tribunal de que el derecho de la mujer no es absoluto (lo que dicho sea de paso, es innecesario porque es obvio que no existe un derecho absoluto), y de que más específicamente afirma que “la mujer no puede ser aislada en su privacidad. Porta un embrión y, más tarde, un feto (...). La situación es, por tanto, intrínsecamente diferente de la intimidad matrimonial, o la posesión privada de material obsceno o del matrimonio, de la procreación o de la educación...”. Puesto que esto es así, deberían haberse establecido límites más precisos. De acuerdo con la doctrina establecida en Roe, hasta prácticamente 1992, la mayoría de las regulaciones estatales poniendo límites al derecho al aborto fueron declaradas inconstitucionales. Y es que, como señaló el propio Tribunal Supremo en *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, en el tratamiento del aborto se han apartado de la doctrina aplicable a todas las demás libertades en el sentido de que no toda

ley que hace a un derecho más difícil de ejercer, es inmediatamente una violación de ese derecho.

Pese a la importancia que se da a la fijación de los trimestres como delimitación de los derechos de la mujer y del Estado para proteger la vida prenatal (obsérvese que nunca se habla del derecho a la vida del no nacido), el redactor de la sentencia reconoció que estos límites temporales carecían de fundamento. Según Bob Woodward⁴³², en documentos internos del Tribunal Supremo que fueron encontrados entre los papeles personales del Magistrado William O. Douglas y que se conservan en la Biblioteca del Congreso, se pone de relieve las opiniones informales de los Magistrados que participaron en la deliberación. Blackmun, que redactó la opinión mayoritaria dijo que “observaréis que he concluido que el final del primer trimestre es crítico. Esto es arbitrario, pero quizá la selección de otro momento, como el del movimiento del feto percibido por la madre o la viabilidad, es igualmente arbitraria”⁴³³. Los partidarios de negar protección al no nacido, reconocen que no existe un hito temporal objetivo, en el que puede decirse que se produce un cambio que justifique un diferente tratamiento al nasciturus. En este sentido, resulta mucho más sólido el punto de partida del Tribunal Constitucional alemán, en el sentido de que la vida prenatal merece protección a lo largo de todo el embarazo, sin que puedan establecerse períodos en los que esa protección no existe.

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán pese a reconocer el derecho a la vida del no nacido, a nuestro juicio, no lleva hasta el final su razonamiento al permitir que legislador establezca un sistema de indicaciones excesivamente amplio. Comienza señalando el Tribunal que la continuación del embarazo aparece como no exigible cuando se comprueba que el aborto es necesario para evitar un peligro para la vida de la embarazada o un grave deterioro de su salud. En este caso, está en riesgo su propio derecho a la vida y a la integridad física. Pero añade que más allá, el poder legislativo tiene libertad para dejar la interrupción del embarazo sin castigo en caso de concurrencia de otras cargas extraordinarias para la embarazada. En esta categoría pueden incluirse los casos de las

⁴³²The Abortion papers. Artículo publicado en The Washington Post el 22 de junio de 1989. Texto en <http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/nvp/roe/woodward.html>

⁴³³“You will observe that I have concluded that the end of the first trimester is critical. This is arbitrary, but perhaps any other selected point, such as quickening or viability, is equally arbitrary”.

indicaciones eugenésica, ética y social. Si el legislador elimina de la sanción penal verdaderos casos de conflicto, no vulnera su deber de proteger la vida. No obstante, el Estado debe ofrecer asesoramiento y asistencia con el objetivo de recordar a la mujer embarazada su deber fundamental de respetar el derecho a la vida del no nacido, animarla a que continúe con el embarazo y, especialmente en casos de necesidad social, apoyarla mediante medidas prácticas de asistencia. Como analizaremos más adelante, el sistema de asesoramiento previsto en el ordenamiento alemán y el establecido por la LO 2/2010 son radicalmente diferentes, de forma que, a nuestro juicio, con este último, el Estado no cumple con su obligación de proteger la vida prenatal.

En todos los demás casos de aborto, dice el Tribunal Constitucional alemán, permanece un mal merecedor de castigo en la medida que en estos casos la destrucción de un valor que tiene el máximo rango legal está sujeto a la voluntad ilimitada de otro y no está motivada por una emergencia. Si el legislador incluso en estos casos quiere no aplicar una sanción penal, esto sería compatible con las exigencias de la Ley Fundamental, sólo con la condición de que se establezca otra sanción legal igualmente efectiva que ponga de manifiesto el carácter injusto del acto y que igualmente prevenga las interrupciones del embarazo tan efectivamente como la ley penal.

Como ya hemos dicho, tanto en Estados Unidos como en Alemania los dos Tribunales, se pronunciaron sobre el aborto en una segunda ocasión, matizando la sentencia primera.

En Estados Unidos, antes y casi parece que anticipando lo que iba suceder unos años después, la sentencia *Webster v. Reproductive Health Services* de 3 de julio de 1989 cuestionó la construcción del sistema de trimestres al que considera rígido y que convierte el juicio de constitucionalidad de las normas en esta materia en un virtual lecho de Procusto⁴³⁴. Incluso, la sentencia considera que no es inconstitucional el preámbulo de la norma que afirmaba que la vida de cada ser humano comienza en la concepción y que el niño no nacido tiene intereses protegibles en vida salud y bienestar y requiere que todas las

⁴³⁴Procusto era un ladrón que tenía un lecho en el que hacía yacer a sus visitantes, cortándolos si sobresalían por algún extremo, o bien estirando sus articulaciones si eran más cortos, con lo que les provocaba la muerte. Fue muerto por Teseo. La expresión ha quedado como sinónimo de aquello que obliga a la realidad a ajustarse a un particular visión de las cosas.

leyes estatales sean interpretadas para proveer a los niños no nacidos con los mismos derechos disfrutados por otras personas con sujeción a la Constitución y las sentencias del Tribunal Supremo. Aunque es cierto que la aceptación por parte del Tribunal de este pronunciamiento se basaba en su falta de consecuencias prácticas en el articulado de la Ley y en la circunstancia de que el alcance con el que las palabras del preámbulo pudiera ser usado para interpretar otras leyes estatales es algo que sólo los Tribunales de Missouri podían decidir.

Como adelantábamos, el sistema de Roe se revisó en la sentencia *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* de 29 de junio de 1992. Aunque desde el punto de vista de los partidarios del aborto se ve esta sentencia como un retroceso dramático, en realidad no lo es. Sólo pone algún límite a los excesos del pronunciamiento de 1973, pero sin cuestionar su núcleo central. Afirman los Magistrados que después de considerar las cuestiones constitucionales fundamentales resueltas por Roe, los principios de integridad institucional y la regla del *stare decisis* (precedente), la esencial doctrina de *Roe v. Wade* debe ser conservada y una vez más afirmada. Dicha doctrina, que reafirman, tiene tres partes. Primero, un reconocimiento del derecho de la mujer a elegir el aborto antes de la viabilidad y obtenerlo sin interferencias indebidas por parte del Estado. Segundo, una confirmación del poder del Estado para restringir el aborto después de la viabilidad fetal si la ley contiene excepciones para los embarazos que supongan riesgo para la vida o salud de la mujer. Y tercero, el principio de que el Estado tiene legítimos intereses desde el principio del embarazo en proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede llegar a ser un niño. Estos principios, dicen, no se contradicen entre sí, y se adhieren a todos ellos.

Nuevamente, la fundamentación se nos antoja superficial. La impresión que ofrece la lectura de la sentencia es que, en contra de lo que afirman, no son tan entusiastas del aborto como sus predecesores y, pese a considerar Roe errónea, no se ven con ánimos para revocarla. En un momento dado llegan a afirmar que “están satisfechos de que la cuestión a resolver no sea la solidez de la resolución de Roe sobre el asunto, sino la fuerza del precedente que debe darse a su pronunciamiento”. Y decimos que no parecen muy convencidos de la solidez de Roe, porque de haberlo estado, bastaría con haberlo dicho, mientras que el grueso de la sentencia es una justificación de por qué no deben revocarla. Afirman que las reservas que cualquiera de los Magistrados pudieran tener en reafirmar el

pronunciamiento central de Roe están compensadas por la necesidad de respetar la libertad individual de la mujer, combinado con la fuerza del stare decisis o vinculación al precedente.

Los argumentos a favor del precedente pueden sistematizarse de la siguiente manera: ningún sistema judicial puede trabajar para la sociedad si se analiza cada asunto de nuevo en cada caso que se plantea, aunque esto tiene como límite el supuesto en que un pronunciamiento judicial previo llegara a ser visto tan claramente como erróneo que su propia aplicación, por esa misma razón estaría abocado al fracaso. Para ver si procede respetar el precedente se debe responder a la pregunta de si la regla ha probado ser intolerable simplemente desafiando su viabilidad práctica; si la regla está sujeta a una especie de confianza que daría especial dureza a las consecuencias de anularla y añadiría injusticia al coste del rechazo; si hay principios legales relacionados que han sido desarrollados a tal extremo que han dejado la vieja norma convertida en nada más que un resto de doctrina abandonado; o si los hechos han cambiado de tal forma o son vistos de forma tan diferente que han quitado a la vieja norma o aplicación o justificación significativas. Las respuestas a estas preguntas son favorables a Roe. En primer lugar, afirman que aunque Roe ha engendrado oposición, en ningún sentido se ha mostrado inviable, entendiéndose por tal una simple limitación más allá de la cual una ley estatal es inaplicable. En segundo lugar, respecto de la confianza, dicen que en dos décadas de desarrollo económico y social, las personas han organizado relaciones íntimas y realizado opciones que definen sus visiones sobre sí mismos y sus lugares en la sociedad, en la confianza de que dispondrían del aborto en el caso de la anticoncepción fallara. En tercer lugar, ninguna evolución de los principios legales ha dejado las bases doctrinales de Roe más débiles de lo que lo eran en 1973. Además, en los siguientes casos en los que el Tribunal Supremo se pronunció sobre el aborto, Roe recibió el apoyo de la mayoría de los Magistrados. Añaden que incluso asumiendo que el pronunciamiento principal de Roe era un error, ese error sólo estaría relacionado con la intensidad del interés del Estado en la protección del feto, no en el reconocimiento de la libertad de la mujer reconocido por la Constitución.

Como excepciones al stare decisis citan el cambio de criterio respecto de las sentencias que defendían la teoría del liberalismo clásico, que mantenían una doctrina defensora de la

libertad contractual sobre la base de la capacidad de un mercado no regulado de satisfacer niveles mínimos de bienestar, que tras la Depresión de 1929 se reveló falsa; la segunda comparación se refiere a la regla separados-pero-iguales de la segregación racial que fue anulada debido a que el entendimiento de los hechos en 1954 eran distintos del que había en 1896. Dice el Tribunal que el examen de las condiciones que justificaron el rechazo de las doctrinas originales citadas es bastante para revelar el terrible precio que se hubiera pagado si el Tribunal no las hubiera anulado. En el caso que nos ocupa, el análisis hace claro el terrible precio que se pagaría por anular. El Tribunal afirma solemnemente que hay un límite en la cantidad de error que puede ser plausiblemente imputado a los anteriores Magistrados. Cuando en la realización de sus deberes judiciales, el Tribunal decide un caso en tal forma como para resolver la clase de controversia intensamente divisora reflejada en Roe y en casos raros y comparables, su decisión tiene una dimensión que la resolución de un caso normal no tiene. El Tribunal no está llamado a hacer esto muy a menudo. Su decisión requiere una igualmente excepcional fuerza del precedente para contrarrestar los inevitables esfuerzos de revocarla y frustrar su puesta en práctica. Y concluye afirmando que anular el pronunciamiento de Roe dañaría gravemente la legitimidad del Tribunal.

El razonamiento no resulta demasiado convincente. Si, como parece, la mayoría no está convencida del acierto de Roe (si no, insistimos, no hubiera sido necesario justificar tanto la fidelidad al precedente, bastaría haber dado por hecho que la doctrina era correcta), parece que daña más a la legitimidad del Tribunal adherirse a una doctrina errónea que justificarla. Por otra parte, en asuntos especialmente sensibles y contemporáneos al del aborto, como es el de la pena de muerte, el Tribunal Supremo no tuvo inconveniente en modificar su criterio⁴³⁵. También en la penalización de actos homosexuales. En la sentencia *Bowers v. Hardwick* de 1986 se declaró constitucional una ley de Georgia que penalizaba el sexo oral y anal en privado entre adultos que habían consentido. Esta decisión fue revocada por la sentencia *Lawrence v Texas* de 2003 que declaró inconstitucionales las leyes anti sodomía y proclamó que “*Bowers* no era correcta cuando se dictó y no lo es hoy”.

⁴³⁵ En 1972, el Tribunal en el caso *Fuman v. Georgia* había llegado a la conclusión de que en el caso enjuiciado la pena de muerte impuesta era inconstitucional, lo que condujo a una moratoria en la imposición de la pena de muerte en todo Estados Unidos. Cuatro años después, en el caso *Gregg v. Georgia*, declaró que la pena de muerte no viola la Octava Enmienda, que prohíbe el castigo cruel e inusual.

Además, como señala Beckwith⁴³⁶, de aplicar la doctrina de la sentencia a la aprobación por parte del Congreso de la Decimocuarta Enmienda para incluir a los afroamericanos como ciudadanos de pleno derecho, el Tribunal Supremo podría haber dicho que “vulnera su doctrina anterior en el caso Dred Scott y lanza a la oscuridad las esperanzas y expectativas de todo propietario de esclavos del Sur que ha venido a creer que la Constitución le garantiza el derecho a ejercer cierto control sobre su derecho de poseer esclavos. El Congreso además se hace inconsciente e insensible al hecho de que millones de propietarios de esclavos y sus familias han organizado sus vidas alrededor del derecho de poseer esclavos y que este derecho se ha convertido en vital para la plena participación de los caballeros sureños en la vida política y económica americana”.

En todo caso y respecto a la confianza generada en los ciudadanos, un fallo razonable hubiera sido devolver al poder legislativo la capacidad de decidir sobre esta cuestión, que es lo que sucede en la inmensa mayoría de los países democráticos. Como dato curioso, en dos referéndum celebrados en Dakota del Norte y Michigan en 1972 (una año antes de *Roe v. Wade*) el 78 y el 62 por ciento respectivamente votó en contra de la ampliación del derecho al aborto⁴³⁷. El mismo autor que ofrece estos datos, señala que en una encuesta publicada en junio de 2003 refleja que un 47 por ciento de los americanos se considera como pro-choice y un 48 por ciento pro life⁴³⁸. “Incluso algunos de quienes la apoyaban (la sentencia *Roe*) reconocían que el Tribunal Supremo podía haberse excedido en su activismo: había tomado una decisión posiblemente adecuada, pero que acaso hubiese correspondido al poder político. El derecho a abortar no está en la Constitución, y sólo por vía de enmienda se puede añadir un contenido semejante a la Constitución”⁴³⁹. Como recuerda Carmen Tomás y Valiente⁴⁴⁰ “muchos de quienes dentro y fuera del Tribunal Supremo se oponen o, cuando menos critican *Roe*, basan su disenso en la idea de que no corresponde al Tribunal declarar este derecho fundamental no expresamente contemplado en la Carta de Derechos anulando así varias decenas de normas emitidas por los

⁴³⁶Beckwith, F.J. *Op. cit.* Pág. 115

⁴³⁷Francome, C.*OP. cit.* Pág. 17. El autor, proabortista, dice que si las fuerzas contrarias al aborto hubieran podido montar este tipo de campaña por todo el país, la Ley no hubiera sido anulada en el Tribunal Supremo. Sin embargo, no tenían los recursos necesarios para ello. Pág. 78.

⁴³⁸*Op. cit.* Pág. 166

⁴³⁹Beltrán de Felipe, M. y González García, J.V. *Op. cit.* Pág. 429.

⁴⁴⁰ Contraponencia a *Abortion jurisprudence in the U.S.* del profesor Shapiro, en el encuentro mantenido en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo el 17 de marzo de 2009, en la sede de la misma.

legisladores democráticos estatales, como tampoco construir (...) una verdadera regulación positiva del aborto a través del sistema de los trimestres, usurpando de este modo –y desde un poder federal- las atribuciones exclusivas de los legisladores estatales”. No olvidemos que Roe permite al Estado no establecer ninguna medida protectora de la vida prenatal, pero es sumamente restrictivo respecto de la regulación de límites al aborto.

No obstante la proclamación solemne del respeto al precedente, la sentencia modifica la doctrina de Roe. Así se abandona la construcción por trimestres que era central en Roe. Concluyen con que la línea debe ser marcada en la viabilidad. Para determinar los límites que no puede traspasar el Estado en la regulación del aborto dice el Tribunal que numerosas formas de regulación estatal pueden tener el efecto incidental de incrementar el coste, o de disminuir la disponibilidad de cuidado médico, sea para el aborto o para cualquier procedimiento médico, pero eso no es, por sí mismo, razón para invalidar dicha regulación. Sólo cuando la norma estatal imponga una carga indebida sobre la capacidad de la mujer de tomar esta decisión alcanza el poder del Estado el núcleo de la libertad protegida por la Cláusula del Proceso Debido. Como están estableciendo un estándar de general aplicación, consideran importante aclarar qué ha de entenderse por carga indebida. Una carga indebida es una expresión resumida para referirse a una regulación estatal que tiene el propósito o el efecto de colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto de un feto no viable. Una norma con este propósito es inválida porque los medios elegidos por el Estado para promover el interés en la vida potencial debe ser calculado para informar la libre elección de la mujer, no para obstaculizarla. Y una norma que mientras promueve el interés del Estado en la vida potencial u otro interés estatal válido, tiene el efecto de colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer no puede ser considerada como un medio permisible de servir a su legítimo fin.

Por su parte, la segunda sentencia del Tribunal Constitucional alemán es la BverfGE 88,203⁴⁴¹ dictada el 28 de mayo de 1993 y se deriva del proceso de reunificación alemana⁴⁴². La fundamentación no cambia, pero sí permite una nueva forma de regulación.

⁴⁴¹ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>

⁴⁴² Mientras la legislación de la República Federal, como hemos visto, sujetaba a sanción penal el aborto excepto cuando se daban determinadas indicaciones, en la República Democrática Alemana, la mujer embarazada tenía derecho a tener un aborto médicamente asistido en una institución ginecológica dentro de las doce primeras semanas desde el inicio del embarazo. El aborto podía

El Tribunal comienza recordando la doctrina de la sentencia anterior. Añade que el derecho a la vida del no nacido no depende de su aceptación por parte de la madre, sino que el nasciturus lo ostenta simplemente en virtud de su existencia y es un derecho elemental e inalienable entroncado en la dignidad de la persona. Se aplica con independencia de cualquier punto de vista religioso o filosófico. Se observa en esta última afirmación la radical diferencia con la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano. Mientras éste sostiene que el derecho a la vida del no nacido es una cuestión discutible, en la que no ha sido posible encontrar un consenso, el Tribunal Constitucional alemán afirma la dignidad y el derecho a la vida del embrión o feto, al margen de creencias religiosas o filosóficas.

La Sentencia afirma que el deber de protección de la vida prenatal se refiere a la vida individual y no a la vida en general. La esencial prohibición de la terminación del embarazo y el correlativo deber de llevar el niño a término son dos elementos inseparablemente unidos de la protección requerida constitucionalmente. La cantidad de protección requerida por la Ley Fundamental no depende de qué estadio del embarazo se ha alcanzado. El derecho a la vida del no nacido y su protección bajo la Ley Fundamental no está graduado en función de la expiración de ciertos plazos o del desarrollo del embarazo.

En línea con lo anterior un aborto debe ser contemplado como fundamentalmente malo y, en consecuencia prohibido por la ley. Si no hubiera tal prohibición, el control sobre el derecho a la vida del no nacido quedaría en manos de la decisión libre y legalmente irrestricta de un tercero, que puede incluso ser la propia madre. Incluso la referencia a la dignidad de la mujer y su capacidad para tomar decisiones responsables por sí misma no exige que la vida no nacida sea abandonada de esa forma. Los derechos constitucionales de la mujer no tienen precedencia sobre la prohibición fundamental del aborto. Aunque estos derechos existen frente al no nacido y deben ser protegidos, no se extienden tanto como

practicarse más allá de ese plazo si era probable que la continuación del embarazo pusiera en peligro la vida de la mujer o si concurría cualquier otra grave razón; en estos últimos casos la decisión debía tomarla una comisión médica. Tras la reunificación el parlamento había aprobado la Ley para el apoyo de la familia y el embarazo. En esta nueva regulación se permitía el aborto siempre que la mujer se sometiera a asesoramiento y se expidiera un certificado acreditando esta circunstancia, que tras el asesoramiento se dejaran transcurrir tres días para que la mujer pueda reflexionar, que la interrupción del embarazo se practicara por un médico y que no hubieran transcurrido más de 12 semanas desde la fecha de la concepción. Esta norma fue recurrida por 249 parlamentarios y el Estado de Baviera.

para permitir el deber constitucional de llevar el niño a término se vea suspendido incluso durante un tiempo limitado. Sin embargo, en circunstancias excepcionales los derechos constitucionales de la mujer hacen posible que el deber legal no se aplique y, en algunos casos, de hecho incluso es necesario que no se aplique. El equilibrio entre los derechos de la madre y del no nacido no puede alcanzarse mediante la solución de considerar que durante un período del embarazo el derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad es preferente y posteriormente lo es el derecho a la vida del no nacido. Si ese fuera el caso el derecho a la vida del no nacido podría sólo tener eficacia si la mujer no decidiera matarlo durante la primera fase del embarazo. Insiste el Tribunal en que, sin embargo, si hay un peligro grave para la vida de la madre o para su salud u otras situaciones excepcionales, está constitucionalmente permitido dispensar a la mujer del deber de llevar a término el embarazo. Pero la no exigibilidad de la conducta no puede surgir de circunstancias que están dentro de los límites de un embarazo normal.

La Constitución promete al no nacido, que es dependiente absolutamente de su madre, protección incluso contra ella. La conexión especial entre la madre y la vida prenatal no puede utilizarse como motivo para dejar a la madre decidir si concurren las condiciones que le permitirían matar a su hijo dentro de la ley.

No obstante, considera que el castigo del aborto debe ser un medio para lograr una mejor protección y no un fin en sí mismo. También afirma que especialmente en los primeros momentos del embarazo, el Estado tiene la obligación de defender una vida cuya existencia desconoce, por lo que reconoce que la sanción penal puede no ser muy efectiva. Pero si en el derecho penal el aborto no se tipifica como delito, en otras áreas del ordenamiento jurídico pueden establecerse normas que se basen en que la interrupción del embarazo es ilegal. Si no se establecen esas normas la despenalización del aborto tiene el efecto de una justificación básica y esto significa que las exigencias mínimas del deber de protección no han sido satisfechas. En términos generales, la regla constitucional entroncada en el deber de protección, por la cual, un aborto debe ser considerado como ilegal, debe interpretarse y aplicarse en otras áreas del derecho en tal forma que los abortos justificados e injustificados no reciban un tratamiento igual a menos que el concepto de protección lo requiera.

Y como la legislación despenalizaba el aborto en las 12 primeras semanas y posteriormente cuando concurren algunas indicaciones, a cambio de establecer un sistema de asesoramiento de la mujer, el Tribunal Constitucional es muy exigente con los requisitos que debe reunir el mismo y además especifica otras medidas dirigidas a la protección del no nacido. La sentencia reitera que es competencia del legislador determinar la naturaleza y extensión de la protección. La Ley Fundamental identifica la protección como un objetivo, pero no define la forma que ha de adoptar en detalle. Sin embargo, el poder legislativo tiene que tener en cuenta la regla de la prohibición de demasiada poca protección, de forma que en este extremo, está sujeto al control constitucional. Lo que es esencial es que la protección sea efectiva. Las medidas tomadas por el legislador deben ser suficientes para asegurar protección apropiada y efectiva y estar basadas en un cuidadoso análisis de hechos y valoraciones defendibles.

La primera preocupación es fortalecer la buena disposición de la madre embarazada de aceptar el embarazo como su propia responsabilidad y llevar a término su embarazo. Con independencia de cómo el Estado cumpla con su obligación de proteger, no debe olvidarse que la vida en desarrollo está encomendada por la naturaleza a la protección de la propia madre. Despertar y fortalecer el deber maternal de protección, debe ser el principal objetivo de los esfuerzos del Estado para proteger la vida.

Añade que no parece que los médicos, por su especialidad, estén cualificados para prestar el asesoramiento, ni que tengan el tiempo necesario para prestarlo individualizadamente. Es, además, especialmente cuestionable que la información acerca de la asistencia social pueda ser ofrecida por el mismo médico que va a practicar el aborto. En este sentido, afirma la sentencia, que debe asumirse que la mayoría de los médicos rechaza practicar interrupciones del embarazo que no tienen una indicación, de forma que sólo estarán disponibles los que ven el aborto como un negocio o los que se inclinan a acceder a todo deseo de una mujer para la interrupción del embarazo porque ven en ello una mera manifestación del derecho a la autodeterminación o un medio de emancipación de la mujer. En ambos casos, que el médico influya sobre la mujer para que continúe con el embarazo es altamente improbable. La experiencia existente en Inglaterra muestra esto. Allí la indicación (muy ampliamente concebida) debe ser determinada por dos médicos de la

elección del paciente. Esto ha llevado al resultado de que casi todo aborto deseado es realizado por médicos privados especializados en tal actividad. La aparición de agentes profesionales que dirigen a las mujeres a esas clínicas privadas es una especialmente desafortunada consecuencia, muy difícil de evitar. Lo que sí debe hacer el médico es informar de la naturaleza de la operación y de sus posibles efectos para la salud. Debe dejar claro a la embarazada el grado de desarrollo de la vida en formación y que la operación la destruye, pues en las audiencias públicas se puso de manifiesto a través de diversos estudios que muchas mujeres no tienen las ideas claras y que, esta circunstancia, si es conocida después, es frecuentemente ocasión de dudas agobiantes y cuestionamientos de conciencia. El asesoramiento debe dirigirse a prevenir este tipo de situaciones de conflicto.

No obstante, el Tribunal no es tan ingenuo para considerar que el asesoramiento de la embarazada resuelve todos los problemas. Dice que no puede decirse que tras el asesoramiento profesional e individualizado, las únicas mujeres que abortan son aquellas que se encuentran en situaciones de conflicto tan graves que llevar el embarazo a término no sería exigible en los términos requeridos por la Constitución. Creer esto sería ignorar la realidad, que muestra que los hombres y mujeres frecuentemente conceden tanta importancia a sus expectativas vitales que no están preparados para disminuirlas, incluso cuando hacer eso aparecería objetivamente como exigible. Naturalmente, el poder legislativo está obligado a observar los efectos de su nuevo concepto de protección.

En cuanto a las medidas de protección adicionales al asesoramiento dice que la obligación de proteger la vida exige del Estado atender los problemas y dificultades que la madre puede encontrarse durante el embarazo. El cuidado que debe prestar la comunidad incluye una obligación por parte del Estado de asegurar que un embarazo no se interrumpe debido a la existencia de apuros económicos o por dificultades materiales tras el nacimiento. De igual forma, en la medida de lo posible, las desventajas que el embarazo puede causar en sus estudios o trabajo, deben ser removidas. Obviamente, el Estado ni puede ni debe relevar a los padres de todas las cargas y limitaciones asociadas al cuidado y educación de los hijos. Sin embargo, el Estado puede y donde es necesario debe, implicar a terceros para lograr una protección efectiva. Los padres que cuidan de sus hijos están realizando tareas cuyo cumplimiento se sitúa en interés de la comunidad como un todo y también en interés

de los específicos individuos concernidos. Por esta razón, el Estado está obligado a promover una sociedad que vea a los niños con buenos ojos que a su vez tiene también repercusiones sobre la vida no nacida.

Las obligaciones de proteger la vida no nacida, el matrimonio y la familia y el aseguramiento de iguales derechos para los hombres y mujeres en el trabajo obligan al Estado y en especial al legislador a crear las bases correctas de forma que la vida familiar y laboral pueda compatibilizarse y que el cuidado de los hijos no conlleve desventajas en el trabajo. Para lograr esto es necesario que se tomen medidas legales y prácticas que permitan a ambos padres tanto combinar el cuidado de los hijos y el trabajo como el volver al mercado laboral y progresar en el puesto de trabajo después de haberlo abandonado con el fin de dedicarse al cuidado de los hijos.

Una vez detallada la doctrina constitucional sobre los dos principales modelos de regulación del aborto, podemos pasar a analizar lo dicho por nuestro Tribunal Constitucional. Éste sigue el razonamiento que hemos expuesto de su equivalente alemán. Aunque no es tan tajante, pues mientras éste afirma que la expresión “todos” incluye a todo ser humano vivo, nacido o no, para el español sólo incluye a los primeros. La primera vez que se lee la sentencia 53/1985, de 11 de abril, parece que la argumentación del propio Tribunal va a llevar a la conclusión de que el *nasciturus* tiene derecho a la vida, “no obstante, a pesar de estas afirmaciones, la Sentencia evitó llegar a las conclusiones a que le conducía su propio razonamiento”⁴⁴³. Y es que “sin entrar a prohibirlo de manera explícita (*se refiere al aborto*), se incluyó (*en la Constitución*) un precepto de redacción ambigua que permite mantener la posibilidad de su legalidad. Sin embargo, no fue ésta la intención del constituyente, pues si en una primera redacción se decía <<las personas tienen derecho a la vida>>, en la versión definitiva se cambió por la palabra <<todos>>, pensando que de este modo se amparaba también al *nasciturus*. Con todo, la ambigüedad de tal término no permite deducir de manera clara esa protección”⁴⁴⁴. Esta ambigüedad permitió al Tribunal Constitucional (Sentencia 53/85, de 11 de abril) rechazar el motivo del recurso interpuesto respecto de que la expresión “todos” del artículo 15 comprendía la concebido y no nacido:

⁴⁴³Díaz de Terán, M^a. C. El embrión in vitro como fuente de células troncales: análisis jurídico-crítico. *Cuadernos de bioética*. nº 54. Pág. 319.

⁴⁴⁴Esteban de, J. y González-Trevijano, P. J., *Op. cit. II*. Pág. 31.

“la ambigüedad del término <<todos>> en la expresión <<todos tienen derecho a la vida>> no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. (...) En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aún cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”⁴⁴⁵.

La conclusión a la que llega la sentencia, parece contradictoria con los razonamientos que se han seguido previamente y que parecen en algunos momentos calcados de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán. Se ha criticado por autores como Díez-Picazo⁴⁴⁶, Díaz Pintos⁴⁴⁷ o Gutiérrez Gutiérrez⁴⁴⁸ que la respuesta a la cuestión planteada se haya hecho con base en el artículo 29 del Código Civil, pues señala el primero que la Constitución no debe ser interpretada a la luz de la ley, ya que su función es precisamente limitar ésta última y el segundo dice que la función de la Constitución es, precisamente, la de inmunizar los derechos fundamentales frente a la ley. Díez-Picazo defiende que un posible modo de enfocar el problema constitucional del aborto sería interrogarse acerca de si la falta de reconocimiento legal de personalidad al *nasciturus*, que determina su inidoneidad para ser titular de cualquier derecho, conculca el artículo 15; y ello porque, siendo el *nasciturus* vida humana, se le privaría de la posibilidad de defender, ciertamente mediante representante, su pleno desarrollo biológico. Es probablemente un enfoque de esta índole lo que la sentencia

⁴⁴⁵ La expresión “todos”, en una interpretación sistemática del texto constitucional, no permite efectivamente concluir que se pretendiera proteger también a los no nacidos, pues se utiliza para designar la titularidad de otros derechos en el texto constitucional, como sucede, por ejemplo, en los artículos 27, 28 y 45, relativos respectivamente al derecho a la educación, sindicación y disfrute del medioambiente, que obviamente no se refieren al *nasciturus*. Pero tampoco es cierto lo que señala el Tribunal Constitucional sobre la ambigüedad de los debates parlamentarios. En la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados una enmienda in voce de un Diputado de la entonces Alianza Popular solicitaba que se sustituyera el término *persona* por el de *todos* con el fin de ampliar la protección al no nacido. La enmienda fue rechazada. Posteriormente, en una votación se aprobó la enmienda presentada en la que diversas intervenciones que apoyaban el término *todos* suponía una limitación mayor del legislador a favor de la vida del *nasciturus*. Cfr. con Gómez Sánchez, *Op. Cit.* 2005, págs. 156 y 157.

⁴⁴⁶Díez Picazo, L.M. *Op cit.* Pág 219 y 220.

⁴⁴⁷Díaz Pintos, G. El derecho fundamental a la vida en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 611.

⁴⁴⁸Op. cit. Pág 17.

53/1985 quiso evitar. Mientras que Díaz Pintos sostiene que la tutela de la vida ha de recaer sobre el ciclo vital como la forma dinámica de existencia de un organismo; la garantía constitucional de la vida exige atribuir al viviente la titularidad de un derecho fundamental a su propio organismo para no incurrir en discriminación entre los vivientes. También Gabaldón⁴⁴⁹ señala que el concepto de personalidad, que lleva consigo la titularidad de los derechos, es un concepto formal, una creación del derecho, capaz incluso de atribuir este carácter a sujetos no humanos como son las personas jurídicas colectivas, pero que no sirve para negar el derecho a vivir a quien es ya, según la propia sentencia 53/1985, vida humana, individuo humano. Y nada impedía este enfoque porque el propio Tribunal, si bien que en otro contexto, señaló que “la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos” (Sentencia 19/1983). Esta necesidad de replantear constitucionalmente el concepto de persona, se debe a que nuestro ordenamiento civil continúa ofreciendo una arcaica delimitación del concepto de persona, diseñada fundamentalmente para satisfacer exigencias de seguridad en el tráfico jurídico⁴⁵⁰. Storch defiende la existencia de dos estados civiles: el estado civil de nacido cuyo contenido está determinado por todos los derechos y obligaciones de que puede ser titular una persona nacida, y el estado civil de concebido y no nacido, cuyo contenido jurídico estaría determinado por la titularidad incondicionada de los derechos de la personalidad y condicionada de los derechos patrimoniales, ex artículos 29 y 30 del Código Civil⁴⁵¹. Gómez Montoro, por otra parte, señala que no puede ignorarse que lo tutelado por el artículo 15 de la Constitución no es la vida en abstracto sino el derecho a la vida de un concreto ser humano. Si se admite, como hace el Tribunal, que la vida humana comienza con la gestación y que con ella se genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre, es decir, un nuevo sujeto, no se entienden fácilmente las razones para negar la existencia de un derecho subjetivo. Además, el recurso a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se justifica en la medida en que sirve para reforzar la tutela del derecho subjetivo y no para sustituir a éste⁴⁵².

⁴⁴⁹ Op. cit. Pág. 152.

⁴⁵⁰ Ollero, A. *Derecho a la vida y derecho a la muerte*. Editorial Rialp. Madrid (1994) Págs 55-57

⁴⁵¹ Storch de Gracia y Asensio, J. Acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid (1987). Págs. 1116 y 1117.

⁴⁵² Gómez Montoro, A. Titularidad de derechos fundamentales en M. Aragón Reyes (coord.) en *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Págs.116-128. Editorial Civitas. Madrid (2001). Pág. 119.

El sistema adoptado por el legislador y que, en lo fundamental se consideró constitucional por la sentencia 53/1985, es el de indicaciones, incluso en la literalidad de la Ley más restrictivo que el alemán, de forma que “la protección constitucional del nasciturus es la regla general, mientras que la licitud del aborto representa la excepción”⁴⁵³, si bien en los supuestos sancionados penalmente se prevén unas penas irrisorias⁴⁵⁴. Para justificar la constitucionalidad de la regulación, dice el Tribunal Constitucional en su sentencia que “se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”.

⁴⁵³Díez- Picazo. *Op. cit.* Pág 221.

⁴⁵⁴Vila Coro compara en *La bioética en la encrucijada*. Editorial Dykinson. Madrid. (2003), (págs. 126 y 127) las penas previstas en los artículos 144 y 145 del Código Penal, relativos al delito de aborto con las establecidas en los artículos 332, 333 y 334 del mismo cuerpo legal en los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna. El aborto practicado a una mujer sin su consentimiento tiene prevista una pena de cuatro a ocho años de prisión, pena que se reduce, cuando se practica el aborto consintiéndolo la mujer, pero fuera de los supuestos permitidos legalmente, a otra de uno a tres años. Por el contrario el artículo 332 castiga con pena de prisión de seis meses a dos años el cortar o arrancar alguna especie de flora amenazada o de sus propágulos (parte de una planta capaz de originar vegetativamente otro individuo, con lo que se equipara a la planta adulta con tejidos que se separan para dar lugar a nuevas plantas en una reproducción asexual), o alterar gravemente su hábitat. La misma pena impone el artículo 333 por la introducción o liberación de especies de flora o fauna no autóctona, y el 334 por cazar o pescar especies amenazadas o realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración. La situación española no es un caso aislado. Socci (*Op. Cit.*, pág. 47), cuenta que en Francia, en un accidente de tráfico que causó la muerte de una mujer embarazada, la familia pedía la condena del conductor, también por la muerte del feto. El Tribunal decidió que el feto no tiene personalidad jurídica y, por tanto, no puede ser considerado como víctima. Jerry Saint-Rose, abogado general ante el Tribunal Supremo dijo: “si paseando destruí involuntariamente un proyecto parental de un sapo verde, una urraca, una serpiente o una mariposa singulares, corréis el riesgo de seis meses de prisión”. Más recientemente, el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, contiene límites rigurosos para la experimentación animal con numerosas especies para garantizar su bienestar. Pero la normativa comunitaria exige ir más allá. Dice el preámbulo de la norma que “la nueva directiva ha supuesto un importante avance en materia de bienestar animal, no solo porque adapta los requisitos generales mínimos a los avances científicos, sino también porque amplía el ámbito de aplicación de las normas de *protección a los cefalópodos y a determinadas formas fetales de los mamíferos*” (la cursiva es nuestra). No se introduce esa protección en el Real Decreto, pues ello exige la reforma de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre.

En la colisión de la vida del nasciturus con los derechos de la madre, prevalecen éstos, en los supuestos indicados de riesgo grave para la vida o salud de la embarazada y violación. Distinto es el tercer supuesto (conocido como eugenésico, con una denominación que recuerda episodios desgraciados de la historia), en el que la fundamentación es que “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible”.

1.4.e).4 **El sistema de la LO 2/2010.**- Queda por analizar si el sistema de plazos e indicaciones previsto por la LO 2/2010 es congruente con la doctrina constitucional expuesta. La LO 2/2010 se basa en la eliminación de todo conflicto entre la vida del feto y los intereses de la madre. Así lo reconoce Lorenzo⁴⁵⁵: “Frente a las irresolubles disputas sobre el valor de la vida anterior al nacimiento que monopolizaron el discurso jurídico de los años ochenta, en esta nueva etapa las divergencias sobre el valor intrínseco del embrión han cedido protagonismo a nuevos argumentos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y al significado que el embarazo tiene para ellas”. Para la autora, “el planteamiento es claro: las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad *totalmente* (la cursiva es nuestra) libre –y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres⁴⁵⁶- si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad (...) debe asegurarse a las mujeres un ámbito de autonomía suficiente para decidir por sí mismas sobre la continuación o no de la gestación”. Puesto que el nasciturus ha desaparecido de vista, en el modelo de indicaciones “los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres (...) lo que significa que se ponen límites a la libertad de decisión de las mujeres”. Carmen Tomás y Valiente⁴⁵⁷ sostiene que “nada hay en la sentencia que permita alcanzar la conclusión contraria a la constitucionalidad de una ley que opte por el sistema del plazo”. Trayendo a colación la afirmación de la sentencia de que la vida humana es un proceso “sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico y privado del sujeto vital”, considera aplicable la protección

⁴⁵⁵Laurenzo Copello, P. *Op. cit.* Págs. 26 a 35.

⁴⁵⁶ Nuevamente aparece la idea de la inferioridad biológica de la mujer que para liberarse necesita asumir un rol masculino. Además, es incierto que el hombre no asuma ninguna responsabilidad por el ejercicio de su sexualidad. Si tiene un hijo no puede desentenderse de él; lo que ocurre es que no queda embarazado, lo que supone nuevamente reconocer un hecho biológico como el embarazo como un mal a evitar.

⁴⁵⁷Contraoponencia citada.

gradualista (recogida también en la Exposición de Motivos de la LO 2/2010). En virtud de la misma, el legislador puede tomar en consideración a la hora de articular su protección de la vida prenatal, otros momentos de cambio que sin duda alguna son percibidos como significativos por una gran parte de nuestra sociedad, lo que conduce a un esquema de protección gradualmente intensificada como el adoptado por primera vez en Roe. Concluye la autora que “en la medida en que se basa en una protección gradual de la vida, el establecimiento por la ley de un plazo de 12 o 14 semanas como frontera del aborto libre me parece compatible con la jurisprudencia constitucional”.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta teoría tiene un punto débil. Y es que efectivamente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sí que articuló una doctrina de protección gradualista (primero basada en los trimestres y después en el juego de la viabilidad conjugada con la teoría de la carga indebida). Pero la doctrina del Tribunal Constitucional alemán claramente y de forma más matizada el español, en ningún caso acogen esta teoría. La afirmación citada en el párrafo anterior (cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico y privado del sujeto vital) no lleva a ninguna consecuencia concreta en la sentencia. Lo que se hace en realidad es ponderar la vida prenatal y los derechos en juego de la mujer, para determinar si éstos son de suficiente entidad como para justificar la desprotección del no nacido. Por otra parte, el derecho a la vida tiene una importancia central y llama la atención la ligereza con la que se aborda el tema, haciendo referencia a unas presuntas convicciones sociales mayoritarias sin acreditar o a un plazo abierto (12 o 14 semanas) que no se corresponde con ningún hito relevante en el desarrollo fetal.

Quizá por ello, la autora, citando a Ruiz Miguel, también considera que el libre desarrollo de la personalidad de la embarazada, su intimidad o su dignidad puedan justificar que durante un plazo sea ella quien decida por sí misma si desea continuar con su embarazo. Para ello considera que la afirmación de la sentencia haciendo referencia a la lesión de la dignidad de la mujer que de por sí implica la imposición violenta del acto sexual origen del embarazo, comprende a la maternidad en general, aun cuando el acto sexual origen del embarazo haya sido consentido por la mujer. Desde luego, tal interpretación nos parece totalmente ajena a la sentencia. Aunque es cierto que el Tribunal Constitucional no se

pronunció expresamente sobre la constitucionalidad del sistema de plazos, el razonamiento de la sentencia 53/85, deja poco margen a la duda. Sólo cabe el aborto en caso de grave conflicto entre la vida del no nacido y derechos fundamentales de la mujer, entre el que no se encuentra “el desiderátum de practicar un sexo seguro sin la secuela del correspondiente riesgo de embarazos no deseados. Esta explicación o justificación del nuevo tratamiento legislativo (una vida sexual placentera y sin sobresaltos) impone un sacrificio desproporcionado entre los fines que pretende alcanzar y la destrucción de lo que la sentencia de 1985 denomina un bien constitucionalmente valioso”⁴⁵⁸. La tipificación del aborto como delito no parece que sea una mera opción del legislador, porque incluso tras la LO 2/2010 lo sigue siendo en algunos supuestos marginales. Tampoco parece fácil ampliar las indicaciones pues “sería preciso hallar otros valores constitucionalmente relevantes en cuyo nombre el legislador permitiera el sacrificio de la vida del nasciturus; y no está claro cuáles podrían ser tales valores de rango constitucional, si se exceptúan el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad de la madre. Ocurre, sin embargo, que hacer consideraciones de esta índole en sede de aborto conduciría (...) a configurar la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho; lo que, a su vez, chocaría de manera frontal con las premisas de que partió la STC 53/1985”⁴⁵⁹. Discrepa de esta opinión Álvarez Conde que considera que la sentencia citada consideró constitucionales las indicaciones, pero sin excluir otra, en particular la indicación socioeconómica. No obstante, reconoce que esta línea argumental quiebra cuando en el FJ 12 señala la obligación del Estado de hacer efectiva la vida del nasciturus⁴⁶⁰.

Y es que es cierto que el embarazo implica necesariamente una cierta restricción de la libertad de la mujer, pero también tras el nacimiento comienza un deber de cuidado que se extiende a lo largo de los años y que determina una restricción de la autodeterminación personal más amplia incluso. Esta última limitación no legitima a eliminar la vida del hijo nacido.

⁴⁵⁸ Navarro-Vals, R. *Op. cit.* Págs. 62 a 69.

⁴⁵⁹ Díez Picazo. *Op. cit.* Págs 220 y 221.

⁴⁶⁰ Álvarez Conde, E. *Curso de Derecho Constitucional. Volumen I*. Editorial Tecnos. Madrid. (2005). Págs. 379 y 380.

Cabría plantearse, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que la tutela de la vida prenatal no se pretende sólo ni fundamentalmente a través de la sanción penal, sino con otras acciones de los poderes públicos, que se concretan en deberes de prevención, asesoramiento y asistencia a la mujer embarazada. Podemos analizar si ante la renuncia a la sanción penal el legislador ha previsto esos modos alternativos de protección. En particular la LO 2/2010 prevé que la mujer que quiere abortar reciba una información sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, a lo que se añade un período de reflexión de al menos tres días desde que se recibió la información.

En este sentido, el tenor literal del artículo 17 de la LO 2/2010 pone claramente de relieve que la información que ha de darse a la embarazada no está destinada a proteger la vida del feto. En efecto, una parte se refiere al aborto que comprende tanto los distintos métodos de interrupción del embarazo⁴⁶¹, como las condiciones para la interrupción previstas en la Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

Adicionalmente, se entrega en un sobre cerrado la información que podría animar a la mujer a seguir con el embarazo: ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas; la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto (a la que no vemos utilidad, salvo el caso de que se trate de una inmigrante ilegal); los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. Es una información incompleta porque las ayudas que puede recibir una mujer embarazada no son sólo públicas, sino que se ofrecen por ONGs y otras instituciones privadas; dicha información no se le explica personalmente, ni se asegura que vaya a conocerla. Además, esa documentación se ve entremezclada con otra que no tiene nada que ver con la protección de la vida del no nacido: datos sobre los centros disponibles

⁴⁶¹La información, como hemos visto y veremos no es completa. No se puede mostrar una ecografía del feto o la imagen de un feto de la misma edad gestacional, pues se considera que sería estresante para la mujer. Los métodos no se explican con detalle. Es el único ámbito de la medicina en la que la paciente puede tomar una decisión sin contar con toda la información.

para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro (lo que tendría utilidad para posteriores relaciones sexuales pero no para su situación de embarazo) y datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo (lo que da por supuesto que la mujer va a abortar).

Quizá siendo consciente de que es difícil considerar asesoramiento la mera entrega de un sobre cerrado, el Real Decreto 825/2010, añade en su artículo 5.3 que el sobre debe llevar adherida una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: La información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita. A nuestro juicio, tampoco supone una mejora sustancial el que la mujer tenga que solicitar la información, pues el sobre se le entrega en la clínica donde va abortar y, en todo caso y aun concediendo que la clínica abortista fuera a poner todo de su parte, el contenido material de la información, aunque sea leído por la mujer o le sea explicado verbalmente, insistimos en que no se dirige a la defensa de la vida prenatal.

Por el contrario el asesoramiento como sistema alternativo a la penalización del aborto en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán es extremadamente riguroso y en absoluto neutral. La primera y principal condición del sistema de asesoramiento es que el mismo debe ser obligatorio para la mujer y estar dirigido a alentarla a llevar el embarazo a término. La regulación del asesoramiento debe, bajo la Constitución, dar expresión a la idea de que la terminación del embarazo puede sólo ser legal en aquellas excepcionales circunstancias donde llevar a un niño a término supondría una carga para la mujer que es tan severa y excepcional que excediera los límites del sacrificio exigible. Es más, el objetivo del asesoramiento en embarazos conflictivos debe ser la protección del niño no nacido. El asesoramiento de una naturaleza simplemente informativa, que no trate con el conflicto concreto y no haga del embarazo el tema de una conversación personal tratando de suministrar ayuda concreta para resolver el conflicto, sería la clase de asesoramiento que abandona a la mujer y falla en alcanzar su cometido. Los consejeros deben tratar de alentar a la mujer para que continúe su embarazo y mostrarle las oportunidades de una vida con el niño. Este estímulo no está reñido con las condiciones necesarias para el asesoramiento efectivo, si respeta la libertad personal de la mujer que busca consejo y su sentido de la

responsabilidad. El hecho de que las mujeres necesitan una ayuda tal, está confirmada por la no infrecuente existencia de problemas psicológicos tras un aborto⁴⁶².

No obstante, la sentencia considera que el asesoramiento que es manipulativo o que busca adoctrinar, fallará. Si es neutral o deja a la mujer sola con su conflicto, está realmente negando su consejo compasivo. Si el asesoramiento estuviera tratando de hacer sentir culpable a la mujer e influirla de esta forma, reduciría la voluntad de ésta de abrirse al consejo y su conciencia del conflicto. El asesoramiento debe alentar más que intimidar,

⁴⁶² La sentencia reconoce la existencia del síndrome postaborto que es negado por los partidarios del aborto que se apoyan en que no está especificado en el DSM IV-TR (clasificación de enfermedades mentales de la American Psychiatric Association-APA). En un estudio publicado el 25 de abril de 2008 y elaborado por el grupo de trabajo del APA sobre salud mental y aborto, se revisaron trabajos publicados sobre esta cuestión. Aunque se afirma que todos los trabajos analizados tenían problemas metodológicos, el grupo de trabajo concluye que entre las mujeres que tienen un único aborto legal y durante el primer trimestre en un embarazo no deseado, los riesgos relativos de padecer problemas de salud mental no son mayores que respecto de las mujeres que dan a luz tras un embarazo no deseado. Llama la atención que cuando cualquier actividad humana ordinaria como la alimentación, el sueño, el trabajo o, incluso el ocio tiene asociadas diversas patologías psicológicas, una acción que es reconocida incluso por los partidarios del aborto como traumática para la mujer, no se reconoce que produzca el más leve trastorno. El mismo estudio reconoce que aunque las mujeres en general no muestren una incidencia mayor de problemas mentales tras un aborto (respecto de múltiples abortos no llega a conclusión alguna), eso no quiere decir que no existan mujeres que experimenten consecuencias de tristeza y sentimientos de pérdida tras un aborto, o incluso depresión o ansiedad. En todo caso, si no hay diferencias significativas entre las mujeres que abortan o tienen un hijo no deseado, cae el motivo de aborto que lo justifica por el riesgo en la salud psíquica de la mujer, pues tener al niño no empeora su situación.

Además, cada vez más estudios recogen la incidencia de los trastornos psíquicos tras el aborto. Así, el *European Journal of Public Health* publicaba un artículo de Mika Gissler, Cynthia Berg, Marie-Hélène Bouvier-Colle y Pierre Buekens titulado *Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Finland 1987–2000* (consultado en <http://eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459.full>) en el que resultaba que en las muertes asociadas al embarazo, se observaba un mayor riesgo de muerte por suicidio y homicidio en el caso de mujeres tras un aborto. Se añadía que el bajo índice de muertes por causas externas (incluso respecto de mujeres no embarazadas) sugiere el efecto protector del nacimiento de un hijo, mientras que el riesgo elevado tras el aborto, necesita ser reconocido para la provisión del cuidado de salud y servicios sociales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2013 (caso Morín) dice respecto de las mujeres que fueron testigos, que las lagunas en la memoria de muchas de ellas, eran comprensibles no sólo por el tiempo transcurrido, sino “por la comprensible situación de angustia y estrés que sin duda ha de provocar el someterse a una interrupción del embarazo”. Añade que así se explica la manifestación realizada por muchas de ellas en el sentido de que no quieren recordar lo sucedido y de que llevan años intentando olvidarlo (...) produciéndose en el acto del juicio algunas escenas verdaderamente desgarradoras”. En la parte de la cita que hemos omitido la sentencia introduce un reproche a las acusaciones, pues dice que a ese deseo de olvidar, en nada ha ayudado el presente procedimiento, en una demostración más del afán de los magistrados de exculpar a los médicos abortistas.

aumentar la comprensión más que predicar, fortalecer el sentido de responsabilidad de la mujer no tratarla con condescendencia. Todo esto pone altas exigencias en la forma que toma el asesoramiento y sobre los consejeros.

Para el cumplimiento de su deber respecto de la vida humana prenatal es necesario que la mujer durante el asesoramiento sea informada de las medidas sociales y de otro tipo ofrecidas por el Estado y que se la ayude todo lo posible para que se aproveche de ellas. Lo mismo cabe decir respecto de la ayuda para la protección de la vida que ofrecen terceras partes como iglesias y otras fundaciones.

Si el Estado desea cumplir con su deber de proteger la vida prenatal haciéndolo depender de un procedimiento de asesoramiento, debe soportar plena responsabilidad de que existan suficientes centros que presten este servicio y no debería zafarse de esta responsabilidad permitiendo a organizaciones privadas que asuman el asesoramiento, sin control y cada una de acuerdo con su particular ideología religiosa, filosófica o política. Incluso si el asesoramiento es realizado por organizaciones no gubernamentales, esto no cambia el hecho de que el concepto de protección hace del asesoramiento un instrumento esencial para la protección de la vida y sigue siendo un deber del Estado. Éste sólo puede permitir que ofrezcan asesoramiento a instituciones si su organización, perspectiva de la protección de la vida prenatal, evidenciada por su compromiso y declaraciones públicas, y su personal, garantizan que dicho asesoramiento será desarrollado como exige la Constitución y las leyes. Cualquier clase de conexión organizativa, institucional o económica entre el centro de asesoramiento y la institución que realiza los abortos queda prohibida.

El concepto de protección subyacente en el asesoramiento ve en el médico otra parte que debe a la mujer ayuda y consejo. Un médico no puede realizar un aborto solicitado por la mujer sin considerar su comportamiento como un ejerciente de la medicina. Tiene un deber de proteger la salud y la vida y no debería implicarse indiscriminadamente en un aborto. El médico debe determinar el estadio del embarazo y no depender de las manifestaciones de la mujer. Para ello debe usar un método fiable como la ecografía. Debe pedir a la mujer que explique sus razones para querer el aborto. Si las razones tienen que ver con una materia médica tal como la salud de la mujer, debe hacer su propio examen y juicio. Durante el

asesoramiento el médico debe transmitir a la mujer en una forma apropiada, sin incrementar sus miedos o ansiedad emocional, que un aborto supone la destrucción de una vida humana. Literatura relevante contiene informes acerca de mujeres que muestran que tenían una incorrecta idea de lo que realmente sucede durante un aborto y que si lo hubieran sabido no se hubieran sometido al mismo.

El Tribunal Supremo norteamericano también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el asesoramiento. En un caso anterior a Roe, *United States v. Vuitch*⁴⁶³ de 21 de abril de 1971 ya rechazó la constitucionalidad del contenido de la información que había que darse a la embarazada, según la norma enjuiciada. Le parece un claro intento de introducir el mensaje estatal desalentando el aborto en la privacidad del diálogo del consentimiento informado entre la mujer y su médico. Afirma que la descripción de las características del feto en intervalos de dos semanas, *con independencia de su objetividad*, (la cursiva es nuestra) es claramente excesiva para la finalidad perseguida. Entiende que este dato no es información médica, siempre relevante para la decisión de la mujer, y podría servir sólo para confundirla y castigarla e intensificar su ansiedad, lo que sería difícil de aceptar en la práctica médica. Para la sentencia, incluso la lista de agencias en el folleto impreso presenta serios problemas; contiene nombre de agencias que bien podrían no estar en sintonía con las necesidades de la mujer en particular y así coloca al médico en una difícil posición e incide sobre sus responsabilidades profesionales. Imponiendo al médico o asesor a presentar los materiales y la lista a la mujer, les convierte en una agente del Estado en el trato con la mujer y coloca su aprobación sobre el material y la lista. Todo esto es, o está próximo a ser, medicina del Estado impuesta sobre la mujer, no el consejo médico que ella busca. Por lo que se refiere a la información de los riesgos físicos o psicológicos del aborto, considera que incrementa la ansiedad de la paciente y se inmiscuye en el ejercicio por el médico de su juicio clínico. Señala el tribunal que este tipo de información forzosa es la antítesis del consentimiento informado, pues el Estado no obliga a suministrar información de cada posible peligro de una cirugía necesaria o de una simple vacunación, lo que revela el carácter antiabortista de la información y su propósito real.

⁴⁶³ Texto en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=402&invol=62>

Queda claro que el Tribunal Supremo consideró, en esta primera sentencia, inconstitucional un asesoramiento a la mujer con datos objetivos. La mujer no necesita a nadie para decidir abortar, pero por otro lado es tan débil que no puede soportar información sobre lo que va a hacer. Quizá, lo único que pueda compartirse de la sentencia es que efectivamente, el médico abortista no es la persona indicada para hacer ese asesoramiento.

En *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1986) señaló que la validez de la exigencia de un consentimiento informado descansa en el interés del Estado en proteger la salud de la mujer embarazada. Esto no significa que el Estado tenga una autoridad irrevisable para decidir qué información debe darse a una mujer que elige abortar. El interés del Estado no justifica normas sobre el aborto diseñadas para influir sobre la elección informada de la mujer entre aborto y nacimiento. Dice que la regulación municipal enjuiciada extiende la información más allá de los límites permisibles y no está pensada para informar el consentimiento de la mujer sino para persuadirla de que no lo haga. Es decir, llega a la conclusión contraria a la del Tribunal Constitucional alemán.

En *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* de 1992, cambia su criterio en cuanto al consentimiento informado. La norma enjuiciada exigía, excepto en caso de urgencia médica, que al menos 24 horas antes de practicar un aborto, un médico informe a la mujer de la naturaleza del procedimiento, los riesgos para la salud del aborto y del nacimiento, y la probable edad gestacional de su niño no nacido. El médico o personal cualificado debía informar a la mujer de la disponibilidad de material impreso por el Estado describiendo el feto y suministrando información sobre asistencia médica al nacimiento, información sobre el mantenimiento del niño por el padre, y una lista de agencias que ofrecen adopción y otros servicios como alternativas al aborto. No se podía practicar el aborto si la mujer no declaraba por escrito que ha sido informada de la disponibilidad de estos materiales editados y que se le han suministrado si ha decidido verlos.

Afirma el Tribunal que en la medida en que pronunciamientos anteriores consideraron una violación constitucional que el Gobierno exigiera, como aquí, el ofrecimiento de información no engañosa sobre la naturaleza del procedimiento, y los riesgos del aborto y parto y la edad gestacional probable del feto, esos casos fueron demasiado lejos, son incongruentes con el reconocimiento de *Roe* de un fuerte interés en la vida potencial y son

anulados. No puede dudarse de que el bienestar psíquico es una faceta de la salud; ni de que la mayoría de las mujeres que considera un aborto estimaría el impacto sobre el feto relevante sobre la elección. Para intentar asegurar que una mujer comprende las plenas consecuencias de su decisión, el Estado promueve el propósito legítimo de reducir el riesgo de que una mujer pueda elegir un aborto, sólo para descubrir más tarde, con consecuencias psicológicas devastadoras, que su decisión no era completamente informada. Si la información que el Estado exige esté disponible para la mujer, es verdadera y no engañosa, la exigencia es permisible. Tampoco ven razón por la que el Estado no pueda exigir a los médicos informar a la mujer que busca un aborto de la existencia de materiales relativos a las consecuencias para el feto, incluso cuando esas consecuencias no tengan relación directa con su salud. Para ilustrar este punto la sentencia pone un ejemplo muy interesante. Pensarían que es constitucional que el Estado requiriera que para haber consentimiento informado en un trasplante de riñón el receptor deba ser informado sobre los riesgos para el donante vivo como también de los riesgos para sí mismo.

También rechaza la doctrina anterior, según la cual la información que ha de darse interfiere con el derecho constitucional a la privacidad entre la mujer embarazada y su médico. La norma no impide al médico ejercitar su criterio profesional. El requerimiento de que un médico dé a una mujer cierta información como parte de la obtención de su consentimiento a un aborto no es diferente a los efectos constitucionales que un requerimiento de que un médico dé información específica sobre cualquier otro procedimiento médico. Incluso la interpretación de Roe más amplia no ha defendido que hay un derecho constitucional al aborto bajo demanda. El derecho protegido por Roe es el de decidir sobre poner fin al embarazo sin indebida interferencia del Estado. Puesto que la exigencia de consentimiento informado facilita el ejercicio de ese derecho, no puede ser clasificado como una interferencia del derecho que protege Roe.

En relación con esta cuestión, ya son numerosos los estados de Estados Unidos que exigen información previa al aborto. En la sentencia dictada el 7 de junio de 2012 por el Tribunal de Apelación del quinto circuito de Texas en el procedimiento *Texas Medical Providers Performing Abortion Services v. David Lakey y Mari Robinson*⁴⁶⁴, se enjuiciaba la modificación de una ley del estado relativa al consentimiento informado en el aborto. En la

⁴⁶⁴ Texto en courtweb.pamd.uscourts.gov/courtwebsearch/txwd/08342349.pdf

modificación se establecía la obligación del médico de realizar y mostrar una ecografía a la mujer, así como a hacer audible el latido del corazón del feto. La mujer podía rechazar esa información pero sólo en los casos previstos en la ley. El Tribunal señala, recordando precedentes del Tribunal Supremo, que las leyes de consentimiento informado que no imponen una carga indebida sobre el derecho de la mujer a tener un aborto son aceptables si exigen una información verdadera, no engañosa y relevante. En segundo lugar, tales leyes tienen que ser parte de la razonable regulación estatal de la práctica médica y no caer bajo la rúbrica del discurso “obligatorio” ideológico. En tercer lugar, el consentimiento informado relevante puede implicar no sólo los riesgos físicos y psicológicos para la madre embarazada, sino también el legítimo interés del Estado en proteger la vida potencial que se encuentra en su interior. Por último, la posibilidad de que tal información pueda causar que la mujer elija dar a luz en vez de abortar, no convierte esta disposición en inconstitucional. Aplicando los principios de Casey a la regulación enjuiciada, el Tribunal considera a ésta constitucional. La información exigida de la ecografía, el latido fetal y su descripción médica son el epítome de información verdadera y no engañosa. No son diferentes en categoría a la información discutida en Casey (probable edad gestacional del feto y material impreso mostrando los estados desarrollo prenatal del feto en general), pero sí más gráficas y científicamente actualizadas. La obligación de los médicos de dar esta información a la embarazada no vulnera el derecho a la libertad de expresión. Los apelantes consideraban que la exigencia de la ecografía y la auscultación son médicamente irrelevantes para la mujer y excedían lo requerido por Casey. La Sala, a nuestro juicio con razón, indica que los apelantes parecen asumir que la información recogida en Casey es el techo de la regulación del consentimiento informado en el aborto, no un conjunto de principios que han de aplicarse a las decisiones de los estados. El Tribunal dice que la ecografía y la observación del latido fetal son medidas rutinarias en el seguimiento médico del embarazo hoy en día. Sólo si se admite (interesante razonamiento) la conclusión del argumento de los apelantes, de que el embarazo es una afección a la que hay que poner fin, puede asumirse que tal información sobre el feto es médicamente irrelevante. Pero el objetivo de las leyes de consentimiento informado es permitir al paciente evaluar su estado y tomar la mejor decisión bajo difíciles circunstancias.

A la vista de la doctrina expuesta, resulta claro que el sistema de asesoramiento de la LO 2/2010 no es sólo contrario al sistema alemán que persigue la protección de la vida

prenatal, sino que incluso queda muy lejos del asesoramiento objetivo permitido el sistema estadounidense.

En lo que se refiere a la fijación de un plazo de reflexión, sólo tiene sentido si de lo que se trata es de dar tiempo para que la mujer pueda tomar una decisión meditada valorando la información recibida, lo que no se asegura en la norma española. En Estados Unidos, en la sentencia Akron, en cuanto al plazo de espera de veinticuatro horas para practicar el aborto, entiende el Tribunal que no se había demostrado la existencia de un interés legítimo del Estado implicado en un período de espera arbitrario e inflexible. No se sugirió prueba de que el procedimiento de aborto será realizado con más seguridad, ni el Tribunal se mostró convencido de que la legítima preocupación del Estado de que la decisión de la mujer sea informada se asegure razonablemente mediante la exigencia de un retraso de veinticuatro horas como rutina. No obstante, en Casey se cambia el criterio diciendo que esa decisión estaba equivocada. La idea de que decisiones importantes serán más informadas y decididas si existe un período de reflexión no les choca como irrazonable, particularmente cuando la ley establece que esa importante información forme parte del fondo de la decisión. La ley, tal y como fue interpretada por el tribunal de apelación permite evitar el período de espera en el caso de urgencia médica, y la prueba muestra que en la inmensa mayoría de los casos, un retraso de 24 horas no crea un riesgo apreciable para la salud.

El Tribunal de Distrito había indicado que debido a las distancias muchas mujeres deben recorrer para encontrar un médico abortista, el efecto práctico sería muy a menudo un retraso de mucho más de un día porque el período de espera requiere que una mujer que pretenda un aborto haga al menos dos visitas al médico. El Tribunal de Instancia también acreditó que en muchos casos, esto incrementará la exposición de las mujeres que buscan un aborto a la persecución y hostilidad de los manifestantes antiaborto concentrados fuera de las clínicas (hay que llamar la atención sobre la equiparación que se hace de personas que ejercen su derecho de manifestación con delincuentes). En conclusión el Tribunal de instancia declaró que el plazo de 24 horas podría ser, en algunos casos, particularmente gravoso. El Tribunal Supremo, por el contrario, considera que de acuerdo con el estándar de la carga indebida un Estado puede regular medidas para favorecer el nacimiento frente al aborto, incluso si esas medidas no persiguen un interés sobre la salud. Discrepan con la conclusión de la instancia de que los efectos especialmente gravosos del período de espera

exigen su anulación. El que una carga recaiga sobre un grupo particular es distinto de que sea un obstáculo sustancial en cuanto a las mujeres en ese grupo. Y el Tribunal de Distrito no concluyó que el período de espera es tal obstáculo incluso para las mujeres más gravadas por él.

Para concluir la cuestión de la adecuación de la LO 2/2010 a la Constitución, se comparta la tesis que se mantiene en este trabajo o no, y sea cual sea la decisión que tome el Tribunal Constitucional, resulta necesario hacer una reflexión adicional. En la opinión general, en los medios de comunicación e incluso, entre no pocos juristas, ha calado la idea de que un fallo del Tribunal Constitucional desestimando un recurso de inconstitucionalidad, determina que la legislación enjuiciada es la única compatible con la Constitución. Sin embargo, lo único que supone es que la elección del legislador es compatible con el texto constitucional, pero caben otras opciones legislativas. El control que está llamado a realizar el Tribunal Constitucional es el que resulta del contraste de las decisiones del legislador materializadas en un texto normativo con los límites constitucionales, de forma que en la sentencia 236/2007 señaló que “el juicio de constitucionalidad que debemos realizar en el presente proceso no consiste en examinar si en el marco constitucional cabrían otras opciones (...) sino en determinar si los preceptos de esa Ley sometidos a nuestro enjuiciamiento han excedido o no los límites impuestos por la Constitución”. Esta línea de razonamiento es la que se ha utilizado para defender la constitucionalidad de la LO 2/2010: se afirma que de la lectura de la sentencia 53/1985 no cabe deducir ningún pronunciamiento expreso sobre la constitucionalidad de uno u otro sistema legal (indicaciones versus plazo). Se trataría de una opción legislativa legítima. Prescindiendo ahora del debate acerca de si es cierto o no que la opción de indicaciones es o no la única compatible con la Constitución, el razonamiento de la opción legislativa es también aplicable a la inversa. La opción de plazos sin asesoramiento efectivo, de ser constitucional, no sería más que una de las posibles opciones que puede tomar el legislador con la finalidad de cumplir con su deber de proteger la vida prenatal. Las posibles medidas de protección son muy variadas. El Diario El País publicaba el 28 de marzo de 2007, un reportaje sobre la campaña que se desarrollaba en Alemania para salvar a los recién nacidos abandonados por sus padres. Se hablaba de la iniciativa de instalar en cuatro hospitales del Berlín, una actualización de los tornos de los conventos, donde se dejaban en el pasado los recién nacidos al cuidado de las monjas. En un claro ejemplo de que no se trata de una cuestión de izquierdas ni de derechas, cuenta el

artículo que tras haberse encontrado un recién nacido vivo abandonado en una bolsa de basura, el empresario berlinés de publicidad Hans Wall se conmovió, asumió los gastos de educación del pequeño y decidió patrocinar una campaña, apoyada por los diputados de Los Verdes en el Parlamento de Berlín sobre los tornos. Y el diario alemán *Die Welt* publicó un reportaje sobre Thomas y su madre. Thomas tiene ahora cuatro años y es un niño ideal, espabilado, querido y despierto. Al nacer, la madre lo dejó en uno de los tornos y a los tres días volvió a recogerlo. La decisión de abandonarlo fue producto de la desesperación: "Durante el embarazo no sabía cómo salir adelante, mi marido estaba en el paro y yo, en medio de un aprendizaje. El torno me pareció la única salida". Cabe preguntarse por qué existe tanta resistencia a establecer medidas de apoyo similares durante el embarazo. El artículo concluía diciendo que algunos consideraban que esta medida podría provocar un aumento del abandono de niños y propugnaban el parto incógnito. La madre pare y su identidad no consta en ningún lugar. El bebé se entrega en adopción. Desgraciadamente esta posibilidad existía en España, pero desapareció tras la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 que consideró derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el artículo 47 Ley del Registro Civil e inaplicables por derogación de su cobertura legal los artículos 167 y 182 del RRC, que preveían esta posibilidad.

1.4.f) ¿Aborto obligatorio?

1.4.f).1 Prestación del sistema de salud.- Como hemos venido indicando, la postura del legislador español se aproxima enormemente al modelo norteamericano de derecho al aborto, pero en este punto, como en otros, va más allá. El artículo 18 de la LO 2/2010 establece que los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. El artículo siguiente se preocupa de establecer medidas que garanticen la prestación por los servicios de salud y, a continuación, se contiene una regulación limitadora del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario con el fin de asegurar esa prestación sanitaria.

No es éste el modelo de Estados Unidos, en el que aun considerando el aborto un derecho de la mujer, no existe obligación por parte de los poderes públicos de garantizar la

prestación. Esta doctrina es constantemente sostenida por el Tribunal Supremo, comenzando en el caso *Maher v. Roe*⁴⁶⁵ de 1977, (próximo en el tiempo, por tanto, a la sentencia *Roe v. Wade*) donde se enjuiciaba una norma del Departamento de Sanidad de Connecticut que limitaba los beneficios del Medicaid⁴⁶⁶ para aquellos abortos del primer trimestre que fueran médicamente necesarios, incluyendo la necesidad psiquiátrica. Dos indigentes que no podían obtener un certificado médico que justificara el aborto impugnaron la normativa. La tesis del Tribunal Supremo es que no existe un incalificado derecho constitucional al aborto, sino que lo que se protege es el derecho de la mujer a decidir sobre la terminación del embarazo sin interferencias excesivas; esto no implica limitación sobre la autoridad del Estado para hacer un juicio de valor que prefiera el nacimiento sobre el aborto y para llevar a cabo esta decisión en la práctica mediante la aportación de fondos públicos. La regulación de Connecticut no pone obstáculos en el camino de la mujer hacia el aborto. Una indigente que desea abortar no sufre ninguna desventaja como consecuencia de la decisión del Estado de financiar sólo los nacimientos; continúa en la misma situación de dependencia de recursos privados para el servicio que desea. El Estado puede haber hecho el nacimiento una alternativa más atractiva influyendo así en la decisión de la mujer, pero no ha impuesto una restricción sobre el acceso al aborto que no estuviera ya allí. La indigencia que puede hacer difícil y en ocasiones imposible para algunas mujeres abortar no fue creada ni de ninguna manera afectada por la regulación enjuiciada. El Tribunal dice que no deja de simpatizar con la difícil situación de una indigente que desea abortar, pero la Constitución no suministra remedios judiciales para cada problema económico y social. Sus sentencias han resuelto reiteradamente acerca de las amplias competencias del Estado para elegir entre las diversas demandas sociales para fondos públicos limitados. Su conclusión de que la regulación enjuiciada es constitucional no está basada en una ponderación de su sabiduría o por ser deseable socialmente, pues el Tribunal no anula leyes porque puedan ser imprudentes, imprevisoras o no coincidentes con una particular corriente de pensamiento. Cuando un asunto implica elecciones políticas tan sensibles como la financiación pública de abortos no terapéuticos, el foro apropiado para su resolución en una democracia es la Cámara legislativa.

⁴⁶⁵ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/432/464>

⁴⁶⁶ Medicaid es un programa mediante el cual el Gobierno Federal aporta ayuda a los estados y territorios para pagar los gastos médicos de ciertos grupos de personas con bajos recursos.

En parecidos términos, la sentencia *Harris v. McRae*⁴⁶⁷ que enjuiciaba la enmienda Hyde a la Social Security Act que tuvo diversas redacciones, pero que para el año fiscal 1980, que es el enjuiciado por el Tribunal, establecía que ninguno de los fondos destinados al programa Medicaid serían usados para realizar abortos excepto cuando la vida de la madre estuviera en riesgo si el embarazo es llevado a término; o excepto en el caso de las víctimas de violación o incesto cuando tales delitos hayan sido denunciados inmediatamente a una agencia policial o servicio público de salud. Explicando por qué el principio constitucional reconocido en *Roe* y casos posteriores no se traslada a una obligación estatal de subvencionar abortos, el Tribunal citó la diferencia básica entre una interferencia estatal directa con una actividad protegida y el estímulo estatal a una actividad alternativa acorde con su política legislativa. La libertad de elección de una mujer no lleva consigo un título constitucional a los recursos financieros para disfrutar de toda la extensión de elecciones protegidas. La razón es la explicada en el caso anterior. El Gobierno no puede poner obstáculos, pero no está obligado a eliminar los que no ha creado.

Los recurrentes también alegaban que la Enmienda Hyde contravenía derechos garantizados por las cláusulas de religión de la Primera Enmienda de la Constitución. Argumentaban que la norma recurrida incorporaba doctrinas de la Iglesia Católica relativas a la pecaminosidad del aborto y al comienzo de la vida. A esto contesta la sentencia que está bien asentado que una norma legislativa no contraviene la Cláusula de Establecimiento si tiene un propósito legislativo secular, si su efecto principal o primario ni favorece ni perjudica la religión y si no fomenta una implicación gubernamental excesiva con la religión. Aunque ni un Estado ni el Gobierno Federal pueden constitucionalmente aprobar leyes que ayuden a una religión, o a todas o prefieran una religión sobre otras, *de ahí no se sigue que una ley infrinja la Constitución porque justo coincida con los mandamientos de alguna o de todas las religiones* (la cursiva es nuestra).

En la sentencia *Webster v. Reproductive Health Services* de 3 de julio de 1989 estudiaba de nuevo la constitucionalidad de una ley de Missouri que entre otras cosas establecía la prohibición del uso de empleados y establecimientos públicos para realizar o asistir abortos no necesarios para salvar la vida de la madre. Se recuerdan precedentes que establecían que la Cláusula del Proceso Debido generalmente no confiere un derecho positivo a la ayuda

⁴⁶⁷ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/448/297>

pública, incluso cuando tal ayuda podría ser necesaria para salvaguardar los intereses sobre la vida, libertad o propiedad de los que la Administración no puede privar a los individuos, y recuerda los casos anteriormente expuestos. Señala que el rechazo de que empleados públicos realicen abortos en hospitales públicos deja a la mujer con las mismas oportunidades que si el Estado hubiera decidido que no existiesen hospitales públicos en absoluto. Concluye que si el Estado puede hacer un juicio de valor favoreciendo el nacimiento sobre el aborto y llevar a cabo este juicio mediante la asignación de fondos públicos, lógicamente puede hacerlo a través de la asignación otros recursos públicos tales como hospitales y personal médico.

Mientras que en el sistema norteamericano se considera constitucional la no inclusión del aborto como prestación sanitaria a cargo de fondos públicos, en Alemania se va más lejos. El Tribunal Constitucional alemán, además de establecer que la falta de sanción penal del aborto debe sustituirse por un sistema de asesoramiento, señaló que el deber de protección de la vida consagrado en la Constitución, prohíbe interpretar el § 24 b SGB V en el sentido de que las prestaciones de seguridad social puedan ser conferidas de la misma manera tanto en casos en que la legalidad de la interrupción del embarazo no puede ser determinada, como si se tratara de interrupciones del embarazo no vulneradoras de la ley. El Estado de Derecho nunca puede financiar el acto de dar muerte a un individuo, a menos que tal acto sea legítimo y el Estado haya comprobado con plena certeza –cumpliendo con las garantías de un Estado de Derecho– la legitimidad de dicha conducta [...] Si en el caso de las interrupciones llevadas a cabo bajo las condiciones de la reglamentación del asesoramiento durante la fase temprana del embarazo, no se puede establecer si debido a la existencia de un estado de necesidad genérico se pueden considerar como permitidas, entonces el Estado de Derecho, como principio, no podrá participar en ellas, tampoco financiándolas ni obligando a terceros. [...] También el principio del Estado social (Art. 20 párrafo 1 de la Ley Fundamental) prohíbe al Estado tratar los abortos no sujetos a sanción penal –en el marco de la regulación del asesoramiento– como “permitidos”, argumentando que en el caso concreto no se lleva a cabo estudio alguno para determinar su ilicitud. El Estado social sólo puede realizarse en la práctica sobre la base de la Ley Fundamental y con los medios del Estado de derecho. Si el Estado asumiera de manera general, de manera directa o indirecta una responsabilidad (común) para procedimientos de cuya licitud no puede cerciorarse, ello

afectaría al principio del Estado de derecho, no sólo de manera tangencial, sino que implicaría una lesión al núcleo mismo del Estado de Derecho [...]

1.4.f).2. **Objeción de conciencia.**- La objeción de conciencia es una de las cuestiones más complejas que se plantean en el ordenamiento constitucional. Antes de analizar la cuestión es necesario apuntar que, curiosamente, en un momento en que el debate sobre la protección de la vida presenta discrepancias muy intensas parece como si la objeción de conciencia estuviera ausente del ámbito de la bioética: “A principios de los años 90 (...) realizamos en el BioethicsLine una búsqueda de la expresión “objeción de conciencia” –en inglés, como es lógico-. Obtuvimos a partir de esa base de datos que tenía entonces unas 15.000 entradas de libros, artículos y capítulos de libro, sólo 7 entradas que satisficieran la condición de búsqueda. A finales de los 90, dicha base de datos monográfica sobre bioética se fusionó con MedLine(...) Una búsqueda de la misma expresión realizada en el mes de agosto de 2004 dio como resultado 32 entradas que satisficieran la condición de búsqueda (...) llegamos a la conclusión de que el tema de la conciencia no forma parte de la bioética (...) A la bioética no le interesa (...) que las personas tomen unas decisiones correctas (...) sino organizar una cuestión material y externa (la atención sanitaria) del modo más eficaz posible. Una decisión será buena (...) cuando mejora el estado de cosas, la situación material (...) lo que se pretende es resolver pretensiones contrapuestas de los individuos en liza en la sociedad, de modo que ésta funcione”⁴⁶⁸. También con carácter previo también hay que advertir que la objeción de conciencia tenía, tradicionalmente, una valoración positiva, como una noble forma de resistencia frente a los valores establecidos. Sin embargo, ahora se la ve con enorme desconfianza porque se la vincula con determinadas creencias, en particular con el catolicismo.

Con la objeción se abre la posibilidad de que un ciudadano deje de cumplir una ley porque dicho cumplimiento vulnera sus convicciones más íntimas. Normalmente, su reconocimiento es defendido con más fuerza por aquellos que se encuentran en minoría. Pese a la dificultad de determinar su contenido y límites, cabe decir que es una pieza importante en el esquema de derechos y libertades. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *West Virginia State Board of Education v. Barnette* de 1946

⁴⁶⁸Pardo Caballos, A. La bioética de los filósofos. *Cuadernos de bioética* nº 57. Págs. 167 y 168.

dice que “quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar por la fuerza a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en los cementerios (...) debemos aplicar las limitaciones que la Constitución impone al poder público y lo hacemos sin ningún miedo a que la libertad para ser distinto y para discrepar, tanto intelectual como espiritualmente, desintegre nuestra organización social (...) tolerar excentricidades ocasionales o actitudes poco normales es el precio que hemos de pagar para disfrutar del individualismo intelectual y de ricas diversidades culturales (...) La libertad para ser distinto y para discrepar no se limita a asuntos poco importantes. Eso no sería libertad sino un mero atisbo de libertad. La prueba de su verdadera existencia es la discrepancia respecto de cosas que afectan al orden establecido”⁴⁶⁹.

Y dicho Tribunal se ha referido a esta cuestión en relación con variadas materias, estableciendo límites a ese derecho. En *Reynolds v. United States* de 1879, se trataba de un mormón acusado de poligamia que alegaba que debía obediencia a las normas de su congregación antes que a la ley de la nación. “Como era esperable, el Tribunal Supremo por unanimidad le negó el derecho a estar casado con varias mujeres simultáneamente”⁴⁷⁰. En relación con los Testigos de Jehová se planteó la cuestión de su negativa al saludo a la bandera, pues sus creencias les impiden venerar imágenes y símbolos. En el caso *Minersville School District v. Gobitis* (1940), “el Tribunal Supremo refrendó la expulsión de un alumno (...) por considerar que la libertad religiosa tiene sus límites y que uno de ellos es la posibilidad de que el Estado, por una necesidad de civismo y de unidad nacional, imponga determinadas obligaciones simbólicas”⁴⁷¹.

El reconocimiento de la objeción de conciencia exige que no se acepte la misma porque la posición del que la alega resulte razonable para la mayoría. Del Moral afirma que el Estado no puede evaluar la sensatez o razonabilidad de la opción religiosa. La libertad de conciencia ha de proteger también –y quizá de manera especial- la actuación de aquellas personas cuya conciencia es calificada como heterodoxa por la sociedad, aunque su número sea insignificante desde un punto de vista puramente estadístico. Se impone la más estricta

⁴⁶⁹ Traducción tomada de Beltrán de Felipe, M. y González García, J. V. *Op. cit.* Págs. 272-273.

⁴⁷⁰ *Op. cit.* Pág 261.

⁴⁷¹ *Op. cit.*

neutralidad. Sólo es admisible que se compruebe la sinceridad de los imperativos de conciencia que se alegan, lo que es concepto diferente a la verdad. El único juicio que cabe hacer es la comprobación de si desborda o no los límites del orden público, pues la conducta amparada por la objeción y contraria a las obligaciones legales no puede atentar contra principios que la comunidad considera básicos e irrenunciables. También hay que indagar, en otro orden de cosas, sobre la imprescindibilidad desde el punto de vista estatal de mantener la inderogabilidad singular de la norma. En ese juicio entrarán muchos factores. Por una parte, dilucidar si es posible una conducta sustitutoria. Por otra, valorar el posible efecto multiplicador de la objeción que podría hacer desmoronarse la eficacia de la norma (piénsese en la objeción de conciencia fiscal). Junto a ello, sopesar los diversos intereses en juego para decidir cuál debe ser sacrificado en la medida necesaria”⁴⁷². Sieira señala que, “la objeción de conciencia consiste en rehusar obedecer un mandato de la autoridad legítima porque este mandato es contrario a un imperativo de conciencia (no una mera opinión). Se diferencia de la desobediencia civil en que la objeción carece de intencionalidad política, no busca publicidad, ni adhesiones a su causa personal, aunque la objeción deba, lógicamente, exteriorizarse para poder ejercerse. La objeción consiste, por lo general, en un comportamiento omisivo, ya que se formula más contra mandatos que contra prohibiciones. La Constitución respecto de la libertad religiosa, ideológica y de culto, las reconoce sin más limitación, en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. El citado autor, dice que esta regulación es insuficiente “por las dificultades que entraña todo intento de precisar qué es el orden público (...), porque no es del todo cierto que el reconocimiento del derecho se efectúe sin más limitaciones (...) (y) porque no es del todo cierto que el orden público sea el único límite”⁴⁷³.

El Tribunal Constitucional en sus primeros pronunciamientos reconoció ampliamente la objeción de conciencia. En la sentencia 15/1982 señaló que puesto que “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido

⁴⁷²Del Moral García, A. Derecho, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica. *Cuadernos de bioética* n° 57 (2005). Página 186.

⁴⁷³Sieira Mucientes, S. La objeción de conciencia sanitaria. Objeción de conciencia y función pública. *Estudios de Derecho judicial*, 89. Consejo General del Poder Judicial, (2006). Págs. 27, 47 y 48.

explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”. Por otra parte, ante la falta de regulación de esta materia en la Ley Orgánica que despenalizaba el aborto en determinados supuestos, volvió a considerar la objeción de conciencia como un derecho derivado directamente de la libertad ideológica en la sentencia 53/1985. De forma contundente dice que “cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

Pero, posteriormente, pensando quizá que había llegado demasiado lejos, matizó esta doctrina. En varias de sus sentencias (101/1983, de 18 de noviembre, 160/1987, de 27 de octubre y 321/1994, de 28 de noviembre) ha proclamado que la libertad ideológica reconocida en la Constitución no otorga el derecho a los ciudadanos de faltar a sus deberes constitucionales o legales por motivos de conciencia y que de la Constitución difícilmente puede extraerse un derecho a la objeción de conciencia más allá del supuesto excepcional del artículo 30.2, si bien nada impide que el legislador lo regule cuando lo estime oportuno.

En la sentencia 101/1983 se resolvió un recurso de amparo presentado por dos diputados de Herri Batasuna a los que según el Reglamento de la Cámara se le exigía el juramento o promesa de acatamiento de la Constitución. Al no hacerlo, quedó declarado que no tendrían los derechos y prerrogativas que corresponden a los miembros de la Cámara. El Tribunal desestimó el recurso y alegada la vulneración de la libertad ideológica, señaló que la interpretación sistemática de la Constitución, lleva a la conclusión de que las manifestaciones de la libertad ideológica de los titulares de los poderes públicos -sin la cual no sería posible ni el pluralismo ni el desarrollo del régimen democrático- han de armonizarse en su ejercicio con el necesario cumplimiento del deber positivo inherente al cargo público de respetar y actuar en su ejercicio con sujeción a la Constitución, y por ello, si se pretendiera modificarla, de acuerdo con los cauces establecidos por la misma. En definitiva, cuando la libertad ideológica se manifiesta en el ejercicio de un cargo público,

ha de hacerse con observancia de deberes inherentes a tal titularidad, que atribuye a una posición distinta a la correspondiente a cualquier ciudadano.

En la sentencia 160/1987 se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica que regulaba la objeción de conciencia al servicio militar. El Tribunal afirma una primera conclusión: el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (Sección 1.^a del Capítulo II, Título I) relativos a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales. Para justificar el cambio de criterio respecto de la sentencia 15/1982, el Tribunal dice que de esa Sentencia no se infiere que se entendiera que el derecho cuestionado tuviera rango fundamental. Lo que en dicha Sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia, frente a la tesis que sostuvo el Abogado del Estado de que tal derecho no está reconocido en la Constitución, porque el art. 30.2 se limita a remitir al legislador la tarea de regularlo y determinar su existencia. En dicha sentencia, según el Tribunal, se dice que la objeción de conciencia, dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional, con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España- lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional.

Continúa el Tribunal indicando que en una sociedad democrática, en un Estado social y democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario expresado libremente -aun dentro de las limitaciones de los sistemas electorales- la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como excepcional, porque de lo que se trata -el derecho del objetor- es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal. De ahí la necesidad de la interpositio legislatoris. Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 C. E.), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo -frente a la coacción externa- en la intimidad personal, en cuanto nadie está «obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 C. E.). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece conformarse con la técnica constitucional: el propio artículo 16 ya admite la entrada legislativa al determinar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable. Conclusión que es mucho más clara y terminante cuando se trata de un derecho, si bien constitucionalmente reconocido, no fundamental.

Finalmente en la sentencia 321/1994 dictada en la resolución de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia dictada por el orden jurisdiccional penal, se reitera la doctrina anterior recordando que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales.

No obstante, a nuestro juicio, esta aparente contradicción de las sentencias del Tribunal Constitucional no es tal. Las últimas sentencias mencionadas fueron dictadas al hilo de un uso abusivo de la objeción de conciencia al servicio militar, pues la inmensa mayoría de los

que ejercitaban tal derecho lo hacían no porque sus íntimas convicciones les impidieran tomar las armas, sino como mecanismo de conveniencia para evitar una prestación personal gravosa. Y lo cierto es que, en el caso específicamente relacionado con el tema que nos ocupa, el aborto, el Tribunal Constitucional sí vinculó la objeción de conciencia con el artículo 16 y añadió que no era preciso para su ejercicio su desarrollo legal. Incluso, posteriormente, en el Auto 135/2000, de 8 de junio, llega a afirmar que “la conducta terapéutica o médica a la cual se negó la demandante se refiere a un derecho fundamental de terceras personas (el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución), que sí está implicado en la objeción de conciencia al aborto”. Resolución ciertamente notable, no sólo porque sigue reconociendo ampliamente la objeción de conciencia en materia de aborto, sino porque considera que el nasciturus es una persona. La tesis que mantenemos tiene todo el sentido sin tenemos en cuenta que en la sentencia 53/85 no hay ningún reconocimiento de un derecho fundamental al aborto de la mujer, sino que se considera constitucional que el Estado no castigue penalmente un acto que atenta contra la vida del no nacido en atención a determinadas situaciones. La cuestión de si la objeción de conciencia está comprendido en la libertad ideológica o es un mero derecho de configuración legal no es meramente académica. Si se considera la objeción de conciencia como un derecho implícito en el artículo 16.1 de la Constitución, esto supone que cuando alguien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico afectado, en principio está ejercitando un derecho fundamental, por más que tras la debida ponderación, la decisión pueda desembocar en el rechazo al ejercicio en ese caso concreto, cuando la conducta objetora lesiones valores sustantivos que afecten a derechos de terceros. Mientras que si no, se deja su propia existencia o contenido a la decisión exclusiva del legislador. El reconocimiento meramente legal de la objeción de conciencia vacía a ésta de contenido. Tales supuestos no constituyen un supuesto de objeción de conciencia en sentido estricto, pues no se produce un conflicto entre el imperativo legal y las convicciones del objetor, pues es la propia norma la que prevé expresamente, la posible excepción a su cumplimiento por motivos de conciencia⁴⁷⁴.

Los lobbies pro abortistas se preocupan ahora de debilitar el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario. Los casos de Argentina y México son llamativos en ese sentido. En Argentina la Ley 25.673 que organiza el llamado Programa Nacional de Salud

⁴⁷⁴Pérez Álvarez, S. *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE*. Editorial Comares. Granada (2009). Pág. 95.

Sexual y Procreación Responsable no prevé los conflictos de conciencia personales de los agentes de salud llamados a aplicarlo, si bien regula la llamada objeción de conciencia institucional de las instituciones privadas de carácter confesional, lo que resulta también discriminatorio porque supedita la objeción de la institución a que pertenezca a una Iglesia. No obstante, la falta de reconocimiento del derecho individual fue salvada mediante una norma de rango reglamentario, el Decreto 1282/03⁴⁷⁵, lo que parece una forma no muy firme de reconocimiento. Por su parte, en México, en abril de 2007, el jefe de gobierno del Distrito Federal declaró que los trabajadores del sistema de salud de la entidad dependiente de su gobierno deberían acatar la nueva legislación sobre despenalización del aborto bajo pena de perder su empleo. No se aceptaría la objeción de conciencia pues los médicos como servidores públicos están obligados a acatar las disposiciones ya que el aborto es un derecho. Las autoridades sanitarias federales se negaron a practicar abortos argumentando que su dependencia federal era superior a las local. La mayoría de los hospitales privados, se acogieron también a este razonamiento o a la objeción de conciencia. Posteriormente, las autoridades del Distrito Federal reconocieron la existencia del derecho a la objeción de conciencia⁴⁷⁶.

Como no podría ser de otra manera la LO 2/2010 opta por considerar la objeción como supeditada a lo que se establezca en la ley: “nada impide que el legislador otorgue tal derecho cuando lo estime oportuno (...) Esta es la perspectiva (...) que adopta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio”⁴⁷⁷. La LO 2/2010 regula la objeción de conciencia como si tratase de un mero derecho de configuración legal. En este sentido, Beltrán Aguirre, considera que “se trataría de un derecho a la objeción de conciencia puramente legislativo –no constitucional- y, por consiguiente, derivado de la

⁴⁷⁵Navarro Floria, J. G. y Lo Prete, O. Libertad de conciencia y derecho sanitario en la República Argentina, en *Libertad de conciencia y derecho sanitario en España y Latinoamérica*. Isidoro Martín Sánchez (Coord.). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2010). Pág. 47.

⁴⁷⁶Casas Martínez, M^a de la L: La objeción de conciencia en México en Navarro, en *Libertad de conciencia y derecho sanitario en España y Latinoamérica*. Isidoro Martín Sánchez (Coord.). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2010). Págs. 157 y 158.

⁴⁷⁷Díez Picazo, L.M. *Op. cit.* Pág. 257.

libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno”⁴⁷⁸ .

No obstante otros autores discrepan respecto del alcance de la objeción de conciencia en el ámbito comunitario: “el reconocimiento expreso de la objeción de conciencia como derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión, constituye (...) una de las novedades más relevantes del proyecto constitucional. Conviene apuntar que, a diferencia del resto de los principios y derechos en materia de salud (...) éste no venía recogido en el Tratado de Niza.”⁴⁷⁹ .

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha hecho una afirmación de la objeción de conciencia como derecho fundamental. Rechazó el llamado informe McCafferty presentado por una diputada inglesa (Christiane McCafferty), que pedía se restringiera y limitara la objeción de conciencia de los profesionales de la Sanidad (farmacéuticos, incluidos) al aborto y a otras actuaciones médicas relacionadas con el principio y fin de la vida humana. Por el contrario la resolución⁴⁸⁰ afirma que:

Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón.

La Asamblea Parlamentaria enfatiza la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia junto a la responsabilidad del Estado de asegurar que los pacientes tienen un acceso adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley.

En la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, la práctica de la objeción de conciencia está regulada de modo adecuado. Existe un marco legal claro y completo que garantiza que –en el ejercicio de la objeción de conciencia por los

⁴⁷⁸Beltrán Aguirre. *Op. cit.* Págs. 93 a 106.

⁴⁷⁹Díez Fernández, J.A. La presencia de la bioética en el proyecto de Constitución europea. *Cuadernos de Bioética* n° 58. Pág. 335.

⁴⁸⁰Versión en inglés
<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1763.htm>

profesionales sanitarios- se respetan los intereses y derechos de quienes buscan un acceso a prestaciones sanitarias admitidas por la ley.

A la luz de las obligaciones de los Estados miembros de asegurar el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias admitidas por la ley y de proteger el derecho a la protección de la salud, así como su obligación de asegurar el respeto al derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión de los profesionales sanitarios, la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud, los cuales:

Garanticen el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación en el procedimiento en cuestión.

Aseguren que los pacientes son informados de cualquier objeción, en un plazo adecuado, así como que son derivados a otro profesional sanitario.

Aseguren que los pacientes reciben tratamiento adecuado, en particular en casos de emergencia.

Coincidimos con De Esteban y González-Trevijano cuando afirman que el derecho a la objeción de conciencia se fundamenta en la libertad de conciencia que, a su vez, es una concreción de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución⁴⁸¹. Igualmente con Gómez Sánchez cuando afirma que “la omisión de referencias constitucionales expresas a otros tipos de objeción de conciencia diferente de la que se refiere al servicio militar no debe llevarnos a concluir que su incorporación al ordenamiento jurídico español está vedada ni tampoco a presumir que tal ausencia deba determinar en todos los supuestos su infraprotección constitucional (...) Esta ausencia de reconocimiento o, en el mejor de los casos, reconocimiento restrictivo tiene su causa en el temor o desconfianza del legislador ante las consecuencias que se derivarían de una aceptación amplia de la objeción de conciencia, pues podría poner en jaque la propia existencia del Derecho y del Estado (...) La objeción de conciencia de los médicos, oponiéndose a realizar abortos no pugna con ninguna otra norma constitucional que establezca el deber de

⁴⁸¹*Op. cit.* (2009). Pág. 362.

realizar este tipo de operaciones”⁴⁸². Y es que “el reconocimiento de la objeción de conciencia supone para una sociedad moderna la constatación de que la ley no agota el ideal de la justicia”⁴⁸³. Incluso Warnock ofrece una perspectiva interesante indicando que “si se vuelve habitual el hecho de que los pacientes pidan tratamiento, incluso una clase particular de tratamiento (...) el paciente reconvierte en cliente y el médico está obligado a suministrar lo que el cliente demanda. El médico se convierte en alguien parecido a, digamos, un peluquero. La gente muy bien podrá seguir el consejo de su peluquero y podrá ciertamente confiar en su destreza, cosa que ellos no poseen. Pero en último término, el peluquero es el servidor de su cliente (...) creo que es imprescindible para mantener la integridad de la profesión médica que se permita a los médicos negarse a llevar a cabo un procedimiento exigido por el paciente, basándose en razones de conciencia”⁴⁸⁴.

En el mismo sentido Prieto Sanchís, pues la libertad de conciencia no alude a una facultad interna o psicológica consistente en creer o no creer lo que nos parezca oportuno, sino que constituye ante todo una libertad práctica que nos autoriza a comportarnos en la vida social de acuerdo con nuestras convicciones (...) ⁴⁸⁵. En otra obra indica que tal vez el más primario o radical de los derechos humanos sea aquél que corresponde a toda persona de poder escoger o elaborar por sí misma las respuestas que estime más convenientes a los interrogantes que le plantea su vida personal y social, de comportarse de acuerdo con tales respuestas y de comunicar a los demás lo que considere verdadero ⁴⁸⁶.

Ahora bien ¿cuáles deben ser los límites? Fijarlos es fundamental, pues “más allá de este punto, la inobservancia de los deberes públicos por razones de conciencia habrá de encuadrarse dentro de la categoría de la llamada desobediencia civil. La diferencia (...) estriba en que, al contrario de la objeción de conciencia, la desobediencia civil carece de cobertura normativa y, por tanto, implica la socrática aceptación anticipada de la sanción

⁴⁸² Gómez Sánchez, Y. *Op. Cit.* Págs. 183, 195, 197 y 198.

⁴⁸³ Sieira Mucientes, S. *OP. cit.* Pág. 46.

⁴⁸⁴ Warnock, M. *Op. cit.* Pág. 130.

⁴⁸⁵ Prieto Sanchís, L. Desobediencia civil y objeción de conciencia. *Objeción de conciencia y función pública*. Estudios de Derecho judicial, 89. Consejo General del Poder Judicial, (2006). Pág. 25.

⁴⁸⁶ Prieto Sanchís, L. La libertad de conciencia en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 623.

que pueda corresponder. De aquí que la verdadera desobediencia civil sea digna de elogio y admiración”⁴⁸⁷. Para Prieto en la desobediencia civil, la motivación moral o política no pretende fundamentar una justificación circunstancial, sino que se dirige contra la misma norma. Por el contrario, la objeción se agota en la preservación del propio dictamen de conciencia. “La objeción (...) debe entenderse como un acto estrictamente privado, no político”⁴⁸⁸. Aun reconociendo que el conflicto se producirá sólo en casos muy extremos, Carbonell⁴⁸⁹ considera que cuando no sea posible recurrir a otro médico que esté en condiciones reales de practicar el aborto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del médico ha de ceder ante el de la mujer. Creemos que el único supuesto posible de conflicto que llevara a este resultado, sería el caso en que concurriera un grave e inmediato riesgo para la vida de la madre, en el que, en contra de lo que se afirma, ningún médico hará prevalecer el derecho a la vida del feto, existiendo, como se demostró en un caso reciente en El Salvador alternativas al aborto, como la cesárea.

Más allá de los límites razonables del derecho a la objeción de conciencia, entendemos que las restricciones injustificadas y excesivas a la objeción de conciencia revelan el rechazo de cualquier opinión que se salga de lo establecido⁴⁹⁰.

La LO 2/2010 hace una regulación de la objeción de conciencia absolutamente restrictiva y contraria, a nuestro juicio, a la doctrina del Tribunal Constitucional. En primer lugar, llama mucho la atención, dónde se incluye sistemáticamente su regulación. Se hace en el Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica “Garantías en el acceso a la prestación”. Como su denominación indica, de lo que se preocupa es del derecho de la mujer a obtener un aborto y no de salvaguardar el derecho del médico. Así, el artículo 19.2 afirma que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia no puede menoscabar el acceso a la prestación. Por otra

⁴⁸⁷Díez Picazo, L.M. *Op. cit.* Pág. 258.

⁴⁸⁸ Prieto Sanchís, L. *Op. cit.* Pág. 13 y 17.

⁴⁸⁹*Op. cit.* Pág. 671.

⁴⁹⁰Como relata Aldous Huxley en *Un Mundo Feliz*: “considere el caso desapasionadamente, Mr. Foster, y verá que no existe ofensa tan odiosa como la heterodoxia en el comportamiento. El asesino sólo mata al individuo, y, al fin y al cabo, ¿qué es un individuo? —con un amplio ademán señaló las hileras de microscopios, los tubos de ensayo, las incubadoras- Podemos fabricar otro nuevo con la mayor facilidad; tantos como queramos. La heterodoxia amenaza algo mucho más importante que la vida de un individuo, amenaza a la propia Sociedad”. Huxley, A. *Un mundo Feliz*. Editorial Plaza y Janés. Barcelona (1976). Págs 192 y 193.

parte, se obliga a que la objeción debe manifestarse anticipadamente y por escrito. Estos dos últimos requisitos son innecesarios y claramente desproporcionados. En el plano médico, la objeción de conciencia ha sido expresamente reconocida por los artículos 10 y 27 del Código de Ética y Deontología Médica⁴⁹¹, así como, internacionalmente por el artículo 18 de la Guía Médica Europea y por el documento aprobado por la Organización Médica Colegial, el 31 de mayo de 1997, sobre la objeción de conciencia del médico.

La regulación española contrasta con otras legislaciones europeas. La objeción de conciencia se reconoce en Alemania (parágrafo 12 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz), en Italia (artículo 9 de la Legge, 22 de mayo de 1978, n. 194). Incluso en Gran Bretaña (Sección 4(1) de la Abortion Act 1967), aunque en este último país se proclama el deber frente a la gestante de advertirle que en sus circunstancias puede abortar: Sección 4 (2) . El alcance de esta cláusula fue clarificada por una circular del Ministerio de Salud. También la Asociación Médica Británica ha elaborado códigos de conducta. En la norma, las enfermeras tienen similar derecho a la objeción de conciencia, están recogidos en su código profesional de conducta. Tienen el derecho a no participar en abortos pero no puede rechazar su participación en un tratamiento de emergencia.

1.4.f).2.1 **¿Quién puede acogerse?** Otro problema además de la fijación de los límites objetivos, es el de la titularidad del derecho a la objeción de conciencia en el aborto. Lógicamente, los que ven con más desconfianza el derecho mismo, lo quieren limitar al personal sanitario, incluso médico y sólo para la participación directa en la intervención. Un caso singular es el de quien ejerce tareas de dirección y gestión del servicio de obstetricia y ginecología en hospitales públicos; la objeción de conciencia puede tener un claro límite, pues el concurso de la voluntad del director objetor para proveer a la organización y supervisión del servicio es absolutamente imprescindible para que el mismo pueda prestarse con normalidad. En estos casos “la objeción del director podría reconducirse mediante las técnicas administrativas de delegación, o avocación”⁴⁹².

⁴⁹¹ Consultado en la página web del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf

⁴⁹² Sieira Mucientes, S. *Op. cit.* Pág. 60.

Las normas legales, sin embargo, no resuelven todos los supuestos. Tampoco los tribunales ayudan a resolver el problema, pues deciden caso por caso, sin que pueda extraerse una doctrina general. Suele citarse como ejemplo de un reconocimiento de la titularidad más amplio, el caso *Tramm v. Porter Memorial Hospital et al*⁴⁹³ resuelto por un Tribunal de Distrito de Indiana. Elain Tramm fue contratada por el Hospital demandado para trabajar como auxiliar de quirófano a tiempo parcial. Su cometido era la limpieza y cuidado del instrumental quirúrgico. Tramm desconocía en el momento de ser contratada que el centro quirúrgico estaba equipado para la realización de abortos. Cuando se enteró, exigió a sus superiores que se le permitiera firmar una declaración de objeción que se establece en las Leyes de Indiana para relevar al personal objetor de las tareas relacionadas con el aborto. Los administradores del hospital decidieron despedirla. Presentada demanda ante los Tribunales si bien no estimaron su pretensión con base en la cláusula de conciencia de Indiana, pues sólo es aplicable a quien asiste o participa directamente en el procedimiento de aborto, sí lo hacen bajo la protección de la Ley de Derechos Civiles, que exige al hospital la acomodación de la tarea de la objetora, a lo que se negó el hospital.

En el caso inglés *Janaway v Salford AHA*⁴⁹⁴, por el contrario, se negó la objeción de conciencia respecto de la actividad de pasar a máquina una carta sobre un aborto a una paciente⁴⁹⁵. Se analizaba en relación con el diagnóstico prenatal que se entendía que no se dirige ni indirectamente a provocar el aborto, sino a dictaminar el estado de salud de la embarazada, del embrión o del feto. Creemos de todas formas que la afirmación es demasiado tajante. En ocasiones, el diagnóstico prenatal, que como toda prueba de estas características es neutro, va dirigido directamente a comprobar si cabe o no practicar un aborto. Así, lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 que afirma que “es también hecho probado la voluntad de abortar por parte de la paciente que se somete a todo tipo de pruebas diagnósticas prenatales”.

⁴⁹³Consultado en <http://www.consciencelaws.org/repression/repression-009.html>

⁴⁹⁴ Datos del caso tomados de <http://www.cmf.org.uk/publications/content.asp?context=article&id=1688>

⁴⁹⁵Maciá Morillo, *Op. cit.* Pág. 263.

En cuanto a la objeción sobrevenida al aborto, citaremos el caso *Swanson v. St. John's Lutheran Hospital*⁴⁹⁶ resuelto por el Tribunal Supremo de Montana el 13 de agosto de 1980. Marjorie C. Swanson era enfermera anestesista en el hospital citado y durante cuatro años había intervenido en procedimientos de esterilización. En una ocasión tuvo que intervenir en un procedimiento de aborto. La observación de cómo el feto era extirpado del útero con instrumental quirúrgico produjo en ella un fuerte choque emocional. A continuación, se dirigió al administrador del hospital comunicándole su negativa a participar en este tipo de intervención. Fue despedida y presentó demanda que fue rechazada por el Tribunal de Distrito. Sin embargo, el Tribunal Supremo del estado señaló que dada la propensión de la conciencia humana a definir sus propios límites y dado que tales límites pueden ser ensanchados o estrechados por la experiencia, parece lógico que el concepto que una determinada persona tenga sobre la conveniencia o moralidad de una situación puede cambiar ocasionalmente.

En España, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de junio de 1988 resolvió un caso en que el aborto se provocó utilizando métodos indirectos, que no actúan de manera inmediata, sino que se trata de un proceso que puede prolongarse durante horas e incluso, días. Dice la sentencia que si bien la objeción de conciencia ampara a aquellos profesionales que tienen que realizar actos que directa o indirectamente estén encaminados a la producción del aborto, debe prestarse la asistencia para la que sean requeridos a las pacientes internadas, en todas las otras incidencias o estados patológicos que se produzcan aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 1998 da respuesta a la objeción de conciencia planteada por 16 ATS. En concreto se basaba en la práctica de abortos bajo la indicación eugenésica en condiciones de viabilidad fetal, lo que comportaba que los fetos tardasen horas en morir en una mesa, por hipoglucemia o hipotermia; el que a pocos metros, la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales albergase habitualmente a niños de peso similar al de los abandonados, fue uno de los detonantes de la objeción masiva. Como respuesta a la objeción se les comunica un

⁴⁹⁶

Texto en http://mt.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19800813_0000196.MT.htm/qx

protocolo de actuación que pretendía armonizar el derecho a la objeción de conciencia y el derecho legal a la práctica del aborto. En dicho protocolo figuraban como intervenciones a practicar: la instauración de vía venosa y analgesia, control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero y de constantes vitales durante todo el proceso. Los ATS rechazan la propuesta y piden que se reconozca su condición de objetores. Rechazada la petición, acuden al Juzgado de lo Social que desestima la demanda ya que no consta que el Hospital haya forzado a ninguno de los reclamantes a tomar parte en prácticas concretas de interrupción del embarazo. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia consideró que las funciones que imponía realizar el Hospital entrañan actos necesarios y aún imprescindibles para que el aborto se realice adecuadamente.

Tras la entrada en vigor de la LO 2/2010, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha reconoce la objeción de conciencia a los facultativos de atención primaria. Y una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Málaga, reconoce, en contra del criterio de la Administración sanitaria andaluza, el derecho a la objeción de conciencia de un médico de atención primaria, respecto de la información que ha de darse de acuerdo con el artículo 17 de la LO 2/2010. La Administración había denegado el derecho, pues el artículo 19 de la citada norma, relativo a la objeción de conciencia se refiere a los profesionales que directamente realizan un aborto. La sentencia, después de recoger la normativa y doctrina jurisprudencial sobre la materia, señala que las labores de información no son un trámite formal previo al proceso, sino el inicio del propio proceso y de la prestación sanitaria que regula la Ley a prestar por los profesionales sanitarios y, además, de carácter preceptivo, necesario y punible su omisión, por lo que no cabe duda de que los profesionales que las han de prestar, incluidos los médicos de atención primaria han de ser considerados profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo y que por lo tanto, tendrán el derecho a ejercer la objeción de conciencia en los términos reconocidos en el artículo 19.2 de la LO 2/2010. Y, por esas circunstancias imposibles de explicar a un profano que no conozca la Administración de Justicia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga, desestimó un recurso idéntico, confirmando el criterio de la Comunidad Autónoma. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 18 de febrero de 2013 revocó la sentencia favorable al objetor. Sin mayores razonamientos concluye que “se deduce, ante todo, que el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho

fundamental que quepa incardinarlo en el art. 16.1 de la Constitución que, por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria, a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida de la misma la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo”.

En general coincidimos con Sieira que “no parece justo imponer al trabajador objetor el sacrificio de la pérdida de su empleo para no quebrar su conciencia sin obligar al empleador a acreditar que sufre un perjuicio relevante en el acto de sustitución o acomodo de la tarea del objetor. Esto no significa que el empresario esté obligado a realizar a todo trance esta adaptación, sino sólo a intentarla de buena fe cuando ésta sea posible física (...) legal y económicamente”⁴⁹⁷.

Otra cuestión polémica es la posibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos respecto de la dispensación de la llamada píldora del día después. Este derecho del farmacéutico se encuentra a menudo con la oposición de aquellos que consideran que por encima se encuentra el derecho de los usuarios a recibir el medicamento. Aún más, se piensa que el farmacéutico tiene la obligación profesional de dispensar la píldora del día después teniendo en cuenta el sistema actual de regulación de las oficinas de farmacia. Es decir, se entiende como un deber adquirido del farmacéutico en contraprestación a los privilegios adquiridos por la limitación del número de farmacias. Por otra parte, el problema para el farmacéutico que desea acogerse a la objeción de conciencia se agrava por la opinión que no considera como abortivos a los medicamentos o productos sanitarios que impiden la implantación del embrión. Sin embargo, “el farmacéutico tiene la responsabilidad de valorar las intervenciones en salud pública desde una perspectiva más global: en la dispensación de la píldora del día después, especialmente entre los más jóvenes, debe considerarse las consecuencias a largo plazo y no sólo el efecto inmediato de evitar un embarazo”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ *Op. cit.* Pág. 60.

⁴⁹⁸ Ruiz-Canela López, M. Nuevos retos profesionales para el farmacéutico: necesidad de una reflexión ética. *Cuadernos de bioética*, nº 57. Págs 266 y 267.

En Estados Unidos, seis estados, Arizona, Arkansas, Georgia, Idaho, Mississippi y Dakota del Sur, explícitamente reconocen el derecho de los farmacéuticos a la objeción de conciencia⁴⁹⁹. No obstante, en Estados Unidos se ha aprobado la Patient Protection and Affordable Care Act (conocida popularmente como Obamacare) que impone la obligación a las empresas de ofrecer cobertura sanitaria que incluyera anticonceptivos considerados como abortivos y la obligación impedía a cualquier institución empleadora de trabajadores, incluidas las de carácter religioso acogerse a la objeción. La oposición al proyecto ha provocado que se haya suavizado en unos términos (Quedan excluidas las casas de oración y servicios auxiliares) que no han satisfecho las exigencias de los reclamantes (la exclusión no afecta a escuelas, hospitales, organizaciones sociales o con ánimo de lucro). El Tribunal Supremo consideró constitucional el Obacare respecto de la obligatoriedad de que los ciudadanos cuenten con un seguro médico, pero quedan dos asuntos pendientes que se han acumulado (*Sebelius v. Hobby Lobby Stores* y *Conestoga Wood Specialties Corp v. Sebelius*), en los que se plantea si el no reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia viola la Primera Enmienda y la Religious Freedom Restoration Act. La vista está prevista para el 25 de marzo de 2014⁵⁰⁰

En España, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005. Si bien confirma la sentencia de instancia, negando legitimación activa al recurrente para impugnar la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001 por la que se actualizó el Decreto 104/2001, de 30 de abril, que regula las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos, termina señalando que en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE, en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la integridad física y moral, lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso. Por su parte, el Código de Ética y Deontología Farmacéutica del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España, establece en su punto 28 que la

⁴⁹⁹ Fuente <http://www.ncsl.org/research/health/pharmacist-conscience-clauses-laws-and-information.aspx>

⁵⁰⁰ Datos en <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/13-354>

responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia, respetando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente.

En relación a la píldora abortiva el Comité de Bioética Italiano ha reconocido por unanimidad el derecho a la objeción de conciencia de los médicos para la prescripción de la misma⁵⁰¹.

1.4.f).3. **Limitaciones a la libertad de expresión.**- En una cuestión tan sensible y que genera tanta división, es muy llamativo que uno de los dos bandos en disputa (el que defiende la vida prenatal) experimenta limitaciones a su libertad de expresión que es difícil encontrar en otros ámbitos. Socci⁵⁰² narra que en enero de 2005, el Movimiento por la Vida había hecho imprimir para Milán un manifiesto con la foto de un niño en el seno materno de 15 semanas de gestación llevándose el dedo pulgar a la boca. A la foto acompañaba el texto: “mamá te quiero. No me mates. Si tienes dificultades SOS Vita. Número verde 8008-13000. Firmado: Movimiento por la Vida”. El Instituto de Autorregulación Publicitaria italiano envió una carta al Movimiento por la Vida que decía: “El Comité de Control ha considerado que el mensaje, prescindiendo de la finalidad y de las motivaciones que lo animan (...) es idóneo para producir sentimientos de turbación en el público destinatario, pudiendo suscitar una excesiva ansia en aquellos que, por las más diferentes motivaciones, no tengan intención de adherirse a la llamada. En particular, tal mensaje configura un caso publicitario no admitido (...). El Comité ha llegado a tal conclusión tanto por el análisis del eslogan “mamá te quiero mucho, no me mates”, objetivamente chocante y angustiante; como por considerar que la imagen utilizada no es ciertamente la de un feto de cinco semanas sino al menos, dado el desarrollo morfológico, de diez, resultando así idónea para reformar la turbación y el sentido de culpa suscitado por la parte textual”. El autor se pregunta “¿si es una nada o solo un coágulo fetal, por qué tanto miedo a mirarlo?”. También existen dificultades para mostrar imágenes de abortos. Dice Alcorn que la ocultación de las imágenes de fetos abortados es como prohibir las imágenes de los pulmones dañados en el debate sobre el tabaco o el de las ballenas arponeadas o las de la muerte a palos de las crías de focas, cuando se discute sobre los derechos de los animales.

⁵⁰¹Del Moral García, A. *Op. cit.* págs. 185 y sigs.

⁵⁰²*Op. cit.* Pág. 59 y 60.

Si el feto no es más que una masa de tejido, entonces dejemos a la gente ver las fotos de esa masa de tejido. Si no es un bebé ¿qué daño puede hacer ver esas imágenes?⁵⁰³.

Otra cuestión discutida es la actividad de los grupos pro vida en el entorno de las clínicas abortistas. Esta cuestión se ha abordado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en tres ocasiones. Los dos primeros enjuician sendos mandamientos judiciales, mientras que el tercero, (en el que el Tribunal Supremo adopta el criterio más restrictivo para la libertad de expresión) se refiere a una ley de Colorado.

En el primero, *Madsen v. Women's Health Center, Inc*⁵⁰⁴, de 1994 se discutía un mandamiento judicial formulado por un tribunal de Florida⁵⁰⁵. El Tribunal Supremo comienza rechazando la alegación de los demandantes en el sentido de que el requerimiento al restringir la expresión de los que protestan contra el aborto no es neutral, pues está necesariamente basada en el contenido del mensaje. Dice la sentencia que un requerimiento, por su propia naturaleza, se aplica sólo a un grupo particular (o individuo) y regula las actividades y quizá el discurso de ese grupo. Lo hace, sin embargo, debido a las

⁵⁰³Alcorn, R. *Pro life answers to pro choice arguments*. Mulnomah Books. Colorado Springs (2000). Pág. 243

⁵⁰⁴ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/93-880.ZS.html>

⁵⁰⁵El contenido del requerimiento era: Prohibir totalmente la entrada a las instalaciones y propiedad de la clínica. Prohibir totalmente el bloquear, obstruir, dificultar o de cualquier manera obstruir o interferir en el acceso a, la entrada o salida de cualquier edificio o aparcamiento de la clínica. Prohibir totalmente la reunión, los piquetes, las patrullas, las manifestaciones o entrar en parte del paso público o propiedad privada dentro de 36 pies (10,973 metros). Prohibir de 7.30 a mediodía, de lunes a sábados, durante los procedimientos quirúrgicos y períodos de recuperación, cantar, silbar, gritar, usar megáfonos u otros equipos de amplificación del sonido u otros sonidos e imágenes observables dentro de la audición de los pacientes dentro de la clínica. Prohibir totalmente en un área de 300 pies (91,440 metros) la aproximación física a quien busque los servicios de la clínica a menos que esa persona indique un deseo de comunicarse aproximándose a los demandantes o preguntándoles. Prohibir totalmente aproximarse, congregarse, hacer piquetes, patrullar, manifestarse o usar megáfonos y otro equipo de amplificación del sonido en un radio de 300 pies de la residencia de los empleados, personal, propietarios o agentes (de la clínica) o bloquear o intentar bloquear, poner barricadas o de cualquier forma, temporalmente, o de otra manera obstruir las entradas, salidas o carreteras de las residencias de las personas mencionadas. Prohibir totalmente maltratar físicamente, agarrar, intimidar, acosar, tocar, empujar, o atacar a las personas que entren o salgan, trabajen en o usen servicios de la clínica o traten de entrar o salir de cualquiera de las casas de las personas mencionadas anteriormente. Prohibir totalmente acosar, intimidar o maltratar físicamente, asaltar o intimidar a cualquier médico, personal sanitario, empleado o voluntario que actualmente o en el pasado haya prestado servicios o actuado como voluntario en la clínica. Prohibir totalmente animar incitar o proteger cualquiera de los actos prohibidos anteriormente.

pasadas acciones del grupo en el contexto de una específica disputa real entre partes. Los que buscan el requerimiento alegan una violación de sus derechos. El tribunal lo que hace es tomar una decisión para remediar una específica violación, no elaborar una norma de carácter general. El hecho de que el requerimiento no prohíba las actividades de los que se manifiestan a favor del aborto es sólo atribuible a la falta de manifestaciones similares por su parte y de una falta de solicitud de requerimiento para sus actividades.

El Tribunal Supremo señala que hay numerosos significativos intereses del Estado protegidos por el requerimiento: la libertad de la mujer de obtener servicios legales médicos o de asesoramiento en relación con su embarazo, asegurar el orden y seguridad pública, promover la libre circulación en calles y aceras y en proteger los derechos de propiedad de todos sus ciudadanos. También el Tribunal consideró que el interés del Estado en la privacidad del hogar se extiende a la privacidad médica. Mientras que establecer piquetes cerca del domicilio amenaza el bienestar psicológico del residente “cautivo”, esos piquetes en una clínica amenazan además el bienestar físico del paciente “cautivo” por su situación médica. La combinación de todos estos intereses es suficiente para justificar un requerimiento apropiadamente confeccionado para protegerlos. Desde la perspectiva enunciada comienza a analizar los distintos puntos. Considera adecuada la exclusión de la zona de 36 pies (excepto en la parte en que se refería a la propiedad privada que, al parecer nunca fue invadida por los manifestantes). En primer lugar, porque aunque el tema de las distancias puede ser discutible, considera que el tribunal del estado tiene un margen de apreciación al conocer mejor los hechos y transfondo de la disputa entre partes. También considera la sentencia proporcionada la limitación del ruido derivado de cantos, silbidos, gritos, megáfonos, bocinas, equipos de amplificación de sonido, especialmente tratándose de una clínica.

El resto del mandamiento lo anula. Respecto de la prohibición de imágenes porque aun cuando no son admisibles las amenazas directas o veladas, la amplia prohibición de toda imagen observable limita la expresión más de lo necesario para alcanzar el propósito de eliminar las amenazas a los pacientes de la clínica o sus familiares. Incluso, si de lo que se trata es de rebajar el nivel de ansiedad, tampoco es admisible la prohibición genérica. Pues

si las imágenes resultan desagradables, se puede no verlas apartando la vista o echando las cortinas. La misma suerte corre la prohibición de aproximarse físicamente a cualquier persona que busca los servicios de la clínica en un área de 300 pies de la clínica, a menos que dicha persona indique su deseo de comunicarse. No se ha probado que el discurso de los que protestan sea amenazante o tan lleno de violencia que sea indistinguible de la amenaza de un daño físico.

El segundo caso es *Schenk y otros v. Pro Choice Network of Western New York*⁵⁰⁶ y otros de 19 de febrero de 1997. Se trataba también de un mandamiento judicial solicitado contra las actividades de manifestantes contra el aborto⁵⁰⁷. El Tribunal Supremo considera que el caso analizado tiene muchas similitudes con *Madsen* y lo analiza a la luz de su doctrina. En primer lugar, rechaza la alegación de que no hay un interés gubernamental significativo que apoye la adopción del requerimiento por las mismas razones expresadas en el caso anterior.

En cuanto a las previsiones del requerimiento, las zonas neutrales flotantes se anulan porque impiden más libertad de expresión de la que es necesaria para servir a los relevantes intereses gubernamentales expuestos. Tales zonas alrededor de las personas impiden a los manifestantes comunicar un mensaje a una distancia normal de conversación u ofrecer octavillas en las aceras públicas. Es una prohibición amplia tanto por el tipo de expresión restringida como por la naturaleza del lugar. La distribución de panfletos y la expresión sobre materias de interés público son clásicas formas de expresión que entran en el núcleo de la Primera Enmienda y la expresión en áreas públicas es protegida más intensamente en las aceras públicas. La obligación de mantenerse a una distancia de 15 pies de otra persona que se está moviendo, resulta falta de seguridad y lleva a un riesgo sustancial de que se esté penalizando más expresión que la que permite el requerimiento. Podría haber otras formas de conseguir la deseada separación y ofrecer seguridad. Tampoco aprueba la zona neutra flotante respecto de los vehículos. Por el contrario, las zonas neutrales fijas se consideran

⁵⁰⁶ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-1065.ZS.html>

⁵⁰⁷ El requerimiento prohibía la manifestación a menos de 15 pies (4'720 metros) de las puertas de entrada, aparcamientos y caminos de entrada de las clínicas (zona neutral fija) o a menos de 15 pies de cualquier persona o vehículo que pretendiera entrar o salir de tales instalaciones (zona neutral flotante). Otra previsión permitía a dos consejeros de acera entrar dentro de la zona neutral, pero les obligaba a interrumpirse y desistir de su asesoramiento, si el aconsejado así lo pedía.

conformes con la Constitución. Esas zonas son necesarias para asegurar que las personas y los vehículos puedan entrar o salir de la clínica y de los aparcamientos.

El tercer supuesto, como decíamos es más restrictivo respecto de la libertad de expresión de los grupos pro vida. Se trata del caso *Hill y otros vs Colorado*⁵⁰⁸ de 28 de junio de 2000. Aquí se enjuiciaba una norma de ese estado que declaraba ilegal para cualquier persona dentro de un área de 100 pies (30'480 metros) desde la entrada de un establecimiento sanitario, acercarse intencionadamente a 8 pies (2'4384 metros) a otra persona sin el consentimiento de ésta para entregarle una octavilla, mostrarle un cartel o involucrarse en protesta, educación o asesoramiento verbal con esa persona. La sentencia comienza señalando que la norma no tiene que ver con la restricción de un orador a dirigirse a una audiencia dispuesta, sino a proteger a los receptores de comunicación indeseada. Dice que el interés de los receptores poco dispuestos en evitar comunicación no deseada ha sido repetidamente identificada en sus precedentes. Es un aspecto del más amplio de derecho a ser dejado en paz (*right to be let alone*) que uno de los Magistrados definió en 1928 como el más amplio de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados. Añade que las personas que van a entrar un establecimiento sanitario, con cualquier propósito está a menudo en una situación vulnerable física y emocionalmente. El estado de Colorado ha respondido a su interés legítimo y sustancial de proteger a esas personas de encuentros indeseados, enfrentamientos e, incluso, ataques aprobando una norma que de forma extraordinariamente limitada, restringe la capacidad de los que protestan a acercarse. La norma adopta para ello una perspectiva profiláctica. Pone de relieve que no se apartan del precedente reconociendo un derecho a evitar discursos impopulares en un foro público, pues se ha reconocido el derecho de los receptores poco dispuestos en situaciones donde el grado de "cautividad" hace imposible evitar la exposición al mensaje indeseado.

Considera la sentencia que la norma pasa el test de la neutralidad de contenido, pues regula lugares donde alguna comunicación puede tener lugar y no regula la comunicación en sí. En segundo lugar, la norma no hace referencia al contenido del discurso. En tercer lugar, los intereses del estado son independientes del contenido del discurso de los manifestantes. Añade que cuando una regulación neutral en cuanto al contenido no impide enteramente

⁵⁰⁸ Texto en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=98-1856>

cualquier medio de comunicación, puede satisfacer el requerimiento de cuidadosa confección incluso aunque no sea el medio menos restrictivo o menos intrusivo de alcanzar el objetivo legal. Añade que las restricciones de la norma se aplican por igual a todos los manifestantes con independencia de su punto de vista. También rechaza que la norma sea inválida por excesiva. El hecho de que el ámbito de una norma sea más amplio que la específica preocupación que ha llevado a su aprobación no tiene relevancia constitucional. Dice que la amplitud de la norma es una virtud, no un vicio porque evidencia que no hay una razón discriminatoria. Insiste en que no prohíbe cualquier mensaje, ni pancartas, ni literatura ni comunicación verbal. Sólo regula los lugares donde las comunicaciones pueden tener lugar.

La zona de 8 pies no afecta a la capacidad de los potenciales lectores de leer las pancartas de los manifestantes. Esa distancia puede hacer más difícil a un orador hacerse oír, pero no hay límites acerca del número de hablantes o del nivel del sonido. La exigencia de que la aproximación sea “intencionada” protege a aquellos que violan la norma por inadvertencia. Admite que la limitación a la distribución de octavillas es más serio, pero afirma que la ley no impide a una persona estar quieto cerca del paso de los transeúntes y ofrecerles la entrega. Incluso señala que no está claro que las restricciones de la norma vayan necesariamente a impedir, más que a ayudar a los oradores a comunicar sus mensajes. La norma puede alentar a los más agresivos y ruidosos de los que protestan a moderar su conducta beligerante y acosadora y permitir a los más reflexivos y respetuosos con la ley consejeros de acera como los reclamantes, ser escuchados más fácilmente.

Los recurrentes también acusaban a la norma de ser constitucionalmente vaga por tres razones: el significado de “protesta, educación o consejo”, la exigencia de consentimiento y la determinación de si uno se está aproximando a otro en un área de 8 pies. La sentencia considera, por el contrario, que la probabilidad de que las palabras utilizadas por la norma no sean comprendidas por alguien son muy remotas, además de que exige que los actos se realicen intencionadamente.

La limitación a la libertad de expresión que se hace en esta sentencia nos parece excesiva. Utilizaremos para la crítica a la misma los votos particulares de los Magistrados Scalia y

Kennedy. Comienzan señalando que la regulación es una restricción de la libertad de expresión dirigida contra los que se oponen al aborto y, por consiguiente, disfruta del beneficio de la “máquina de anulación ad hoc” que el Tribunal ha puesto en marcha para dejar de lado cualquier doctrina constitucional que se cruce en el camino de esta práctica tan altamente favorecida (el aborto). Esto es especialmente grave, porque los opositores al aborto, tras Roe, carecen del derecho político de persuadir al electorado de que el aborto debería ser restringido por ley. La única posibilidad de los que se oponen al aborto es persuadir a las mujeres, una a una, de que no tomen esa decisión. El lugar más efectivo, si no el único, es el exterior de las clínicas abortistas. Ratificando las restricciones a la libertad de expresión, el Tribunal confirma el intento del estado de hacer esta tarea imposible.

Considera que la regulación está obvia e innegablemente basada en el contenido del mensaje. Si un hablante ha de obtener permiso de otra persona, antes de aproximarse a una distancia de 8 pies, esto depende enteramente de lo que intenta decir. Si en vez de tratarse del aborto, la regulación enjuiciada se refiriera a protestas contra la guerra o a sindicalistas explicando las razones de una huelga, cree el Magistrado que la sentencia habría calificado la regulación como basada en el contenido. Dice que la afirmación que hace la sentencia de que la regulación no amenaza la libertad de expresión porque se aplica por igual a los vendedores de coches, animalistas, recaudadores de fondos para diversas causas o ecologistas, se parece (salvo por su falta de sarcasmo) a la observación de Anatole France de que la ley en su majestuosa equidad, prohíbe, tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes. La ley de Colorado no se dirige más contra los vendedores de coches que la ley francesa contra la vagancia de los ricos.

En lo que se refiere al interés protegido por la norma, se observa que hay una discrepancia entre el estado de Colorado y la sentencia. Mientras que en la ley se dice que se trata de que los ciudadanos del estado puedan obtener tratamiento y asesoramiento médico sin ser obstaculizados, evitando la obstrucción voluntario del acceso de una persona a un establecimiento sanitario, el Tribunal Supremo concluye, sin embargo, que la regulación de Colorado sirve al interés del estado en proteger el derecho de sus ciudadanos a ser dejados en paz respecto de comunicación indeseada. Vuelve al sarcasmo al indicar que debemos

añadir a la creciente lista de “primeras veces” que crea sin descanso la jurisprudencia proabortista del Tribunal Supremo, la primera vez en la que en orden a defender una norma, el Tribunal Supremo se ha basado en un interés gubernamental, no sólo no alegado por el estado, sino expresamente rechazado por éste.

Analiza por separado los dos intereses alegados. Respecto del manifestado en la sentencia dice que si proteger a la gente de comunicaciones indeseadas es un apremiante interés del estado, la Primera Enmienda es letra muerta. En cuanto al derecho a ser dejado en paz, el voto particular de 1928 donde se recogía, entendía que la Constitución lo confería a los ciudadanos contra el Gobierno. Es a este derecho así configurado al que se refirió como el más amplio y más valorado por los hombres civilizados. Aquí sería aplicable para proteger a los manifestantes y no al revés, como hace la sentencia. Por otra parte, la protección frente a mensajes no deseados, se había circunscrito hasta ahora en relación con el domicilio personal y familiar⁵⁰⁹. El Tribunal eleva hoy a las clínicas abortistas al status de hogar.

Por lo que se refiere al interés realmente alegado por el estado, la norma protege no sólo de las expresiones que son tan intimidantes o amenazantes como para impedir el acceso, sino todas las aproximaciones no consentidas con el propósito de protestar, educar o aconsejar y, quizá más significativamente las realizadas con el fin de entregar octavillas o folletos que nunca han sido consideradas aisladamente como obstaculizadora o indebidamente intrusiva. Curiosamente, los individuos que tratan de acosar o asustar a las mujeres que buscan un aborto o a los médicos que los practican, no quedan afectados por la norma. Megáfonos y gritos a una distancia de 8 pies de distancia servirán bien a sus propósitos. Pero aquellos que alcanzarían sus objetivos religiosos o morales mediante medios pacíficos y sensatos no podrán hacerlo. Aunque no lo dice el voto particular, cabe preguntarse si la finalidad de la ley no era precisamente esa, dejar fuera del debate a los más moderados de los contrarios al aborto, como una forma de poner de relieve que los que se oponen al mismo son extremistas ideológicos. En cuanto a la afirmación de la sentencia de que la norma no pone límites al número de manifestantes, ni al nivel de ruido, ello puede ser bueno para la

⁵⁰⁹ Esta protección del domicilio respecto de las manifestaciones ha sido cuestionado por un sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, respecto de los famosos escraches.

protesta, pero no para el consejo. En éste, la amplificación de sonido no sirve para que una mujer que espera forjar, en los últimos momentos previos a que otra vaya a tener un aborto, un vínculo de preocupación e intimidad que pueda permitirle convencer a dicha mujer de que cambie su decisión. La consejera podría querer decir con simpatía y tan bajo como las circunstancias lo permitan: “sé lo que estás pasando. Yo pasé lo mismo. No estás sola y no tienes por qué hacer esto. Hay otras alternativas ¿me dejas ayudarte? ¿puedo mostrarte una foto de cómo es tu hijo en este estado de desarrollo?”. El Tribunal nos pretende hacer creer que esto se puede hacer con efectividad, incluso más efectivamente, gritando con un megáfono a 8 pies de distancia.

El propósito de la norma es restringir la libertad de expresión de uno de los dos lados del debate: los que protestan contra el aborto: no se necesita más que leer el preámbulo para despejar cualquier duda. El legislador de Colorado buscaba restringir “el derecho de una persona a protestar, educar o aconsejar *contra* (la cursiva es nuestra) ciertos procedimientos médicos. La redacción tampoco deja lugar a dudas. Si alguien se aproximara a un ciudadano dentro de los lugares restringidos por la norma y entonara cánticos de alabanza del Tribunal Supremo y de su decisión sobre el aborto, debe pensarse que no hay protesta, educación o consejo. Si el mensaje contrario es proferido, la norma lo castiga. Si la protesta, la educación o el consejo oral sobre cualquier tema dentro de una zona de 8 pies presentara un peligro para las personas, la norma debería aplicarse a la entrada de todos los edificios. El estado ha hecho una regulación basada en el contenido, aunque no sea burda. Las restricciones brillantemente construidas no son menos ofensivas que la censura directa sobre el contenido.

Concluyen señalando que en una sociedad libre la protesta sirve producir estabilidad, no para minarla. Los medios de expresión son de vital importancia aquí. Los ciudadanos que desean dirigir sus mensajes a las mujeres que están considerando el aborto, probablemente no tienen recursos para usar los medios de comunicación dominantes, ni tampoco para localizar a las mujeres que se están planteando abortar. Nunca la expresión es más importante que en el momento y lugar en el que el acto está a punto de ocurrir. Para los que protestan, la zona de 100 pies en la cual las mujeres jóvenes entran en un edificio, no sólo es el último lugar en el que el mensaje puede ser comunicado. Es probablemente el único.

Una de las mujeres que testificó ante el Senado de Colorado dijo que en educación sexual no le informaron acerca de la adopción o del feto. Todo lo que aprendió fue sobre enfermedades de transmisión sexual y aborto; que la gente que daba los panfletos le ayudó a tomar una decisión. Añadió que tomó una decisión informada, recibiendo información de las dos partes. Hay, sin duda, mujeres que testificarían que el aborto era necesario y no sienten remordimientos. La cuestión aquí es simplemente que la libre expresión supone una diferencia, como debe ser cuando actos de significación duradera y consecuencias morales profundas están siendo contempladas.

1.4.g) Acciones de wrongful life y wrongful birth.- Una de las consecuencias que se derivaron de la aceptación del aborto eugenésico, además de la ya mencionada del descenso de nacidos con síndrome de Down y otras discapacidades, es el ejercicio y la estimación de las acciones por wrongful life y wrongful birth. En ellas, es demandado el médico, no por haber causado la malformación o deficiencia del nacido, sino por no haber advertido a la madre de la posibilidad de las malformaciones, privándola a ésta de la posibilidad de abortar.

Dos factores contribuyeron principalmente al surgimiento y a la extensión de estas reclamaciones de responsabilidad: por un lado, el creciente desarrollo científico aplicado al ámbito del diagnóstico preconceptico y prenatal; por otro, el reconocimiento de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes⁵¹⁰. Aunque como reconoce esta autora, el origen remoto de estas acciones es muy distinto. Se trataba de acciones ejercitadas en Estados Unidos por los hijos frente a los progenitores por haberles hecho nacer en unas circunstancias familiares o sociales desventajosas, ligadas al estigma de la ilegitimidad. El primero fue *Zepeda v. Zepeda*⁵¹¹ de 1963. Esa demanda y las posteriores con el mismo fundamento fueron rechazadas pero, paradójicamente, abrieron la vía para la estimación de las acciones a las que nos referimos. Hay algún caso previo diferente, como el resuelto en Italia por un tribunal de Piacenza⁵¹², el 31 de julio de 1950.

⁵¹⁰ Maciá Morillo, A. *Op. cit.* Pág. 25 y 26

⁵¹¹ Datos tomados de Romeo Casabona, C y otros. *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*. Universidad de Deusto, Bilbao (2006) Pág. 217, en nota al pie.

⁵¹² Leret, M.G. *Derecho, Biotecnología y Bioética*. Editorial CEC, S.A. Caracas (Venezuela). (2005) Pág. 37

El demandado había contagiado la sífilis a una empleada doméstica con la que había mantenido relaciones sexuales. Como fruto de la relación nació una hija, a quien se transmitió la enfermedad, la cual demandó a su padre el resarcimiento de los daños causados por el contagio. El Tribunal estimó la demanda entendiendo que el padre era civilmente responsable. Basaron su fallo en que la transmisión de la sífilis estaba tipificada como delito y que si dicho acto es considerado como un acto ilícito cuando se hace una persona ya existente, no se ve la razón por la que no deba ser igualmente reconocido cuando se trata de una transmisión a una persona futura. La diferencia con los casos actuales es que en el mencionado, el padre había causado efectivamente un daño a la hija.

Tal como se entienden en la actualidad, según la autora citada, en el punto de partida de estas acciones está el comportamiento de un profesional médico que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información o emite un diagnóstico erróneo sobre el estado de enfermo o discapacitado físico o psíquico de un nasciturus. La conducta del profesional médico impide que los progenitores conozcan antes del transcurso del plazo legalmente fijado para la interrumpir voluntariamente el embarazo, los males que afectan o amenazan a su descendencia futura. Este supuesto de hecho precisa, además, que no se conozca remedio o cura para el mal o enfermedad no detectado. Comprende tanto una posible reclamación de responsabilidad frente al profesional sanitario tanto por el daño que sufren los progenitores (acciones de wrongful birth), como los que sufre el propio niño (acciones de wrongful life)”.⁵¹³

La suerte de este tipo de acciones es variable de unos países a otros. En general, se han venido admitiendo a partir de un determinado momento las acciones de wrongful birth, es decir las ejercitadas por la madre o ambos padres, por no haber sido advertidos debidamente del riesgo de malformaciones, siendo más rara la estimación de las acciones de wrongful life (las que ejercita el propio hijo discapacitado). En Estados Unidos, inicialmente fueron rechazadas tanto unas como otras acciones. Así en el caso *Gleitman v. Cosgrove*⁵¹⁴, resuelto por el Tribunal Supremo de New Jersey. En mismo, los padres de un chico, Jeffrey Gleitman, que había nacido con discapacidades visuales, auditivas y en el

⁵¹³*Op. cit.* Págs. 66 a 74.

⁵¹⁴Datos tomados de Cowdrey, M. L. y Drew, M. *Basic law for the Allied health professions*. Jones and Bartlett Publishers. Estados Unidos (1995). Págs. 77 a 79.

habla, reclamaron contra el ginecólogo Cosgrove por no haber informado a la madre, que había sufrido rubéola durante el segundo mes de embarazo, del riesgo de daño para el feto. La sentencia rechaza la demanda declarando un Tribunal no puede decidir qué defecto debería impedir que se permitiera vivir a un feto. Un niño no necesita ser perfecto para llevar una vida valiosa. No estamos hablando aquí de la crianza de ganado para premio. Podría haber sido más fácil para la madre y menos caro para el padre haber puesto fin a la vida de su hijo mientras era un embrión, pero estos presuntos perjuicios no pueden prevalecer contra el gran valor de una vida humana única para estimar una reparación del daño. Concluye diciendo que creen firmemente en que el derecho a la vida del niño es mayor y descarta el derecho de los padres a no soportar angustia emocional y financiera.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho al aborto en 1973, abrió paso claramente a la prosperabilidad de este tipo de acciones. Los casos se multiplicaron. En todos los que vamos a citar al referirnos a las acciones de wrongful life, también se ejercitaban por los padres acciones de wrongful birth. Estas acciones fueron estimadas.

En lo que se refiere a las acciones de wrongful life, cabe citar en primer lugar, el caso Park v. Chessin⁵¹⁵ resuelto por un Tribunal de Apelación de Nueva York el 11 de diciembre de 1977. Hetty Park había dado a luz a un bebé afectado de la enfermedad poliquistica del riñón de origen genético y falleció a las pocas horas. A pesar de que era altamente probable que los futuros hijos de los Park naciesen con esa enfermedad, los médicos demandados les dijeron que el riesgo de que tuvieran otro hijo afectado era prácticamente nulo. Pero la siguiente hija de la pareja nació con la enfermedad y murió a los dos años y medio. La sentencia entendió que no se podía convertir a los médicos en consejeros genéticos forzosos y hacer un estudio genealógico de ambos progenitores, pero que en este caso surgió un deber porque los demandantes pidieron una opinión médica sobre los riesgos de tener otro hijo con una específica enfermedad genética. El Tribunal señaló que los casos no se deciden en el vacío, sino que su solución debe acompañarse al cambio tecnológico, económico y social en expansión. En un mundo post Roe v. Wade, continúa diciendo, donde el aborto es legal y la enfermedad hereditaria puede ser determinada con razonable

515

Texto en http://www.leagle.com/decision/197631088Misc2d222_1246.xml/PARK%20v.%20CHESSIN

certeza médica, se pudo evitar a la niña el dolor de su corta vida. El daño, según el Tribunal, se produjo cuando los demandados, informando negligentemente a la madre, privaron a la niña del derecho fundamental de un niño a nacer como un ser humano completo y funcional. Si bien rechaza la indemnización por daños morales, sí condena a los gastos médicos en los que la niña incurriera tras su mayoría de edad. Este criterio fue invalidado por el pronunciamiento *Becker v. Schwart*, un año después. En la sentencia se afirma que la cuestión de si es mejor no haber nacido en absoluto que haber nacido con graves deficiencias es un misterio más apropiado para el debate de filósofos y teólogos. Con seguridad, la Ley no puede reivindicar competencia para resolver la cuestión. No sólo no es que no haya fundamento en el derecho común ni en la ley para el reconocimiento del nacimiento de un niño con defectos como un daño para el niño; las implicaciones de tal proposición serían sorprendentes.

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, dictó sentencia en el caso *Berman v. Allan*⁵¹⁶ de 26 de julio de 1979 en el que los médicos no habían advertido a la madre de la posibilidad de realizar una amniocentesis que habría detectado el síndrome de Down que padecía la hija⁵¹⁷. Era un caso simultáneamente de *wrongful birth* y *wrongful life*. La sentencia estimó la reclamación de los padres, pero rechazó la demanda de la hija debido a que la ley quiere salvaguardar la santidad de la vida.

*Curlender v. Bio-Science Labs*⁵¹⁸ fue resuelto el 11 de junio 1980 por el Tribunal de Apelación de California. La demandante, Shauna Tamar Curlender, era una menor afectada por Tay Sach, enfermedad congénita que causa retraso mental, susceptibilidad a otras enfermedades, convulsiones, apatía, dificultad para enfocar objetos, pérdida de reacciones motoras, atrofia muscular y ceguera, con una expectativa de vida media de no más de cuatro años. Es perfectamente posible diagnosticarla mediante pruebas especializadas y un falso negativo en las mismas es muy raro. Los padres de Shauna habían pagado a Bio-Science Labs para que les suministraran tests para determinar si eran portadores del gen de

⁵¹⁶

Texto

en

http://www.leagle.com/decision/197950180NJ421_1473.xml/BERMAN%20v.%20ALLAN

⁵¹⁷ Steinbock, B. *Life before birth: The moral status of embryos and fetuses*. Oxford University Press (1992). Pág. 142

⁵¹⁸ Texto en <http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/106/811.html>

Tay-Sachs. La demandante alegaba que los demandados dieron a sus padres información incorrecta y que, basándose en esa información, decidieron tener a Shauna. La demandante alegaba que su existencia discapacitada era resultado directo de la negligencia de los demandados.

El Tribunal hizo tres observaciones: 1) hay una diferencia entre esta acción de wrongful life y otras del pasado (se refiere a las iniciadas por hijos ilegítimos o no deseados); 2) Los daños económicos en este caso no son imposibles de calcular; 3) Los padres y los niños afectados tiene buenas razones para continuar presionando a los tribunales a tomar estas decisiones. Según el Tribunal, la incomodidad de la sociedad en general al tratar con una acción de wrongful life no debe impedir hacer justicia.

En el segundo punto enunciado, el Tribunal lleva, a nuestro juicio, la cuestión a un punto sumamente discutible. Viene a decir que mientras la idea de que toda vida es sagrada es todavía ampliamente apoyada en la sociedad, al mismo tiempo hay una emergente renuencia a relegar tales acciones al campo de la metafísica o de las creencias religiosas y a considerarlas en términos legales. Esto llevó al Tribunal a concluir que era tiempo de considerar formas en las cuales la ley podía beneficiar a las personas discapacitadas, cuando previamente se consideraba que debían ser eliminadas de la vida pública. Esta forma de razonar es, a nuestro juicio sumamente débil. En primer lugar, vuelve a caer en el tópico de que la defensa de la vida es un prejuicio religioso. En segundo lugar, la ley debe beneficiar a las personas con discapacidad, pero no considerando que su existencia no merece ser vivida. Y tercero, la defensa de la vida con discapacidad no determina que haya que eliminar a las personas con esa condición, sino más bien es la admisión del aborto eugenésico y este tipo de acciones los que los elimina físicamente.

En cuanto al tercer punto dice que los padres e hijos continúan buscando reparación del mal cometido por dos importantes razones. Primero, la intensidad y severidad del mal es tal que no puede ser ignorado. Segundo, la creciente sofisticación de los métodos científicos para descubrir las causas de estas equivocaciones que no pueden con el actual conocimiento ser atribuidos a la Providencia sino a la falta de cuidado.

El Tribunal dictó un fallo en diez partes, si bien las más relevantes son la dos, cuatro, cinco y ocho. En el apartado 2 el Tribunal afirmó que los demandados tenían un claro deber frente al demandante y violaron ese deber con su negligencia. Es destacable, en este sentido, que determinar que el personal sanitario en todos los niveles es igualmente responsable del resultado de su negligencia, supone cambiar la forma en que la medicina debe ser practicada.

En el apartado cuarto, afirman tajantemente que no debe preocuparles que sin la negligencia de los demandados, Shauna no habría nacido; tienen que reconocer simplemente, que ya que ha nacido, tiene derecho a ser indemnizada por el daño.

En el apartado quinto, busca responder a la cuestión suscitada por muchos oponentes del concepto de wrongful life: si los padres son informados plenamente de la existencia de un serio defecto congénito en el niño que va a nacer y deciden llevar a ese niño a término ¿tendría derecho el niño a entablar una acción por wrongful life contra sus propios padres? El Tribunal señaló que esta posibilidad puede suceder y que no sería injusto ni ilegal que el hijo ejercitara tal acción. Añadió que no ve ninguna razón fundada por la que debiera protegerse a tales padres de ser responsables, por el dolor, sufrimiento y miseria que han causado a su hijo. Por tanto, la sentencia establece un límite a la libertad reproductiva, impidiendo traer al mundo a hijos con discapacidad. Cabe preguntarse dónde hay que situar ese límite, cuál es el grado no ya de discapacidad, sino de apartamiento de los cánones de perfección del hijo y que permitiría a éste demandar a sus padres. Esta manifestación del Tribunal causó tal preocupación que, en respuesta, el legislador californiano, aprobó la sección 43.6 del Código Civil que exime a los padres de cualquier responsabilidad en caso de permitir nacer un hijo con discapacidad, y no puede ser alegada como defensa en las acciones contra terceros ni ser tomada en cuenta en la valoración de los daños de tal acción.

El Tribunal Supremo de California tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el caso *Turpin v. Sortini*⁵¹⁹ de 1982 y lo hace, si bien estimando la demanda reconociendo

⁵¹⁹ Texto en <http://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626>

como daños los gastos derivados de la discapacidad, lo hace en forma más matizada que el Tribunal de Apelación en el supuesto que acabamos de citar. La hermana de la demandante, Hope, presentaba de niña pequeña, problemas de audición que se manifestaron, entre otros síntomas, en un retraso significativo en el habla. Le llevaron a un especialista, el Dr. Sortini, que consideró que la audición de la niña estaba dentro de los límites normales, cuando en realidad era sorda. Tras el diagnóstico, la pareja tuvo una segunda hija, Joy. Posteriormente, viviendo en Guam, llevaron a Hope nuevamente a un especialista, que concluyó que su capacidad auditiva no superaba el 5% y que eso era debido a una causa genética. Tras el diagnóstico, los padres observaron que también Joy era sorda. La pareja se sometió a una prueba genética que confirmó que ambos miembros de la pareja eran portadores de un gen recesivo causante de la enfermedad, con lo que existía una posibilidad entre cuatro de que sus hijos naciesen con esa condición. Se ejercitó la acción de wrongful de wrongful life. La demanda no podía basarse en que el médico había causado la sordera, porque ésta se debía a la herencia genética de sus padres, ni en que su asesoramiento había sido negligente, pues ella nunca fue su paciente. La única posibilidad era alegar que Joy, no estaría viva y discapacitada si no hubiera sido por el negligente diagnóstico del médico. La sentencia rechazó la indemnización por daños generales porque no es posible decidir si es mejor no haber existido que hacerlo con discapacidad y porque la fijación de la cuantía es imposible. Pero sí consideró que eran compensables los gastos médicos derivados de su sordera.

Como puede verse, en Estados Unidos, el concepto de wrongful life es un punto de desacuerdo legal. Muchos tribunales han conocido estas acciones usando diferentes criterios y no todos están de acuerdo en que nacer sea un daño legalmente reconocible, es decir, en que nacer con una discapacidad pueda ser interpretado como peor que no haber nacido. Sólo tres estados⁵²⁰ reconocen la acción de wrongful life basada en precedentes. Mientras que veintisiete estados rechazan expresamente, bien mediante decisiones jurisprudenciales o mediante ley, este tipo de acciones. Maine es el único estado que regula esta materia, permitiéndolas.

⁵²⁰Además de los citados Nueva Jersey y California, el Tribunal Supremo de Washington en el caso Harbeson v. Parke-Davis (texto en <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/Habeson.htm>), reconoció el derecho a la indemnización de daños especiales.

En Francia destaca el caso Perruche. Nicholas Perruche nació en enero de 1983. A las cuatro semanas de su concepción, su hermana de cuatro años contrajo la rubéola. Su madre, consciente de que la rubéola puede causar graves minusvalías congénitas, le dijo a su médico que si daba positivo a la enfermedad prefería un aborto antes que arriesgarse a dar a luz a un niño gravemente discapacitado. La señora Perruche se sometió a dos análisis de sangre, con dos semanas de diferencia. Un error en el laboratorio dio resultados contradictorios. En vez de llevar el asunto más allá, el médico le aconsejó que podía continuar con su embarazo sin peligro. Las profundas discapacidades de Nicholas se hicieron evidentes poco después de su nacimiento. No podía oír, ni hablar y era casi ciego. Su corazón es débil. Sólo se puede mover en silla de ruedas. La señora Perruche sufrió una depresión cuando Nicholas tenía dos años, necesitando asistencia psiquiátrica. El matrimonio se divorció.

Nicholas vive en una institución pública y pasa fines de semana alternos con su padre y su madre. Pero sus padres estaban preocupados porque a los veinte años, probablemente tendría que abandonar la institución y necesitar cuidado permanente de carácter privado. Fueron a los Tribunales en 1988, alegando que el error del laboratorio y del médico había traído sufrimiento a la familia. Obtuvieron una indemnización. Pero los Perruche demandaron también al laboratorio y al médico en representación de Nicholas, alegando que había sido dañado por sus errores. Después de varios pronunciamientos favorables, revocados en apelación, el caso llegó a la Corte de Casación. Este Tribunal⁵²¹ señaló que los errores del laboratorio y el médico habían impedido a la señora Perruche ejercer su decisión de abortar para evitar el nacimiento de un niño con discapacidad, de forma que este último podía reclamar los daños derivados de su discapacidad. Es decir, se estimó la acción por wrongful life. La decisión causó un tumulto en Francia. Las personas con discapacidad criticaron la decisión como degradante para ellos como personas. Expertos en ética la criticaron por alentar la eugenesia. A medida que pasaba el año 2001, la oposición al fallo creció, culminando en una huelga de médicos. La Asociación Nacional de Ginecólogos y Obstetras comenzó a rechazar la realización de ecografías rutinarias. Esta

521

Texto en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543>

acción tuvo una resonancia enorme. Como reacción, se aprobó por abrumadora mayoría parlamentaria la Ley 2002-303⁵²² que establece que nadie puede reclamar compensación por daños derivados simplemente del hecho de nacer. Añade que la persona nacida con una discapacidad debida a negligencia médica puede obtener compensación por su pérdida siempre y cuando el acto negligente directamente causó la discapacidad o la agravó o impidió aplicar medidas que la hubieran atenuado. Y lo que es más importante, toda persona con discapacidad, cualquiera que hubiera sido la causa de ésta, tiene derecho a la ayuda económica del Estado. El precepto fue derogado por la Ley 2005-102 de 11 de febrero de 2005, pero no así su contenido que ahora es el artículo L. 114-5 del Código de la Acción Social y de las Familias⁵²³.

En Alemania no se admiten este tipo de demandas. No hay responsabilidad extracontractual, porque la idea central de la misma es proteger la integridad de los derechos personales, siendo el derecho a la vida el más solemne de todos ellos. Tampoco puede fundarse en la responsabilidad contractual porque el contrato es entre la madre y el médico. Además, cada ser humano debe aceptar la vida tal y como le ha sido dada y no tiene reclamación frente a terceros para evitarla o destruirla. El aborto puede decidirlo la mujer pero no lleva implícito un derecho del niño a ser abortado.

En Gran Bretaña, el único caso de wrongful life que conocemos fue McKay v. Essex AHA⁵²⁴, en el que el demandante era un niño que había nacido con graves discapacidades, no habiendo los médicos advertido a la madre de los riesgos cuando contrajo la rubéola. El Tribunal declaró que no hay fundamento en la ley que permita a un niño nacido vivo reclamar daños por negligencia contra los médicos que le permitieron nacer vivo. El médico no tiene obligación legal, de acuerdo con la Ley del aborto de 1967 de poner fin a la vida del feto y la reclamación del niño es contraria al orden público y una violación de la santidad de la vida. Es una demanda que un tribunal no puede estimar porque no puede evaluar los daños por la negación de la no existencia. Tras la Ley de discapacidades

⁵²²

Texto

en

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543>

⁵²³ Consultado en http://dcalin.fr/textoff/code_action_sociale.html#111

⁵²⁴ Datos del caso en http://sixthformlaw.info/02_cases/mod3a/aqa/_cases_tort_1duty.htm

congénitas de 1976 no es posible ejercitar una acción basada en la pérdida de la opción de morir. Por lo que se refiere a los casos the wrongful birth en Gran Bretaña, la Cámara de los Lores resolvió el caso Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust (2001) EWCA Civ. 530⁵²⁵. La señora Parkinson se había sometido a una operación de esterilización que no fue realizada correctamente y quedó embarazada de su quinto hijo. Durante el embarazo se le advirtió de que el niño podía nacer con ciertas discapacidades, lo que finalmente, así ocurrió. La reclamación se resolvió en el sentido de ser indemnizada por los costes de ofrecer al niño el cuidado especial que se derivaba de su discapacidad, pero no de los costes básicos correspondientes a cualquier niño. Según el criterio de la resolución así se valora igualmente a un niño con discapacidad como a uno sin ella. Sólo se reconoce que el primer caso, implica unos mayores costes. El mismo criterio se siguió en Rand y otro v. East Dorset HA (2000), Gaynor and otro v. Warrington HA (2000), Groom y Selby (2001) y Hardman v. Amin (2000)⁵²⁶.

En Italia este tipo de acciones no parecen admisibles, porque el aborto eugenésico no está admitido en cuanto a tal, sino sólo si pone en peligro la vida o la salud de la madre: “Se entiende que no existe en nuestro ordenamiento jurídico el aborto eugenésico, dado que a los efectos de la Ley nº 194/1978 las posibles malformaciones o anomalías del feto sólo se tienen en cuenta en la medida en que pueden ocasionar daño a la salud de la gestante y no considerados en sí mismos (Cass. Civ. 29-7-2004)”⁵²⁷.

En Australia, el Tribunal Supremo rechazó acciones de wrongful life en los casos Harriton v Stephens⁵²⁸ y Waller v James⁵²⁹; Waller v Hoolahan. En el primer caso, Alexia Harriton había nacido con discapacidades tales como ceguera, sordera, retraso mental y espasticidad. En el segundo caso Keeden Waller nació con una deficiencia genética AT3 que puede dar lugar a trombosis cerebral en niños, lo que ocurrió dando lugar a daño cerebral permanente,

⁵²⁵ Datos tomados de <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52576580>

⁵²⁶ Datos de los casos en Bridgeman, J. *Parental respnsability, young children and healthcare law*. Cambridge University Press (2007). Pág. 202.

⁵²⁷Eusebi L. Problemas jurídicos de la fecundación extracorpórea. La normativa italiana. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006). Págs. 81 y 82.

⁵²⁸ Texto en <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2006/15.html>

⁵²⁹ Texto en <http://www.caselaw.nsw.gov.au/action/PJUDG?jgmid=164540>

parálisis cerebral y ataques incontrolables. En el momento de la decisión del caso, Alexia tenía 25 años y Keedon, 14. En el caso de Alexia, su madre estando embarazada acudió al médico temiendo padecer rubéola, lo que así sucedía. No obstante, el médico, tras pruebas incompletas, le aseguró que no padecía dicha enfermedad. En el caso de Keeden, sus padres acudieron a una clínica de reproducción asistida, pues no conseguían tener hijos. El padre advirtió de su deficiencia AT3, pero el médico no practicó pruebas genéticas. Las técnicas tuvieron éxito y nació el niño con la deficiencia, padeciendo al quinto día de vida una trombosis cerebral. El Tribunal Supremo rechazó la demanda, en primer lugar por la imposibilidad de probar los daños. No puede determinarse en qué sentido la vida con discapacidad representa una pérdida comparada con la no existencia. En segundo lugar, por la imposibilidad de valorar los daños. Si los daños tuvieran que ser calculados sería necesario crear una peligrosa ficción. En tercer lugar, se aprecia un posible conflicto de intereses entre la madre y el feto. Si se impone sobre el médico un mayor deber de cuidado respecto del feto, puede entrar en conflicto con el deber de cuidado del mismo sobre la madre. Podría también implicar que una madre podría ser declarada responsable por la wrongful life de su hijo si no aborta tras ser informada de un riesgo de discapacidad que pudiera sufrir dicho hijo. La sentencia señaló que si una persona con discapacidad pudiera reclamar que su vida es un daño indemnizable ello sería contradictorio con la legislación que prohíbe la discriminación con base en la discapacidad. Se dice textualmente que “es odioso y repugnante devaluar la vida de una persona con discapacidad sugiriendo que hubiera sido mejor que tal persona no hubiera nacido a una vida con discapacidad. También señala que sería absurdo que alguien acusado de homicidio de una de estas personas pudiera defenderse de la acusación diciendo que en cualquier caso, para la víctima era lo mejor o que no debería haber nacido.

Los dos únicos países en los que se admite la acción de wrongful life son Bélgica y Holanda, países que también admiten la eutanasia. En el primer país, el Tribunal Civil de Bruselas, en sus sentencias de 7 de julio de 2002 y de 21 de abril de 2004, mientras que en Holanda fue el Tribunal Supremo a través de una sentencia de 18 de marzo de 2005. También, según la sentencia australiana de Harrington, el Tribunal Supremo de Israel estimó en 1986 una acción por wrongful life. En ese caso para superar la dificultad de comparar la vida con discapacidad de la no existencia, se utilizó la comparación ficticia con la vida de un niño sano.

En España, en lo que se refiere a las acciones de wrongful birth se han admitido con carácter general. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la sentencia de 6 de junio de 1997, la demanda se dirigía contra un Servicio de Salud autonómico. Y en lo que aquí interesa estudia un caso en el que la gestante, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital, en el que se le prescribe la realización de determinadas pruebas médicas, entre las cuales estaba la «amniocentesis». Dicha prueba, por determinadas causas no constatadas, fracasó, sin que se le notificara a la paciente tal evento, hasta más tarde, a pesar de que la recurrente había demostrado su interés en conocer el resultado. Cuando dicha madre gestante conoció el fracaso de las pruebas, ya no se podía proceder de una manera legal a interrumpir voluntariamente su embarazo, por haber transcurrido el plazo legal para ello. Y, sin grandes razonamientos, la sentencia estima el recurso de la madre señalando que surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down. Todo el apoyo que ofrece la sentencia se reduce a dos frases sueltas, sin mayor solidez: “lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales”. “¿Qué quiere decir exactamente parámetros normales referidos a una interrupción del embarazo?”⁵³⁰.

En la dictada el 18 de diciembre de 2003, se trataba del caso de una mujer que había dado a luz a un niño con graves malformaciones congénitas que los médicos no habían detectado pese a haberle practicado cuatro ecografías. En la primera, existían indicios de que esas anomalías podían existir, por lo que se ordenó una segunda, en la que no se detectó ninguna anomalía. La tercera se hizo a las 32 semanas de embarazo y, por lo tanto, cuando había ya transcurrido el plazo en el que, con arreglo a la antigua legislación, podía practicarse el aborto eugenésico. La última, se practicó el día anterior al parto. De las cuatro, sólo la segunda ecografía tiene que ver con una acción de wrongful birth, pues, como hemos visto, en las siguientes ya no era posible decidir abortar. La sentencia no explica claramente cuál es el daño y condena a una cantidad tres veces superior al médico que practicó la segunda ecografía que los que practicaron las siguientes, limitándose a señalar que lo hace por “la diferente entidad de las negligencias y consecuencias de las mismas”.

⁵³⁰González Morán, L. *Op. cit.* Pág. 99.

La sentencia de 21 de diciembre de 2005 tiene elementos preocupantes. En primer lugar, da por supuesta la voluntad de abortar de la mujer que se somete a un diagnóstico prenatal: “el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal (...) sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación (de causalidad) que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar...” Ni que decir tiene que someterse a una prueba diagnóstica prenatal no tiene como único sentido lógico el someterse a un aborto, puede ser para no vivir en la incertidumbre o para prepararse mejor para cuidar al hijo tras el nacimiento. En segundo lugar, en el caso de la sentencia, se reconoce que las pruebas y su valoración fueron realizadas correctamente. Dice a este respecto que “con independencia de que el diagnóstico prenatal hubiera podido ser más exhaustivo o completo, la metodología empleada fue la correcta y las conclusiones alcanzadas tras la realización de las pruebas pusieron de manifiesto datos que no es posible calificar de erróneos o arbitrarios”. A la reclamante se le informó del resultado normal de las pruebas porque los especialistas consideraron irrelevante el pseudomosaicismo⁵³¹ detectado y este criterio, se confirmó en la prueba pericial practicada en el procedimiento. Pues bien, el Tribunal Supremo y, específicamente en el campo del diagnóstico prenatal dice que se debe informar “de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, *incluso las más remotas* (la cursiva es nuestra). Es decir, que la más leve sospecha (despreciable desde el punto de vista médico) obliga al especialista a comunicar a los padres la existencia de la anomalía e indicar, según el razonamiento de la sentencia, el aborto. La sentencia de 16 de octubre de 2007 estima la demanda formulada por una madre que dio a luz a una niña con síndrome de Down, con el motivo de que había solicitado reiteradamente que se le practicara una amniocentesis pues estaba preocupada por el efecto que sobre el feto podría tener la medicación antidepresiva que había estado tomando. Y estima la reclamación, pese a que la prueba citada no estaba indicada para este supuesto.

⁵³¹ El mosaicismo es una alteración genética en la que, en un mismo individuo, coexisten dos o más líneas celulares, originadas a partir de un mismo cigoto (a diferencia de la quimera en la que, como dijimos, las dos líneas celulares proceden de distintos cigotos). En el pseudomosaicismo, la segunda línea celular, aparece sólo en uno de los cultivos realizados, es decir, por una contaminación del cultivo y, por tanto, no refleja una anomalía en el feto.

La sentencia 23 de noviembre de 2007 estima la demanda porque la reclamante presentaba por razón de su edad el riesgo de dar a luz un hijo con síndrome de Down (como así fue) y, pese a poner de manifiesto su preocupación por el estado del feto, en ningún caso fue informada de la posibilidad de hacerse pruebas diagnósticas. En la sentencia de 4 de noviembre de 2008, se trataba también de una niña nacida con síndrome de Down, no habiéndose realizado a la madre las pruebas pertinentes, pese a que por los antecedentes y la edad de ésta existía un riesgo. La sentencia estima la demanda, como se había hecho en casos similares en sentencias de 30 de junio de 2006 y 16 de octubre de 2007; aunque, curiosamente, afirma que el ordenamiento español no admite lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth. Añade que no hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida. La sentencia de 4 de noviembre de 2010, reconoce como fundamento de la indemnización la privación del derecho a la interrupción del embarazo. Y la última que reseñamos, de 14 de marzo de 2013, declara la responsabilidad del médico, pese a que los peritos habían establecido que en la época en que se realizaron las radiografías era muy difícil detectar las malformaciones y cuando se detectaron ya había transcurrido el plazo para el aborto eugenésico.

La única sentencia que se aparta de esta doctrina es la de 4 de febrero de 1999, dictada en relación con una demanda contra el INSALUD, que señala que la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño «per se». Los hechos fueron los siguientes: La actora acude en el Hospital a consulta ginecológica al encontrarse embarazada, siendo controlada la gestación por la doctora O. Se realizan las oportunas visitas y se somete a las pruebas necesarias con el fin de controlar el peso, la tensión arterial, semana de gestación, altura uterina, análisis de sangre, análisis de orina, etc., igualmente se controlan los movimientos fetales y la frecuencia cardíaca fetal y es sometida a exploraciones ecográficas mensuales; todas estas exploraciones realizadas, se ajustaron a los protocolos fijados a tal efectos por el INSALUD, así como las ecografías efectuadas, las cuales eran de las consideradas como Nivel I, suficiente para un embarazo de «bajo riesgo», como era el de la recurrente, vistos los análisis, así como los antecedentes. Durante todo el embarazo y hasta el momento del nacimiento, se informa a la mujer de que se trata de un embarazo normal sin anomalías, según se deduce de las valoraciones de las ecografías; en otro hospital se produce el parto y se da a luz a una niña que sufre múltiples anomalías

congénitas, consistentes entre otras en: ausencia de antebrazo y mano izquierda; la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal. Después de diversas intervenciones la niña fue dada de alta, posteriormente es sometida a diferentes tratamientos e intervenciones en centros de la Seguridad Social. Considera la actora que a consecuencia de la falsa información recibida se les ha privado de la posibilidad de ejercitar sus derechos, en concreto la interrupción legal del embarazo, causando perjuicios no solamente a la niña sino también a sus padres.

La Audiencia Provincial absolvió a la doctora que atendió a la mujer y condenó al INSALUD. Éste recurrió en casación la sentencia y los padres también por la absolución de la doctora. Rechaza la Sala este último recurso porque en las actuaciones quedó acreditado que la doctora había actuado según las reglas de la *lex artis ad hoc*, practicando las pruebas propias de un embarazo de bajo riesgo, como era el enjuiciado y, según un informe pericial, aunque se hubieran realizado otro tipo de ecografías más precisas, las anomalías estructurales que padece la nacida sólo se habrían detectado en un porcentaje aproximado al 75%, caso de aplicarle aquellos niveles, lo que ya implica no ser absolutos en el estado de la ciencia, en orden a la posibilidad de conseguirlo, siendo ese porcentaje aplicado, y visualización sólo alcanzable en un escaso 20% en el supuesto del nivel I. Dificultad de visualización en esos términos que se corrobora, cuando la misma paciente y bajo la instancia de su propia hermana médico se somete a otras dos ecografías de idéntico nivel, aunque fueran con fines distintos, en otro hospital, sin que tampoco se le detectara al feto anomalías como las relacionadas.

Por lo que se refiere específicamente a la cuestión que nos ocupa dice la sentencia respecto de la anterior regulación, que los preceptos del Código Penal contenidos en el artículo 417 bis recogen supuestos de impunidad de los abortos producidos en las circunstancias que describen, pero ni de dichos preceptos ni de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, puede colegirse la conclusión de que exista derecho al aborto, es simple opción a tomar por la interesada, cuando concurren las condiciones legales, la cual queda impune por un expresa declaración del precepto legal. Y añade que cierto que merece trato absolutamente generoso, o mejor justo y solidario, quien se ve afectado por

tamaño tribulación, pero ello sólo puede paliarse cumpliendo la recomendación del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia citada, de que la Administración del Estado trate de disminuir los efectos de estas situaciones «cumpliendo así la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para defensa de la vida, que suponga una protección efectiva». Y ello tanto respecto de las madres que no pudieron optar por la interrupción, como de aquellas que deciden proteger la vida de quien además llega a nacer.

De todas estas sentencias se concluye la disparidad de fundamento a la hora de justificar la indemnización que muchas veces se otorga incluso contra la prueba de que el médico actuó con diligencia. Da la sensación de que tratan de hacer justicia material, otorgando ayuda económica a las familias, pero el método, considerar un daño el nacimiento o la pérdida del derecho a abortar un feto con discapacidad, no es el adecuado.

En cuanto a las acciones de wrongful life no conocemos pronunciamientos de nuestros tribunales. La sentencia de 18 de mayo de 2006 se limita a conceder la indemnización al hijo, pero sin la más mínima argumentación. Como prueba de ello diremos que también reconoce una indemnización a la hermana del niño nacido con discapacidad, lo que (salvo error u omisión por nuestra parte) es un caso único en el mundo. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, bordea la cuestión. Esta sentencia no deja de ser preocupante porque la demanda la interpusieron los padres en su propio nombre y en el de su hija menor. En ambas instancias el fundamento es la privación del “derecho a la interrupción del embarazo”, con lo que viene a reconocer tal derecho; tampoco el Tribunal Supremo aclara definitivamente la cuestión planteada por el médico y la aseguradora de que, en el fondo, se estaba condenando también en base a una acción de wrongful life. Y es que, en último término, la admisión de las acciones de wrongful birth abre sin duda un interrogante acerca de por qué no va a admitirse que sea el propio hijo el que reclame por su vida.

Por su parte, el Consejo de Estado ha rechazado la acción por wrongful birth en el dictamen 3385/2000, de 21 de diciembre⁵³². Consideraban los reclamantes que la mujer decidió dar a luz a sus dos hijos ante el convencimiento de que no iban a desarrollar las enfermedades y limitaciones que ahora padecen. Consideran que el cúmulo de errores y falta de diligencia (que detallamos en la nota al pie) carecen de justificación. El error de diagnóstico provocó que siguiera adelante con la gestación, sin que se advirtiera a la mujer que las pruebas realizadas no eran fiables al 100%, sin que tenga explicación que no se aplicaran las pruebas de genética molecular cuyo margen de acierto parece que está próximo al 100%. Consideran, por tanto, que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Solicitan indemnización para sus hijos y para ellos.

⁵³²Se trataba de un caso en el que una pareja presentó ante la Administración un escrito de reclamación de indemnización de daños y perjuicios. El Jefe del Servicio de Genética Médica de un Hospital venía realizando estudios en la familia de los reclamantes debido al hecho de que los tres hermanos varones de la mujer manifiestan retraso mental. El mencionado Jefe de Servicio avanzó la posibilidad de que el retraso mental de los hermanos estuviera asociado al cromosoma X, y de ser así, tenía un 50% de probabilidades de ser portadora del gen anómalo y los futuros hijos suyos un 25% de ser enfermos, aunque no existían medios de análisis, entonces, que permitieran adelantar un diagnóstico más exacto. Después de diversos antecedentes, entre los que se encuentra una intervención de ligadura de trompas que no evitó que la mujer quedara embarazada, ésta contrae de nuevo matrimonio. La pareja decide tener hijos previa consulta con el mencionado Jefe de Servicio de Genética Médica sobre los problemas que pudieran surgir. Se les contestó que no existía problema alguno, al no haberse encontrado nada anormal, razón por la que deciden seguir adelante dada la confianza que les ofrecía el referido Jefe de Servicio, tras más de diez años de estudio de la familia. Nace una niña, con un desarrollo normal, excepto estrabismo y pies planos, dolencias que en un primer momento no se relacionan con el síndrome X-frágil. Posteriormente, se confirma un nuevo embarazo. Con el fin de descartar todo tipo de problemas futuros, acude al Servicio de Genética Médica del Hospital con el fin de que se le realice un estudio prenatal. Se le aconseja que el método fiable al 100% es realizar un amniocentesis y estudio del líquido amniótico. Verbalmente, se le comunica que los resultados señalan que ni el feto ni ella tienen la enfermedad, sin advertirles si las pruebas tienen algún margen de error. Manifiestan los reclamantes que el embarazo se encontraba en un período inferior a la semana vigésimo segunda, quedando clara la intención de no correr un riesgo de alumbrar un hijo con el síndrome de X-frágil, pudiendo optar por la interrupción voluntaria del embarazo. Nace un niño y con el paso del tiempo se observa una lenta progresión en la adquisición del lenguaje. Remitido al Servicio de Pediatría del Hospital, se le realiza un estudio remitiéndosele al Servicio de Neuropediatría. Las pruebas realizadas dan un resultado normal. Después, comprobando que la evolución del lenguaje sigue lenta, se decide acudir al Servicio de Genética Médica del Hospital, donde se insiste en que el niño no está afectado por el síndrome. Ante la preocupación e insistencia de los padres, se le extrae, no obstante, sangre para su estudio, comunicándoseles a los reclamantes, de manera verbal, que el niño está enfermo, habiéndosele detectado el cromosoma X-frágil. Tras el error del diagnóstico, se solicita análisis de la hija. Se le extrae sangre, emitiéndose un informe en el que se confirma su status de portadora. Más adelante es entregado un informe que ratifica el diagnóstico de que la hija es portadora del cromosoma que produce la enfermedad.

Dice el Consejo de Estado que tratándose como se trata de una enfermedad congénita, sería incongruente imputarla a los servicios médicos. Si los tres hermanos varones de la reclamante nacieron con la misma deficiencia mental; si la reclamante tenía ya en fecha muy anterior al nacimiento de sus hijos, un 50% de probabilidades de ser portadora de la enfermedad, según se declara en el informe médico de esa fecha aportado por ella al expediente; si los hechos posteriores han venido a confirmar lo que al principio pudiera ser mera sospecha, es evidente que la causa de la deficiencia mental del hijo y de la fragilidad del cromosoma X de la hija no es consecuencia directa de un error de diagnóstico ni de una equivocación en el etiquetado de la muestra analizada, sino de una patología congénita. Con diagnóstico acertado o sin él; con equivocación en el etiquetado de la muestra de análisis extraída cuando ya había nacido la hija o sin ella, los dos hijos hubieran padecido la misma enfermedad; y aunque los médicos hubieran tenido la absoluta certeza de que eso iba a ocurrir, no hubieran podido hacer nada por evitarlo, porque la causa de la lesión física de sus secuelas y de los consiguientes daños morales no estaba en el funcionamiento del servicio médico sino en la propia enfermedad.

Frente a este razonamiento afirma la reclamante que, de haberlo sabido con certeza, hubiera interrumpido voluntariamente el embarazo de su hijo; dice el Consejo de Estado que se trata de una afirmación atrevida que, en el mejor de los casos, sólo se puede tomar como un artilugio argumental a posteriori o como mera suposición que ni se puede probar ni se ajusta al comportamiento de la reclamante en sus dos embarazos anteriores y que, por tratarse de una decisión personal y libre, impide la imputación del resultado al funcionamiento del servicio público en el que interfiere. Al hilo de este pronunciamiento del Consejo de Estado, Pérez-Tenessa señalaba que “la aplicación rigurosa de la ley en estos casos no significa ser insensible a la penosa situación de los reclamantes; pero una cosa es el sentimiento y otra la justicia. En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración- cuya declaración es un acto de justicia- no cabe dejarse llevar de la compasión ni de la generosidad, con cargo a los caudales públicos. Los pacientes, y más si son minusválidos, merecen toda la asistencia social que sea posible. Lo que no puede ni

debe hacerse es declarar responsable a nadie (tampoco a la Administración) de unos daños que no le son imputables⁵³³

1.4.g).1 **Valoración de estas acciones.**- Lógicamente, el principal problema que plantean es considerar la vida de la persona con discapacidad como un daño. Desde el punto de vista de los autores que defienden los derechos de los discapacitados es simplemente erróneo que éstos lleven vidas sin esperanza. Alegan que las mayores dificultades para las personas con discapacidad, son debidas, a menudo, no a su condición, sino a las actitudes discriminatorias y barreras que les impone la sociedad. Las acciones que analizamos son vistas como el reflejo de una actitud errónea e inapropiada en la sociedad respecto de la vida con discapacidad⁵³⁴.

Puesto que considerar la vida con discapacidad un daño, no deja de producir rechazo, se han tratado de buscar alternativas. Maciá se refiere a la doctrina de la separación, en virtud de la cual se hace una distinción entre el niño que ha nacido y los gastos que el mismo genera a través del deber de mantenimiento que pesa sobre los padres desde el momento en que se produce tal nacimiento. El daño por el que se exige la indemnización a través de la acción de responsabilidad no es el nacimiento del niño en sí, sino los gastos que lleva aparejados. La segunda de las soluciones alternativas sostiene que el daño que experimentan los progenitores del niño no deseado se encuentra en la lesión de la libertad de procrear⁵³⁵. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2001, dice que la existencia del niño o su nacimiento no es un daño (...), sino que lo que se debe valorar es la lesión de la facultad de autodeterminación que no pudo ejercerse al no disponer de la información debida, con lo que se inclina por considerar que lo indemnizable es la pérdida de la oportunidad de abortar. Esta tesis tiene el problema de acreditar que efectivamente, de haber conocido a tiempo la malformación de su hijo, la madre hubiera abortado. En este sentido cabe recordar la doctrina alemana de la conducta alternativa conforme a Derecho. Según la misma, un daño no es imputable a su causante si, de haber

⁵³³Pérez-Tenessa, A. Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad. *Revista de Administración Pública* nº 154. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2001). Pág. 61.

⁵³⁴Botkin, J.R. Prenatal diagnosis and the selection of children. *Florida State University Law Review*. 2003 Winter; 30(2).Págs. 265-93. Consultado en <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/302/BOTKIN.pdf>

⁵³⁵*Op. cit.* Págs 56 y 57.

actuado él mismo conforme a Derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión. En su aplicación al aborto y a las acciones de wrongful birth, supondría que a pesar de su omisión negligente, el médico no será responsable si se demuestra que, de haber proporcionado de forma diligente la información adecuada, la madre gestante tampoco habría abortado. Martín Casals y Solé Feliu⁵³⁶ consideran que en este caso la carga de la prueba debe corresponder al médico, lo cual no nos parece evidente. Si bien es cierto que la madre puede tener muy difícil acreditar su voluntad de abortar, en general resultará imposible para el médico probar lo contrario. Para el caso de admitirse este tipo de acciones, lo que no hacemos, deberían apreciarse las circunstancias caso por caso. Pero no es éste el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 4 de noviembre de 2010, que señala que es hecho probado la voluntad de abortar por parte de la paciente que se somete a todo tipo de pruebas diagnósticas prenatales, con el consiguiente efecto en materia de daños indemnizables. Es decir, presume que toda aquella mujer que se somete a un diagnóstico prenatal pretende, si se detecta una anomalía fetal, abortar. No compartimos esa opinión. Como hemos dicho ya, la aceptación de esas pruebas puede serlo por muchas razones, por ejemplo, prepararse para vivir con el niño con discapacidad. Si se admite la tesis del Tribunal Supremo habría que aceptar la objeción de conciencia de los médicos ante estas pruebas, pues no podría decirse que no suponen una relación directa con el aborto.

Todas estas teorías que tratan de salvar el obstáculo que supone considerar la vida con discapacidad un daño no resultan muy convincentes porque en el fondo parece que lo que tratan es de desviar la atención del problema principal y, de hecho, la indemnización que fijan los tribunales aplicando alguna de las anteriores, es sospechosamente semejante a la que se fija cuando el daño considerado es la vida del niño. Dado que la enfermedad o discapacidad son padecidas por la persona, sin que haya sido causada por la negligencia de un profesional sanitario, no se trata de comparar una vida sana con una vida enferma, sino una vida con enfermedad o discapacidad con la inexistencia, considerando preferible esta última. Algunos autores consideran que este problema es artificioso y afirman que estas acciones no lesionan la dignidad del niño nacido porque “el hecho de no ser deseado no

⁵³⁶Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*. Working paper nº 217. Consultado en www.indret.com

contiene una tara jurídica o de hecho en relación con la persona como tal⁵³⁷” y añade que “en estas demandas no se trata de poner en cuestión el valor de la vida de los discapacitados, al igual que en una demanda de responsabilidad por lesiones físicas o psíquicas no se encuentra implícito un desvalor”⁵³⁸. Sin embargo, una obligación de indemnizar supone una forma de restaurar una condición previa, reparar algo valioso, devolver a una persona a una situación como si el evento dañoso no hubiera ocurrido. Aquí, la condición previa no existe, la persona siempre fue así. Se ha señalado que la dignidad humana no se rebaja por el hecho de establecer una conexión entre la existencia de una persona y la responsabilidad de pagar daños. La presencia de un niño no nacido en accidente de coche puede dar lugar a reclamaciones por parte de la madre a la compañía de seguros. El alivio de la carga económica de la madre por la indemnización del seguro no disminuye el valor del hijo tras su nacimiento. Sin embargo, se olvida que en el caso del accidente, el niño perdió algunas condiciones que poseía previamente. En el caso de wrongful birth y wrongful life, la negligencia del médico no empeoró ninguna condición, sino que le permitió nacer. Es decir, en este último caso, la vida del niño es el daño, de forma que si no hubiera nacido el daño no existiría, mientras que en el caso del seguro, la ausencia del accidente no habría dado lugar a que el niño no hubiera nacido.

Si se admiten las acciones de wrongful life, parece más coherente la posición de Peter Singer (que no compartimos) que, negando que los recién nacidos sean personas, considera deseable legalizar el infanticidio, por cuanto la detección de las malformaciones no siempre es posible en el diagnóstico prenatal y porque en ocasiones las discapacidades se producen como consecuencia de dificultades en el nacimiento. Aunque matiza que el hecho de haber llevado un embarazo hasta el final haga que sea muy duro para la madre decidir poner fin a la vida del hijo y por eso la mayoría de las mujeres se inclinan por el diagnóstico prenatal y, en su caso, el aborto. Pues bien, en relación con las personas con discapacidad dice Singer⁵³⁹ que *it may still be objected that to replace either a fetus or a newborn infant is wrong because it suggests to disabled people living today that their lives are less worth living than the lives of people who are not disabled. Recall thalidomide: this drug, when taken by pregnant women, caused many children to be born without arms or legs. Once the*

⁵³⁷ Maciá Morillo, A. *Op cit.* Pág. 100.

⁵³⁸ Maciá Morillo, A. *Op cit.* Pág. 104.

⁵³⁹ Singer, P. *Practical Ethics*, 2nd edition, Cambridge, (1993)- Págs 175-217

*cause of the abnormal births was discovered, the drug was taken off the market, and the company responsible had to pay compensation. If we really believed that there is no reason to think of the life of a disabled person as likely to be any worse than that of a normal person, we would not have regarded this as a tragedy. No compensation would have been sought, or awarded by the courts. The children would merely have been 'different'. We could even have left the drug on the market, so that women who found it a useful sleeping pill during pregnancy could continue to take it. If this sounds grotesque, that is only because we are all in no doubt at all that it is better to be born with limbs than without them. To believe this involves no disrespect at all for those who are lacking limbs; it simply recognises the reality of the difficulties they face*⁵⁴⁰. Concluye indicando que en cualquier caso, la posición mantenida no implica que sería mejor que ninguna persona que nazca con discapacidades sobreviva. Sólo implica que los padres de tales niños deberían tener la posibilidad de tomar una decisión.

Entendemos que Singer equivoca la perspectiva en el caso de la Thalidomida. Aquí se indemnizó, pues con ese medicamento se causó un daño, mientras que en las acciones que estamos analizando, se indemniza la mera existencia con discapacidad no causada por nada ni por nadie ajeno.

La tesis de Singer no es una excentricidad aislada. Hace pocos años dos renombrados científicos galardonados con el premio Nobel se manifestaban públicamente a favor del derecho de los padres a declarar a sus hijos como no nacidos durante 72 horas para que, si

⁵⁴⁰ Podría objetarse que reemplazar un feto o un recién nacido está mal porque sugiere a los discapacitados que sus vidas son menos dignas de ser vividas que las vidas de las personas que no están discapacitadas (...) recuerden la thalidomida: este medicamento tomado por mujeres embarazadas, causó que muchos niños nacieran sin brazos o piernas. Una vez que la causa de la anormalidad fue descubierta el medicamento fue retirado del mercado y la compañía responsable tuvo que pagar indemnizaciones. Si realmente creyéramos que no hay razón para pensar que la vida de un discapacitado no es probablemente peor que la de una persona normal, no habríamos visto eso como una tragedia. Ninguna indemnización se habría pedido ni concedido por los Tribunales. Los niños habrían sido sencillamente diferentes. Podríamos incluso haber dejado el medicamento en el mercado, de forma que las mujeres que lo consideraban una píldora somnífica útil podrían seguirla tomando. Si esto suena grotesco es sólo porque ninguno tiene dudas de que es mejor nacer con miembros que sin ellos. Pensar esto no implica falta de respeto a aquéllos que carecen de miembros; simplemente reconoce la realidad de las dificultades a las que tienen que hacer frente.

la mujer no había tenido acceso a un diagnóstico prenatal o éste hubiera sido erróneo, pudieran pedir la muerte del hijo⁵⁴¹.

Pero más allá del debate teórico sobre el derecho a la vida de los bebés con discapacidad, el problema ya se ha planteado en la práctica⁵⁴². El 19 de abril de 1982 nació en Bloomington (Indiana) un niño que padecía fístula traqueo-esofágica y atresia esofágica. Una temprana y sencilla operación habría tenido el 90% de posibilidades de éxito. Sin embargo, el niño padecía síndrome de Down y los padres, asesorados por su obstetra, decidieron no permitir la operación. Los administradores del hospital y los pediatras, disconformes con la decisión intentaron obtener autorización judicial para la intervención. No lo consiguieron y su petición fue rechazada, tras varios recursos, por el Tribunal Supremo del estado. Baby Doe falleció a los 6 días. Este caso y otros que fueron conocidos llevaron a la aprobación de la llamada Ley Baby Doe. Esta normativa federal se basó en el parágrafo 504 de la Rehabilitation Act de 1973. Esta norma prohíbe la discriminación de personas con discapacidad en programas llevados a cabo por agencias federales, programas que reciban financiación federal y en el reclutamiento de trabajadores de la Administración federal y sus contratistas. El parágrafo en cuestión establecía que ningún discapacitado puede por esa sola razón ser excluido de la participación o denegados los beneficios o ser sujeto a discriminación bajo cualquier programa o actividad que reciba fondos federales. En lo que se refiere a las regulaciones de Baby Doe se imponía que los prestadores del servicio de salud que reciban fondos federales colocasen carteles advirtiendo de que debido a la prohibición del parágrafo antes citado, no debía retirarse el cuidado de la salud de niños sobre la base de sus discapacidades mentales o físicas; determinaba que las agencias de servicios de protección de los niños establecieran procedimientos para evitar negligencia médica ilegal en el trato de niños discapacitados, y cuando se considerase necesario, a juicio del funcionario del Departamento de Salud, proteger la vida o salud del niño discapacitado.

Curiosamente, a pesar de toda la retórica a favor de las personas con discapacidad, la regulación fue objeto de severas críticas. Se la calificó, con una expresión calcada de la

⁵⁴¹Lacadena, J.R. *Genética y Bioética*. Universidad Pontificia de Comillas, Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao, (2002).Pág. 404.

⁵⁴² Datos tomados de <http://embryo.asu.edu/pages/baby-doe-rules-1984>

utilizada por los defensores del aborto, de una intromisión intolerable en la relación médico-paciente, o en el derecho de los padres a decidir lo que consideren lo mejor para sus hijos. Incluso los editorialistas del Wall Street Journal la consideraron como una manifestación de la clase de intromisión gubernamental respecto de la que Orwell alertó en la novela "1984"; y la revista The Economist mostraba su preocupación por los costes de cuidar de esos niños y con un punto de ironía concluía que quizá las asociaciones pro vida contribuirán⁵⁴³. Finalmente, la cuestión llegó ante el Tribunal Supremo que resolvió en el caso Bowen v. American Hospital Association⁵⁴⁴ de 9 de junio de 1986. Dice la sentencia que la ley regula la participación del estado en el proceso de toma de decisiones de tratamiento de recién nacidos porque la Administración entendió que la negativa de un hospital a proporcionar un tratamiento médico beneficioso a un niño discapacitado, sólo por razón de su discapacidad, constituye una discriminación ilegal. Sin embargo, el Tribunal considera que la retirada del tratamiento en los casos analizados no se produjo como consecuencia de una decisión discriminatoria del hospital, sino por el consentimiento de los padres. A la vista de este pronunciamiento negativo, la estrategia legislativa cambió y, en vez de centrarse en la discriminación, se procedió a introducir una enmienda en la Child Abuse Law. La norma ordena que los estados que reciben fondos federales para programas de maltrato a la infancia, desarrollen procedimientos para informar de negligencia médica, la cual la ley define como la retirada de tratamiento a menos que el bebé está en estado de coma irreversible o el tratamiento es virtualmente fútil en términos de la supervivencia del bebé. La opinión acerca de la calidad de vida no es válida para retirar el cuidado médico.

Si admitimos que resulta preferible no existir que vivir con discapacidad, la posibilidad de matar a las personas con esa condición debería quedar siempre abierta. Imaginemos unos padres que inicialmente aceptan la discapacidad de su hijo, pero posteriormente, por razones económicas o psicológicas les resulta insoportable. O si la discapacidad es sobrevenida; el hijo queda parapléjico a los seis años. La situación supone un enorme carga económica, una gran incomodidad y puede afectar gravemente a la salud psicológica de los padres.

⁵⁴³Datos tomados de Lantos J. D. y Meadow W.L. *Neonatal bioethics: The moral challenges of medical innovation*. Johns Hopkins University Press. Maryland (2006)

⁵⁴⁴ Texto en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=476&invol=610>

La indemnización por wrongful birth y wrongful life no es la mejor herramienta para ayudar efectivamente a las personas afectadas para sobrellevar las cargas que resultan del nacimiento de una persona con discapacidad. Es más, si los padres que querían abortar y no pudieron son compensados y los que no querían hacerlo, no, se irá imponiendo la convicción de que es mejor no dejar nacer a ese tipo de personas. Tampoco es la obligación de pagar los daños la única solución para castigar la mala práctica de los médicos. En realidad, si la plena integración de las personas con discapacidad quiere ser una realidad y no un mero lema propagandístico, lo que debe regularse por un Estado social y democrático de Derecho, es la asistencia suficiente para que pueda atenderse a sus necesidades, así como, al igual que se hace en otras áreas (por ejemplo, en la evitación de la discriminación por razón de raza o sexo) establecer contenidos transversales en la educación, que permitan ir creando una conciencia social que no genere rechazo hacia estas personas. Esta es la solución adoptada por el Estado francés, tras la mencionada Ley 2002-303 y la que apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999, citando precisamente a la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, que considera que la indicación eugenésica, a medida que el Estado establezca medidas asistenciales suficientes, está llamada a desaparecer. Y, obviamente, esta asistencia debe corresponder tanto a las madres que, queriendo, no pudieron abortar, como a aquellas que, conociendo el riesgo de discapacidad o malformaciones, decidieron seguir con el embarazo adelante. En este sentido, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad recuerda en su Exposición de Motivos que los poderes públicos deben asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales. Recuerda los cambios operados en los últimos tiempos en la manera de entender el fenómeno de la «discapacidad» y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias: hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos.

Parece que ese noble objetivo choca con la consideración de esas mismas personas con discapacidad antes de su nacimiento. Así, ya se hizo referencia más arriba al tratar sobre la eugenesia al descenso de nacimientos de personas con síndrome de Down, cuando por el retraso en la edad de la maternidad (uno de los principales factores de riesgo) deberían haber aumentado.

Maciá⁵⁴⁵ se muestra en desacuerdo con esta postura indicando que choca contra las corrientes privatizadoras y de economía de mercado de algunos países, que cubre sólo los daños económicos pero no los morales y que si hay motivos para considerar que concurren los elementos requeridos por el Ordenamiento para apreciar la responsabilidad civil, no se ve el motivo por el cual habría de preferirse que fuera la colectividad a través del sistema de Seguridad Social el que asume el coste del daño. También critica argumentos contrarios a las acciones, calificándolos como extrajurídicos. Respecto de los que denuncian el riesgo de una eugenesia encubierta dice que “la dimensión colectiva que implica la idea de eugenesia difícilmente se puede alcanzar mientras la decisión sobre el aborto sea libre”. Y termina diciendo que “cualquier giro hacia una eugenesia social (...) provendría, en su caso, más bien de la regulación del aborto (...) y no de las acciones de wrongful birth o wrongful life. Por ello es demagógico pretender evitar en este caso una medida legalmente establecida y votada”.

Resulta sorprendente la argumentación de la autora. En primer lugar, el aborto es libre, pero es evidente que una determinada concepción social sobre el nacimiento de discapacitados puede presionar a las mujeres a la decisión en un determinado sentido y así sucede efectivamente. Y no sólo una presión directa. También las presiones económicas y sociales, en forma de falta de apoyo social, ingresos insuficientes o imposibilidad de acceder a seguros médicos pueden forzar indirectamente a que una mujer aborte un feto con riesgo de ser portador de una enfermedad genética ante el horizonte de verse desamparada para sacar adelante su futuro hijo⁵⁴⁶. El apoyo social y económico disminuirá si la concepción dominante es que la vida de ese hijo no merece ser vivida. E incluso, esa misma presión social podría desembocar en una medida de limitación de la libertad reproductiva

⁵⁴⁵ *Op. cit.* Págs 100 a 105.

⁵⁴⁶ Abellán. *Op. cit.* Pág. 148.

imponiendo la prohibición de traer al mundo seres cuya vida no merece ser vivida. Ya hemos visto el razonamiento de la sentencia *Curlender v. Bio-Science Lab*, en el sentido de que los padres que hubieran decidido tener un hijo con discapacidad podrían ser demandados por éste, lo que obligó a una reforma legislativa. Los discapacitados sostienen que la discriminación es el problema central para las personas con discapacidad y sus familias; en segundo lugar, aquéllos que abortan un hijo deseado debido a una discapacidad diagnosticada a través del diagnóstico prenatal, sugieren que no están dispuestos a aceptar ninguna desviación significativa de los sueños parentales que las características del niño pueden producir. Y, en tercer lugar, el aborto selectivo constituye una desafortunada y a menudo desinformada decisión en el sentido de que un niño con discapacidad no colmará lo que la mayoría de las personas buscan en la crianza de un hijo⁵⁴⁷.

Por lo que se refiere a la argumentación de Maciá relativa a las reclamaciones por daños físicos o psíquicos, ya dijimos que con éstas, se trata de compensar el perjuicio en su integridad que ha sufrido una persona, cuya vida no se cuestiona. En el caso de las acciones que nos ocupan lo que se discute es la propia vida del sujeto. En cuanto al último argumento, desde nuestro punto de vista, el hecho de que no se penalice el aborto en la indicación eugenésica no lleva aparejado la existencia de un derecho cuya pérdida deba ser indemnizada, de la misma forma que los niños de seis años no tienen derecho a matar, aunque no se les penalice si lo hacen. Por otra parte, no se entiende por qué el que una determinada regulación del aborto esté vigente impida cuestionarla para, en su caso, y si existe mayoría social y parlamentaria para ello, proceder a su reforma.

Es más, la propia Maciá reconoce los riesgos de la admisión de estas acciones, señalando que “repercutirá negativamente sobre la profesión médica, pues los profesionales sanitarios, ante el temor de verse involucrados como responsables por todo nacimiento de una criatura discapacitada o enferma (...) cuando exista la mínima duda sobre una posible afección que pueda sufrir un futuro descendiente, los médicos aconsejen el aborto y trasladen con ello la decisión a los progenitores (que también, por su parte, se verán presionados socialmente para abortar) (...) Ciertamente los hechos parecen haber demostrado que los temores a este

⁵⁴⁷Parens, E. y Asch, A. The disability rights critique of prenatal genetic testing: reflections and recommendations. *Prenatal testing and disability rights*. Georgetown University Press (2002). Págs. 3 a 13.

tipo de consecuencias no se encuentran tan alejados de la realidad (...) Un informe de la comisión jurídica en Gran Bretaña advertía ya en 1974 de este riesgo”. Aunque nos tranquiliza diciendo que no se conoce realmente qué ocurrirá en otro país ante una situación similar. Citando a Viney y Jourdain dice que el incremento de conductas proabortistas se justifica en realidad, en el propio desarrollo del diagnóstico prenatal, no en las acciones aquí estudiadas. Pero, pese a su tranquilidad, como los médicos informarán sobre probabilidades, el diagnóstico por exceso, que lleva a eliminar fetos “normales”, genera menos responsabilidades que el producido por defecto, que implica dejar pasar fetos “anormales”⁵⁴⁸.

2. Libertad positiva

2.1. Técnicas de reproducción asistida

2.1.a) Fecundación y desarrollo del embrión antes de la implantación en el útero.- Al igual que hicimos respecto del desarrollo fetal, parece importante, antes de analizar los problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción asistida, mencionar, siquiera brevemente, cuestiones científicas y técnicas. Comenzaremos con el desarrollo del embrión preimplantatorio desde la fecundación hasta la implantación en el útero.

In vivo, una vez producida la eyaculación con 200 a 300 millones de espermatozoides, sólo un 1% de ellos entran en el cuello uterino, donde pueden sobrevivir hasta 96 horas. El movimiento de los espermatozoides desde el cuello uterino hasta las trompas de Falopio depende fundamentalmente de su propia propulsión. El cuerpo central de los espermatozoides está compuesto de mitocondrias que suministran la energía química necesaria en forma de adenosín-trifostato para el movimiento del flagelo. El traslado desde el cuello del útero hasta las trompas requiere un mínimo de 2 a 7 horas. Hay que tener en cuenta que en el momento de su llegada al tracto genital femenino, los espermatozoides son incapaces de fecundar el ovocito. Es necesario que se produzca la capacitación y la reacción acrosómica. A través de la capacitación, una capa de glicoproteínas y las proteínas del plasma seminal son eliminadas de la membrana plasmática que cubre la región

⁵⁴⁸Serrano Ruiz-Calderón. *Op. cit.* (2005). Pág. 167.

acrosómica⁵⁴⁹ de los espermatozoides. Únicamente los espermatozoides que han sido capacitados pueden pasar a través de la corona radiada (parte exterior del ovocito) y experimentar la reacción acrosómica⁵⁵⁰. La reacción acrosómica es un proceso por medio del cual, por un lado, se liberan las sustancias contenidas en la vesícula acrosómica y, por otro, quedan expuestas sustancias que están fijadas, adheridas, a las membranas internas del acrosoma. La reacción ocurre en el momento en que los espermatozoides se encuentran próximos al ovocito y a las células foliculares o al tomar contacto con ella y, al parecer, se inicia en respuesta a señales químicas provenientes de las células foliculares, que liberarían al medio sustancias químicas que promoverían la producción de la reacción acrosómica. El proceso no ocurre simplemente como consecuencia de un fenómeno de rotura de membrana que se ha deteriorado, sino por un mecanismo muy característico, que ha sido posible estudiar por medio del microscopio electrónico, y que ha sido denominado vesiculización. Mediante este proceso el contenido del acrosoma se libera al exterior. Se liberan fundamentalmente proteínas con actividad enzimática, que actúan produciendo la lisis de las sustancias que mantienen cohesionadas a las células de la corona radiada, y quedan descubiertas o expuestas sustancias que participarían también en la penetración de la membrana pelúcida.

La fusión del espermatozoide y el óvulo se produce en las trompas de Falopio. “La fecundación o fertilización es un fenómeno que consiste en la activación del óvulo (ovocito), por penetración en él del espermatozoide, y en la fusión de los pronúcleos de ambos, con la consiguiente restauración del número diploide⁵⁵¹ de cromosomas (46)”⁵⁵². Aunque se habla del momento de la concepción, se trata de un proceso. En el proceso de

⁵⁴⁹El acrosoma es un pequeño depósito situado en el extremo de la cabeza del espermatozoide.

⁵⁵⁰Los datos han sido tomados de Langman, S. *Embriología médica*. Editorial Médica Panamericana. 10ª Edición (2007). Págs 37 y 38.

⁵⁵¹Las células del cuerpo humano, en general son diploides, tienen un número doble de cromosomas. El número de cromosomas difiere de una especie a otra, en el caso de la especie humana son 23, por lo que las células tienen 23 pares de cromosomas. Una excepción son los gametos (espermatozoides y óvulos), que por un proceso denominado meiosis, sólo tienen un juego de cromosomas (se llaman haploides), con el fin de que cuando se fusionan, el ser humano al que dan lugar, tenga 23 pares.

⁵⁵² Jiménez-Castellanos Ballesteros, J., Catalina Herrera, C.J., Carmona Bono, A. *Anatomía Humana General*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones (2002). Pág. 31.

desarrollo epigenético⁵⁵³ del nuevo individuo es clave el momento de activación del espermatozoide por la interacción específica con la membrana del óvulo y la consecuente fusión de membranas. Una vez que este proceso concluye, surge el embrión que, en esta fase, recibe el nombre de cigoto. Al día siguiente ya tiene dos células que continúan dividiéndose hasta dar lugar a un embrión de treinta y dos células que permanecen unidas formando una pelota maciza. En ese estadio, se denomina mórula, por su semejanza con una mora. Durante el cuarto día de desarrollo, se forma una cavidad en el interior de la mórula. El embrión se parece ahora más a una pelota hueca, salvo en la parte que está la masa celular interna, un grupo de células que se condensa. La masa celular interna es la que va a dar lugar al individuo adulto, con sus tejidos, órganos y estructuras. Las células que forman la parte exterior de la “pelota” dan lugar a la placenta y otros tejidos extraembrionarios. En esta fase se denomina blastocisto. Es en esta fase cuando se produce la anidación en el útero. El útero se ha preparado para este acontecimiento recubriéndose de una membrana llamada endometrio. La implantación del embrión se produce por el lugar donde está la masa celular interna. El proceso concluye, aproximadamente, en el día catorce desde la fecundación.

2.1.b) Principales técnicas de reproducción asistida y técnicas coadyuvantes.- Siguiendo la terminología de la Ley definiremos en este apartado las técnicas de reproducción asistida y las técnicas coadyuvantes.

a) **Estimulación ovárica.**- Es una técnica coadyuvante y consiste en la administración de diferentes fármacos para inducir la ovulación en mujeres con desórdenes ovulatorios, o para realizar una superovulación o hiperestimulación ovárica controlada en mujeres que van a ser sometidas a otras técnicas de reproducción asistida. Aunque el primer embarazo humano logrado por FIV por Steptoe y Edwards (premio Nobel de Fisiología y Medicina de 2010) en 1978, fue el resultado de un ovocito recuperado en un ciclo natural, la comunidad médica concluyó rápidamente que este método presentaba múltiples inconvenientes (control intensivo del ciclo, obtención de múltiples muestras diarias de

⁵⁵³La expresión “epigénesis” se puede definir de una forma sencilla como el cambio en la expresión de los genes debido, no a una mutación del ADN, sino a factores ambientales.

sangre y orina, coordinación entre el procedimiento quirúrgico y el personal del laboratorio poco práctico y engorroso y tasas de éxito muy bajas). “En prácticamente todas las técnicas de reproducción asistida se recurre a la estimulación ovárica con el fin de lograr una superovulación lo más sincrónica y controlada posible”⁵⁵⁴.

Existen muchas sustancias que se pueden utilizar y protocolos muy diferentes de unos hospitales a otros⁵⁵⁵. El éxito de la FIV y de otros métodos de reproducción asistida depende esencialmente de la optimización de los protocolos de estimulación ovárica controlada. Actualmente se utiliza la estimulación ovárica controlada utilizando una variedad de medicamentos como las gonadotropinas, solas o en combinación con análogos de hormona liberadora de gonadotropina y el citrato de clomifeno (solo o en combinación con gonadotropinas). Se dispone además de preparaciones muy purificadas de gonadotropinas, obtenidas por tecnología recombinante⁵⁵⁶. La obtención de los ovocitos se realiza por punción ecoguiada transvaginal de todos y cada uno de los folículos⁵⁵⁷ localizados.

Es un procedimiento no exento de riesgos: el síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO) continúa siendo la complicación más temida de la estimulación ovárica (...) complicación (...) desencadenada tras la administración de la hormona gonadotropina coriónica (...). El fenómeno fisiopatológico básico es el aumento de la permeabilidad vascular, que puede ser tan intenso que lleve a un agotamiento del volumen intravascular, con el subsiguiente compromiso de la función de los sistemas renal, hepático, respiratorio y hematológico. Se

⁵⁵⁴Raga, F, Casañ, E.M., Bonilla-Musoles, F., Dolz, M., Caballero, O., Castillo, J.C., Bonilla Junior, F. Uso de los análogos de la gonadotropina en reproducción asistida. *Reproducción Asistida. Abordaje en la práctica clínica*. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina. (2009). Pág. 259.

⁵⁵⁵Jausoro Subyaga, A. Descripción de las opciones terapéuticas disponibles. *Reproducción Humana Asistida*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. Madrid. (2002). Pág. 33 y 39.

⁵⁵⁶Datos tomados de Kligman, I. y Rosenwaks, Z. Protocolos para estimulación ovárica controlada en reproducción asistida. *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Págs. 111 a 119.

⁵⁵⁷Los folículos ováricos consisten en una acumulación de células que son toscamente esféricas que se encuentran en el interior del ovario, rodeando un ovocito.

convierte así en un síndrome potencialmente mortal. (...)La masificación de las técnicas de reproducción asistida y, con ello, la mayor frecuencia de estimulaciones ováricas e inductores de la ovulación, se ha reflejado en un aumento de la incidencia del SHO en todos sus estadios. David Magnus y Mildred Cho de la Universidad de Stanford, observaban: “ente un 0’3 y un 5% a un 10% de las mujeres a las que se induce la hiperproducción de óvulos experimentan un grave síndrome de hiperestimulación ovárica que produce dolor, a veces exige hospitalización, fallo renal, posible futura infertilidad, e incluso la muerte”⁵⁵⁸. Se considera que la frecuencia de los estadios graves oscila entre un 0’5 y un 1%⁵⁵⁹. (...) las dos complicaciones tempranas asociadas al SHO son el embarazo ectópico y el aborto. El índice de aborto en gestaciones complicadas con SHO varía entre un 27 y un 40%.(...) Tras múltiples estudios sobre pautas de estimulación ovárica para evitar el desarrollo del SHO, se ha admitido de forma general que cualquiera de los fármacos actualmente disponibles pueden inducirlo⁵⁶⁰. En España, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcoy, en sentencia de 15 de abril de 2010 (dictada de acuerdo con un procedimiento previo de la Audiencia Provincial de Alicante) condenó a un médico a indemnizar con 945.458,44 euros a una mujer que tras un síndrome de hiperestimulación ovárica había sufrido una tetraparesia espástica (disfunción motora total de las cuatro extremidades) con un grado de minusvalía del 75%, y según resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, situación de incapacidad permanente absoluta en grado de gran invalidez.

Lamentablemente, no es éste el único riesgo para la salud que sufren las mujeres sometidas a un tratamiento de fertilidad. Según Victoria Verdú, Coordinadora de Ginecología en Ginefiv (una de las clínicas de fecundación asistida), en declaraciones al diario La Razón, el 8 de marzo de 2001, las mujeres que se someten a un tratamiento de reproducción asistida sufren un "alto nivel de estrés" similar al que padecen los pacientes con cáncer o una patología cardíaca, hasta el punto de que puede afectar de manera negativa en la

⁵⁵⁸ Magnus, D. y Cho, M (2006). A Commentary on Oocyte Donation for Stem Cell Research in South Korea. *American Journal of Bioethics* 6 (1):W23-W24.

⁵⁵⁹ Aunque según los datos de Jausoro Subyaga, A. (*Op. cit.* Pág. 35), la incidencia es del 0’5-1% cuando se emplea en pacientes anovulatorias y 1-4% si se emplea en superovulación.

⁵⁶⁰ Muñoz, E., Muñoz, M., Gaytán, J., Rossal, L.P., Escudero, E., Simón, C., Pellicer, A. y Remohí, J. Síndrome de hiperestimulación ovárica. *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Págs. 139-151.

consecución del embarazo”. Añadiendo que de hecho, el 30 por ciento de las que deciden acudir a una clínica de reproducción asistida suelen necesitar ayuda psicológica (lo que pone de relieve la ligereza con la que se observa el requisito de que las usuarias tengan un buen estado de salud psicofísica). En esto mismo incide el diario El País en su información de 7 de enero de 2009: ¿Qué sucede cuando el embarazo no llega? (...) Se produce una crisis emocional y el proyecto de vida se puede ver truncado. "La pareja siente que ha perdido el control sobre su propia vida, que ahora controlan otros, como los médicos", dice Vicenta Giménez, coordinadora del Grupo de Interés de Psicología de la SEF. (...) "Entre el 25% y el 65% de los pacientes sometidos a tratamientos de fertilidad presentan en algún momento síntomas clínicos de cierta significación, con predominio de la ansiedad, pero también depresión, desesperanza, culpabilidad o baja autoestima e incluso fobia a todo lo relacionado con los bebés", dice Diana Guerra. Si se tiene en cuenta que entre el 3% y el 5% de la población presenta dificultades psicopatológicas actuales o pasadas, el riesgo de que aparezcan problemas en los procesos de reproducción asistida es alto.

b) Inseminación artificial.- Se define como el depósito de espermatozoides de forma no natural en el aparato reproductor femenino con la finalidad de lograr una gestación⁵⁶¹. Es una técnica antigua pues la primera inseminación artificial en seres humanos se atribuye a un médico inglés, John Hunter a finales del siglo XVIII. Cuando el semen procede de la pareja de la receptora se denomina Inseminación Artificial Conyugal (IAC) u homóloga y si procede de un donante Inseminación Artificial con Donante (IAD) o heteróloga. Esta última fue documentada por primera vez en Filadelfia, practicada por William Pancoast en 1884. Su utilización se generalizó una vez perfeccionadas las técnicas de criopreservación de semen⁵⁶², iniciadas por Bunge y Sherman en 1953. Como métodos para realizar la

⁵⁶¹ Jausoro Subyaga, A. *Op. cit.* Pág. 40.

⁵⁶² La congelación de semen se define como el tratamiento empleado para la conservación y el mantenimiento de los espermatozoides a temperaturas de -196°. Produce una disminución de la calidad espermática, que se manifiesta en una sensiblemente inferior tasa de gestación obtenida respecto a la utilización de semen en fresco. También influye el tiempo que el semen ha pasado congelado. Evita la transmisión de enfermedades eludiéndose los períodos silenciosos previos a la presentación de algunas infecciones. También es una técnica utilizada en los casos de pacientes que van a someterse a quimioterapia y radioterapia, u otros tratamientos que pueden ser teratógenos para el feto, o vasectomía. La congelación de semen plantea diversos asuntos polémicos: qué destino ha de darse a muestras de pacientes que han quedado en coma, fallecidos que tienen semen congelado o del que se han obtenido muestras postmortem y la congelación de tejido testicular en

inseminación se utilizan la inseminación intracervical (consiste en el depósito de semen descongelado sin capacitación⁵⁶³, parte en el canal cervical y parte en un cúpula semiesférica adaptada al cuello uterino, que es retirada por la propia paciente unas seis horas después de la inseminación), intrauterina (la eliminación del plasma seminal mediante las técnicas actuales de lavado del semen posibilitan el depósito de espermatozoides en el interior de la cavidad uterina, mediante el uso de cánulas transcervicales flexibles, sin riesgo de presentar reacciones anafilácticas)⁵⁶⁴. En la inseminación, la fecundación, si tiene lugar, se produce en el seno materno, a diferencia de lo que ocurre en la fecundación in vitro, en la que, como su nombre indica, la fecundación se produce en el laboratorio.

Está generalmente aceptado que, después de 4 a 6 ciclos de inseminación sin conseguir gestación, debe evaluarse de nuevo el caso y plantear a la pareja el paso a la fecundación in vitro.

En cuanto a la tasa de éxito los resultados son muy variables y sustancialmente inferiores a lo que suelen pensar los profanos. Tampoco es fácil encontrar estadísticas fiables realizadas por poderes públicos o expertos independientes. Lo dicho vale tanto para la inseminación artificial como para la fecundación in vitro a la que haremos referencia a continuación. Y es que “después de todo, a Sally no le importan las estadísticas. A ella sólo le interesa la

pacientes prepuberales. En este último caso se trataría de la congelación de células inmaduras en aquellos casos en los que no se encuentran espermatozoides, en previsión de los futuros avances de la ciencia. ¿quién consiente? ¿qué pasa si el paciente fallece o permanece vivo pero incapaz para decidir? Datos tomados de Meseguer, M., Ruiz, A., Garrido, N., Zuzuarregui, J.L., Reis, S., Escudero, E., Pellicer, A. y Remohí J. Congelación y banco de semen: métodos, organización e indicaciones en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Págs. 363 y sig.

⁵⁶³ La capacitación es el conjunto de cambios estructurales que debe sufrir el espermatozoide para adquirir la capacidad de fecundar un ovocito. Para ello debe estar libre de plasma seminal, lo que sucede in vivo, durante su paso a través del tracto genital femenino o in vitro, mediante la selección previa y cultivo de los espermatozoides en un medio adecuado. Durante la capacitación la membrana sufre cambios químicos importantes.

⁵⁶⁴ Datos tomados de Requena, A., Martínez-Salazar, J., Párraga, M., Isaza, V., Landazábal, A., Villasante, A., García-Velasco, J.A., Simón, C., Pellicer, A., Remohí, J. Inseminación artificial en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Págs 263 a 272.

posibilidad de tener un bebé”⁵⁶⁵. Kalbian señala que el relato de la esperanza es el más común que cuentan las mujeres que usan las técnicas de reproducción asistida. En este relato hay sólo un único final aceptable e imaginable, obtener un embarazo que acabe en nacimiento. Aunque se les haga saber normalmente que las probabilidades de obtener un embarazo son pequeñas, hay una fuerte creencia de que la técnica funcionará. De hecho, las clínicas tienen muchos intereses (incluyendo los económicos) en enfatizar sus tasas de éxito y, a menudo, minimizan en gran medida sus fracasos. Desgraciadamente, como muchos han destacado, la esperanza dada a las parejas es un aspecto de la comercialización de estas tecnologías. Un elemento relacionado con la medicina de la fertilidad es el sentido de que una vez comenzados estos tratamientos, es difícil parar⁵⁶⁶. Hay que advertir que el hecho de que se consiga la gestación no equivale a éxito (que el niño nazca) porque hay embarazos que se malogran. Por eso, es llamativo que en los modelos de consentimiento propuestos no se trate con cierta rigurosidad la información sobre esta tasa de éxito. Si se trata de una información para el paciente que piensa iniciar un tratamiento, debería quedar claro que el indicador de éxitos debería expresarse en relación con el número inicial de pacientes que comenzaron tratamientos de FIV. En caso contrario, al utilizar denominadores de fases intermedias, el valor del indicador pierde parte de su sentido, a saber, servir como referencia a los pacientes en el momento de comenzar el tratamiento⁵⁶⁷. Resulta sorprendente que precisamente en el ámbito de la medicina, uno de los pioneros en el registro sistemático y minucioso de sus actividades, se mantenga una situación de opacidad en uno de los campos de reciente desarrollo tecnológico que atrae ampliamente a la opinión pública⁵⁶⁸. Máxime cuando estamos hablando de una manifestación de la llamada medicina satisfactiva. No parece que esta situación de opacidad vaya a cambiar. El 17 de febrero de 2009, el diario El País informaba que “el Ministerio de Sanidad y Consumo tendrá listos a finales de este año el registro nacional de centros que realizan técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como el registro de actividades que se desarrollan en cada uno de ellos. Así lo ha asegurado el Director General de Terapias Avanzadas y Trasplantes”. El 26 de diciembre de 2009, el diario El País titulaba “Concebir hijos con garantía” y en el

⁵⁶⁵ Spar, D.L. *Op. cit.* Pág. 104.

⁵⁶⁶ Kalbian, A.H. narrative ARTifice and women’s agency. *Bioethics*, Vol. 19, No. 2. (April 2005). Págs 93 a 111.

⁵⁶⁷ López de Lera, D. Estudio de la información estadística sobre reproducción humana asistida, en *Reproducción Asistida. Promesas, normas y realidad*. Ascensión Cambrón Infante (ed.). Ed. Trotta. Madrid. (2001).Pág. 101.

⁵⁶⁸ López de Lera, D. *Op cit.* Pág. 96.

subtítulo “Sanidad publicará los éxitos y fracasos de las clínicas de reproducción asistida” y se informaba de que el Ministerio de Sanidad estaba trabajando para dar cumplimiento al mandato de la LRTHA para “el año que viene”. Nunca más se supo. Incluso en un país como Estados Unidos en el que no existe regulación federal de las técnicas de reproducción asistida, existe una ley (Fertility Clinic Success Rate and Certification) que desde 1992 exige que los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades publiquen datos acerca de las tasas de éxito de las clínicas.

Por lo que se refiere a la inseminación y según datos del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI)⁵⁶⁹, una de las clínicas españolas más importantes en este campo, “cuando hablamos de inseminación con semen del varón que es pareja de la usuaria, la tasa de gestación por ciclo está alrededor de un 20%. Es decir, que de cada 100 ciclos de inseminación cerca de 20 resultan en gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación”. Los resultados con la utilización de semen de donante son superiores (30-40%). Está generalmente admitido que la edad de la mujer influye en el éxito o fracaso de las técnicas, pues es sabido que la fertilidad de las mujeres empieza a declinar a partir de los treinta años. De hecho, entre los 40 y los 45, sólo entre el 5% y el 8% de las mujeres logra quedarse embarazada por inseminación artificial. Por fecundación in vitro (FIV) se consigue la gestación entre un 30% y un 40% de las veces. Sin embargo, parece que también la edad del varón tiene influencia. El diario El País informaba el 8 de julio de 2008 de la publicación de un estudio realizado por el centro de reproducción asistida Eylay de París, en el que participaron 12.236 parejas, cuyos resultados fueron presentados durante la decimocuarta reunión anual de la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana. En la investigación, antes de realizar la inseminación, se examinó el esperma de todos los individuos para comprobar que la cantidad, la motilidad (capacidad para realizar movimientos complejos y coordinados) y la morfología de los espermatozoides eran adecuadas para la fecundación. A pesar de que todos estos parámetros eran correctos, los investigadores observaron que las mujeres con parejas mayores de 35 años acababan teniendo más abortos espontáneos y, por lo tanto, menores tasas de embarazos que las que tenían una pareja más joven. En concreto, el estudio desvela que cuando el padre tiene entre

⁵⁶⁹ Consultado el 19 de octubre de 2011 en http://www.ivi.es/tratamientos/tasa-gestacion-inseminacion-artificial_11_5.aspx.

30 y 34 años, el riesgo de aborto espontáneo es de un 16,7%. El porcentaje asciende a un 19,5% cuando tiene entre 35 y 39 años, y alcanza el 33% cuando tiene 40 años o más. Ciertamente que un hombre puede ser padre a edades avanzadas, pero cuanto mayor sea más le costará. Yves Ménéz, embriólogo del centro parisiense, explicó que los hombres mayores son menos fértiles a causa de una mayor fragmentación del ADN de sus espermatozoides. La fragmentación compromete el desarrollo del futuro embrión, con lo que se acaba produciendo el aborto de forma espontánea.

c) Fecundación in vitro.- La fecundación in vitro es una técnica de reproducción asistida en la que la fecundación tiene lugar fuera del cuerpo de la mujer. Como es sabido, tras una larga historia de investigación, el primer ser humano nacido por la aplicación de estas técnicas fue la británica Louise Brown el 25 de julio de 1978, en el Hospital de Oldham (Reino Unido) con el protagonismo del médico Patrick Steptoe y el biólogo Robert Edwards.

La principal indicación⁵⁷⁰ para la fecundación in vitro es la patología tubárica, no susceptible de cirugía reparadora o la ausencia de las trompas de Falopio. Sin embargo, se emplea también en esterilidades de causa masculina cuando ha fracasado la inseminación artificial o cuando el escaso número de espermatozoides móviles así lo aconsejan, en esterilidades de origen inmunológico o de causa desconocida, en endometriosis⁵⁷¹ tratadas sin éxito y en caso de anovulación con luteinización folicular⁵⁷².

En primer lugar es necesario realizar un procedimiento de estimulación ovárica. Una vez que el folículo ha madurado (pero todavía no se ha roto) el médico trata de recuperar tantos

⁵⁷⁰Datos tomados de González Merlo, J., González Bosquet, J y González Bosquet, E. *Ginecología*. Editorial Masson. Barcelona. (2004). Página 183.

⁵⁷¹ La endometriosis es una de las enfermedades ginecológicas más frecuentes. Se produce cuando el tejido que recubre el interior del útero, crece fuera de éste, generalmente en las superficies de los órganos en las áreas de la pelvis y del abdomen.

⁵⁷² La anovulación ocurre cuando el óvulo no llega a ser expulsado por el ovario bien por no haberse formado, bien por no haber alcanzado la madurez necesaria. La luteinización es el proceso de transformación del folículo de Graaf del ovario que consiste en una maduración, la descarga del óvulo y la hipertrofia hasta formar el cuerpo amarillo. Es un proceso que desencadena la hormona luteinizante (LH).

ovocitos como sea posible. El médico recupera los ovocitos al guiar una pipeta de aspiración. Esta técnica se utiliza actualmente porque no necesita anestesia general y ha de atravesar menos estructuras corporales. Es más fácil de realizar, más confortable y de menor coste. La aspiración puede realizarse sin anestesia, en un proceso que dura unos veinte minutos, aunque a veces resulta doloroso. Mediante esta técnica se obtienen normalmente de cinco a diez ovocitos⁵⁷³. Los que están maduros y sanos son transferidos a un recipiente estéril para esperar la fecundación en el laboratorio. La inseminación se realiza con unos 100.000 espermatozoides de la muestra proporcionada por el varón. Los espermatozoides han de ser procesados (este procedimiento recibe el nombre de lavado) que les capacita y selecciona únicamente a aquéllos más sanos y activos. Los espermatozoides seleccionados son colocados en una placa de Petri⁵⁷⁴ con los ovocitos y se incuban a la temperatura corporal. Si la fecundación es exitosa, los cigotos comenzaran a dividirse y pronto estarán listos para la transferencia al útero⁵⁷⁵. El principal problema con el que se enfrentan los tratamientos de fecundación in vitro es determinar cuáles son los mejores embriones para ser transferidos al cuerpo de la mujer⁵⁷⁶.

⁵⁷³De Miguel Beriain, I. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético jurídico*. Editorial Comares. Granada. (2004). Pág. 196.

⁵⁷⁴La placa de Petri es un recipiente cilíndrico de baja altura de plástico o cristal, con una tapa de la misma forma y material.

⁵⁷⁵ Datos tomados de Gilbert, S.F. *Biología del desarrollo*. 7ª edición. Editorial Panamericana. Madrid. (2005). pág. 730.

⁵⁷⁶La embrióloga Montse Boada, directora del laboratorio de reproducción asistida del USP Institut Universitari Dexeus, admitía el 3 de noviembre de 2009 en el diario El País, que en esta parcela se ha avanzado poco durante las últimas décadas: "Básicamente hemos mejorado en experiencia y en la microscopía". Los especialistas se guían por cuatro parámetros, todos ellos relacionados con el aspecto externo del embrión bajo el microscopio. Uno de ellos se refiere al ritmo de división. El primer día, el cigoto, aún sin dividir, debe tener dos pronúcleos. El segundo, el embrión debe tener cuatro células y el tercero ocho. Si va retrasado en este proceso de multiplicación celular, el pronóstico de implantación no es satisfactorio. Tampoco será bueno si presenta células con formas irregulares y asimétricas, si se observan fragmentos del citoplasma o si las células tienen más de un núcleo. Son criterios morfológicos que, en el fondo, en algunos casos no dejan de ser intuitivos y subjetivos. Por ello, los embriones seleccionados no siempre cumplen las expectativas. Incluso algunos con mal pronóstico consiguen anidar en el útero y desarrollarse, de igual forma que sucede lo contrario. Esta selección, la basada en la morfología, es el procedimiento que se emplea en el 80% de los casos, cuando no hay factores de riesgo. En el 20% restante, el estudio de viabilidad embrionaria se lleva a cabo mediante procedimientos invasivos, lo que también presenta inconvenientes. Cuando el óvulo fecundado tiene tres días, se extrae una de sus células para analizarla y determinar, a partir de los resultados obtenidos, la salud embrionaria. Pero se trata de un proceso en el que una mano poco experimentada podría lesionar el embrión. "De esta forma, la ventaja de eliminar la anomalía se contrarrestaría con la transferencia de un embrión dañado", apunta Antonio Pellicer, codirector del IVI. Pero, además, hay otro inconveniente. Existe la

Una variante de la fecundación in vitro cada vez más utilizada es la llamada inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI, en sus iniciales en inglés), técnica cuyo descubrimiento fue publicado en 1992. Se trata, como su nombre indica, de introducir un espermatozoide, (a veces incluso, un precursor) directamente en el citoplasma de un ovocito. Fue desarrollada para parejas con una baja probabilidad de conseguir un embarazo debido al número extremadamente bajo de espermatozoides viables normales del progenitor (fenómeno denominado oligospermia). No obstante, como ya hemos dicho, la fecundación y desarrollo de los embriones en un medio artificial es siempre difícil, por lo que se siguen buscando alternativas. El diario ABC informaba el 29 de febrero de 2008 de las pruebas con unos miniúteros de silicona. Tras la fecundación, los óvulos se introducen en una cápsula perforada de silicona que se aloja en el interior del útero, como si fuera un DIU. El dispositivo actúa como una incubadora en miniatura, aunque sin artificios. El embrión crece desde las primeras horas en su medio natural, en las mismas condiciones de luz, temperatura y nutrientes que tendría si hubiera sido concebido sin interferencias técnicas. Entre dos y cinco días después, la cápsula se recupera y se eligen los embriones más óptimos para la gestación. Al extraerlos se podrían hacer análisis para descartar defectos genéticos. Los elegidos -no más de tres- se implantan después en el útero.

posibilidad de que el blastómero seleccionado sea el único que presenta alteraciones, lo que llevaría a desechar a un embrión perfectamente sano. O el caso contrario, lo que también llevaría a un diagnóstico equivocado. Además, una biopsia es cara, hasta el punto de llegar a duplicar el precio del proceso y situarlo en torno a los 2.000 euros.

Por ello, los esfuerzos se dirigen hacia poder determinar la salud y la capacidad de implantación de los embriones sin llegar a tocarlos. Hasta el momento, la opción en la que están puestas las principales esperanzas para conseguir alcanzar esta meta es la del análisis del metabolismo del óvulo fecundado. El objetivo consistiría en "ser capaces de saber lo que un embrión consume y expulsa en el medio de cultivo donde se desarrolla los primeros días de su existencia", como apunta el codirector del IVI. Una vez procesada esta información, que se obtendría de una simple gota del medio de cultivo, se podría determinar cuáles son los valores que indican qué embrión está fuerte y sano, y cuáles no llegarán a crecer en el útero. De momento, no hay consenso en los metabolitos - las sustancias resultantes de los procesos de regulación celular, como el glutamato, el lactato o la alanina- a los que hay que prestar atención para evaluar la capacidad de implantación que tendrá el embrión. Parece que la meta no está a la vuelta de la esquina.

Existen otros caminos que tratan de diagnosticar la calidad de los embriones de formas no invasivas. Uno de ellos es la proteómica, que consiste en llegar a las mismas conclusiones a partir de estudiar en el caldo de cultivo las enzimas del embrión, lo que da indicios de sus características genéticas. También ha habido acercamientos mediante el análisis del consumo de oxígeno embrionario. Incluso se han elaborado sistemas matemáticos. Ninguno de ellos ha ofrecido resultados que resulten satisfactorios para las clínicas de fertilidad.

Una vez obtenidos los embriones y cultivados in vitro, su destino puede ser transferirlos al útero de la mujer y así intentar obtener el embarazo o congelarlos. Comenzando por este último proceso, la crioconservación de embriones fue descrita por primera vez por Whittingham y colaboradores que publicaron los primeros resultados de congelación y descongelación de embriones de ratón. En 1977 se obtuvo por el mismo grupo de investigadores la primera descendencia a partir de embriones de ratón congelados, pero no fue hasta 1983 cuando se obtuvo el primer embarazo a partir de embriones humanos criopreservados, por Trounson y Mohr. Al año siguiente Zeilmaker y colaboradores publicaron el primer nacimiento humano tras transferencia de embriones congelados⁵⁷⁷. La congelación supone almacenar los embriones a una temperatura de -196° en nitrógeno líquido. Existen dos protocolos de congelación generalmente aceptados, la congelación lenta y la vitrificación, si bien esta última se está imponiendo debido a su sencillez, rapidez y a los buenos resultados obtenidos tras la descongelación⁵⁷⁸. Además del dilema ético que supone que muchos quedan sin utilizarse (dando lugar al problema de los embriones “sobrantes” al que luego nos referiremos) y que otros muchos mueren en el proceso de descongelación, es un hecho que con la transferencia de embriones congelados se consiguen peores resultados que con la transferencia de embriones “frescos”. Las causas que se han apuntado son varias: el método de congelación utilizado, el tipo de crioprotector, el estadio de desarrollo del embrión y su antigüedad.

Si no se congelan, los embriones obtenidos se transfieren al útero de la mujer con el objetivo de que se implanten, lo que no siempre ocurre. La implantación embrionaria es el proceso por el cual el embrión en la fase de blastocisto se fija al endometrio materno para continuar su desarrollo.(...) Este período comprende del día 6 al 10 después de la ovulación y (...) transcurre en cuatro fases distintas, relacionadas y consecutivas (...) El blastocisto humano busca su lugar de implantación, orientándose de forma específica con su masa

⁵⁷⁷Solé M., Boada, M. y Coroleu, B. Criopreservación de gametos y embriones. *Fundamentos de reproducción humana*, J.M. Bajo Arenas y B Coroleu Lletget. Editorial Panamericana. Madrid. (2009). Págs. 273 y 274.

⁵⁷⁸Moreno, J., Casañ, E.M., Gijón, L. y Moreno, D. Criopreservación embrionaria. *Reproducción Asistida. Abordaje en la práctica clínica*. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina. (2009). Pág. 383.

celular interna en el polo en el que el trofoectodermo⁵⁷⁹ se va a adherir al epitelio endometrial superficial. En la fase de adhesión, se produce el contacto directo entre el epitelio endometrial y el trofoectodermo del blastocisto. La rotura de la barrera epitelial es fundamental para permitir la progresión del blastocisto hasta el estroma endometrial⁵⁸⁰. Finalmente, durante la invasión, el trofoblasto embrionario penetra en el estroma e invade los vasos endometriales-miometriales, reemplazando en parte a las células endoteliales.⁵⁸¹ La transferencia en el útero se realiza con finos catéteres de teflón. Muy frecuentemente la transferencia de los embriones es ecoguiada, para garantizar que, al menos, los embriones han sido correctamente depositados en la cavidad uterina⁵⁸².

Existen varias modalidades de transferencia tubárica, según se realice con gametos (GIFT), con cigotos (ZIFT) o con embriones (TET). Desde un enfoque fisiológico, y dado que los embriones se transfieren habitualmente en los estadios precoces del desarrollo preimplantación, esta modalidad de transferencia embrionaria constituiría la forma más adecuada de alojarlos en el aparato genital femenino. Sin embargo, en la práctica no ha ofrecido los beneficios que de ella cabría esperar frente a la transferencia embrionaria transcervical intrauterina. La transferencia transmimetrial está reservada para los casos límite en los que no sea posible la vía transcervical ni la intratubárica. Se trata de realizar la transferencia embrionaria a través del tejido miometrial y con control ecográfico⁵⁸³.

Al igual que ocurre con la inseminación artificial, no es fácil dar con datos contrastados acerca de los resultados de la fecundación in vitro. Es cierto que son muy variables, dependiendo de la edad de la mujer, la pericia del equipo médico, etcétera, pero lo que es

⁵⁷⁹El trofoectodermo es una capa de células epiteliales, continua e impermeable, que rodea y recubre al blastocisto. Es el epitelio precursor de la placenta y el primer componente del sistema de estructuras extraembrionarias.

⁵⁸⁰Estroma es el almacén o entramado de un órgano, en este caso del endometrio que es la mucosa que recubre el interior del útero.

⁵⁸¹ Simón, C., Valbuena, D., Martín, J., Mercader, A., Garrido, N., Rossal, L.P., Pellicer, A., Remohí, J. La implantación embrionaria en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Pág.421

⁵⁸² Comino Delgado, R. y López García, G. (coord.) *Obstetricia y ginecología*. Ed. Ariel. Barcelona. (2004).Pág. 653.

⁵⁸³ Datos tomados de Landeras, J., Cano, F., Ballesteros, A., Hidrovo, J., Nicolás, M., Sagastegui, C., Gaytán, J., Pellicer, A., Remohí, J. Transferencia embrionaria en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Pág. 475 a 482.

seguro es que si bien son ahora más prometedores que en sus inicios, el avance parece haberse detenido y, desde luego, son inferiores a lo que, en general se piensa. La idea habitual de personas ajenas a estos tratamientos es que éstos acaban normalmente con la pareja o la mujer llevándose un niño a casa, lo que dista de ser cierto: “A pesar de haber transcurrido 20 años desde los comienzos de la fecundación in vitro, la tasa de recién nacidos por tratamiento continúa siendo muy baja. Una de las principales causas parece ser el bloqueo del desarrollo embrionario antes de la implantación (...) in vitro se produce más despacio y con menos éxito que en el útero”⁵⁸⁴. Lo que sí ha cambiado, al parecer es el número de embriones transferidos en cada ciclo. Ahora se considera que es mejor no transferir muchos, incluso se habla de uno solo, pero hasta no hace mucho tiempo se transferían varios con la esperanza de que alguno se implantara en el útero. El problema es que, frecuentemente se implantaban varios, dando lugar a embarazos múltiples. Como eso no era deseable (en muchas ocasiones se trataba de mujeres de más de 40 años con hijos de relaciones anteriores que no quieren más que un hijo más) se acude a la “reducción embrionaria” que no es (en una nueva manipulación del lenguaje) hacer más pequeños los embriones, sino abortarlos. La técnica más usada era introducir una aguja transabdominalmente, atravesar el tórax del feto e inyectar al feto cloruro de potasio⁵⁸⁵. Es decir, se trataba de un aborto fuera de las indicaciones legalmente despenalizadas.

Según el citado López de Lera que recoge los incompletos datos de la Sociedad Española de Fertilidad y los de Cataluña, a finales de los 90 se podrían estar iniciando alrededor de 12.500 ciclos y realizando alrededor de 10.200 transferencias de embriones fecundados in vitro al año en España. De este grupo de mujeres, sólo entre 2000 y 2500 consiguen tener un parto con al menos un nacido vivo, lo que significa que cerca del 1% del total de nacimientos en España en esa época eran de fecundación in vitro. Concluye el autor señalando el contraste que existe entre la eficacia desde punto de vista técnico (obtención de embriones), sanitario (pocos embarazos) y del usuario (muy pocos niños nacidos). Es obvio que la falta de información vulnera el derecho de las personas que recurren a estas

⁵⁸⁴ Galán, A., Simón, C., Valbuena, D., Troncoso, C., Meseguer, M., Crespo, J., Pellicer, A. y Remohí, J. Factores de supervivencia y apoptosis en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Pág. 404.

⁵⁸⁵ Evans, M.I. y Wapner R.J. Selective reduction, en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. The Parthenon Publishing Group, Inc. Nueva York. (2002). Pág 205.

técnicas, a la hora de decidir si se someten a un tratamiento que puede catalogarse como agresivo contra su cuerpo y cuya utilidad y efectividad aún no ha logrado despegar⁵⁸⁶.

En cuanto a los resultados, también es importante la salud de los nacidos mediante FIV en comparación con los nacidos mediante fecundación natural. Como en este tema hay importantes intereses económicos, hay estudios en ambos sentidos. Sin embargo, uno amplio publicado por los Centros de Control de Enfermedades de Estados Unidos en 2008⁵⁸⁷ concluyó que los niños concebidos mediante FIV tienen entre dos y cuatro veces más probabilidades de tener ciertos tipos de defectos congénitos que los concebidos naturalmente. El estudio muestra que en los embarazos de un solo hijo, las técnicas de reproducción asistida están relacionadas con el doble de riesgo de algún tipo de problemas cardíacos, más de dos veces con el riesgo de fisura de labio con o sin fisura palatal y alrededor de cuatro veces más el riesgo de ciertos defectos gastrointestinales comparados con bebés concebidos sin tratamientos de fertilidad. Añade el estudio que, a pesar de estas conclusiones el riesgo en términos absolutos de cualquier defecto congénito permanece bajo. En los Estados Unidos el labio hendido con o sin fisura palatal afecta aproximadamente a 1 entre 950 nacimientos, doblando el riesgo en bebés concebidos mediante técnicas de reproducción asistida el riesgo quedaría en 1 entre 425. También hay que tener en cuenta que, como resultado de la reproducción asistida, son más frecuentes los partos múltiples que, por sí mismos, incrementan el riesgo de padecer defectos. En el mismo sentido, un estudio publicado el 12 de mayo de 2012 por The New England Journal of Medicine⁵⁸⁸ y realizado por la Universidad de Adelaida. De 308.974 nacimientos estudiados, 6.163 lo fueron por reproducción asistida. Según el estudio, el riesgo de los defectos de nacimiento en embarazos de fecundación asistida fue del 8,3% (513 defectos), en comparación con el 5,8% de los embarazos que no implican la concepción asistida (17.546 defectos). El riesgo de defectos congénitos de la FIV fue del 7,2% (165 defectos de nacimiento), y la tasa para la ICSI fue superior, 9,9% (139 defectos). Y es que parece que con la técnica ICSI, los riesgos son mayores, probablemente porque el espermatozoide ni

⁵⁸⁶ *Op cit.* Pág. 118.

⁵⁸⁷ Consultado en http://www.cdc.gov/media/pressrel/2008/r081117.htm?s_cid=mediarel_r081117

⁵⁸⁸ Davies, M.J. et al. Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects. N Engl J Med 2012; 366:1803-1813 (2012) Consultado en <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1008095>.

siquiera tiene la capacidad natural de atravesar la membrana del óvulo. Estos riesgos fueron también destacados por un artículo publicado por *The New England Journal of Medicine* en 2002⁵⁸⁹. Estos informes no han merecido la menor atención de los legisladores que parecen hacer prevalecer el interés de las clínicas de reproducción asistida sobre el derecho a la protección de la salud de los nacidos mediante esas técnicas.

Otro estudio publicado en *The Lancet* en julio de 2008⁵⁹⁰, va en el mismo sentido, aunque culpa no a las técnicas sino a la situación de los que acceden a ellas. Después de estudiar a 2546 mujeres que habían dado a luz a hijos concebidos tanto naturalmente como mediante técnicas de reproducción asistida, llegó a la conclusión de que los resultados adversos que se han asociado con este tipo de fertilización podrían deberse realmente a factores relacionados con la infertilidad más que a la tecnología reproductiva". En un editorial publicado en la misma revista se señala que "considerando que entre un 1% y un 4% de los recién nacidos que vienen al mundo en Europa se conciben por reproducción asistida, la seguridad es importante. (...) Debemos conocer mejor las razones por las que la infertilidad y la estimulación de los ovarios podrían tener efectos adversos en la salud de los niños. Por tanto, es necesario vigilar los riesgos a corto y largo plazo de la reproducción asistida".

d) Congelación de óvulos.- Mientras que la congelación de semen dio buenos resultados desde el principio, no ocurrió lo mismo con la congelación de óvulos. Dada la inseguridad de la técnica, la anterior Ley de Reproducción Asistida establecía la prohibición de la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no hubiera suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación. No obstante, a mediados de los años noventa del pasado siglo nacen los primeros niños concebidos a partir de óvulos congelados. "Ya habían nacido más de cien niños utilizando óvulos descongelados, uno de ellos en España, que motivó un gran revuelo, con absurdas amenazas de cerrar el Centro y sancionar al responsable, Dr. Simón Marina"⁵⁹¹. De lo que

⁵⁸⁹ Hansen, M. et al. The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization, 346 *New England. Journal of Medicine*. 725 (2002)

⁵⁹⁰ Consultado en <http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140673608610417/>

⁵⁹¹ Palacios Alonso, M. Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005 en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando*

se escandaliza el impulsor de la Ley de 1988 es de que se intentara aplicar una sanción a una clínica por una infracción tipificada en la propia ley que impulsó.

Al ir avanzando la técnica, se permitió con ciertas limitaciones, mediante el Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida. Alkorta consideró loable que frente a los colectivos que reclamaban la aprobación inmediata e incondicional de la crioconservación de ovocitos para el uso clínico habitual, el Ministerio de Sanidad hubiera considerado que se trata de una técnica cuyos efectos para la salud del nacido son aún inciertos, y que no cabe generalizarla hasta que se adquiriera una mayor certeza sobre su inocuidad. Un estudio de la Universidad Autónoma de Barcelona y del Instituto Dexeus observó que los cromosomas de los óvulos congelados se desordenan durante la descongelación (sobre todo los óvulos congelados en la metafase II). El empleo de óvulos congelados podría ser responsable de una incidencia mayor de aneuploidias⁵⁹² en los embriones obtenidos por este método⁵⁹³. La Ley vigente mantiene la cautela, al establecer en su artículo 11.2 que la utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente. No obstante, la técnica se va normalizando y obteniendo resultados positivos, pues ya no se utiliza la congelación, sino la vitrificación. El 27 de noviembre de 2008, el diario El País informaba de que, por primera vez, en Vigo, había nacido una niña engendrada mediante un óvulo congelado. La novedad se encontraba en el hecho de que el embrión obtenido fue también congelado.

Plana Arnaldos⁵⁹⁴ considera que esta técnica puede ser positiva, dado que “permite evitar los problemas éticos que produce la generación de preembriones excedentes, así como para

Montovani. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005). Pág. 53.

⁵⁹²La aneuploidia se refiere al cambio en el número de cromosomas que dan lugar a enfermedades genéticas. Los cromosomas son paquetes de DNA que guardan toda la información genética. Un cromosoma de más o de menos, puede hacer que el embrión no sea viable o nazca afectado de determinados síndromes, siendo el más conocido el síndrome de Down.

⁵⁹³ Alkorta Idiákez, I. *Op. cit.* Pág. 190.

⁵⁹⁴ Plana Arnaldos, M^a del C. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2007). Págs. 405 y 406

el caso de “mujeres muy jóvenes en las que no se puede inducir la ovulación, pero se prevé su infertilidad” o para “casos en los que no hay tiempo para completar los tratamientos de fecundación (quimioterapia o radioterapia)”. También apunta otras ventajas más discutibles, como permitir a la mujer retrasar su edad de maternidad “contando para ello con óvulos jóvenes”. Y es que, el interés por la congelación de óvulos rápidamente se extendió a otras pacientes, para las cuales no era médicamente necesaria. Las mujeres jóvenes, bien sincronizadas con sus propios relojes biológicos, empezaron a considerar la congelación de óvulos como una manera posible de prolongar los años de fertilidad durante un período extenso: un modo de superar la declinación de la fertilidad que sobrevendría después de los 35 años. Y las clínicas de fertilidad comprendieron que la criopreservación de óvulos (...) representaba un nuevo mercado para los servicios de reproducción”⁵⁹⁵.

e) Donación de ovocitos.- Se ha definido como la técnica de reproducción asistida en la cual el gameto femenino es aportado por una mujer distinta a la que recibirá éste o el embrión resultante. Desde la descripción de la primera gestación obtenida mediante esta técnica por Trounson y cols. en 1983, y la primera gestación a término, en 1984, por Lutjen y cols., su difusión ha crecido paulatinamente, debido a los excelentes resultados obtenidos y a la generalización de sus indicaciones. El origen de los ovocitos donados tiene varias fuentes posibles:

1) Mujeres, generalmente estudiantes universitarias, que desean donar ovocitos al ser informadas sobre el programa. 2) Mujeres fértiles que desean someterse a esterilización tubárica y a las que se les realiza ésta de forma gratuita a cambio de que acepten la estimulación ovárica y la donación de ovocitos. 3) Pacientes altas respondedoras del programa FIV que desean de forma voluntaria y anónima, donar parte de los ovocitos obtenidos.

En principio, la donación ha de ser altruista, pero lo cierto es que tal y como se verá, al analizar la regulación legal, las mujeres reciben una compensación económica. En los casos 1) y 2) la contraprestación económica está clara. En el caso 3) es más sutil, se trata de mujeres bajo tratamiento que con la donación reducen el importe de dicho tratamiento o mejoran su puesto en la lista de espera. A esta última modalidad se refirió la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en su primer informe anual, como

⁵⁹⁵ Spar, D.L. *Op. cit.* Pág. 110

“compensación en especie” y merece, con razón a nuestro juicio, la crítica de Alkorta⁵⁹⁶, pues “puede suponer una forma de coerción sobre mujeres con un alto grado de ansiedad que estuvieran dispuestas a cualquier cosa por comenzar el tratamiento, incluso a costa de minorar sus propias posibilidades de embarazo”. Aunque la Ley española establece la gratuidad de la donación, da la sensación que se ha establecido un negocio de compra-venta de óvulos con la excusa humanitaria de hacer feliz a una mujer que no puede tener hijos por carecer de óvulos o porque entró en la menopausia. La donación gratuita puede entenderse cuando se hace por una hermana, una amiga... pero no para terceros o para una investigación de resultados inciertos. La donación de óvulos va en aumento en España. El perfil mayoritario de las donantes es de estudiantes o paradas, lo que dice mucho sobre la práctica. Ya en 2004, España estaba a la cabeza en Europa de esta técnica. En el total de Europa se llevaron a cabo 6530 ciclos con óvulos donados, mientras que sólo en España la cifra fue de 1577. No hemos podido encontrar datos más actualizados. No obstante, en la página web <http://www.reproduccionasistida.org>, patrocinada por varias de las principales clínicas de reproducción asistida, Mireia Poveda García escribe un artículo el 5 de enero de 2011, que lleva por título “España encabeza la donación de óvulos”⁵⁹⁷. Llama la atención, a la vista de los riesgos que comentamos antes, que en esa misma página web se afirme: “Es un proceso indoloro y las molestias que puede ocasionar son familiares para las mujeres, ya que pueden equipararse a los dolores menstruales o a las molestias propias de una citología. Además la donación de óvulos no compromete para nada la futura fertilidad de la donante. El espacio de tiempo entre una donación y otra es de 2 meses, y hay estudios que aseguran que la mayoría de las donantes repiten el proceso pasado este período de reposo aconsejado”⁵⁹⁸.

También cabe plantearse si más allá del documento que se les da a firmar a las mujeres donantes, se les informa verbalmente y de forma comprensible de los riesgos de la intervención, especialmente el síndrome de hiperestimulación ovárica, a cuya gravedad nos hemos referido antes. El riesgo al que se somete la madre usuaria de las técnicas con la estimulación ovárica supone que se criticara la limitación en la obtención de óvulos por

⁵⁹⁶ *Op. cit.* Pág. 257

⁵⁹⁷ Consultado en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/espana-donacion-ovulos/>

⁵⁹⁸ Consultado en <http://www.reproduccionasistida.org/donacion-de-ovulos/>

ciclo (establecida en 2003), optándose después por la congelación de los embriones sobrantes. Por el contrario, ninguna cautela existe para las mujeres donantes, que pueden ir a la misma clínica o a varias, cuantas veces quieran. En cuanto a la opinión de las donantes, un estudio de 2003 hecho sobre 52 mujeres que habían donado óvulos en un centro concluyó que más de la tercera parte de las mujeres entrevistadas no volverían a donar óvulos de nuevo. Entre las mujeres incluidas en el estudio, un 44 por ciento recibió 5000 dólares por la donación; un 16%, 3500; otro 16%, 3000 y un 23% entre 2000 y 25000 dólares. Pese al rechazo de ese más de un tercio, un 11% contestó que donaría óvulos, incluso si no recibía compensación⁵⁹⁹.

Las tasas de gestación mediante esta técnica son las más elevadas que en cualquier otro tipo de procedimiento. Se ha superado la dificultad de sincronizar el proceso ovulatorio de la donante y el desarrollo endometrial de la receptora. El otro gran aspecto a considerar lo constituye, la actitud de la paciente subsidiaria de una donación de ovocitos; suele ser necesaria una labor de mentalización sobre la paciente respecto del grado de maternidad de su futuro hijo. La potenciación de las vertientes biológica y educacional de la maternidad, sobre la genética, resulta fundamental a la hora de ayudar a la pareja a tomar una decisión⁶⁰⁰ (a favor se entiende).

f) Maternidad subrogada.- Se trata del proceso por el cual una mujer gesta un hijo por encargo de otra persona o pareja. El primer embarazo conseguido con FIV-subrogación se publicó en 1985. El embrión que se transfiere puede provenir de gametos de la pareja comitente, del semen del varón y óvulo de la madre de alquiler, o de semen y óvulo de terceros, o de un embrión donado. En los dos últimos casos existirían hasta cinco personas que podrían reclamar la paternidad: 2 genéticos (los donantes de los gametos o del embrión), la mujer gestante y la pareja que encarga el hijo. Al margen de los problemas jurídicos que plantea, la técnica ha recibido duras críticas. Mayor Zaragoza⁶⁰¹ dice que

⁵⁹⁹Consultado en <http://www.mindfully.org/Health/2003/Egg-Donors-Unwilling2jul03.htm>

⁶⁰⁰Bosch, E., Bellver, J., Escudero, E., Pellicer, A., Rodríguez, M., Vidal, C., Gaytán, J. y Remohí, J. Donación de ovocitos en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. Madrid (2002).Pág 489 y sig.

⁶⁰¹Mayor Zaragoza, F. Gen-Ética en *Gen-ética*. Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. Coord. Ed. Ariel. Barcelona. 2003. Pág. 322.

“vencer las barreras de la infecundidad con la inseminación artificial, homóloga o incluso heteróloga, puesto que el ovocito o el espermatozoide pertenecen a la pareja, puede ser razonable. Pero cuando ya ni el ovocito ni el espermatozoide pertenecen a la pareja y, además, tampoco el seno en el cual se desarrolla el cigoto es el de la mujer que pretende salvar las barreras de infecundidad, en estos casos, cuando ya no existen aportaciones genéticas de los progenitores ni siquiera la influencia en el desarrollo de los genes foráneos que se les confía, el artificio alcanza límites injustificables(...) es necesario aplicar grandes dosis de buen sentido y no permitir que casos excepcionales y rebuscados acaparen el tiempo de experimentación y de reflexión que es necesario para otras cuestiones de más amplia incidencia”.

g) Diagnóstico preimplantatorio.- Supone el análisis del ADN de una célula o más células del embrión, que hay que extraer para determinar la existencia de determinadas enfermedades que, siguiendo la terminología de la Ley, desaconsejan su transferencia. La práctica de este diagnóstico requiere procedimientos de micromanipulación. “La utilización de descargas de láser o de medios ácidos que permitan llevar a cabo la apertura puntual y localizada de la zona pelúcida y la posterior aspiración de las células embrionarias son las tecnologías más ampliamente utilizadas”⁶⁰². Las biopsias se realizan sobre el cuerpo polar, blastómero o trofoblasto⁶⁰³. Hay que tener en cuenta que si se extrae una célula de un

⁶⁰² Vidal F., Veiga, A. y Parriego, M. Diagnóstico Genético Preimplantacional. *Fundamentos de reproducción*, J.M. Bajo Arenas y B. Coroleu Lletget. Editorial Panamericana. Madrid (2009). Pág. 291.

⁶⁰³ Bonilla-Musoles, F., Dolz, M., Casañ, E.M., Moreno, J., Bonilla, F., Raga F. y Abad de Velasco, L. Procedimientos de reproducción asistida. *Reproducción asistida, abordaje en la práctica clínica*, AA.VV. Editorial Panamericana. Madrid (2009). Pág 293. Como ya hemos dicho, los gametos surgen mediante una división celular especial llamada meiosis. De una célula originaria surgen cuatro células, una se convierte en óvulo y las otras en cuerpos polares. Según los autores citados el análisis de las células se hace mediante:

a) Amplificación de secuencias específicas mediante reacción en cadena de la polimerasa (PCR). La reacción en cadena de la polimerasa, es una técnica que permite replicar entre cientos de miles y millones de veces, en el transcurrir de pocas horas e in vitro, pequeñas cantidades de ADN.

b) FISH o hibridación in situ con fluorescencia. La FISH es una tecnología que utiliza sondas de ADN marcadas con un fluoróforo para detectar o confirmar anomalías génicas o cromosómicas. En primer lugar, de la muestra de DNA se separan las hebras complementarias de la estructura en doble hélice del DNA. A la muestra desnaturalizada se le añade entonces la sonda de interés, marcada con un fluoróforo, que se asociará al ADN de la muestra en el sitio diana, en el proceso denominado

embrión en estado de mórula, dicha célula es capaz de desarrollar un individuo completo (habríamos creado un gemelo). Es por eso por lo que la legislación alemana extiende la protección otorgada al embrión a cada célula totipotente obtenida del mismo.

La Exposición de Motivos de la LTRHA se refiere al diagnóstico preimplantacional como técnica complementaria o coadyuvante a las de reproducción asistida y dice se trata de evitar la aparición de enfermedades, “en particular en las personas nacidas”, con lo que implícitamente parece admitir que existen personas no nacidas. Según el artículo 12, como dijimos al hablar de la eugenesia podía tener por objeto la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales⁶⁰⁴ con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia y la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

Pero las finalidades previstas no terminan aquí, pues añade en su apartado 2 que la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad⁶⁰⁵ de los preembriones in vitro

hibridación, donde se vuelve a formar una doble hélice. La señal emitida por la sonda se observa mediante un microscopio de fluorescencia y así la muestra de ADN se puede clasificar según la presencia o ausencia de la señal.

c) Amplificación del genoma total mediante hibridación genómica comparativa (CGH). Está técnica incluye el empleo de microchips de ADN, es decir, un dispositivo compuesto por pequeños trozos de ADN artificial que facilita la lectura de todos los cromosomas de la célula. La información obtenida es luego analizada mediante el empleo de computadoras integradas a un complejo software.

El diario ABC informaba el 8 de julio de 2013 que había nacido un bebé concebido a través de FIV, seleccionado a través de una nueva técnica denominada “secuenciación de próxima generación”. El procedimiento permite detectar más posibles problemas genéticos y se realiza rápidamente (en 16 horas), lo que evita la congelación de los embriones.

⁶⁰⁴Condiciones que no se cumplen, pues se utiliza para diagnosticar enfermedades que no reúnen esa características.

⁶⁰⁵Los antígenos de histocompatibilidad son glicoproteínas que poseen todas las células del organismo y que pueden ser de dos tipos: HLA de clase I (del inglés Human Leucocyte Antigen, Antígenos Leucocitarios Humanos) que están presentes en todas las células con núcleo y en las plaquetas; y HLA de Clase II que están presentes en la membrana de los linfocitos B y los macrófagos. Fueron descubiertos por su participación en los mecanismos de rechazo de órganos trasplantados entre individuos genéticamente diferentes. Cada individuo tiene una dotación de antígenos de histocompatibilidad específica que le diferencia del resto de individuos. La presencia

con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

En España, la principal causa de indicación de esta técnica es en supuestos de abortos de repetición por sospecha de aneuploidias. También se utiliza para la selección de sexo y para la determinación de antígenos de histocompatibilidad. Esta última indicación se refiere a la selección de embriones que sean compatibles con un hermano enfermo, con la finalidad de que éste pueda recibir un trasplante de aquél cuando nazca.

2.1.c) Valoración de las técnicas.- Las técnicas de reproducción asistida se valoran positivamente, ya que se han convertido para muchos, no en un tratamiento médico para superar la infertilidad, como fueron concebidas inicialmente, sino en otro mecanismo de liberación de las mujeres de *sus servidumbres* biológicas. Esta opinión no es compartida unánimemente. Es conocida la oposición de la Iglesia Católica en contra de estas técnicas. La Instrucción *Donum Vitae* de 22 de febrero de 1987, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación parte del derecho a la vida del embrión desde el momento de la concepción, por lo que reciben una valoración ética negativa las técnicas de fecundación *in vitro* debido a que la conexión entre estas técnicas y la eliminación voluntaria de embriones humanos se verifica frecuentemente. “Sin embargo, este tipo de abusos no exime de una profunda y ulterior reflexión ética sobre las técnicas de reproducción artificial consideradas en sí mismas, haciendo abstracción, en la medida de lo posible, del aniquilamiento de embriones producidos *in vitro*.”⁶⁰⁶. Dichas técnicas se rechazan por ser incompatibles con la dignidad de los padres y de los hijos. El 8 de septiembre de 2008, la Congregación para la Doctrina de la Fe publicó un nuevo documento, *Dignitas Personae*, poniendo al día el anterior, aunque manteniendo los mismos principios: rechaza la fecundación heteróloga y las técnicas de fecundación artificial homóloga que sustituyen al acto conyugal y las técnicas de fecundación *in vitro* que se

de estos antígenos determina que el sistema inmunitario reconozca los tejidos como propios o extraños. Datos tomados de *Bases de la Fisiología* 2ª Ed. Gal Iglesias, B., López Gallardo, M., Martín Velasco, A.I. y Prieto Montalvo, J. Editorial Tébar (2007). Pág. 120.

⁶⁰⁶http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_1987022_2_respect-for-human-life_sp.htm

desarrollan de hecho como si el embrión humano fuera un simple cúmulo de células que se usan, se seleccionan y se descartan. Añade que impresiona el hecho de que tanto la deontología profesional más elemental como las autoridades sanitarias jamás admitirían en ningún otro ámbito de la medicina una técnica con una tasa global tan alta de resultados negativos y fatales.⁶⁰⁷

Aunque en contra de lo que interesadamente se afirma, las voces contrarias a las técnicas de reproducción asistida no se reducen al ámbito estrictamente católico. La doctrina de los evangélicos sobre esta cuestión es que los matrimonios que no pueden tener hijos pueden acudir a las técnicas de reproducción asistida con el ánimo de procrear. Los gametos deben proceder de la pareja, salvo que exista causa justificada para usar gametos donados por tercero. Los embriones obtenidos mediante fecundación in vitro tienen la misma condición moral que los creados de manera natural⁶⁰⁸. La Iglesia anglicana admite la inseminación homóloga y rechaza la heteróloga (...) El judaísmo presenta reservas sobre la inseminación homóloga, rechazando la heteróloga totalmente, aunque no otorga ninguna relevancia ética a los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, debido a que no son producto de una relación conyugal ni se han implantado en el seno materno (...) El Islam rechaza totalmente estas técnicas, siguiendo su postura tradicional que no permite ni la adopción ni el reconocimiento de un hijo ilegítimo⁶⁰⁹.

Al margen de posturas confesionales, existe una corriente de corte feminista que también manifiesta su oposición. Con carácter general, Susan Sherwin ha criticado la medicalización de ciertos procesos femeninos normales, tales como el embarazo o la menopausia, en el sentido de que colocan a las mujeres bajo el poder de la medicina patriarcal⁶¹⁰. Más específicamente, Irma van der Ploeg destaca en primer lugar que frente a las cifras de éxito las técnicas presentan un porcentaje de problemas que no puede ignorarse:

⁶⁰⁷http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html

⁶⁰⁸ Datos tomados del Comunicado Final de la Alianza Evangélica Española sobre las II Jornadas celebradas en Madrid en diciembre de 2000. Consultado en www.aeesp.net/bioetica

⁶⁰⁹ Fábrega Ruiz, C. F. *Op cit.* Pág. 84.

⁶¹⁰ Sherwin, S. *No longer patient.* Temple University Press. Philadelphia (1993). Págs. 99 a 158.

“thus, counterpart to any clean percentage of success, however calculated and valuable to the lucky ones concerned, is a multitude of disappointments, tragedies, health risks and actual physical and emotional damage. Although childbearing without medical assistance carries risk and potential tragedy too, IVF and associated techniques bring along substantial amounts of sickness, pain and grief that should be considered iatrogenic in nature”⁶¹¹.

Y señala esta autora que si bien las técnicas fueron establecidas inicialmente para superar patologías femeninas, en especial relacionadas con problemas en las trompas de Falopio, actualmente se utiliza cada vez en casos de infertilidad masculina, con gran éxito en la técnica conocida como ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides). Con ello, en palabras de la autora

“While still directed at one body, the female, a therapeutic practice was developed to deal with problems that could reside in a different body altogether”⁶¹².

En España, Serna Meroño dice que la LTRHA exige que el consentimiento debe ser libre y “es todavía hoy una realidad que las mujeres experimentan una fuerte presión social respecto de la maternidad, razón por la cual la decisión de someterse a tales técnicas pudiera no ser el resultado del ejercicio libre de la autonomía de su voluntad, pues pensando desear una maternidad, la mujer pudiera actuar inducida por los deseos de los demás⁶¹³”.

La idea de que las técnicas merecen una valoración crítica por parte de las mujeres ha sido destacada por Ascensión Cambrón Infante y M^a Cruz Díaz de Terán. Dice la primera que:

“el nuevo modo de reproducirse la especie tiene así en el orden simbólico dos consecuencias de importancia para la mujer. En primer lugar implica una ruptura con la forma tradicional de concebir y vivir la maternidad, en tanto altera su identidad y la priva de la autoridad que la sustenta en origen. Además, el recurso a estas técnicas médicas

⁶¹¹Van der Ploeg, I. *Op. Cit.*. 2001. Pág 27.

⁶¹² Van der Ploeg, I. *Op. cit.* Pág 50.

⁶¹³Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica. *Derecho Privado y Constitución n° 26*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2012). Pág. 301.

conduce a las mujeres a <<entregarse>> al poder de la medicina. Mediante estos mecanismos, las mujeres y sus parejas entran en conflicto consigo mismas y con las relaciones tradicionales de familia”⁶¹⁴. Y Díaz Terán:

“la supuesta terapia –que no pretende en ningún caso curar- se traduce en una intensa medicalización de la mujer, incluso en los casos en que la causa de esterilidad tiene un origen masculino”⁶¹⁵.

Por último, citaremos a Encarnación Fernández Ruiz- Gálvez

“En el ámbito del feminismo (...) se ha planteado el problema de si tales procedimientos pueden ser considerados como una forma de opresión o de liberación de las mujeres (...) Las técnicas de reproducción artificial implican una visión mecanicista del cuerpo. Reducen el cuerpo de la mujer a objeto y lo someten a una manipulación dolorosa y perjudicial que comporta riesgos para su salud. Estas invasiones físicas generan ansiedades y traumas. Incluso en los casos de infertilidad masculina es el cuerpo de la mujer el que se manipula”⁶¹⁶. Y añade esta autora que “se trata más bien de que los equipos científicos y el empresariado han descubierto en la capacidad procreadora del cuerpo femenino un nuevo campo de inversión y para la obtención de beneficios en unos momentos en los que otros sectores ya no ofrecen tan buenas perspectivas. El modelo capitalista del crecimiento continuado exige crear nuevas necesidades que generen una demanda para las nuevas mercancías. Así ha surgido una auténtica industria de la reproducción(...) Con estas tecnologías la maternidad deja de ser un proceso creativo al que la mujer contribuía con su

⁶¹⁴ Cambrón Infante, A. Fecundación in Vitro y agresiones al cuerpo de la mujer, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Edición de Ascensión Cambrón Infante. Editorial Trota (2001). Madrid. Pág 173. La autora también destaca los riesgos físicos que suponen el tratamiento hormonal, laparoscopia para recuperar los óvulos, abortos, embarazos y partos que suelen ser por cesárea.

⁶¹⁵ Díaz de Terán Velasco, M.C. *Op. cit.* Pág. 53.

⁶¹⁶ Fernández Ruiz-Gálvez, E. Mujeres y técnicas de reproducción asistida ¿autonomía o sujeción? *La humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord.) Editorial Comares, Granada. (2002). Págs. 159 y 170.

cuerpo en calidad de ser humano activo y se convierte en un proceso de producción industrial⁶¹⁷.

Incluso, mujeres que han tenido hijos a través de estas técnicas, ponen de relieve sus problemas. En un artículo publicado en *The Independent on Sunday*, el 30 de agosto de 2009, la escritora británica Rebecca Frayn señalaba los siguientes aspectos: “el hecho es, sin embargo, que muchas parejas que se someten a la FIV están empeñados en obtener un bebé a cualquier coste a menudo desarrollando una premeditada miopía sobre los riesgos para no ser desviados de su objetivo. Yo lo sé, porque me pasó a mí también”. Después de tener dos gemelos, al plantearse tener un tercer hijo mediante estas técnicas parecía como si hubiera abierto la caja de Pandora. En cuanto a lo que había dentro de la caja dice que “estaba, claro la naturaleza invasiva de todo el proceso. Agujas, exámenes íntimos, tintura enviada a través de las trompas de Falopio. La incómoda comprensión que de repente, en el asunto de la concepción, que uno esperaba conseguir privada y amorosamente, ahora tiene un pesado precio que pagar por el equipo de extraños a los que uno debe –en todo sentido– exponerse. De alguna manera, puse estos desagradables detalles de lado”. También desechó el miedo a padecer cáncer asociado a la cantidad de hormonas que tenía que ingerir y eso a pesar de que dos periodistas (Liz Tilberis y Ruth Picardie) habían muerto respectivamente de cáncer de ovarios y de pecho después de muchos ciclos de FIV. Otra preocupación era que en su caso debían acudir a la ICSI y había leído que pese a su amplia utilización, no sólo no había habido ensayos clínicos, sino que un trabajo de investigación norteamericano había puesto de relieve serias preocupaciones sobre el desarrollo de los niños concebidos con esa técnica. Cuenta que una amiga había tenido gemelos con ICSI y no había mencionado estos serios interrogantes. La autora sólo puede suponer que estaba mirando hacia otro lado. Por su parte ¿por qué no abandonó? Dice que supone que estaba por entonces atrapada en el puño de hierro de la fiebre de la reproducción. Expuso sus dudas al consejero de la clínica que la remitió al embriólogo senior que le dijo que aunque había tenido dudas sobre el procedimiento (curiosamente y pese a ello siguió adelante), no había habido problemas de salud con los bebés que la clínica había producido (la palabra que define la actividad no puede ser más expresiva) y que desechó el estudio que ponía en

⁶¹⁷ Fernández Ruiz-Gálvez, E. Mujeres y técnicas de reproducción artificial: ¿autonomía o sujeción? en *La humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Pág. 168 y 169

evidencia los riesgos porque tenía fallos (no obstante, no invocó estudios alternativos que justificaran su opinión). Después de eso nuestra autora dijo que “dejó de lado todas las dudas, pagó la sustancial suma que se requería y se embarcó en el proyecto”. Concluye su artículo que quedaba una última cuestión relativa a las equivocaciones en los laboratorios que podría dar lugar a que lleves en tu seno el hijo de otros. Era tan inquietante esta perspectiva que, honestamente nunca permitió que su mente se detuviese en ello. Por entonces, había desarrollado también el truco de la miopía premeditada. Cuando estaba escribiendo una novela sobre la FIV, el embriólogo antes mencionado le mostró el laboratorio. La autora pensó qué vulnerables al error humano podían ser estos preciosos elementos de óvulos y espermatozoides una vez arrojados fuera de sus cuerpos y almacenados como muchos alimentos en el congelador. Finalmente, se tranquilizó cuando al nacer su hija le dijeron que era su vivo retrato y, posteriormente, cuando empezó a ir al colegio sin manifestar ningún problema de salud.

2.1.d) Fines.- En principio, las técnicas de reproducción asistida surgieron como una respuesta médica para las parejas que no podía concebir hijos. Comparativamente con otras especies animales, la capacidad reproductiva del ser humano es poco eficaz. Suponiendo que la pareja no padezca problemas de salud que afecten a esta cuestión, en el período de mayor fertilidad de la mujer, a los 25 años es del 35% y va disminuyendo progresivamente con la edad, a los 35 años es del 8%, a los 38 años es del 2% y del 0% a partir de los 50 años⁶¹⁸.

Es interesante la reflexión que realiza Carl Elliott, un filósofo de la Universidad de Minnesota en el sentido de que determinadas categorías de enfermedades se construyen mediante una variedad de razones sociales, culturales, psicológicas y económicas. Pone por ejemplo la depresión que era considerada poco frecuente antes de la segunda mitad del siglo XX. De hecho, pocas compañías farmacéuticas se centraban en crear antidepresivos porque pensaban que no eran rentables. Hasta que a principio de los años sesenta Merck produjo un nuevo antidepresivo que fue un éxito de ventas porque la compañía creó la idea de que la depresión era una enfermedad dominante, para lo que distribuyó entre los

⁶¹⁸Graña Barcia, M. Funcionamiento de un centro de reproducción humana asistida, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006). Pág. 62.

médicos 50.000 ejemplares de un libro sobre la cuestión. Pero no sólo es el mercado el que crea enfermedades, sino también la tecnología. Como ocurre con las técnicas de reproducción, una vez que se presenta el tratamiento una condición existencial se presenta como un problema médico⁶¹⁹.

En el lenguaje corriente, se suelen utilizar como sinónimos los términos infertilidad y esterilidad. En el área de la que nos ocupamos son diferentes: “esterilidad se refiere a la incapacidad para concebir, e infertilidad a la incapacidad para tener un hijo vivo”⁶²⁰. El mundo occidental está sufriendo un notable declinar de la fertilidad humana (...) Esta disminución puede explicarse tanto por la esterilidad voluntaria de muchas parejas que siguen diversos métodos anticonceptivos, como por la pérdida de potencial reproductor derivada del hecho de posponer la maternidad a edades más avanzadas⁶²¹. Se puede afirmar que la imposibilidad de concebir tras un año de relaciones sexuales frecuentes y no protegidas debe ser motivo para iniciar un estudio de la pareja (...) Hay algunos factores (...) que aconsejan iniciar el estudio antes de que transcurra un año (...) Entre ellos el más importante es la edad de la mujer(...) En la mujer (...) se observa claramente una disminución de la capacidad reproductora a partir de los 35 años, que se acentúa más aún a partir de los 40 años⁶²². Los factores que produce la esterilidad se clasifican en femeninos, masculinos y mixtos. Destacan Bolúmar y Rebagliato⁶²³ que dos factores relevantes en la probabilidad de concebir son el perfil hormonal preimplantación y la pauta de relaciones sexuales mantenidas por la pareja. En cuanto al primer aspecto un estudio, (North Carolina Early Pregnancy Study), puso de relieve que los perfiles hormonales de las mujeres sin problemas de fertilidad varían entre sus ciclos menstruales, de manera que permiten predecir la fertilidad del ciclo. En cuanto al segundo aspecto, el estudio citado concluyó que los embarazos se habían producido en aquellos casos en que las parejas habían mantenido relaciones sexuales al menos un vez dentro del período de seis días consecutivos que

⁶¹⁹ Elliot, C. American bioscience meets the american dream. *The american prospect*. (2003). Consultado en <http://prospect.org/article/american-bioscience-meets-american-dream>

⁶²⁰ Jausoro Subyaga, A. *Op. cit.* Pág. 23.

⁶²¹ Barri, P., Coroleu, B., Tur, R. Edad de la mujer y fertilidad en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Pág. 59.

⁶²² Ballesteros, A., Hidrovo, J., Landeras, J., Cano, F., Sagastegui, C., Pellicer A. y Remohí, J. Estudio de la pareja estéril en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Pág. 51.

⁶²³ Bolúmar, F. y Rebagliato, M. Epidemiología de la reproducción en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Págs. 45 y sig.

terminaron en el día de la ovulación. Dentro de esos seis días, había una menor probabilidad de concebir en el primero, y el de mayor, el día de la ovulación o el anterior.

En principio, por tanto, estas técnicas nacieron relacionadas con una condición física. De hecho, el Código de Ética y Deontología Médica, aprobado el 9 de julio de 2011, en su artículo 56 establece que “las técnicas de reproducción asistida sólo estarán indicadas como métodos para resolver la infertilidad de la pareja una vez agotados los procedimientos naturales”⁶²⁴.

Sin embargo, se han ido extendiendo a más y más supuestos que nada tienen que ver con la infertilidad, según se tratara de satisfacer deseos: mujeres solas, parejas homosexuales, maternidad subrogada, selección del sexo de los hijos y destino de los embriones para investigación. Los fines de las técnicas de reproducción asistida según la LTRHA se extienden extraordinariamente. No se trata sólo de beneficiar a las parejas que padecen esterilidad, sino que permiten el acceso a la mujer sola, la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético (cajón de sastre en el que se incluyen disparidad de fines) y la utilización de gametos y preembriones criopreservados (es llamativa la insistencia de la Ley en equiparar a gametos -espermatozoides y óvulos- con los embriones preimplantatorios).

En la Ley de 1988 se establecía expresamente en el artículo 1.2 que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. No obstante, esa definición fue modificada por una corrección de errores del Boletín Oficial del Estado, para añadir que se trataba de una finalidad “fundamental”⁶²⁵. En la nueva Ley “la actuación médica ante la esterilidad (...) ya no viene recogida, ni siquiera como una finalidad de estas técnicas entre otras varias finalidades”⁶²⁶. Cabe concluir en este

⁶²⁴Consultado en la página web del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf

⁶²⁵Díaz-Ambrona Bardají, M^a. D. Las técnicas de reproducción asistida, en *Introducción a la medicina legal*. Ediciones Díaz de Santos (2007). Pág. 35.

⁶²⁶González Morán, L. *Op. cit.* Pág. 632.

aspecto que la finalidad es atender a los deseos de paternidad o maternidad⁶²⁷, de forma que la autonomía de la voluntad es respetada casi ilimitadamente. Sólo cabe citar dos pequeños límites: en la fecundación postmortem (aunque generosísimamente admitida en la LTRHA) el elemento volitivo debe ir acompañado del elemento genético y en la llamada maternidad de alquiler el elemento volitivo no se tiene en cuenta. Aunque como hemos visto, esa segunda limitación se ha relativizado para aquellas parejas gays con capacidad económica para llevar a cabo el proceso en los Estados Unidos.

Esta consagración de la medicina del deseo, ha convertido a España en destino del llamado turismo reproductivo. El 20 de agosto de 2011, el diario El País, titulaba “25.000 europeas viajan cada año a otro país para tratarse la infertilidad”. Añadía que España, por su legislación y calidad, acoge a un tercio de las extranjeras. Los ingresos de las clínicas por este concepto alcanzan los 40 millones. Como la ley italiana tiene como finalidad la protección de la vida prenatal, el 42% de las extranjeras atendidas, son de esa nacionalidad. Anteriormente, el suplemento Crónica de El Mundo, el 21 de junio de 2009, publicaba un reportaje sobre la oferta que había lanzado el touroperador español Rainbow Tourism: «Venga a la playa en Alicante, pase una semana de ensueño en un hotel cinco estrellas, aproveche para inseminarse y quedarse embarazada y, como guinda, cácese a bordo de un barco en la bahía». Todo incluido”. Y este mismo suplemento de 1 de noviembre de ese año, hablaba del turismo del óvulo negro. Un fenómeno desconocido que, por la abundancia de donantes de óvulos y una ley que no tiene en cuenta la religión ni el estado civil, ha convertido España en el paraíso de parejas africanas y caribeñas infértiles. Entre ellas, una famosa presentadora de telediario de Senegal, Sow Seynabou Diop, y su marido, el ex ministro de Asuntos Exteriores, Cheikh Tidiane Gadio. Las que vienen a España pertenecen a la clase dominante de sus respectivos países, o son profesoras de universidad, o sus familias tienen importantes negocios. Son, digamos, las privilegiadas de África. Las clínicas privadas se han visto obligadas a recurrir a lo que llaman catálogo de etnias -tanto africanas como caribeñas- para satisfacer las exigencias de la creciente demanda. Entre las etnias más solicitadas, figuran las de etíope, keniata, nigeriano, jamaicano, cubano y brasileño.

⁶²⁷Según reconocía el 27 de diciembre de 2009 al diario La Razón la doctora Verdú, coordinadora de ginecología de la clínica Ginefiv, los tratamientos de fertilidad se disparan tras las Navidades coincidiendo con los propósitos para el nuevo año.

Normalmente, el acceso de mujeres no estériles a las técnicas de reproducción asistida (o el de parejas gays a través de la maternidad subrogada) se presenta superficialmente como una ampliación de derechos y a las clínicas como a benefactores desinteresados. Pero lo cierto es que, se trata de empresas cuyo objetivo, como toda empresa, es optimizar beneficios. En el diario El País en un artículo de 1 de julio de 2008 que se refería a los enormes retrasos en la atención de parejas estériles en la sanidad pública y en el rechazo de las mujeres solas (cuestión a la que haremos referencia a continuación) una mujer contaba que “desde que entras por la puerta empiezas a pagar. Ecografías, 70 euros. Inseminación, 750 euros. Medicamentos, 500 euros. En tres intentos me fundí 4.500 euros; mis ahorros. Empecé a recelar y tras el tercer fracaso decidí recurrir al sistema público para evitar ese resquemor de que te intentan sacar cuanto más dinero mejor”. Y eso que la mujer se refiere a la inseminación, pues el mismo artículo informaba que el precio mínimo por fecundación in vitro es 3.000 euros por intento; el máximo, 6.000. Sin embargo, el porcentaje de éxito es de un 33,5%. Muchos tienen que volver a intentarlo. Lo cierto es que la demanda no se ha resentido con la actual crisis económica ni cree que lo pueda hacer en los próximos meses. El diario ABC titulaba el 10 de agosto de 2009 que “Los abuelos británicos pagan la generación in vitro de sus nietos”. Al presentar la noticia *The Times* bromeaba diciendo que ahora los padres ya no sólo tienen que correr con los gastos de la boda de sus hijos, sino que, en sus cada vez más prolongadas responsabilidades, también van a tener que soltar del bolsillo dinero para cubrir todos los tratamientos de fertilidad de su descendencia. El 25% de las mujeres de más de 40 años y el 13% de todas las parejas que se someten a fecundación artificial u otros tratamientos de fertilidad en el Reino Unido han cubierto los gastos de esa atención médica con el dinero de sus padres.

2.1.d).1) **Mujer sola.**- La Conclusión nº 118 del Informe Palacios, que sirvió de base para la Ley de 1988, señalaba que podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que la justifique, y con cargo al erario público. Por su parte, la número 120 disponía que la mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donantes, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos. El mismo Marcelo Palacios dijo, según el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 280 de 10 de abril de 1986: “la mujer soltera... no puede ser objeto de discriminación sin más, porque nosotros podamos tener una conceptualidad (sic) de la

familia distinta a la que la propia Constitución protege en su artículo 32⁶²⁸. Con la aprobación de la ley de 1988, se discutió si era necesaria la infertilidad de la mujer para ser usuaria de las técnicas. Aunque la Ley española parecía avalar la inexistencia de limitaciones, incluidos aquellos casos en los que la infertilidad no es patológica, sino consecuencia de una intervención quirúrgica practicada a petición de la mujer, contenía una antinomia entre dos preceptos que suscitaban dudas. La antinomia se producía entre los artículos 1.2 y 6.1 de la Ley 35/1988. El primero de ellos, como hemos visto, disponía que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas e ineficaces. Por su parte el artículo 6 establecía que toda mujer podría ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. La contradicción estaba en que si la finalidad fundamental de la ley es la actuación frente a la esterilidad y también es finalidad de la Ley, la investigación para la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas, parece no tener un exacto encaje el supuesto contemplado.

Las posiciones doctrinales se encontraban divididas. Para unos, cuya posición compartimos, el derecho al uso de las técnicas de reproducción asistida está vinculado con el derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43.1 de la Constitución con lo que dicho uso estaría limitado a las indicaciones médicas de esterilidad irreversible y de posible transmisión al feto de enfermedades genéticas graves⁶²⁹. Pantaleón niega el derecho a la reproducción a la mujer sola por considerar que traer al mundo un niño sin un padre legalmente obligado a prestarle asistencia de todo orden sería inconstitucional⁶³⁰. Citando el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño, Bellver añade que “parece lógico concluir que la ley no podrá permitir en ningún caso un medio de reproducción que anule la existencia de padres biológicos” y cita a Vega Gutiérrez que señala que la consagración

⁶²⁸Cita tomada de García Ruiz, Y. *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Ed. Comares. Albolote, Granada) (2004). *Op. cit.* Pág. 150

⁶²⁹ Véase a este respecto Roca i Trías, E. Derechos de reproducción y eugenesia. En *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado*. Romeo Casabona ed. Editorial Comares Albolote (Granada) 1998. Pág 150.

⁶³⁰ Pantaleón Prieto, F. procreación artificial y responsabilidad civil. *La filiación a mediados del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, (1988). Pág 262.

jurídica del derecho a un hijo, como una concreción del derecho a la reproducción, no es reconocida por ninguna de las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos. Por el contrario, son pródigas y abundantes las que reconocen el derecho del niño a unos padres y a una familia. Y añade que “una cosa es que un hijo se quede sin padres y el Derecho, para reparar esa situación perjudicial y satisfacer el interés preferente del hijo a tener unos padres, le procure unos por adopción. Y otra muy distinta –se podría decir que la contraria– es que el derecho cree esas situaciones de orfandad biológica”⁶³¹. En el mismo sentido, hay autores que advierten que no es oportuna la analogía con la adopción llevada a cabo por hombre o mujeres solteros: en la adopción se trata de que alguien asuma deberes paternos respecto de un niño que ya está en el mundo; aquí se trata de lanzar un niño al mundo sin que se integre en una familia completa, esto es, se prevé de antemano un niño que no tendrá padre (...) ⁶³². También Junquera señala que no es lo mismo el acceso de la mujer sola que el caso de la adopción por un hombre o mujer solos, ya que en esta circunstancia la situación de orfandad ya está creada y lo que hacemos es ponerle remedio ⁶³³. Y Bellver concluye diciendo que la Constitución no asocia el surgimiento del deber del cuidado de los hijos “al consentimiento de las partes sino al hecho biológico de la reproducción. La Constitución dice que quien participa en la generación biológica de un ser humano es responsable de él y no puede negociar su responsabilidad. En el espíritu de la Constitución –y en la cultura de los pueblos– están unidas la paternidad biológica y la responsabilidad ineludible en el cuidado de los hijos”⁶³⁴.

Aunque estando en desacuerdo, Gafo opinaba que en la Ley de 1988 se permitía el acceso de la mujer sola y decía que “la ley española acentúa marcadamente el derecho del adulto a procrear, mientras que la ley sueca muestra una sensibilidad muy marcada hacia los intereses del niño que va a surgir como consecuencia de la aplicación de esta tecnología”⁶³⁵. También Vidal Martínez señala que la contradicción frontal del supuesto que venimos analizando con el artículo 39.2 de la Constitución –protección integral de los

⁶³¹ Bellver Capella. *Op. cit.* (2000). Pág 86 y 106.

⁶³² Iniesta Delgado. *Op. cit.* Pág. 113 y 114.

⁶³³ Junquera de Estéfani, R. Las técnicas de reproducción asistida y la dignidad en el inicio de la vida en *Biología, derecho y dignidad humana*. Editorial Comares. Albolote, Granada. (2003). Pág. 152.

⁶³⁴ Bellver Capella. *Op. cit.* Pág. 119.

⁶³⁵ Gafo, Javier. *10 Palabras Claves en Bioética*. Editorial Verbo Divino. Estella, Navarra. (2001). Pág 176.

hijos que aseguran los poderes públicos- bien que éste se halle situado dentro de los principios de política económica y social necesitados de ulterior desarrollo legislativo, permite justificar la inconstitucionalidad de la inseminación artificial de una mujer si el hijo ha de quedar por hipótesis legal sin padre alguno ni posibilidad de conocer la identidad del progenitor biológico⁶³⁶. Otros autores señalan que esta opción legislativa que reconoce la posibilidad de que la mujer sola recurra a la reproducción artificial supone: en primer lugar, obviar la finalidad principal de estas prácticas de reproducción (combatir las consecuencias de la esterilidad humana) y reconocer su aplicabilidad al margen del derecho a la salud en el cual se deberían encuadrar. En segundo lugar, reconocer como sujeto del derecho a fundar una familia tan sólo a la mujer, excluyendo del mismo al hombre con la consiguiente vulneración del principio de igualdad y en tercer lugar, olvidar los posibles derechos de los futuros hijos, fundamentalmente el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Por el contrario para Gómez Sánchez⁶³⁷ no sería posible limitar el acceso de la mujer fértil a estas técnicas. Por otra parte, Lema Añón hace una sugerente reflexión sobre el problema de la esterilidad indicando que “la propia definición de esterilidad en la que se basa esta construcción es imprecisa y arbitraria. La esterilidad no es un mero dato de la naturaleza, pues en su propia definición es significativa la voluntad o no de tener hijos. Por ello, la distinción entre curación de una enfermedad (que afirma el discurso de la esterilidad) y la satisfacción de una necesidad se desvanece (...) Ante esto, el principal problema que queda es el de definir los límites del acceso a las técnicas de reproducción asistida, lo cual resulta complejo (...). Los límites (...) son necesarios y resulta conveniente convenirlos, una vez que la alternativa en marcha es la penetración indiscriminada del mercado y del imaginario del consumo en la reproducción”⁶³⁸.

⁶³⁶Vidal Martínez, J. Las Técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho español. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Vidal Martínez, J. (coord.) Editorial Comares, S.L. Albolote, Granada. (1998). Pág. 80.

⁶³⁷Gómez Sánchez, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Editorial Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid (1994). Pág. 75

⁶³⁸Lema Añón. en *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. Ed. Ascensión Cambrón Infante. Ed. Trotta. (2001). Madrid. Págs. 30 y 31.

También Emaldi⁶³⁹ considera que la negativa a esta posibilidad supondría obligar a la mujer a tener relaciones no deseadas, o bien forzarla a no tener hijos, lo cual conculcaría su derecho a fundar una familia, aunque reconoce que son pocos los autores que se pronuncian a favor del acceso de la mujer sola fértil a las técnicas de reproducción asistida.

La sentencia 116/99 del Tribunal Constitucional avaló la opinión favorable al acceso de la mujer sola, si bien que lo hace de una forma un tanto confusa, porque cuando se refiere a las diferentes formas de familia, parece estar pensando en la existencia de parejas no vinculadas mediante matrimonio, más que en la mujer sola. El Tribunal Constitucional parece incurrir en el error que también padece Fábrega Ruiz⁶⁴⁰ pensando que el donante no va a ser considerado padre, pero se otorga esa condición desde el principio a otra persona, porque en realidad esto no es así en el caso de que la usuaria sea la mujer sola.

La opción de la Ley española es una anomalía. La mayoría de las legislaciones europeas conciben el acceso a las técnicas de reproducción asistida para parejas estables que no pueden tener hijos. El informe Benda, que sirvió de base para la Ley alemana para la protección del embrión, rechaza la utilización de las técnicas por parte de la mujer sola, por la dificultad del hijo de conocer su origen biológico y porque el menor carecería de un padre social. “La mayoría de los ordenamientos occidentales considera que el entorno más adecuado para el desarrollo del niño es el grupo familiar compuesto por un padre y una madre, encargados de mantener al nacido y de educarlo(...) La gran mayoría de los países occidentales que han legislado sobre este extremo entienden que la donación de semen o de gametos sólo puede hacerse a favor de una pareja heterosexual casada o conviviente. Ni siquiera los Estados nórdicos (...) se han atrevido a permitir que cualquier mujer pueda solicitar gametos donados para procrear sin el concurso del varón⁶⁴¹. Incluso legislaciones que, como la sueca, la suiza y la francesa permiten que la pareja no esté unida con vínculo matrimonial, suelen exigir que la pareja que acuda a las técnicas de procreación asistida

⁶³⁹Emaldi Cirión, A. *Op. cit.* Pág. 377 y 378 .

⁶⁴⁰*Op cit.* Pág. 38.

⁶⁴¹ Alkorta Idiáquez, I. *Op cit.* Pág 335 y 336. La autora cita en este sentido las regulaciones de Francia, Alemania, Suiza, Austria, Suecia, Noruega, Islandia y Dinamarca. Por el contrario Estados Unidos y Canadá admiten el acceso a las técnicas de la mujer sola.

mantenga una relación estable de al menos dos años⁶⁴². En la Ley portuguesa de 2006 se establece que las técnicas de reproducción asistida son un método subsidiario y no alternativo de reproducción y pueden acceder a las mismas parejas heterosexuales casadas o con una convivencia no inferior a dos años. También la ley británica, de corte muy permisivo y en la que se inspiró la Ley 35/1988, es más restrictiva que ésta. Siguiendo las recomendaciones del Informe Warnock el artículo 13.5 de la *Human Fertilisation and Embriology Act* establecía “la necesidad de que la mujer, en su solicitud de tratamiento de reproducción, tenga en cuenta el bien del futuro hijo, bien en el cual se incluye la necesidad de tener un padre y que, por consiguiente, excluye, implícitamente la posibilidad de que personas solas puedan recurrir a estas técnicas de reproducción como alternativa reproductiva”⁶⁴³. La norma cambió en 2008. Warnock, antes de la reforma, también se mostraba favorable al acceso de la mujer sola señalando que en todo caso, “la inseminación artificial puede llevarse a cabo en casa, con una jeringa, y sin intervención médica”⁶⁴⁴. De todas formas la argumentación de regular o admitir legalmente una realidad “porque en la práctica ya se hace” o porque “hay que reconocer en la Ley lo que ya está en la calle” no es más que una manifestación más de la falacia naturalista, es decir, que lo que es, debe ser. Por otra parte, si una mujer sola o una lesbiana se insemina en su casa, los efectos jurídicos son muy distintos a los regulados en la legislación de reproducción asistida. Mientras que según ésta, el varón donante nunca será el padre legal, el donante de semen particular, sí lo sería. La prensa británica⁶⁴⁵ se hizo eco en 2007 del caso de Andy Bathie que llegó a un acuerdo privado con una pareja de lesbianas para donar el semen a una de ellas. Nacieron dos hijos y años después, al separarse la pareja de lesbianas, la Agencia de Apoyo a la Infancia, la entidad gubernamental de la protección de los menores, le ha reclamado el pago de varios miles de libras por ser su padre, no teniendo la mujer no madre responsabilidad alguna en el mantenimiento de los niños. En Kansas un donante de semen fue demandado por el estado para que se hiciera cargo de los gastos de crianza de una niña. El varón llegó a un acuerdo con una pareja de lesbianas para donar su semen; en el acuerdo se pactó que nunca sería considerado el padre de la criatura que nacería ni responsable de su manutención. Sin embargo, el estado le reclamó, de momento, 6.000 dólares, que es lo que

⁶⁴²Emaldi Cirión, A. *Op. cit.* Págs 387 y 391

⁶⁴³García Ruiz, Y. *Op. cit.* Editorial Comares. Albolote (Granada) 2004. Pág. 121

⁶⁴⁴Warnock Mary, *Op. cita*, pág. 72, aunque referido específicamente a una lesbiana que quisiera someterse a una técnica de reproducción asistida sin ser estéril.

⁶⁴⁵<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1571339/Sperm-donor-pays-maintenance-to-lesbians.html>

se ha gastado en la niña, al tener la pareja de lesbianas dificultades financieras. El 22 de enero de 2014, el tribunal de distrito estimó la demanda del estado⁶⁴⁶

Pero si la ley de 1988 ya se desmarcaba del modelo usual en Europa, La LTRHA va más allá al hacer desaparecer como fin de las técnicas el remedio de la infertilidad y disponer que la mujer podrá ser usuaria de las técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual. Es más, en la LTRHA, la mujer sola es de mejor condición que la casada. Según su artículo 6.3, la mujer casada que pretende ser usuaria de las técnicas tiene una limitación y es la necesidad de contar con el consentimiento del marido. Si, como ocurre en la mayoría de los países europeos, se considera que para que la mujer acceda a las técnicas de reproducción asistida es necesario que esté casada o mantenga una relación de pareja estable, la exigencia del consentimiento del marido parece razonable. Sin embargo, en el modelo de la Ley (que no compartimos) resulta incongruente. Considera Gómez Sánchez que el citado artículo es inconstitucional “salvo que se interprete que el consentimiento exigido del marido es realmente su aceptación para que su mujer sea fecundada con semen de donante y, por ello, un compromiso irrevocable de asumir los derechos y bienes inherentes a la procreación”⁶⁴⁷. Sin embargo, esta opinión, coherente con el modelo de la ley y con la última legislación general sobre derecho de familia⁶⁴⁸, no fue asumida por la Sentencia del Tribunal Constitucional, que no hizo pronunciamiento alguno sobre la cuestión. De hecho, la Sociedad Española de Fertilidad tiene unos modelos de consentimiento informado, que salvo en el caso de mujer sola, han de firmar la paciente y su pareja masculina⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Texto en <http://www.shawneecourt.org/DocumentCenter/View/468>

⁶⁴⁷ Gómez Sánchez, Y. *Op cit.* 1994. Pág 99. Por el contrario, Vidal Martínez señala que el matrimonio establece un entramado de deberes jurídicos que resultarían vulnerados por la actuación unilateral de la mujer casada que procediera a utilizar las técnicas reproductoras prescindiendo del consentimiento marital, tanto más cuanto que la presunción de paternidad marital convierte al marido en padre legal de los hijos que de ella nazcan en tanto no sea destruida por los cauces legales. Por todo ello resulta lógica la exigencia del consentimiento marital. *Op. Cit.* Pág. 81.

⁶⁴⁸ Señala Javier Nanclares Valle en Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza (consultado en www.westlaw.es (BIB 2008\578) que tanto la simplificación de la separación y del divorcio por ley 15/2005, de 8 de julio, como la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo por ley 13/2005 de 1 de julio responden a un esquema de exaltación del interés individual y de protección del libre desarrollo de la personalidad del sujeto, difícilmente compatible con esa supeditación de la mujer al consentimiento del marido en aras de un supremo interés del grupo familiar.

⁶⁴⁹ Consultados en <http://www.sefertilidad.com/documentos/consentimiento/index.php>

No obstante, la Ley española, pese a permitir someterse a las técnicas de reproducción asistida a la mujer sola somete a ésta a una importante restricción. La usuaria no puede elegir al donante ni puede aportar su propio donante salvo que alegue la situación de pareja no casada y el varón donante asuma tal condición, consintiendo en su caso las obligaciones de paternidad que le correspondan. En efecto, el artículo 6.5 de la LTRHA establece que la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica y que en ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora. Por tanto, y en una nueva contradicción más de la Ley, se excluye del ámbito de libertad de la mujer la decisión de quién va a ser el padre biológico de su hijo y traslada dicha facultad al equipo médico que va someterla al tratamiento, que queda sujeto a las indicaciones genéricas del precepto. “Este precepto resulta contrario y, por ello, inconstitucional, al derecho a la libertad personal de la que el derecho a la reproducción es parte”⁶⁵⁰. O en términos más duros Pantaleón⁶⁵¹: “Si alguien ha de tener el tremendo poder de seleccionar el tipo de seres que han de venir al mundo, no han de ser sus madres, sino los equipos médicos ¿verdad, Sr. Palacios?”. Pese a lo dicho, la Sentencia 116/1999 del Tribunal Constitucional no hizo pronunciamiento de inconstitucionalidad alguno. También en otros ordenamientos jurídicos se contiene una regulación similar. En Noruega es competencia del médico la selección del donante y en la Ley sueca se establece que el médico elegirá el adecuado donante de semen. Por otra parte, las clínicas españolas, dado que la legislación española lo impide, ofrecen este servicio en el extranjero. Según el diario El País (29 de mayo de 2008), el Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) exporta muestras de semen a la carta, que se pueden elegir en Internet a partir de un listado de 110 donantes, todos ellos con su correspondiente descripción de color de piel, ojos, talla, peso, grupo y tipo sanguíneo y etnia. Según uno de sus responsables: "hemos hecho 250 envíos de muestras desde que lo pusimos en marcha, hace unos siete meses, con destino a países como Suiza, Bélgica, Brasil o Panamá".

⁶⁵⁰ Gómez Sánchez, Y. *Op cit* 1994. Pág 114.

⁶⁵¹ Pantaleón Prieto, F. *Contra la ley de técnicas de reproducción asistida. Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones. (1989). pág. 644.

Una cosa es que las mujeres solas puedan acceder a las técnicas de reproducción asistida y otra que forme parte de la atención del sistema de seguridad social. El Real Decreto de 16 de septiembre de 2006 indica que este tratamiento se realizará bajo financiación pública "cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida". El diario El País criticaba esta solución en un artículo de 1 de julio de 2008 que señalaba que uno de los colectivos más discriminados por el sistema público a la hora de recibir un tratamiento de fertilización es el de las mujeres que quieren ser madres por su cuenta. Sin embargo, el diferente trato está justificado por razones objetivas. El sistema público de salud debe sólo atender a aquéllas personas que tienen algún problema sanitario (en este caso la infertilidad) y no cualquier deseo por legítimo que sea. Sin embargo, y según este mismo diario (27 de abril de 2011), la situación ha cambiado y, dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia, es posible que las mujeres solas o parejas de lesbianas sean atendidas con cargo a la sanidad pública. Al menos, Cataluña, Murcia y Asturias seguían denegando el tratamiento con fondos públicos, mientras que Valencia, Andalucía y País Vasco, lo admitían. En el resto de las Comunidades no habían fijado a la fecha del artículo su posición, pero no existían denuncias de denegación. La situación parece que va a cambiar porque en julio de 2013 la prensa informaba de que el Ministerio de Sanidad estaba definiendo la cartera común básica de servicios, en la que se contempla el acceso a estas técnicas sólo a las parejas formadas por hombre y mujer con problemas de fertilidad, lo que excluiría también a las parejas de lesbianas⁶⁵². En Argentina, según informaba el diario ABC el 9 de junio de 2013, el Congreso había aprobado una ley que obligará a los seguros médicos a cubrir, gratuitamente, los procedimientos de reproducción asistida y sus

⁶⁵²En cuanto a las condiciones para el acceso a la prestación por el sistema público de salud se dio un caso que llegó hasta la Sindicatura de Greuges valenciana. Se trataba de una pareja que tenía un hijo biológico. Después, debido a un cáncer de testículos, antes de someterse al tratamiento, el varón decidió congelar semen en un hospital. Solicitado el tratamiento, se le denegó por tener ya un hijo biológico, criterio consensuado por la Conselleria con el Grupo de Interés de Centros Públicos de la Sociedad Española de Fertilidad y el Consejo Interterritorial. El Síndic recomendó a la Conselleria de Sanidad que dictara "instrucciones precisas" para que se apliquen las técnicas de fecundación in vitro a todas aquellas personas con problemas de fertilidad y que reúnan las condiciones establecidas por ley. Además, sugería que la autora de la queja fuera incluida en las listas de espera para la técnica de fecundación in vitro, sin perjuicio de los criterios de prioridad que pudieran establecerse. El Síndic hace una afirmación totalmente innecesaria y que, desde luego haría insostenible cualquier sistema de salud: "el legítimo derecho de las parejas a ver colmados sus derechos de paternidad responsable y deseada no puede verse limitada por falta de infraestructuras o, en otras palabras, desajustes entre demanda y oferta de la prestación".

variantes. La ley no hace excepciones por estado civil ni condición sexual; hombres y mujeres, tanto si están solo como en pareja, e independientemente de su orientación sexual, pueden reclamar este tipo de asistencia.

2.1.d).2 **Mujer postmenopáusica.**- Otra cuestión que se plantea es la relativa a si es posible que una mujer se someta a estas técnicas cuando biológicamente ha pasado ya su edad fértil. La regulación de la LTRHA es lo suficientemente laxa como para considerar que no existe obstáculo para que estas mujeres accedan a la maternidad. Ya hemos visto que con carácter general, el artículo 6.1 permite el acceso a las técnicas a todas las mujeres mayores de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Por su parte, el artículo 3.1 establece que las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer. Alkorta Idiákez se muestra favorable a la posibilidad analizada porque no considera que la edad sea un impedimento para cuidar del hijo por una mayor esperanza de vida en los países occidentales, así como por la existencia de varones que se convierten en padres a edad avanzada. El problema se plantea para la autora en el uso de óvulos donados, y concluye que, pese a no ver problema insalvable, “otra cosa es que la maternidad a los sesenta años convenga realmente a las mujeres desde el punto de vista de sus reivindicaciones sociales”⁶⁵³. Sin fundamentar su posición, Lacadena apunta que “la valoración ética, (...) sería negativa”⁶⁵⁴. Warnock⁶⁵⁵ recoge el caso de una mujer en esta situación que, al ser rechazada por el famoso doctor Antinori fue a Estados Unidos donde obtuvo tratamiento de fecundación in vitro, con semen de su hermano (esto último lo había ocultado) y al mismo tiempo y como una especie de salvaguarda, una madre sustituta, la donante del óvulo, fue inseminada también con dicho semen. Ambas mujeres dieron a luz y los niños cuidados por la mujer de 62 años. La autora se muestra incómoda con esta situación porque al parecer detrás de todo esto había una espantosa historia de discordias familiares relativas a la herencia de una propiedad y parece que el motivo de haber tenido estos dos bebés fue que la herencia no se repartiese con sus familiares cercanos. Ahora bien, desde la perspectiva individualista de la autora y de nuestra Ley ¿es posible entrar a

⁶⁵³ Alkorta Idiákez, Y. *Op cit.* Pág 314 y 315.

⁶⁵⁴ Lacadena, R.J. *Op cit.* Pág 122.

⁶⁵⁵ *Op. cit.* pág. 58.

juzgar los motivos que llevan a una mujer o pareja a tener hijos? ¿Quién y dónde pone los límites? ¿No es posible que pese a que el motivo fuera inicialmente económico, los niños fueran queridos? Como no podría ser de otra manera, el récord de edad lo tuvo una española, Carmen Bousada que fue madre a los 67 años. Lo consiguió en la clínica Pacific Fertility Center de Los Ángeles (EEUU), que establece un límite de edad de 55 años, donde, al parecer, mintió sobre su edad (habría que preguntarse si fueron en la clínica muy diligentes al comprobarlo). Tristemente, Carmen Bousada (que no tenía pareja) falleció dos años después de un cáncer. Otro caso que saltó a los medios de comunicación⁶⁵⁶ es el de una mujer que había tenido un hijo a los 50 años tras someterse a un tratamiento en la clínica Teknon de Barcelona. Había recibido informe físico y psicológico favorable. Sin embargo, siete días después de dar a luz, los trabajadores del centro alertaron de "un comportamiento por parte de la madre que hace que se activen los protocolos de actuación establecidos por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Generalidad de Cataluña". Le fue retirada la custodia. No trascendió cuál era el comportamiento de la madre, que denunció los hechos ante el Juzgado de Instrucción nº 45 de Barcelona. En una noticia un poco anterior (16 de febrero de 2010) del diario El País se señalaba que la edad de 50 años era la fijada por las clínicas españolas de reproducción asistida para no ofrecer sus servicios a mujeres mayores de esa edad por considerar que las posibilidades de éxito son muy bajas y que puede suponer riesgos para la salud. "Se trata de un acuerdo no escrito, más por limitaciones sociales que biológicas", opina José Remohí, presidente del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI). Con lo cual son las clínicas (de una forma arbitraria, tal y como reconoce el responsable) y no la norma, las que determinan una edad tope. Resulta difícil imaginar otra especialidad sanitaria en la que las clínicas sean las que establezcan los criterios por los que se trata o no un paciente.

Por otra parte, en esa misma noticia se reconocía que el tratamiento de estas mujeres no se sufragaba por el sistema público de salud: "la cartera de servicios de los hospitales públicos no incluye la FIV en mayores de 40 años, porque los bajos porcentajes de éxito no justifican el gasto que supone, explica Joaquim Calaf, director del Servicio de Obstetricia del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau (Barcelona)". Al menos que sepamos, esta decisión no ha sido calificada de discriminatoria.

⁶⁵⁶Fuente elmundo.es de 1 de noviembre de 2011.

En la argumentación de los autores que consideran que no se deben poner trabas de edad a las mujeres para el acceso, subyace la idea de la autodeterminación personal sin límites. Así, por ejemplo, Serna dice: “me parece inquietante que cuando la ley no establece límite alguno, sean los equipos técnicos, esto es, el equipo médico quien decida esta cuestión e impidan que una mujer por el solo hecho de haber alcanzado la edad fijada de forma más o menos aleatoria, quede fuera del acceso a estas técnicas”.⁶⁵⁷ En un nuevo “inimaginable” de la lista de “inimaginables” de las técnicas de reproducción asistida, resulta difícil encontrar en otro sector de la medicina la afirmación de que el paciente puede obligar a llevar a cabo un tratamiento a los médicos.

El Código de Ética y Deontología Médica, aprobado el 9 de julio de 2011, en su artículo 56 establece que “el médico no podrá promover la procreación artificial en mujeres que hayan alcanzado la menopausia natural y, en todo caso, después de los 55 años”.

2.1.d).3 **Transexuales.-** Nos referimos al caso de personas nacidas mujeres y que se someten a un tratamiento hormonal para desarrollar rasgos sexuales masculinos, si bien conservan sus órganos internos reproductores. El primer caso conocido fue el Thomas Beatie. El suplemento Crónica de El Mundo informaba el 6 de abril de 2008 que había aparecido en el programa de televisión de Oprah Winfrey. Estaba casado con una mujer, al haber sido reconocido como hombre. Después de haber sido rechazados por nueve doctores, optaron por realizar ellos mismos la inseminación artificial. “Compramos esperma congelado en un banco de semen y una gran jeringuilla. Yo misma se lo inyecté”, explicó la esposa a la audiencia, con una sonrisa. Finalmente, la pareja dio con una ginecóloga dispuesta a ayudarles. Ese mismo suplemento, el 29 de marzo de 2009 daba cuenta de un caso español, en este caso, un embarazo de gemelos. Había nacido como Estefanía, pero ahora es Rubén y vive con su novia. Puso los óvulos -pues aún conserva intactos útero, vagina y trompas- y un donante anónimo, el semen. La inseminación hizo el resto. De las 155 clínicas privadas y ocho públicas españolas, sólo una se ofreció a tratarlo. Dice el periodista que “antes de que ocurra el parto, Rubén tiene previsto casarse por lo civil con su novia. «Quiero que sea legalmente la madre de mis gemelos». Y él, padre de

⁶⁵⁷Serna Meroño, E. Op. cit. Pág. 288.

ley”. Aquí parece que nos encontramos con el ejemplo preclaro de la ideología de género. Cada persona asume el rol que en cada momento considera oportuno. La Ley establece que la usuaria de la técnica ha de ser una mujer. Pues bien, personas que han cambiado su identidad oficial de mujer a varón, de repente deciden ser mujeres y algunas clínicas, con el beneplácito de la ley, aceptan su tratamiento.

2.1.d).4 **Fecundación postmortem.**- En la fecundación postmortem nos encontramos ante el caso de que una mujer es fecundada con semen de un varón (en la legislación española, su marido o su pareja estable, pero en teoría podría ser un tercero, siempre que no sea un donante anónimo) que ya ha fallecido o le es transferido un embrión obtenido con anterioridad al fallecimiento de dicho varón. Por el contrario, no se admite que el varón pueda decidir tener descendencia póstuma con otra mujer que no sea su pareja. Se trata, por tanto, de una modalidad peculiar del ejercicio de la libertad reproductiva que resulta muy discutida, tanto en cuanto a su propia admisibilidad, como en los complejos problemas que plantea. Dice Lledó que con su admisión se transgrede la filosofía de la propia ley (se refiere a la 1988), pues se aparta definitivamente de cualquier finalidad terapéutica en el uso de las técnicas, puesto que se trata de realizar el deseo de alcanzar la maternidad⁶⁵⁸. Añadiendo Vida que “implica un ejercicio desorbitado de un derecho de la personalidad –la libertad de procrear ínsita en el derecho a fundar una familia- que, en cuanto a tal termina con la muerte del titular”⁶⁵⁹.

La LTRHA introdujo novedades respecto de la legislación anterior:

- a) Se amplía el plazo que media entre el fallecimiento del varón y el momento de la fecundación, de 6 a 12 meses.
- b) La prestación del consentimiento por parte del varón puede hacerse no sólo en testamento o en escritura pública sino también en el documento de instrucciones previas y en el documento utilizado para la autorización de las técnicas de reproducción asistida.

⁶⁵⁸Lledó Yagiüe, F. Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006). Pág. 155.

⁶⁵⁹Vidal Martínez, J. *Op cit.* Pág 112.

c) Se presume que se ha otorgado consentimiento cuando el cónyuge supérstite (sólo puede ser la mujer) hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

No resulta exagerado afirmar que la legislación española es la más permisiva del mundo. La ley alemana prevé pena de cárcel de hasta tres años a quien fecunde artificialmente a sabiendas un óvulo con el semen de un hombre tras la muerte de éste. También es delito en Suiza, el empleo de semen o de embriones para conseguir el embarazo de una mujer, sea o no la esposa del fallecido. Lo mismo sucede en el estado australiano de Victoria, donde es delito la inseminación con semen de persona fallecida. La ley francesa tampoco admite esta práctica, pues contempla las técnicas de reproducción asistida sólo respecto de parejas casadas o convivientes durante dos años, aunque admite la implantación de embriones en atención a que se trata de seres humanos y su consideración no puede equipararse al semen. De hecho esta regulación se aprobó tras uno de los primeros casos judiciales sobre esta cuestión el asunto Parpalaix⁶⁶⁰ de 1985. La viuda de Alain Parpalaix (Corinne) solicitó autorización para usar el semen congelado de su marido fallecido. La pareja se había casado con unos días antes de que Alain falleciera de cáncer. Antes de la boda, pero tras conocer que estaba enfermo congeló su semen. Aunque el fallecido no había declarado expresamente su voluntad de que el esperma fuera utilizado por Corinne, el tribunal presumió su voluntad debido a indicios como la congelación del semen, la boda y la declaración de los padres de Alain que apoyaron la petición de la viuda. Finalmente, Corinne no consiguió quedarse embarazada. La misma solución se aplica en Portugal. No se admite la fecundación postmortem, pero sí la transferencia de embriones existentes en el momento del fallecimiento del varón. En Italia, tal práctica no está admitida. Incluso normas también permisivas no llegan al grado de la legislación española. Así, la ley inglesa, prevé que en el caso de utilizarse el esperma de un hombre o el embrión generado con su esperma después de su fallecimiento, no podrá determinarse la paternidad respecto

⁶⁶⁰ Datos tomados de Katz, G.A. Parpalaix c. CECOs: Protecting intent in reproductivev technology en *Harvard Journal of Law & Technology*. Volume 11. Number 3. (Summer 1998). Consultado en jolt.law.harvard.edu/articles/.../11HarvardJLTech683.pdf

de dicho hombre⁶⁶¹. La Ley griega, por su parte, admite la fecundación postmortem, tanto a partir del semen del marido fallecido, como la utilización de los embriones congelados de la pareja, pero los requisitos son mucho más rigurosos que en España; sólo procede cuando consiente en documento público, el varón que padece una enfermedad que previsiblemente le causará la muerte y la transferencia de los embriones se realice en un plazo entre seis meses y dos años tras la muerte del marido. En Estados Unidos, a falta de una regulación a nivel federal y cuando muchos estados carecen de norma sobre la materia son los tribunales los que se han pronunciado, en sentido favorable. En California, se resolvió el caso de William Kane que antes de suicidarse depositó quince frascos de semen en un banco de esperma. En el testamento otorgado un mes antes de morir dispuso que se entregaran a la mujer con la que convivía para que lo usara tras su muerte. Los hijos que ya tenía impugnaron esta cláusula. El Tribunal de instancia ordenó la destrucción del esperma. El Tribunal de apelación consideró que el esperma era parte de la herencia del fallecido. El tribunal encargado de la testamentaría decidió, de acuerdo con esa doctrina, entregar el 20% del semen a la mujer (de acuerdo con lo que le correspondía de la herencia). El Tribunal de Apelación anuló la decisión ordenando que la mujer recibiera todo el semen congelado⁶⁶².

El impulsor de la Ley de 1988 defiende la opción del legislador en los términos patrimonialistas de la sentencia norteamericana que acabamos de citar: “¿No disponen las personas del bien biológico que puede transmitir la vida y protege a la especie humana de su desaparición? La Constitución (artículo 33) reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia lo cual me lleva a considerar si esta mención constitucional a la herencia incluye o no la herencia biológica (...) La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte (Código Civil, artículo 659) y no hay duda que el semen crioconservado es un bien (creo que los gametos son el mayor

⁶⁶¹ La ley inglesa exige el consentimiento del marido. No obstante, como veremos más adelante, una mujer consiguió ser inseminada con semen de su marido fallecido, que no había consentido, dado que el Tribunal de apelación que conoció del caso, permitió la exportación del semen del marido a Bélgica, bajo el principio de la libre circulación de mercancías en la Unión Europea. Tal planteamiento sería imposible en la actualidad pues la vigente Ley belga, exige también la autorización expresa del marido para el uso "post mortem".

⁶⁶² Texto en caselaw.findlaw.com/data2/.../b097742.pdf

bien de la humanidad) del fallecido que no se ha extinguido con su muerte⁶⁶³. Pero recuerda Vidal Martínez, citando a Gómez-Ferrer⁶⁶⁴, que los gametos no forman parte de la herencia, no son un bien patrimonial. No pueden ser objeto de ninguna clase de negocio jurídico entre vivos excepto depósito, renuncia y donación, ni de sucesión mortis causa excepto la testada a favor del Centro o Banco autorizado, y que, aun cuando el artículo 9.2 de la Ley se refiere al testamento es éste un simple vehículo formal equiparado a la escritura pública en el que se contiene, no una disposición de gametos, sino un consentimiento para que los mismos que fueron obtenidos con el fin de fecundar a su esposa o compañera estable puedan ser utilizados por ella tras la muerte del marido (o varón).

Otros defienden la fecundación postmortem señalando que es hipócrita imponer condiciones más duras a ésta que a la fecundación natural, pues a los padres naturales no se les exige que garanticen a sus hijos un entorno en el que existan un padre y una madre. Nuevamente, se vuelve a confundir aquí, a nuestro juicio, lo que es un ejercicio de la libertad con un derecho exigible frente a terceros. Aquí, en principio, no hay tal ejercicio de libertad, porque salvo el improbable supuesto de un varón que deje embarazada a su pareja se suicide, la muerte antes del nacimiento del hijo no responde a un deseo del fallecido. Incluso en el supuesto de que un varón que padezca una enfermedad incurable que le llevará a la muerte, decida tener un hijo, tampoco es comparable a la fecundación postmortem pues como señala Pantaleón⁶⁶⁵ el Estado no puede impedir que un moribundo tenga un hijo (que será, seguro, póstumo, sin padre) porque el artículo 18 de la Constitución que protege su intimidad lo ampara, pero sí puede impedir el Estado la fecundación asistida de la viuda porque al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida no hay intimidad. Aunque la pretensión de la mujer se considere razonable (al necesitar para el desarrollo de su personalidad una maternidad que el fallecimiento de su marido frustró) no existe un derecho absoluto a la maternidad. Por otra parte, no es cierto que se dé un tratamiento más restrictivo que a la fecundación natural. Dado que la regulación de la postumidad se basa en la fecundación natural, los plazos son necesariamente cortos. El artículo 116 del Código Civil presume que son hijos del matrimonio los habidos hasta trescientos días después de su

⁶⁶³Palacios Alonso, M. *Op. cit.* Pág. 51.

⁶⁶⁴*Op. Cit.* Pág. 115.

⁶⁶⁵Pantaleón. *Op. cit.* (1989). Pág. 659.

disolución, presunción que puede ser destruida a través del ejercicio de las acciones de filiación reguladas en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario, al basarse la fecundación postmortem en las técnicas de reproducción asistida y justificarse por la voluntad de la mujer (y también del marido premuerto), los plazos son más amplios e, incluso, se considera por algún sector de la doctrina que deberían ampliarse más. El plazo de 6 meses (ampliado a 12 en la LTRHA) había suscitado críticas por su brevedad y “forzó interpretaciones audaces por parte de la doctrina para alcanzar soluciones más flexibles y ajustadas a la realidad”⁶⁶⁶. Este autor cita diversas soluciones propuestas, como la que considera que sólo son fértiles para la mujer unos pocos días al mes y puesto que la situación anímica de la mujer tras la muerte de su marido o compañero puede no favorecer el embarazo, que el plazo de seis meses sea para iniciar las operaciones técnicas de reproducción asistida y no el embarazo. Obviamente, esta solución, si bien es imaginativa, es contraria a la ley. Al autor citado la ampliación del plazo a 12 meses le sigue pareciendo insuficiente: “acaso la ley de 2006 al (...) establecer un nuevo plazo de 12 meses, aún se haya quedado algo corta, ya que (...) se podría extender algo más el mencionado plazo para asegurarnos dos objetivos: por un lado, que la decisión sea oportunamente madurada (...) por otro lado, que una vez (...) admitida la reproducción asistida postmortem, no limitemos demasiado el tiempo disponibles para alcanzar el objetivo que es no sólo el embarazo deseado, sino el propio alumbramiento del hijo”. Considera acertada la propuesta de que el plazo debe ser de un año que califica de luto, más 300 días más, siendo posible su ampliación por el Juez, mediando justa causa. Incluso le parece que podría desdoblarse la decisión de la viuda de querer la fecundación autorizada por el marido fallecido y la realización de la fecundación⁶⁶⁷. Por otra parte, la legislación catalana estableció un plazo inicial de nueve meses que posteriormente en el Código de Familia lo modificó a 270 días ampliables por causa justa por el juez. La diferencia de plazo entre las dos legislaciones, podría dar lugar a un conflicto de leyes en el caso de que se trate de una mujer de vecindad civil común y un varón catalán, si los gametos del varón están depositados en Barcelona y la posible inseminación se produce una vez pasado el plazo de la ley catalana pero no el de la LTRHA.

⁶⁶⁶Fernández Campos, J.A. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2007). Pág. 335.

⁶⁶⁷ Op cit. Pág 335 a 342.

También otros plantean que si cabe la inseminación de la mujer sola con semen de donante no debería haber obstáculo a la admisión de la fecundación postmortem. A ello cabe decir que, desde nuestro punto de vista, ambas prácticas son igualmente objetables, porque no tienen en cuenta el bienestar del ser humano así concebido. Pero, es indiscutible, en cuanto a la diferencia de trato que la fecundación postmortem plantea problemas sucesorios que no se dan en el primer caso. De Miguel se muestra en contra también de equiparar el anonimato del donante con la fecundación postmortem, pues en el primer caso, el niño tendrá padre (aunque el biológico, no lo conozca) y en el segundo, no⁶⁶⁸.

Otros consideran que la Constitución no se pronuncia sobre la admisibilidad o no en nuestro ordenamiento de la fecundación postmortem, por lo que estamos ante una opción del legislador⁶⁶⁹. Frente a ello, podría argumentarse que la Constitución garantiza la protección de los hijos en el artículo 39 y que la Convención de los Derechos del Niño exige tener en cuenta el interés del menor y no tanto el de los adultos. Y, en todo caso, si se trata de una mera opción del legislador, no se fundamenta en ningún derecho fundamental, en este caso de la mujer, ya que en el caso del varón no se permite la utilización de los óvulos de su mujer fallecida y, por tanto, el legislador puede establecer una regulación prohibiendo dicha práctica.

El supuesto más veces resuelto por nuestros Tribunales es el relativo al requisito del consentimiento del varón para fecundación post mortem. La conclusión es que éste ha de constar en la forma legalmente prevista. Este es el caso resuelto por Auto del Juzgado de Primera Instancia de El Ferrol de 22 de noviembre de 1999. En dicha resolución se resuelve la petición formulada por una viuda para que se le permitiera ser inseminada con el semen de su marido, semen que había sido extraído con anterioridad a iniciarse el tratamiento contra la leucemia que padecía. Pocos días después de autorizar la conservación del esperma (pero sin haber autorizado la fecundación postmortem), el marido falleció repentinamente de un derrame pulmonar. El auto estimó la petición de inseminación.

⁶⁶⁸*Op. cit.* Pág. 252.

⁶⁶⁹Fernández Campos, J.A. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2007. Pág. 318.

Recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de La Coruña lo revocó mediante Auto de 3 de noviembre de 2000. El Juez de Primera Instancia había entendido que el artículo 9 de la Ley de 1988 únicamente es aplicable a los efectos de declarar la filiación, pero no de autorizar la inseminación «post mortem» con semen identificado del cónyuge o pareja. Este criterio es rechazado por la Sala al considerar que del tenor literal del citado precepto no se deduce tal interpretación, sino que precisamente exige el consentimiento exteriorizado para que tal material orgánico pueda ser utilizado, y es entonces y sólo entonces, además, cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo.

El argumento del Juez llevaría a situaciones paradójicas como las relativas a que pese a la constancia de que biológicamente se diera a luz a un hijo con el material genético del cónyuge fallecido, sin embargo éste no sería legalmente su hijo, los hijos que tuviera su progenitor biológico de otra relación no serían legalmente sus hermanos, podría contraer matrimonio con éstos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su padre biológico, y así se deduciría de una resolución judicial, y sin embargo, no podría utilizar sus apellidos, entre otras situaciones semejantes. También, por otro lado, de aceptarse la interpretación del juzgador «a quo», se llegaría a la consecuencia de que cabría autorizar una inseminación cuando el cónyuge premuerto hubiera exteriorizado, incluso, su voluntad contraria a que su mujer o pareja fuera inseminada, si entendiéramos, como se hace en el auto impugnado, que tal consentimiento lo es exclusivamente a los efectos de filiación. Concluye señalando que es una aspiración humana atendible utilizar «post mortem» el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien la condiciona a unos requisitos que, en este caso, no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de su semen⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰Otras resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 2004 o el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia de 29 de octubre de 2004 siguieron en esa misma línea.

No cabe tampoco acreditar la voluntad del fallecido por un medio distinto a los previstos legalmente. El Auto de 2 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife entendió que la autorización requerida al marido es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aún cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona (artículo 32 del Código Civil) y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales. En el caso enjuiciado, la existencia de una carta mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana, no tienen la consideración de documento público, ni de testamento ni de instrucciones previas. Y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2011 insiste en que las exigencias que impone el artículo 9 para la prestación del consentimiento del fallecido, no pueden ser enervadas mediante la audiencia de familiares ni por las testificales propuestas.

El Auto de 12 de diciembre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valladolid, resuelve sobre la posibilidad introducida en la LRTHA de que el consentimiento del marido a la fecundación post mortem conste no ya en escritura pública o testamento, sino en la autorización para que la esposa se someta al tratamiento. Lo que se planteaba en el caso enjuiciado en el que no había una disposición testamentaria, documento público o de instrucciones previas, es si se darían en este caso las circunstancias para entender prestado ese consentimiento en el documento mencionado en el artículo 6.3. Dice el Juez que el hecho de que se autorice a la esposa a someterse a tratamiento, por así exigirlo la Ley, sólo implica ese consentimiento, aunque la Ley contemple que en ese mismo documento se puede incorporar la autorización del artículo 9. Ahora bien, el artículo 6.3 cuando se refiere con carácter general al consentimiento del marido, lo hace respecto del supuesto en el que siendo la mujer casada, precisa de ese consentimiento, como limitación a la regla de que la mujer sola puede ser usuaria de las técnicas. Por consiguiente, ese consentimiento es un requisito genérico que no determina la autorización "post mortem", pues tal interpretación conduciría a la absurda conclusión de que, dado que todas las mujeres casadas que inician el tratamiento han de ser autorizadas por su marido, éste consentiría siempre el uso de su material genético después de su muerte. Dice el Juzgado que la última posibilidad que cabría contemplar es la del consentimiento presunto previsto en el artículo 9 que presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la

transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. La Ley impone en este caso una sola exigencia, y es que existan preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido. En este caso, al no existir aun material genético del marido es imposible que pueda haber preembriones constituidos antes de su muerte. Concluye que no es posible entender prestado el consentimiento para el uso "post mortem" del material genético del difunto.

En cuanto al consentimiento presunto regulado en el artículo 9.2 LTRHA y al que se refiere el Auto al que acabamos de referirnos es uno de los pocos casos en la LTRHA que se distingue entre gametos y embriones y la solución dada parece razonable dada la esencial diferencia entre unos y otros. Incluso hubiera sido deseable que respecto de los embriones se permitiera su transferencia postmortem (una vez admitida la figura con carácter general y la de la existencia de embriones sobrantes) con más generosidad, con alguna previsión respecto de los derechos sucesorios para evitar los problemas de inseguridad jurídica que sobre la titularidad de los bienes hereditarios se produciría tras el nacimiento de un nuevo hijo pasado mucho tiempo tras el fallecimiento. De todas formas, nuevamente se pone de relieve la pobre técnica jurídica de la norma. En todo el artículo 9 se habla de “material reproductor” del marido, con lo que parece estarse refiriendo sólo a esperma, puesto que los embriones en ningún caso pueden considerarse “material reproductor”. Esto planteó dudas en la doctrina durante la vigencia de la Ley de 1988 (que también se refería a “material reproductor” y contenía la referencia a los preembriones que hace ahora el artículo 9.2 segundo párrafo) acerca de si era posible entender comprendidos en la fecundación postmortem a los embriones preimplantatorios. Algunos se mostraban en contra haciendo una interpretación literal, puesto que, como hemos dicho ni los embriones pueden ser calificados de material reproductor, ni se puede hablar de fecundación postmortem si los embriones fueron constituidos antes de la muerte del marido, ya que la fecundación habría tenido lugar antes de ese momento. Esta situación absurda se resolvió mediante una norma reglamentaria⁶⁷¹, que establecía que en caso de fallecimiento del varón, salvo expreso consentimiento por escrito del mismo, los preembriones crioconservados no podrán ser utilizados para fecundación de su pareja.

⁶⁷¹Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

Lo que no soluciona la Ley son aquellos casos en que habiéndose dado consentimiento, posteriormente se produce un divorcio o la nulidad del matrimonio, sin revocarse el mismo. Podría pensarse que no estaría impedida la fecundación postmortem, sino sólo la determinación de la filiación matrimonial. Es lo que ocurre cuando se regula una situación tan antiintuitiva.

Se ha planteado si la viuda puede solicitar la fecundación postmortem una vez que contraiga nuevo matrimonio. Algún sector doctrinal ha indicado que si se prohíbe habría que prohibir también a la viuda que tuviera relaciones sexuales con otro varón antes, durante o después de un período en el que se esté sometiendo a la fecundación postmortem. Nuevamente parece que se confunden los planos, pues en este segundo caso, sería una intromisión en su derecho a la intimidad, lo que, a nuestro juicio, no sucede en el primero.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley (falta de autorización del fallecido, expiración de los plazos), no implica que la fecundación postmortem esté prohibida, simplemente supone que la filiación del nacido no puede determinarse respecto del varón fallecido. Esto es mantenido de forma prácticamente unánime por nuestra doctrina⁶⁷². Mientras se busque la autorización judicial no existirá problema para el hijo nacido. Pero, como decimos, en el caso de que se haya producido la fecundación postmortem y no se hayan cumplido los requisitos legales, no se podrá determinar la filiación pese a que la identidad del padre es de sobre conocida. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 24 de septiembre de 2002 denegó la inscripción como hijo del fallecido, pues la fecundación propiamente dicha se produjo en vida del marido y no constaba la voluntad expresa del mismo para que se llevase a cabo el embarazo después de su muerte. Ciertamente la técnica utilizada (transferencia de embriones crioconservados) no se corresponde exactamente desde un

⁶⁷²Cabe citar a título de ejemplo como defensores de esta tesis Cárcaba Fernández, M. en *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana* (pág. 89), Fernández Campos, J.A. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* pág. 330 y Martínez de Aguirre, Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida, en *El juez civil ante la investigación biomédica*. Pág. 256.

punto de vista biológico con la fecundación, pero entender que ésta se ha producido en vida del marido y por tanto no se trata de una fecundación asistida «post mortem» llevaría a consecuencias poco deseables, ya que, en este caso no le sería aplicable la limitación temporal establecida quedando los embriones congelados «sine die» o hasta que la viuda decidiera o no implantárselos, creando una permanente situación de indeterminación e inseguridad en las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento totalmente inadmisibles. Lo deseable sería que el inocente, el hijo así traído a la vida no sufriera sanción, sino que ésta recayera en la clínica que practicó la técnica sin asegurarse del cumplimiento de los requisitos por parte de la usuaria. Para ello, sería necesario modificar el artículo 758 del Código Civil para que quedara comprendida la fecundación post mortem. Esta diferencia de trato otorgado a los hijos nacidos de una fecundación post mortem sin respetar los requisitos legales ha provocado críticas generalizadas, considerando dicho artículo contrario al artículo 39.2; pese ello, tal regulación no mereció reproche alguno por parte del Tribunal Constitucional en la tan mencionada sentencia 116/1999. Parece que para el Tribunal no resultaba de aplicación la prohibición de discriminación por razón del origen. En este caso no estamos hablando de embriones, sino de personas nacidas. Autores contrarios a la admisión de la fecundación post mortem consideran que una vez que ha sido acogida por nuestra ley, los hijos deberían tener una filiación y todos los derechos derivados de ésta⁶⁷³. Esto significa para la autora que tienen derecho a ser inscritos como hijos de su padre, a llevar sus apellidos, a tener alimentos, a todos los derechos sucesorios y a todo aquello que le sea favorable en virtud del artículo 29 del Código Civil.

Este problema se ha dado no sólo en España, sino en países tolerantes con todas las prácticas posibles de reproducción asistida como Gran Bretaña y Estados Unidos, en los que los hijos quedan también desprotegidos. En Gran Bretaña tenemos el caso Blood. El marido de Dianne Blood enfermó de meningitis. Mientras se encontraba en coma se le extrajo semen y se congeló. Como hemos apuntado antes, la ley inglesa impedía considerar como hijo del varón a aquel concebido con su semen después de muerto, o cuando se transfiera el embrión también tras su muerte, si no existía consentimiento de dicho varón.

⁶⁷³Hernández Ibáñez, C. Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida, en *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992). Pág. 51.

Finalmente, permitió trasladar el semen del marido a Bélgica (donde la fecundación postmortem sin consentimiento del marido estaba permitida en aquel momento) basándose en la libre circulación de mercancías de la Unión Europea⁶⁷⁴. La señora Blood tuvo un hijo, pero no podía según la ley inglesa aparecer como hijo de su marido fallecido en el certificado de nacimiento. Finalmente, la ley se reformó en 2003, pues se consideró que la norma no era compatible con los derechos reconocidos a los niños por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la ley no les otorga derechos hereditarios.

También en Estados Unidos se ha planteado la cuestión, en el caso *Woodward v. Commissioner of Social Security*⁶⁷⁵, resuelto en 2002 por el Tribunal Supremo de Massachusetts. Lauren y Warren Woodward eran un matrimonio que fue informado de que el marido padecía leucemia. En ese momento no tenían hijos. Como el tratamiento dejaría estéril al hombre, la pareja decidió congelar el semen del marido. Éste falleció poco después. La mujer se inseminó con el semen de marido y tuvo dos hijos. Al reclamar la pensión de orfandad para sus hijos y pensión para sí misma como madre viuda, la Seguridad Social rechazó su reclamación, por cuanto no se había declarado que los niños fueran hijos del marido fallecido. La viuda impugnó la decisión. Comienza diciendo el Tribunal que el legislador no ha legislado restringiendo el acceso a la sucesión abintestada de los niños concebidos póstumamente. Por ello, no imputan al legislador la conclusión irracional de que se alientan las tecnologías de reproducción asistida mientras, simultáneamente un tipo de niños que son el fruto de esa tecnología tienen menos derechos y protección que otros (reflexión demoledora para el legislador español que sí lo ha hecho). Añade que los derechos de los concebidos póstumamente han de ser ponderados con otros intereses del estado, entre el que no es el menor la protección de los hijos que han nacido o han sido concebidos con anterioridad de la muerte del padre, pues cualquier derecho de los primeros reducirá la porción de la herencia que corresponde a los segundos. Ello exige examinar un segundo propósito del legislador: proporcionar certeza a los herederos y los acreedores. En este sentido recuerda que la norma exige, en los casos en que el padre no ha

⁶⁷⁴ Datos tomados de Simpson, B. The kinship consequences of posthumous reproduction: Diane Blood versus the Human Fertilisation and Embryology Authority, en www.sociology.leeds.ac.uk/.../WP17_Simpson.pdf

⁶⁷⁵ Texto en http://www.law.cornell.edu/socsec/course/readings/435_mass_536.htm

reconocido al hijo o está casado con la madre, que este hijo ejercite una acción de determinación de dicha paternidad para acceder a la herencia. Puesto que la muerte extingue el matrimonio, los hijos concebidos póstumamente son hijos no matrimoniales y deben obtener una declaración de paternidad como requisito previo para disfrutar de derechos hereditarios. Entiende el Tribunal, además, que para evitar fraudes y, puesto que un varón puede decidir congelar su semen con muy variados propósitos que no sean la fecundación postmortem, debe estar clara su voluntad en este sentido, lo que no sucedía en este caso.

2.1.d).5 **Maternidad subrogada.**- Según cuenta Spar⁶⁷⁶ un abogado de Michigan, Noel Keane, comenzó a gestionar en 1976 las peticiones que le hacían parejas que habían tratado en vano concebir hijos por otros medios, de que encontrara madres de alquiler. Keane publicó anuncios en los diarios, en los que ofrecía una compensación económica a las madres potenciales por el alquiler de su útero. Pero la iniciativa no continuó por la amenaza de acciones penales, ya que la venta de bebés era ilegal en el estado. Al surgir esta dificultad, en un primer momento, se inclinó por un modelo altruista, pero el sistema no funcionó porque el altruismo resultó ser mucho menos atractivo que el dinero⁶⁷⁷. Para

⁶⁷⁶Spar, D.L. *Op. cit.* Pág. 129 a 132.

⁶⁷⁷En un reportaje publicado por el diario El País el 29 de mayo de 2011, titulado “Hijos muy buscados” se dice que el móvil económico no es decisivo para que las mujeres decidan gestar un hijo ajeno. Pero dejando de lado el dato de que las parejas entrevistadas evitan dar cantidades precisas de lo pagado a las madres de alquiler, lo cierto es que este tipo de gestación sólo tiene un éxito relevante en aquellos lugares en que se retribuye. De hecho en el mismo reportaje, Beatriz Gimeno, presidenta de la Federación Española de Lesbianas, Gays y Transexuales entre 2003 y 2007 avisa: "Hay quienes aún pensamos que el mercado no puede invadirlo todo y convertirse en un regulador social, llegando a expropiar tus capacidades reproductivas. Cuando abres un mercado, obligas a los pobres a entrar en él. Un vientre es una persona. Estamos hablando de contratos leoninos con los que comprometes tu cuerpo y tu vida. Jamás se darían sin una desigualdad de base". En un reportaje anterior de 12 de junio de 2010, el mismo diario quería insistir sobre la idea de altruismo que mueve a las madres de alquiler para gestar un hijo ajeno y titulaba las declaraciones de una mujer norteamericana que había realizado esta práctica “no gesté a los niños por dinero”, aunque en el texto la frase completa es "no lo haría gratis, pero tampoco lo hice por dinero" y que "es un negocio gratificante para los padres y para nosotros". Y por si no estuviera suficientemente claro dice: "El dinero ayuda. Da claridad a la relación con los padres. A nosotros nos ha permitido tener una casa mejor, o, por lo menos, pagarla más fácilmente", indica. "¿No cobras tú por tu trabajo, por mucho que te guste? ¿No lo hacen los médicos, los profesores, los enfermeros? Aunque su trabajo sea tan bonito como salvar vidas, también lo hacen por dinero. Pues es lo mismo. Además, el proceso es largo y molesto, tienen que pincharte durante dos semanas, pierdes días de trabajo durante el embarazo y después del parto. Lo justo es que te paguen". Y, por supuesto, rehúsa decir cuánto cobró ella.

solventar el problema de la falta de candidatas, Keane se trasladó a Florida, donde la ley no prohibía el pago a las madres de alquiler. En seguida, surgieron competidores como Bill Handel, un abogado de Beverly Hills que abrió una exitosa consultora basada en la idea de la compatibilidad psicológica de las candidatas con las parejas contratantes. Y en Kentucky, el doctor Richard Levin se valió de las leyes estatales de adopción, relativamente indulgentes, para lanzar una consultora comercial dedicada al alquiler de úteros, realizando posteriormente varias giras locales y nacionales, a menudo acompañado por madres de alquiler.

Fuera del ámbito de los países anglosajones (si bien en Gran Bretaña se admite sólo si la madre de alquiler no obtiene beneficio y en Australia de igual forma, aunque está prohibido en algunos estados y territorios), con la excepción de Grecia, la maternidad subrogada no se acepta. El Comité de Expertos del Consejo de Europa, concluyó que los contratos de gestación eran inválidos y que la maternidad, en cualquier caso, se determina por el parto. Está prohibida, por ejemplo, en Suecia, Italia, Alemania (donde se castiga con pena de cárcel de hasta tres años a quien emprenda la fecundación artificial o una transferencia de embrión a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento, de modo permanente) y Francia (que también prevé sanciones penales para los mediadores entre una persona o pareja que quiera tener un hijo y una mujer que acepte tener un embarazo para entregar posteriormente al niño). En Francia, antes de esta regulación, la cuestión de la maternidad de alquiler fue discutida, llegando incluso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Lavissee v. France*⁶⁷⁸. La demandante había creado junto a otras personas la asociación Les Cigognes (Las Cigüeñas). La inscripción de la asociación fue rechazada por los órganos competentes según el derecho

El 18 de febrero de 2007, el diario *La Razón* informaba de que California se estaba convirtiendo en destino del turismo reproductivo, precisamente por la admisión de la maternidad de alquiler. Pero el mercado global tiene otros polos. Ucrania es uno de los países que más abiertamente se ofrece como proveedora internacional de úteros de alquiler. Según estimaciones del diario alemán «*Die Welt*», las clínicas especializadas de la ex república soviética reclutan anualmente un centenar de madres de alquiler, cuya clientela proviene en buena medida de Alemania y de otros países de la Europa comunitaria. «Somos sensiblemente más baratos que los occidentales. Nuestras prestaciones cumplen con los requisitos internacionales. Nuestras mujeres son bellas y además saben lo que es pasar hambre. Hay personas que sortean sus dificultades financieras al mismo tiempo que ayudan a otras parejas, entonces, ¿dónde está el problema?», explicó al diario alemán el director de la clínica *Isida*, de Kiev, la más avanzada del país.

⁶⁷⁸Consultado en <http://www.juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESROITSDDELHOMME-19910605-1422388>

interno porque más allá de la defensa de los intereses de sus miembros, la asociación estaba constituida también con el fin de promover la puesta en marcha de la actividad de las madres subrogadas y porque formaba parte de un conjunto que comprendía una asociación de parejas estériles, un banco de esperma cuyo papel era especialmente seleccionar las futuras madre antes de realizar su inseminación y una estructura intermediaria de gestión encargada de gestionar los problemas prácticos, en particular contables, recibiendo en depósito la compensación económica que se pagaría a la madre una vez estuviera todo terminado en virtud del contrato de alquiler de útero.

Planteada la cuestión ante la Comisión de Derechos Humanos, ésta recuerda que las restricciones al ejercicio del derecho de asociación son admisibles si están previstas por la ley y son necesarias en una sociedad democrática para alcanzar una de las finalidades legítimas enumeradas en el artículo 11 párrafo 2 del Convenio. La expresión “prevista por la ley” significa no solamente que la medida en cuestión debe tener una base en el derecho interno, sino que también la ley debe ser comprensible, previsible y compatible con la preeminencia del derecho. Estos últimos requisitos los cumplía la norma aplicada. En cuanto a la legitimidad del fin perseguido, la Comisión considera que éste último reside en la evitación de una infracción penal, esto es, la incitación al abandono de niños, castigado por el Código Penal. Por tanto, considera que se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 11 párrafo 2 del Convenio, especialmente, la prevención de un delito. En cuanto a la necesidad de la medida, la Comisión recuerda que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación en la determinación de lo que es una necesidad social imperiosa. La finalidad de la asociación se refería a una práctica reciente y que no estaba regulada por una ley (en la época en que se enjuiciaba). En esas circunstancias, la ausencia de oposición a la inscripción de la asociación podría haber parecido como una aprobación implícita de las autoridades a esta práctica. Sin entrar en el fondo del asunto, la Comisión entendió que la citada oposición a la inscripción podía ser considerada como una medida necesaria en una sociedad democrática, contenida dentro del margen de apreciación de los Estados.

Dentro de los países permisivos, Grecia en su ley de reproducción asistida de 2002 admite la maternidad subrogada sometiéndola al cumplimiento de una serie de requisitos como son la existencia de una autorización judicial en la que conste el acuerdo por escrito de las partes, que se acredite fehacientemente la imposibilidad de tener hijos de la mujer que

desea tener el hijo y, por último, que se realicen pruebas médicas que acrediten la buena salud de la mujer que va a llevar a cabo la gestación.

En Israel, se produjo un hecho muy grave al descubrirse que un ex convicto por pedofilia tuvo una hija, gracias a una madre de alquiler (El Mundo, 2 de junio de 2013). En el momento de conocerse los hechos la niña tenía cuatro años y según el Consejo Nacional del Menor, no existe posibilidad legal de retirarle al progenitor la custodia de la menor, ya que el procedimiento por el cual se convirtió en padre fue intachable.

En Gran Bretaña se encuentra en vigor la Surrogacy Arrangements Act de 1985, si bien ha sufrido modificaciones posteriores. La norma impide que se realicen pagos a la mujer, salvo los gastos derivados del embarazo. Prohíbe también la realización de actividades de mediación de carácter mercantil, así como la publicidad. En parecidos términos la Ley de 2010 del estado de Queensland en Australia. Pese a las limitaciones, el record de partos de una madre subrogada no está en Estados Unidos, la ostenta una británica Jill Hawkins. La edición digital del diario británico Daily Mail⁶⁷⁹ contaba el 12 de febrero de 2012 que después de haber dado a luz 8 hijos para entregarlos a las parejas comitentes, se encontraba de nuevo embarazada de gemelos a los 48 años.

En Estados Unidos, como ocurre en toda esta materia de la reproducción asistida, a falta de legislación federal, hay que estar a lo regulado en cada estado. Hasta 22 tienen normas autorizando los contratos de maternidad subrogada. No obstante, el negocio más floreciente con agencias de intermediación reside en aquellos estados que carecen de regulación, como hemos visto. No están admitidos en Indiana, Michigan, Nevada, Nueva York, Dakota del Norte, Washington, Arizona que consideran que es madre la madre de alquiler y si está casada, se presume que el marido es el padre, aunque éste puede impugnar la paternidad, y el Distrito de Columbia donde además de declararlos inexigibles, castiga a los que de alguna manera intervienen en estos contratos (incluyendo a los que intermedien, ayuden o participen) a multas de hasta 10.000 dólares y un año de prisión. Florida los admite con limitaciones: es necesario que los comitentes sea una pareja heterosexual casada, mayor de 18 años y que un médico certifique que el embarazo causaría un problema de salud a la

⁶⁷⁹<http://www.dailymail.co.uk/health/article-2106935/The-surrogate-mother-whos-pregnant-babies-number-NINE-TEN.html>

mujer, al feto o que sea imposible por alguna otra causa. El pago está limitado a compensar los gastos derivados del embarazo y parto. Las condiciones impuestas en Illinois son que la madre de alquiler tenga al menos un hijo biológico y haya pasado un completo examen de salud física y psíquica. También los padres comitentes deben someterse a una valoración psicológica, acreditar la necesidad de acudir a la subrogación y que, al menos, uno de los dos miembros de la pareja aporte sus gametos. Se permite una compensación razonable y la madre de alquiler y la pareja comitente deben tener asistencia legal separada. En Louisiana está prohibido el contrato de subrogación celebrado entre una mujer soltera y un hombre que aporta su semen. En Nevada se permiten acuerdos entre parejas casadas y mujeres, siempre que en el acuerdo se especifiquen los derechos de las partes en el caso de cambio de circunstancias. Se limita la retribución a los costes médicos y ordinarios durante el embarazo y el parto. En New Hampshire se admiten los acuerdos aprobados previamente por la autoridad judicial, cuando las partes han sido valoradas psicológicamente. En Virginia están admitidos pero sometidos a muchos requisitos: visitas a la casa, cita con un representante legal del futuro feto, exámenes físicos y psicológicos de todas las partes del acuerdo, que la madre de alquiler haya dado a luz previamente, que, al menos uno de ellos aporte gametos, que la mujer que pretender ser madre no pueda llevar a término un embarazo y que el acuerdo sea aprobado judicialmente.

En cuanto a España, la Exposición de Motivos de la LTRHA no ofrece ninguna razón por la que no admita la maternidad subrogada. Hay que acudir al Informe Palacios, que en su Capítulo V sostenía el temor de que este tipo de gestación se mediatizara por intereses económicos o intenciones desaprensivas de lucro o de prevalencia de unas personas sobre otras. De conformidad con ese criterio, el artículo 10 de la Ley de 1988 establecía que era nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Esta regulación se mantiene en el artículo 10 de la vigente LTRHA, siendo una de las pocas posibilidades de las técnicas de reproducción asistida que no deja la norma a la autonomía de la voluntad. Lo curioso del caso es que la LTRHA determina la nulidad del contrato, pero no tipifica la conducta ni como delito y ni siquiera como infracción administrativa, sin perjuicio de que algunas conductas posteriores pudieran ser delitos del artículo 220 del Código Penal. Incluso Benítez Ortúzar imagina un supuesto rocambolesco, aunque posible, para vulnerar la prohibición: un hombre hace inseminar con su semen a una

mujer con la que dice convivir *more uxorio* (aunque en realidad es una madre de alquiler); una vez nacida la criatura, la pareja disuelve la supuesta relación análoga a la del matrimonio, renunciando la mujer a la patria potestad a favor del marido. El hombre contrae matrimonio con su verdadera pareja, pudiendo ésta iniciar el trámite de adopción del hijo de su cónyuge, en jurisdicción voluntaria sin oposición de la madre biológica. Ya hemos visto, además, que pese a la declaración de nulidad de pleno derecho de los contratos de alquiler de útero, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que pretende no poner obstáculos a la inscripción de la filiación a favor de parejas que han obtenido su hijo, mediante un contrato de estas características en lugares donde se admite, siendo el preferido por los españoles el estado de California. Aunque esto también tiene sus problemas⁶⁸⁰.

Desde el punto de vista teórico, la doctrina se encuentra dividida. Y es que la maternidad subrogada supone una vuelta de tuerca en las técnicas de reproducción asistida. Cuando una pareja se somete a un ciclo de inseminación artificial o fecundación *in vitro*, como hemos señalado, una relación que normalmente tiene lugar en el ámbito íntimo, pasa a ser pública, pero la diferencia termina ahí. El embarazo y el parto se producen de igual forma en un caso y otro: “Cuando las mujeres conciben y gestan niños por sí mismas, son todas esencialmente iguales: la reina en su castillo soporta los mismos dolores de parto que su doncella. Sin embargo, cuando una mujer gesta al hijo de otra, esta igualdad fundamental es reemplazada por una asimetría más perniciosa”⁶⁸¹. Añade que una madre de alquiler que cobrara 20.000 dólares en California estaría ganando aproximadamente un 40% más que el salario mínimo anual de un trabajador a jornada completa. Pero la misma mujer en México estaría ganando aproximadamente 20 veces más que el salario mínimo⁶⁸². La imagen de hijo como un producto se acentúa. La eurodiputada socialista Edite Estrela, en el informe que, entre otras cosas, pretendía declarar el aborto un derecho fundamental de las mujeres y que fue rechazada por el Parlamento Europeo, considera que la maternidad subrogada “representa la comercialización tanto de los niños como del cuerpo de las mujeres y que constituye una amenaza para la integridad física de las mujeres y para los derechos humanos”. Otro problema adicional se produciría con el trauma que para la madre de alquiler sería la entrega del hijo

⁶⁸⁰El diario El Mundo informaba el 29 de mayo de 2009 que seis parejas españolas iban a denunciar “ante tribunales de EEUU a una agencia de madres de alquiler por estafa (...) entre 90.000 y 130.000 dólares cada una y sin bebé que echarse a los brazos”.

⁶⁸¹*Op. cit.* 154

⁶⁸²*Op. cit.* Pág. 146

encargado, tras gestarlo nueve meses. Al menos eso se dice cuando se propone la entrega en adopción de hijos no deseados para evitar el aborto. Pero como ocurre repetidamente en los fenómenos analizados en este trabajo, los traumas insuperables en un caso, directamente desaparecen en otro. El diario The Guardian publicó el 1 de julio de 2002 un estudio realizado en Gran Bretaña, según el cual, la inmensa mayoría de las madres que había alquilado su útero no encontraba ninguna terrible dificultad en entregar los bebés que habían gestado a las parejas comitentes y sólo daban cuenta de un caso, en el que la mujer tuvo ligeras dudas en ese momento⁶⁸³. Si esto es cierto, parece que el hecho de que la mujer geste durante nueve meses un hijo, permite su parto y entrega sin apreciables males psicológicos. Alguien debería explicar por qué es al contrario cuando hablamos del aborto.

Apunta Allegue que las aportaciones de la ciencia “son usadas perversamente por las personas, como ocurre, por ejemplo, con los vientres de alquiler que cosifican a las mujeres, convirtiendo estas aportaciones que deben ser patrimonio común de la humanidad en un negocio perverso y nuevamente instrumentalizador de las mujeres⁶⁸⁴. Alkorta además de los problemas psicológicos para la madre de alquiler que hemos apuntado y los riesgos de explotación económica, añade en su crítica el grave daño que se puede infringir a la criatura en el momento en que la historia se conozca en su entorno existencial y tenga madurez suficiente para comprenderla, a lo que hay que sumar las enfermedades y tara que haya podido heredar el nacido, provocando la eventual negativa a aceptarlo por parte de la pareja comitente⁶⁸⁵. Gómez Sánchez sostiene que aunque es frecuente interpretar la prohibición de maternidad de sustitución como una medida tendente a impedir que el niño sea considerado transferible, es igualmente cierto que la prohibición de los contratos de maternidad alquilada representa una medida de protección de la dignidad de la mujer⁶⁸⁶. Beriain apunta las posibles dificultades en caso de que el diagnóstico prenatal detecte anomalías en la gestación. En tal circunstancia ¿cuál de las dos madres tendrá el derecho a solicitar el aborto? Y en caso de que se determine que es la madre genética la que lo posee

⁶⁸³Consultado en <http://www.guardian.co.uk/uk/2002/jul/01/socialsciences.gender>

⁶⁸⁴Allegue Agüete, P. Consideraciones sobre derechos humanos, mujeres y biotecnología. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005). Pág. 155.

⁶⁸⁵*Op. cit.* Pág. 566.

⁶⁸⁶Gómez Sánchez, Y. Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética en Mujer y Constitución en España. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid (2000). Pág. 655.

¿puede obligarse a la gestante a que interrumpa su embarazo? Otro ejemplo similar nos lo proporciona el supuesto de que el niño nazca con algún problema, debido a una conducta irresponsable de la gestante ¿están en tal caso los padres genéticos obligados a quedarse con el niño o pueden considerar resuelto el contrato por incumplimiento? ¿puede obligarse a alguien a que se haga cargo del niño contra su voluntad?⁶⁸⁷ A ello habría que añadir qué ocurre si la pareja comitente muere antes del nacimiento o si se divorcia. Gómez Sánchez, si bien contraria a la admisión de la maternidad subrogada, considera, sin embargo, que si fuera posible prescindir del útero de alquiler (por ejemplo, consiguiendo que el hombre pudiera llevar a término la gestación, o terminar ésta artificialmente en un laboratorio) “difícilmente se podría objetar que los hombres solicitaran la gestación de un hijo por estos medios a partir de su propia aportación genética y siempre que existieran gametos libremente donados por las mujeres”⁶⁸⁸.

Warnock⁶⁸⁹ se muestra favorable a una regulación permisiva. Dice que la actitud norteamericana es la correcta. El hecho de que exista un mercado para algo como la sustitución demuestra que eso es lo que la gente desea y que, por lo tanto, es perfectamente razonable satisfacer esa demanda. El que a un determinado número de personas no les gusten las madres de alquiler es completamente irrelevante. Nadie está obligado a convertirse en una o en servirse de ellas (aquí, nuevamente nos encontramos con el razonamiento que equipara normas éticas con meras preferencias; pero no es lo mismo tener esclavos o no, que tomar o no un helado o tomarlo de uno u otro sabor). Añade que está cada vez más convencida de que una enfermedad social contra la que se debemos precavernos es la de la excesiva regulación gubernamental. Esta opinión es consistente con el utilitarismo de la autora, aunque entendemos que no será compartida por los que consideran que la maternidad subrogada atenta contra la dignidad de la mujer.

También ha sido defendida desde la idea de la autonomía procreativa de la mujer, incluso a la hora de ceder sus órganos o funciones reproductivas gratuitamente o a cambio de precio, siendo necesario desprenderse de la actitud paternalista del Estado. Desde posiciones feministas, Shalev considera que debe darse idéntico tratamiento al donante de semen que a la madre de alquiler, en el contexto de un nuevo modelo de regulación de la paternidad y la

⁶⁸⁷ *Op. cit.* Pág. 245.

⁶⁸⁸ *Op. cit.* (1994). Pág. 69.

⁶⁸⁹ Págs. 108 y 109.

maternidad basada en la libre autodeterminación de las partes interesadas. Concluye que tal esquema contractual implica un libre mercado capaz de desafiar, si no de socavar la perpetuación de la posición de inferioridad económica de la mujer dentro de un sistema patriarcal⁶⁹⁰. En una reunión de 65 expertos en reproducción asistida celebrada en la Clínica CIMA, recogida en elconfidencial.com (30 de septiembre de 2006), respecto de la legalización de los 'úteros de alquiler', un 38,46% de los expertos se opone, un 32,31% se muestra favorable siempre que la Comisión Nacional autorice previamente el caso concreto y un 29,23% está totalmente a favor.

Otros autores se muestran favorables, aunque poniendo límites. Vela considera que si ninguno de los miembros de la pareja aportó su material genético no debe admitirse el convenio de maternidad subrogada. Entiende que no existiría discriminación, pues las personas o parejas totalmente estériles no pueden ser padres biológicos y su deseo de paternidad puede cumplirse a través de la adopción. Y pone el ejemplo de las mujeres y hombres solos. Mientras las primeras pueden ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida, "el hombre, *por su naturaleza*, no puede, y ello no convierte en inconstitucional a la LTRHA"⁶⁹¹. Resulta sorprendente como se olvida a la naturaleza para admitir que ambos miembros de la pareja sean padres cuando solo uno de ellos ha puesto su material biológico para concebir el hijo y, en cambio, la misma naturaleza se convierte en un obstáculo insalvable para ejercitar derechos fundamentales cuando la esterilidad afecta a los dos miembros de la pareja. No se alcanza a ver una diferencia que justifique esa diferencia de trato. También Emaldi considera que debería admitirse para resolver problemas de infertilidad de la pareja (aunque lo cierto es que maternidad subrogada no resuelve el problema de la infertilidad, pues la pareja sigue siendo infértil). Dice, eso sí, que deben establecerse una serie de requisitos: que la mujer comitente no pueda asumir la gestación por problemas fisiológicos (¿quedan excluidos los problemas psíquicos?) para evitar que sea por simple comodidad, que la madre gestante no obtenga ganancia con ello y que cumpla una serie de condiciones mínimas de edad y salud psicofísica, que la pareja aportase los gametos a la concepción⁶⁹² (con ello excluye a las parejas homosexuales, no dando ninguna justificación para esa exclusión).

⁶⁹⁰Shalev, C. *Birth power. The Case for surrogacy*. New Haven and London. (1989). Págs. 86 a 105

⁶⁹¹Vela Sánchez, A.J. La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley n° 7608*, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.

⁶⁹²Emaldi, *Op. cit.* 410

En España, lo que se ha criticado, tanto por partidarios como por detractores de la maternidad subrogada, es la inconsistencia de la norma al prohibir ésta y admitir otras conductas basadas en los deseos individuales: resulta llamativo, dicen, que este principio de identificación de la maternidad (parto) se adopte con un criterio tan absoluto y prescindiera por completo de la relevancia que en otros casos se asigna al consentimiento, como ocurre con el varón que consiente en la inseminación de su compañera o esposa con material genético de donante, quedando atribuida la paternidad no a éste sino al marido o compañero. Concluye señalando que la expulsión de los contratos de maternidad subrogada del ordenamiento jurídico y del mercado supone una sustancial diferencia de criterio a la hora de establecer la paternidad y la maternidad derivada de las técnicas de reproducción asistida⁶⁹³. Máxime cuanto tratándose de una pareja de lesbianas, la LTRHA convierte madre biológica a la que no ha dado a luz, con una mera declaración de voluntad, tal y como se vio más arriba. Así, García Pérez ha señalado que existe una notable incoherencia en los fundamentos jurídicos sobre los que se quiere sostener la ley y las instituciones a las que afecta, pues en unos casos se argumenta en pro de la aplicación de nuevos y modernos criterios en materia de paternidad/maternidad, familia y filiación, mientras que en otros, como es el presente, no duda en imponer el tradicional y conservador (?)⁶⁹⁴ criterio de que la maternidad se atribuye por el hecho del parto. E insiste en la incoherencia de la LTRHA afirmando que no hay una exacta relación entre principios generales y reglas particulares, desde el mismo momento en que el legislador enuncia un programa al cual no todas las concretas normas parecen coherentes⁶⁹⁵. Es difícil de justificar la prohibición dentro de la óptica de la LTRHA que consagra el valor prácticamente absoluto de la autonomía de la voluntad. Se pregunta desde esta perspectiva Bellver⁶⁹⁶ que por qué una mujer sola puede ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida y un varón, no. Para justificar la prohibición se podría aludir a los riesgos de conflicto entre las partes o de atentado contra la libertad y dignidad de la gestante. Pero esos riesgos no justifican una prohibición inexorable sino una regulación cautelosa que impidan que se den.

⁶⁹³Verdera Server, R. *Op. cit.* Pág. 260 a 262.

⁶⁹⁴Parece que la evolución ha resultado conservadora y tradicional en el modo de reproducción de los animales vivíparos.

⁶⁹⁵ García Pérez, Carmen I. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2007. Pág.380 a 394.

⁶⁹⁶ Bellver Capella. *Op. cit.* (2000). Pág. 56.

Y es que, como señala el siempre expresivo Pantaleón, la gestación por sustitución parece haberse convertido en el chivo expiatorio de las nuevas técnicas de reproducción, con el que se trata de buscar una válvula de escape a la desazón que se siente ante ellas en su conjunto⁶⁹⁷. Todas las críticas y reservas a la maternidad subrogada las compartimos. Pero las razones que se utilizan para oponerse a la misma son muy semejantes a otros casos y no alcanzamos a entender por qué aquí los razonamientos son válidos y no en otros. Por ejemplo, cuando se apela al concepto de dignidad, podría contrargumentarse que se trata de un concepto tan genérico que no puede oponerse a la decisión libre e informada adoptada por una mujer adulta y plenamente capaz. En cuanto a los eventuales abusos, podrían establecerse unos controles rigurosos para evitar que se explote a mujeres. Por otra parte, podría calificarse de ingenuo en focalizar el problema de la desigualdad y la explotación en este punto. Así, mujeres con recursos económicos contratan a otras con menos nivel de ingresos (muchas de ellas inmigrantes) para que se hagan cargo de las tareas domésticas y del cuidado de los hijos, permitiéndoles desarrollar una carrera profesional o dedicarse a algún proyecto que contribuya a su realización personal. Mientras la otra mujer tiene un trabajo poco valorado socialmente, no muy bien retribuido y desatiende a su propia familia (a la que ha podido incluso dejar en su país de origen) o no puede permitirse el tenerla.

Al margen de lo expuesto, la maternidad subrogada, allí donde está permitida, ha sido un semillero de pleitos, y ello pese a ser una pequeña porción del negocio de los bebés. En 2001 se registraron 571 contratos de alquiler en Estados Unidos, o sea, menos del 0'7% de los tratamientos de reproducción asistida. Los litigios surgen bien porque la *madre de alquiler* se niega a entregar al hijo concebido a la pareja comitente (supuesto más normal) o de desistimiento por parte de la pareja, cuando el embarazo ya ha comenzado (supuesto que se produjo cuando en el ínterin entre el encargo y su realización efectiva, la pareja se separó). El retraso en la determinación de la paternidad conlleva graves problemas para el hijo que fueron enunciados por el Tribunal Supremo de Massachussetts en la sentencia del caso Culliton v. Beth Israel Deaconess Medical Center de 2001: Puede interferir en el tratamiento médico que necesite el niño en caso de complicaciones médicas surgidas durante el nacimiento o poco después, dificultar o privarle de la herencia de sus padres legales debido a que dichos padres mueran intestados, antes de que una acción pueda

⁶⁹⁷Pantaleón Prieto, F. *Op. cit.* Pág. 656.

determinar la filiación postmortem y puede dificultar el disfrute o privarle de derechos de la Seguridad Social⁶⁹⁸.

Ya en una fecha tan lejana como 1983, se produjo un caso en Michigan que parece sacado de la mente de un enloquecido guionista de culebrones. Judy Stiver, un ama de casa, acordó gestar un hijo para Alexander Malahoff⁶⁹⁹ y su esposa, recibiendo a cambio 10.000 dólares. Todo fue bien hasta que nació el niño, pues sufría microcefalia, un trastorno en el cual la cabeza tiene un tamaño anormalmente pequeño y normalmente produce retraso mental. El Sr. Malahoff no quería en esas condiciones al niño y le dijo al hospital que le retiraran el tratamiento. También la Sra. Stiver rechazó al niño alegando que no había existido vinculación afectiva materna. El hospital solicitó y obtuvo del juzgado autorización para continuar con el cuidado del niño que quedó a cargo de los servicios sociales del estado de Michigan. El asunto no terminó ahí. El Sr. Malahoff alegó que no era el padre. Tanto él y la Sra. Stiver se sometieron a análisis de sangre con el fin de determinar la paternidad, antes de aparecer en un show televisivo para discutir sobre el tema. Finalmente, se demostró que el padre era el marido de la Sra. Stiver, habiendo incumplido ésta los términos del contrato, al haber mantenido relaciones sexuales con su marido en el momento de la inseminación. La cuestión terminó con un cruce de demandas. El Sr. Malahoff demandó a la Sra. Stiver por incumplimiento del contrato. Los Stivers demandaron a su médico, abogado y psiquiatra por no aconsejarles adecuadamente sobre el sexo matrimonial y al Sr. Malahoff por invadir su intimidad al hacer público el asunto y porque, alegaban, la enfermedad del niño fue causada por un virus transmitido por Malahoff.

Poco después, en 1986 se produjo uno de los casos más conocidos, *In re Baby M*⁷⁰⁰. En 1985, William Stern y Mary Beth Whitehead celebraron un acuerdo de maternidad subrogada. La mujer de Stern padecía de esclerosis múltiple y el embarazo podía conllevar riesgos graves para su salud. El matrimonio quería tener un hijo pero desestimaron la adopción. En el contrato se acordó que se haría usando esperma del Sr. Stern para inseminar a la Sra. Whitehead. Si quedaba ésta embarazada, llevaría el embarazo a término, le entregaría el bebé a los Stern y haría los trámites necesarios para renunciar a sus

⁶⁹⁸ Consultado en <http://masscases.com/cases/sjc/435/435mass285.html>

⁶⁹⁹ Datos en <http://www.nytimes.com/1992/09/20/us/surrogate-mother-able-to-sue-for-negligence.html> y <http://www.theinterim.com/issues/abortion/selling-babies-is-illegal-in-canada/>

⁷⁰⁰ Texto en http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm

derechos maternales para que la Sra. Stern adoptara al bebé. A cambio de ello, la Sra. Whitehead recibiría 10.000 dólares. También el Sr. Whitehead era parte en el contrato, comprometiéndose a hacer lo necesario para refutar cualquier presunción de paternidad. Finalmente, la Sra. Whitehead dio a luz a una niña. Para no dar lugar a sospechas de la existencia del acuerdo de subrogación, en el certificado de nacimiento aparecieron como padres los Whitehead, pero invitaron, sin problemas, a los Stern a que visitaran a la recién nacida. No obstante, prácticamente desde el nacimiento la Sra. Whitehead experimentó una vinculación maternal hacia la niña, aunque cumplió el contrato y la entregó a los Stern. Sin embargo, pronto acudió a casa de los Stern para contarles lo mucho que estaba sufriendo, que no podía vivir sin su hija y les pidió que se la dejaran, al menos una semana y que, después, renunciaría a ella. Los Stern temiendo que la Sra. Whitehead pudiera suicidarse y confiando en su palabra, le entregaron a la niña. No fue sino cuatro meses después, después de una serie de intentos y del cambio de residencia a otro estado de los Whitehead, cuando los Stern recuperaron a la niña mediante una acción judicial, cuya resolución tuvo que ejecutarse por la policía.

Los Stern iniciaron un juicio en el que reclamaban el cumplimiento del contrato de subrogación, con el fin de declarar extinguidos los derechos parentales de la Sra. Whitehead y así que la Sra. Stern pudiera adoptar a la niña. El Tribunal de instancia declaró que el contrato era válido y estimó la demanda. El tribunal de instancia basó su pronunciamiento en la validez del contrato de subrogación, pero sobre todo valora que la familia Stern le parecía más adecuada para criar un hijo.

En la apelación, la Sra. Whitehead solicitaba que se declarase la nulidad del contrato de subrogación. Reclamaba la custodia de la niña, con derecho de visita del Sr. Stern. El Tribunal Supremo señala que en su jurisdicción estaba regulado un acuerdo de adopción, por el que los padres que van a dar a su hijo en adopción eligen a los padres adoptivos, pero es diferente al contrato de subrogación, porque los padres adoptivos han de pasar un examen previo, no se paga dinero y el acuerdo para la entrega del niño se produce una vez éste ha nacido. Considera que el acuerdo enjuiciado es contrario a la ley y al orden público. En términos muy duros, el tribunal señala que de esta forma el niño es vendido sin considerar si los compradores son padres adecuados. La madre natural no recibe el beneficio del asesoramiento y la guía para ayudarla a tomar una decisión que puede

afectarla de por vida. De hecho, el incentivo monetario para vender a su hijo, dependiendo de su situación económica, hace a su decisión menos voluntaria. Adicionalmente, los padres adoptivos pueden no estar plenamente informados del historial médico de los padres biológicos. Dice categóricamente que, en una sociedad civilizada hay cosas que no se pueden comprar con dinero. El hecho de que la compra sea voluntaria, no significa que sea buena o que no pueda ser prohibida.

Añade la sentencia que desde el punto de vista constitucional, el derecho a procrear, como protegido por la Constitución es, expresado sencillamente, el derecho a tener hijos biológicos, a través de relaciones sexuales o de inseminación artificial. No es más que eso y el Sr. Stern no ha sido privado de ese derecho. A través de la inseminación de la Sra. Whitehead, Baby M. es su hija. La custodia, cuidado y la crianza que siguen al nacimiento no forman parte del derecho a procrear. Afirmer que el derecho a procrear del Sr. Stern le da derecho a obtener la custodia sería afirmar que el derecho a la procreación de la Sra. Whitehead no le da derecho a obtener la custodia de Baby M. Sería afirmar que el derecho constitucional a la procreación incluye un derecho constitucionalmente protegido de destruir el derecho a procrear de otro. Considera que no puede equipararse la situación del donante de semen y la de la madre de alquiler, con lo que el hecho de que el primero no sea reconocido como padre, no lleva aparejado que la segunda deba no ser reconocida como madre. La diferencia de trato está justificada. Anulado el contrato, quedaba por decidir a quién correspondía la custodia. Después de analizar la situación de ambas familias decidió que la custodia correspondía al Sr. Stein concediendo derecho de visita a la Sra. Whitehead.

En 1990 se resolvió el caso *Johnson v. Calvert*⁷⁰¹. La pareja Calvert no podía tener hijos porque la mujer se había sometido a una histerectomía. Los ovarios de la mujer, sin embargo, producían óvulos, por lo que, queriendo un hijo, celebraron un contrato de maternidad subrogada con Anna Johnson. El matrimonio pagaría a ésta 10.000 dólares (parece que esa era la cifra estándar de la época) y concertaría en su favor un seguro de vida. A cambio Anna renunciaría a su patria potestad del niño que naciera como resultado de la transferencia de un embrión formado con los gametos del matrimonio y que ella gestaría. Prácticamente desde el momento en que se confirmó el embarazo, la relación entre las partes empezó a deteriorarse. Anna, antes de dar a luz reclamó el pago inmediato y

⁷⁰¹ Datos tomados de <http://www.netatty.com/articles/parent.html>

amenazó con no renunciar a la patria potestad. Los Calvert presentaron una demanda solicitando una declaración judicial de que Anna no tenía derecho alguno sobre el bebé. En respuesta, Anna formuló otra demanda que fue acumulada a la primera por el Tribunal. El tribunal de instancia falló a favor del matrimonio, en resolución que fue confirmada por el Tribunal de apelación y por el Tribunal Supremo de California. Éste señaló que de acuerdo con la legislación del estado, queda establecida la maternidad, de acuerdo con tres posibilidades: probando que se ha dado a luz al niño, probando una relación genética con él, o probando su adopción. Concluye que tanto Anna como la Sra. Calvert pueden reivindicar legítimamente la maternidad, aunque las dos no podían ser madres a la vez. Decidió romper el empate a favor de quien, con anterioridad a la concepción, pretendía criar y cuidar del niño, que no era otra que la Sra. Calvert. Rechaza, a diferencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey que el contrato de subrogación sea contrario al orden público y añade que no está sujeto a las leyes sobre adopción, dado que el acuerdo se produce antes del nacimiento. Como argumento que dice mucho de la perspectiva del Tribunal considera que el contrato de subrogación no es una forma de servidumbre personal contraria al orden público dado que el contrato específicamente le reconocía el derecho a abortar.

También de California es el caso *Buzanca v. Buzanca* de 1998⁷⁰². A diferencia de los anteriores, la disputa no era porque todos los posibles padres querían el niño, en este caso niña, sino porque nadie la quería. Jaycee, que así se llama, había nacido de una madre de alquiler que había sido contratada por el matrimonio formado por Luanne y John Buzanca; el espermatozoides y el óvulo procedían de donantes. Cuando la madre de alquiler estaba embarazada, el matrimonio puso fin a su relación, negándose el marido a asumir cualquier responsabilidad económica o de cualquier tipo respecto del hijo. Por su parte, la madre de alquiler dejó claro que no quería ninguna responsabilidad sobre la niña. El tribunal de instancia llegó a la conclusión de que Jaycee no tenía padres legales; según su criterio, la madre subrogada no era la madre, Luanne, tampoco porque no tenía relación genética con la niña, ni la había dado a luz; por su parte, John tampoco porque no tenía tampoco relación genética. Todo ello, no deja de ser sorprendente porque en su nacimiento habían intervenido cinco personas: un donante de espermatozoides, una donante de óvulo, la mujer que la dio a luz y el matrimonio que la “encargó”. La decisión es un ejemplo de a lo que lleva una

⁷⁰² Texto en <http://law.justia.com/cases/california/caapp4th/61/1410.html>

regulación basada, no en la realidad, sino en el principio de dar satisfacción a los deseos, porque éstos son cambiantes. El Tribunal Supremo revocó la decisión. Aplicando una doctrina similar a la del caso anterior, consideró que Jaycee no habría nacido si el matrimonio Buzzanca no hubiera acordado que se transfiriera el embrión a una mujer como subrogada. Equipara a estos efectos el consentimiento del marido a la inseminación con semen de donante de su mujer al caso del contrato de alquiler de útero, en el que no hay conexión genética de la pareja comitente con el hijo.

Por último, citaremos un caso realmente complejo⁷⁰³. Una pareja californiana (Charles Wheeler and Martha Berman) celebró con una joven británica (Helen Beasley) un contrato de maternidad subrogada. Resultó que la joven quedó embarazada de gemelos. En el contrato se había establecido que la pareja podía reclamar el aborto de los fetos adicionales en el caso de embarazo múltiple. Al negarse a abortar, la pareja dio por resuelto el contrato, abonando sólo 1.000 de los 20.000 dólares inicialmente pactados. Beasley reaccionó demandando a la pareja por abandono de los niños. A esta demanda, Wheeler y Berman (que eran abogados) demandaron a la británica reclamando 80.000 dólares en gastos, alegando que había incumplido el contrato. La madre de alquiler dio a luz a gemelas en Gran Bretaña y solicitó la custodia de las niñas. La pareja americana solicitó la devolución de las niñas con base en la convención de La Haya sobre sustracción de menores. La demanda fue rechazada porque las gemelas habían nacido en Gran Bretaña y nunca habían residido en los Estados Unidos. Declaró a la madre de alquiler, como madre legal de las niñas, porque de acuerdo con la ley inglesa, madre es la que da a luz.

La exposición detallada de estos supuestos con su casuismo ha querido poner de relieve la multitud de problemas que lleva aparejada la figura de la maternidad subrogada. Es cierto que los litigios se deben a la falta de regulación, lo que obliga a decidir a los tribunales. Pero, aunque hubiera una ley que clarificase los problemas, las situaciones presentadas (madres de alquiler que no quieren entregar el hijo, padres que quieren de desistir de su encargo...) se seguirían produciendo en la práctica. Lo llamativo es que en todo este debate, el punto desde el que se discute es el del interés de los adultos enfrentados, pero no se tiene en cuenta el interés del menor en absoluto. Mientras que en la adopción, es éste interés el determinante y no el deseo de ser padres de los adoptantes, aquí es justo al contrario. En la

⁷⁰³ Resumen del caso en <http://www.nla.gov.au/openpublish/index.php/aja/article/view/3188/3754>

adopción se trata de dar un hogar adecuado a un niño que ya existe; en la maternidad subrogada se trata de traer a la existencia a un niño para satisfacer los deseos y necesidades de los que van a ser sus padres, corriendo el riesgo de que sea rechazado o que su situación en los primeros años de vida sea inestable debido a los distintos pronunciamientos judiciales que en un proceso de estas características puede dilatarse en el tiempo, con decisiones contradictorias. Incluso aunque se valore, como hace alguna sentencia de las expuestas, para resolver la controversia entre los comitentes y las madres de alquiler, el interés del menor, se trata de una forma de consolidar el abuso, pues si se tiene en cuenta fundamentalmente el bienestar económico que los padres pueden proporcionar al hijo, el resultado aparece predeterminado⁷⁰⁴ en favor de los comitentes. Es cierto, como se ha dicho, que la LTRHA no admite esta figura, apartándose de su criterio general de amparar la paternidad y maternidad de deseo. Sin embargo, no parece que sea por preservar el interés del menor (que no tiene en cuenta en el resto de los supuestos) sino, más bien, por la concepción negativa que se tiene del embarazo.

2.1.e) Donación de gametos.- La LTRHA regula conjuntamente la donación de gametos y embriones, pero se trata de realidades muy diferentes. Es necesario distinguir entre ambos, lo que no hace la Ley. “Los primeros representan la capacidad reproductiva de un ser humano pero no encierran ni contienen en sí mismos una vida humana ni siquiera en sus estadios más elementales, cosa que sí sucede con los preembriones”⁷⁰⁵. Esta autora se muestra partidaria de la donación de gametos y no de preembriones, admitiendo esta última sólo en casos de solicitud de suspensión de las técnicas o fallecimiento de la mujer receptora. Aunque parece, como veremos posteriormente, que en el momento de escribirse la obra, estaba convencida de que los embriones sobrantes serían un fenómeno excepcional. Nosotros analizaremos separadamente ambos casos, centrándonos ahora en la donación de gametos.

Si la finalidad de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento de la infertilidad de la pareja, habría que concluir que la donación de gametos carece de sentido. Así lo ha

⁷⁰⁴ Serrano Ruiz-Calderón. *Op. cit.* Pág. 96.

⁷⁰⁵ Gómez Sánchez, Y. *Op cit.* 1994. Pág 105.

establecido la legislación italiana. También el Parlamento Europeo; la Resolución sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro* del Parlamento Europeo de 1989 dice que: “la coincidencia entre paternidad y maternidad biológica afectiva y legal suponen una gran ventaja para el hijo y determinan, por tanto, el rechazo de la fecundación artificial heteróloga, que sólo será admitida en estrictas condiciones y tras la existencia comprobada de esterilidad insuperable o diagnóstico de grave riesgo de malformaciones en el hijo naturalmente concebido”⁷⁰⁶. Y es que con independencia de los sentimientos de las usuarias y parejas que utilizan esta modalidad y sin hacer juicio de intenciones alguno, lo cierto es que el hijo concebido con gametos donados, se convierte en una especie de producto que uno paga para recibir. Y las parejas no se sienten cómodas con esa situación. De un estudio sobre hijos nacidos con la ayuda de donantes que abarca el Reino Unido, Italia, Holanda y España se desprende que sólo la mitad de las madres informaron a un amigo o miembro de la familia acerca del método de la concepción y ninguna se lo dijo a su propio hijo. Sólo el 12% de las madres habían pensado en decírselo al niño en el futuro y el 75% había decidido no decírselo nunca⁷⁰⁷. Estamos ante una figura que no se puede encajar ni en la filiación adoptiva, ni en la filiación por naturaleza. No ha habido adopción y resulta evidente que el padre legal no es el padre biológico. Hay que tener en cuenta que en caso de que la mujer mantenga relaciones sexuales extramatrimoniales, el hijo que eventualmente naciera, por el juego de las presunciones, tampoco sería hijo biológico del padre legal, el marido, pero dicha presunción se puede destruir. Aquí se trata de una presunción indestructible y que se basa en un hecho que se conoce que es falso. Como argumentos a favor se han citado: 1) Satisface en mayor medida los instintos paternos, puesto que el hijo nacido tiene en alguna medida una implicación física con los padres legales (cuando la donación es de uno solo de los gametos, tendrá una relación genética con alguno de los padres y, en casos de donación de ambos gametos, existirá por lo menos la relación de gestación con la madre); 2) permite que la esterilidad de los padres permanezca en secreto, 3) presenta la ventaja práctica de evitar las complejidades del proceso de adopción; 4) impide cualquier reclamación de paternidad sobre el hijo adoptivo por parte de los progenitores biológicos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina civilista ha considerado que no es una verdadera donación. Probablemente, la LTRHA ha utilizado el término “donación” por

⁷⁰⁶Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° C/96/171 de 17 de abril de 1989.

⁷⁰⁷Warnock, M. *Op. cit.* Pág. 77.

darle un aura de gratuidad y generosidad que, en realidad, no tiene. Y no es una donación, porque no se puede reducir a las categorías que esta figura tiene el Código Civil. Explica Iniesta⁷⁰⁸, a este respecto, que la donación de gametos no disminuye el patrimonio del donante (porque los gametos no son un bien patrimonial) ni acrecen el patrimonio de la mujer receptora. Aunque es cierto que sí contribuye a que la clínica realice una actividad lucrativa. Tampoco son aplicables, según el autor citado, las normas sobre reducción de donaciones inoficiosas, rescisión por perjuicio de acreedores, revocación... Una muestra de las diferencias entre la donación como negocio jurídico y la donación de gametos es que ésta no puede ser sometida a condición o modo según la legislación española. En algunos territorios de Australia está admitido que algunos donantes puedan donar sus gametos sólo para el uso de ciertas personas como puede ser un particular grupo racial o social (lo que se conoce como donación anónima, pero dirigida), o para el uso de un determinado receptor que es conocido por el donante, como un pariente (no se admite en aquellos casos en que la relación sexual entre donante y receptora se consideraría incesto) o amigo (donación conocida).

La donación de gametos, paulatinamente, se ha ido convirtiendo en un remedio para satisfacer los deseos de maternidad que chocan con causas no patológicas. Tal es el caso de las mujeres que han superado la edad fértil (...) o bien el de las mujeres que sin tener como pareja a un varón (...) desean tener hijos genéticamente propios⁷⁰⁹. Según recoge el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso S.H. y otros v. Austria⁷¹⁰, de 3 de noviembre, entre los países que han regulado la materia de la reproducción asistida, la donación de semen está prohibida en Italia, Lituania y Turquía. Los países que permiten la donación de semen no distinguen en su regulación entre inseminación artificial y fecundación in vitro, excepto Austria que la permite en el primer caso y la prohíbe en el segundo. En lo que se refiere a la donación de óvulos está prohibida en Croacia, Alemania, Noruega y Suiza, además de los tres países mencionados anteriormente.

⁷⁰⁸Iniesta Delgado, J.J. en Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2007. Pág. 111.

⁷⁰⁹Iniesta. *Op. cit.* 120 a 125

⁷¹⁰ Texto en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107325#{\"itemid\":\[\"001-107325\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107325#{\)

Resolviendo el caso citado, la sentencia reconoce que la petición recaía sobre el artículo 8 del Convenio que protege la vida privada y familiar. El Tribunal recuerda que un pronunciamiento anterior ya dijo que no existía una perspectiva común generalmente compartida entre las partes signatarias del Convenio, sobre la forma en la cual la relación social entre un hijo concebido con semen de donante y la persona que desarrolla el papel de padre debe ser reflejada en la ley. Y añade el Tribunal (en contra de las afirmaciones de los defensores de la ley española de que en la misma se acogen soluciones universalmente admitidas), que pese a que la tecnología de la reproducción asistida está disponible desde hace varias décadas, muchas de las cuestiones que suscitó, particularmente en relación con el problema de la filiación, son objeto de debate. Falta un elemento común y la ley parece estar en un estado de transitoriedad. El Tribunal considera que hay ahora una clara tendencia en la legislación de los países miembros hacia la aceptación de la donación de gametos para su utilización en la fecundación in vitro que refleja un incipiente consenso europeo. Éste, sin embargo no está basado en principios estables y duraderos establecidos en la ley de los Estados miembros, sino que refleja, más bien, un estadio del desarrollo dentro de un particularmente dinámico campo legal. Empieza el Tribunal analizando el margen de apreciación que tienen los Estados en esta materia. Si bien, en principio, cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo está en juego, el margen de apreciación permitido al Estado se restringe, donde, sin embargo, no hay consenso entre los Estados del Consejo de Europa, tanto en lo que se refiere a la relativa importancia del interés en juego o sobre los mejores medios de protegerlo, particularmente donde el caso suscita temas sensibles, éticos o morales, el margen es mayor. Debido al contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades del Estado están, en principio, en una mejor posición que el juzgador internacional para dar una opinión, no sólo sobre el exacto contenido de las exigencias de la moral en sus países, sino también sobre la necesidad de la restricción requerida. El margen del Estado se extiende, en principio, tanto sobre la decisión de intervenir en el área como, una vez tomada la decisión, sobre las normas detalladas que establece para alcanzar el equilibrio entre el interés público y privado. Sin embargo, esto no significa que la solución alcanzada por el legislador esté al margen del examen del Tribunal.

Como es sabido, el artículo 8.2 del Convenio legitima la interferencia siempre que pueda justificarse que es conforme a la ley, que persigue uno o más legítimos objetivos que en el

precepto se enumeran y que sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dichos objetivos. La discusión entre las partes se centraba en el tercero de los requisitos. Para resolver la cuestión, el Tribunal analiza separadamente los casos del primer y segundo demandante, por un lado y los del tercero y cuarto, por otro.

La tercera demandante es completamente infértil, mientras que su marido, el cuarto demandante, produce espermatozoides adecuados para la procreación. El Gobierno austriaco sostuvo que la fecundación in vitro conlleva el riesgo de no ser empleada sólo con fines terapéuticos sino para otros objetivos, como la selección de hijos; además, había un riesgo de que la donación de óvulos pueda llevar a la explotación y humillación de mujeres, en particular aquellas que viven en un ambiente económicamente desfavorecido. También apuntaba el riesgo de las mujeres que sólo donando óvulos se pueden permitir pagar un ciclo de fecundación in vitro. El Tribunal considera que el legislador austriaco se guió en la idea de que la reproducción asistida debería desarrollarse de forma similar a la procreación natural y en particular que el principio “mater semper certa est” debía mantenerse para evitar la posibilidad de que dos personas pudieran reclamar la maternidad biológica del mismo hijo. Se trató de conciliar el deseo de hacer disponible la reproducción asistida y el malestar existente entre amplios sectores de la sociedad sobre la práctica enjuiciada. El Tribunal considera que, pese a que Austria podría haber regulado la materia de forma que se permitiera la donación de óvulos, no ha traspasado el margen de apreciación, dada la falta de consenso sobre la materia. Además de la diversidad legislativa de los Estados, recuerda que el Principio 11 del Comité ad hoc de expertos en el progreso de las ciencias biomédicas de 1989 señalaba que en principio la fecundación in vitro debería realizarse usando los gametos de la propia pareja. El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 y su Protocolo Adicional de 2002, guardan silencio sobre esta materia; y la Directiva 2004/23/CE explícitamente señala que su regulación no interfiere con las decisiones tomadas por los Estados miembros relativas al uso o no de cualquier tipo de células humanas, incluidas las germinales y las troncales embrionarias.

Pasando a la otra pareja, la primera demandante sufre una infertilidad relacionada con las trompas de Falopio y el cuarto demandante es infértil. La Sala entiende que la donación de semen para procreación in vitro combina dos técnicas que, por separado, están permitidas

en la ley austriaca. Considera el tribunal que algunos de los argumentos esgrimidos por el Gobierno en defensa de la prohibición de la donación de gametos para la fecundación in vitro puede aplicarse sólo a la donación de óvulos, tal y como ocurre en situaciones vulnerables o para limitar riesgos potenciales para la salud de las donantes de óvulos o la evitación de atípicas relaciones familiares debido a la maternidad escindida. Sin embargo, permanecen las preocupaciones básicas de tipo moral y ético que provocan controversia en la sociedad austriaca y sobre las que no hay consenso. Además, dice el Tribunal que no hay prohibición en la legislación austriaca de acudir a estas técnicas en el extranjero y en el caso de que el tratamiento tenga éxito, el Código Civil contiene reglas precisas sobre paternidad y maternidad, que respetan el deseo de los padres.

Teniendo en consideración las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye que ni la prohibición de la donación de óvulos para las técnicas de reproducción asistida en general, ni la prohibición de donación de semen para la fecundación in vitro, exceden del margen de apreciación del que gozan los Estados y, por tanto, no hay violación del artículo 8 del Convenio. Pese a ello, se permite ser crítico con la regulación. Dice que la ciencia y la sociedad han cambiado y que el Tribunal Constitucional austriaco en su pronunciamiento, decía que la solución legislativa expresaba el estado de la ciencia médica y el consenso social en el momento y añadía que eso no significaba que esos criterios experimentaran cambios y que el legislador tendría que tomarlos en consideración en el futuro, lo que no se ha hecho. Considera que, en esta área, en la cual la ley parece estar continuamente evolucionando en función del dinámico desarrollo de la ciencia, necesita ser mantenida bajo revisión por los Estados miembros.

Aunque concurrente con la mayoría, hay un voto separado del juez Gaetano que hace unas interesantes reflexiones que compartimos plenamente. Dice el Juez que mientras no hay duda de que la decisión de una pareja de concebir un hijo pertenece a la vida privada y familiar y, en el contexto del artículo 12, del derecho de la pareja a fundar una familia, ni este artículo ni el artículo 8 pueden ser interpretados en el sentido de garantizar un derecho a concebir un hijo a cualquier precio. El deseo de un hijo no puede, en opinión del juez, convertirse en un derecho absoluto que pueda anular la dignidad de toda vida humana. Sigue señalando el Juez que en *Dickson v. Reino Unido*, el Tribunal sostuvo que la

procreación separada del acto conyugal cae dentro del ámbito del artículo 8. En su opinión (que compartimos) esta decisión no potencia la dignidad humana sino que juega un papel secundario respecto de los avances de la ciencia médica. La procreación humana, en vez de ser un acto personal entre un hombre y una mujer, queda reducido a una técnica médica o de laboratorio. La sentencia sugiere que un consenso europeo sobre la materia examinada es un factor importante para determinar si ha existido o no una violación del Convenio. De nuevo, esto desvía la atención de la necesidad de preguntarse si un determinado acto u omisión o limitación aumenta o disminuye la dignidad humana (dejando aparte el hecho de que la historia enseña que el “consenso europeo” ha llevado en el pasado a actos de grave injusticia en Europa y más allá). Concluye diciendo que, con independencia de los avances en medicina y otras ciencias, el reconocimiento del valor y dignidad de toda persona puede exigir la prohibición de ciertos actos para dar testimonio del valor inalienable y la intrínseca dignidad de todo ser humano. Tal prohibición –como las prohibiciones contra el racismo, discriminación injusta y la marginación de los enfermos y discapacitados- no es una negación de derechos fundamentales sino un reconocimiento positivo y fomento de los mismos.

Como dice la sentencia que acabamos de exponer, la mayoría de las legislaciones permiten la donación de gametos, aunque con un importante matiz que diferencia a la LTRHA: la donación es siempre para parejas, excepto en los estados de Estados Unidos en los que no existe regulación).

Más allá de su admisibilidad, la donación de gametos plantea otras cuestiones polémicas. La primera es acerca la gratuidad de la donación. Así lo establece la LTRHA en su artículo 5, si bien es práctica habitual, avalada por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, el ofrecer una “compensación” al donante, superior en el caso de las mujeres por ser el procedimiento más duro para ellas que para los varones. En 2005, la Dirección General de Salud y Protección de los Consumidores de la Unión Europea llevó a cabo un estudio sobre la regulación de la donación de gametos en los Estados miembros, publicándose un informe

con los resultados⁷¹¹. En dicho informe se alerta acerca de la retribución por la donación. Cita el caso aparecido en los medios, en diciembre de 2004, de una clínica rumana especializada en donaciones retribuidas de gametos para nacionales de la Unión Europea, en la que dada la relativa pobreza de los donantes, el precio pagado por los gametos ha podido actuar como incentivo a la donación. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 17 de junio de 2011⁷¹² sobre donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células, señala que 14 países dan alguna forma de compensación o incentivo para la donación de gametos: Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Portugal y Noruega. Las principales formas de compensación e incentivos son el reembolso de los gastos de viaje, el reembolso de gastos médicos, la compensación por pérdida de ingresos y refrigerios. Señala Lema Añón⁷¹³ que “se trata de una opción por un sistema regulado o de tasas, en el que el precio lo ajusta una autoridad, pero no significa la exclusión de estos bienes del mercado (...) sino precisamente la puerta de entrada para el mercado y la rendición a él”. El hecho de que la donación de gametos, especialmente de óvulos, no es una donación por motivos altruistas se pone de relieve con datos los ofrecidos por el diario El País que, en su edición de 5 de diciembre de 2008, titulaba “La crisis dispara la donación de óvulos”, señalando que la sede del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) en Castellón ha registrado un incremento del 133% y que la “compensación” podía alcanzar los 1000 €. Y en ese mismo diario, Alkorta, el 28 de marzo de 2006, indicaba que “algunas de estas donantes son invitadas a someterse a tres y hasta cuatro estimulaciones ováricas en un año”. Nuevamente, en Estados Unidos, la falta de regulación en muchos estados lleva a situaciones extremas. Una página web (www.ronsangels.com) subasta óvulos de modelos cuyas fotos se muestran el sitio. Las pujas van desde 15.000 dólares hasta 150.000. Una de las modelos, entrevistada por USA Today, dijo que prefería hacer eso que posar para Play Boy o Penthouse y pedía 50.000 dólares por sus óvulos. Otra pedía más para pagarse los estudios en la Universidad de Southern California. El dueño de la página, Ron Harris, un fotógrafo que trabajaba para revistas de moda y para Play Boy, preveía vender óvulos por valor de 2 millones de dólares y él se lleva un 20% de comisión. La compraventa de óvulos no se da sólo en Internet. En

⁷¹¹ Puede consultarse una versión en inglés en http://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/documents/tissues_frep_en.pdf

⁷¹² http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/tissues_voluntary_report_en.pdf

⁷¹³ *Op. cit.* Trotta, pág. 42.

el periódico para estudiantes de la Universidad de Harvard, apareció un gran anuncio ofreciendo 50.000 dólares por un óvulo. El anuncio especificaba que la donante debía medir al menos 1m 75 cm, atlética, atractiva y un resultado mínimo de 1400 en el SAT (es un examen estandarizado para el acceso a la universidad)⁷¹⁴.

La segunda cuestión polémica es establecimiento de límites a la donación de espermatozoides y óvulos. En relación con la primera, un mínimo control es necesario, teniendo en cuenta que un exceso de donaciones de semen puede aumentar el riesgo de relaciones incestuosas inadvertidas. Por otra parte, en el caso de donación de óvulos, dado que el procedimiento no está exento de riesgos para la salud de las mujeres, resulta peligroso someterse a muchos ciclos de hiperestimulación. La LTRHA establece en su artículo 5.7 que el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. Para ello prevé la creación de un registro nacional de donantes. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones. No obstante, y pese a que la creación de tal registro ya estaba contemplado en la Ley de 1988, no existe. Sólo Cataluña tiene un registro oficial con la actividad de las clínicas (FIVCAT). El diario El País titulaba en su edición de 10 de noviembre de 2009: “Un registro evitará la donación sin control de semen y óvulos”. Entre otras cosas el artículo decía que en España no hay forma de saber cuántos hijos puede tener un mismo donante de semen. Y el 6 de mayo de 2012, volvía a titular “Semen y óvulos fuera de control”. Después de recoger la noticia de que un responsable de una clínica británica había sido el padre biológico de varios centenares de niños, recogía la opinión de Mark Grossmann, del departamento de Embriología del Centro Médico Teknon de Barcelona que declaró que “España es el único país de nuestro entorno que carece de este instrumento” y que “da la sensación de que hasta que no suceda un desastre no se pondrá en marcha”. La prensa dio también cuenta de un escándalo: un médico, Kirk M. Maxey, de Estados Unidos, había estado donando semen (realizó 1344 donaciones), supuestamente

⁷¹⁴ Datos tomados de Sandel, M. J. Liberalism, consumerism and citizenship en *Cultivating citizens: soulcraft and citizenship in contemporary America*. Allman D.D. y Beaty, M.D. (Ed.). Lexington Books. Boston, Maryland, USA. (2002). Pág. 146.

para destinarlo a investigación. Sin embargo, fue dedicado a fecundar óvulos y es padre biológico de unos 400 hijos⁷¹⁵. Y no se trata de un caso aislado. El diario ABC informaba el 7 de septiembre de 2011 que una norteamericana de 46 años, Cynthia Daily, que recurrió a la fecundación in vitro para quedarse embarazada había seguido la pista de los espermatozoides del padre de su hijo de siete años hasta conseguir los datos de 150 hermanos. La noticia añadía que cada vez hay más padres que descubren que sus hijos tienen desde 20 a 50 hermanos repartidos por el país. También el mismo diario, el 9 de abril de 2012⁷¹⁶ informaba de que Bertold Wiesner, director de una clínica de fertilidad británica, podría ser el padre de 600 niños. El «superpapá» era austríaco y junto a su mujer, Mary Barton, dirigió la Barton Clinic desde 1940 hasta 1972, año en el que el doctor murió. La increíble paternidad de este médico ha sido descubierta después de que el abogado londinense David Gollancz, asombrado por la semejanza con Wiesner, se pusiera manos a la obra para conocer sus verdaderos orígenes. En la búsqueda le ayudó el documentalista canadiense, Barry Stevens, otro hijo biológico de Wiesner, que ha encontrado a otras doce personas nacidas de las donaciones del médico austríaco. Las pruebas se realizaron sobre el ADN de 18 personas concebidas en la clínica entre 1942 y 1962. Los resultados demuestran que dos tercios de estas pruebas pertenecen al semen del «superpapá». Bertold Wiesner podría haber contribuido a estos nacimientos con al menos 50 donaciones de espermatozoides al año. Se prevé, que las investigaciones duren varios años ya que la mujer del médico destruyó todas las pruebas de las innumerables donaciones de espermatozoides del marido. A pesar de estos escándalos nada se ha hecho en España por poner en marcha los registros. El diario El Mundo volvía a titular el 27 de mayo de 2013, “¿Qué pasa con el registro de donantes de gametos?”⁷¹⁷

El enorme descontrol que existe, incluso a nivel internacional en las donaciones de gametos, llevó a un caso especialmente dramático en Gran Bretaña, según publicaba el diario The Guardian el 28 de abril de 2013⁷¹⁸. Una mujer había forzado a su hija adoptiva, a partir de los 14 años, a inseminarse con semen de donante. La mujer tenía tres hijos adoptivos (se había sometido a una esterilización), pero fue rechazada al solicitar adoptar

⁷¹⁵ El Mundo, Suplemento Crónica 748. 14 de febrero de 2010.

⁷¹⁶ <http://www.abc.es/20120504/familia-padres-hijos/abci-natalidad-201205041202.html>

⁷¹⁷ <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/05/24/noticias/1369421024.html>

⁷¹⁸ <http://www.guardian.co.uk/uk/2013/apr/28/girl-forced-pregnant-donor-semen>

un cuarto. A partir de ahí, comenzó a obligar a su hija a inseminarse, y no paró hasta que a los 16 dio a luz. La primera ocasión el semen fue suministrado por un donante que acudió a la casa. Pero, después el semen lo compró la mujer en Cryos International, una red de bancos de esperma, radicada en Dinamarca.

Otra cuestión que no está contemplada en la LTRHA es lo que ocurre en el caso de error de la clínica. No se trata de un supuesto inventado, sino que ha ocurrido en Gran Bretaña, recibiendo una gran atención de los medios, probablemente porque una de las parejas afectadas era de raza blanca y la otra de raza negra. En el caso, Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Señor y Señora A, Señor y Señora B, las dos parejas citadas, estaban siendo tratadas en la unidad de reproducción asistida del Leeds General Infirmary. La pareja A consintió en que se practicara un ICSI utilizando el semen del marido y un óvulo de la mujer. La pareja B, consintió en un procedimiento similar, aunque el Sr. B. expresamente negó su consentimiento a que su semen fuera donado para su uso por otros. Se produjo un error y el espermatozoide del Sr. B. fue inyectado en los óvulos de la Sra. A, que quedó embarazada y dio a luz a gemelos mestizos. Una prueba de ADN acreditó que el Sr. B. era el padre biológico de los niños. No obstante, los niños viven con los Sres A, ejercitando el varón todas las funciones sociales y psicológicas de la paternidad. No obstante, se planteó a quién correspondía la paternidad legal, considerando que, si una mujer casada es inseminada con semen de un tercero o se le transfiere un embrión constituido con semen de un tercero, el marido no será considerado padre, excepto en el caso de que haya consentido el tratamiento. En este caso, el Sr. A no consintió. El pronunciamiento consideró que el Sr. B. era el padre en el mismo sentido que un varón no casado, lo que supone que esta situación no le otorga automáticamente derechos sobre los niños. Tal decisión fue criticada por la doctrina británica, al considerar que se aparta de la corriente más moderna que considera más relevantes para determinar la paternidad las relaciones de cuidado que las genéticas⁷¹⁹. Un caso de responsabilidad en caso de donación de gametos, aunque por motivos completamente diferentes al descrito, fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 28 de junio de 2001. La reclamación se basaba en un caso de inseminación artificial con semen de donante anónimo, de la que nació una niña

⁷¹⁹Ford, M y Morgan, D. Misconceived conceptions. *Journal of Medical Ethics*. Consultado en <http://jme.bmj.com/content/30/5/478.full#aff-1>

con fibrosis quística. Se trata de una enfermedad autosómica recesiva, es decir, que para que se padezca tiene que transmitirse por ambos progenitores que son sanos, pero portadores del gen mutado. Ello significaba que estaban afectados tanto la mujer como el donante, lo que no se había detectado por el Servicio de Salud. La demanda se rechazó porque el Tribunal consideró que no se puede exigir que se realicen todas las técnicas imaginables en el campo de la medicina tendentes a lograr un resultado satisfactorio en la prestación del servicio, pues el sistema sería insostenible, sino sólo la aplicación de las técnicas comunes, ordinarias y aconsejables. Añade que aunque el Real Decreto 412/ 1996, de 1 de marzo, sobre protocolo básico para el estudio de donantes y usuarios es posterior y, por tanto no aplicable al caso, establece en el apartado relativo a la historia familiar no un examen sobre la enfermedad de que ahora se trata, sino preguntar sobre los antecedentes familiares respecto a la misma, que cita dentro de las muchas a que se hace referencia; por lo que será solo en caso positivo cuando procediera necesariamente la realización de las pruebas oportunas; enfermedad la de autos que no se encuentra entre los estudios a realizar obligatoriamente según el artículo 4 de la citada disposición reglamentaria.

La última cuestión que se plantea en relación con la donación es el plazo máximo de conservación de los gametos. La Ley de 1988 establecía uno de cinco años para el semen. Ahora la LTRHA permite la conservación durante toda la vida del varón donante. En el caso de que no sea posible determinar si el donante vive o se ha desentendido de él queda el semen a disposición del centro donde se encontrara depositado. Se ha señalado que la apropiación por parte del centro de los gametos de los usuarios es jurídicamente insostenible; circunstancia que se agrava la permitir la ley a las clínicas ceder los gametos sobrantes del varón casado para fecundar a una usuaria distinta de su esposa (...) la donación es un acto personalísimo y que debe ser siempre voluntario. No cabe sustituir esa voluntad, a no ser que los usuarios cedan expresamente los gametos sobrantes a los centros para que éstos puedan disponer de ellos. Incluso algunos autores han calificado la cesión de gametos de auténtica expropiación, pero el Tribunal Constitucional ha declarado la plena constitucionalidad de las previsiones transcritas⁷²⁰.

⁷²⁰ Alkorta, pág. 254, 255 y 257.

2.1.e).1. **Anonimato del donante.**- El punto más discutido, ya desde sus primeros momentos, es el del anonimato del donante. En este punto ha habido una evolución, a la que ha sido ajena la legislación española, a favor de eliminar dicho anonimato. Así el Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de la procreación artificial del Consejo de Europa de 1984 (que no llegó a aprobarse), mantenía el anonimato del donante, si bien preveía que el niño, a su mayoría de edad, pudiera tener acceso a la información referente a la forma de su concepción y las características del donante. “El informe anejo a la propuesta explicaba que la solución adoptada se había inspirado en una consulta al Comité Director para los Derechos del Hombre, el cual había dictaminado que el Convenio de Roma carece de elementos decisivos que permitan inclinarse a favor o en contra del anonimato del donante”⁷²¹. Más recientemente, el artículo 14.3 de la Directiva 2004/23/CE, relativa a trasplantes, establece que los Estados miembros deberán tomar las medidas necesarias para garantizar que no se revele la identidad del receptor o receptores al donante o a su familia y viceversa, pero matiza esta regulación precisamente en relación con la donación de gametos, admitiendo que cada Estado pueda establecer sus propias condiciones para la comunicación de información a este respecto. Hay países como Francia, Dinamarca y Grecia que siguen manteniendo el anonimato del donante. Pero otros no. El pionero fue Suecia que en la primera Ley sobre esta materia en 1984 reconoció el derecho del hijo a conocer la identidad del donante de gametos. Alemania considera que el anonimato del donante es incompatible con el libre desarrollo de la personalidad del hijo y que la imposibilidad de conocer el propio origen es una lesión a la dignidad humana. En Austria el hijo engendrado de esta forma será informado a los quince años del nombre y apellidos del donante, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, lugar y momento en que realizó la donación y los resultados de las pruebas médicas que le practicaron. Aunque, sin duda, el caso más llamativo es el británico, por cuanto su legislación basada en principios utilitaristas siempre ha primado más la realización de las técnicas que el establecimiento de límites. En 2005 se suprimió el anonimato de los donantes y los hijos a partir de los 18 años tienen derecho a obtener información e incluso a conocer la identidad de aquéllos. No obstante, la reforma se aplica a partir de su entrada en vigor (1 de abril de 2005), por lo que las primeras personas que ejerzan este derecho tendrán que esperar hasta 2023. De todas formas, se permite que aquellos que hayan realizado donaciones con anterioridad puedan autorizar que su

⁷²¹Alkorta. *Op. cit.* Pág. 262.

identidad sea revelada, registrándose a tal fin. Lo mismo sucede en Australia, en la que los concebidos por reproducción asistida están legitimados para conocer a sus padres genéticos. Las clínicas no deben usar gametos donados a menos que el donante haya consentido en dar a conocer sus datos a las personas concebidas usando sus gametos. Las clínicas deben ayudar a los potenciales donantes de gametos a comprender y aceptar el sentido de la conexión biológica que tienen con las personas concebidas con sus gametos. Los donantes deben ser advertidos de que las personas concebidas tienen derecho a conocer a sus padres y hermanos genéticos. En el caso de que los donantes no hayan consentido en revelar su identidad (por ser su donación anterior a la modificación legal), las clínicas deben hacer un esfuerzo apropiado para contactar con ellos y obtener su consentimiento. Los donantes (con el fin de prepararles para eventuales peticiones de investigación) tienen derecho a recibir información no personal sobre el número y sexo de las personas nacidas con sus gametos. El concebido mediante gametos donados tiene derecho a conocer a sus hermanos genéticos siempre que éstos hayan consentido.

La LTRHA sigue manteniendo el anonimato del donante. La única diferencia es que ahora se habla de contrato confidencial, mientras antes la Ley de 1988 lo calificaba de secreto. Llega hasta tal punto la ley que la confidencialidad no es disponible para el donante, es irrelevante que autorice que sean revelados sus datos a la receptora de las técnicas o a los hijos nacidos. Iniesta⁷²² señala que la normativa anterior había sido criticada, pues podría darse lugar a que se estuviera protegiendo la identidad del donante incluso a costa de la integridad física o moral del hijo. Entiende este autor que la nueva redacción del artículo 5 de la LTRHA introduce una ambigüedad que puede desestabilizar el sistema de anonimato y señala que al no excluir la salud psíquica del menor del objeto de protección, deja la puerta abierta a revelaciones de identidad basadas en la angustia de los orígenes. Esta ambigüedad no ha gustado a las clínicas de reproducción asistida. El diario El País publicaba el 22 de noviembre de 2010 un artículo titulado “Donar el esperma no es ser padre (de momento)”. En el mismo, el asesor jurídico de la Sociedad Española de Fertilidad, Fernando Abellán, con gran desparpajo, afirmaba: "Puede ser un *coladero* a medio plazo, *como fue el supuesto de la salud psíquica de las embarazadas en el caso del aborto*" (la cursiva es nuestra). Abellán teme que adolescentes con problemas familiares y

⁷²²Op. cit. Págs 142 a 155.

"deseosos de encontrar un nuevo entorno afectivo", soliciten certificados psicológicos que avalen problemas de salud mental para localizar al padre biológico. "La salud psicológica puede convertirse en un cajón de sastre que permita a chavales de 16, 17 y 18 años conseguir localizar a sus padres". Y Federico Pérez Millán, Presidente de la citada Asociación dice que: "En España no se implantó el anonimato para favorecer la donación, sino porque el legislador entendía que este acto era una muestra de altruismo sin ninguna vinculación emocional", lo que es manifiestamente incierto, porque, como veremos, el propio Tribunal Constitucional justificó el anonimato en la necesidad de favorecer la realización de las técnicas.

Esta regulación entendemos que es contraria a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución pues establece una discriminación para los nacidos mediante reproducción artificial heteróloga que no podrían investigar su filiación biológica. Y decimos discriminatorio no sólo porque se da un trato diferente, sino porque la justificación para el mismo es absolutamente insuficiente, pues no es otro que el interés de las clínicas. No se trata de determinar la filiación pero sí de permitir que los hijos conozcan sus orígenes. Es conocido el fenómeno de los adoptados que en la adolescencia sienten necesidad de conocer sus orígenes biológicos⁷²³. Ese anhelo que se produce en los hijos adoptivos de conocer sus propios orígenes dio lugar a la creación en Estados Unidos en 1971 de la Adoptee's Liberty Movement Association⁷²⁴ cuyo objeto es defender los intereses de los adoptados, en concreto, el de encontrar a sus padres biológicos. Se ha planteado incluso como un derecho a conocer el propio origen biológico. Desde finales de la década de los cuarenta, una parte significativa de la doctrina alemana ha venido defendiendo su existencia. Según recoge Quesada⁷²⁵ en un principio este derecho se fundamentó en la analogía existente entre éste y el derecho al nombre por ser ambos distintivos individualizadores de la persona. Pero tras la Ley Fundamental de Bonn se incluye dentro de lo que se denomina derecho general de la personalidad. Esto fue reconocido por el Tribunal Constitucional alemán. En el primer caso, resuelto por sentencia de 1 de enero de

⁷²³Ver *In search of origins: the experiences of adopted people*. J. P. Triseliotis. Routledge & Kegan Paul Ltd (1973). Pág 146.

⁷²⁴Ver su página web <http://www.almasociety.org/>

⁷²⁵ Quesada González, M^a. C. El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico, en *Anuario de derecho civil*. T. 47, fasc. 2 (abril-junio 1994). Págs. 237-303.

1988 se trataba de una hija de treinta años que quería conocer el nombre de su padre con el fin de hacer valer sus derechos hereditarios. El Tribunal no admitió el recurso de la madre, confirmando la decisión de los Tribunales que consideraron que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer el nombre de su padre, lo que implica que este derecho prevalece sobre el derecho a la intimidad de la madre. El segundo caso fue resuelto por sentencia de 31 de enero de 1989, en el que un hijo matrimonial mayor de edad impugnó la filiación matrimonial pese a que no concurría ninguno de los casos previstos legalmente. El Tribunal declaró inconstitucionales los preceptos que contenían estos supuestos. El Tribunal matiza que el derecho a conocer el propio origen no supone que se le tenga que dar toda la información sobre su filiación, sino que tiene derecho a reclamarla sin que pueda ocultarse la información cuando ésta pueda ser obtenida. También se destaca que el derecho corresponde tanto a los hijos matrimoniales como a los no matrimoniales, a diferencia de lo que se venía manteniendo, que lo limitaba a estos últimos como forma de evitar trato discriminatorio. Lógicamente, el reconocimiento de este derecho, no significa que tenga que ser absoluto. Quesada apunta que dichos límites pueden venir dados por el deber de respetar derechos y posiciones jurídicas de otras personas como pueden ser el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar o por el deber de respetar determinados principios y mandatos legales, como el de seguridad jurídica.

En Alemania se plantea la doctrina si es posible admitir una acción dirigida a determinar única y exclusivamente la existencia de relación biológica entre un hijo y su padre o madre, sin ningún otro efecto. Según destaca Quesada, la mayoría de la doctrina considera desproporcionado imponer a la madre penas de multa en el caso de no revelar el nombre del padre, a diferencia de lo que ocurre en países como Noruega o Dinamarca donde existe esa obligación y esa consecuencia jurídica en caso de incumplimiento⁷²⁶. En la sentencia citada de 18 de enero de 1988 parece desprenderse una obligación de la madre de informar al hijo, basada en el derecho de éste a conocer su origen biológico, pero no aclara cuáles son las consecuencias de su incumplimiento.

⁷²⁶Quesada, Op. Cit. Pág. 270.

Algunos autores consideran que en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se desperdició una oportunidad de incluir en el artículo 767.2 (que se refiere a la posibilidad de investigar la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas), de introducir un inciso que estableciera la posibilidad de investigar el derecho a conocer el propio origen biológico. Y añaden, al hilo de una eventual reforma constitucional, que la misma también afectara al artículo 39.2 para que se reconociera expresamente tal derecho⁷²⁷.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003 (caso Odièvre v. Francia⁷²⁸) ha tratado la cuestión del derecho a conocer los orígenes, pero no en relación con la reproducción asistida, sino en relación con la adopción. En la sentencia se destaca la prevalencia del derecho de la madre al anonimato frente al derecho a conocer del hijo pero reconoce que esta postura, que rige el derecho francés, se encuentra compensada con la creación de órganos de administrativos de conciliación y mediación (*Conseil National pour l'accès aux origines personnelles*) y además añade que esta postura entra dentro del margen de discrecionalidad de los Estados al regular los derechos enfrentados. Considera que el adoptado puede aducir el derecho a la vida privada, centrada en conocer sus orígenes, pero este derecho puede ser excepcionado por razones justificadas:

- a. La voluntad de la madre
- b. La protección de los intereses de los padres adoptivos
- c. El interés general consistente en evitar abortos clandestinos o abandonos.

Estas razones entran dentro del margen de apreciación del que disponen los Estados al regular los derechos enfrentados. El derecho al anonimato no supone para el hijo adoptado una discriminación por razón de nacimiento porque este derecho no es independiente.

⁷²⁷Nieto Alonso, A. El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006). Pág. 21.

⁷²⁸Consultada la sentencia en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60935#{%22itemid%22:\[%22001-60935%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60935#{%22itemid%22:[%22001-60935%22]})

Por su parte, la legislación española permite al adoptado acceder al Registro Civil para conocer la identidad de sus padres por naturaleza, La legislación registral actual no impide a los adoptados mayores de edad acceder a la información que el Registro contiene, ya sea sobre su filiación de origen como sobre su condición de hijos adoptivos. Además, la Dirección General de los Registros y el Notariado ha declarado de forma reiterada que el Registro ha de contener toda la información sobre el origen de las personas y que ello garantiza que puedan conocer su propia historia. Adicionalmente, el artículo 180.4 del Código Civil establece que la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado, no afecta a la adopción. En Suiza el artículo 268 b) del ZGB (Código Civil) establece que los progenitores biológicos no pueden conocer la identidad de los padres adoptivos sin el consentimiento de éstos. Con ello se pretende evitar que los primeros interfieran en las relaciones entre los segundos y el hijo, así como la integración de éste en su nueva familia. En Alemania se otorga al adoptado el derecho de consultar los libros del Registro Civil una vez alcanza los 16 años. También en Inglaterra, la Children Act de 1975 autorizó lo mismo.

En este sentido, es preciso destacar que el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece expresamente que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Y, de forma más expresiva, la Constitución Española, en su artículo 39.2 dice que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad. La construcción del derecho a conocer el propio origen y la paternidad biológica se ha realizado sobre la base de lo que se considera lo mejor para el futuro hijo y para su desarrollo personal.

Y dando un paso más, lo que la ley española plantea con la salvaguarda del anonimato del donante y con la admisión paralela del uso de las técnicas por parte de la mujer sola, es que se produzcan casos en que la paternidad no está establecida. Otra circunstancia parecida se produciría en el caso de fecundación heteróloga sin consentimiento del marido. En este caso, parece difícil sostener que sea hijo del marido, por lo que estaríamos ante un hijo extramatrimonial de la mujer, de padre desconocido, aunque sería posible conocer su

identidad. Pero dado el juego de la presunción legal de la paternidad a favor del marido, éste se vería en la necesidad de interponer una demanda de impugnación de dicha paternidad. Lo que sí parece claro es que el consentimiento del varón es personalísimo y no puede ser suplida su voluntad. En este sentido, se produjo un caso en España, en la que una mujer, cuyo marido (que había estado casado anteriormente) se encontraba en coma como consecuencia de un accidente, solicitó autorización para obtener espermatozoides de su marido a fin de proceder a su inseminación artificial. La razón era que para acudir a un donante anónimo necesitaba consentimiento del marido (que no podía prestar) y, de ser posible, el hijo no sería hijo de su esposo ni, en consecuencia, tendría derechos hereditarios. El Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valencia dictó un Auto (13 de mayo de 2003) que cabe calificar de preocupante. Por una parte, entendía que no era jurídicamente factible que la voluntad de un varón incapacitado y en estado de coma pudiera ser suplida mediante autorización judicial, con el fin de prestar su consentimiento para tener descendencia con su esposa a través de las técnicas de reproducción asistida. Pero entiende que, dado que el marido se encontraba en coma durante más de once años, esta situación permite entender, a los solos efectos de lo establecido en el artículo 6.3 LTRHA, que el matrimonio se encontraba separado de hecho y, por tanto, era posible que la mujer acudiera a la inseminación con semen de donante sin necesidad de consentimiento del marido y sin que el hijo que naciera fuera inscrito en el Registro Civil como hijo del marido. Para ello, bastaría con que al tiempo de comunicar en nacimiento ante Registro, se aportara también testimonio de la resolución judicial que se dictaba autorizando la inseminación de donante anónimo. El Juez termina advirtiendo que, en el caso de que por negligencia o malicia el nacido fuera inscrito como hijo del esposo, al amparo de lo establecido en el artículo 163.3 del Código Civil, podrían, una vez fallecido el varón, sus herederos impugnar dicha paternidad. La decisión, a nuestro juicio, no puede ser sino calificada como interpretación creativa del Derecho. Nuevamente, se ha considerado, por algunos autores, correcta la decisión, pues nada hubiera impedido que la mujer hubiera sido madre manteniendo relaciones sexuales con un tercero. Pero, nuevamente tenemos que indicar que una cosa es la libre decisión de la persona en su esfera íntima y otra utilizar una técnica médica y pretender que una resolución judicial que la avale.

La doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 116/1999 no puede ser más clara y favorable al anonimato. Primero indica, con carácter general que dado que se puede obtener información de carácter general sobre el donante “no puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos”. Y después, razona las ventajas que se siguen del anonimato para la actividad de las clínicas

“los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida orientadas -debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente difícil obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”.

Señala Gómez Sánchez⁷²⁹ que el Tribunal Constitucional reduce la investigación de la paternidad a un puro asunto económico y asistencial desconociéndose el mínimo derecho que todo ser humano tiene a conocer su origen genético. Cabe destacar el contraste de la decisión del Tribunal Constitucional con la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida, por sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, de la regulación del artículo 47 de la Ley del Registro Civil que permitía que en el parte de nacimiento remitido por el personal sanitario no figurara la identidad de la madre cuando así lo deseara, por atentar contra la dignidad del nacido y contra el derecho a conocer sus orígenes respecto de la madre. Y eso que en este último caso, podría justificarse la no

⁷²⁹ Gómez Sánchez, Y. Op. cit. (2000). Pág. 650

mención de la maternidad biológica con la finalidad de facilitar la adopción y evitar el aborto, mientras que en el caso de la LTRHA se trata sólo de permitir una mayor eficacia de las clínicas. Adicionalmente el conocimiento del donante puede ser necesario no sólo para salvar la vida del nacido sino también para prevenir uniones o matrimonios incestuosos entre personas del mismo donante.

El criterio mantenido en la sentencia sobre esta cuestión ha merecido severas y, en nuestra opinión acertadas críticas. González Morán⁷³⁰ dice que el legislador, para facilitar la realización de las técnicas de reproducción asistida, no puede vulnerar derechos fundamentales de las personas implicadas en ellas. Alkorta, en términos casi literales, mantiene que el legislador no puede establecer reglas que tiendan a facilitar las técnicas, si con ello se vulneran derechos fundamentales. Y añade que la fecundación exógena altera el régimen general de establecimiento de la paternidad derivado del artículo 39 de la Constitución. El recorte de los derechos del nacido es especialmente grave en el caso de las mujeres solas que procrean gracias a gametos donados, con el resultado de que el nacido carecerá de vinculación legal con la familia de su padre biológico, al que, por otra parte, nunca conocerá ni podrá solicitar alimentos⁷³¹. En el mismo sentido, Iniesta dice que si para facilitar el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida es esencial mantener el anonimato del donante, sería más conveniente que dichas técnicas no se desarrollasen a costa de los derechos fundamentales de los futuros seres humanos que han de nacer por esta vía. Y es que, tal y como plantea la cuestión el Tribunal Constitucional el conflicto no se plantea entre derechos fundamentales de las personas. No es que haya que ponderar el derecho del hijo a conocer su origen biológico y la intimidad del donante, sino que el conflicto se plantea entre el derecho del hijo a conocer sus antecedentes y el interés de las clínicas en incrementar su actividad, es decir, en la libertad de empresa. El que el propio Tribunal Constitucional asuma como lógica la maximización del reclutamiento de donantes supera lo esperable y es una muestra de la capacidad del mercado de la reproducción de imponer sus propias reglas de juego mercantiles⁷³².

⁷³⁰ *Op. cit.* Pág. 646.

⁷³¹ Alkorta. *Op. cit.* 261.

⁷³² Lema Añón, C. *Op. cit.* Trotta. Pág. 39.

Más allá de la crítica a la fundamentación de la sentencia, el anonimato del donante no ha sido visto favorablemente por nuestra doctrina. Así, Gómez Sánchez⁷³³ se muestra contraria al secreto de la donación, porque si bien el cónyuge o pareja no tiene derecho a impedirla, sí lo tiene a conocer este hecho en tanto pueda afectar a su propia vida y sus hijos comunes. Dice a este respecto que tanto la Constitución como el derecho de familia, cuando trata del padre y de la madre, lo hace para referirse a los que contribuyeron con su aporte genético a la creación de un individuo y que el texto constitucional contempla la filiación biológica de forma si no absoluta, sí muy principal. Fábrega Ruiz⁷³⁴ señala que, de acuerdo con la Constitución, la mayoría de la doctrina entiende que la verdad biológica es un principio fundamental en nuestro derecho de filiación que, como ha indicado la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989 ha ido pasando del principio de verdad formal al de verdad material en aras del derecho de la personalidad consagrado en las leyes constitucionales y considerando como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica. Recuerda que Hernández Gil señalaba que el derecho a conocer la propia filiación biológica con independencia de la jurídica, no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal, como derecho fundado en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad. Indica que este derecho basado en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU es independiente de la propia relación jurídica de filiación. Quesada⁷³⁵ recoge las razones que habitualmente se ofrecen para justificar el anonimato, pero no le parecen aceptables, pues, en general piensan más en el interés de los padres legales y el donante de semen que en el del hijo. Si se parte de la premisa de que el derecho a conocer la ascendencia biológica no tiene por qué implicar el que se otorguen acciones contra el donante de semen con efectos personales y patrimoniales, parece que no disuadiría a los potenciales donantes de gametos. En cuanto al hecho de que conocer la identidad del donante puede producir en el hijo un daño psíquico y afectivo, recuerda la opinión de Pantaleón en el sentido de que es una falacia de la peor especie, por cuanto pretende presentar a la víctima como protegido, el utilizar a favor de la garantía legal del anonimato del donante de semen, el argumento de que el hijo podría recibir una daño que perjudicara su bienestar, al conocer que su origen genético está fuera de la familia a la que pertenece. Adicionalmente, el conocimiento del

⁷³³ *Op. cit.* (1994). Pág. 109.

⁷³⁴ *Op. cit.* Págs 30 y 31. Aunque al analizar el anonimato del donante de gametos, considera éste autor que hay motivos que lo justifican.

⁷³⁵ *Op. cit.* Págs 289 a 293.

donante de semen puede ser crucial para diagnosticar enfermedades y corregir anomalías hereditarias. Considera la autora que el derecho a conocer los orígenes biológicos se ampara en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución y no en el artículo 39.2 pues entiende que este precepto piensa en una investigación de la paternidad encaminada a hacer posible la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad derivada de la cohabitación. La circunstancia de que en la práctica este derecho no podrá hacerse valer (por ejemplo, que la madre se niegue a revelar la identidad del padre, u otra circunstancia), no significa que el mismo no exista, pues eso ocurre con prácticamente todos los derechos cuyo ejercicio puede verse obstaculizado por límites fácticos ajenos a lo jurídico. Incluso, Emaldi Cirión normalmente favorable a la regulación española, dice que frente a este modo de pensar (se refiere al favorable al anonimato) se alza el bloque de juristas que ven con mucho mayor recelo y reparo la prohibición de investigación de la paternidad. Con apoyo en diversos argumentos, todos más o menos conectados con la dignidad personal del hijo se entiende que constituye derecho inalienable de aquél el conocer su origen genético, que es tanto como saber su individualidad o propia identidad⁷³⁶.

Una minoría se muestra favorable al anonimato de los donantes, considerando que nuestro ordenamiento no se basa de manera absoluta en el principio de verdad biológica, como ocurre en el caso de la adopción o de limitaciones temporales y de otro tipo a las acciones de filiación. A nuestro juicio, olvidan que estas limitaciones se establecen en beneficio del hijo, mientras que el anonimato se establece en beneficio de las clínicas que practican estas técnicas. Pero incluso dentro de este sector doctrinal algunos consideraron que la excepción al anonimato prevista en la LTRA 1988 (circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo) era tan restrictiva que resultaba inconstitucional, pese a que el Tribunal Constitucional había considerado en la sentencia 116/1999 que no puede afirmarse que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos. Quizá el legislador asumió que en este punto la sentencia del Tribunal Constitucional estaba equivocada porque la LTRHA ahora contempla como excepción no sólo el peligro cierto para la vida sino también para la salud del hijo. Ya

⁷³⁶Emaldi Cirión. *Op. cit.* Pág. 382.

hemos visto el temor de las clínicas de que se contemple el peligro para la salud de la misma forma que para el aborto, de forma que el anonimato del donante pase de ser la regla general a la excepción.

La protección de la identidad del donante, contrasta con las limitaciones que se establecen en otras cuestiones, menos comprensibles, como en la revocación de la donación. La regulación de la LTRA de 1988 establecía que la donación sólo sería revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. El artículo 5.2 de la LTRHA mantiene la regulación con la única novedad de eliminar el inciso “por infertilidad sobrevenida”, aunque otra causa de necesidad parece más teórica que real. Esta restricción parece contraria a la integridad del sujeto y a su dignidad.

2.1.f) La protección jurídica de la vida del embrión antes de la implantación en el útero.- El punto más discutido de las técnicas de reproducción asistida es qué es y qué valor hay que dar a los embriones obtenidos en las técnicas de fecundación “*in vitro*”, de lo que da prueba la ingente cantidad de publicaciones en las que desde todas las tendencias se analiza el estatuto biológico, ontológico y jurídico del embrión. Fue precisamente el desarrollo de la fecundación *in vitro*, la que permitió, por primera vez, que el embrión pudiera ser creado sin darle oportunidad de implantarse en el útero materno y, por lo tanto, sin la posibilidad de nacer. Y dado el contexto en que se produjo, era obvio que la conclusión iba a ser contraria a su protección. El espectacular logro de la biotecnología de conseguir la fecundación extracorpórea o *in vitro* del óvulo de la mujer privó al mismo tiempo al nuevo ser resultante de su protección originaria en el vientre materno y le dejó expuesto a toda suerte de manipulaciones con fines de experimentación e investigación⁷³⁷.

⁷³⁷ Lanzarote Martínez, P. La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos, en *Cuadernos de Bioética* nº 60. Pág. 153 y 154.

Para Meulders-Klein⁷³⁸ la tecnología reproductiva constituye un conjunto de actos paliativos o curativos que debe regirse por los principios rectores de la actuación médica. Cualquier intervención médica debe reunir determinados requisitos para ser válida. Uno de ellos es la proporcionalidad entre la lesión que produce el acto médico y la lesión o la enfermedad que se pretende curar mediante aquella agresión. A su juicio, la lesión producida en la dignidad humana del embrión es superior al beneficio obtenido al tener un hijo, por tanto, las técnicas deben aplicarse de manera muy restrictiva. El fenómeno de la instrumentalización del embrión con el fin de conseguir la satisfacción del propio interés, es producto del individualismo exacerbado de nuestra época y de la voluntad de privatizar la filiación⁷³⁹.

Esta desprotección se ve facilitada por su apariencia externa, dado que el embrión preimplantatorio en cualquiera de sus fases no tiene “figura humana”. De hecho, los partidarios de la utilización de los embriones y las clínicas de reproducción asistida, muestran con toda naturalidad imágenes de cigotos, mórulas y blastocistos por cuanto visualmente aparecen como un conjunto de células, a diferencia de lo que ocurre con los partidarios del aborto, que jamás muestran la imagen de un feto, porque claramente se ve la figura de un niño.

El debate sobre la protección debida al embrión preimplantatorio fue muy intenso hace unos años. Aunque se mantiene en el ámbito académico, se percibe ahora un cierto desinterés social. Pese a ello, nos detendremos en esta cuestión por dos razones: en primer lugar, porque los argumentos que se utilizan para negar el derecho a la vida del embrión son muy diferentes de los que se emplean en la cuestión del aborto. En segundo lugar, como hemos indicado, las relativamente bajas tasas de éxito de las técnicas de reproducción asistida provocan que, en cada ciclo, se fecunden más embriones de los que se van a transferir al seno materno. Si el ciclo tiene éxito o si, tras fracasar, la pareja finalmente abandona el tratamiento, quedan una serie de embriones “sobrantes” que se congelan. El número con el tiempo va creciendo y creciendo, hasta llegar a decenas de miles en España, aunque se trata de una mera estimación ante la falta de datos fiables. El problema es qué

⁷³⁸ Citado por Alkorta, págs. 297 y 298.

⁷³⁹ Alkorta. *Op. cit.* págs. 297 y 298.

hacer con dichos embriones. La respuesta depende de si se considera que la vida embrionaria debe ser protegida o no. Lacadena⁷⁴⁰ afirma tajantemente que ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación (...) surge (...) una realidad nueva y distinta –el cigoto– con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético. Puesto que ese programa genético es específicamente humano y no de otra especie, la nueva vida surgida es, evidentemente, humana⁷⁴¹. Además de la existencia de un nuevo ser, puede decirse que existe acuerdo en que existe un “diálogo” entre el embrión y su madre. No sólo las hormonas influyen en el desarrollo embrionario, sino que también existe un importante número de moléculas, factores de crecimiento, secretadas tanto por el tracto reproductor femenino como por el embrión en sí. El período de la preimplantación es una parte muy dinámica del desarrollo durante el cual el embrión va respondiendo y adaptándose a las señales, tanto externas como internas que recibe, alterando su metabolismo según crece y se diferencia⁷⁴². Los hechos, en realidad son indiscutibles, pero “se puede estar de acuerdo en datos y en total desacuerdo con la interpretación de los mismos (...) esta diferente interpretación surge y obedece a una antropología determinada y a una creencia definida⁷⁴³. Y, por si existiera alguna duda, las creencias no están sólo en uno de los bandos en disputa. Cada uno defiende una antropología determinada. Comenzaremos exponiendo la posición de aquéllos que consideran que el embrión carece de derecho a la vida.

⁷⁴⁰Lacadena, J.R. *Op. cit.* Págs. 61 a 68.

⁷⁴¹Pese a esta afirmación categórica, no deja de repetirse que la consideración del embrión como ser humano es una manifestación del oscurantismo religioso. Esa es la tesis mantenida en un editorial de 2004 que mantiene que es difícil pretender convencer con argumentos científicos a quien tiene esa creencia (que el embrión es un ser humano sujeto a derechos) de que un embrión en fase de blastocito sea algo más que un contenedor de células sin ninguna viabilidad si no se implantan en un útero materno. Y añade que las células embrionarias son valiosísimas, “no para ese ser que todavía no existe, sino para otros, vivos, que esperan de esta investigación el remedio a las dolencias que padecen”. Fue en su momento muy criticada la Ministra Bibiana Aído por decir que un feto era un ser vivo, pero no un ser humano. Pero antes, yendo más allá, el editorialista de El País sostenía que las células embrionarias son de un ser “que todavía no existe”.

⁷⁴²Galán, A., Simón, C., Valbuena, D., Troncoso, C., Meseguer, M., Crespo, J., Pellicer, A. y Remohí, J. *Op. cit.* Pág. 401.

⁷⁴³Alonso Bedate, C. El estatuto ético del embrión humano: una reflexión ante propuestas alternativas en *Gen-ética*. Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.). Ed. Ariel. Barcelona. (2003). Pág. 28.

Para Lacadena, el problema es mucho difícil de resolver porque se entremezclan los aspectos científicos con los filosóficos y religiosos. Dice que desde el punto de vista científico, la pregunta que se plantea es cuándo la nueva vida humana que surgió a partir de la fecundación, está individualizada. Sigue la doctrina establecida por el salesiano Norman Ford, de la Universidad de Melbourne⁷⁴⁴. La individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad –calidad de ser único e irrepetible- y la unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra (...) estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente desarrolladas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación, pues pueden darse la formación de gemelos monocigóticos o de quimeras postcigóticas⁷⁴⁵. Para Lacadena el concepto de identidad genética de un individuo está íntimamente relacionado con su capacidad genética de distinguir inmunológicamente lo propio de lo extraño y ello depende de las moléculas de clase I y II codificadas por los respectivos genes del sistema principal de histocompatibilidad o sistema HLA de la especie humana. Dice que aunque el genotipo del cigoto incluye ya, obviamente, el sistema HLA propio (halotipo), su actualización no se hace efectiva hasta que los genes que contiene se expresen (transcripción) y se sinteticen (traducción) las proteínas correspondientes. Parece ser que las proteínas MHC de la clase II se expresan a las 7 semanas de desarrollo embrionario, mientras que las proteínas MHC de la clase I lo hacen a las 8 semanas. Por otro lado, también se estima que los genes que codifican para los polipéptidos alfa y beta del receptor de las células T se expresan a las 12 semanas.

Alonso Bedate⁷⁴⁶ coincide en la falta de carácter personal del embrión preimplantatorio, pero sobre bases distintas de las de Lacadena. Así, afirma que la fusión de las informaciones genéticas del óvulo y del espermatozoide (y otras de tipo nuclear o citoplasmático) confieren al cigoto una unidad e individualidad irrepetible. Por eso cree que es lícito y pertinente aplicar a la entidad biológica del embrión, lo mismo que a otras entidades biológicas, la definición clásica de individuo: aquello que es indiviso in se y separado de otra cosa; añade que no cree que tenga sentido esta postura (la que sostiene que hasta el momento en el que el embrión no perdiera la capacidad del gemelación carecería

⁷⁴⁴Ford, N. *When I did begin?* Cambridge University Press.(1988), especialmente páginas 102 a 181.

⁷⁴⁵Las quimeras son personas que realmente están constituidas por la fusión de dos cigotos o embriones distintos, un fenómeno del que no se conocen muchas cosas.

⁷⁴⁶Alonso Bedate, C. *Op. cit.* Págs. 36 a 64.

de las cualidades de individuo) a menos que se quiera dar al concepto de individuo-cigoto un valor mayor que el de individuo en el sentido propio que tiene el concepto. Se confunde, según su criterio, individuo e individualidad con persona. Basa su postura en la comparación del desarrollo del ser humano desde la fase de embrión con la evolución⁷⁴⁷. Afirma que no es lo mismo decir que si el embrión del que yo me originé se hubiera destruido yo no existiría, que decir que el embrión en aquel estado era yo, de la misma forma que no es lo mismo decir que si la rama evolutiva de la que surgió el primer homínido-persona se hubiera destruido no habría existido el hombre, que, de hecho, se originó de esa rama, que decir que aquella rama era ya de naturaleza humana personal. A continuación cita ejemplos que ponen de relieve que el cigoto necesita de elementos externos para su desarrollo. Se refiere a la información epigenética procedente de la madre esencial para el desarrollo cualitativo y eficaz del sistema nervioso en humanos y que, por lo mismo, debe entenderse como integrante del programa de desarrollo del embrión, como es la función de la hormona T4 materna. Esta hormona se trasvasa, en un determinado momento del desarrollo embrionario, de la madre al embrión por la placenta y se detecta en el embrión antes de que éste pueda expresar su propia T4. También dice que la biología sugiere que el cigoto no es el mismo ni la misma cosa todo el tiempo. Si un cigoto deficiente en PAH es gemelado artificialmente y se colocara uno en una madre normal y otro en otra con deficiencia en PAH, tendríamos un individuo normal en fenotipo y otro totalmente anormal. Los cigotos serían idénticos en su constitución genética, pero los fenotipos⁷⁴⁸ derivados serían diferentes. A la objeción natural que surge de que los cambios fenotípicos no afectan al ser Yo pues también ocurren cambios fenotípicos, a veces profundos, a través de la vida de un individuo nacido permaneciendo siempre el mismo sin la aparición de un Yo nuevo y distinto del anterior, ofrece una respuesta negativa, pero

⁷⁴⁷En este sentido coincide con Laín Entralgo que parte de la aceptación de la tesis de la recapitulación de Haeckel, según la cual, la ontogenia reproduce los pasos de la filogenia y, por tanto, es preciso hablar de un proceso de hominización en relación con el embrión, razón por la cual se exige la presencia de indicadores de humanidad. Laín niega al cigoto condición humana, incluso en potencia. Dice que afirmar sin salvedades que el cigoto es un hombre en potencia es una verdad a medias y, por tanto, una falsedad. Sólo tras la implantación del blastocisto en la mucosa uterina y conforme va avanzando el proceso de gastrulación, se produce la efectiva hominización.

⁷⁴⁸Es preciso distinguir entre genotipo y fenotipo. El genotipo es toda la información contenida en los cromosomas. El fenotipo es la expresión de los genes más el medio ambiente. El genotipo de cualquiera de nosotros (salvo el raro caso de mutación) permanece siempre el mismo desde la concepción a la muerte. El fenotipo (la forma en que existe el individuo) va cambiando con el tiempo. Así ocurre con los gemelos. Tienen idéntico genotipo, pero a lo largo de la vida pueden no resultar idénticos. Según el tipo de vida que hayan llevado, aparecen diferencias visibles entre ellos, relativas a aptitudes intelectuales, artísticas, apariencia física, enfermedades, etcétera.

reconociendo que “esta discusión nos introduce en un tema que deja de tener un componente mayoritariamente científico para entrar en el antropológico y filosófico”. Su tesis es que la vida del embrión temprano tiene valor. Pero no está tan claro –al menos no es obvio- que su valor sea asimilable al de persona. Y desde su punto de vista sería éticamente aceptable utilizar embriones resultantes, no implantados, de una fecundación in vitro porque la finalidad del conjunto de los embriones generados ya se ha cumplido.

El que probablemente haya sido el filósofo español más importante de la segunda mitad del siglo XX, Xavier Zubiri, en su última obra negó, en un breve párrafo, que el embrión preimplantatorio hubiera adquirido carácter personal: “se es persona en el sentido de personeidad por el mero hecho de ser realidad humana, esto es, de tener inteligencia. Ciertamente el embrión humano adquiere inteligencia y por tanto personeidad en un momento casi imposible de definir; pero llegado ese momento ese embrión tiene personeidad. Todo el proceso genético anterior a ese momento es por esto tan sólo un proceso de hominización. Al tener, llegado ese momento, esta forma de realidad, ciertamente el embrión no ejecuta todavía actos personales; y podría pensarse entonces que esa personeidad carece aún de personalidad. Pero no es así, porque la personalidad no se configura tan sólo ejecutando actos, sino también recibiendo pasivamente la figura que en esa personeidad decantan los procesos genéticos que se ejecutan por el viviente humano en su proceso de hominización. Cuando este embrión llega a tener inteligencia va cobrando personalidad pasivamente”⁷⁴⁹.

Pero a lo largo de toda su obra, había mantenido lo contrario. Ya hemos visto en el texto que Zubiri distinguía entre personeidad y personalidad. La personeidad se corresponde que la unidad estructural psico-orgánica que existe desde la fecundación y que constituye el punto de partida de la realidad humana. La personeidad se es, y es siempre la misma. Mientras que la personalidad son las modulaciones concretas que esta personeidad va adquiriendo. Hasta el último texto citado, Zubiri sostuvo que el embrión tenía personeidad desde el primer momento. Ahora bien, la conclusión expuesta en ese párrafo citado, fue provocada por los comentarios realizados por Diego Gracia, uno de sus discípulos y un

⁷⁴⁹ Zubiri, X. *El hombre y Dios*. Pág. 28. Consultado en http://www.olimon.org/uan/zubiri_el-hombre-y-dios.pdf

nombre destacadísimo dentro de la bioética española: “hasta entonces siempre había afirmado (se refiere a Zubiri), por ejemplo, que la sustantividad existe desde el primer momento. Yo le objeté pocos meses antes de fallecer, cuando estaba corrigiendo el citado trabajo, con los típicos casos de la gemelación y el quimerismo, y le expuse cómo, en mi opinión, probablemente la sustantividad –y por tanto la esencia constitutiva- no existirá hasta pasadas las primeras fases de la embriogénesis, más concretamente, hasta que no finalizara el proceso de diferenciación celular y comenzara el de crecimiento (...) Zubiri se quedó muy impresionado con estos argumentos, y escribió poco después al margen del citado estudio: la célula germinal ¿es un hombre?⁷⁵⁰. Ahora bien, como hemos visto, los fenómenos de la gemelación y del quimerismo no se consideran ahora como decisivos para negar valor personal al embrión preimplantatorio. Además, se trata de un breve comentario en su última obra. No obstante, para dar valor a la misma Gracia afirma que “Zubiri no prestó excesiva atención a estas cuestiones hasta el final de su vida”.

De Miguel⁷⁵¹ sostiene una posición intermedia. Critica a los que defienden que persona es todo ser resultante de la concepción, pues eso obliga a sus defensores a sostener que es embrión toda realidad que surja de la concepción y cita, por ejemplo, las molas hidatiformes⁷⁵². Añade que también habría que considerar personas a aquellos cigotos con tales carencias que los hacen incapaces de desarrollo. Considera que es más coherente considerar que son embriones sólo aquellos cigotos que, al menos, poseen la capacidad de llegar a implantarse en el útero. Concede que a esta conclusión se puede objetar que en el desarrollo actual de la ciencia carecemos de medios técnicos para saber si un cigoto puede desarrollarse como embrión; además, la falta de un medio adecuado para desarrollarse (el útero) no es un problema sólo para el embrión. También un niño si no cuenta con un ambiente adecuado morirá y ello no lo hace menos persona. Por eso, añade que es persona todo ser, que al menos, es capaz de desarrollarse como tal si no se produce una intervención de terceros que lo impide. Así que un embrión creado mediante fecundación in vitro, según su criterio, no es persona porque es incapaz de desarrollarse por sí mismo, aunque esto

⁷⁵⁰Gracia Guillén, D. Problemas filosóficos en genética y embriología. *La mediación de la Filosofía en la construcción de la Bioética*. Francesc y Camino Cañón Eds. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid (1993). Pág. 249.

⁷⁵¹De Miguel Beriain, I. *Op. cit.* Págs. 170 a 190.

⁷⁵²Una mola hidatiforme es una masa o tumor poco común que se forma en el interior del útero al comienzo de un embarazo. En un embarazo molar completo, hay una placenta anormal pero no hay ningún feto.

implique la paradoja (dice que aparente, pero, a nuestro juicio, es incuestionable) de que dos seres que son ontológicamente iguales deben ser tratados de forma diferente, dependiendo del medio en que se hallen. Por eso, concluye, la postura más adecuada es la de tratar siempre al embrión, sea in vivo o in vitro, de la forma más respetuosa que podamos. Debemos tratar al embrión in vitro como si fuera persona, aunque desde su punto de vista no lo sea y dejar de actuar de esa forma cuando, precisamente, las consecuencias sean perniciosas para otras personas.

Como ya adelantábamos, los hechos científicos no llevan a las mismas conclusiones filosóficas y jurídicas. Así, otros se muestran partidarios de la protección de la vida del embrión, basándose en los mismos hechos. López Moratalla⁷⁵³ recuerda que si bien es cierto que las proteínas existentes en el óvulo fecundado son sólo de origen materno, ya desde las primeras divisiones celulares, el genoma del embrión pasa a sintetizar sus propias proteínas. En la especie humana esto ya ocurre cuando los embriones tienen 8 células, lo que tiene lugar entre el segundo y el tercer días después de la fecundación⁷⁵⁴. No se puede afirmar que el embrión requiera intercambio de información con la madre para comenzar el proceso embriogénico: que dicho intercambio no es necesario queda experimentalmente demostrado por la posibilidad de la fecundación in vitro. Coincide con Lacadena y Alonso en que la afirmación de que cada viviente se origina en la fecundación de los gametos de los progenitores con la constitución del patrimonio genético aportado por ellos, siendo cierta, requiere matización. Es preciso que el material se ordene en una conformación material, un fenotipo celular tal que dé lugar a la capacidad de iniciar la emisión de una secuencia completa y ordenada de mensajes genéticos (un programa). Para explicar la autogeneración de un organismo complejo no basta el primer nivel de información, requiere un segundo nivel que explique la armonización unitaria y diferencial de la emisión de ese mensaje. Y esta información es emergente, es un programa de desarrollo que se emite de etapa a etapa; el programa no está previamente en el genoma: que el programa comience a

⁷⁵³ Son muy numerosos los artículos y trabajos de esta autora sobre la cuestión. Seguimos en esta exposición FIV y deficiencias en la relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo, en *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Págs. 150 y sig. y El problema de la investigación con embriones y células madre, en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Martínez Morán, N. (coord.) Comares, Granada, (2003). Págs 173 y sig.

⁷⁵⁴Telford, Watson y Schultz, *Molecular Development and Reproduction*, vol 26, 1990 pp 10-100 y Wassarman *the physiology of reproduction* 1998, pp 69-102, citados por Molina Blázquez, M.C. y Sieira Mucientes, S. Bosch. (2000). Págs 49 y 50.

emitirse es una propiedad que emerge en el proceso temporal de la fecundación de gametos. Ahora bien, este reconocimiento no implica que la autora considere al embrión un simple conglomerado celular. Ya desde el estado de cigoto, el estado unicelular de un organismo pluricelular, no es asimilable a un viviente unicelular. Incluso cuando las etapas de mero crecimiento dan lugar a divisiones simétricas, a células iguales entre sí e idénticas a la célula de la que proceden, se diferencian entre sí por el lugar que ocupan ambas en el organismo en construcción. Un conjunto de células diferenciadas y más o menos ordenadas, no es un organismo ni constituye una unidad funcional y vital. Por el contrario, las células del embrión temprano constituyen una realidad biológica y forman ya un elementalísimo organismo. El cigoto posee una organización polarizada y asimétrica de sus componentes que le permite un crecimiento orgánico. Su primera división es meridional, con un plano fijado por el polo y el punto de entrada del espermio. Esta primera división da lugar a la aparición de dos blastómeros desiguales y con un destino diferente en el embrión: el que lleva el punto de entrada del espermio se divide antes que el otro y lo hace además ecuatorialmente. Estas dos células del embrión, que es asimétrico y de tres células, darán origen a la masa celular interna del blastocisto. Mientras que el otro blastómero inicial se divide a continuación, constituyéndose el embrión de cuatro células y dará origen al trofoblasto. Todo esto constituye un proceso constituyente en que el medio (niveles altos de calcio) modifica la información genética (los cromosomas paternos se desempaquetan y configuran de nuevo y los de origen materno inician la pérdida de la impronta parental), organiza la distribución asimétrica de los orgánulos y origina un citoesqueleto polarizado, de forma que el fenotipo resultante es más que la célula mixta originada por la simple fusión de los gametos en cuanto posee propiedades nuevas que son más que las de la suma. Además de la dotación informativa, el estado del ADN cambia en las diferentes células de las diversas líneas celulares en el proceso espacio-temporal del desarrollo y maduración del organismo. Uno de los cambios ocurre en la configuración y conformación espacial del ADN y en el número de bases que sufren modificación química. El genoma de origen paterno es desmetilado⁷⁵⁵ por un mecanismo muy activo después de la fecundación. El genoma de origen materno se desmetila más lentamente por un mecanismo dependiente de

⁷⁵⁵La metilación es la adición de un grupo metilo (-CH₃) a una molécula. Es fundamental en la regulación del silenciamiento de los genes. La desmetilación es una reacción química caracterizada por la eliminación de un grupo metilo (-CH₃) de una molécula. La citosina es una de las cuatro bases nitrogenadas que forman el ADN. Las otras tres son adenina, timina y guanina. Como las bases se agrupan por pares, la citosina se empareja siempre con la guanina.

la replicación del ADN. Ambos genomas se vuelven a metilar después de la implantación de manera diferente en las líneas celulares embriónicas, las que van a dar lugar al desarrollo del feto y en las líneas celulares extraembriónicas, las que darán lugar al desarrollo de la placenta⁷⁵⁶. Los principales eventos del desarrollo preimplantatorio serían: en primer lugar, la transición del control materno de la expresión génica al cigoto; en segundo lugar, la polarización apical-basal de los blastómeros en el estado de 8 células con la consecuente asimetría, dando lugar a dos linajes celulares diferentes, el de la masa celular interna de donde vendrá el feto y el del trofoectodermo que dará lugar a la placenta embrionaria. En tercer lugar, la formación del blastocisto con el eje embrionario y abembrionario⁷⁵⁷. Esta unidad de estructura y funciones jerárquicamente integradas en la fase de embrión preimplantatorio contradice radicalmente la afirmación de que el embrión en ese estado no es nada más que un conjunto de células indiferenciadas⁷⁵⁸.

En el mismo sentido, Ballesteros⁷⁵⁹ defiende que la individualidad del ser humano no puede ser establecida, como se ha creído durante algún tiempo, como algo que deriva de la simple existencia del genoma, sino que exige el desarrollo epigenético del mismo. Sin embargo, esta individualización a través de la epigénesis no presupone retrasar la aparición de vida humana individual. El hecho de que las células de la mórula sean totipotentes⁷⁶⁰ no implica indeterminación, sino una capacidad actual de ejecutar un plan de acuerdo con un programa determinado. Para este autor el cigoto es ciertamente dependiente de la madre, pero la dependencia es el estado permanente de todo ser vivo, que requiere siempre de un ambiente adecuado para sobrevivir. De hecho, defiende que el embrión tiene menos autonomía, pero

⁷⁵⁶Reik, W. Dean, W. y Walter, J. Epigenetic reprogramming in mammalian development. *Science* 293. (2001). Págs. 1089 a 1093.

⁷⁵⁷Zernicka-Goetz, M. Development cell biology: Cleavage pattern and emerging asymetry of the mouse embryo. *Nature reviews of molecular and cell biology*, 6. (2005). Págs. 919 a 928

⁷⁵⁸Núñez de Castro, I. *Op. Cit.* Pág. 64.

⁷⁵⁹Ballesteros, J. El estatuto ontológico del embrión. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Págs. 225 y sigs.

⁷⁶⁰Los términos totipotencia, pluripotencia y multipotencia se utilizan en relación con las células troncales (incorrectamente llamadas células madre). Células totipotentes son aquéllas que pueden dar lugar a un nuevo individuo completo. Tienen esa cualidad el cigoto y las blastómeras. Son células pluripotentes aquéllas que pueden diferenciarse en cualquier tipo de célula, excepto el trofoblasto. Tienen esta cualidad las células de la masa celular interna del blastocisto. Son multipotentes las que pueden dar lugar a células del órgano o tejido en el que se encuentren u otros, pero no todos.

mayor control sobre el medio que el recién nacido. Señala Bellver⁷⁶¹ que si la relación del embrión con el útero de la madre es una relación de dependencia, lo es de manera análoga a la que mantiene el ser humano adulto con el ecosistema; significa que tener necesidad de unas condiciones para sobrevivir y desarrollarse no es un argumento contra nuestra identidad de personas (desde la concepción). También Gracia y Escuchuri que señalan que el comienzo de la vida humana se inicia con el cigoto, es decir: ya en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, aquél constituye, una realidad nueva y distinta con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético⁷⁶². Eusebi expresa la misma idea: el embrión es la misma unidad que expresa en el tiempo las características de su especie. Y no sería racional ni laico, recurrir a un acto divino (que a falta de cualquier indicio) introduciría en el iter de desarrollo, después de su inicio algo nuevo; por otra parte, hoy nadie aceptaría una óptica dualista en cuanto al origen del cuerpo y de la psique⁷⁶³.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la posibilidad de gemelación y la consiguiente falta de individualidad del embrión preimplantatorio, el filósofo francés Henri Bergson dice que “para poder hablar de individualidad, no es necesario que el organismo no pueda escindirse en fragmentos viables. Basta con que ese organismo haya presentado cierta sistematización de partes antes de la fragmentación y que esa misma sistematización tienda a reproducirse en los fragmentos, una vez aislados⁷⁶⁴”. Fernández Beites, especialista en la filosofía de Zubiri, señala que la dificultad que tenemos que resolver tiene que ver con la singularidad: el embrión puede dividirse. La tesis que propone es que en el embrión preimplantatorio hay sustantividad individual, pero singularidad indeterminada. La carencia de unidad de la que habla Lacadena, dice la autora, es indeterminación de la singularidad, pero esto no lleva a negar la sustantividad humana, porque contamos con una clara individualidad. Añade que en el embrión preimplantatorio hay individualidad, aunque no

⁷⁶¹Bellver. *Op cit.* Págs. 129 y 130.

⁷⁶²Gracia Martín, L. y Escuchuri Aisa, E. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudio de los Títulos IV y V del Libro II del Código Penal.* Tirant lo Blanch. Valencia, (2005). Pág. 18 y 19.

⁷⁶³Eusebi, L. *Op. cit.* Pág 67 y 68.

⁷⁶⁴Bergson, H. *La evolución creadora*, Espasa Calpe, Madrid (1973). Pág. 26.

indivisibilidad. El embrión es individual en el sentido de algo aquí y ahora⁷⁶⁵. Andorno⁷⁶⁶ considera que el hecho de que el embrión preimplantatorio pueda dividirse no es un argumento en contra de su consideración como individuo, pues es un término que designa a todo ser viviente, incluyendo a los que se reproducen mediante división. Bellver añade que la posibilidad de que a partir de un cigoto puedan surgir dos o más seres humanos no relativiza sino que refuerza la protección que haya de darse al mismo⁷⁶⁷.

En conclusión, como señala Andorno, la pretensión de adoptar un cierto estadio de desarrollo biológico para indicar el comienzo de la persona parece conducir a un callejón sin salida. En primer lugar porque la definición de “persona” escapa a la competencia de la biología. En segundo lugar, porque pareciera que cada científico pretende construir una noción de “persona” a posteriori, en función del tipo de investigaciones que quiere hacer con los embriones⁷⁶⁸. Según los descubrimientos de la antropología filosófica contemporánea, lo humano del hombre es inseparable de la corporeidad; en el ser personal humano no es posible separar la vida biológica de la que es propiamente humana⁷⁶⁹. Castilla del Pino señala que “la vida biológica soporta indefectiblemente a la vida biográfica (...) Si hay biología hay obligadamente biografía⁷⁷⁰”.

Dejando ya las opiniones doctrinales, a nivel legislativo, la mayoría de las legislaciones consideran que la vida comienza en el día catorce tras la fecundación. Fue Clifford Grobstein, un especialista en Embriología de anfibios, quien introdujo por primera vez el término preembrión en la literatura científica⁷⁷¹, para referirse al embrión hasta que se completa la implantación en el útero a los catorce días de la fecundación. En realidad este autor no da una razón científica sino filosófica, al afirmar que las fases involucradas (en la

⁷⁶⁵ Fernández Beites, P. *Embriones y muerte cerebral. Desde una fenomenología de la persona*. Ediciones Cristiandad. Madrid (2007). Pág. 185.

⁷⁶⁶ Andorno, R. El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho? *Cuadernos de Bioética* nº 15. Págs. 39-48.

⁷⁶⁷ Bellver. *Op cit.* Págs. 129 y 130.

⁷⁶⁸ Andorno, R. *Op. cit.* Págs. 39-48.

⁷⁶⁹ Lucas Lucas, R. La naturaleza humana del embrión. *Antropología y problemas bioéticos*. BAC. Madrid (2001). Pág. 71.

⁷⁷⁰ Castilla del Pino, C. *Arquitectura de la vida humana*. Espasa Calpe (2006). Pág. 11.

⁷⁷¹ Núñez de Castro, I. *De la dignidad del embrión. Reflexiones en torno a la vida naciente*. Universidad de Comillas (2008). Pág. 6.

fecundación in vitro) no sólo son prepersonas, sino también preembriones. Se trata de una palabra que carece de valor científico; de hecho, sólo se emplea en el ámbito de la fecundación in vitro⁷⁷²; en Embriología no se utiliza la expresión para referirse al embrión preimplantatorio de perro o ratón. De hecho, con anterioridad a las técnicas de reproducción asistida, las definiciones eran muy diferentes, tal como recuerda Jouvé: Abercrombie, Hickman y Johnson definían al embrión en su Diccionario de Biología (1970), como el animal en proceso de desarrollo a partir del huevo fecundado. Solomon y otros (incluso en 1985) en un tratado de Biología dicen que el embrión es el organismo multicelular en la fase inicial de la vida, antes de que salga del huevo, semilla o cuerpo materno, definición que aplicada a las especie humana se extiende hasta el término del segundo mes de desarrollo, después de lo cual se denomina feto. Y Rieger y otros, en su obra Glosario de Genética y Citogenética (1976) señalaban que los embriones de los animales son los organismos jóvenes a partir de la fertilización de ovocito⁷⁷³. Y es que el término preembrión es “la gran mentira de la embriología humana”⁷⁷⁴. Biológicamente no tiene sentido mantener que el preembrión es un embrión (...) lo correcto es el uso indistinto del término embrión para referirnos a todos los estadios del desarrollo comprendidos entre el cigoto y el momento en que se encuentran presentes los rudimentos de todas las estructuras importantes del nuevo individuo⁷⁷⁵. Para estos autores, el origen de este término es jurídico y con su utilización se quieren justificar determinadas actitudes o valoraciones que amparen la licitud de su manipulación y posible eliminación. El uso del término preembrión esconde en realidad una opción ideológica, ética, jurídica y política de signo marcadamente utilitarista⁷⁷⁶. El término preembrión, que ya se ha hecho clásico en muchas legislaciones, fue inventado precisamente para indicar que, hasta el momento de la

⁷⁷²Ferrer, M. y Pastor, L.M. Génesis y uso del término preembrión en la literatura científica actual. *Persona y bioética*, 2. Universidad de la Sabana. (1998). Págs. 1 a 27.

⁷⁷³Jouvé, N. Explorando los genes. Del big-bang a la nueva biología. Editorial Encuentro. Madrid (2008). Pág. 190.

⁷⁷⁴Kischer, C.W. The big lie in human embryology: the case of the preembryo. *American Life League* (1997). Págs 71-81. Consultado en http://pubget.com/paper/11657208/The_big_lie_in_human_embryology_the_case_of_the_preembryo

⁷⁷⁵Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B, Investigación con preembriones. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007). Pág. 486 y 487

⁷⁷⁶Díez Soto, C. M. La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006). Pág. 206.

anidación, el óvulo fecundado no gozaba de especiales prerrogativas⁷⁷⁷. A Lejeune el término preembrión le recordaba el cuento infantil de El gato con botas. Cuando el gato quiere librarse del ogro no puede hacerlo porque es demasiado fuerte; entonces, le reta preguntándole si es capaz, siendo tan grande, de convertirse en algo pequeño como un ratón. El ogro acepta y el gato se lo come. Al igual que el ratón no podía comerse al ogro como ogro y tuvo que convertirle en ratón, decir hace años que se quería destruir embriones para investigación hubiera resultado inaceptable, por eso se les convirtió en preembriones⁷⁷⁸. En lo mismo incide Pérez del Valle que afirma que la utilización del concepto de preembrión se sitúa en dos líneas diferentes: por una parte, amplía las posibilidades de manipulación sobre el mismo embrión –las denominadas técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida- que hasta ahora resultaban prohibidas, o, cuanto menos, discutibles, tal como aparecen en el artículo 12 (diagnóstico preimplantacional) o el artículo 13 LTRHA (técnicas terapéuticas en el preembrión que eran admisibles, pero de una forma restringida); por otra, añade una asimilación del preembrión al gameto a efectos de manipulación e investigación, tal como se desprende del artículo 14 LTRHA⁷⁷⁹.

Incluso autores que no son partidarios de equiparar a efectos de protección al embrión preimplantatorio con la persona, son críticos con la expresión: podría conducir a error al encuadrarlo en una categoría que lo constituye en un conjunto celular, que aunque va a dar lugar a un embrión, queda separado valorativamente del proceso de formación del embrión propiamente dicho⁷⁸⁰.

La valoración del legislador español del embrión es congruente con los que defienden que no tiene carácter personal. Ya da una pista la propia denominación que se utiliza:

⁷⁷⁷ López Azpitarte, E. La clonación humana. Problemas éticos. *Bioética y derechos humanos* Universidad de Sevilla (2005). Pág. 199 y 200

⁷⁷⁸ Lejeune, J., en *Biotechnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992). Pág. 119

⁷⁷⁹ Pérez del Valle, C. *Op. cit.* Págs. 95 y 96.

⁷⁸⁰ Alonso Bedate, C. *Op. cit.* Pág. 64.

“preembrión”⁷⁸¹. La anterior Ley de 1988 señalaba en su Exposición de Motivos que “generalmente se viene aceptando el termino *preembrión* también denominado *embrión preimplantatorio*, por corresponderse con la fase de preorganogénesis, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes y aparece en él la línea primitiva”. Bellver criticó este texto señalando que “a la vista de esta definición, parece que el preembrión sea una simple proliferación celular, sin ninguna unidad. Los conocimientos más básicos de embriología, sin embargo, desmienten esta definición al igual que el Consejo de Europa, que, en la Recomendación 1100 (1989) sobre el uso de embriones y fetos humanos en la investigación científica, afirma: el embrión humano, aunque muestra fases sucesivas en su desarrollo que son designadas con distintos términos (cigoto, mórula, blástula, embrión preimplantatorio o preembrión, embrión o feto) en las que también se manifiesta su progresiva diferenciación como organismo, mantiene una continuidad biológica y genética” (...) Se decía también en la Exposición de Motivos citada que, del contenido de la STC 53/1985, se pone de manifiesto que el desarrollo embrionario antes de la implantación se mueve en la incertidumbre. Lo incierto es esta afirmación del legislador pues ni del texto citado de la sentencia se llega a lo que concluye la Exposición de Motivos, ni el desarrollo embrionario antes de la implantación se mueve en la incertidumbre⁷⁸².

Como señalamos más arriba, el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra esa Ley en la sentencia 116/199, afirmó que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad⁷⁸³. No obstante, como también dijimos la sentencia 31/2010, que

⁷⁸¹En la tramitación de la LTRHA, a su paso por el Senado se sustituyó el término preembrión por la expresión embrión preimplantatorio, lo que, a su vez, fue modificado en la aprobación final por el Congreso de los Diputados.

⁷⁸²Bellver, V. El estatuto jurídico del embrión. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Pág 558 y sig.

⁷⁸³ En concreto, los recurrentes pretendían que se declarara la inconstitucionalidad del pasaje contenido en la exposición de motivos de la ley, a cuyo tenor «el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión». Pues bien, el Tribunal declinó entrar a analizar la cuestión indicando que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad.

enjuició la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña, ha matizado esta doctrina con un criterio mucho más acertado, diciendo que carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. Y es que la definición de preembrión tenía importantes consecuencias jurídicas. La inclusión de un concepto en un texto legal sin haber sido definido en el mismo, hizo que se entendiera que “que la técnica del legislador se sitúa bajo mínimos al utilizar un concepto –el de preembrión- que no ha sido definido en el texto legal”⁷⁸⁴

Ahora la LRTHA, incorpora la definición al articulado, en concreto en el artículo 1.2, diciendo que preembrión “es el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”. Obviamente, es una definición arbitraria, ya que no se justifica científicamente ninguno de los aspectos que recoge como definitorios. De hecho, el que sea originado por fecundación in vitro no le distingue del engendrado in vivo y da a los 14 días in vitro un valor indicativo de algo que no existe; sólo si está en la madre (in vivo) esa fecha marca un evento, que aunque no es radicalmente significativo, marca el final de la etapa de implantación que dura aproximadamente desde el día 5 o 6 hasta el 14 o 15⁷⁸⁵. Como no se presentó recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley, no contamos con criterio del Tribunal Constitucional. No obstante, la nueva regulación española (...) no deja, sin embargo, de plantear dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad (...) se ha producido, por tanto, una rebaja en el nivel de protección del preembrión discutible desde el punto de vista constitucional⁷⁸⁶.

El comienzo de la persona humana a partir del decimocuarto día se defendió, por primera vez, en el año 1979 por el Ethics Advisory Board de los Estados Unidos basándose en que

⁷⁸⁴ Vidal Martínez. Op. cit. (1998). Pág. 65

⁷⁸⁵ López-Moratalla, N. La discusión bioética sobre la reproducción humana asistida, aspectos biológicos. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006). Págs. 16 y 17.

⁷⁸⁶ Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B. Op. cit. Pág. 499.

ese día finaliza la implantación del embrión, conclusión que también aparece en el informe de la Comisión Weller australiana y en el Informe Warnock británico (elaborado en el Reino Unido y que sirvió de base para la ley de reproducción asistida en dicho país) que también utiliza el término “preembrión”. Resulta llamativa a este respecto la afirmación contenida en el Informe Warnock que considera que dicho preembrión no merece el mismo respeto que un ser humano, pues no lo fundamenta en criterios científicos: “el ritmo de los diferentes estadios del desarrollo es crítico, una vez el proceso ha empezado, no hay una parte concreta del proceso de desarrollo que sea más importante que otra; todas son parte de un proceso continuo y a menos que cada estadio se produzca normalmente, en el momento adecuado y en la secuencia correcta, el desarrollo cesaría. De esta manera no hay un único estadio identificable en el desarrollo del embrión más allá del cual el embrión *in vitro* no debería ser mantenido con vida. Sin embargo, acordamos que esta era un área en la que debía tomarse alguna clara decisión, con el fin de disipar la ansiedad pública”⁷⁸⁷. Y la propia Warnock reconoce: ¿Cuándo da comienzo la vida? (...) se trataba de una cuestión científica, pero de hecho era una cuestión moral encubierta: ¿En qué etapa un embrión se vuelve moralmente significativo?⁷⁸⁸.

El Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de la ley española de 1988 en la sentencia 116/99. Afirma que los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. No da ninguna razón para justificar una decisión de ese calado. Incluso, cuando razona sobre la improcedencia de que la norma tuviera rango de orgánica al regular el derecho a la vida dice que “es claro que la Ley

787

Consultado en http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf. Pág. 65 del informe. La traducción es nuestra. Si bien es cierto que el párrafo no se refiere a la naturaleza del embrión como ser humano, sino a si sería posible mantener con vida el embrión humano más allá del día 14 de desarrollo, acaba reconociendo que establecer algunos hitos como determinantes del momento en que se ha de respetar su vida, es completamente arbitrario. A continuación transcribimos el texto literal: “the timing of the different stages of development is critical, 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. Thus 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”.

⁷⁸⁸Warnock, M. *Op. cit.* Pág. 43.

impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a *momentos previos* (la cursiva es nuestra) al de la formación del embrión humano”. Dejando de lado que la Ley regula la precisamente la formación y destino de los embriones humanos, hay que señalar respecto del nivel de protección debido al embrión preimplantatorio y el ya implantado que, intuitivamente, podría pensarse lo contrario de lo que dice la sentencia. El embrión en el seno materno antes de la implantación es de difícil protección jurídica porque hasta la propia madre desconoce su existencia (de ahí, la polémica acerca de la píldora del día después). Pero la incertidumbre sobre la existencia y desarrollo del embrión es obvio que no existe en la fecundación in vitro. La única incertidumbre depende de la voluntad humana, es decir, si va a ser o no transferido al seno materno. Así, se niega que el preembrión sea *nasciturus* pues, sin implantación en el seno materno, el producto (obsérvese la terminología) de la fecundación in vitro no va a nacer, porque su total desarrollo depende de la implantación o anidación en el seno materno⁷⁸⁹. Sin embargo, la misma autora, sin justificar su criterio, decía respecto de la regulación de la LTRA de 1988 sobre investigación y experimentación con gametos que en aquello en que “se aparte de procurar un bienestar al preembrión, para favorecer su implantación y posterior desarrollo, como un ser vivo sano, debe caer bajo sospecha de inconstitucionalidad⁷⁹⁰. Y es que, por mucho que queramos retorcer el significado ordinario de las palabras, “*nascituri* significa los que van a nacer y, por tanto, el preembrión es *nasciturus* en sentido pleno: otra cosa es que no le dejen⁷⁹¹. Podrá estarse de acuerdo o no con el tratamiento jurídico que recibe o no el embrión, lo que no se alcanza a comprender es la afirmación de Casado de que la ley “está basada en la finalidad de la protección de la criatura antes que en el punto de vista de la pareja⁷⁹², afirmación que no motiva y que da la sensación que se refiere a la ley alemana o italiana y no a la española. La doctrina del Tribunal Constitucional mereció severas críticas de Gómez Sánchez: “la despenalización del aborto no requería negar la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* con la rigidez que en su momento se adoptó y mucho menos con la pertinacia que ahora se mantiene y que impide abordar los problemas de manipulación de embriones y fetos con las suficientes garantías (...) sólo cierto temor del

⁷⁸⁹ Cámara Águila, M^o P. Sobre la Constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Derecho Privado y Constitución n^o 13*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. (1999). Pág. 126.

⁷⁹⁰ Op. cit. Pág. 132.

⁷⁹¹ Bustos Pueche, J.E. El Derecho Civil ante el Reto de la Nueva Genética. Editorial Dykinson. Madrid (1996). Pág. 87.

⁷⁹² Casado, M. *Las leyes de la bioética*. Editorial Gedisa. Barcelona (2004). Pág. 46.

Alto Tribunal a reabrir un tema tan conflictivo como la despenalización del aborto puede explicar esta liquidación del tema del alcance del derecho a la vida como se ha hecho”⁷⁹³

Se observa una diferencia sustancial entre nuestra norma y la legislación alemana. En primer lugar, en la propia denominación de la ley que no se refiere a las técnicas de reproducción asistida, sino que es Ley de protección del embrión (Embryonenschutzgesetz de 13 de diciembre de 1990, ESchG)⁷⁹⁴. Luego al definir al embrión en su § 8.1 dice: a los efectos de esta ley se considerará embrión el ovocito humano fecundado y capaz de desarrollarse, así como toda célula totipotente extraída de un embrión, que pueda ser dividida en el caso de que concurren las exigencias necesarias para ello, y que pueda desarrollarse como un individuo⁷⁹⁵. Aclara inmediatamente después en el § 8.2 que se presume esta capacidad de desarrollo en las primeras veinticuatro horas después de la fusión de los núcleos. Esta definición coincide con el punto de vista objetivo de la medicina reproductiva. Además, se establece que se podrán crear un máximo de tres embriones por ciclo y que en todo caso, no se podrán crear más embriones de los que se van a implantar. Nuevamente vemos una aplicación concreta del principio de la legislación alemana de que, jurídicamente, la vida comienza con la concepción con independencia de que el embrión haya iniciado su vida por medios naturales o artificiales. De hecho, se comunicó al Gobierno que en 2001 había sólo 15 embriones congelados. Los detractores de la ley alemana subrayan que la doctrina de su Tribunal Constitucional sobre el aborto, protege de forma explícita solamente a embriones implantados. Pero, por la formulación elegida, el Tribunal tampoco cerraba la posibilidad a que el embrión se considerase con anterioridad a la implantación como objeto de protección sobre la base de la garantía constitucional de la dignidad y el derecho a la vida, a pesar de que la regulación del aborto consideraba aborto solamente una actuación que se dirigiera contra el embrión una vez realizada la implantación. Según el Alto Tribunal, el embrión tenía que contar con las garantías en todo caso a partir de la implantación, con lo que se dejaba claro que no quería implicar que en la

⁷⁹³ Gómez Sánchez, Y. Op. cit. (2000). Pág. 644.

⁷⁹⁴ <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf>

⁷⁹⁵ Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag.

fase anterior a ella se estaba en un lugar sin relevancia jurídica exento de garantías de dignidad y derecho a la vida. También los críticos con la legislación alemana señalan, además, que la sentencia se refería tan sólo a embriones en su ambiente natural, es decir, no a embriones creados por medio de FIV. No obstante, este último argumento se puede esgrimir en contra de esta posición, tal como hemos dicho: no existiendo ya un derecho de la madre a un desarrollo de su personalidad, que entra en un particular conflicto con el de la vida del embrión, prevaleciendo el derecho de la madre sobre el de la vida del embrión en algunos supuestos, aquí al embrión se le puede atribuir el derecho a la vida sin restricción. Con ello, en pura lógica se llegaría a la conclusión curiosa que el embrión in vitro gozaría de mayor protección legal que el embrión in utero. Si no se quiere llegar a esta consecuencia sólo caben dos opciones: se tiene que replantear la protección del embrión in utero en el sentido de aumentar la protección, avivando así el debate sobre el aborto previsto legalmente o se tiene que rebajar la protección al embrión in vitro⁷⁹⁶.

La norma alemana no es un caso aislado. Pese a que la legislación española insiste en que sus opciones son las universalmente admitidas, es en realidad, uno de los modelos posibles, precisamente el que menos protege la vida. Similar a la regulación alemana, es la italiana (Ley 40/2004)⁷⁹⁷. Suiza lleva la protección a nivel constitucional. El artículo 119 de Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999 establece que el ser humano debe estar protegido contra los abusos de la medicina en el campo de la reproducción asistida. Añade que la Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: (...) el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el peligro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de

⁷⁹⁶Von Plettenberg, W. Células troncales: legislación, jurisprudencia y doctrina en Alemania. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Pág. 196.

⁷⁹⁷ <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>

embrión el número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata; la donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas; no se permite el comercio del material germinal humano ni de los productos del embrión⁷⁹⁸. Romeo Casabona critica la regulación de la norma constitucional suiza diciendo que “a lo indefinido de la naturaleza jurídica de este precepto constitucional debe añadirse lo impropio de una regulación tan detallada y prohibitiva”⁷⁹⁹. Pero precisamente, es el alto valor que se concede a la vida embrionaria lo que lleva al constituyente suizo a dar esa protección reforzada. No sólo no nos parece criticable, sino un ejemplo a seguir. El rango constitucional se justifica porque si no se menciona expresamente la vida prenatal en una constitución, la conclusión habitual es que no está amparada.

Toda esta diversidad normativa provocó que el Convenio de Oviedo, el texto más importante de bioética, so capa de no tomar partido permitiera la total desprotección del embrión, pese a que su terminología parece pretender otra cosa. Bellver⁸⁰⁰ critica la falta de coherencia interna del propio convenio: la referencia del Convenio de Oviedo en el artículo 2 (“el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad y de la ciencia”), a su juicio, no se reduce al sujeto autónomo sino que abarca a cualquier individuo de la especie humana. La utilización en unos casos de la expresión persona y en otros de ser humano, avalaría esta interpretación. El Convenio atribuye a la “persona” derechos y libertades fundamentales, y al “ser humano”, dignidad e identidad. “Esta distinción terminológica del artículo parece sugerir la existencia de dos categorías de sujetos. La dignidad y la integridad atribuidas al ser humano se protegerán desde el momento de la concepción. Esta distinción presenta la paradoja de atribuir dignidad a entidades sin personalidad jurídica y dejar en el interrogante si también se les atribuyen derechos fundamentales, lo cual contradice la noción de dignidad como fuente de derechos (...) no nos parece coherente atribuir dignidad e identidad, y al mismo tiempo negar la

⁷⁹⁸http://www.demopunk.net/sp/ley/constitucion_swz99.html. Traducción no oficial.

⁷⁹⁹Romeo Casabona, C.M. *Los genes y sus leyes*. Cátedra de Derecho y Genoma Humano- Editorial Comares. Bilbao- Granada (2002). Pág. 18.

⁸⁰⁰*Op cit.* Pág. 56.

titularidad de derechos fundamentales⁸⁰¹. Y esto lleva a conclusiones paradójicas. En relación con lo establecido en los artículos 11 y 12⁸⁰² se plantea Romeo Casabona⁸⁰³ si son aplicables o no al embrión y al feto. Aquí vemos el intento de conciliar lo inconciliable pues dice el autor que desde la concepción el embrión es portador de toda su información genética y que la realización de análisis genéticos sobre embriones y fetos revela ya una información que debería ser protegida, pues de lo contrario habría un ámbito temporal ajeno a cualquier forma de protección jurídica, lo que podría obrar en perjuicio de ese individuo una vez nacido (y antes de nacer, añadimos nosotros) y, en todo momento, de sus familiares biológicos.

En conclusión, si no se admite la condición personal del embrión, habrá de aceptarse, cuando menos que la cuestión es dudosa. Ya hemos visto que los partidarios de la desprotección del embrión, reconocen que el plazo de 14 días es arbitrario. Prueba de ello es que los autores que rechazan que la concepción sea decisiva, no coinciden en que otro momento del desarrollo sea decisivo. La ciencia no dice cuando se es persona. Para algunos, esa condición se alcanza cuando concluye la implantación; para otros, cuando hay algún tipo de actividad cerebral (lo que va desde la aparición de la cresta neural hasta después del nacimiento), para otros cuando se pone en marcha el sistema inmune (a las 8 semanas), etcétera. Cuando se fija un determinado período posterior a la fecundación, queda el problema de fijar la frontera para que la vida se catalogue como humana y adquiera todos sus derechos. Los plazos se alargan de forma progresiva (...) La defensa del ser humano, desde el momento de su concepción, es una doctrina que tiene también una base científica y defendida por ilustres biólogos (...) no se ve qué nuevo elemento, en ese proceso evolutivo, podría provocar el salto desde lo meramente biológico hasta lo específicamente humano. (...) Precisamente porque tampoco nadie puede probar con

⁸⁰¹Nicolás Jiménez, P. Objeto y principios del Convenio. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo Casabona, C.M. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada. (2002). Pág. 83.

⁸⁰² El primer precepto prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético y el segundo sólo permite pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.

⁸⁰³*Op. cit.* Pág 171.

certeza que sólo a partir de un estadio posterior se hace presente la dignidad de lo humano, son muchos los que optan con firmeza por este camino como el más seguro⁸⁰⁴. Pues bien, “si algo está claro es que, en la duda, es obligatorio respetar: nadie puede disparar en el bosque cuando duda si lo hace sobre un hombre” y recuerda el pensamiento de Hans Jonas en el sentido de que en caso de duda, presta oídos al peor pronóstico antes que al mejor, porque las apuestas se han vuelto demasiado elevadas como para jugar⁸⁰⁵.

¿Cómo puede abordarse la cuestión? Coincidimos con Gómez Sánchez en que el fundamento del régimen democrático impide la consideración de la vida humana, cualquiera que sea el estado de su evolución, como una cosa (...). La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se manifestó ya en 1986 a favor de elaborar un estatuto jurídico de la vida embrionaria y de extender los beneficios del respeto a la dignidad humana a los embriones y fetos humanos, restringiendo las acciones no terapéuticas sobre los mismos⁸⁰⁶. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro de 16 de marzo de 1989, remarca en su punto 4 la preocupación por el derroche de embriones que la fecundación in vitro puede implicar y propone el uso de técnicas y metodologías que eliminen ese riesgo y en el punto 5 reclama que se fecunden sólo los óvulos que se van a transferir.

Desde punto de vista estrictamente jurídico, la dificultad es posible que venga determinada por la insuficiencia de la tradicional distinción civilista persona/cosa, de manera que si bien no es descabellado pensar que el embrión no encaja, desde el punto de vista jurídico-privado, con el concepto de persona, como titular de una plena capacidad jurídica civil, no es menos cierto que tampoco puede calificarse como *cosa*. Obviamente, como ya dijimos, el Derecho Constitucional no puede quedar vinculado por lo elaborado por la ley civil. Mientras tanto y lamentablemente, la falta de acuerdo en esta cuestión impide abordar desde una perspectiva internacional la fijación de un estatuto del embrión humano, lo que conduce a una progresiva desprotección y *cosificación* del mismo, en la que van marcando la tendencia aquellos países con legislaciones menos tuitivas. Al igual que ocurre con el

⁸⁰⁴ López Azpitarte, E. La clonación humana. Problemas éticos. *Bioética y derechos humanos* Universidad de Sevilla (2005). Pág. 199 y 200.

⁸⁰⁵ Ayllón, J.R. Bioética, pluralismo y relativismo. *Cuadernos de bioética nº 51-52*. (2003). pág. 213

⁸⁰⁶ Gómez Sánchez, Y. *Op. cit.* (1994). Pág. 106 y 107.

feto, con el embrión preimplantatorio, en la situación actual, todo depende de la voluntad de terceros; de forma que si los padres lo desean, se le trata con el máximo respeto y, si no, puede ser matado sin mayor problema. Esto no se consiente ni siquiera con animales o, incluso determinadas cosas. Dice a este respecto Vidal Martínez que la técnica de la fecundación in vitro ha trastocado el papel de sujeto atribuido al ser humano diferenciado tradicionalmente de cualesquiera otras realidades a través de la básica distinción entre personas y cosas. Con la fecundación in vitro los seres humanos no son procreados sino producidos e insensiblemente se produce una cosificación de las personas⁸⁰⁷ y añade que los derechos del hombre reclaman consecuentemente una adaptación a los avances de la tecnología en este campo mediante la renovación de las normas constitucionales y civiles.

La posición mayoritaria, cuyo exponente puede ser Lema Añón de que “el hecho de que su grado de protección (del embrión) no haya de ser idéntico al de las personas nacidas (...) no significa su total desprotección”⁸⁰⁸, en la práctica ha llevado precisamente a su desprotección más absoluta. Señala Angoitia Gorostiaga⁸⁰⁹ que “parece conveniente incidir en la necesidad de que el Derecho haya de acoger especiales mecanismos de protección de aquellas entidades que, por carecer de personalidad, no alcanzan la condición de sujetos de derecho, pero, por su naturaleza humana, se hacen acreedoras a una consideración que exceda de la dispensada a las cosas materiales y a los restantes seres vivos”. Pero el problema es ése realmente. No se entiende por qué el Derecho Constitucional ha de construir el concepto de persona a efectos de la protección del derecho a la vida, a partir de la doctrina civilista, una construcción parcial, pues si bien ahora el artículo 30 del Código Civil establece que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, esto no fue así hasta la reforma operada por la Ley 20/2011, de 21 de julio. Como es sabido, en la redacción anterior era necesario tener figura humana y vivir enteramente desprendido del seno materno durante 24 horas. Aunque ya hemos hecho referencia al debate sobre si los recién nacidos tienen derecho a la vida, nunca se defendió en el derecho español que matar a un recién nacido de

⁸⁰⁷Vidal Martínez, J. Derechos inherentes en la reproducción asistida, en *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Pág. 268.

⁸⁰⁸Op cit. Pág. 47.

⁸⁰⁹Angoitia Gorostiaga, V. Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de trasplante y prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*. Romeo Casabona, C.M. (Ed.) Cátedra de Derecho y Genoma Humano- Editorial Comares. Albolote, Granada. (2002). Pág. 273.

menos de 24 horas fuera un aborto. En caso de persistir en negar el derecho a la vida desde el punto de vista constitucional al embrión, la consecuencia es que al ponderar lo que es simplemente un bien jurídico protegido de contenidos ciertamente difusos (según construcción del Tribunal Constitucional) con derechos o incluso simples intereses de personas, siempre van a prevalecer éstos, produciéndose un imparable proceso de cosificación en la que el embrión será susceptible de apropiación, uso y disfrute como cualquier bien de mercado. En realidad, en la situación actual del Derecho español el problema no es pedir para el embrión una protección idéntica a las personas nacidas, sino que se le otorgue alguna protección, al menos igual a la que disfrutaban algunas especies animales o bienes valiosos.

Es cierto que la cuestión no es sencilla. “Una aproximación de Derecho Constitucional a los problemas generados por los avances biotecnológicos se muestra, a mi entender, como ejemplo paradigmático de las incertidumbres del derecho confrontado a la frontera de la racionalidad y del conocimiento”⁸¹⁰. Pero entendemos que es posible abordar la cuestión desde el enfoque que se ha tomado en Italia y Alemania, por ejemplo. “Hoy, el clásico derecho a la vida resulta claramente insuficiente para regular los múltiples problemas que se ha presentado en dicho ámbito en las sociedades modernas. El constitucionalismo no ha dado una respuesta válida hasta ahora a este reto (...) De forma creciente cada día, se aprecia en los regímenes democráticos la necesidad de redefinir o crear ex novo un estatuto jurídico de la vida humana que comprenda todos los estadios de ésta de forma coherente y en el que se tutelen eficazmente los correspondientes derechos y libertades constitucionales”⁸¹¹. En otra obra la misma autora dice que “si bien es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional se han manifestado en relación con los ya nacidos no parece que pueda circunscribirse el reconocimiento de la dignidad exclusivamente a la vida independiente (...) La dignidad, pues, se proyecta directa e inexcusablemente sobre la persona a través de sus derechos y libertades pero lo hace también en las fases anterior y posterior al período en el que se reconoce la existencia de una persona en el estricto sentido jurídico, diríamos mejor, en el sentido civil del término “y concluye diciendo que “el embrión debe gozar, por su cualidad de vida humana, de la

⁸¹⁰ Rodríguez-Drincourt Álvarez, J. *Genoma humano y Constitución*. Editorial Civitas. Madrid. 2002. Pág 146.

⁸¹¹ Gómez Sánchez, Y. *Op cit.* 1994 Pág. 32.

dignidad y de los derechos inherentes a su condición humana que de no estar protegidos en estos primeros estadios de su formación dejarían sin garantía no sólo su desarrollo futuro sino cualquier otro derecho que pudiera corresponderle una vez alcanzados los sucesivos grados de madurez⁸¹². Como desarrollaremos más adelante, reconocer la dignidad del embrión es reconocer sus derechos en el reino de los fines y, por tanto, a no ser instrumentalizado. No instrumentalizar al embrión significa no manipularlo, no seleccionarlo, no mutilarlo, no utilizarlo aunque sea con un fin altruista como posible donador de tejidos a un hermano, no destruirlo para la obtención de células madre embrionarias, no ser objeto de investigación⁸¹³. Por otra parte, según una norma consolidada, cuando exista siquiera una duda acerca del compromiso de un bien fundamental como es la vida humana debería actuar la lógica cautelar expresada en el principio de precaución⁸¹⁴.

2.1.f).1 **Embriones congelados. Su destino.**- Lógicamente, si la vida del embrión no merece protección, cabe su uso y manipulación. En un principio la Ley de 1988 no establecía límites al número de embriones que se podían fecundar. El artículo 4 de la Ley de 1988 dejaba abierta la puerta a la creación de los embriones que estimase conveniente el equipo médico. Gómez Sánchez sostiene que el artículo citado es constitucional porque no habilita al equipo médico a crear más embriones de los que deba transferir ni a que se reserve embriones para fines distintos de la fecundación de la mujer en cada caso concreto. Esta autora entendía que la previsión del artículo 11.3 de la Ley relativa a embriones sobrantes se refería a los provenientes de la suspensión del tratamiento o fallecimiento de la mujer u otras circunstancias especiales. Concluye en el sentido de que una actuación así (la de crear más embriones que los que se van a transferir) sería inconstitucional por vulneración del derecho a la reproducción en su vertiente negativa y del artículo 15 en tanto reconoce el derecho a la integridad de las personas⁸¹⁵. Pese a ser este criterio absolutamente razonable, no era, lamentablemente el del legislador; Marcelo Palacios, inspirador de la Ley 35/1988 dice que “la crioconservación plantea que, por dificultades insalvables, un número

⁸¹²Gómez Sánchez, Y. La dignidad como fundamento de los derechos. Especial referencia al derecho a la vida. *Bioética la cuestión de la dignidad*. Lydia Feito Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid (2004). Págs 85, 86 y 91.

⁸¹³Núñez de Castro, I. *Op. Cit.* Pág. 144.

⁸¹⁴Eusebi, L. *Op. cit.* Pág 72 y 73.

⁸¹⁵*Op. cit.* (1994). Pág. 95.

indeterminado de preembriones no podrán ser utilizados para procrear, con las consiguientes reservas éticas de algunos sectores de opinión, contrarios tanto a su utilización en la investigación y terapéutica como a su destrucción arbitraria, lo que niega cualquier salida a cuál será su destino ulterior”⁸¹⁶. No deja de ser curiosa esta forma de razonar. El legislador crea un problema al permitir la fecundación de más embriones que los que van a ser transferidos. Esto no es imprescindible para la técnica, pues las legislaciones de Alemania, Italia y Suiza, entre otras, lo prohíben expresamente. También el Parlamento Europeo en Resolución de 7 de septiembre de 2000 reiteró su llamamiento para que, con el fin de evitar la producción de embriones superfluos, se utilicen técnicas de inseminación artificial humana que no produzcan un número excesivo de embriones. En otras resoluciones el Parlamento Europeo ha recomendado que, en el caso de que, por motivos de salud de la mujer, los cigotos fecundados artificialmente no puedan ser transferidos, se criogenicen para su uso posterior con el concreto fin reproductivo para el que fueron creados; también que los legisladores internos prohíban la investigación con embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, al tiempo que les invita a que adopten todas las medidas necesarias para promover la investigación sobre células madre somáticas y células madre del cordón umbilical, aceptada en todos los Estados miembros y que ya ha permitido tratar con éxito a algún paciente⁸¹⁷. Pero el legislador español ignoró estas advertencias, con el fin de favorecer el éxito profesional y mercantil de las clínicas de reproducción asistida y, una vez creado el problema, culpa a otros de que no permitan su solución admitiendo que esos embriones que nunca debieron ser creados, sean destinados a la investigación y destruidos. No obstante, a veces, se producen noticias que ponen de relieve el respeto por la vida de los embriones congelados, incluso cuando no hay interés de una clínica o pareja en ellos⁸¹⁸.

⁸¹⁶*Op. cit.* Pág. 52.

⁸¹⁷Ver la Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética de 1989, la Resolución sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro de 1989, la Resolución sobre protección de los derechos humanos y de la dignidad humana en el marco de la aplicación de la biología y de la medicina de 1996 y la Resolución sobre la clonación de 1997.

⁸¹⁸El diario El Mundo informaba el 17 de enero de 2007 del nacimiento de Noah (Noé, en inglés) en Nueva Orleans. Lo llamativo de la historia es que Noah era un embrión congelado en el momento de las inundaciones causadas por el huracán Katrina. Las aguas contaminadas atraparon a decenas de miles de personas en algunos albergues, y buena parte del hospital de Lakeland, donde estaban 1.400 embriones congelados en tubos con nitrógeno líquido. Belinda Sartor, experta en fertilidad del Instituto, se puso en contacto con la gobernadora de Luisiana, Kathleen Blanco, y logró que algunos policías fueran hacia el hospital. Dos semanas después del diluvio traído por 'Katrina', en un día en el que la temperatura ambiente llegaba a más de 38 grados, una decena de policías

Puede que de manera no inocente, la Ley se guardaba de decir cuál era el destino de los embriones que, en una nueva manipulación del lenguaje, llama “sobrantes”. El artículo 11.3 disponía que los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. Pero no decía qué pasaba después. La investigación con preembriones viables sólo se admitía con fines terapéuticos o preventivos para el propio embrión. No obstante, tampoco hubo ningún interés por parte de las autoridades administrativas de poner en marcha los registros previstos en la Ley o controlar el funcionamiento de las clínicas. “La carencia de datos ciertos indica que el control no es nada estricto. Esto hace pensar que, de hecho, un número relativamente alto de embriones está siendo destruido, y que también se pueden estar utilizando en investigación humana (...)”⁸¹⁹. El silencio legal y la falta de control posterior a la crioconservación, no suponían que se autorizase su destrucción sin más o tras utilizarse en investigación como defendía Garrote, al señalar, que teniendo en cuenta el elevado porcentaje de embriones que mueren en el proceso de congelación y descongelación consideraba que “parece claro que el legislador se ha decantado (y el TC así lo ha admitido) por permitir de facto la destrucción de preembriones viables provenientes de FIV”⁸²⁰. Esta conclusión respecto de la ley anterior es incorrecta porque, si no, no hubiera sido necesaria su reforma y, en ningún caso, ese es el criterio asumido por el Tribunal Constitucional que, precisamente señaló en su sentencia 116/99 que “los preembriones obtenidos por fecundación in vitro sólo pueden ser utilizados con fines científicos de experimentación si no son viables”. El Primer Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida consideraba que la medida principal debía consistir en que los miembros de la pareja se responsabilizaran de forma conjunta del destino de los embriones congelados. Proponía establecer un plazo flexible, relacionado con la edad de la madre. Así, el límite máximo de congelación de los embriones se vincularía con la edad en la que la madre alcanzara el

llegaron al estacionamiento del hospital donde el fango y el agua maloliente cubría los automóviles hasta los techos. La operación de rescate, exitosa, requirió mucho cuidado.

⁸¹⁹Serrano Ruiz-Calderón, J.M. Sobre la regulación de la investigación con células troncales, clonación de embriones humanos y utilización de embriones congelados sobrantes de la FIVET, en España. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. (2003). Pág. 223

⁸²⁰ Garrote Fernández-Díez, I. El resurgir del Golem: la clonación de preembriones con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados. *Derecho Privado y Constitución nº 15*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. (2001). Pág. 201.

plazo fisiológico de la menopausia. Aunque señalaba que la destrucción de los embriones congelados no era deseable, decía que no contemplar expresamente esta posibilidad como salida última contribuiría a aumentar el problema de su acumulación. Aunque, según el Informe, había de procurarse que se tratara de una medida excepcional. El Código de Ética y Deontología Médica, aprobado el 9 de julio de 2011, en su artículo 56.2 establece que “el médico no debe fecundar más óvulos que aquellos que esté previsto implantar, evitando embriones sobrantes”.

2.1.f).2 **Investigación.-** La Ley de 1988, como hemos dicho, impedía investigar con embriones, salvo que éstos no fueran viables. El debate se trasladó a lo que debiera entenderse por viabilidad. La Ley no concretaba la noción de viabilidad, remitiendo al Reglamento el establecimiento de criterios según los cuales se juzgará la viabilidad (Disposición Adicional primera letra c) de la Ley 42/88). Nunca se produjo tal desarrollo reglamentario.

Lo lógico era, como hacía la Recomendación 1100 (1989) del Consejo de Europa, considerar viables a los embriones que no presenten características biológicas que puedan impedir su desarrollo y que la no viabilidad de los embriones y fetos humanos debería determinarse exclusivamente por criterios objetivos fundados en los defectos intrínsecos del embrión y la mayoría de los científicos y de la doctrina jurídica también se manifestaba en este sentido. Pese a ello, antes de la aprobación de la LTRHA, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro. La citada norma parte de un concepto de embrión no viable para la fecundación in vitro distinto al de no viabilidad biológica, como es la incapacidad para llegar a desarrollarse en un ser humano, al considerar en su artículo 1 a los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in Vitro, a los efectos del artículo 15.3.a) de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana, como no viables por haber transcurrido más de cinco años desde su criopreservación. Esta regulación resulta absurda contrastada con ley de 1988 y con las sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996 y 116/1999. La viabilidad es una condición biológica del embrión y no una otorgada por terceros en función de sus intereses. Incluso alguien tan poco sospechoso de defender la

vida del embrión como Marcelo Palacios indica que “es evidente que la viabilidad o la inviabilidad del preembrión no dependen de la voluntad del investigador o del legislador, ni de los plazos de crioconservación establecidos (que por otro lado varían de un país a otros)”⁸²¹. La citada norma autonómica fue impugnada por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional. La razón de la impugnación no era de fondo (inconstitucionalidad por violación del artículo 15 de la Constitución), sino formal, por entenderse que había invadido competencias estatales. Suspendida la vigencia y aplicación de esta Ley como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, por Auto de 7 de junio de 2004, acordó tener por desistido al Abogado del Estado, desistimiento que se produjo, como suele ser habitual, como consecuencia del cambio de Gobierno de la Nación y la coincidencia del partido político que lo apoya con el que hace lo propio en la Comunidad Autónoma de que se trate. En noviembre de 2007 una ciudadana presentó una denuncia contra varios científicos del Banco Andaluz de Células Madre, con sede en Granada. Se abrieron diligencias en el Juzgado de Instrucción nº 8 de Granada, pero fueron archivadas poco después. La cuestión es irrelevante, pues la LTRHA ya permite el uso y destrucción de embriones viables para investigación.

“La posibilidad de investigar con células embrionarias se descubre en un contexto socioeconómico y político cuyos aspectos más negativos son el afán de lucro ilimitado, la banalización, el egoísmo y el consumismo. Este entorno no es especialmente favorable para garantizar por sí solo la mejor protección de una vida humana embrionaria”⁸²². En un ejemplo claro de pendiente deslizante, (pues en el primer Informe no se recomendaba) el II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁸²³ sobre esta cuestión dice en el punto 10 que “la Comisión estima que la sociedad española comparte la consideración del embrión como un bien protegible (...) esa protección, que no es idéntica a la que requiere la persona humana, no resulta vulnerada si se admite la posibilidad de investigación con los que resulten sobrantes (...) como solución última a su destino, alternativa al cese de su conservación”.

⁸²¹Palacios, M. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88) en *Bioética y religión*. Juan J. Tamayo (ed.). Editorial Dykinson, Madrid (2007). Págs. 79 y 80.

⁸²²Puigpelat Martí, F. Los embriones y la nueva legislación española en ingeniería genética, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 64

⁸²³ Texto tomado de <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>

La reforma operada en la Ley de 1988 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre trató de ofrecer una solución que intentaba contentar a todas opiniones (lo que en un asunto tan delicado como el que nos ocupa, es prácticamente imposible). Por una parte, trataba de evitar que se siguieran produciendo embriones sobrantes, limitando a tres el número de óvulos fecundados por ciclo⁸²⁴. Esta previsión, alabada por quienes pretendían que no hubiera embriones sobrantes en el futuro, fue, sin embargo, criticada por la doctrina contraria a la protección del embrión y por la propia Comisión Nacional de Reproducción Asistida (que tiene una representación dominante del sector de las clínicas), ya que desde el punto de vista médico la aplicación estricta de esta norma disminuiría gravemente las posibilidades de lograr el éxito. Así, Martínez Sempere⁸²⁵ señala que la reforma de la ley que introdujo la fecundación de sólo tres óvulos supone que “de proteger la salud de la mujer se pasa a dar más importancia a los embriones” y cita a Mayor Zaragoza diciendo que hay personas a las que les preocupa más las células madre que las niñas y niños que sufren explotación, que viven en la miseria y que se ven obligados a prostituirse o a ir a la guerra. En el mismo sentido se pronunció Hamid Gourabi, presidente del Instituto Royan de Medicina Reproductiva y Células Madre de Irán que, en una entrevista publicada por la edición digital de El Mundo (16 de marzo de 2009), afirmaba: ¿qué sentido tiene proteger un embrión más pequeño que la cabeza de un alfiler cuando en otras partes del mundo se puede matar a niños con las armas más sofisticadas? Y es que, Irán se ha convertido en un país puntero en la investigación con células procedentes de embriones, investigación lícita porque el Corán considera que la vida humana no comienza hasta que han transcurrido 120 días desde la concepción, cuando Alá insufla el alma en el feto. Imaginamos que a los partidarios de la investigación, esto les parecerá muy razonable desde el punto de vista científico.

⁸²⁴Establecía que se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores. Las tipologías fisiopatológicas de estos casos en los que se permita fecundar un número mayor de ovocitos, siempre que sea asumible por la pareja dentro de su proyecto reproductivo, serán especificadas en un protocolo elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo con el asesoramiento e informe previo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

⁸²⁵ Martínez Sempere E. Bioética y valores constitucionales. *Bioética y derechos humanos*. Ruiz de la Cuesta, A. (coord.) Universidad de Sevilla (2005). Pág. 89.

Los argumentos expuestos son poco consistentes; en cuanto al primero, el hecho de defender una determinada posición (la vida de los embriones) no implica que se ignoren las demás (los niños que sufren). Con esa línea de razonamiento cabría descalificar cualquier idea u opinión como defender el medio ambiente o los derechos del pueblo tibetano, cuando sus defensores no militan activamente en una organización que combate el hambre o la explotación infantil. Por lo que se refiere al segundo, el hecho de que se realicen conductas moralmente malas (matar niños en guerras) no justifica otras igualmente malas (matar embriones).

Junto a la limitación de óvulos fecundados por ciclo, para que en lo sucesivo no existiesen embriones sobrantes y, como solución para los acumulados, la reforma de 2003 establecía una serie de destinos, entre los que se encontraba la investigación. Establecía, a este respecto, dicha norma que las parejas progenitoras, o la mujer en su caso, determinarían el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, pudiendo elegir entre las siguientes opciones:

1. Mantener la crioconservación hasta la transferencia al útero materno.
2. Donación sin ánimo de lucro con fines reproductivos a otras parejas.
3. Utilización de las estructuras biológicas obtenidas en el momento de la descongelación con fines de investigación, correspondiendo al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa (Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo) la aplicación del procedimiento de descongelación de embriones.
4. proceder a su descongelación sin otros fines.

Antes de la reforma emitió un dictamen el Comité Asesor de Ética para la Investigación Científica y Tecnológica⁸²⁶ que proponía la utilización de los embriones sobrantes para investigación. No obstante, la doctora Mónica López Barahona formuló un voto particular en contra de los puntos 4, 5 y 6 de las recomendaciones y conclusiones del informe sobre la

⁸²⁶ Texto en http://www.cnb.csic.es/~transimp/INFORME_CELULAS_TRONCALES.pdf

investigación de con células troncales del Comité y matizó los puntos 2, 7 y 8 del mismo⁸²⁷. En relación con el destino de los embriones congelados, dicho voto particular propone su descongelación con el fin primero de transferirlos al útero de una madre adoptiva. En el proceso de descongelación distingue tres escenarios: si tras la descongelación los embriones mueren o están muertos, las células troncales que mantengan capacidad de proliferar podrán ser destinadas a la investigación. La misma solución se plantea para los embriones que reúnan criterios morfológicos o presenten ritmos de fragmentación que permitan definirlos como no viables. Los embriones vivos y viables sólo deben ser transferidos al útero de una mujer.

En realidad, en relación con los embriones congelados, la solución que acogió la Ley 45/2003 no fue la del Comité sino la del voto particular, aunque por su redacción, no fue entendida. En efecto, la expresión estructuras biológicas que emplea la ley, fue muy criticada, pues suponía una nueva degradación terminológica para el embrión: “Mi impresión es que se está volviendo a repetir la disyuntiva embrión preimplantatorio-preembrión, al utilizar eufemísticamente la denominación de estructura biológica en lugar de embrión descongelado por aquello de que hace menos daño al oírlo o leerlo y que los cambios de palabras sirven para justificar actitudes”⁸²⁸. Y añade González Morán que salvada la buena intención del legislador, el problema de fondo es que con esta regulación

⁸²⁷Las conclusiones cuestionadas eran las siguientes: 4. La investigación con células troncales embrionarias humanas sí genera problemas éticos, ya que deben obtenerse a partir de embriones tempranos. Este Comité conoce dicha problemática, y estima que el embrión temprano tiene un valor y merece especial respeto, pero que este valor es ponderable con respecto a otros valores. 5. En nuestro país existen miles de embriones humanos sobrantes de procesos de fecundación in vitro (...) frente a la alternativa de la destrucción de los embriones sobrantes, éstos puedan ser empleados para obtener células troncales embrionarias, ya que las investigaciones con estas células pueden generar resultados potencialmente aplicables a la prevención y/o tratamiento de enfermedades graves. 6. La utilización de embriones sobrantes para la derivación de células troncales será aceptable siempre y cuando se atenga a las siguientes condiciones (...)

⁸²⁸Lacadena, J.R. Un comentario sobre el proyecto de ley del gobierno español por el que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Pág. 269.

se asestaba un golpe decisivo al estatuto moral del embrión, que en unas circunstancias temporales sería digno de protección y en otras, no⁸²⁹.

Pero, según dice la Ley, en realidad esas estructuras biológicas son efectivamente tales, pues se refieren a las células del embrión obtenidas una vez muerto, no como ocurre en la actualidad que se “reanima” al embrión congelado y se le extraen las células: “la reforma de la Ley de RHA llevada a cabo en 2003 no autorizó a destruir embriones (sobrantes antes de su entrada en vigor para investigación), sino la utilización del material derivado de los cadáveres de los embriones definitivamente abandonados a la muerte lenta en el frío. La disposición final se refiere a poder utilizar “las estructuras biológicas obtenidas en el momento de la descongelación, sin que en ningún caso se proceda a la reanimación” (...)No usar como material biológico un embrión humano vivo es el mínimo de exigencia moral. Sólo el cadáver de embrión, como el cadáver del nacido, puede donarse para trasplante o para investigación y esto con muchas condiciones.”⁸³⁰.

Quizá hubiera sido mejor prescindir de estas sutilezas y establecer como solución para los embriones su destrucción sin más para evitar su instrumentalización. Pardo Sáenz⁸³¹ se pregunta si resulta moral investigar con estos restos, o por el contrario habría que ser ejemplares para frenar la injusticia de la FIV y no colaborar con este mal; y si se puede consentir y cooperar con un mal aunque sea menor. Algunos autores han sostenido que mantener los embriones crioconservados es análogo al encarnizamiento terapéutico y así la Conferencia Episcopal española ha señalado que “proceder a la descongelación es poner fin a tal abuso y permitir que la naturaleza siga su curso, es decir, que se produzca la muerte. Dejar morir en paz no es lo mismo que matar”.

En todo caso, esta reforma tuvo corta vida, tras el cambio de Gobierno en 2004. Como hemos visto, la Ley preveía excepciones al número de tres embriones fecundados que se determinarían reglamentariamente. Esta regulación fue abordada ya por una norma

⁸²⁹González-Morán. *Op. cit.* Pág. 698.

⁸³⁰ López Moratalla, N. La discusión bioética sobre la reproducción humana asistida en legislación... Págs.54 y 55.

⁸³¹Ley 45/2003 sobre técnicas de reproducción asistida. Algunas reflexiones ético-morales a la luz de Evangelium Vitae. *Cuadernos de Bioética*, n° 55.

reglamentaria⁸³². Según su regulación, la excepción se convierte en regla y en todos los supuestos podían obtenerse más de tres embriones. La Exposición de Motivos no deja lugar a dudas. Tratándose de un reglamento de desarrollo de una Ley, critica a ésta: “Sin embargo, las limitaciones recogidas en la nueva ley planteaban problemas. Si la finalidad de las técnicas de reproducción asistida es la solución a los problemas de infertilidad, la aplicación de estas técnicas debe hacerse de la forma más adecuada a esta finalidad esencial, teniendo en cuenta los conocimientos científicos existentes en el momento de su aplicación”. Llama la atención que se mencione la infertilidad como finalidad de las técnicas, pues en la LTRHA posterior desaparece. Por otra parte, al igual que con el anonimato del donante, se pone como criterio inspirador de la norma favorecer la actividad de las clínicas. Hay que tener en cuenta que incluso países que admiten la investigación con embriones, como Australia, prevén que se limite el número de embriones creados a aquéllos que probablemente serán necesarios para el tratamiento, para lo que debe minimizarse la estimulación ovárica, el número de embriones almacenados y no comenzar nuevos ciclos para pacientes que disponen de embriones disponibles⁸³³.

Otra norma reglamentaria⁸³⁴ reguló la investigación con células troncales, desnaturalizando el objetivo de la reforma. El preámbulo ya es una muestra de la confusión entre deseos y realidad al afirmar que “las posibilidades de investigación con preembriones humanos se han desarrollado de manera especial en determinadas líneas, en particular las relacionadas con las células troncales procedentes de aquellos, sobre cuya pluripotencialidad de desarrollo y posibilidades terapéuticas se han abierto diversas perspectivas en los últimos años. Este desarrollo acelerado determina también que este Real Decreto trate de facilitar, cumplidas todas las garantías necesarias, el desarrollo en el menor tiempo posible de los proyectos correspondientes que puedan promoverse en nuestro país, de manera que no se desaprovechen las opciones que puedan asistir a los equipos de investigación españoles en

⁸³²Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida.

⁸³³Ethical guidelines on the use of assisted reproductive technology in clinical practice and research. Junio de 2007. Consultado en http://www.nhmrc.gov.au/_files_nhmrc/publications/attachments/e78.pdf

⁸³⁴Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre por el que se establecen los requisitos de procedimiento para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes.

un campo que en el momento actual parece tan prometedor”. Y a continuación añade una frase vacía de contenido, pretendiendo dar idea de responsabilidad señalando que se “plantean nuevas cuestiones de carácter tanto científico como ético”. Esta norma priva de gran parte sus competencias al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa que iba a ser el organismo al correspondía la custodia de los embriones crioconservados y la asignación de los mismos a los proyectos de investigación; también la potestad de determinar el protocolo de descongelación y el poder de llevarlo a cabo, y la de evaluar con carácter preceptivo y vinculante los proyectos que contemplen el uso de células madre de tipo embrionario.

Posteriormente, la LTRHA suprimió la limitación en cuanto a la fecundación de óvulos e introdujo cambios sustanciales en las finalidades a las que se pueden destinar. Eliminados los límites del número de ovocitos que puedan ser fecundados en cada ciclo reproductivo de la mujer, existirán embriones sobrantes según el artículo 11.3 LTRHA hasta el momento en que se considere por los responsables médicos con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida. Comentando este requisito, Lacadena observa que el plazo de crioconservación resulta ambiguo y poco realista el que se acuda a especialistas independientes para decidir sobre los requisitos de las mujeres que posiblemente, ya ni siquiera estén en relación con el centro donde se encuentran congelados sus ovocitos o embriones⁸³⁵.

Si la Ley de 2003 establecía una especie de ordenación de las finalidades en las que se primaba la implantación en la usuaria o su donación para fines reproductivos, ahora el fin que parece como prioritario (para los embriones congelados) es la investigación. La Ley de 2003 ya en la exposición de motivos señalaba que los proyectos de investigación debían acreditar una finalidad terapéutica clara dirigida a disminuir el sufrimiento humano, que dicha terapia no pudiera ser desarrollada a través de otras líneas de investigación alternativa y que se realizaran por equipos capacitados dentro de proyectos debidamente autorizados y controlados. El artículo 15 no fija ningún límite a la finalidad de la investigación, bastando con que ésta se apruebe por el órgano administrativo competente, en tanto que la

⁸³⁵González Morán. *Op. cit.* Pág. 699.

disponibilidad de los preembriones destinados a la investigación no se encomienda a ningún centro público sino al centro en el que se encuentren crioconservados, normalmente de naturaleza privada. Tampoco se establece un efectivo control por parte de un organismo público de las actividades de investigación ni del poder disposición de los preembriones sobrantes⁸³⁶.

A diferencia de lo dispuesto en la LTRA/1988, la LTRHA permite abiertamente optar por los fines de investigación frente a los reproductivos, sin que se exija la no viabilidad y sin vinculación alguna a una finalidad diagnóstica o terapéutica⁸³⁷. También las clínicas toman sus medidas para estimular a que los que tengan embriones congelados se desentiendan de ellos y los cedan a la investigación. En el encuentro de expertos celebrado en 2006 y al que ya hemos hecho referencia, se decidió fijar un precio para el mantenimiento de embriones congelados. Los especialistas acordaron que debería correr a cargo de los progenitores. En cuanto a la cantidad a cobrar en concepto de cuota de mantenimiento, los 65 jefes de servicio consultados consideraban que debe ser de 190 euros (45,15%) o superior (47,65%) (no explica cuánto tiempo cubriría esa cuota). Y con un claro uso de la manipulación, un 93,85% de los encuestados decía que su pago serviría para confirmar que desean seguir manteniéndolos, evitando así el desentendimiento habitual que se produce una vez que se consigue el ansiado embarazo. En realidad, la exigencia del pago, va a provocar que menos parejas y mujeres los deseen mantener y decidan donarlos para su destrucción por los investigadores.

Cabe plantearse por qué se tomó la decisión de reformar la Ley en este sentido. Normalmente, se presenta a enfermos con graves padecimientos, señalando que la panacea está en las células embrionarias y presentando a los contrarios a esa investigación como una especie de sádicos que prefieren defender un cúmulo de células en vez de paliar el sufrimiento de sus semejantes. Sin embargo, como veremos más adelante, la investigación con células troncales embrionarias no ha llevado a ninguna terapia, siendo escasos los ensayos clínicos autorizados con pacientes. Por el contrario, existen centenares de ensayos clínicos con células troncales adultas, que no plantean problemas éticos, aunque también en

⁸³⁶ Lesmes Serrano, C. *Op. cit.* Págs. 193 a 197.

⁸³⁷ Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B. *Op. cit.* Pág. 499.

este caso, la curación de enfermedades también está lejos. Masiá que no reconoce carácter personal al embrión, se muestra crítico: “tendríamos que preguntarnos honradamente cuáles eran las razones detrás de esa prisa (...) ¿Era porque hay demasiados embriones congelados sobrantes, como resultado del avance en reproducción asistida? ¿Era porque el mero hecho de una expectativa de utilidad justifica el apresuramiento en facilitar toda clase de investigación? ¿No había detrás de esas prisas una intención de asegurar que no estamos obligados a respetar como humana la vida que está en camino de convertirse en un ser humano? Y sobre todo ¿no estaba pesando sobre esta postura la presión proveniente de la competitividad económica internacional, en cuya carrera de patentes se comercializa la vida (...)”⁸³⁸. A pesar de que las evidencias científicas muestran el escaso o nulo valor terapéutico de las células troncales embrionarias, la presentación de las mismas como la solución a enfermedades muy graves y actualmente incurables, ha llevado a un apoyo relativamente amplio de la destrucción de embriones y de la llamada clonación terapéutica. Esta misma perspectiva equivocada es la que ha llevado a muchos pacientes afectados de esas enfermedades a someterse a tratamientos fraudulentos. El diario El País de 26 de abril de 2009 informaba de que en los últimos años han proliferado clínicas que ofrecen, mediante vigorosas campañas de marketing, el milagro de la medicina regenerativa. Este “turismo de células madre” viene atrayendo a enfermos desesperados a países como Rusia, China, Tailandia y otros lugares de Asia, pero ya alcanza al mundo más desarrollado: en Japón hay compañías que promocionan terapias celulares contra el mal de Alzheimer, la diabetes o las lesiones de médula espinal. En Colonia (Alemania), el centro XCell ofrece células curativas para males como la esclerosis lateral amiotrófica, si bien muchas de estas compañías tratan a sus pacientes fuera de sus fronteras, en lugares cuya regulación es escasa o nula, después de haber transferido cantidades que en muchos casos comienzan a partir de 20.000 dólares. Añade que “la excitación que produjo el descubrimiento de las células embrionarias humanas en 1998 ha derivado en que la gente hable de las potencialidades de estos tratamientos. Y algunas empresas no han esperado a que se realicen los ensayos clínicos para comercializar las células madre para tratar enfermedades en las que no hay evidencias de que funcionen”. No es cierto que sólo existe una forma de

⁸³⁸Masiá, J. S.J. En Japón: vía media en la controversia sobre medicina regenerativa. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Pág. 251.

hacer las cosas, lo que ocurre en este caso es que una vez iniciado un determinado camino tecnológico las presiones para no abandonar el camino son muy fuertes⁸³⁹.

Como decíamos, sólo unos pocos ensayos clínicos muy incipientes con células troncales embrionarias están autorizados, mientras que son centenares los que se desarrollan empleando células madre adultas con resultados prometedores⁸⁴⁰. La diferencia entre la

⁸³⁹Darío Bergel, S- El principio de precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad, en *Bioteología, desarrollo y justicia*, Carlos Romeo Casabona (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2008). Pág. 17.

⁸⁴⁰La prensa se hace eco constantemente de estos avances. Por ejemplo, Hispanidad. com daba cuenta el 19 de mayo de 2008 de que investigadores del Instituto de Tecnología Biomédica de la Universidad de Twente en Enschede (Países Bajos) han desarrollado una nueva técnica de ingeniería molecular que podría permitir utilizar células madre humanas para reconstruir huesos en pacientes con huesos dañados o desaparecidos. La revista Forbes informaba el 23 de agosto de 2008 que la compañía farmacéutica Pfizer iba iniciar un tratamiento para el deterioro de los vasos sanguíneos de la retina producido por la diabetes. El tratamiento consistía en extraer sangre del paciente y tras cultivar sus células troncales inyectarlas en el ojo. El diario La Razón decía en el Hospital madrileño de La Princesa se habían implantado mediante láser células madre de médula ósea en el corazón de pacientes aquejados de cardiopatía isquémica severa, y prácticamente desahuciados ya que el avanzado deterioro de sus arterias impedía someterlos a una intervención. El 24 de noviembre de 2008, el diario El País daba cuenta de que Médicos del Hospital Gregorio Marañón de Madrid habían implantado células madre adultas para reconstruir la mama de cinco pacientes con cáncer, obtenidas de la grasa de una liposucción realizada horas antes a las propias mujeres. El 22 de diciembre de 2008, el diario ABC informaba de que investigadores de la Universidad de Wisconsin-Madison en Estados Unidos detallan en la revista «Nature» cómo han logrado generar neuronas motoras a partir de la piel de un paciente con atrofia muscular espinal. The New England Journal of Medicine publicaba el 8 de julio de 2010 un artículo en el Paolo Rama y colaboradores habían llevado a cabo regeneración de córnea utilizando células troncales adultas. El Mundo informaba el 5 de abril de 2011 que de acuerdo con un artículo publicado en la revista científica Proceedings of the National Academy of Sciences, se había conseguido que células de la médula ósea se terminaran convirtiendo en piel, lo que en el futuro sería una forma de tratar quemaduras. Y con resultados concretos, El País, el 7 de marzo de 2011, decía que “Alba Ramírez es la primera persona que ha recibido en España células madre de su propio cordón umbilical, como parte del tratamiento para luchar contra su tumor cerebral, o al menos la primera conocida”; aunque la niña está muy bien, todavía no han pasado los cinco años que se consideran en oncología para decir que alguien está curado. El 3 de diciembre de 2012, el diario ABC informaba de que la revista «Nature Methods» había publicado un nuevo método de reprogramación celular, denominado «Conversión Indirecta de Linaje» (CIL). El mismo se debe a investigadores del Centro de Medicina Regenerativa de Barcelona, liderados por el bioquímico español Juan Carlos Izpisúa, que habían conseguido reducir el tiempo de la producción de células madre a partir de células somáticas, y en lugar de precisar dos meses, sólo necesitan quince días. Las células obtenidas con esta nueva metodología son también más seguras.

Y eso que, curiosamente, cuando los medios de comunicación se hacen eco de estos éxitos, evita aclarar que las células madre proceden de células adultas diferenciadas, dando la falsa sensación de que derivan de embriones. Así, el 12 de mayo de 2009 el diario El País titulaba “En la fábrica de las células madre” que trataba de dos centros españoles que cultivaban las mismas para utilizarlas como

efectividad de las células troncales adultas y las embrionarias es abismal. En la página web www.clinicaltrials.gov, pueden consultarse los ensayos clínicos con unas y otras. No damos cifras porque se va actualizando constantemente, pero la diferencia sigue siendo enorme. Pero lo más importante no es lo cuantitativo. En el caso de las células embrionarias los proyectos más avanzados están reclutando voluntarios, mientras que en el caso de las adultas, un importante porcentaje está ya terminado, habiendo alcanzado resultados en más de un centenar de ellos. Incluso un decidido partidario de la investigación con células embrionarias, como Robert Lanza, empezó a utilizar en 2008, una técnica que sólo extraía una célula del embrión sin destruirlos, dejando que los embriones continuasen desarrollándose. Entre el 80% y el 85% formaron blastocistos sanos, una tasa de éxito similar a la conseguida cuando no se manipula el embrión.

Otra alternativa más es la que utiliza células iPS (del inglés induced pluripotent stem cell). Se trata de células pluripotentes que se obtienen introduciendo en células adultas y diferenciadas, cuatro genes, lo que hace que aquéllas reprogramen su genoma y adopten las características de las células troncales embrionarias. Como todas las demás técnicas que estamos describiendo estamos todavía ante unos inicios que hacen lejana la aplicación clínica generalizada, el uso de este tipo de células no plantea problema ético alguno y tienen las mismas ventajas que, se alega, tienen las células troncales embrionarias, tanto en morfología, como en proliferación, expresión de genes marcadores y diferenciación múltiple⁸⁴¹. Ya se obtienen resultados preliminares⁸⁴².

medicamentos en cardiología, con el implante de células madre para la regeneración de corazones infartados; en cirugía plástica, con la introducción de células madre derivadas de la grasa en la mama de las pacientes para su reconstrucción y regeneración tras una intervención quirúrgica, y en traumatología, con el implante de células madre en la cabeza del fémur. Si bien, muy avanzado el artículo se decía que el origen de las células troncales estaba en el propio paciente, en ningún momento se emplea la expresión “células madre adultas”.

Los ensayos con células troncales embrionarias son escasos. El 23 de enero de 2009, el diario El País informaba que se había autorizado en Estados Unidos la realización de un ensayo clínico con este tipo de células a pacientes con lesiones celulares. El diario El Mundo informaba el 22 de noviembre de 2010, de que Estados Unidos autorizaba el segundo ensayo clínico con células embrionarias, esta vez contra la ceguera. Por su parte, el 22 de septiembre de 2011, el diario El Mundo señalaba que se había autorizado en Europa el primer ensayo clínico con células procedentes de embriones humanos, con el que se intentaría revertir una pérdida progresiva de vista en 12 pacientes.

⁸⁴¹Wei, D. y Yamoah, E.N. Regeneration of sensory cells of adult mammalian inner ear. *Stem Cells & Regenerative Medicine: From Molecular Embryology to Tissue Engineering*. Appasani, K. y Appasani, R. (ed) Editorial Humana Press. Nueva York. (2011). Pág. 96.

En Alemania, la investigación con embriones está prohibida salvo que sirva de forma directa a la preservación de la vida del embrión concreto. También se prohíbe la extracción de células de un embrión, sean totipotentes o pluripotentes. No obstante, la legislación alemana permite la investigación con líneas celulares procedentes de embriones siempre que sean importadas, siempre que se cumplan ciertas condiciones⁸⁴³. Esto, que ha sido

⁸⁴²El diario El Mundo daba cuenta el 17 de octubre de 2008 de la publicación por la revista Nature Biotechnology de un experimento que había conseguido neuronas a partir de células de la piel. Aunque la noticia daba una visión realista de la investigación mostrando los retos que todavía están presentes para poder aplicar las células reprogramadas a modo de injerto en pacientes. De momento, no contamos con estructuras biológicas para poder utilizarlas a modo de andamiaje para colocar estas células en el interior de los tejidos. Tampoco sabemos cómo se van a comportar una vez se trasplanten. Contar con estos requisitos puede llevar años. Hasta ahora, los ensayos realizados con terapia génica sólo corregían las células de los pacientes pero no se obtenía un número suficiente para poder tratarlos. Con las iPS se puede conseguir una mayor cantidad de células sanas que posteriormente se podrían inyectar al igual que se hace en los trasplantes de médula ósea, pero sin el problema del rechazo ya que son genéticamente idénticas al enfermo pues proceden de su piel. Por su parte, el diario ABC, el 10 de agosto de 2009, daba cuenta de que la edición digital de la revista Nature había publicado cinco investigaciones, tres de ellas españolas, en las que se identifican algunas de las barreras que impiden a esta técnica ser más eficiente y segura para los futuros enfermos. El mismo diario informaba el 13 de enero de 2009 que un trabajo que publicado en la revista 'Proceedings of the National Academy of Sciences' daba cuenta de que células de la piel de ratones, una vez reprogramadas, habían sido capaces de corregir la hemofilia en dichos animales. E incluso, el diario El País que siempre se ha inclinado a favor del uso de las células embrionarias, informaba el 19 de mayo de 2009 que se había producido una importante novedad en el campo de las células iPS. Se había descubierto un procedimiento para evitar su proliferación descontrolada, lo que evitaría el riesgo mayor de todas las células troncales, que pueden producir un tumor en el paciente. Y el 1 de junio de 2009, el mismo diario daba cuenta de que el grupo de Juan Carlos Izpisúa en el Centro de Medicina Regenerativa de Barcelona había logrado obtener células iPS de un paciente de anemia de Fanconi y corregir el defecto genético en dichas células. Se habían utilizado células de la piel, se las había transformado en iPS y después se las hizo diferenciarse en células madre hematopoyéticas (de la médula ósea) que fueron capaces de producir glóbulos rojos y células mieloides (otros componentes sanguíneos) El mismo diario, el 27 de junio de 2013 informaba de que se había aprobado en Japón el primer ensayo clínico del mundo con células iPS humanas. El 3 de julio siguiente, una nueva información en el mismo periódico, señalaba que científicos de la Universidad de Yokohama en Japón, habían obtenido “yemas de hígado” que permitirían tratar a los pacientes que ahora mueren a la espera de un trasplante. No obstante, la aplicación no está cerca, pues se calculaba en diez años el plazo para llegar a la práctica clínica. El 19 de julio, el diario El Mundo informaba de que la revista Cell Stem Cell publicaba el trabajo de dirigido por el español Juan Carlos Izpisúa, director del Centro de Medicina Regenerativa de Barcelona (CMRB) que había conseguido un método mejor para obtener células iPS.

⁸⁴³ a) las células troncales tienen que haberse aislado antes del 1 de enero de 2002 según la normativa vigente en el país de origen; b) las células troncales deben haber sido fruto de una FIV realizada para una gestación, se debe asegurar que los embriones resultantes definitivamente no iban a ser usados ya para este fin y además los embriones no pueden haber sido descartados por razones inherentes a ellos mismos queriendo rechazar con ellos todo apoyo al diagnóstico

criticado por incoherente, se justifica en la norma porque la adquisición de células troncales embrionarias y la investigación con ellas no estaría en contradicción con otros bienes protegidos por la Constitución, siempre que se limite a líneas de células troncales ya existentes, es decir, que su adquisición no supone la muerte de nuevos embriones, evitándose así que se genere una demanda nueva de células troncales sobre la base de nuevos embriones a sacrificar. La ley posibilita la importación tan sólo en casos de proyectos de investigación de primera importancia, sin alternativas y éticamente responsables y que además no llegue a infringir otra normativa existente protectora del embrión. Otros países europeos que prohíben la investigación con células embrionarias extraídas de embriones sobrantes de FIV son Italia (Ley 40/2004), Irlanda, Austria (Ley Federal 293/1992), Suiza (Constitución), Noruega (Ley 56/1994), Chipre, Eslovaquia, Lituania, Polonia y Rumanía.

Por el contrario permiten la obtención de células madre embrionarias humanas a partir de la destrucción de embriones sobrantes congelados Francia, Australia, Finlandia (Ley 488/1999), Grecia (Ley 3089/2002), Holanda (Ley de 2002), Dinamarca (Ley 460/1997 y Ley 427/2003), Suecia (Ley 115/1991), Bélgica (Ley de 2003) y Reino Unido (Ley de 1990 y 2001). Salvo Reino Unido, nuestra legislación es la más permisiva. En Francia, el artículo 9 de la segunda ley de 29 de julio de 1994, permite la investigación cuando embriones concebidos dentro del marco de la reproducción asistida dejan de responder a un proyecto de procreación y no han podido ser objeto de acogida por parte de otra pareja (...) este texto sólo afecta a los embriones existentes en la fecha de promulgación de la ley del 29 de julio de 1994 que lleven congelados como mínimo cinco años⁸⁴⁴. En Australia también está admitida la destrucción de embriones para investigar, pero se necesita un consentimiento expreso, que no se otorga inicialmente, sino una vez que se ha decidido no utilizarlo para la propia reproducción. En caso de que se alcance el plazo de máximo de almacenamiento o fallezca la pareja, sin que se usen para reproducción propia, donación o investigación, deben ser destruidos. Las clínicas deben tener protocolos para la destrucción respetuosa de

preimplantacional o cualquier talante eugenésico; c) la entrega de los embriones para la extracción de las células troncales debe haber sido de forma gratuita.

⁸⁴⁴ Feuillet-le Mintier, B. Células troncales embrionarias y derecho francés. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Pág. 148.

los embriones. Los deseos de las personas cuyos embriones están almacenados, deben ser respetados.

Dada la diferente regulación que existe en esta materia entre los países europeos, el Convenio de Oviedo toma una solución que para algunos será calificada de salomónica al establecer el artículo 18, en su apartado 1, que cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. Añadiendo en su punto 2 que se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación. En realidad, no se entiende por qué se prohíbe crear embriones para investigación y, en cambio, se autoriza la utilización para ese fin de los sobrantes de la fecundación artificial. Si el embrión preimplantatorio es un cúmulo de células, entonces no hay problema en crearlos con ese fin. Si, por el contrario es un ser humano, debería prohibirse ambas conductas. Además, lo que se prohíbe es la constitución con fines de experimentación, pero no se impide que se puedan crear con la finalidad de tratar a personas. Del tenor literal resulta claramente que lo prohibido es la creación, no la utilización de embriones existentes. Por su parte, Romeo Casabona⁸⁴⁵ sostiene que ese artículo permite la creación de embriones humanos con fines directos terapéuticos para las personas y añade que “de acuerdo con esta interpretación podía entenderse que el Convenio ha puesto por detrás del embrión el interés colectivo, es decir el referido a la promoción de ciertos sectores de la investigación, pero que ha puesto por delante del embrión la salud y la vida de personas concretas”. Podríamos estar de acuerdo con lo afirmado en relación con la protección del embrión en relación con la investigación, si existiesen límites para la creación de embriones sobrantes. No existiendo esa limitación, la prohibición de crear embriones con el fin de dedicarlos a la investigación es perfectamente inútil porque los investigadores se van a nutrir de los embriones supernumerarios sin ningún problema de escasez. Por ello, Alemania no ha ratificado todavía el Convenio de Oviedo porque considera que la protección que brinda este precepto es absolutamente insuficiente. Como veremos, tampoco es suficiente lo establecido en el Protocolo Adicional al Convenio de 12 de enero de 1998 en el que se prohíbe la clonación de seres humanos. En cuanto a qué pueda ser la “protección adecuada” que debe garantizar la Ley, Romeo Casabona en las Actas del Comité Científico de la SIBI de 28 de enero de 2003, reunida en el Palacio del

⁸⁴⁵ Romeo Casabona, C.M. Actas del Comité Científico de la SIBI de 28 de enero de 2003, reunida en el Palacio del Consejo de Europa, Estrasburgo.

Consejo de Europa, señaló que: “la verdad es que resulta difícil, complejo, determinar cuáles podrían ser esas garantías, puesto que no se menciona ninguna en concreto en el texto del Convenio, desde el momento en que la utilización del embrión para la investigación descarta ya de entrada su destino para la reproducción humana, salvo que esa investigación redundara en beneficio del propio embrión. Entiendo que se debería hacer de esta afirmación del artículo 18 del Convenio, que esas garantías han de ser un conjunto de garantías indirectas de protección de los embriones, por ejemplo que esté científicamente justificada la investigación, que no existan otras alternativas para realizar esa investigación sin recurrir a embriones humanos, que el número de estos embriones sea el mínimo posible, etc., pero estas garantías no han de recaer de forma necesaria en cada embrión concreto”. Cabe preguntarse qué eficacia tendría una norma que protegiera la vida de los nacidos en general, pero no a cada nacido en concreto. La prohibición de crear embriones con fines distintos a la reproducción se encontraba expresamente establecida en el artículo 3 de la Ley de 1988. Actualmente ese precepto ha desaparecido de la LTRHA, pero eso no significa que esté autorizado. Se contempla expresamente la prohibición en el artículo 33.1 de la LIB, además de que el Código Penal considera delito en su artículo 161.1) la fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la reproducción humana. No obstante, insistimos que dado que no existe límite a la fecundación de óvulos y está permitida la clonación terapéutica, esta prohibición carece de sentido protector alguno.

Otros países permiten la creación de embriones ad hoc. En Gran Bretaña, la Human Fertilisation and Embryology Act permite la creación de embriones, aunque se reconoce que la mayoría de los utilizados son los sobrantes de la fecundación in vitro⁸⁴⁶. No obstante, la norma se reformó en 2008, permitiéndose la creación de embriones humanos genéticamente modificados y embriones híbridos humano-animal. Todo ello junto a una cláusula que otorga al Gobierno amplias facultades para cambiar las reglas sin un debate parlamentario extenso y sin posibilidad de presentar enmiendas. La posibilidad de crear embriones genéticamente modificados es para fines de investigación. Como señala David King⁸⁴⁷ (director de Human Genetics Alert) es la primera vez que se permite oficialmente la creación de embriones modificados genéticamente y puede ser el principio de los esfuerzos

⁸⁴⁶<http://www.eurostemcell.org/faq/what-does-law-say-about-human-embryonic-stem-cell-research-uk>

⁸⁴⁷King, D. *The Human Fertilisation and Embryology Bill 2008 - a commentary*. Consultado en <http://www.hgalert.org/topics/hfeBill/HFE%20Bill%20Commentary.pdf>

(sancionados legalmente) de desarrollar una tecnología segura para la creación de niños genéticamente modificados. Hay que destacar que el grupo liderado por King se alinea como pro aborto y en el texto se muestra disgustado porque el debate se ha oscurecido con las posturas mantenidas por los grupos pro vida. Señala el autor que la norma otorga facultades al Gobierno para autorizar cualquier técnica para tratar enfermedades de origen mitocondrial, incluyendo la modificación genética y la clonación⁸⁴⁸. La forma normal de evitar la transmisión de estas enfermedades es coger el núcleo del óvulo de la mujer que va a ser madre (pues el ADN del núcleo no tiene problemas, sino que los genes defectuosos están en el ADN de la mitocondria) y colocarlo en un óvulo de otra mujer sana que ha sido enucleado; o bien hacer eso mismo en un embrión temprano⁸⁴⁹. Sin embargo, debido a que muchas proteínas de la mitocondria son codificadas por genes del núcleo, podría autorizarse en el futuro la modificación genética del núcleo con esta finalidad y con un debate parlamentario brevísimo.

Por otra parte, en cuanto a los híbridos, el lobby de las células troncales pretendía crear embriones insertando el núcleo de una célula humana en un óvulo de vaca o coneja, con la esperanza de obtener de allí, células troncales pues es difícil que las mujeres donen sus óvulos para investigar). De hecho, esto ya se realiza en la actualidad. El diario ABC en su edición de 2 de abril de 2008, informaba que un equipo de científicos de la Universidad inglesa de Newcastle ha sido el primero en el Reino Unido en crear embriones híbridos, insertando el núcleo de una célula humana de la epidermis en un óvulo de vaca enucleado. Pero la norma va todavía más allá, legalizando otros híbridos: quimeras (mezcla de células animales y humanas), embriones humanos genéticamente modificados, (conteniendo genes animales), embriones plenamente híbridos (conteniendo un juego completo de cromosomas animal y humano) y cualquier otro tipo de híbrido que pudiera pensarse en el futuro. En el

⁸⁴⁸Las mitocondrias son un orgánulo de la célula. Tiene la peculiaridad de que es el único que tiene un ADN propio, distinto del núcleo. Cada mitocondria tiene uno o varios filamentos de ADN, en forma de anillo. El ADN está formado por unos 15.600 nucleótidos, a diferencia del ADN nuclear que tiene miles de millones. El ADN mitocondrial sirve para crear otras mitocondrias, pero sólo puede actuar asociado al núcleo celular que se reserva, por así decirlo el control general de la situación. Otra diferencia con el ADN nuclear es que, mientras éste se hereda al 50% del padre y de la madre, el mitocondrial sólo procede de la madre.

⁸⁴⁹El diario El País informaba el 12 de septiembre de 2012 que la HFEA había abierto una consulta pública sobre este tema y el 28 de junio de 2013 decía este mismo diario que se había autorizado tal práctica con el titular “el Gobierno británico da luz verde a la creación de hijos de tres ‘padres’ genéticos”.

caso de los embriones plenamente híbridos, además, no son por definición humanos, pues son 50% humanos y 50% animales, por lo que no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la ley, y podría actuarse con ellos sin los límites en ella fijados.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, pese a que en anteriores Programas Marco de Investigación no se habían financiado proyectos que implicasen la destrucción de embriones, la Eurocámara aprobó, en una apretada votación, en noviembre de 2003 destinar dentro del presupuesto global de 17.500 millones de euros del VI Programa marco de Investigación (2003-2007) 2.255 millones de euros al área de investigación genómica y la biotecnología, donde estarían incluidos los proyectos de investigación con células madre derivadas de embriones humanos supernumerarios de los procesos de fecundación in vitro sin la limitación propugnada por la Comisión Europea de que los embriones fueran anteriores al día 27 de junio de 2002. Frente al tratamiento amplio y pormenorizado de los problemas mercantiles, fiscales, comerciales, etc., las cuestiones biomédicas ocupan un lugar secundario en la Constitución Europea. Se tiene la impresión, incluso, de que algunas de éstas (la investigación científica y el desarrollo de las biotecnologías) son tratados más en clave económica (libre circulación, seguridad, competitividad que bajo el prisma de la ética⁸⁵⁰. No obstante, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó el 20 de diciembre de 2013, una declaración de la Comisión sobre el Programa Marco Horizonte 2020 que, además de establecer algunos límites formales, señala en su punto 12 que “siguiendo la práctica actual, la Comisión Europea no presentará al comité que actúe con arreglo al procedimiento de examen ninguna propuesta de proyecto de investigación que comporte la destrucción de embriones humanos, en particular para la obtención de células madre. No obstante, el hecho de que este elemento de la investigación quede excluido de la financiación no impedirá que la Comunidad pueda prestar su apoyo a fases subsiguientes en las que se utilicen células madre de embriones humanos”⁸⁵¹.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en contra de la patente de procedimientos para la obtención de células troncales que supongan la

⁸⁵⁰Díez Fernández, J.A. *Op. cit.* Pág. 329 y sig.

⁸⁵¹ Texto en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:373:0012:0015:ES:PDF>

destrucción de embriones, en la sentencia del caso C-34/10, *Oliver Bruestle v. Greenpeace* de 18 de octubre de 2011. El origen del procedimiento estaba en la patente alemana de la que es titular el profesor Bruestle, un profesor alemán de neurología y uno de los pioneros en la investigación con células troncales. Dicha patente consistía en un método para la producción de células precursoras neuronales derivadas de embriones y del uso de tales células para el tratamiento de enfermedades neurológicas, tales como el Parkinson y el Alzheimer. Greenpeace pretendía la nulidad de la patente por razones de orden público, a la luz de las objeciones éticas a la comercialización de la vida humana. Esta demanda prosperó ante el Tribunal alemán especializado en patentes. Apelada la sentencia por Bruestle, se planteó una cuestión prejudicial. Una de las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial fue acerca del significado de embrión humano, que no aparece definido en la Directiva. El Tribunal pone de relieve el riesgo de que la falta de una definición uniforme del concepto de embrión humano, determine que los autores de ciertas invenciones biotecnológicas se vean tentados de buscar su patentabilidad en aquellos Estados miembros que tengan el concepto menos comprensivo de embrión humano y consecuentemente los más permisivos en relación con su patentabilidad. Este resultado crearía un obstáculo al comercio intracomunitario. De esta manera, el Tribunal buscó la definición dentro de la legislación comunitaria y concluyó que tal concepto tiene que ser entendido en una manera amplia porque se trata de excluir cualquier patentabilidad donde el respeto por la dignidad humana puede quedar afectado. Aunque la Unión Europea pretende promover la inversión en el campo de la biotecnología, el uso de material biológico procedente de humanos debe ser coherente con el respeto a los derechos humanos y, en particular, con la dignidad de la persona. Así, recoge una definición amplia de embrión sin subterfugios terminológicos y dice que un óvulo humano tras la fecundación, un óvulo humano no fecundado pero al que se ha transferido el núcleo de una célula humana adulta (es decir, obtenido por clonación) y un óvulo no fecundado cuya división y desarrollo ha sido estimulado por partenogénesis⁸⁵², constituye un embrión humano. Adicionalmente, dentro del concepto de fines industriales y comerciales se incluye el de la investigación científica.

⁸⁵²La partenogénesis es el desarrollo de un individuo a partir de una célula sexual femenina que no ha sido fecundada. Es una forma de reproducción que se da con cierta frecuencia en insectos o en anfibios, no así en los mamíferos, en los que sólo se puede hacer en laboratorio.

Aunque la sentencia sólo se refiere a la no patentabilidad, y no a la investigación en sí misma, no deja de ser positivo que se haga una aplicación de la norma sin retorcer el sentido común de las palabras hasta hacerlas significar lo contrario de lo que en realidad hacen.

Sea como fuere, entendemos que la solución que debería haberse adoptado por el legislador español debería ser semejante a la de la norma alemana. Los llamados preembriones supernumerarios no han sido creados para ser donados, ni para darles ningún otro destino que no sea el de obtener el embarazo de la pareja que ha aportado los gametos. Esta potestad de decisión debería ejercitarse teniendo en cuenta prioritariamente –aunque no exclusivamente- el interés del ser engendrado, lo que implica, básicamente, permitir su desarrollo en cuanto que el interés primario de todo ser humano es su supervivencia. Responde poco al interés del embrión admitir que su destino pueda ser el cese de su conservación o su dedicación a la investigación o experimentación siendo todavía viable⁸⁵³. La investigación con embriones viables es inconstitucional. Esto no es una mera opinión personal, sino doctrina de la sentencia 116/1999 del Tribunal Constitucional. En efecto, la Ley de 1988 establecía en su artículo 12 límites a la intervención del embrión, impidiendo que la misma pudiera tener otro objeto que el diagnóstico o terapéutico (para el propio embrión). Sobre este tema el Tribunal Constitucional afirmó que “es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE”. Esta doctrina fue criticada por los defensores de la vida de los embriones entendiendo que justificar la constitucionalidad de la norma sobre el concepto de viabilidad supone olvidarse de que la tutela de la vida no es tutela de la viabilidad, pues matar o causar la muerte significa quitar la vida y esto se efectúa también en el individuo no viable porque éste viene privado de ella aunque sea por un período brevísimo durante el cual habría continuado viviendo⁸⁵⁴. Pero, con independencia de la mayor o menor razón de las críticas, lo indiscutible es que la investigación no beneficiosa para el propio embrión, sólo es constitucional si dicho embrión no es viable.

⁸⁵³ Iniesta Delgado, J.J. *Op. cit.* Págs. 113 y 114.

⁸⁵⁴ Lanzarote Martínez, P. *Op. Cit.* Pág. 159

En conclusión y siguiendo a Serrano, el problema de los embriones congelados está creado y merece una solución. Siendo necesaria una solución, ésta debería conservar lo valioso de la anterior ley de 1988. Estos elementos valiosos se refieren en primer lugar, a la prohibición de investigación destructiva de embriones, a la justificación exclusiva en la reproducción de la creación de embriones humanos y a la certeza de que la clonación es una práctica en sí misma atentatoria contra la dignidad humana. La mejora legislativa debe dirigirse a impedir la aparición de embriones sobrantes y su crioconservación subsiguiente. El derecho comparado ofrece alternativas ya experimentadas. Se trata de limitar el número de embriones fecundados a los transplantables en cada ocasión, tres en este caso. El problema más arduo es el de los embriones ya congelados. debería entonces ponerse fin a este proceso y evitar la reanimación la reanimación para experimentación⁸⁵⁵.

2.1.f).3 **Desacuerdo en la pareja.**- Prescindiendo de consideraciones morales, el destino de los embriones puede ser conflictivo en caso de falta de acuerdo en la pareja que suele manifestarse en caso de divorcio. En España, no se han presentado conflictos que sepamos entre usuarias de técnicas de reproducción asistida y las clínicas sobre embriones congelados: parece que los usuarios una vez conseguido su objetivo, o fracasado un número de intentos, prefieren olvidarse de los embriones. Los conflictos en derecho comparado se han presentado entre padres en fase de separación y ante discrepancias sobre si se deben destruir los embriones, conservarlos o incluso implantarlos sin el consentimiento de uno de los progenitores, más que por debates con las clínicas⁸⁵⁶. Estos pleitos se han producido, sobre todo, en Estados Unidos, y empezaremos la exposición por los de este país.

Allí, los casos se han producido tanto cuando había acuerdo previo de la pareja sobre el destino de los embriones, como cuando dicho acuerdo no existía. Como vamos a ver, la opinión prevalente de los Tribunales es favorable a la destrucción de embriones. En caso de inexistencia de pacto previo y desacuerdo de la pareja esa es la solución. Cuando hay pacto y se establecía que en caso de desacuerdo, los embriones se destruirían esa fue la decisión.

⁸⁵⁵ Serrano Ruiz-Calderón. Op. cit. (2003). Pág. 248

⁸⁵⁶ Serrano Ruiz-Calderón, J.M. Op. cit. (2003). Pág. 237

Pero es que incluso, habiendo pacto en el sentido de que en caso de desacuerdo, la mujer podría continuar el tratamiento para la transferencia de los embriones, dicho pacto se anuló.

En el caso *Davis v. Davis*⁸⁵⁷ resuelto por el Tribunal Supremo de Tennessee el 1 de junio de 1992, en el proceso de divorcio, los cónyuges se habían puesto de acuerdo en todos los extremos, menos en el destino de los embriones congelados, que se convirtió en litigioso. La esposa, en principio, reclamó los embriones para que le fueran transferidos. El marido se opuso alegando que prefería dejar los embriones en su estado de congelación hasta ver si decidía ser padre al margen del matrimonio. El Tribunal de instancia calificó a los embriones como seres humanos desde el momento de la fecundación, otorgando su custodia a la madre y ordenando que le fuera permitida la oportunidad de llevar a esos niños al nacimiento a través de la implantación. El Tribunal de Apelación revocó la sentencia, resolviendo que el marido tiene un derecho constitucionalmente protegido a no engendrar un hijo cuando no se ha producido un embarazo. La sentencia concluyó señalando que ambas partes tenían un interés compartido en los siete “óvulos” fecundados (vemos otra vez la importancia de las palabras: se pasa de la consideración de ser humano a la de óvulo fecundado) y remitió las actuaciones al Tribunal de instancia para que otorgara el control conjunto y un derecho igual sobre la disposición de los embriones. En el momento de llegar el asunto ante el Tribunal Supremo del estado, las circunstancias habían cambiado. La esposa se había vuelto a casar y vivía en otro estado. No quería ya que se le implantaran los embriones, pero quería que se le autorizase a donarlos a una pareja estéril. El marido se oponía categóricamente a esta donación y prefería la destrucción de los embriones. El resultado, nuevamente, era un impasse. El Tribunal subraya que la pareja en el momento de iniciar el tratamiento no había suscrito ningún acuerdo sobre el destino de los embriones congelados, la ley del estado no contemplaba el supuesto y no existían precedentes. Después de analizar varias alternativas teóricas, analiza los hechos científicos, en los que ya introduce valoraciones que dan una pista de en qué sentido va a resolver. Por ejemplo, en el Tribunal de Instancia declaró como perito el Dr. Lejeune, un experto genetista que, con 32 años había descubierto la primera trisomía en el hombre, la del cromosoma 21, que da lugar al síndrome de Down. En su declaración se refirió a los

857

Texto en https://mywebspace.wisc.edu/rstreiffer/web/CourseFolders/BioandLawF99Folder/Readings/Davis_v_Davis.pdf

embriones como seres humanos tempranos o pequeñas personas. El Tribunal Supremo, en su sentencia, descalifica el testimonio de este eminente científico, no dando argumentos, sino señalando que el mismo revela una profunda confusión entre ciencia y religión. Por el contrario, el Tribunal da más credibilidad al testimonio del médico que practicó la fecundación in vitro, respecto del que cabe pensar, con independencia de su cualificación profesional, que para defender su modo de vida, estaría interesado en restar valor a los embriones. A continuación la sentencia analiza la controversia suscitada entre las dos sentencias. Mientras que la de instancia había considerado a los embriones como personas, la de apelación los había equiparado a una propiedad. El Tribunal Supremo, manteniendo una postura pretendidamente intermedia, dice que no son aceptables ninguna de las dos posturas. Afirma que si bien un embrión no es una persona, es merecedor de respeto. Pero esto no es más que una frase vacía de contenido, pues considera aceptable la opinión de que los que aportaron los gametos tienen una facultad de decisión en relación con los embriones en ausencia de legislación específica sobre la materia. En el caso que nos ocupa no le parece aceptable al Tribunal mantener la situación de crioconservación acordada en apelación, pues, dice, la viabilidad de los embriones no puede garantizarse indefinidamente. Haciendo una interpretación de la Constitución de Tennessee en términos similares a la que respecto de la Constitución Federal hizo *Roe v. Wade* afirma que el derecho a la procreación es una parte esencial del derecho del individuo a la privacidad. Comprende el derecho a procrear y el de no procrear (parece olvidar que la pareja ya procreó). Mientras que, si hay embarazo, los intereses de la mujer son prevalentes, en el caso de los embriones congelados, no está comprometida la integridad física de la mujer. Se centra, por tanto, en resolver el asunto, desde el punto de vista del conflicto de intereses de la pareja, para lo que realiza una valoración totalmente subjetiva del sufrimiento que una decisión u otra causaría a las partes. Respecto del varón dice que si la decisión fuera la gestación de los embriones se le impondría una paternidad no deseada, con todas las posibles consecuencias financieras y psicológicas. Como en el juicio se dijo que el Sr. Davis vivió una traumática experiencia con el divorcio de sus padres, el Tribunal afirma que es comprensible que se oponga a tener un hijo que no va a vivir con ambos padres. Por su parte, el Tribunal dice respecto de la mujer, que el rechazo a que los embriones sean donados a una pareja, le impondría la carga de conocer que la dureza de los procedimientos de fecundación in vitro a los que se sometió fueron inútiles y que los embriones nunca se convertirán en niños. Pese a ello y sin mayor razonamiento dice que su interés no es tan significativo como el de su ex marido. Otra cosa

distinta hubiera sido si la mujer quisiera los embriones para implantarlos en ella y no pudiera ser madre de otra manera. Pero, incluso, apunta que tendría siempre abierta la puerta de la adopción. Llama la atención la generosidad y empatía con que se valoran unos eventuales y futuros traumas del varón, mientras que desechan los de la mujer, además de valorar en nada la vida de los embriones, habiendo personas dispuestas a su transferencia. Cabe preguntarse como conclusión ¿qué quiere decir el Tribunal con “especial respeto”, si el poder de disposición sobre los embriones se otorga a un individuo que pretende que se descongelen y destruyan?⁸⁵⁸. Para justificar esta falta de consideración a la vida del embrión, dice que si no existe un interés de peso del Estado para proteger la vida del feto en el caso del aborto, con menor razón se dará para el embrión de menos de 14 días. Sin embargo, se olvida que la falta de protección de la vida prenatal se debe a que choca con los derechos de la mujer, mientras que, como se apuntó acertadamente, aquí no hay conflicto alguno con su integridad física. Finalmente, resuelve que los embriones queden como sobrantes a disposición de la clínica.

La misma solución que hemos visto se aplicó en el caso J.B. v. M.B.⁸⁵⁹ decidido por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey en 2001. La mujer quería la destrucción de los embriones, mientras que el marido pretendía, bien donarlos a otra pareja, bien conservarlos para usarlos con una futura pareja. El Tribunal teniendo en cuenta que el marido no era estéril, ordenó que los deseos de la mujer se llevaran a efecto.

En los casos analizados no había acuerdo de la pareja respecto del destino de los embriones. Como hemos adelantado, en caso de existir ese acuerdo y éste sea en el sentido de que se destruyan los embriones, ese acuerdo ha sido respetado por los Tribunales. Es el caso Kass v. Kass⁸⁶⁰, resuelto por el Tribunal de Apelación de Nueva York en 1998. El acuerdo al que había llegado la pareja era que en el caso de que existiera diferencia de criterio respecto del destino de los embriones, éstos podrían ser usados para investigación. Cuando la pareja se

⁸⁵⁸Dolgin, J.L. y, Shepherd, D. *Op. cit.* Pág. 139

⁸⁵⁹ Texto en http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/JB_v_MB.htm

⁸⁶⁰ Texto en http://www.daviddfriedman.com/Academic/Course_Pages/21st_century_issues/21st_century_law/human_repro_tech_law_04/Kass.pdf

separó, la Señora Kass solicitó anular el acuerdo y proceder a la implantación de los embriones. Aunque en primera instancia su pretensión fue estimada, al entender el tribunal que dado que la mujer tiene el control exclusivo sobre su reproducción también debería tener la última palabra en el área de la reproducción asistida, el Tribunal de Apelación decidió que el acuerdo firmado era suficientemente claro y debía ser cumplido. En el caso *Cahill v. Cahill*⁸⁶¹ resuelto en 2000 por el Tribunal de Apelación de Alabama, también existía acuerdo de los cónyuges, en el sentido de que los embriones se dejarían a disposición de la clínica en el caso de disolución del matrimonio. En base a este acuerdo, el Tribunal rechazó la petición de la mujer de que le fueran transferidos.

Pero en otros casos, la existencia de un acuerdo favorable a la vida de los embriones, no se ha tenido en cuenta. El Tribunal Supremo de Massachussetts resolvió en 2000 el caso *In A.Z. v. B.Z*⁸⁶². Aquí el acuerdo preveía que en caso de separación, los embriones quedarían para la mujer que quería continuar el tratamiento. El marido se opuso. El Tribunal Supremo se inclinó por la posición de este último, considerando que el acuerdo no podía ser impuesto, entre otras cosas por razones de orden público, pues la procreación forzada no es un área susceptible de hacerse cumplir judicialmente. Además la libertad de elección personal en materias de matrimonio y vida familiar deben prevalecer.

Por último, existe una posición intermedia que es mantener el statu quo (la congelación de los embriones) mientras exista desacuerdo. En el caso *Litowitz v. Litowitz*⁸⁶³, resuelto por el Tribunal Supremo de Washington en 2002, la mujer que había tenido hijos antes de someterse a una histerectomía, deseaba utilizar los embriones obtenidos con el esperma de su ex marido y una donante de óvulos para implantarlos en una madre subrogada. El ex marido, sin embargo, quería que los embriones fueran donados a otra pareja. Aquí también

⁸⁶¹ Datos tomados de Troeger, M. The legal status of frozen pre-embryos when a dispute arises during divorce. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyer*, Vol. 18 (2003). Págs. 570 y 571. Consultado en <http://www.aaml.org/sites/default/files/legal%20status%20of%20frozen-article.pdf>

⁸⁶² Texto en <http://caselaw.findlaw.com/ma-supreme-judicial-court/1470341.html>

⁸⁶³ Texto en http://www.leagle.com/decision/200230948P3d261_1309.xml/LITOWITZ%20v.%20LITOWITZ

existía un acuerdo, que señalaba que, para el caso de que fueran incapaces de alcanzar una decisión consensuada relativa a la disposición de los preembriones, solicitarían a un Tribunal las instrucciones relativas para la apropiada disposición de dichos preembriones. El Tribunal de Apelación de Washington resolvió que, los embriones quedaran almacenados en la clínica por un período no superior a cinco años. En *In Re the Marriage of Witten III*⁸⁶⁴, en 2003, el Tribunal Supremo de Iowa, se trataba igualmente de una pareja (Trip y Tamera Witten) que tenía embriones congelados y se divorció. La mujer pretendía que se le transfirieran los embriones y el marido se negaba a ello. El Tribunal señaló que el mejor principio a aplicar el consentimiento mutuo y coincidente en el tiempo. Según ese criterio, ninguna transferencia, autorización, disposición o uso de los embriones puede darse sin la autorización firmada de ambos donantes. Si se produce un punto muerto, el statu quo ha de mantenerse. El efecto práctico será que los embriones quedarán almacenados indefinidamente a menos que ambas partes lleguen a un acuerdo para su destrucción. Cualquier gasto asociado a la conservación debe recaer sobre el que se opone a la destrucción.

Fuera de Estados Unidos, este tipo de conflictos también se resuelven en contra de que los embriones puedan desarrollarse. El Tribunal Constitucional de Irlanda resolvió el caso *Roche v. Roche* de 15 de diciembre de 2009. En este caso se trataba de un matrimonio en el que, después de tener un hijo por medios naturales, la mujer (Mary) tuvo que operarse por un quiste ovárico, siéndole retirado dos terceras partes del ovario derecho. Al intentar tener más hijos por medios naturales les fue imposible, por lo que se sometieron a un tratamiento de fecundación in vitro. Obtuvieron seis embriones, tres fueron transferidos a la mujer, que terminó dando a luz una niña. Al final de este embarazo, la pareja atravesó dificultades y se divorció. La mujer pretendió que le transfirieran los tres embriones restantes a lo que el hombre (Thomas) se negó. En el procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional se discutieron cuestiones civiles y constitucionales. Las primeras hacían referencia a si existía un contrato o no por el que el marido hubiera consentido la transferencia a la mujer de los embriones congelados. El Tribunal llega a la conclusión de que no, pues sólo constaban los

864

Texto en
http://scholar.google.com/scholar_case?case=6136526753403985723&q=In+re+Marriage+of+Witten&hl=en&as_sdt=806

documentos de consentimiento informado respecto del tratamiento, pero no se pactó nada sobre el destino de los embriones congelados.

Mayor interés tiene la cuestión constitucional. Se trataba de determinar si los embriones congelados estaban protegidos por el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa. Dicho precepto, como hemos visto, establece que el Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con el debido respeto al igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y en tanto sea posible, defender tal derecho. La redacción del precepto procede de una enmienda a la Constitución. Dicha enmienda se introdujo en 1937 con la finalidad de evitar que por ley o decisión judicial se legalizase el aborto. La sentencia señala que es una grave anacronismo buscar una referencia a la fecundación in vitro en una norma aprobada cuarenta años antes de que se emplearan las técnicas. Utilizan el conocido argumento de que no existe acuerdo acerca de cuándo la vida empieza si con la fecundación o la implantación. Continúan diciendo que la Constitución dicen que protege la vida del no nacido, pero no cuál es el momento en que la vida comienza. Además, el artículo 40.3.3 refiere el derecho a la vida del no nacido al derecho a la vida de la madre. Se trata de una relación que se puede ponderar, de forma que el concepto de no nacido está referido a un embrión implantado. Dicen que lo que está protegido no es el principio de la vida, sino el no nacido, la vida capaz de nacer. Esta situación, la capacidad de nacer, surge después de la implantación. En un procedimiento anterior se había dicho que es un asunto que corresponde exclusivamente al marido y la mujer decidir cuántos niños desean tener, de forma que es bastante ajeno a la competencia del Estado prescribir el número de hijos que podrían o deberían tener. El marido y la mujer tienen el correlativo derecho a decidir no tener hijos. Continúa la sentencia diciendo que si los embriones congelados fueran el no nacido protegido por el artículo 40.3.3, el Estado tendría que intervenir para facilitar su implantación, con independencia del deseo de los padres. Se añade también el argumento de que la pérdida de embriones también se produce en la fecundación natural. Y respecto del embrión afirmó que “la ciencia indica que un óvulo fecundado es un desgraciadamente larguísimo camino para convertirse en humano”. Y añade que “es desafortunado que usemos el mismo término aplicado al embrión de una célula que a un embrión o feto de ocho semanas, el cual puedes ver en una ecografía, puedes oír el latido de su corazón,

puedes verle moverse, (...) la inmensa mayoría de personas lo considerarían como un bebé y una persona”.

Al margen de la valoración del fallo, la línea argumental de la sentencia merece un severo juicio crítico. Si bien es cierto que el precepto cuestionado se introdujo en la Constitución irlandesa para evitar que por vía jurisprudencial o legal se legalizase el aborto, ello no implica que no proteja a los embriones preimplantatorios. Cuando en el momento de aprobarse una Constitución no se contemplara un supuesto determinado, en otras ocasiones, se ha utilizado el criterio de la interpretación evolutiva de la Constitución para integrarlo. Si la Constitución protege al no nacido en el seno materno, salvo riesgo para la vida de ésta, no parece lógico que no lo proteja en una situación en la que el conflicto con los intereses de la madre no se produce. En cuanto a la discusión relativa a si la vida empieza en la fecundación o en la implantación, parece que se fijan estos dos puntos porque estamos hablando de fecundación in vitro; si se tratase de aborto, lógicamente el comienzo de la vida se fijaría en un momento muy posterior. No deja de ser llamativo que ara privar de su condición de ser humano protegido por la norma, se contraponen al cigoto con el embrión de ocho semanas, ser humano que, cuando del aborto se trata, es considerado que todavía no es persona. En cuanto a que si se admitiese el derecho a la vida de los embriones, habría que implantar todos los congelados, esta objeción es fácilmente superable, bastaría con que se prohibiese la producción de embriones sobrantes como hacen las legislaciones italiana y alemana. Pero es que en este caso, una mujer estaba dispuesta a la transferencia. Por último, respecto de los embriones que se malogran en la fecundación natural, cabe decir que por muchos que estos sean (no se conoce a ciencia cierta), el Derecho nada tiene que decir y, al menos, tuvieron la oportunidad de desarrollarse, mientras que con la congelación deliberadamente se les impide.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió esta cuestión en el caso *Evans v. Reino Unido*⁸⁶⁵, el 10 de abril de 2007. La señora Evans sufrió un cáncer de ovario y se le ofreció someterse a un ciclo de fecundación in vitro antes de someterse al

⁸⁶⁵ Texto en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046#{%22itemid%22:\[%22001-80046%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046#{%22itemid%22:[%22001-80046%22]})

tratamiento del cáncer porque su fertilidad quedaría afectada. Del tratamiento se obtuvieron seis embriones como resultado de la fecundación de doce de sus óvulos con semen de su pareja. Días después se practicó una operación, en la que se le extirparon los ovarios. Se le indicó que debería esperar al menos dos años para la implantación de los embriones. Seis meses después la pareja se separó y el varón se dirigió a la clínica donde se conservaban los embriones para su destrucción. La clínica se dirigió a la Sra. Evans, pues de acuerdo con la legislación inglesa, ambas partes deben consentir para continuar con la reproducción asistida y si no, procede la destrucción de los embriones. La señora Evans quería continuar e inició el procedimiento legal junto a otra mujer que se encontraba en parecidas circunstancias. El argumento que utilizaron fue que puesto que el tratamiento estaba ya en marcha, los hombres no deberían tener la capacidad de ponerle fin. Utilizaron por analogía la doctrina establecida para el aborto, en el sentido de que si los embriones estuvieran ya en su seno, los varones no tendrían nada que decir. La demanda se rechazó señalando que si bien se mostraba simpatía por la situación de las mujeres, no se podía resolver en contra de la disposición legal. No obstante, se suspendió la destrucción de los embriones hasta que todos los recursos legales fueran agotados y se impuso a las clínicas el deber de asesorar a las parejas en el sentido de que meditaran cuidadosamente el destino de los embriones que crearían en el caso de separación.

Agotada la vía interna, la señora Evans acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste rechazó la demanda, expresando asimismo su simpatía por la situación de la demandante. Sin embargo, por una mayoría de 5 a 2 y aún reconociendo que si no se procedía a la implantación de los embriones perdería la posibilidad de dar a luz a sus propios hijos, se consideró que incluso en tales excepcionales circunstancias, el derecho a la vida familiar, consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no puede anular la retirada del consentimiento de su pareja. Y por unanimidad, proclamó que la cuestión de cuándo el derecho a la vida comienza entra dentro del margen de apreciación que el Tribunal generalmente ha considerado que los Estados disfrutan esta esfera y rechazan la alegación de que el derecho a la vida del embrión se encontrara amenazado (?).

Tres magistrados de la Gran Sala formularon un voto discrepante, entendiendo que en las circunstancias que concurrían en el caso el derecho de la demandante a decidir convertirse en madre genética de sus hijos debía pesar más que la decisión del varón de no convertirse en padre. Consideran que la ley británica es clara y si bien la ventaja de una ley así es que otorga certeza, también hay que admitir que si es demasiado categórica otorga mucha certeza y ninguna flexibilidad. Dado su carácter absoluto, la norma impide toda ponderación de los intereses en juego en este caso particular. De hecho, aunque la mayoría acepta que debe hacer una ponderación entre los derechos enfrentados de las partes en relación con el artículo 8, no resulta posible hacer ninguna ponderación en cuanto que ratificar la elección del varón de no ser padre, implica la eliminación absoluta e irreversible de la decisión de la demandante. Considerar vacía o sin sentido la decisión de una de las partes no puede ser considerado como una ponderación de intereses. El varón puede tomar la decisión en el futuro de ser padre de su propio hijo, mientras que la demandante perdía su última oportunidad. Por otra parte, añaden los discrepantes que la comparación que se asume en el pronunciamiento con el de un hombre infértil no ilustra la entera complejidad del caso. Está reconocido por aquellas instituciones internacionales cuya competencia específica está centrada en los derechos de la mujer que está justificado y es necesario tratar los derechos a la salud de las mujeres desde la perspectiva de las necesidades e intereses de las propias mujeres, a la vista de las distintas características y factores que diferencian a las mujeres de los hombres, tales como los factores biológicos en los que se incluye la función reproductiva.

Como puede verse, en todas las sentencias analizadas, se limitan a ponderar los derechos de los progenitores biológicos, sin tener en cuenta a los embriones que, al menos según la opinión mayoritaria, tienen un valor especial y superior a un tejido biológico o a una mera propiedad. Parece claro que si ese especial respeto fuera realmente conferido, debería optarse en caso de conflicto a favor de aquel que pretende que darles la oportunidad de vivir. En este caso consideramos que si en el caso del aborto, la posibilidad de ser o no madre para la mujer, se ha tomado, no cuando quedó embarazada, sino cuando se mantuvieron relaciones sexuales, en este caso, una vez aceptado el tratamiento y constituidos los embriones, el varón es padre de los mismos. Incluso, puesto que últimamente la paternidad y la maternidad no se considera, desde el punto de vista jurídico,

como derivadas de la biología, sino del puro deseo, podría haberse resuelto en favor de la transferencia de los embriones a la madre, estableciendo que, en caso de nacer, no serían hijos del varón que se negaba a la transferencia.

La resolución con base en el acuerdo de la pareja ha sido criticado. Se ha señalado que, en estos casos, no puede darse un valor absoluto al consentimiento informado manifestado por la pareja. Pedir a personas que se enfrentan a una enfermedad grave que evalúen las diferentes opciones en caso de divorcio y que negocien parece excesivo. Por ejemplo, en el caso Evans, “la mujer se vio en cierto modo influenciada por las palabras tranquilizadoras de su ex pareja, que aseguró que no modificaría el consentimiento otorgado”⁸⁶⁶. Esta autora considera preferible, en los supuestos de enfermedad que pueda comprometer la fertilidad, acudir a las técnicas de congelación de óvulos o de tejido ovárico, pues permiten tener hijos vinculados genéticamente, sin comprometer los derechos reproductivos de otra persona. Alkorta añade, con buen criterio, que el llamado derecho a no ser forzado a convertirse en padre se traduce finalmente en determinados supuestos en un derecho absoluto –y quizá incluso en un instrumento útil para obtener mejores condiciones en el acuerdo de divorcio– sobre el derecho de la otra parte a tener hijos⁸⁶⁷.

De todas formas, la perspectiva de género (no tomada en cuenta en este caso por la mayoría de los Magistrados) pone de relieve que la misma sólo se utiliza, como ya se ha dicho, para aquellos casos en los que la mujer no quiere ser madre, pues querer serlo es algo contrario manifiestamente a dicha perspectiva. Con una perspectiva de género más acertada, Annas considera que en la creación de embriones no cabe equiparar la aportación de la pareja, porque mientras para el hombre no supone apenas nada contribuir con su espermatozoides, la mujer, como ya hemos dicho, necesita someterse a un tratamiento hormonal y una intervención quirúrgica. El mayor daño o carga que supone para la mujer la creación de los embriones le

⁸⁶⁶Farnós Amorós, E. *Evans v. The U.K. (II)*: La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. *Indret*. Barcelona, abril de 2007. Consultado en http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf

⁸⁶⁷Alkorta. Pág 55.

otorga, según este autor un derecho preferente sobre su custodia⁸⁶⁸. No obstante, otros autores critican esa posición diciendo que eso sería tanto como afirmar que las mujeres, debido a que soportan la carga física del embarazo y el parto, tienen un derecho preferente sobre la custodia de los hijos⁸⁶⁹. Esta crítica resulta curiosa, pues dicho argumento (que sólo las mujeres han de soportar la carga del embarazo y el parto) es la utilizada para justificar el aborto libre.

Además una solución favorable a la implantación de los embriones no es una construcción meramente teórica, sino que se contempla en diversos países. En Israel tuvo eco en los medios de comunicación el asunto Nachmani v. Nachmani⁸⁷⁰, en el que una pareja sin hijos, acordó someterse a un procedimiento de reproducción asistida y contratar una madre del alquiler californiana, debido a que la esposa, Ruthi, no podía ni gestar, ni llevar a término el embarazo. La pareja, firmó el contrato de subrogación, pero no acordó nada sobre el eventual destino de los embriones. Ruthi se sometió al procedimiento para extraer los óvulos (que eran los últimos que podía producir). Fueron fecundados 11 y congelados para su ulterior transferencia a la madre de alquiler. Entonces la pareja se separó y el marido (Danni) comenzó una relación con otra mujer, teniendo dos hijos con ella. Ruthi reclamó los embriones para que fueran transferidos a la madre de alquiler a lo que se opuso Danni. El Tribunal de distrito estimó la demanda de Ruthi, entendiendo que Danni había incumplido el contrato con su mujer y razonó que al igual que un marido cuya mujer se queda embarazada por haber tenido relaciones sexuales juntos, no se podía tampoco en este caso revocar su consentimiento una vez se ha producido la fecundación. Una Sala del Tribunal Supremo formada por cinco Magistrados, revocó la sentencia, declarando el

⁸⁶⁸Annas, G.J. The Shadowlands — Secrets, Lies, and Assisted Reproduction. *The New England Journal of Medicine*.Nº 339. (1998) Págs.935 a 939. Consultado en <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJM199809243391325>

⁸⁶⁹Robertson, J.A. Resolving disputes over frozen embryos. *Hasting Center Report* (1998).Págs.7 a 12.Consultado en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/2606667>

⁸⁷⁰Datos tomados de Shapo, H.S. Frozen Pre-Embryos and the Right To Change One's Mind, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 12 75-104 (2002). Consultado en: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol12/iss1/>. La autora se muestra favorable a la conclusión que alcanza la justicia israelí en contraste con los pronunciamientos norteamericanos que, si bien son unánimes en los resultados, son contradictorios en su fundamentación. Unas veces dan validez a los acuerdos previos y otras veces, no. Y tampoco han tenido en cuenta las circunstancias personales de los litigantes, si han sido ya padres o pueden serlo en el futuro.

derecho fundamental de Danni a no ser forzado a ser padre. Dijo el Tribunal que al igual que la maternidad no puede imponerse a una mujer, tampoco puede imponerse la paternidad a un hombre cuando la pareja ha hecho uso de la tecnología y declaró que el cumplimiento del contrato era inexigible porque su ejecución como fue originariamente contemplada resultaba imposible. Revisada la causa por el Pleno del Tribunal compuesto por once Magistrados, se pronunció a favor de la mujer con un fallo de siete contra cuatro. La mayoría consideró que no había ni norma aplicable ni precedentes por lo que basó su decisión en razones de moralidad, justicia y teniendo en cuenta el valor primordial de la vida, más que en la fuerza vinculante de los contratos. Ponderando todos los intereses en juego consideraron que el daño que se causaría a Ruthi negándole su oportunidad de ser madre biológica era mayor que el daño que se le causaba a Danni convirtiéndolo en padre contra su voluntad.

Ni siquiera la legislación sobre esta materia es unánime entre todos los países signatarios del Convenio de Derechos Humanos. Tal y como se recoge en la sentencia del caso Evans, en Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda y Suiza, cabe la retirada del consentimiento en cualquier momento anterior a la transferencia y, aunque no está recogido expresamente, se admite en Bélgica, Finlandia e Islandia. Sin embargo, en Austria y Estonia el consentimiento del hombre puede revocarse hasta la fecundación, más allá de la cual es sólo la mujer la que decide si se transfieren y cuándo. E incluso en Alemania e Italia ni el hombre ni la mujer pueden normalmente revocar su consentimiento una vez que el óvulo ha sido fertilizado. En Hungría, se permite que la mujer, si el embrión ya se ha creado, pueda pedir su transferencia en caso de divorcio o incluso, fallecimiento, sin contar con el consentimiento del varón⁸⁷¹. Esta regulación se justifica por la carga extra que suponen para la mujer los tratamientos de fecundación asistida. En España, con la anterior regulación se daba una situación curiosa. Como hemos visto, la LTRA de 1988 (y la actual) exigen que para que la mujer casada pueda ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida, contar con el consentimiento de su marido, lo que no se exigía, para la mujer separada o divorciada. Pues bien, en caso de separación o divorcio según la regulación anterior, la mujer podía disponer libremente de los embriones para su transferencia sin que el marido

⁸⁷¹Ley CLIV de 1997, Sección 167 (1). Se ha consultado la versión inglesa en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex10.pdf>

llegase a conocer la situación. Actualmente, la LTRHA, entre los usos que pueden darse a los embriones crioconservados está, según el artículo 11.4.a), su utilización por la propia mujer o su cónyuge. Añade el artículo 11.6 que dicho consentimiento podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación. De este juego de preceptos, Alkorta⁸⁷² considera que se ha optado por el sistema de exigir el consentimiento de ambos miembros de la pareja, aunque ya estén separados o divorciados. Pero ésta no es la única interpretación posible. Al hablar del uso por la mujer o su cónyuge, puede estar pensando en una pareja de lesbianas casadas y el consentimiento exigirse constante matrimonio. Esta autora reconoce que el consentimiento debería haberse exigido también en el caso del varón no casado que ha aportado sus gametos y considera que la omisión resulta inexplicable. Lo más probable es que el legislador con la deficiente técnica legislativa a la que tantas veces nos hemos referido, no estaba pensando en otorgar el consentimiento conjunto a la pareja.

2.1.f).4 **Donación de embriones.**- Otro destino posible de los embriones congelados es su donación. En este sentido cabe citar la historia de Snowflakes (copos de nieve) que comenzó con la ley británica. Esta ley promulgada en 1990, exigía a todas las clínicas de fertilidad en el Reino Unido que destruyeran los embriones congelados después de cinco años de su almacenamiento. El primer plazo para la descongelación se cumplió el 1 de agosto de 1996. Los manifestantes pro vida en todo el mundo se apresuraron a denunciar las acciones de las clínicas como la destrucción en masa de vida humana. Uno de estos manifestantes era Ron Stoddart, fundador de la organización Nightlight Christian Adoptions con sede en California que había creado un prestigioso servicio de adopción internacional y se quedó sorprendido por el irónico sentido del derroche. “Hay 500.000 embriones allí y yo estoy trabajando con familias que están desesperadas por tener un hijo”. Lentamente, Stoddart empezó a considerar la idea de la adopción de embriones. Si bien las clínicas de fertilidad, ya pedían a los pacientes que donaran los embriones adicionales a otras parejas incapaces de concebir y procuraban compatibilizar las características genéticas del embrión con las de los padres potenciales, esta iniciativa iba más allá. Para muchas parejas de clase media que no podían permitirse pagar los elevados precios de la fertilización in vitro o la adopción de niños, la transferencia de embriones era una propuesta atractiva. Además si estas parejas compartían las ideas antiaborto de Stoddart, la adopción

⁸⁷²Alkorta Idiákez, I. Nuevos límites al derecho a procrear. *Derecho privado y Constitución*, nº 20. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. (2006). Pág. 33.

de embriones ofrecía una solución éticamente satisfactoria para la infertilidad. El primer Copo de Nieve nació en víspera de año nuevo de 1998, 19 bebés en abril de 2003, 31 bebés en agosto del mismo año. Los clientes eran generalmente cristianos, el número total de nacimientos aún era reducido, y los porcentajes de éxito se estimaban aproximadamente en el 21 por ciento⁸⁷³.

La donación de preembriones representa la vía de salida menos cuestionable ante el problema de los preembriones sobrantes⁸⁷⁴. No obstante, dada la enorme cantidad de embriones sobrantes, su adopción resulta insuficiente para resolver el problema.

La falta de respeto de la LTRHA por el embrión se pone de manifiesto, entre otros supuestos, en la equiparación que se hace entre gametos y embriones. Por ejemplo, regula conjuntamente la donación de gametos y embriones. Y, lamentablemente, no sólo lo hace la Ley. También la sentencia del Tribunal Constitucional dice, incomprensiblemente, en relación con la crioconservación de gametos y embriones que “cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana», por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 C.E.) o a la dignidad humana (art. 10.1 C.E.)”. Nuevamente, la sentencia 116/1999 produce perplejidad; cuando equipara gametos que nunca son persona humana con preembriones de los que dice que no son persona humana *a estos efectos*, (cabe preguntarse si lo serán a *otros efectos*). Otras legislaciones, por ejemplo, la francesa, distinguen claramente ambos casos. El Título I, Libro II del Code de la Santé Publique se refiere al consentimiento de la pareja para que los embriones fecundados y conservados sean implantados en otra mujer, con la expresión “accueil de l’embryon” (acogimiento del embrión), regulándolo con grandes semejanzas al modelo de la adopción (gratuidad, intervención judicial, estudio de las condiciones familiares, educativas y psicológicas de la pareja receptora, etc.) (...) ⁸⁷⁵. No obstante y pese a la criticable regulación de la LTRHA,

⁸⁷³ Spar, D. L. *Op. cit.* Págs. 147 a 151.

⁸⁷⁴ Iniesta Delgado, J.J. *Op. cit.* Pág. 113.

⁸⁷⁵ Iniesta Delgado, J.J. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2007. Pág. 128 y 129

como su antecesora, la primera sí ha establecido una diferencia de trato. Mientras que el límite de seis nacimientos se imponía tanto en el caso de donación de embriones como de gametos en la Ley anterior, la LTRHA, se refiere exclusivamente a los gametos, lo que permite, teóricamente, dar alguna posibilidad de vida a los embriones sobrantes congelados.

En España, la decisión, en principio, de donar los embriones corresponde a la pareja o madre. Sin embargo, la LTRHA establece en su artículo 11.6 que cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren criopreservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados. El diario El Mundo informaba el 24 de enero de 2011 que en la Clínica Marqués de Barcelona, estos embriones que estaban a su disposición fueron ofrecidos para investigación, pero nadie nos los ha cogido, por lo que pusieron en marcha un programa de adopción de embriones, que tiene la ventaja de resultar más barato que el proceso de fecundación in vitro completo. No se dan datos de esa iniciativa comercial.

2.1.g) Selección de embriones.-

2.1.g).1 **Por razón de sexo.-** Aquí haremos referencia exclusivamente a la selección de sexo no con la finalidad de evitar concebir un hijo con una enfermedad ligada al cromosoma X, sino por conveniencia. El deseo de predeterminar el sexo de los hijos no es nuevo en la historia de la Humanidad y se han intentado diversos métodos de escaso valor científico. Incluso algunos que se han considerado como tales no tenían ese valor. Diversos artículos habían sugerido que programar el coito para hacerlo coincidir con la ovulación permitía seleccionar el sexo con una elevada probabilidad de acierto (...) El estudio de

Wilcox y cols. no encuentra asociación alguna entre la programación del coito con la ovulación y el sexo del recién nacido⁸⁷⁶.

Hay que advertir, que la selección de sexo del embrión puede hacerse no sólo una vez obtenidos los embriones y rechazando aquéllos que no tienen el deseado, sino antes de la fecundación mediante la selección de espermatozoides⁸⁷⁷. “La citometría de flujo y cultivo in vitro se utilizan para la separación de las dos poblaciones de espermatozoides X e Y por su contenido total en ADN que hace que el cromosoma X tenga más tamaño”⁸⁷⁸. Aunque parece que la alternativa no está completamente solucionada desde el punto de vista científico: la selección de espermatozoides X tiene una probabilidad de éxito superior al 90%, mientras que la de espermatozoides Y es solamente de un 60%-70%, aproximadamente⁸⁷⁹. Prescindiendo de la cuestión de si la selección de sexo es admisible o no, es cierto que la selección de espermatozoides no plantea el problema ético de la selección de embriones que llevaría aparejada la destrucción de los no deseados.

El Convenio de Oviedo es claro al establecer en su artículo 14 que no se admitirá la utilización de las técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, excepto cuando sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo. El informe explicativo del Convenio no profundiza sobre esta prohibición, indicando que corresponde al Derecho interno de cada país determinar la gravedad de la enfermedad ligada al sexo y se limita a aclarar qué ha de entenderse por técnicas de asistencia médica a la procreación. La LTRHA tipifica como infracción muy grave en su artículo 26.2.c) la selección del sexo o la manipulación genética con fines no

⁸⁷⁶ Bolívar, F. y Rebagliato, M. *Op. cit.* Pág. 46.

⁸⁷⁷ Como es sabido las células de la especie humana tienen un genoma dividido en 23 pares de cromosomas. Los gametos (espermatozoides y ovocitos) tienen sólo 23 cromosomas, como consecuencia de un proceso de división celular especial llamado meiosis y que permite que con la fecundación surja un nuevo ser de la especie humana que mantiene los veintitrés pares de cromosomas, pues en caso contrario en cada generación se duplicaría dicho número. El par 23 de los cromosomas es el X,X para las mujeres y X,Y para los hombres. Con la meiosis, unos espermatozoides son portadores del cromosoma X, y otros del Y. A través de la técnica mencionada se trata de seleccionar a uno de ellos, para que con la fusión con un ovocito dé lugar a un cigoto del sexo deseado.

⁸⁷⁸ Mínguez, J.A. Aspectos médicos de la reproducción asistida.: avances y riesgos. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003). Pág. 116.

⁸⁷⁹ Lacadena, J.R. *Op. cit.* Pág. 389 a 404.

terapéuticos o terapéuticos no autorizados. Esta prohibición es respetada en Europa. En Estados Unidos, la falta de legislación en esta materia en numerosos estados hace posible practicar el turismo reproductivo. Desde 1998, el Genetics & IVF Institute de Virginia empezó a ofrecer la selección de espermatozoides de forma experimental, mediante el uso de una tecnología patentada, denominada Microsort, para identificar aquellos espermatozoides que son más probables que generen una niña o un niño (...) En 2004, habían nacido de este modo más de 400 bebés preseleccionados⁸⁸⁰.

Un sector importante de la doctrina no ha sido benévolo con la prohibición. Entre los argumentos que se aducen para justificar la determinación del sexo, están los principios inspiradores de la LTRHA, pues no se limita a regular un remedio para la infertilidad humana, sino que realmente reconoce un derecho a la procreación sin que quede muy claro cuáles pueden ser los límites. Y se incide en el hecho de que no habría obstáculo para abortar un feto que no se correspondiera con el sexo deseado (eso sí, sin confesar la verdadera razón), mientras que la selección de sexo prohibida puede hacerse, como hemos visto, sin vulnerar el derecho a la vida o destruyendo embriones que, según la interpretación de la doctrina gradualista que no compartimos, merecen menos protección que un feto. Gómez Sánchez razona que “no existiendo vulneración de ningún derecho ni bien jurídicamente protegido, no parece razonable limitar la libertad individual tan radicalmente”⁸⁸¹. Lema Añón considera que estamos ante selección no de sexo sino de *género* (salvo el caso de selección para evitar una enfermedad de tipo genético) entendido éste como modelo y expectativas asociadas a un sexo biológico. Considera difícil hablar de discriminación, dado que se trataría de sujetos todavía no concebidos y propone enunciar como criterio orientador el siguiente: “no se deberá predeterminar en la descendencia ninguna característica física relativa a criterios sobre los que existe una prohibición de discriminación tales como el sexo y la raza”⁸⁸². En conclusión, no afirma que en la selección de sexo nos encontremos ante una violación constitucional, sino que considera que encajaría dentro del margen permitido al legislador ordinario.

⁸⁸⁰Spar, D.L. *Op. cit.* Págs 111 y 112.

⁸⁸¹Gómez Sánchez, Y. *Op cit.* (1994). Pág. 152.

⁸⁸²Lema Añón, C. *Op cit.* Pág 164.

No obstante, no es una opinión unánime. El doctor Dexeus, uno de los mayores expertos en reproducción asistida, se mostraba contrario a la selección de sexo diciendo que “los médicos hemos de luchar constantemente contra la medicalización fútil, innecesaria de cualquier prestación sanitaria. La elección de sexo <<a la carta>> la inscribo en este contexto, y en mi fuero interno pienso que si la naturaleza sabiamente hace que el porcentaje de niñas y niños sea igual, toda manipulación me parece forzada, inútil y probablemente peligrosa desde el punto de vista demográfico, si la moda se extiende con rapidez”.⁸⁸³ Incluso autores utilitaristas que se muestran favorables a modificar el genoma para introducir mejoras, dicen que, efectivamente, la selección de género por razones económicas o religiosas sí puede modificar la proporción entre los sexos, y esto le parece no sólo objetable desde el punto de vista de la justicia, sino que su efecto puede ser contraproducente: “los padres que busquen ventajas económicas para sus hijos varones pueden encontrarse con que contribuyen a un exceso de oferta masculina, lo que los hará menos valiosos”⁸⁸⁴. Añaden que “la sociedad tiene una buena razón, si no una razón concluyente, para restringir las libertades de los individuos si el ejercicio de estas libertades afecta negativamente al bien público. En este caso, el bien público es la situación de equilibrio natural que presenta la proporción de sexos biológicamente determinada (...) El equilibrio produce una situación de ventaja para todos, en el sentido de que hace más probable que cada individuo pueda casarse y reproducirse con éxito (...) hay otras razones por las que una sociedad podría actuar para restringir la libertad de seleccionar el sexo. Cuando se obtiene una selección de sexo mediante abortos selectivos, hay quienes consideran la práctica una forma de genocidio, específicamente <<genericidio>>. Pero incluso aunque la práctica no supusiese matar fetos femeninos sino sólo evitar concebirlos, habría otras objeciones. La práctica depende de un sistemático prejuicio contra las mujeres, y lo refuerza”⁸⁸⁵. Como una muestra más que el utilitarismo, pese a decir que se trata de una ética racional, se basa en deseos y preferencias subjetivas, otro autor de esta corriente dice que debe hacerse una clara distinción entre la selección de sexo y la selección de otras características como la altura, la inteligencia, el color de ojos u otros. Ésta última selección es peligrosa y es el primer paso hacia una pendiente deslizante que podría llevar a la

⁸⁸³ Diario El País, 30 de agosto de 1990.

⁸⁸⁴ Buchanan, *Op. cit.* Pág. 145.

⁸⁸⁵ Buchanan, A. y otros. *Op cit.* Pág 172.

creación de niños de diseño o a una nueva eugenesia⁸⁸⁶. A una y otra opinión podría contestarse, tal como hacen ellos en otros debates, que dejen a los padres tomar sus decisiones libres y no impongan sus prejuicios. En nuestra opinión no es aceptable ninguna de selección de características de los embriones, por respeto a no ser condicionado en la existencia por los deseos de otros.

Y es que coincidimos con los que se oponen a la selección de sexo por razones de conveniencia. No puede olvidarse que se estaría condicionando una característica muy importante de la persona que va a nacer, vulnerándose un derecho a no ser programado en cuanto a las características biológicas y, en definitiva, la individualidad y dignidad humanas⁸⁸⁷. Y tampoco puede dejarse de lado que admitir esta posibilidad sería un nuevo comienzo de una pendiente resbaladiza que llevaría a la creación de hijos a la carta. Como la apelación a la pendiente resbaladiza es muy criticada por considerar que anticipa consecuencias hipotéticas, hemos de recordar que en los años 90 la Sociedad de Medicina Reproductiva señaló que el uso del diagnóstico genético preimplantacional comportaba importantes riesgos de favorecer prejuicios de género, daños sociales y la desviación de recursos médicos de las necesidades genuinamente médicas. Poco tiempo después, en 2001 ya se mostraba partidaria de la técnica, aunque como ocurre siempre, establecía unas condiciones para dar respetabilidad. Estas condiciones eran: “(1) que las parejas estén totalmente informadas de los riesgos de fracaso, (2) que afirmen que aceptarán a los niños del sexo contrario si la selección preconceptiva del género falla, (3) que sean advertidos sobre los peligros de crearse falsas expectativas sobre la conducta de los niños del género deseado, y (4) que se les ofrezca la oportunidad de participar en una investigación sobre el seguimiento y la evaluación de la seguridad, eficacia y repercusión demográfica de la selección preconceptiva”. Como señala Bellver, el único requisito que supone un compromiso por parte de los progenitores –que acepten los niños del sexo contrario si falla el procedimiento selectivo- no es jurídicamente exigible (porque en los Estados Unidos el aborto es libre en los primeros meses del embarazo), y resulta contradictorio con la lógica del deseo que subyace a la selección del sexo por motivos no estrictamente médicos”⁸⁸⁸. Y

⁸⁸⁶Serour, G. I. Family and sex selection, en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. The Partenon Publishing Group, Inc. Nueva York. (2002). Pág. 103.

⁸⁸⁷Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B. *Op. cit.* Pág. 461.

⁸⁸⁸Bellver, V. *Op. cit.* (2003). Págs. 251 y 252.

en la mencionada reunión de 65 expertos en reproducción asistida en Barcelona, respecto de la selección del sexo de los hijos, un 38,46% se muestra contrario, un 37,77% totalmente a favor y un 26,15% lo permitiría sólo en los casos de parejas con dos o más hijos del mismo sexo.

Como es sabido el único caso judicial que en España se ha conocido en relación con la selección de sexo, es un expediente de jurisdicción voluntaria en la que una madre de cinco hijos varones solicitaba seleccionar el sexo del embrión para poder tener una niña. Se trata de un procedimiento curioso tanto en cuanto a la fundamentación de la solicitud y la posición del Ministerio Fiscal como la de las resoluciones judiciales dictadas. En 1990 se dictó Auto por el Juzgado número 2 de Mataró autorizando la inseminación artificial de la mujer con semen del marido previamente seleccionado para poder dar a luz una niña. La petición de la mujer se basaba en un fundamento terapéutico pero no se trataba de evitar una enfermedad al hijo por nacer, sino para superar la depresión que padecía, pues ella era la única hermana mujer y había cuidado de su madre en la ancianidad y pensaba que al tener sólo hijos varones nadie iba a ocuparse de ella en el futuro. La oposición a la pretensión parecía clara a la vista de lo dispuesto en la Ley 35/1988 (el Convenio de Oviedo no había entrado en vigor todavía), pero curiosamente el Ministerio fiscal se opuso invocando el artículo 2.b) que exige que las mujeres que se sometan a estas técnicas han de estar en buen estado de salud psicofísica. Los dictámenes periciales emitidos determinaron que la depresión que padecía la mujer no le inhabilitaba para el ejercicio de las responsabilidades propias de la maternidad y, por otro lado, que la técnica a emplear para la selección de sexo no suponía manipulación genética. El Juzgado se basó en estos informes para autorizar la inseminación, afirmando que la finalidad terapéutica de la técnica no sólo era aplicable a la descendencia sino también a los progenitores. El Ministerio fiscal formuló recurso de apelación, suspendiéndose entre tanto la ejecución del auto. El recurso de apelación fue estimado y revocada la decisión del Juzgado por Auto de 12 de noviembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta resolución se ajusta más a lo establecido en la Ley, aunque es ciertamente confusa en su argumentación. Presentado recurso de casación contra la misma fue inadmitido por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

2.1.g).2 **Por histocompatibilidad.**- La Ley de 1988 contemplaba como una de las técnicas, la prevención de enfermedades de origen genético o hereditario. Como hemos visto, con los conocimientos científicos actuales, no hay posibilidad de tratar a los embriones afectos de estas enfermedades, por lo que la finalidad citada supone es su no transferencia y destrucción. Sin embargo, la LTRHA ha ido mucho más allá en esta materia. Al regular el diagnóstico preimplantacional, incluye dentro de sus finalidades no sólo la detección de las enfermedades genéticas que afectan a los embriones in vitro, sino también la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros.

Aunque, en realidad, la regulación legal ha venido a dar carta de naturaleza a una práctica que se realizaba antes de la aprobación de la Ley, poniendo de manifiesto una vez más el nulo control administrativo de las clínicas. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 14 de diciembre de 2005 resolvió sobre una reclamación de reintegro de gastos sanitarios. La reclamante era una mujer que tenía una hija de 18 años a la que se diagnosticó una leucemia eosinofílica que podría precisar, en su momento, un trasplante de médula. Aunque los padres de la chica no eran compatibles, existía en el banco de donantes un no familiar compatible. No obstante, la madre fue informada de que el trasplante medular es más exitoso si se dispone de hermano HLA- compatible y decidió someterse a un tratamiento de reproducción asistida con el fin de obtener ese hermano compatible. En ese momento tenía 45 años. Fue sometida a dos ciclos de inseminación intrauterina, no consiguiéndose embarazo y posteriormente se le realizaron dos ciclos de fecundación in vitro, obteniéndose en ambos casos una buena cantidad embrionaria. Reclamó a la Seguridad Social la cantidad de 11.310,38 euros de reintegro de gastos. La sentencia rechazó la petición, sin entrar a cuestionar la realización de una técnica prohibida, porque no se daban los requisitos para que procediera el reintegro: petición previa al sistema, denegación de la prestación y riesgo vital. Según parece, la clínica no fue sancionada.

Aunque hay casos previos, (el más famoso es el de Molly Nash que fue salvada de la anemia de Falconi que padecía por un hermano que fue seleccionado genéticamente para tal fin), el inicio “oficial” de la técnica puede fijarse en la publicación el 5 de mayo de 2004,

en el Journal of the American Medical Association⁸⁸⁹, de un trabajo por parte de Verlinsky y colaboradores, que daba a conocer el nacimiento de 5 niños sanos y HLA compatibles con los respectivos hermanos afectados por enfermedades tales como leucemia linfocítica aguda, leucemia mieloide aguda y anemia de Diamond-Blackfan en un programa de investigación clínica que incluía 9 parejas. La técnica utilizada consistió en el análisis de un blastómero extraído de 199 embriones de 8 células obtenidos por FIV de los que 45 (un 23%) fueron compatibles con sus respectivos hermanos enfermos. De esos 45 embriones, fueron transferidos al seno materno 28 en 12 ciclos, resultando nacidos cinco bebés. Es decir, se crearon casi 200 embriones para obtener cinco bebés.

La técnica es, por tanto, muy poco eficiente. Prescindiendo de valoraciones éticas o jurídicas, desde un punto de vista puramente científico, vemos que cuando se trata de obtener el nacimiento de un hijo que pueda trasplantar a otro, es necesario que el primero no padezca la enfermedad genética, que tenga un genotipo HLA compatible con su hermano enfermo y que, finalmente, llegue a nacer tras ser transferido al útero de su madre. Según señala Lacadena⁸⁹⁰ la probabilidad final teórica resultante de tener el niño que interesa es 3/64, aproximadamente 1 de cada 21 embriones obtenidos por FIV. El diario El País, que se muestra partidario de la técnica, informaba el 26 de octubre de 2008 en un artículo titulado “El difícil camino de la curación” que la complejidad del proceso rebaja las probabilidades de éxito, en muchos casos, al borde del 10%. Y ello sin tener en cuenta la dureza del trasplante de médula, que consiste en reprogramar la médula ósea enferma anulando primero con quimioterapia su capacidad de producir glóbulos rojos, blancos y plaquetas. Con las defensas literalmente a cero, se transfunden las células regeneradoras obtenidas del hermano, y ellas mismas van directamente a los lugares de formación de la sangre, donde reactivan la médula y la hacen funcionar correctamente. Adicionalmente, y de nuevo prescindiendo de cualquier tipo de valoración extra científica, los casos en los que procede esta técnica son muy escasos. El mismo diario, el 7 de enero, titulaba “Curar un hermano no es fácil”⁸⁹¹. En este artículo se cuenta que la Comisión Nacional de

⁸⁸⁹

Consultado

en

<http://machassold.chem.wsu.edu/~hnhlab/testcss/492/Spring%202007/Verlinsky%20et%20al.pdf>

⁸⁹⁰ Lacadena, J.R. Comentario al debate sobre la reforma de la ley de reproducción asistida, en *Pruebas genéticas. Genética, Derecho y Ética*. Juan Masiá Clavel (Ed.) Universidad Pontificia de Comillas. Desclée De Brouwer. Bilbao (2004). Pág. 171 y siguientes.

⁸⁹¹ http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/01/07/actualidad/1325899893_892220.html

Reproducción Humana Asistida, había recibido 67 peticiones, de los que otorgó 31 permisos, de los que sólo 1 acabó curando a su hermano. Recoge el artículo la opinión de Guillermo Antiñolo, director de la Unidad de Gestión Clínica de Genética, Reproducción Asistida y Medicina Fetal del hospital Virgen del Rocío de Sevilla que manifestó que "muchos acuden con una esperanza sobredimensionada; el proceso de reproducción asistida es muy complejo y el trasplante tampoco es un paseo por el campo". Pero, una vez que los padres de un hijo enfermo conocen la técnica, obviamente no se van a conformar con la negativa de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. Así, el diario Abc informaba el 20 de enero de 2008 de una pareja cuya solicitud había sido rechazada por la Comisión (por razones científicas), pero acudieron a Bruselas a realizarla. Allí, habían tenido una hija histocompatible con la hermana enferma. En la información, la madre esperaba que la sangre del cordón fuera suficiente porque «de lo contrario, deberemos esperar hasta que Izel pese nueve kilos y realizarle una extracción de médula».

Con la última frase del artículo se plantea un nuevo problema moral. Ya no se trata de traer al mundo a un niño compatible para utilizar la sangre de su cordón umbilical, sino que se le convierte en un reservorio de células, tejidos y quién sabe si órganos el resto de su vida. Lacadena⁸⁹² dice que una vez que se ha producido el nacimiento, la transferencia de células de cordón umbilical tiene una tasa muy alta de éxito para obtener la curación del hermano enfermo (alrededor del 90%), pero no se reflexiona sobre qué ocurriría si ese primer trasplante falla ¿quedará el nuevo hermano como reservorio vivo permanente para nuevos trasplantes? O qué ocurre si se plantean nuevos problemas graves de salud, como un fallo renal ¿debe el hermano donar también órganos? Este problema aparece planteado en la película *My Sister's Keeper* del director Nick Cassavetes, realizada en 2009. En la trama una mujer que abandonó la abogacía para cuidar de su hija mayor enferma y su esposo, son demandados por otra hija que reclama la emancipación médica para evitar tener que donar un riñón a su hermana. En la realidad, que sepamos (tanto los donantes como los receptores son todavía muy jóvenes) no se ha llegado al punto de ser necesario un órgano, pero sí tejido. En un reportaje publicado por el diario El País el 31 de octubre de 2008, se hace mención a un par de casos en los que las células del cordón umbilical eran insuficientes y

⁸⁹²Op. cit. Págs. 171 y sig.

fue necesario completarlas con células hematopoyéticas extraídas de la médula del hermano donante.

Por su parte, Abellán, pone de relieve que la técnica está sujeta a errores y cuenta el caso de una familia que utilizó el DGP después de que su primer hijo naciera con anemia de Fanconi. El resultado del DGP mostró dos embriones no afectados, uno de los cuales sería el donante adecuado para el hermano enfermo. Sin embargo, después de que se transfirieran los dos embriones, nacieron gemelos y ambos con la enfermedad⁸⁹³.

A pesar de ello, son cada vez más los países en que se admite la selección embrionaria en beneficio de tercero. En Francia, en julio de 2002, el Comité Consultivo Nacional de Bioética recomendó denegar la solicitud de seleccionar un embrión histocompatible con un hermano afectado por la enfermedad de Fanconi; el Comité consideró que existía un riesgo de instrumentalizar al nacido en un proyecto parental atípico. No obstante, el artículo L 2131-4-1 del código de Salud Pública francés, introducido tras la reforma del año 2004, permite su uso de forma experimental y previa autorización de la Agencia de Biomedicina. En Inglaterra, se admite con determinadas condiciones. Así, el 1 de agosto de 2002, la HFEA británica rechazó la petición de una pareja que tenía una anemia de Diamond-Blackfan. La razón del rechazo era que sólo se puede acudir a este método si hay un riesgo serio de que los descendientes hereden la enfermedad y el caso enjuiciado era un caso esporádico porque ninguno de los progenitores era portador. La pareja se trasladó a Chicago donde se practicó la técnica.

Por el contrario, otra petición fue admitida. Se trataba del matrimonio Hashmi que sufría una enfermedad de la sangre, Beta-talasemia. Los dos padres eran portadores sanos, lo que significa que cada vez que tienen un hijo, existe un 25% de posibilidades de que padezca la enfermedad. El niño necesitaba repetidas transfusiones y sin trasplante de médula habría muerto. El matrimonio decidió tener un hijo por medios naturales con la esperanza de que pudiera ser donante para su hermano. El niño nació sano pero no resultó compatible. No encontrando otro donante vivo, decidieron acudir a una clínica de reproducción asistida.

⁸⁹³ Abellán, *Op. cit.* Pág. 67.

Solicitada la autorización para seleccionar un embrión sano y compatible la misma fue concedida. En este caso, se concedió porque concurrían los siguientes criterios: a) enfermedad grave del niño que justifique el diagnóstico preimplantacional; b) Los embriones concebidos en el curso de este tratamiento deben también estar en riesgo de tener la enfermedad que padece el niño; c) Las demás posibilidades de tratamiento o de obtener tejido para el niño afectado deben haber sido exploradas; d) La técnica no se utilizará cuando el receptor del tejido sea uno de los padres; e) La intención debe ser tomar sólo sangre del cordón umbilical para el tratamiento y no otros tejidos u órganos; f) asesoramiento apropiado a las parejas acerca de las implicaciones de la decisión; g) las clínicas, deben suministrar información detallada acerca de los ciclos de tratamiento y sus resultados y los padres ser alentados a participar en estudios; h) los embriones no deben ser genéticamente modificados con el fin de conseguir la compatibilidad.

Lo más llamativo de todo esto es la naturalidad con la que se ha admitido el proceso cuando la legislación de trasplantes en general y, especialmente cuando afecta a menores como donantes, es sumamente protectora de los derechos fundamentales de éstos. El artículo 20 del Convenio de Oviedo establece con carácter general la prohibición de extraer órganos y tejidos de una persona incapaz de consentir. Se autoriza de modo excepcional la extracción de tejidos regenerables de personas sin capacidad de consentir siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que no se disponga de donante compatible capaz de prestar consentimiento, que el receptor sea hermano o hermana del donante y que la donación sea para preservar la vida del receptor. En el caso de que se trate de donación de células el artículo 15 del Protocolo autoriza a que pueda realizarse sin que haya de destinarse a un hermano o hermana receptor ni a que tenga por finalidad preservar su vida.

En España, el artículo 156 del Código Penal establece la invalidez del consentimiento de menores incapaces y el de sus representantes legales en relación con la donación de órganos, de manera que se cometería delito de lesiones. No hay que olvidar que, en principio, se concibe al hermano compatible con el fin de usar células del cordón umbilical. Pero si son necesarios posteriores tratamientos se establece⁸⁹⁴ que no podrán obtenerse células

⁸⁹⁴Artículo 7.1 párrafo tercero del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el

y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal. Es decir, se admite limitadamente y con consentimiento del representante legal, en este caso los padres, que han sido, precisamente, quienes decidieron la existencia del donante en función de su compatibilidad. Aquí, entendemos, debería intervenir un juez para autorizar el procedimiento. Además, no puede olvidarse que el menor debe ser oído, según la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La extracción de la médula⁸⁹⁵ tiene la consideración de intervención quirúrgica y cuando se realiza en menores de edad se exige su consentimiento informado, si se trata de menores de edad con capacidad natural asistidos por sus representantes legales y bajo el control judicial de la decisión. El problema se plantea cuando la extracción es necesaria cuando el hermano tiene poca edad y nula capacidad de discernimiento. Algunos autores⁸⁹⁶ consideran aceptable esta posibilidad en la medida de que los intereses del menor donante no se valoren desde el punto de vista de su integridad física, sino en un concepto más amplio como es su desarrollo en un ámbito familiar que no está condicionado por la enfermedad grave de uno de sus miembros. Así, si se contempla la actitud de los padres como de respeto y protección de la salud de todos sus hijos, de manera que la donación no aparezca

procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

⁸⁹⁵Médula ósea es el tejido esponjoso que llena las cavidades de los huesos. En ella se originan y desarrollan las llamadas células madre o progenitores hematopoyéticos, que son las células a partir de las cuales se generan las células de la sangre a lo largo de toda la vida del individuo. Residuo quirúrgico sería material biológico humano inútil tras una operación. El cordón umbilical, pese a poder formar parte de este concepto, está legalmente sustraído al tratamiento como residuo, como se deriva de la Disposición Final 1ª del Real Decreto 2070/1999 que establece que el cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos obtenidos a su través no se consideran productos de deshecho y están sometidos, asimismo, al citado Real Decreto.

⁸⁹⁶Torres Fernández, M.E. La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid (2005). Pág. 405.

en modo alguno como la instrumentalización de un hijo en beneficio del interés de otros y, sobre todo, en una precisa valoración de los riesgos de la intervención quirúrgica sobre la salud del hijo donante, que excluya riesgos innecesarios y excesivos para su persona, contando con autorización judicial y siendo de decisiva importancia la opinión médica sobre la ponderación de riesgos. La idea de que existe un difuso interés de toda la familia en el que se diluye el derecho a la integridad física del donante predeterminado para serlo, nos parece una solución imaginativa, pero poco respetuosa con los derechos fundamentales del menor. Consideramos que la donación se trataría de un acto relativo a los derechos de la personalidad del menor que los representantes legales no pueden ejercitar por no tratarse de una actuación objetivamente beneficiosa para el menor de edad. Además, en este caso, la posición del menor sería más débil porque no puede olvidarse que fue traído al mundo con la finalidad de salvar a su hermano. Incluso Marcelo Palacios mantiene que el diagnóstico preimplantacional en beneficio de terceros, determina la necesidad de modificar el artículo 161.1 del Código Penal (actual 160.2) pues castiga a los que fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana⁸⁹⁷. Y aunque se persigue la procreación, es cierto que, como hemos visto, se fecundan muchos embriones que no se van a transferir y se sabe desde el principio que no se van a transferir incluso siendo sanos. “Los legisladores ya tienen ante sí un nuevo dilema: ¿Es sensato generar 15 embriones y un bebé para obtener unas cuantas células?⁸⁹⁸”.

Ya hemos visto que en las legislaciones donde se admite esta práctica, ésta queda limitada a la donación a favor de un hermano. No es el caso de la LTRHA que se refiere en el artículo 12.2 a “fines terapéuticos para terceros”. La dicción es tan amplia que permitiría la concepción de un individuo con el fin de dar tratamiento a los propios padres o incluso un tercero. Esto resulta contrario a lo establecido en el artículo 20 del Convenio de Oviedo.

Aunque es obvio que la finalidad que se persigue es buena (la curación de un niño con una enfermedad grave) y siempre los padres que acuden a esta técnica dicen que quieren al niño que va a salvar a su hermano, entendemos que se trata de una vulneración del derecho a la integridad física y a la identidad genética. El niño compatible con su hermano es un medio

⁸⁹⁷Palacios, M. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88) en *Bioética y religión*. Juan J. Tamayo (ed.). Editorial Dykinson, Madrid (2007). Pág. 101.

⁸⁹⁸Diario El País, edición de 4 de octubre de 2000.

para un fin. Por eso, no podemos compartir lo dicho por Carlos Simón y Ana Cerveró que suscribían un artículo el 15 de octubre de 2008 en el diario El Mundo en el que califican literalmente esta situación de “privilegio” para el niño nacido compatible. Desde el punto de vista ético, esta técnica ha recibido duras críticas. La comisión deontológica del Consejo Andaluz de Colegios de Médicos aprobó un informe en noviembre de 2009 en el que califica esta técnica de "gravemente contraria a la ética" y añade que es "una técnica al servicio de la violencia" porque "otorga a unos seres humanos la capacidad de decidir sobre la vida de otros"⁸⁹⁹.

Y, por si esto fuera poco, existen alternativas científicamente viables que no plantean problemas. Están los bancos de sangre de cordón umbilical y de placenta. Un artículo publicado por la revista *Experimental Biology and Medicine* en junio de 2009, refería un estudio llevado a cabo en el Hospital Infantil y Centro de Investigación de Oakland que concluía que la placenta es una fuente más rica de células madre que el cordón umbilical⁹⁰⁰. En cuanto a los bancos de sangre de cordón umbilical, ya hay niños curados de anemias graves y leucemias, con sangre de cordón umbilical de otros nacidos no emparentados⁹⁰¹. Lo único necesario son bancos de muestras de cordón umbilical lo suficientemente amplios para facilitar la obtención de tejido histocompatible. El 24 de diciembre de 2009 el diario El País informaba de que España se había convertido en el tercer país en donaciones de cordón umbilical. En España hay bancos públicos en Málaga, Santiago de Compostela, Madrid, Valencia, Tenerife, Barcelona y Bilbao. Para permitir que la sangre llegue a un enfermo compatible, se ha llegado a la interconexión de una red de bancos de cordón umbilical establecida a nivel mundial que obtiene, procesa, guarda y distribuye los cordones con garantía y seguridad. Se da la circunstancia de que la regulación española, (Real Decreto 1301/2006 citado), no permite reservar el uso del cordón umbilical para uso privado. Aunque esto ha sido criticado como “obligado altruismo”, se han querido aplicar los mismos principios que a la donación de órganos. Se planteó la duda de si era posible que, una vez obtenidas las células del cordón umbilical, pudieran depositarse en un país

⁸⁹⁹ Se puede consultar en http://www.consejomedicoandaluz.org/contenidos/adjuntos/And_Medica_67_general.pdf

⁹⁰⁰ Consultado en <http://ebm.rsmjournals.com/content/234/7/vi.full>

⁹⁰¹ López Moratalla, N. La discusión bioética sobre la reproducción humana asistida en legislación... pág. 43.

extranjero que admitiera el uso exclusivamente autólogo. El artículo 23.3 del Real Decreto es muy restrictivo: “Sólo se autorizará la exportación de tejidos y células si concurren las siguientes circunstancias: (a) Que exista disponibilidad suficiente de dichas células y/o tejidos en los establecimientos de tejidos nacionales y (b) Que exista una razón médica que justifique la exportación”. Las dudas se solventaron con una nota conjunta emitida por la Organización Nacional de Trasplantes y el Ministerio de Sanidad y Consumo que señala que se puede sacar la sangre de cordón umbilical fuera de España siempre que el donante lo desee y cumpla los siguientes requisitos: (i) que el centro donde nazca el hijo tenga una autorización específica para extraer SCU; (ii) que el banco de SCU al que se envíe la unidad de SCU esté autorizado para la actividad de almacenamiento; y (iii) que exista un convenio o acuerdo entre la maternidad donde nazca el hijo y el banco donde se almacene la SCU. Además, y en el caso de que el banco a donde se envíe la SCU se encuentre fuera de la Unión Europea, deberá cursarse una solicitud de salida de nuestro país de la unidad de SCU a la Organización Nacional de Trasplantes.

2.1.g).3 **Selección de otros rasgos.**- Algunos especialistas como Jeffrey Steinberf de California, ya han establecido empresas prósperas en torno al diagnóstico preimplantacional (...) en el presente, Steinberg y sus colegas sólo ofrecen un menú de opciones relativamente limitadas (...) hemos recibido llamadas y mensajes por correo electrónico de personas que nos piden rasgos específicos. Les decimos que no podemos hacer eso, pero que vuelvan a llamar dentro de cinco o diez años⁹⁰².

Algunas cosas sí pueden elegirse. El 8 de marzo de 2009, el suplemento Crónica del diario El Mundo informaba de que una pareja negra llegada a Barcelona quiere tener un hijo blanco. No era una historia única. También dos mujeres jóvenes más, con sangre africana, quieren alumbrar retoños blancos. La maternidad sin fronteras raciales. Y cada cual con sus extrañas razones. Una dice que no quiere óvulos ni semen de su raza porque un negro o una negra que dona, siempre sentirá que el niño es suyo. Otra quiere que su hijo sea blanco para «demostrar a la sociedad de lo que es capaz una negra». Esto merecía la crítica de alguien tan poco sospechoso como es el impulsor de la LTRHA/1988, Marcelo Palacios: el uso de las técnicas de fecundación en laboratorio con fines «exclusivamente cosméticos», como en

⁹⁰²Spar, D.L. *Op. cit.* Págs 161 a 163.

el caso de los niños a la carta, se está convirtiendo en una especie de supermercado. «Pida el hijo que usted quiera, parece que anuncian. Y no todo vale», remarca Palacios, que aboga por una ley internacional que prohíba este tipo de prácticas. Esta postura resulta sumamente razonable, pero su opinión favorable a otras prácticas rechazables, la debilita. Alguien podría contestar que ése es su propio y particular criterio, pero que no puede imponer sus prejuicios. Que si no quiere seleccionar hijos, que no lo haga, pero que no lo impida. Así, James Watson⁹⁰³, descubridor junto con Francis Crick de la estructura del ADN, se muestra partidario de la modificación de los genes con el fin de mejorar cualidades, pues lo que se pueda hacer durante la crianza es insuficiente. Pese a que menciona los riesgos, considera que prevalece la idea de nuestra naturaleza social y altruista. En el mejor de los casos, cabe calificar de ingenuo pensar que la selección de rasgos va a guiarse por razones altruistas y benéficas. La selección de rasgos se ha criticado desde diversos puntos de vista. Desde el punto de vista biológico, se ha dicho que dado que en la sociedad de masas se tiende a hacer homogéneo el consumo, es lógico pensar que, en general, se seleccionarán especialmente unos rasgos considerados ventajosos, mientras que otros, no siendo patológicos, se desecharán, lo que hará perder variabilidad a la especie. Lorente señala que los inversores económicos de cierto nivel manejan el concepto de no concentrar riesgos, que es aplicable a la biología. Igual que no se debe invertir todo el dinero en el mismo negocio, la naturaleza, desde mucho antes, hace lo mismo: diversificar, variar⁹⁰⁴. Desde el punto de vista ético, señala la Instrucción Dignitas Personae que “habría que preguntarse quién podría establecer que ciertas modificaciones son positivas y otras negativas, o cuáles deberían ser los límites de las peticiones individuales de una presunta mejora, puesto que no sería materialmente posible satisfacer los deseos de todos. Cada respuesta posible sería el resultado de criterios arbitrarios y discutibles. En este caso y en la clonación reproductiva ocurre algo parecido. En la clonación, el fin pretendido es que el nuevo ser encarne, de alguna manera algunos rasgos del ser clonado. La manipulación genética para que dotar al ser humano de algunas cualidades mejoradas (intelectuales, físicas, etc.) también supone una predeterminación de la vida de esa persona, que ha de cumplir las expectativas de los padres. Serrano hace un interesante paralelismo entre este tipo de mejoras y el dopaje en el deporte para justificar su prohibición. El dopaje se persigue porque supone una ausencia de fair play, por los efectos secundarios que produce en la salud de los atletas y porque se trata

⁹⁰³Watson, J. D. *ADN, el secreto de la vida*. Editorial Taurus. Madrid (2003). Pág. 422.

⁹⁰⁴Lorente, J.A. *Un detective llamado ADN*. Editorial Temas de hoy. Madrid. (2004). Pág. 16.

de que se compita desde la realidad humana, que sean excepcionales, pero hombres y mujeres excepcionales⁹⁰⁵.

Pese a las críticas y las cautelas, en una sociedad en la que las fuerzas del mercado modelan cada vez más la dirección del desarrollo tecnológico, sería sorprendente que el uso de las intervenciones genéticas siguiese restringido al cuidado sanitario propiamente dicho, es decir, al tratamiento y prevención de la enfermedad⁹⁰⁶. El hombre que surge gracias al hombre pero fuera del hombre provoca la tentación de la eugenesia⁹⁰⁷. Debido a nuestra creencia de que todos los hijos deben ser deseados (el más elevado principio que usamos para justificar la contracepción y el aborto) antes o después sólo aquellos niños que colmen nuestros deseos serán plenamente aceptables⁹⁰⁸.

2.2 Clonación.-

2.2.a) Concepto.- Se entiende por clon “el conjunto de individuos de idéntica constitución genética que proceden de un mismo individuo mediante multiplicación asexual, siendo iguales entre sí y al individuo de que proceden⁹⁰⁹”. En general se distinguen tres procedimientos distintos de clonación. La llamada clonación verdadera que se refiere a la transferencia del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos a un ovocito previamente enucleado al que previamente se le ha extraído su propio núcleo; la paraclonación que supone la transferencia del núcleo de células embrionarias o fetales y la gemelación artificial, que consiste en la partición de embriones. La transferencia puede realizarse mediante electrofusión (el llamado método Roslin, el creador de la oveja Dolly), depositando el núcleo en el espacio perivitelino, debajo de la zona pelúcida y procediendo a la fusión con el oocito desnucleado mediante choque eléctrico o mediante microinyección (método Honolulu) introduciendo el núcleo directamente en el citoplasma del oocito desnucleado (...) Sea cual sea el estado de la célula donadora, tras la microinyección se

⁹⁰⁵Serrano Ruiz-Calderón. *Op. cit.* (2005). Págs. 28 y 29.

⁹⁰⁶ Alarcos Martínez, F. J. *Bioética global, justicia y teología moral*. Universidad de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao (2005). Pág. 315

⁹⁰⁷Michaud, J. Ciencia, ética y derecho, en *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992). Pág. 37

⁹⁰⁸Kass, L. R. The Wisdom of Repugnance. *The New Republic*. 2 Junio de 1997

⁹⁰⁹ Lacadena, J.R. *Op. cit.* (2002). Pág 206. De Miguel recoge una completa recopilación de definiciones científicas y de diccionarios del término clonación. *Op. cit.* Págs 285 y 286.

requiere una activación del oocito unas 2-6 horas más tarde. Se estimula el nucléulo en cultivo con pulsos de calcio para que inicie su división y para lograr que se desarrolle⁹¹⁰. La que interesa a nivel científico es la que se realiza mediante la transferencia nuclear, pues es la que permite obtener células genéticamente idénticas de una persona, que permitan corregir su enfermedad sin generar rechazo inmunológico.

2.2.b) Historia.- A finales del siglo XIX⁹¹¹ se dudaba por los científicos que la clonación fuera posible. El biólogo alemán August Weismann formuló la teoría llamada desarrollista que mantenía que existe una especie de flecha en el tiempo, en virtud de la cual, las células, una vez diferenciadas serían incapaces de retroceder en su desarrollo y volver a su estado de totipotencia, para convertirse en otro tipo de células. Esta teoría quedó refutada en los años cincuenta del pasado siglo, cuando Briggs y King y De Bernardino y King obtuvieron la primera clonación de anfibios, en concreto una rana pipiens a partir de un núcleo de blástula⁹¹². Sin embargo, pronto se descubrió que cuanto más desarrollado estaba el embrión del que se extraían las células para clonar (grástula, nérula y renacuajo), más difícil resultaba que los clones se desarrollaran hasta convertirse en ranas. Los avances fueron lentos. Hasta mucho después no se consiguió la clonación de mamíferos. Karl Illmensee anunció en 1979 que había clonado ratas a partir de células embrionarias tempranas. No obstante, nadie pudo reproducir los resultados de Illmensee y éste rechazaba mostrar su técnica, incluso a los científicos que trabajaban en su laboratorio. Dos prestigiosas revistas científicas, Cell y Science, publicaron sendos artículos de Davor Solter y McGrath que afirmaban categóricamente que “la clonación de mamíferos por simple transferencia nuclear es imposible”. Sin embargo, esta afirmación tan categórica se vio pronto desmentida. El danés Willadsen consiguió el desarrollo normal de ovejas a partir de blastómeros de embriones de 8 o 16 células. Simultáneamente, Randall Prather y otros

⁹¹⁰López Moratalla, N. ¿clonar humanos? En *Cuadernos de Bioética* n° 55 (2004). Pág 395.

⁹¹¹ Los datos sobre la historia de la clonación se han obtenido de las siguientes fuentes: Bellver Capella, V. *Op. cit.*(2000). Págs 16 a 25. Lacadena, J.R. *Op. cit.* (2002). Págs.208 a 217. Klotzko, A.J. *A clone of your own?: the science and ethics of cloning*. Cambridge University Press. Nueva York (2006). Págs. 27 a 42. Lewis, R. *Discovery: windows on the life sciences*. Blackwell Science, Inc. Malden (Massachusetts (2001). Págs.159 a 172. Levine, A.D. *Cloning*. The Rosen Publishing Group, Inc. Nueva York (2009). Págs. 114 a 117 y López Moratalla, N. Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias. *Cuadernos de Bioética* n° 61. Pág 342 a 346.

⁹¹² Blástula es un término sinónimo a blastocisto (éste sólo referido a embriones de mamíferos). Es un estadio del desarrollo del embrión que definimos en el apartado dedicado a las técnicas de reproducción asistida.

consiguieron un ternero a partir de un núcleo de embrión temprano transferido a un óvulo enucleado. En 1996, el grupo de investigación que dirigía Ian Wilmut en el Roslin Institute de Edimburgo logró obtener, por primera vez en mamíferos, ovejas normales por transferencia de núcleos procedentes de discos embrionarios de blastocistos de nueve días. Las ovejas clónicas fueron llamadas Megan y Morag, pero su existencia no consiguió atraer la atención general. En 1997 consiguieron una oveja clónica, la famosa Dolly, a partir del núcleo de una célula adulta del epitelio de glándula mamaria (de hecho, Dolly fue llamada así por la cantante de country Dolly Parton, en broma de dudoso gusto). Este experimento era muy importante porque con ello se demostraba que la diferenciación de la célula durante el proceso de desarrollo no implica cambios irreversibles en el ADN. La eficiencia del proceso fue muy baja, pues se utilizaron 277 óvulos para obtener una oveja nacida. Éste sigue siendo uno de los problemas de la técnica. Después se han obtenido clones de otras especies de mamíferos. En febrero de 2004, el científico surcoreano Woo Suk Hwang publicó un artículo en Science anunciando que él y sus colaboradores habían obtenido treinta embriones humanos clónicos y habían derivado con éxito de uno de ellos, una línea de células troncales. Decían que habían utilizado 242 óvulos procedentes de donaciones altruistas. La primera polémica se produjo porque algunas estudiantes e investigadoras noveles confesaron ser las donantes de los óvulos, lo que se consideró éticamente inapropiado por la posible falta de libertad en la donación. No obstante, las mujeres se retractaron de su declaración inicial. Por su parte, Hwang siguió publicando trabajos en los que se afirmaban resultados mejores en cuanto a la técnica y su eficacia. No obstante, el escándalo apareció pronto. Primero fue otra vez la polémica sobre la donación de óvulos, quedando demostrado que se había pagado por ellos. Hwang reconoció las infracciones aunque dijo desconocerlas en el momento de haberse producido y lamentaba no haberlas comunicado nada más conocerlas. Sin embargo, esta cuestión, aún comprometiendo la ética de la investigación no desmentía los resultados de los experimentos. Sin embargo, en diciembre de 2005, una cadena de televisión informaba que una de las líneas celulares supuestamente obtenidas por Hwang no coincidía genéticamente con la muestra de tejido de la que supuestamente se había obtenido. Unos pocos días más tarde Hwang notificaba a Science que algunas de las imágenes publicadas en el artículo de 2005 eran incorrectas. Después de algunas dudas adicionales, el propio Hwang convocó una rueda de prensa en la que reconoció que se habían cometido errores y solicitaría a Science que retirara el artículo. Mantenía, no obstante, que su laboratorio había desarrollado la técnica para obtener líneas

de células troncales humanas derivadas de embriones clónicos. Sin embargo, un informe encargado por la Universidad Nacional de Seúl concluyó que los artículos de Hwang sobre células troncales eran un fraude deliberado. Señaló que el equipo investigador nunca había obtenido una línea celular troncal humana derivada de un embrión clónico y habían manipulado los datos para aparentar que sí lo habían conseguido. En muchos medios de comunicación este fraude se presentó como un drama que dañaba el prestigio y el futuro de la medicina regenerativa y la esperanza de miles de pacientes. Pero era una exageración, producto de una opción ideológica. Tal y como señaló César Nombela⁹¹³ “a los resultados que ahora se revelan falsos se les atribuyó un valor que no tenían”. Añade que la revista que dio acogida a los resultados fue, en este caso mucho menos exigente de lo habitual, seguramente atraída por la posibilidad de alcanzar la portada de los medios de comunicación en todo el mundo⁹¹⁴.

Finalmente, la revista Cell publicaba el 15 de mayo de 2013 el artículo Human Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer⁹¹⁵, en el que Shoukhrat Mitalipov y su equipo de la Universidad de Oregón anunciaban que había conseguido la reprogramación de una célula somática en una célula embrionaria pluripotente, es decir, habían conseguido la clonación en humanos fusionando el núcleo de una célula adulta diferenciada con un óvulo previamente enucleado. Para ello habían superado los defectos de los intentos anteriores consistentes en una salida prematura de la fase de meiosis en los oocitos y una activación subóptima. Poco tiempo después un comentario anónimo en una web científica denunció cuatro fallos en el artículo. Uno de los errores consistió en la publicación dos veces la misma imagen de células, en una se muestran como células madre embrionarias clónicas y en la misma imagen se asegura que son células madre embrionarias derivadas de embriones convencionales obtenidos por FIV. Parece que se trata de un descuido grave cuando se trata de demostrar por primera vez que se pueden generar células

⁹¹³*Lo que ha propiciado el fraude de la clonación.* Abc del 3 de enero de 2006.

⁹¹⁴Por cierto, que ni siquiera Wilmut se vio libre de la polémica. No se trataba en este caso de que Dolly no fuera una oveja clónica, sino que Wilmut no fue, al parecer, el científico que llevó a cabo la mayor parte del proceso. El diario El País en su edición on line, informaba el 17 de marzo de 2006, que el científico a la pregunta de un abogado: "¿Se puede decir que la afirmación 'Yo no creé a Dolly' responde a la verdad?". Wilmut dijo: "Sí". En declaraciones posteriores ante el tribunal, Wilmut admitió que al menos el 66% del mérito de crear a Dolly corresponde a Keith Campbell, biólogo celular contratado por él en el Instituto Roslin.

⁹¹⁵Consultado en <http://www.cell.com/S0092-8674%2813%2900571-0>

madre embrionarias clónicas de humanos. Los otros errores se refieren a gráficas en las que se realizan representaciones a través de líneas de puntos para analizar la expresión de genes con una correlación sospechosa que induce a pensar en una cierta manipulación. Mitalipov salió al paso defendiendo la veracidad de su experimento, aunque reconoce fallos. Asegura que se trata de «tres errores inocentes», producidos en el proceso de montaje para su publicación. «Los resultados son reales, las líneas celulares son reales y todo es real»⁹¹⁶.

La dificultad de encontrar donantes altruistas humanas de óvulos para una finalidad como la de la clonación, ha llevado a los científicos a utilizar óvulos de otras especies animales. Se puede hacer porque al óvulo, para clonar, se le extrae el núcleo. El equipo del chino Gui Shen Chen ha hecho la transferencia del núcleo de una célula somática humana al óvulo enucleado de una coneja⁹¹⁷. Obviamente, no se trata de un híbrido hombre-animal, pero está por ver si las células crecen a largo plazo y si el material genético que se encuentra en las mitocondrias del óvulo animal es compatible con los genes humanos.

2.2.c) Clases.- En un principio se distinguía entre clonación reproductiva y clonación terapéutica. La distinción no se basaba en la técnica, pues en ambos casos se trata de obtener un embrión clónico, sino en su finalidad. En la primera el embrión clónico se transferiría al útero de una mujer para que se desarrollara y naciera un clon de una persona existente; mientras que en la segunda, una vez obtenido el embrión, se le extraerían las células de la masa celular interna, matándole con el fin de cultivarlas para obtener el tejido que se desease. Es la misma finalidad que con los embriones congelados sobrantes de la fecundación in vitro, aunque con la clonación se trata de evitar el rechazo inmunológico que producirían las células y tejidos obtenidos de un embrión tercero. Aunque como señala Romeo Casabona, un obstáculo que habría que resolver es que esas mismas células no sean portadoras, a su vez, de la enfermedad que padece el paciente-donante de la célula adulta cuyo núcleo se va a emplear en la clonación⁹¹⁸.

⁹¹⁶Diario ABC, 24 de mayo de 2013.

⁹¹⁷Chen, Y. et al. Embryonic stem cells generated by nuclear transfer of human somatic nuclei into rabbit oocytes. *Cell Res.* 13, 251–263 2003.

⁹¹⁸Romeo Casabona, C. *Los genes...* Pág 190

Como veremos a continuación, con carácter general, se ha admitido en la normativa la llamada clonación terapéutica y se ha prohibido la clonación reproductiva. Hay que advertir nuevamente la manipulación del lenguaje. Coincidimos con Bellver en el sentido de que la citada distinción es falaz “pues es obvio que cualquier clonación de un embrión humano es reproductiva, ya que se produce un embrión, aunque luego no se le deje desarrollarse”⁹¹⁹ y añade que “oculta un aspecto de la realidad: que en la clonación no reproductiva sí hay reproducción porque se produce un embrión humano. Otra cosa es que no se le deje desarrollarse porque sea utilizado para fines terapéuticos o científicos y no llegue a manifestarse como ser humano adulto”⁹²⁰. Por otra parte, tampoco se trata de “terapéutica”. Según el Diccionario de la Real Academia, “terapéutica” es la “parte de la Medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades”. Y la llamada clonación terapéutica no cura nada, se trata de una clonación para investigación. La propia Academia de Ciencias norteamericana, sin cuestionar por razones éticas el fondo de la investigación, rechazaba el que se denominara terapéutico a lo que simplemente es una investigación exploratoria⁹²¹. Ya hemos visto el exiguo resultado obtenido con células troncales embrionarias, por lo que en el caso de la clonación, donde es necesario clonar embriones, lo que no se ha conseguido hasta 2013, los resultados son nulos.

Pero la manipulación del lenguaje no para ahí. Pese a las connotaciones prestigiosas de término terapéutico, quizá se consideró que la mención de la clonación resultaba desagradable, por lo que ahora se habla de técnica de transferencia de núcleos, refiriéndose al medio utilizado y no al resultado, haciéndola más incomprensible para los profanos. Este disfraz terminológico fue criticado incluso por partidarios de la técnica. Así, Anthony Perry⁹²² se quejaba de que Hwang (esto era antes de que se descubriera el fraude) en su artículo eludía el término clonación con la perífrasis de “transferencia de núcleos somáticos humanos” y evitaba hablar de embrión con el rodeo de “constructo de transferencia nuclear”. Y es que la manipulación también afecta al embrión. Pese a que el embrión clónico, una vez constituido no se diferencia del embrión creado mediante la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, también se trata de presentarlos como dos realidades

⁹¹⁹ Bellver Capella, V. *Op. cit.* (2000). Pág. 61. En nota a pie de página.

⁹²⁰ Bellver Capella, V. *Op. cit.* (2000). Pág. 125

⁹²¹ Nombela, C. *Lo que ha propiciado el fraude de la clonación*. Abc, 3 de enero de 2006.

⁹²² Perry, A.C.F. “Progress in Human Somatic-Cell Nuclear Transfer” *N. Engl. J. Med* , 353, (2005)87-88

distintas. Para esta corriente de pensamiento, el cigoto obtenido por clonación es llamado nuclóvulo y si es obtenido con fines terapéuticos exclusivamente, no es un cigoto, ni llegará nunca a ser un embrión, dado que una vez obtenidas las células troncales del epiblasto del blastocisto éste no proseguirá su desarrollo⁹²³. Insiste este autor en la idea⁹²⁴ señalando que el nuclóvulo tiene un estatuto biológico distinto que determinará su valoración bioética, jurídica y científica. Incluso sostenía que durante la vigencia de la Ley de 1988 no estaba prohibida la clonación terapéutica, pues la fertilización a que se refiere ese artículo no tiene nada que ver con la transferencia de núcleos, y muchas son las razones, principalmente que en la transferencia de núcleos no participa el espermatozoide, de ahí que el cigoto y el nuclóvulo sean diferentes y tengan estatutos diferentes. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, en su Primer Informe, utiliza este mismo recurso, pues aunque reconoce que tras la clonación se produce un verdadero embrión, dice que éste se desarrolla a partir de un “cigoto artificial”. Como confirmación de que el debate no tiene que ver con postulados religiosos, Francis S. Collins, líder durante más de una década del Proyecto Genoma Humano y creyente, se alinea con los que consideran que el embrión clónico no es un embrión y dice que resulta muy lamentable que el producto de la transferencia nuclear de células somáticas se haya identificado, tanto terminológica como moralmente con la generación de células madre a partir de un embrión humano derivado de la unión de un espermatozoide y un óvulo. Añade que el escándalo se deriva del hecho de que con esta técnica se obtuvo a Dolly. Pero considera que esto sucedió porque el producto de la transferencia de núcleo fue colocado intencionadamente en el útero de una oveja, algo que difícilmente habría sucedido por accidente⁹²⁵. A esto podría argumentarse que tampoco los embriones sobrantes de los que se obtienen las células troncales van a transferirse accidentalmente a un útero humano.

Ejemplo de esta concepción es la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica. Además de denominar la clonación como técnica de

⁹²³Palacios Alonso, M. Reflexiones generales desde el punto de vista médico. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo Casabona, C.M.(Ed.) Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada. (2002). Pág. 37.

⁹²⁴Palacios Alonso, M. *Op. cit.* (2005). Pág. 46.

⁹²⁵Collins, F. S. *¿Cómo habla Dios?* Editorial Temas de Hoy. Madrid (2007). Pág. 270 y 272.

reprogramación celular, define un nuevo tipo de embrión, el embrión somático, resultado de una clonación. En el mismo sentido, la LIB, que se refiere a la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión en los términos definidos en la Ley. Para salvar la prohibición de crear embriones para investigar, utiliza el creativo procedimiento de considerar en las definiciones contenidas en su artículo 3 que el embrión obtenido mediante clonación no es un embrión.

Lo cual no ha dejado de ser criticado como un fraude terminológico, pues de seguir este criterio hasta las últimas consecuencias, si se consigue clonar a una persona mediante transferencia nuclear nos encontraríamos con alguien que según la norma nunca fue embrión⁹²⁶. En el mismo sentido, Romeo Casabona, como crítica a los que dicen que el embrión clonado es diferente del embrión procedente de fertilización, dice que “no se resuelven los problemas con meros disfrazamientos terminológicos”⁹²⁷. Añade Puigpelat que al verbalizar que el producto de la activación de ovocitos no es un embrión se intenta soslayar el hecho de que en estos casos estamos creando embriones con fines de investigación para tratar enfermedades⁹²⁸. Compartimos lo señalado por Lacadena⁹²⁹ y Aulestiarte⁹³⁰ en el sentido de que los llamados embriones “somáticos” son de la misma naturaleza que los embriones “gaméticos” y, por tanto, deben compartir el mismo estatuto. No se puede sostener que el ser humano creado por transferencia nuclear no haya atravesado el estado embrionario y lo decisivo es la idoneidad para desarrollarse en un ser humano completo⁹³¹. Prueba de que un embrión clónico y un embrión obtenido por fecundación son idénticos, se pone relieve en legislaciones que admiten la creación de embriones clónicos para investigar. Así lo ha entendido la legislación japonesa. En la Ley relativa a la normativa sobre técnicas de clonación humana y otras técnicas similares, de 30 de noviembre de 2000, que permite la clonación terapéutica, denomina al clon, embrión

⁹²⁶ Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B, Op cit. Pág. 505.

⁹²⁷ *Los genes y sus leyes*. Pág. 190 y sig.

⁹²⁸ Puigpelat Martí, F. Los embriones y la nueva legislación española en ingeniería genética, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 85.

⁹²⁹ *Op. cit.* Pág. 229.

⁹³⁰ Aulestiarte Jiménez, S. El estatuto jurídico del embrión clónico. *Cuadernos de bioética* (2004). Pág. 337.

⁹³¹ Nicolás Jiménez, P. *Op. cit.* Pág. 82, en nota al pie

clónico somático humano⁹³². También, la ley australiana define embrión como una entidad que procede de la fecundación o de otros procesos. La artificiosa distinción terminológica elaborada para justificar la creación de embriones clónicos para investigar con sus células, plantea muchos problemas. Por ejemplo, si sólo son preembriones los ovocitos fecundados por un espermatozoide, no puede sancionarse el desarrollo in vitro de los preembriones somáticos aunque se exceda del plazo de 14 días.

La identidad de los dos tipos de embriones supone que si está prohibido crear embriones para investigación mediante técnicas de fecundación asistida, tampoco deberían poder crearse mediante clonación⁹³³. Este es el criterio de la Ley alemana que castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años a los que generen un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta. La Pontificia Academia Pro Vita hizo públicas unas reflexiones sobre la clonación en 1997, indicando que si el proyecto de clonación humana pretende detenerse antes de la implantación en el útero, resulta injusto desde un punto de vista moral, implicando la experimentación con embriones y exigiendo su destrucción antes del nacimiento lo cual manifiesta un proceso instrumental y cruel respecto al ser humano y añade que es inmoral porque el ser clonado es hombre, aunque sea en estado embrional. En contra de la idea de que la oposición se deba al rechazo de la Iglesia al progreso científico, señala el documento que las razones que fundamentan el carácter inhumano de la clonación aplicada al hombre no se debe al hecho de ser una forma excesiva de procreación artificial, pues lo artificial no es malo objetivamente por el mero hecho de su artificiosidad⁹³⁴. Y es que como señalaron tanto Juan Pablo II en su discurso en el Congreso Internacional de Transplantes de 29 de agosto de 2000⁹³⁵, como la Conferencia Episcopal Alemana, con ocasión del Año de las Ciencias de la Vida⁹³⁶ en dicho país, los objetivos médicos pretendidos pueden alcanzarse a través de otros caminos, como la utilización de células troncales adultas.

⁹³²Traducción en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/61.pdf>

⁹³³En este sentido, Bellver Capella, V. *Op. cit.* (2000). Pág. 145

⁹³⁴Consultado en http://www.academiavita.org/index.php?option=com_content&view=article&id=370&catid=65&Itemid=217&lang=es

⁹³⁵ Texto en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp-ii_spe_20000829_transplants_sp.html

⁹³⁶ Texto en español en <http://www.arquidiocesisdeibague.org/delegaciones/pastoral-bio-etica/379-biomedicina.html>

2.2.d) Normativa.- Mientras que la clonación reproductiva ha recibido el rechazo generalizado de las legislaciones, en la llamada clonación terapéutica existen regulaciones diversas. A nivel internacional, y en el ámbito de la ONU, la Asamblea Mundial de la Organización Mundial de la Salud, aprobó el 14 de mayo de 1997, la resolución WHA 50.37 que afirma que la utilización de la clonación para reproducir seres humanos no es aceptable desde el punto de vista ético y es contraria a la integridad de la persona humana y de la moral. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO de 11 de noviembre establece en su artículo 11 que no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. La referencia expresa a la clonación reproductiva, no excluye la condena de la llamada clonación terapéutica. La Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en la 82ª sesión plenaria celebrada el día 8 de marzo de 2005 aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana⁹³⁷: a) Los

⁹³⁷Es muy interesante seguir resumidamente la historia de este documento que cuenta con detalle González Morán, *Op. cit.* Págs 605 a 607: La Organización de las Naciones Unidas venía considerando la necesidad de elaborar un Convenio Internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción ya desde diciembre de 2001, cuando el tema se añadió al programa del 56º período de sesiones a petición de Francia y Alemania; aunque todos los países se oponían a la clonación de seres humanos con fines de reproducción, algunos eran partidarios de adoptar un enfoque más general y prohibir por completo la clonación de seres humanos, con independencia de los fines que aquella persiguiera, incluidos los terapéuticos y la investigación. En las sesiones de trabajo del año 2004, en un proyecto de resolución presentado por el representante de Costa Rica, en nombre de más de 60 países, se defendía la prohibición de toda forma de clonación de seres humanos, argumentando, en primer lugar, que sería imposible controlar la clonación con fines de reproducción si se permitía la clonación de embriones humanos con otros fines, y, en segundo lugar, que crear y después destruir un embrión humano clonado era de por sí un error porque implicaba tratar a un ser humano como un simple objeto y disponer de la vida humana. El representante de Bélgica presentó un proyecto alternativo, que apoyaba la prohibición de la clonación de seres humanos con fines de reproducción y se ofrecía a los países tres opciones para controlar otras formas de reproducción humana, a saber: prohibirlas, imponer una moratoria o reglamentarlas mediante leyes nacionales a fin de impedir todo uso indebido de la clonación. En defensa de esta posición se argüía que la única prohibición sobre la que existía un acuerdo general era la de prohibir la clonación con fines reproductivos, y que ésta debía aprobarse inmediatamente para enviar un mensaje claro a los médicos e investigadores irresponsables que intentaban crear niños mediante la transferencia del núcleo de células somáticas.

El día 19 de noviembre de 2004, el representante de Italia presentó una tercera alternativa, en la que se propone una declaración en la que se hace un llamamiento a los Estados Miembros para que, mediante la adopción y aplicación de leyes prohíban todo intento de crear vida humana mediante procesos de clonación y toda investigación realizada con el fin de lograr este objetivo. A la vista del texto finalmente aprobado, se ve la decisiva influencia que tuvo en la adopción del mismo el proyecto presentado por Italia. Es muy expresiva la posición mantenida por España en este proceso:

Estados Miembros habrán de adoptar todas las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en aplicación de las ciencias biológicas; b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana; c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueden ser contrarias a la dignidad humana; d) Los Estados Miembros habrán de adoptar las medidas para impedir la explotación de la mujer en la aplicación de las ciencias biológicas; e) Los Estados Miembros habrán también de promulgar y aplicar sin demora legislación nacional para poner en práctica los apartados a) a d). Esta Declaración fue aprobada 84 votos a favor, 34 en contra y 27 abstenciones. Es cierto que no estamos ante un caso de unanimidad, pero llama la atención que varios autores⁹³⁸ hayan criticado la falta de consenso. Cabe preguntarse si el apoyo hubiera sido el mismo, pero para una Declaración a favor de la clonación terapéutica, no se hubiera destacado la amplia mayoría obtenido. Se trata de una mera Declaración y su contenido no es vinculante, pero lo mismo puede decirse de los documentos de las Conferencias de El Cairo y Beijing.

En el ámbito europeo, el Protocolo adicional al convenio de Oviedo, establece en su artículo 1 que se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. Añade que a los efectos de este artículo, la expresión ser humano "genéticamente idéntico" a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética. Algunos autores han planteado sus dudas acerca de si este artículo prohíbe la paraclonación y la gemelación artificial⁹³⁹. El Parlamento Europeo se ha pronunciado varias veces de forma contundente. La primera el 16 de marzo de 1989⁹⁴⁰ sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

en un primer momento se posicionó del lado de la prohibición de cualquier forma de clonación humana; en las votaciones celebradas durante la VI Asamblea se abstuvo y en la votación definitiva votó en contra de la Declaración, manifestándose contraria a la prohibición de la clonación terapéutica.

⁹³⁸Romeo Casabona, C.M. Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las biotecnologías en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005). Pág. 130.

⁹³⁹López Moratalla, N. ¿clonar humanos? Op cit. Pág 395.

⁹⁴⁰<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/3.pdf>

La segunda el 28 de octubre de 1993⁹⁴¹, ya sobre la clonación del embrión humano, en la que tajantemente se “condena la clonación del embrión humano cualquiera que sea el fin de la misma, con inclusión de la investigación como una grave violación de los derechos humanos fundamentales, contraria al respeto del individuo, reprobable desde el punto de vista moral e inaceptable desde el punto de vista ético”. De nuevo, el 12 de marzo de 1997⁹⁴², se adoptó una resolución que señala “ninguna sociedad puede justificar ni tolerar, en ninguna circunstancia, la clonación de seres humanos: ni con fines experimentales, ni en el contexto del tratamiento de la infertilidad, del diagnóstico previo a la implantación, ni el trasplante de tejidos, ni con ningún otro fin ya que constituye una grave violación de los derechos humanos fundamentales, se opone al principio de igualdad de los seres humanos al permitir una selección eugenésica y racista de la especie humana, ofende la dignidad de la persona y requiere la experimentación con seres humanos”. El 7 de septiembre de 2000⁹⁴³, se adoptó una nueva resolución a la vista de la propuesta del Gobierno del Reino Unido consistente en permitir la investigación médica que utiliza embriones creados mediante sustitución del núcleo de la célula (en la resolución se añade “lo que se denomina clonación terapéutica”). Entre otras cosas se afirma que la "clonación terapéutica", que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea. Reitera su llamamiento a cada uno de los Estados miembros para que promulguen normas jurídicas vinculantes que prohíban la investigación sobre cualquier tipo de clonación de seres humanos en su territorio y establezcan sanciones penales para toda violación de las mismas; pide que se haga el mayor esfuerzo posible a nivel político, legislativo, científico y económico para fomentar terapias que utilicen células madre obtenidas a partir de personas adultas y reitera que debería establecerse una prohibición universal y específica al nivel de las Naciones Unidas sobre la clonación de seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo. No obstante, un intento posterior de aprobación del llamado Informe Fiori (por el europarlamentario que lo patrocinaba) que rechazaba todo tipo de investigación con embriones, fracasó. Pero, en el mes de abril de

⁹⁴¹

[http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_315_R_0191_01&from=ES)

[content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_315_R_0191_01&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_315_R_0191_01&from=ES)

⁹⁴² <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cloning1.html>

⁹⁴³ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/5.pdf>

2003, el Parlamento Europeo respaldó el llamado informe Liese⁹⁴⁴ con 321 votos a favor, 89 en contra y 56 abstenciones. Se vuelve a pedir a los Estados Miembros que prohíban la investigación sobre clonación humana tanto con fines de reproducción como cuando esté destinada a la creación de embriones humanos con fines de investigación, incluida la transferencia de núcleos de células somáticas. La Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas no prohíbe la clonación, pero considera no patentables los procedimientos de clonación de seres humanos.

En lo que se refiere a los Derechos internos, en Argentina está prohibido todo experimento de clonación sobre seres humanos por el Decreto 200, de 7 de marzo de 2007, sobre experimentos de clonación relacionados con seres humanos. En Alemania, como ya indicamos, la Ley de 13 de diciembre de 1990 prevé penas de cárcel a quien artificialmente produzca un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta. En Francia, el informe emitido por el Comité Consultivo Nacional de Ética de 22 de abril de 1997 señaló que “si la humanidad reemplazase la procreación por la técnica de la clonación, se produciría una ruptura con el pasado y una seria amenaza para la dignidad humana. En el acto de la procreación un hombre y una mujer contribuyen a engendrar una persona cuyas características no pueden ser previstas, y que no pueden ser iguales a las de sus progenitores, fomentando así el reconocimiento y la protección de la singularidad y autonomía de esa persona; estos son dos aspectos esenciales de la condición y dignidad humana”. En Suiza el artículo 119 de la Constitución Federal prohíbe toda forma de clonación. En abril de 2002, el Parlamento ruso aprobó por unanimidad la prohibición de cualquier técnica de clonación humana por un período de cinco años. Al vencer la moratoria en 2007, hubo un vacío legislativo. En 2010 se ha renovado, pero esta vez no para cinco años, sino hasta que entre en vigor la ley federal que establezca el procedimiento de uso de esta técnica. La ley danesa veta también esta práctica, así como la Ley de Reproducción Asistida italiana de 2004.

⁹⁴⁴ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PRESS+DN-20030410-1+0+DOC+XML+V0//EN>

En un ejemplo claro de pendiente deslizante, la Human Fertilization and Embriology Act británica establecía en su redacción originaria, en la Section 3 (3) (d) que estaba prohibido sustituir el núcleo de una célula de embrión por el núcleo extraído de una célula de persona alguna. Posteriormente, se presentó un proyecto de ley que permitía la clonación con fines de investigación muy amplios que fue aprobado por la Cámara de los Comunes tras dos lecturas muy breves a diferencia de lo que había ocurrido en ese momento con un proyecto para prohibir la caza del zorro. La polémica llevó a que el Gobierno tomara una decisión sin precedentes: permitió el nombramiento de un Comité de la Cámara de los Loes para analizar el proyecto de ley con carácter retroactivo e informar de nuevo a la Cámara. Pero antes de que ese comité completara sus trabajos, el grupo Pro Life Alliance presentó una acción de revisión jurídica. El fundamento de la demanda era que el embrión clonado no encajaba en la definición de embrión que da la HFEA. Esta norma establece que, a los efectos de la misma, embrión se refiere a un embrión humano vivo donde la fecundación está completa y las referencias a un embrión incluyen un óvulo en proceso de fecundación y, a tal efecto, la fecundación no es completa hasta la aparición de un cigoto de dos células. Los demandantes decían que, dado que en la clonación ni hay fertilización en curso, ni completada, la clonación no entraba en el ámbito de aplicación de la ley. Esta argumentación, si bien efectiva desde un punto de vista procesal, no deja de ser chocante para un grupo pro vida. Los papeles quedaron cambiados, pues los grupos favorables a la clonación siempre han sostenido que el resultado de la misma no es un embrión, mientras que aquí defendieron lo contrario. De hecho, sostuvieron que la definición citada debería entenderse como “embrión humano vivo en el cual (si se produce la fecundación) la fecundación está completa”. El Juez que conoció del asunto consideró esta interpretación insostenible, pues el inciso que se pretendía incluir suponía extender el alcance de la ley más allá del claro sentido de sus palabras. El Secretario de Estado de Salud apeló la decisión del Juez. Alegó que la cuestión crucial es si los embriones creados por transferencia de núcleo (clonación), caben dentro del mismo género que los embriones creados mediante fertilización. Y añadió y esto nos parece esencial: sobre la base de que ambos tipos de embriones son esencialmente idénticos en cuanto a su capacidad de desarrollarse hasta un adulto de la especie, hay que concluir que ambos son claramente del mismo género. El recurso fue estimado, en un ejemplo de ejercicio de la potestad legislativa

de los jueces, que hacen decir a la norma cosas que no está en su contenido. Como hemos visto, esto ocurre con frecuencia en este campo⁹⁴⁵.

En Estados Unidos, a falta de regulación federal, Iowa y Michigan tienen leyes que prohíben la clonación con cualquier finalidad. El Comité de bioética del Presidente de los Estados Unidos emitió en 2002 un documento denominado *Human cloning and human dignity: an ethical inquiry*⁹⁴⁶. Después de recordar las razones que pudieran justificar la clonación, dice el informe que con dichas justificaciones se sobrevaloran la libertad, los deseos y el control de los padres y se dedica atención insuficiente al bienestar de individuo clonado. Aunque menciona como objeción el hecho de que la técnica para producir niños clónicos sería extremadamente insegura, señala que esto no debe verse como una cuestión que se superará con el tiempo. Si se considera la cuestión cuidadosamente, dice el informe, las preocupaciones sobre la seguridad también empiezan a revelar los principios éticos que deben guiar una valoración más amplia de la clonación para producir niños: los principios de libertad, igualdad y dignidad humana. Se necesita reflexionar, primero, sobre el significado de tener hijos; el significado de la reproducción asexual, como opuesta a la sexual; la importancia del origen y de la dotación genética para la identidad y significado de cada uno; el significado de ejercer un control humano mayor sobre los procesos y productos de la reproducción humana y la diferencia entre engendrar y fabricar. Además de los problemas apuntados, el informe señala que puede provocar una nueva eugenesia, crear problemáticas relaciones familiares, pues al confundir y transgredir los lazos naturales entre generaciones, los padres pueden ser “hermanos gemelos” de sus hijos, las madres pueden dar a luz a sus gemelas genéticas y los abuelos podrían ser padres genéticos de sus nietos.

En Japón, en otoño de 1997, el consejo de ciencia y tecnología del gobierno japonés estableció un comité de bioética, una de cuyas subsecciones se dedicó al estudio de las técnicas de clonación. Tras dos años de debate y estudio, se hizo público el informe del comité que recomendaba al gobierno la prohibición de aplicar las técnicas de clonación a la

⁹⁴⁵ Los datos del litigio han sido tomados de Solter, D., et al. *Embryo Research in pluralistic Europe*. Ed. Springer (2003). Pág. 122 y Jasanoff, S. (ed) *Reframing rights: Bioconstitucionalism in the genetic age*. Massachusetts Institute of Technology (2011). Pág. 89.

⁹⁴⁶ Consultado en http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/cloningreport/pcbe_cloning_report.pdf

reproducción humana. En la dieta de otoño de 2000 se aprobó en Japón la ley sobre clonación, que entró en vigor en junio del año siguiente, en la que se prohíbe explícitamente la producción de un individuo humano por este procedimiento. Esta ley dejó abierta la puerta a la aplicación de las técnicas de clonación con finalidad no reproductiva, concretamente a la experimentación e investigación sobre células troncales⁹⁴⁷.

En España, la prohibición expresa de la clonación reproductiva es una novedad de la LTRHA, pues la Ley de 1988 no lo hacía. La llamada clonación terapéutica se permite y regula en la LIB. Esta regulación mereció un curioso titular en el diario El País de 5 de julio de 2007: “Arranca la ley más paradójica” y es que, decía el periodista, “la norma autoriza la clonación terapéutica, algo que todavía no es posible científicamente”. Y, en todo caso, plantea serias dudas a los Tratados Internacionales de los que España es parte. Como ya mencionamos el artículo 18.2 del Convenio de Oviedo prohíbe la creación de embriones humanos con fines de investigación. Está claro que “creación” es un término más amplio que “fecundación” y la creación de un embrión también se produce mediante “clonación”. De hecho, autores favorables, desde un punto de vista ético, a la clonación llamada terapéutica consideraban que la prohibición que se contenía en el artículo 9.B).b de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, no se condicionaba a la utilización de ninguna técnica determinada por lo que la creación mediante clonación era igualmente un acto prohibido. Y parecía tan clara la cuestión que “no merece mayor argumentación desde un punto de vista de lege data⁹⁴⁸. Aunque, en caso de ser admitida la creación de embriones por clonación, entendía que se podía defender su uso para investigación considerando que se trata de embriones no viables, “porque en ningún caso puede desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, aunque no por motivos biológicos sino por razones meramente jurídicas”⁹⁴⁹. Como ya hemos razonado antes, la viabilidad es un concepto puramente biológico; por otra parte, el autor parece confundir lo que es imposible hacer con lo que no se debe hacer porque está prohibido legalmente.

⁹⁴⁷ Tomado de Masiá, J. *Op. cit.* Pág. 251.

⁹⁴⁸ Garrote. *Op. cit.* Pág. 190.

⁹⁴⁹ *Op. cit.* Pág. 197.

En cuanto a la clonación reproductiva, el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida señaló en sus conclusiones que la consideración del hombre como un fin en sí mismo y no como un medio, así como los derechos a no ser programado genéticamente y a ser genéticamente único e irreplicable constituyen una grave y seria objeción ética en contra de la clonación reproductiva por transferencia de núcleo de célula somática. Por su parte, la redacción del Código Penal ha sido muy criticada. El artículo 160.3 tipifica la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, con lo que la clonación parece especificarse como uno de los posibles procedimientos dirigidos a la selección de la raza, “no se sabe si se incluye una sola conducta o dos alternativas”⁹⁵⁰. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida señaló en el citado Informe que “la Comisión considera que la redacción del artículo correspondiente del Código Penal que hace referencia a estas cuestiones es confusa y se encuentra entremezclada por el rechazo de las prácticas eugenésicas dirigidas a la selección de la raza. Por esa razón, se considera que sería recomendable una nueva redacción del artículo 161.2 (actualmente 160.3) del Código Penal, de manera que el mismo se refiriera de forma exclusiva a la penalización de la clonación, suprimiendo del citado artículo la expresión final “dirigidos a la selección de la raza”. Hay que tener en cuenta que la aplicación del principio de legalidad de la infracción es básico en el ámbito penal. El legislador, pese a estas advertencias, no modificó este inciso en la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Bellver considera que este precepto en realidad prohíbe dos tipos de conducta, la clonación y todas aquellas prácticas conducentes a crear seres humanos de diseño. Y aunque se muestra disconforme con ello, pues entiende que el cigoto es un ser humano, considera que para el legislador penal no es así y que el delito se consuma con el nacimiento y no con la concepción de uno o varios individuos clónicos⁹⁵¹. Ahora bien, al igual que el principio de legalidad penal impide en el caso del artículo 160.2 del Código Penal entender que cuando se prohíbe fecundar un óvulo para fines distintos de la procreación, pueda extenderse a la técnica de transferencia de núcleo, aquí se habla de creación de seres humanos, con lo que, por una parte, ya no existe una precisión acerca del método de creación y, por otra, ser humano es un concepto más amplio que el de persona, según la interpretación que se da, por ejemplo, en el Convenio de Oviedo.

⁹⁵⁰Romeo Casabona, C.M. *Op. cit.* Págs. 139-141.

⁹⁵¹*Op cit.* (2000). Págs. 44, 46 y 48.

2.2.e) Posiciones doctrinales.- Por lo que se refiere a la reproductiva, Bellver⁹⁵² recuerda que el premio Nobel de Medicina de 1958, Joshua Lederberg, se mostró partidario de la clonación reproductiva en sendos artículos publicados en *The American Naturalist* de 1966 y en *The Washington Post* en 1967. Consideraba que la clonación era una vía para perfeccionar a la Humanidad. Lacadena enumera alguna de las posibles finalidades que pueden perseguirse con la clonación reproductiva: a) El deseo de una persona de perpetuarse a sí mismo. b) Reproducir a un ser querido malogrado. c) Reproducir un genotipo valioso de una artista, científico, etc. d) Obtención de un individuo clónico como reserva para el caso de que fuera necesario en el futuro un trasplante de órganos. e) Para evitar una enfermedad de tipo mitocondrial transmitida por vía materna. f) En técnicas de reproducción asistida, cuando hubiera mucha dificultad para obtener embriones de la propia pareja, se podría intentar clonar dicho embrión mediante separación de sus blastómeros⁹⁵³. En relación con la finalidad d), Lejeune imagina la posibilidad de crear tres embriones gemelos: uno para realizar pruebas, otro para el crecimiento y el tercero guardado en reserva⁹⁵⁴. Otros han señalado como posible finalidad aceptable de la clonación reproductiva el interés de las parejas lesbianas y mujeres solas en tener descendencia libre de la traza genética de un varón⁹⁵⁵, demostrando que existe un modelo para analizar la demanda de clones humanos por parte de mujeres⁹⁵⁶. Singer y Wells⁹⁵⁷ defienden que la producción de ediciones limitadas de veinte e incluso cincuenta o cien clones de una persona excepcionalmente dotada, distribuidos a lo largo de todo el país, maximizaría la ganancia sin una reducción significativa de la diversidad genética. Y sólo encuentran una objeción de carácter técnico: para que aumenten las posibilidades de embarazo es necesario que los embriones transferidos tengan heterogeneidad genética, lo que no sucede en el caso de la clonación.

⁹⁵²*Op. cit.* Págs. 15 y 16.

⁹⁵³*Op. cit.* (2002). Págs. 224 y 225.

⁹⁵⁴Lejeune, J. Variaciones procreativas, en *Bioteología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992). Pág. 106.

⁹⁵⁵Shapiro, E.D., Long, J. y Gideon, R. To clone or not to Clone, *The New York University Journal of Legislation and Public Policy* (2000). Págs 23 a 34. Consultado en http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv4/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_legislation_and_public_policy/documents/documents/ecm_pro_060638.pdf

⁹⁵⁶Posner, R. y Posner, E. The Demand for Human Cloning. In *Clones and Clones: Facts and Fantasies About Human Cloning*, Nussbaum, M.C Sunstein, C.R. (Ed.) Editorial W. W. Norton, Nueva York (1998) Pág 233-261.

⁹⁵⁷ Singer, P., Wells, D. *The Reproduction Revolution. New ways of making babies*. Oxford University Press (1984). Pág. 166.

Como crítica a la clonación reproductiva coincidimos con Ponce del Castillo en el sentido de que los cambios que el hombre ha experimentado como especie provienen de factores biológicos, ambientales, culturales e históricos. Con la evolución inducida, las modificaciones que se intentan generar en el ser humano, son una especie de mejora genética, bien sustituyendo los genes por unos mejorados, o bien clonando seres. Con cualquiera de estas formas se degradaría la diversidad de la raza humana, que es lo que asegura la supervivencia del hombre en la Tierra, porque genera su continuidad⁹⁵⁸. También Mayor Zaragoza⁹⁵⁹: “La clonación con efectos reproductivos es inaceptable desde todos los puntos de vista porque suprime la individualidad natural de los seres humanos. Es una imposición y conduciría a un ser con características preestablecidas por otro ser humano”. Bellver Capella⁹⁶⁰ señala que en la clonación reproductiva puede haber hasta siete personas que compitan por el título de madre del ser clónico: la que aporta el núcleo, la que aporta el óvulo enucleado, la madre gestante, la madre que pone en marcha el proceso de clonación, la madre que asume la responsabilidad del cuidado de la nueva vida y la madre biológica que sería la madre de quien aportó el núcleo. El otro extremo será aquel en el que una misma mujer decide la clonación, aporta el núcleo y el óvulo, lo gesta y asume su cuidado y es quien se aplica las técnicas por ser especialista. Este mismo autor mantiene que la clonación ha de valorarse como un abuso del derecho a la reproducción y no como una concreción de su contenido⁹⁶¹.

A favor de la llamada clonación terapéutica, Martínez Sampere dice que el pluralismo moral propio de las sociedades democráticas se manifiesta en que si bien estas técnicas no son contrarias a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de la persona desde el punto de vista constitucional y de la normativa comunitaria e internacional (como hemos visto en el análisis de los textos nacionales e internacionales no existe unanimidad en este sentido) hay individuos (parece que aislados) que no lo consideran así de acuerdo con sus creencias. Añade que el Estado democrático no obliga a nadie a recibir prestaciones

⁹⁵⁸ Ponce del Castillo, A. M. La deshumanización del hombre. Reflexiones de Leon R. Kass sobre la clonación humana. *Cuadernos de bioética n° 60*. Pág. 200

⁹⁵⁹ Mayor Zaragoza, F. *Gen-ética*. Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. Coords. Ed. Ariel. Barcelona. 2003. Pág. 335

⁹⁶⁰ *Op. Cit.* Pág. 117

⁹⁶¹ Bellver Capella, V. *Op. cit.* Pág. 121

sanitarias que estén en contra de sus convicciones laicas o religiosas. Estas personas pueden rechazar los beneficios que les podría deparar el uso de las células madre y de la clonación terapéutica, pero no pueden obligar a los individuos que tienen otras concepciones distintas a las suyas a privarse de las mejoras en su vida y en su salud que pudieran lograrse con ellas. Nuevamente se utiliza el argumento de la tolerancia. Éste sólo es posible en el caso de estarse ante supuestos indiferentes moral y jurídicamente. Si no está en juego valor o derecho constitucional alguno debe ser permitida. Pero si se trata de la creación de seres humanos con un determinado genoma para destruirlo, debe ser prohibido, como ocurre en los casos de venta de órganos para trasplantes, que no queda a la apreciación subjetiva del ciudadano. Por su parte, Cruz recoge la opinión de cierto sector doctrinal que admite la clonación terapéutica entendiendo que la legislación española ha considerado respetuosa con los derechos fundamentales la práctica de la fecundación in vitro asumiendo como segura la destrucción de un número determinado de embriones sobrantes; si no existen límites jurídicos a esta práctica más que los derivados de la *lex artis* profesional, no deben alegarse problemas de afectaciones a derechos fundamentales en el caso de la clonación terapéutica. Nuevamente se cae en el positivismo jurídico: puesto que está admitida una conducta, hay que admitir aquellas que son parecidas. Obviamente, el argumento debe ser al contrario, si una conducta es tan rechazable como otra, ambas deben ser prohibidas.

Por lo que se refiere a las críticas, Romeo Casabona⁹⁶² se centra no en la clonación misma sino en la precipitación con que se ha legalizado, pues en realidad, constituye un peldaño – el tiempo dirá si necesario- de un conjunto de investigaciones que están en fases todavía iniciales y en la que aquélla sería uno de los últimos pasos que habría que dar. En cuanto al tipo penal que prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, entiende que la cuestión es dudosa, pero que entiende que por el procedimiento de clonación se consigue fertilizar un óvulo humano, bien que sin la contribución de un espermatozoide.

Otros autores más contundentes, han señalado que la clonación de investigación supone desde el inicio y por naturaleza tres actividades incompatibles con nuestra legislación. Primero, fecundar óvulos con fines diversos a la procreación (...) segundo, realizar

⁹⁶²*Los genes y sus leyes...* Pág. 190 y siguientes.

clonaciones, tercero, destruir embriones en procesos productivos de células⁹⁶³. Este autor considera que entender que la expresión obtener un ser humano, se refiere a llevar un embarazo a término es muy dudoso y contrario al uso ordinario del lenguaje. El primer equívoco surge con ser humano. Lo que se obtiene con la clonación es un embrión y parece ser lo que se quiere prohibir. El término obtener hace referencia muy inmediata a lo logrado en laboratorio. Señala que si estaba prohibido obtener mediante fecundación embriones para investigación (cuando la fecundación in vitro está admitida) resulta absurdo que se pueden obtener embriones mediante clonación, cuando la clonación estaba prohibida. Y concluye señalando que las relecturas interpretativas que se proponen van siempre en un sentido único consistente en disminuir la protección de la vida prenatal.

Al igual que ocurre con la utilización de embriones congelados, ni siquiera parece que la clonación terapéutica sea imprescindible. Ya la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida dijo en su primer informe que la utilización de la clonación no reproductiva puede ser innecesaria si llegan a hacerse realidad clínica los datos experimentales que se van acumulando y que parecen indicar la posibilidad de establecer los cultivos de tejidos a partir de células troncales que están presentes en los órganos adultos. Esta técnica, que evitaría cualquier problema ético, sería claramente preferible si se llega a confirmar su posibilidad. Ya hemos visto los sustanciales avances que se han conseguido con células troncales adultas y con iPS. Otra alternativa prometedora es la partenogénesis. Supone la activación de un óvulo artificialmente empleando una variedad de estímulos y originar células diploides al inhibir la eliminación del segundo cuerpo polar o induciendo su entrada después de la expulsión. Se ha conseguido en mamíferos. Este óvulo activado se diferencia del cigoto en que carece de la impronta paterna del genoma. No obstante, las células partenogénicas son capaces de diferenciarse hacia células madre de tipo embrionario. En 2002 se realizó el experimento de inducir a división a oocitos de macaco y las células troncales se immortalizaron como líneas celulares y se convirtieron después en células diferenciadas (neuronas, células musculares o grasa)⁹⁶⁴.

Pero es que, aunque se pudiera prescindir del hecho de la destrucción embrionaria, los problemas éticos que plantea la clonación no terminan ahí. Su uso sólo sería legítimo si se

⁹⁶³Serrano Ruiz-Calderón, J.M. *Op. cit.* Pág. 225.

⁹⁶⁴Los datos científicos han sido tomados de López Moratalla, N. Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias. *Cuadernos de Bioética* n° 61. Págs 342 a 346.

cumplieran las siguientes condiciones: a) que tal investigación fuera de verdadero interés biomédico y no meramente biotecnológico; b) no se pudiera llevar a cabo sobre otro material biológico; y c) siempre y cuando la obtención de óvulos se solucionara realmente; esto es, si se pudieran sustituir los óvulos humanos por los componentes moleculares que permite multiplicarse una célula con la dotación genética de una somática. (...)Evidentemente no se cumplen ninguna de estas condiciones⁹⁶⁵. En relación con la ya apuntada necesidad de contar con óvulos humanos, El País de 21 de noviembre de 2007, se hacía eco de una pregunta formulada en el Congreso Nacional de Epidemiología celebrado en Córdoba: "Si la medicina regenerativa logra algún día producir tejidos humanos para reparar órganos dañados ¿de dónde saldrán tantos óvulos como se van a necesitar, si se precisa al menos uno por cada paciente a tratar? ¿Acaso las mujeres tendrían que cargar la enorme responsabilidad de facilitar con sus cuerpos el tratamiento a sus congéneres?"

Como conclusión, vemos que la clonación terapéutica es admitida en varios países, mientras que la reproductiva es rechazada con carácter universal. Vidal da una versión optimista, al señalar que "hoy existen en bioética dos universales éticos de carácter concreto: la inviolabilidad del genoma humano y el rechazo moral de la clonación humana reproductiva"⁹⁶⁶. Como hemos visto, la inviolabilidad del genoma humano no es precisamente un tabú y tampoco es unánime el rechazo a la clonación reproductiva. Así, se dice, las respuestas públicas y profesionales a la perspectiva de que se realicen clonaciones en humanos fueron en general muy emocionales, y no esperaron a evaluar cuidadosamente las razones a favor y en contra de la práctica (...) esto no quiere decir que en la actualidad no existan razones firmes, incluso decisivas para oponerse a la clonación humana basándose en los riesgos de procedimiento⁹⁶⁷. Estos autores citan supuestos en los que cabría admitir la clonación, entre las que está la de obtener un gemelo más joven para permitir a una persona obtener órganos o tejidos necesarios para el trasplante, aunque añaden que "siempre que se haga de forma compatible con el respeto a los derechos del clon donante"⁹⁶⁸, aunque no explican cuáles serían esos derechos y de qué forma serían protegidos. Para ellos parece estar claro que ya que está permitido escoger embriones en

⁹⁶⁵López Moratalla, N. El lobby de las células embrionarias, telón de fondo del fraude de la clonación. *Cuadernos de bioética* n° 58. Págs. 424 y sig.

⁹⁶⁶Vidal García, M. La clonación humana reproductiva. *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. N. Martínez Morán (Coord). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2003).Pág. 234.

⁹⁶⁷Buchanan. *Op cit*. Pág 184 y 185.

⁹⁶⁸Buchanan. *Op cit*.Pág. 187.

función de otro hijo enfermo por qué no ir un poco más allá. Por su parte, Emaldi Cirión⁹⁶⁹ sostiene que sería oportuno eliminar la prohibición de la clonación reproductiva como procedimiento frente a la infertilidad de la pareja y como medio de evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia, una vez que las reservas sobre la seguridad de estas técnicas hayan sido superadas. Warnock⁹⁷⁰, respecto de la ley británica que prohibió la clonación reproductiva, dice que su única ventaja es que, cuando se aprobase la clonación terapéutica, nadie podrá invocar la pendiente resbaladiza. Pero ella misma se contradice, porque no da el tema por cerrado, al defender que la clonación reproductiva debería aceptarse excepcionalmente en el caso de infertilidad masculina, cuando todos los demás remedios han fracasado. También Romeo Casabona dice que: “no se ha tenido en cuenta de que podrían darse en el futuro hipótesis en las cuales su ilicitud no sería tan evidente (p.ej., cuando sea una técnica realmente segura y como último recurso), podría recurrirse a ella con el fin de combatir la infertilidad de la pareja o con el objetivo de prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia”⁹⁷¹. Y este mismo autor respecto de la técnica de división gemelar dice que “no parece en sí misma rechazable puesto que, en sentido estricto, no implica necesariamente manipulaciones genéticas, ni supone replicar a un ser preexistente –vivo o muerto-⁹⁷². E Higuera Guimerá coincide con admitir esta técnica cuando la mujer tiene problemas de ovulación y para practicar sin riesgos el diagnóstico preimplantatorio del embrión⁹⁷³. Olvidan estos autores que sí replican a un ser existente (aunque sea en estado embrionario) y en lo que se refiere al diagnóstico preimplantatorio supone crear un embrión para destruirlo. Además se plantea Bellver Capella qué ocurre en caso de existir embriones sobrantes clónicos⁹⁷⁴ ¿puede un hermano gemelo nacer mucho después que el otro?

Junto a estos argumentos favorables que únicamente piden cautela hasta que la técnica sea segura, otros mantienen que la prohibición de la clonación sería ineficaz. Por mucho que se intente prohibir, dicen, es muy probable que ya se esté trabajando sobre ella y que

⁹⁶⁹Emaldi. *Op cit.* Pág. 449.

⁹⁷⁰Warnock. *Op cit.* Pág 117.

⁹⁷¹ Romeo Casabona, C.M. *Op cit.* (2005). Pág. 130.

⁹⁷² Romeo Casabona, C.M. ¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación. *Revista de Derecho y Genoma Humano* (1997). Pág. 34.

⁹⁷³ Higuera Guimerá, J. F. Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1 (1994). Págs. 93 y sig.

⁹⁷⁴*Op. Cit.* Pág. 143.

finalmente se realice. Las prohibiciones no servirían para evitar la clonación, sino para que se desarrolle en condiciones incontroladas y consideran que sería mejor dar publicidad a la investigación que se genere un amplio debate social y, posteriormente regularla razonablemente. Cabe repetir una vez más que la circunstancia de que una conducta humana se repita pese a su prohibición (robos, violaciones...) no exige su legalización por ese solo hecho.

Otros sin decantarse por una finalidad concreta, piden flexibilidad y apertura. “No conviene establecer condenas inamovibles; podría ser que algunas excepciones fuesen moralmente aceptables, (...) y que el derecho debiera, por consiguiente, acoger ciertas excepciones a la prohibición (...) La dignidad humana es un principio dinamizador de los derechos, su contenido depende del sentido que los hombres queramos darle, tiene un componente cultural marcado por la evolución social (...) Desde luego que existen razones sólidas y generales para oponerse a la clonación de seres humanos. Pero son provisionales, como lo son siempre las convenciones humanas”⁹⁷⁵. Y el rechazo social siempre es reversible: “si el nacimiento de Louise Brown revolucionó el mundo de la Medicina en 1978 y, tres décadas más tarde, el recurso a las técnicas de reproducción asistida ya es visto con buenos ojos por la opinión pública internacional ¿quién nos dice que no va a suceder lo mismo dentro de unos años con el nacimiento de clones humanos?”⁹⁷⁶

2.3.- Fomento de la natalidad.- La preocupación por el desarrollo demográfico no es algo precisamente reciente. En la antigua Roma, la *lex iulia de maritandis ordinibus* (18 a. c) y la *lex Papia Poppea* (9 a. C.), ambas promulgadas por Augusto, establecían que los hombres mayores de 25 años y menores de sesenta y las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta tienen la obligación de contraer matrimonio, y la última reglamentación pretendía, además, que el matrimonio fuera fecundo dentro de las edades señaladas. Sin embargo, las penas prescritas por estas leyes quedaron más tarde abolidas con Constantino.

Las políticas natalistas más explícitas fueron realizadas por algunos países europeos durante los años 30 del siglo XX. La política demográfica más agresiva fue la del nazismo

⁹⁷⁵Casado, M. A propósito de la clonación de seres humanos. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. Cambrón Infante, A. ed. Editorial Trotta (2001). Pág 220.

⁹⁷⁶Pérez Álvarez, S. *Op. cit.* Pág. 230.

alemán, que albergaba también propósitos de superioridad racial. Se marcaron tasas a los individuos solteros, préstamos a los matrimonios jóvenes y concesión de viviendas a las familias numerosas. Posteriormente, países de la entonces área socialista, como Hungría, Checoslovaquia, Bulgaria o Rumanía se propusieron en los años 60 del pasado siglo modificar al alza su tasa de natalidad significativamente baja.

En el Tercer Mundo muchos países, después de la descolonización promovían el crecimiento demográfico como algo positivo o al menos neutro (...) Es significativo el caso de China que afirmaba que el número constituía la fuerza del pueblo chino mientras que el control natal era una forma de exterminio incruento⁹⁷⁷. Luego, como ya se ha expuesto, se pasó al otro extremo.

En los países de Europa Occidental el dramático descenso de los índices de natalidad decidió a establecer un sistema de ayudas por hijo que adoptan la forma de deducciones de impuestos, percepciones económicas, permisos retribuidos en la primera fase de la vida de los hijos y medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. Pero la ideología de género es contraria a este tipo de medidas. Dicen que: “ninguna mujer debería tener esa opción. No debería autorizarse a ninguna mujer a quedarse en casa para cuidar a sus hijos. La sociedad debe ser totalmente diferente. Las mujeres no deben tener esa opción, porque si esa opción existe, demasiadas mujeres decidirán por ella”⁹⁷⁸.

El 16 de marzo de 2005, la Comisión Europea publicó el Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones». En el mismo se afirma que “históricamente jamás se ha visto un crecimiento sin nacimientos”. La fecundidad de los europeos ya no garantiza la renovación de las generaciones. Las investigaciones muestran también la divergencia existente entre el número de hijos que desean los Europeos y los que tienen realmente: 2,3 hijos frente a 1,5, lo que significa que si las parejas dispusieran de mecanismos adecuados que les permitiesen tener el número de hijos que desean, la tasa de fecundidad podría aumentar, aunque el tamaño deseado para la familia varía considerablemente de un Estado miembro a otro.

⁹⁷⁷Toledano, A.L. *Op. cit.* Págs. 284 y 285.

⁹⁷⁸Hoff Sommers, C. *Op. cit.*, Pág. 257.

Debido a que se asocia con el franquismo y a que la opción por la maternidad se considera sospechosa en las mujeres, las ayudas a la natalidad han gozado en nuestro país de muy mala prensa. Según el Informe Eurostar que analiza la protección social en Europa, España ocupa el penúltimo lugar en prestaciones sociales, sólo por delante de Irlanda⁹⁷⁹. De hecho, de todas las medidas de gasto público que acordó el anterior Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, ninguna recibió tantas críticas como el aporte de 2.500 € por nacimiento de hijo. Es cierto que se trataba, como otras medidas de ese Gobierno, de una decisión improvisada y no inserta en un plan general de más alcance, pero llama la atención la virulencia de los ataques frente a otras medidas, a nuestro juicio, menos necesarias. El catedrático José Barea publicó en el periódico Cinco Días, el 21 de julio de 2007, un artículo al hilo de la medida aprobada por el Gobierno. En él se señala que en el periodo 1996-2004 la media del porcentaje con respecto al PIB de la función familia/niños de la UE de los Quince fue del 2,2%, y en España en el mismo periodo fue sólo del 0,68%. En 2004, Dinamarca y Luxemburgo fueron los países que mayor porcentaje asignaron a esta función, el 4% del PIB, casi seis veces más que España, que es el país que menos gastó (0,7%). Dentro de ese intervalo se encuentran Alemania, Austria, Finlandia y Suecia con el 3%; Francia e Irlanda con el 2,5%; Bélgica, Reino Unido y Grecia con el 2%, y Holanda, Portugal e Italia con el 1,2%; lo que muestra la falta de sensibilidad que los Gobiernos de España han tenido respecto a los problemas de la familia. No obstante, el autor se muestra crítico con la medida al articularse como desgravación fiscal y considera mejor que se haga mediante ayudas directas con influencia en la renta disponible de las familias a consecuencia de tener hijos a su cargo, lo que proporcionaría una mayor transparencia a la medida. La catedrática de Geografía Humana de la Universidad de Sevilla, Josefina Cruz Villalón, publicó en El País, un artículo el 24 de julio de 2013, analizando el descenso de población en España (113.902), según los datos del INE. Señalaba la necesidad de una política de Estado de rejuvenecimiento de la estructura demográfica. Concluía que “se hace preciso implementar políticas estables y efectivas (...) para modificar la tendencia de reducción de natalidad, en cuyo origen se encuentran una multitud de factores (de la vivienda al paro juvenil, de la no penalización de la mujer en el trabajo a la conciliación real, de la dotación de un sistema eficaz de guarderías”).

⁹⁷⁹Alkorta. *Op. cit.* Pág. 311.

En esas mismas fechas en Alemania se bonificaba directamente cada nacimiento, y con carácter universal, con una cantidad de 1.800 euros. A esto se le añade una aportación mensual por cada hijo, incrementándose con el segundo y sucesivos. Esta ayuda se presta descontando las cantidades directamente de los impuestos. También ha influido la masiva creación de plazas públicas de guarderías. Según informaba el diario El País en su edición de 30 de septiembre de 2006, se aseguraba a las familias, con padres casados o no, un 67% del salario mensual neto de la madre o el padre que se aleje por doce meses de su trabajo para cuidar al hijo recién nacido. La duración del pago se prolongará dos meses más si el otro progenitor también cuida un tiempo al hijo. El resultado es que también se ha conseguido dar la vuelta a la tendencia decreciente de nacimientos, experimentando un claro repunte y, en la actualidad, el índice de fecundidad es de 1,78 hijos por mujer, el tercero más elevado de los países miembros de la Unión Europea.

El diario El Mundo informaba el 1 de junio de 2010 que la Región italiana de Lombardía ofrecía 4.500 euros a las mujeres que habían decidido abortar por motivos económicos, si desistían de hacerlo. Para ello se reservaba un fondo de cinco millones. La mujer recibiría la cantidad en forma de cheques mensuales de 250 euros desde el nacimiento hasta que el niño cumpla 18 meses.

Ocho Estados integrantes de la Unión han establecido ministerios para abordar esta problemática. En Francia existe el Ministerio de la Familia y de la Infancia; en Irlanda, el departamento se denomina Ministerio de Asuntos Sociales, Comunitarios y de Familia. En Alemania es el Ministerio de Familia, Ancianidad, Mujer y Juventud; en la República de Eslovenia, Ministerio de Trabajo, Familia y Asuntos Sociales. Idéntico nombre recibe en Eslovaquia, mientras que en Hungría es el Ministerio de Asuntos Sociales y de Familia. El Estado puntero en estas lides es Luxemburgo. No sólo tiene un Ministerio de la Familia, de la Seguridad Social y de la Juventud, sino que se ha convertido en el país que más invierte, y con mucha diferencia con respecto a todos los demás socios comunitarios, en fomento de la natalidad y ayudas directas y universales. El pequeño Estado centroeuropeo dedica el 3,8

de su PIB a estos menesteres. En total se emplea una media de 2.300 euros por habitante y año a políticas familiares. En la actualidad, por el primer hijo se recibe una subvención de 216 euros mensuales, aunque estas cantidades se van incrementando con la llegada de nueva descendencia y, así, se perciben casi 500 euros mensuales por el segundo hijo, y en caso de un cuarto o sucesivos, la ayuda directa puede exceder los 1.300 euros al mes. Por regla general son los países nórdicos y los centroeuropeos los que dedican más recursos a estas partidas. La otra cara de la moneda la integran las nuevas incorporaciones a la UE y los países del sur de Europa, entre los que se encuentra España.

El diario El País titulaba el 14 de marzo de 2009 “Levantar la natalidad sí es posible” un artículo en el que se exponía el exitoso modelo francés en materia de fomento de la natalidad con la ejecución de una política apoyada por la derecha y la izquierda, que la había convertido en el país de Europa con la natalidad más alta, una tasa del 2,1%. Las francesas que dejan de trabajar reciben un sueldo de 600 euros y la entonces ministra Dati fue criticada por renunciar a su baja tras ser madre. Por el contrario, en España un informe de la OCDE del que daba cuenta el diario El Mundo, el 27 de abril de 2011, decía que España necesita favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, subrayando especialmente que no hay suficientes guarderías fuera del horario escolar. Aunque las ayudas públicas a la familia aumentaron entre 2003 y 2007 hasta el 1,6% del Producto Interior Bruto (PIB) en este último ejercicio, la cifra era muy inferior a la media del 2,2% de la OCDE, por no hablar de los países más generosos en este punto, que eran Francia (3,7%), Dinamarca (3,7%), Reino Unido (3,6%) e Islandia (3,5%).

Otro elemento básico para promover la natalidad se encuentra en el incentivo de las bajas por maternidad y paternidad, con el fin de facilitar la compatibilidad entre la vida laboral y la familiar. Una vez más, son las naciones nórdicas y centroeuropeas las que se muestran más audaces y dedican más recursos. En países como Dinamarca, las bajas de maternidad y paternidad, conservando el salario íntegro llegan hasta las 52 semanas. El caso sueco es aún más espectacular. Una baja por maternidad puede llegar casi a dos años (96 semanas). En el Reino Unido, mediante el cambio de sus políticas hacia la familia y la promoción de la

maternidad, se ha pasado de 14 semanas de baja maternal a 18 y, en según qué casos, puede llegar hasta las 40 semanas.

Dado su carácter voluntario, y que la entidad de dichas medidas no es tal que fuercen la decisión de tener hijos, no pueden considerarse las mismas de naturaleza coactiva y que lesionen la libertad reproductiva. Se da la circunstancia que España, cuya tasa de natalidad es la más baja de Europa, ocupa también el último lugar de la Unión Europea en este tipo de ayudas, que además no son universales, sino que se supeditan a no superar determinado nivel de renta. De todas formas, estas medidas, aunque necesarias, resultan insuficientes para revertir las cifras de forma significativa. Sólo en la medida en que la escala de valores dominante en la sociedad cambie sus prioridades, yendo más allá de la satisfacción inmediata de los deseos, podrá conseguirse evitar un futuro sombrío. En el ámbito del medio ambiente, cambios de mentalidad y acciones decididas han obtenido resultado tangibles en asuntos como la lluvia ácida o el agujero de la capa de ozono.

IV ¿ES LA LIBERTAD REPRODUCTIVA UN DERECHO FUNDAMENTAL?

1. La libertad reproductiva como megaconcepto.- Como dijimos al principio, toda la regulación española sobre salud sexual y reproductiva, aborto y reproducción asistida se basa en la consideración de la libertad reproductiva como derecho fundamental autónomo con los perfiles fijados por los Programas de Acción de las Conferencias de El Cairo y Pekín. Se trataría de un derecho basado en la autonomía individual con límites escasos e imprecisos que tampoco hay voluntad de hacer cumplir. Señala Alkorta, comentando los Programas de Acción citados que “comprende (...) muchos aspectos que complican el concepto: se incluye en la misma la prevención y el tratamiento de la infertilidad; la libertad para decidir si se desea o no tener hijos, cuándo y con qué frecuencia; la prevención del embarazo indeseado y extemporáneo; y la protección frente a toda forma de violencia sexual contra las mujeres”. Para Salàs⁹⁸⁰ el derecho a la reproducción humana

⁹⁸⁰Salàs Darrocha, J.T. *Derecho a la reproducción humana*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 7/2002 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.(2002)

comprende “1. Derecho a tener el número de hijos libremente elegido, en el momento libremente decidido, de sexo biológicamente determinado y con dotación genética doble, propia e inalterada salvo terapia génica en casos patológicos (...) 2. Derecho a la reproducción tanto natural o asistida (...) medie o no esterilidad (...) 3. Derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas (...) 4. Derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto (...) 5. Derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático y, derivado de ello, el diagnóstico prenatal (...) debe reconocerse un derecho al aborto.

Una vez definido su amplio contenido y hecho un recorrido por sus particularidades y todas sus posibles manifestaciones, queda preguntarnos en qué textos normativos está recogido. A este respecto cabe indicar que la principal discusión acerca del fundamento de los derechos y libertades se centra en la secular polémica sobre si tal fundamento debe ser *iusnaturalista* o positivista. Sin poder entrar a detallar la polémica entre las dos corrientes, recordaremos que Gómez Sánchez considera que la misma debe ser matizada ya que el positivismo se ha atemperado con la incorporación de valores y principios considerados inherentes al ser humano; y el iusnaturalismo se ha positivizado cuando tales valores y principios se han incorporado a los ordenamientos jurídicos⁹⁸¹. En esta línea, señalan Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano que “nadie puede negar que el paso del reconocimiento iusnaturalista de los derechos fundamentales al de su constitucionalización significó un avance considerable en el progreso de la humanidad”⁹⁸². Estos mismos autores señalan que la aplicación del concepto del derecho subjetivo al ámbito constitucional fue determinante para la garantía de los derechos fundamentales, pues convierte a éstos en auténticos derechos positivos, “siempre que se den tres requisitos:

- a) Que la Constitución o la ley reconozcan la existencia de cada derecho determinado.
- b) Que de ese reconocimiento se deduzca la posibilidad de que los ciudadanos puedan atribuirse como facultad concreta, en tanto que derecho público subjetivo, lo que reconoce abstractamente cada derecho fundamental.

⁹⁸¹Gómez Sánchez, Y. *Op. cit.* (2003). Pág. 35.

⁹⁸² De Esteban, Jorge y González-Trevijano, P.J. *Op. Cit.* Pág 266. En el mismo sentido, Hoyos Castañeda (*Op. cit.* Pág. 118) dice que los derechos humanos son en parte naturales y en parte positivos. Naturales en cuanto tienen su origen en la misma dignidad humana, pero positivos en cuanto su protección, promoción, regulación y garantía están reguladas por actos de voluntad política.

- c) Que la infracción de esa norma posibilite, al titular del derecho público subjetivo, el acceso a los tribunales para lograr el reconocimiento y la protección que suministra el aparato coercitivo del Estado, como ocurre con la violación de cualquier norma jurídica”.⁹⁸³

De los requisitos reseñados, la *conditio sine qua non* para que se pueda hablar de constitucionalización del derecho fundamental es que el mismo esté reconocido en la legislación positiva, pues no puede olvidarse que el derecho subjetivo es la situación de poder concreto o conjunto de facultades que se atribuyen a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa. Su contenido está constituido, por tanto, por: a) un elemento activo, o conjunto de facultades, b) un elemento pasivo, o conjunto de deberes de respeto a las facultades del sujeto por parte de la colectividad en general o por parte de personas concretas y, por último c) el conjunto de medios de defensa que se atribuyen al sujeto. Por ello, es preciso determinar en primer lugar si tal derecho aparece recogido como tal en las Declaraciones de Internacionales de derechos o en las constituciones nacionales.

No obstante, antes de llevar a cabo esa indagación, y con el fin de hacer más fácil esta tarea, puede resultar útil tratar de clasificar ese derecho, dada la complejidad de su contenido. Para llevar a cabo esta labor, nos atenderemos a la tradicional clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación, pues por una parte, se exige al Estado que reconozca jurídicamente cualquier tipo de decisión de un individuo y, por otra, se le exige que garantice determinadas prestaciones.

2. Distinción entre los derechos de libertad y los derechos de prestación.- Como decíamos, tradicionalmente se ha venido distinguiendo en la doctrina de los derechos fundamentales entre derechos de libertad y derechos de prestación. Aunque no coinciden exactamente ambas clasificaciones, en general, se considera que los derechos civiles y políticos que, a grandes rasgos, establecen límites a la actuación del Estado al objeto de preservar al individuo un espacio libre de interferencias donde pueda actuar con libertad, son derechos de libertad. Por el contrario, los derechos sociales son derechos de prestación,

⁹⁸³De Esteban, Jorge y González-Trevijano, P.J. *Op. cit.* Pág 267.

en los que el Estado debe actuar activamente, es decir, crean para éste obligaciones positivas. Otra eventual distinción coincidente es la que se refiere a libertad negativa, cuando otros no pueden actuar para restringir la libertad de una persona, y positiva cuando el titular puede exigir que otros actúen de diversas maneras necesarias para permitir a la persona ejercer la libertad. También, se ha considerado que esta clasificación coincide con las generaciones de derechos. La primera, de libertades individuales, serían derechos de libertad, la segunda derechos de participación (asociación, sufragio) y la tercera, la de los derechos de prestación. De todas formas, la clasificación de los derechos en generaciones no es pacífica. Así, otros autores consideran que la primera generación es la de los derechos individuales clásicos (civiles y políticos), la segunda, la de los derechos económicos, sociales y culturales y la tercera, la de los derechos de solidaridad. Otros, a su vez, distinguen entre los derechos de primera generación que serían los denominados genéricamente derechos civiles y políticos, los derechos de segunda generación serían los denominados derechos económicos y sociales y con derechos de tercera generación nos referimos a un conjunto heterogéneo de nuevos derechos cuyo contenido está relacionado con los cambios sociales y tecnológicos. No faltan autores que hablan de una cuarta generación de derechos. Dentro de esta última generación habría tres grandes bloques, según la clasificación de Gómez Sánchez: los relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad, los relativos a un nuevo estatuto de la vida humana y los derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información⁹⁸⁴. Por último, otros consideran erróneo hablar de generaciones de derechos pues con ello se sugiere que los derechos humanos han aumentado en número o que cada generación de derechos es de naturaleza diferente⁹⁸⁵. También se ha señalado que siguiendo este criterio, las generaciones de derechos pueden ser infinitas si no hay algún tipo de control o supervisión. Tan sólo bastaría que surgieran nuevos intereses para que pudiera esgrimirse el surgimiento de un nuevo derecho⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ *Op cit.* (2003). Pág. 19.

⁹⁸⁵ Laporta, f. J. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 304

⁹⁸⁶ Martínez de Pisón, J. Las generaciones de derechos humanos en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 410.

Sea como fuere, puede decirse, con ciertos matices, que los derechos de libertad y los derechos de prestación, se distinguen teniendo en cuenta que los primeros se configuran como la protección normativa de un ámbito de acción frente a las interferencias del Estado, o incluso de los particulares, mientras que en los segundos el núcleo normativo del derecho presupone que el sujeto tiene un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos⁹⁸⁷. Entre estos derechos de prestación en sentido amplio, Robert Alexy distingue tres tipos: a) derechos a protección, que serían los derechos del titular frente al Estado para que éste le proteja frente a intervenciones de terceros, por ejemplo, frente al homicidio; b) derechos a organización y procedimiento, expresión que designa un espectro muy amplio de derechos que tienen por objeto una serie de actividades normativas y procedimentales del poder público, desde la creación de la infraestructura necesaria para celebrar elecciones hasta la elaboración de la normativa relativa a los procedimientos judiciales y c) derechos a prestaciones en sentido estricto, que son aquellos derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente–podría obtenerlo también de particulares⁹⁸⁸.

Aplicando estos criterios al objeto de nuestro estudio, una respuesta rápida nos podría llevar a concluir que el derecho a la reproducción es un derecho de libertad. Esto sería aplicable respecto de la decisión de no tener hijos nunca o durante un período de tiempo mediante la abstinencia sexual o los anticonceptivos o la de tenerlos mediante relaciones sexuales. Estas conductas exigen del Estado o de terceros sólo que no se interfiera en un sentido o en otro. Mayores dudas suscitan el aborto y el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Admitirlo exige, por una parte, asumir un concepto de la *privacy* idéntico al sostenido por la sentencia *Roe v. Wade* y llegar a la conclusión de que la vida prenatal, fetal y embrionaria no merece suficiente protección como para establecer límites o establecer algunos puramente formales. Si como ocurre en países como el nuestro, ambos aspectos (aborto y reproducción asistida), forman parte de las prestaciones que el sistema nacional de salud ha de ofrecer, la cuestión se desplaza sustancialmente. Ya no es posible hablar de

⁹⁸⁷Vid. Laporta, F. J. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 298 y 299.

⁹⁸⁸Alexy, R. *A theory of constitutional Rights*. Oxford University Press (2010).Págs. 300 a 348.

que la libertad reproductiva es sólo un derecho de libertad, sino que también lo es de prestación. Si a eso añadimos el concepto amplio de las Conferencias de El Cairo y Beijing que se refieren a la salud sexual como estado de completo bienestar estamos, no ante un derecho de prestación clásico, sino ante uno de nueva naturaleza que impone al Estado la consecución de un fin ideal. Lo que unido al amplísimo margen que se deja a las decisiones individuales, nos sitúa ante un derecho sin paragón en el constitucionalismo.

Una vez determinado que la libertad reproductiva que contempla nuestra legislación reúne caracteres propios de ambos tipos de derechos fundamentales, estamos en disposición de analizar si el mismo ha recibido el reconocimiento prácticamente universal que se proclama tan abiertamente en la exposición de motivos de la LO 2/2010, o si no universal, al menos en algún tratado internacional o en las Constituciones nacionales de los países democráticos.

.

3.- Derecho positivo.-

3.1-Derecho Internacional.-

En el ámbito del Derecho Internacional los textos más importantes en materia de derechos fundamentales son la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1996. Ninguno de estos textos se refiere específicamente a la libertad reproductiva en cuanto tal. “Se ha hecho notar que en las principales declaraciones de derechos no existe ninguna referencia explícita al derecho a la procreación, únicamente se formula un derecho a formar una familia en que entra implícitamente pero de modo obligado e imprescindible la función procreativa”⁹⁸⁹. Y casi literalmente sostienen lo mismo Romeo Casabona (“en sentido estricto, en las Declaraciones y convenios internacionales no existe un reconocimiento explícito del derecho de procreación o

⁹⁸⁹Vidal Martínez. J. *Op. cit.* Pág. 59.

reproducción en el sentido apuntado, sino tan sólo del derecho de fundar una familia⁹⁹⁰) y De Miguel Bearaín (“en las principales declaraciones de derechos existe ninguna referencia explícita al derecho a la procreación⁹⁹¹). El Convenio de Oviedo tampoco hace específica referencia al derecho al que nos estamos refiriendo y sólo introduce, como mencionamos más arriba, determinadas limitaciones al uso de las técnicas de reproducción asistida en relación con la selección de sexo y a la investigación con embriones *in vitro*, en sus artículo 14 y 18.

3.1.1 Naciones Unidas.- Como ya hemos dicho, el término de “libertad reproductiva” fue recogido por primera vez de forma expresa por las Conferencias Mundiales de la ONU celebradas en El Cairo y Beijing, en 1994 y 1995. Si bien hubo anteriores conferencias como la primera Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 que proclamó que “los padres tienen el derecho fundamental para decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos⁹⁹²” o la Primera Conferencia de Población de Bucarest celebrada en 1974 que manifestó que “todas las parejas y todos los individuos tienen el derecho fundamental para decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos”, es lo cierto que la doctrina está conforme que hasta las conferencias de El Cairo y Beijing, no se plantea un reconocimiento de la libertad reproductiva y constituyen un hito en este sentido. “La primera formulación expresa de los derechos reproductivos acontece (...) en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, reapareciendo nuevamente con idéntica redacción en la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995)⁹⁹³.”

La definición que recogen esas Conferencias es amplísima, recogiendo como hemos indicado, elementos de un derecho de libertad y otros de prestación. No obstante, tenemos que insistir en que la configuración de la libertad reproductiva se ha ido generando en las Conferencias Mundiales sobre Población, cuyo objetivo fundamental es frenar el desarrollo demográfico de los países del Tercer Mundo; por ello, y pese a la formulación amplia del derecho, es evidente que en la perspectiva de la Organización de las Naciones Unidas, lo

⁹⁹⁰Romeo Casabona, C.M. *Op. cit.* (2002). Pág 25

⁹⁹¹Bearaín. *Op. cit.* Pág. 203.

⁹⁹²UN, Doc. A/CONF. 324/41

⁹⁹³Vega Gutiérrez, A. M. *Op. cit.* Pág. 24

esencial es la afirmación y garantía del derecho a no tener hijos. Aunque en los países ricos en los que la alta natalidad no es un problema, se ha ido más allá: “en su origen, estos derechos reproductivos tenían una finalidad defensiva: a) defender a las mujeres de la agresión a su libertad consistente en imponerles la maternidad contra su voluntad; b) excluir las intromisiones de los poderes públicos en este ámbito de la intimidad de la pareja, el de las decisiones relativas a la procreación ya sea imponiéndola o limitándola. Insensiblemente se han convertido en un derecho a la reproducción con el que ya no se trata de defenderse de una agresión, sino de alcanzar un resultado: engendrar una vida humana por cualquier medio y a toda costa”⁹⁹⁴.

Pero según los redactores del texto y, seguramente para evitar polémicas que impidieran su aprobación al proclamarse un nuevo derecho y, pese a que no existía con anterioridad reconocimiento alguno de la libertad reproductiva, hicieron constar en la Plataforma de Acción de la Conferencia de Beijing que “los derechos reproductivos comprenden determinados derechos humanos ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, en tratados internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de consenso”. Es decir, se dice que no se está creando un derecho nuevo, aunque tampoco se explica cuál es y dónde está ya plasmado ese conjunto de facultades que integran ese derecho reconocido: “la declaración inicial de dicho párrafo deja mucho que desear, en la medida en que no identifica los derechos humanos preexistentes sobre los que se construye el derecho a la salud procreativa”⁹⁹⁵. Ni siquiera menciona qué textos jurídicos pudieran ser a los que se refiere.

En todo caso, las Declaraciones de las Conferencias citadas tienen el rango de lo que se ha dado en llamar en la doctrina del Derecho Internacional Público, *soft law*. De forma sintética podríamos decir que es un término que se emplea para describir dos fenómenos diferentes, pero relacionados, en el Derecho Internacional. En primer lugar, *soft law* es el nombre que se da a aquellas reglas de derecho internacional que no establecen ni derechos ni obligaciones a las personas a las que se dirigen. Se trata de normas, pero su contenido es vago o flexible. Son típicas de tratados relativos a derechos humanos o cuestiones

⁹⁹⁴ Fernández Ruiz-Gálvez, E. *Op. cit.* Pág. 162.

⁹⁹⁵ Alkorta. *Op. cit.* (2006). Pág. 17.

medioambientales, en los que los Estados son reacios a establecer normas tajantes en situaciones nuevas. Tal soft law crea obligaciones progresivas o relativas, como ocurre con el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 que en su artículo 2 señala que los Estados *parte se comprometen a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Indudablemente, tales reglas reducen las posibilidades de enfrentamiento entre ideologías opuestas y puede llegar a conducir a normas más vinculantes, como pueden ser posteriores tratados de derechos humanos. La desventaja es que pueden ser tan vagos o imprecisos que carezcan totalmente de contenido legal.

Un segundo y si cabe menos útil (en sentido jurídico) concepto de soft law es el que lo define como una descripción de aquellos valores, directrices, ideas o propuestas que podrían desembocar en normas de derecho internacional, pero no lo han hecho todavía. A menudo tales principios surgen de las conclusiones de conferencias internacionales o son incorporadas a acuerdos no vinculantes. Sólo se convierten en norma por la acción de la costumbre, tratado u otro proceso legislativo. Un fenómeno como éste sólo es comprensible en un sector del ordenamiento jurídico tan peculiar como el Derecho Internacional Público, en el que se carece de una instancia superior que pueda resolver los conflictos y todo depende de la voluntad de Estados soberanos. Esta segunda acepción es la que se corresponde con el caso de las Declaraciones y Planes de Acción de las Conferencias de Beijing y El Cairo sobre libertad reproductiva.

El problema es, precisamente, como en el caso que nos ocupa, que se ha intentado crear derecho a través de instrumentos que carecen de carácter vinculante. Así se dice que, en contra de lo que mantiene el positivismo jurídico, la conclusión de un tratado no constituye el final del proceso de creación de la norma. Las previsiones de un tratado no son productos terminados, que requieran su aplicación y nada más⁹⁹⁶. Continúa este autor destacando la

⁹⁹⁶Fastenrath, U. Relative Normativity in International Law. *Eur J Int Law* (1993) 4(1): 305-340. Consultado en <http://207.57.19.226/journal/Vol4/No3/art1.pdf>

fundamental importancia en este contexto, de los instrumentos de *soft law* tales como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los instrumentos adoptados en conferencias intergubernamentales. Llega al extremo de ignorar el principio de soberanía de los Estados al sostener que es muy difícil para cualquier Estado resistirse a la aplicación de tales definiciones, con independencia de que no hubiera participado en su elaboración o, incluso, aunque se hubiera opuesto activamente a las mismas. Resulta curioso que, rechazándose la existencia de un criterio superior de enjuiciamiento de la Ley, como es el Derecho Natural, (se consideran que las cosmovisiones no son más que utopías que convencen sólo a aquéllos que ya creen en ellas) se pretenda que un consenso más o menos mayoritario y, en todo caso, coyuntural, sin tener siquiera fuerza para crear una norma de derecho internacional, sea un sustituto perfecto de ese Derecho Natural, de forma que todas las legislaciones positivas que se aparten de sus criterios quedan automáticamente deslegitimadas.

Volviendo al tema del *soft law*, éste se caracteriza, por consiguiente, por tres notas fundamentales: a) no ser vinculante, b) consistir en normas generales o principios, pero no en reglas y c) por no ser aplicable a través de una resolución vinculante de controversias. Las partes que suscriben un acuerdo de este tipo excluyen la aplicación del derecho internacional de los tratados, y en particular su principio central de *pacta sunt servanda*, y por tanto, excluyen las consecuencias legales derivadas del incumplimiento de sus compromisos. Según la doctrina mayoritaria es un instrumento de que se hace uso cada vez más frecuentemente para lograr consensos allí donde sería muy difícil suscribir tratados, pero dicho instrumento no puede ser incluido entre las fuentes del Derecho Internacional, dado que en los instrumentos de *soft law* no hay voluntad por parte de los Estados a obligarse en forma alguna. Por el contrario, en el derecho consuetudinario y en los Tratados sí existe una voluntad a obligarse por parte de dichos Estados. Es por esta cuestión que los documentos donde se define la libertad reproductiva no pueden, a nuestro juicio, incluirse dentro de las fuentes del derecho internacional.

En definitiva, puede concluirse que las Conferencias Mundiales citadas, al igual que otras similares no generan normas de Derecho Internacional, pues tampoco es éste su

cometido⁹⁹⁷. En general, “el surgimiento y el desarrollo inicial del Derecho de las biotecnologías se ha manifestado por lo general como un “soft law”, o derecho no coactivo y sin consecuencias jurídicas fuertes⁹⁹⁸”.

3.1.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos.- Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Director para los Derechos Humanos, resolvió la consulta sobre si el Convenio Europeo de Derechos Humanos ampara un derecho a procrear en relación con el uso de las técnicas de reproducción asistida. Este Comité resolvió la cuestión negativamente al amparo de los artículos 2, 8 y 12 del Convenio de Roma. Por lo que se refiere al artículo 2 indica que la protección de la vida humana ha de entenderse respecto de los ataques que pueda sufrir, sin que implique una garantía del derecho a procrear por medio de la procreación artificial, salvo en los casos de esterilidad. En cuanto al artículo 8, de la protección de la vida privada y familiar no puede derivarse el derecho a procrear de cualquier persona, pues debe prevalecer el interés del menor. Por último, el derecho a casarse y fundar una familia del artículo 12, supone que todo derecho reproductivo que pueda derivarse de él, debe entenderse en el marco de una pareja heterosexual. Dicha decisión fue adoptada tras la consulta formulada por el Ad hoc Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences (CAHBI) acerca de ciertas reivindicaciones hechas actualmente en cuanto a la existencia de nuevos derechos, como el de procrear, el de fundar una familia compuesta por una persona y un hijo, el de disponer libremente del propio cuerpo, el de la igualdad entre las mujeres solteras y las casadas, o el de la posibilidad, para una pareja lesbiana, de acceder a las técnicas de reproducción artificial. A esa consulta la Decisión responde que el derecho a procrear no es un derecho absoluto de la persona que pueda fundamentarse en la Convención Europea de Derechos Humanos, debiendo ser prioritario el cuidado de proteger el interés del niño, que ha de encontrarse en las condiciones más próximas posibles a las de cualquier niño nacido de una procreación no

⁹⁹⁷Weil, P. Towards relative normativity in international law? *American Journal of International Law* (1983) Págs. 413-442. Consultado en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2201073?uid=3737952&uid=2129&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101428417913>

⁹⁹⁸Romeo Casabona, C.M. Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las biotecnologías en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. 2005. Pág. 123.

artificial, es decir, en el seno de un hogar normal (sic), que implica la presencia de un padre y una madre⁹⁹⁹.

Posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el artículo 8. Hay que recordar que este artículo establece en su apartado 1 que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Añadiendo el apartado 2 que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Este artículo, según el Tribunal ampara supuestos de hecho muy diversos que no pueden limitarse al ámbito reproductivo-sexual. A título meramente ejemplificativo mencionaremos alguno de los casos resueltos. Así en la sentencia de 9 de diciembre de 1994, asunto López Lostra v. España se ha estimado violado el artículo 8 afirmándose que "los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio". En Sisojeva y otros v. Letonia, de 16 de junio de 2005, se pronunció sobre una familia de origen ruso que tras la desintegración de la URSS, solicitó permiso de residencia permanente. En el caso Bove v. Italia, de 30 de junio de 2005 se resolvió sobre derecho de custodia y visita de un padre. En Gillan y Quinton v. Reino Unido, de 12 de enero de 2010, se enjuició la Ley británica sobre el Terrorismo de 2000, que permite a las autoridades policiales dar el alto y registrar a cualquier persona dentro de un área concreta, sin que existan sospechas razonables de que estén cometiendo o hayan cometido un acto delictivo, con el fin de buscar artículos que podrían utilizarse en relación con el terrorismo. El Tribunal resolvió que el uso de estas facultades por el Reino Unido viola el derecho al respeto a la vida privada y familiar. El 30 de noviembre de 2010 se dictó sentencia en el caso P.V. v. España, en la que se entendió que la modificación del régimen de visitas tras una operación de cambio de sexo, no se basaba en esa razón y no existía

⁹⁹⁹ El texto de la Decisión está tomado de *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II*. Congreso Mundial Vasco, Vitoria-Gasteiz (1988). Pág. 30

violación del artículo 8, en relación con el 14 del Convenio. En *Dubetska y otros v. Ucrania* de 10 de febrero de 2011, el asunto hacía referencia a la contaminación industrial procedente de una mina y una planta de procesamiento de carbón propiedad del Estado. Las autoridades ucranianas decidieron facilitar una nueva vivienda a los afectados en una zona más segura, pero demoraron el cumplimiento. El 24 de mayo de 2011 resolvió el caso *Saleck Bardi v. España*, en la que se reconoció que la falta de diligencia de las autoridades españolas en devolver a la demandante (una mujer saharauí residente en un campo de refugiados de Argelia) su hija que estaba en España al cuidado de una familia había vulnerado su derecho a la vida familiar. El 18 de octubre de 2011 y el 3 de julio de 2012 se resolvieron dos casos sobre contaminación acústica (*Martínez Martínez v. España* y *Martínez Martínez y Pino Manzano v. contra España*). También ha habido casos relativos a otros aspectos del precepto como el secreto de las comunicaciones, derecho a la propia imagen y al honor.

En relación con cuestiones relacionadas con el asunto que nos ocupa, comenzaremos citando el caso *Ternovszky v. Hungría*, de 14 de diciembre de 2010. La cuestión que se suscitaba afectaba al derecho a obtener asistencia médica adecuada cuando la mujer decide dar a luz en la propia casa. La sentencia es interesante en cuanto define el concepto de vida privada que tiene el Tribunal y determina si la decisión de tener o no hijos forma parte de ella. Señala a este respecto que vida privada es un término amplio que incluye, entre otros, aspectos de la identidad física y social de un individuo, tales como el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, e incorpora el respeto para la decisión tanto de ser padre como de no serlo. El derecho relativo a la decisión de convertirse en padre incluye el derecho a elegir las circunstancias en las que uno se convierte en padre. En la sentencia se considera que la regulación húngara que reconoce, por una parte, el derecho de los pacientes a rechazar tratamientos y, por otra prevé sanciones para los profesionales sanitarios que realicen actividades incompatibles con la ley o su licencia, puede ser contradictoria en el contexto de la asistencia a los partos en casa, cuestión que no está regulada en la norma húngara.

Por lo que se refiere a sentencias ya mencionadas en anteriores apartados, en *Dickson vs Reino Unido* dijo que el artículo 8 del Convenio comprende el derecho a ser padres genéticos. En el caso *Costa y Pavan v. Italia* que todavía está pendiente de revisión ante la Gran Sala la sentencia entendió que el derecho a procrear un niño que no esté afectado por una enfermedad genética constituye una expresión del derecho a la vida privada y familiar.

En relación con el aborto, la sentencia A, B, C. consideró como hemos visto que en la prohibición de abortar en los términos que comentamos, sobre la base de las ideas morales profundas del pueblo irlandés sobre la naturaleza de la vida, el Estado irlandés no ha excedido el margen de apreciación que goza en la materia, en relación con lo planteado por las dos primeras demandantes. En cuanto a la tercera, sí consideró que existía violación porque no se establecía un procedimiento para resolver los casos de peligro para la salud psíquica de la madre.

En cuanto a la donación de gametos, en el caso *S.H. v. Austria*, el Tribunal concluye que ni la prohibición de la donación de óvulos para las técnicas de reproducción asistida en general, ni la prohibición de donación de semen para la fecundación in vitro, exceden del margen de apreciación del que gozan los Estados y, por tanto, no hay violación del artículo 8 del Convenio.

A la vista de la doctrina expuesta y aunque varios de los razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos parecen claramente discutibles, lo cierto es que el alcance que queda definido del artículo 8 está muy lejos de amparar todos los aspectos de la libertad reproductiva tal y como aparece entendida en las leyes españolas, reconociendo el Tribunal expresamente, la legitimidad de los Estados para establecer límites legales amparados en la defensa de derechos e intereses mencionados en el apartado 2 de ese artículo. Así, el Tribunal interpretando el artículo 8 ha señalado que la protección de la vida privada y familiar tiene un aspecto negativo y positivo. El primero protege a los ciudadanos contra cualquier interferencia arbitraria de la autoridad pública. El segundo supone que, para asegurar el efectivo respeto de los derechos protegidos por el artículo 8, pueden imponerse al Estado ciertas obligaciones positivas. No obstante, el Tribunal se muestra más claro respecto del aspecto negativo que del positivo. Incluso del primero, se observa que lo

que veta el precepto analizado es la interferencia arbitraria, de forma que el propio artículo admite, en su apartado 2 la injerencia siempre que se dé alguno de los elementos antes mencionados. Respecto del aspecto positivo, además de las limitaciones mencionadas, el Tribunal señala que hay que tener en cuenta algunos factores para la evaluación del contenido de esas obligaciones positivas del Estado. Algunos se refieren al demandante, como la importancia del interés en cuestión y si afectan a valores fundamentales o aspectos esenciales de la vida privada, el impacto que sobre el demandante puede tener la discordancia entre la realidad social y la norma y la coherencia entre los usos administrativos y legales dentro del sistema nacional. Respecto del Estado se tiene en cuenta si la obligación es estricta y definida o amplia e indeterminada y el alcance de cualquier carga que la obligación positiva impondría sobre el Estado. A eso hay que añadir la doctrina de que los Estados gozan de un margen de apreciación que, en casos en los que no existe consenso general, se amplía notablemente.

Poco parece tener que ver la amplia configuración como macroderecho de la libertad reproductiva con esta tímida doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hemos recogido, además, de una sentencia que se refiere a uno sólo de los aspectos analizados en este trabajo, el aborto. Por el contrario, el contenido recogido en nuestras leyes no conoce estos matices en ninguna de las modalidades posibles de libertad reproductiva. A ello hay que añadir que este contenido tan amplio no encuentra límites claros, prevaleciendo prácticamente siempre (salvo en supuestos aislados y no muy fundamentados) la libre autodeterminación de la persona y la libertad de investigación científica. Los límites determinados por la protección de la vida prenatal son puramente arbitrarios, tal y como reconocieron a posteriori sus propios defensores y, como tales, ni se respetan mientras están vigentes, ni se duda en rebajarlos en reformas sucesivas.

3.1.3. Conclusión.- De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que no existe ninguna norma de Derecho Internacional Público que consagre el derecho que nos ocupa. En esto existe bastante consenso en la doctrina. A lo que cabe añadir que tampoco se reconoce la perspectiva de género. “No alcanzo a ver cuál es el mencionado pacto internacional garante de la igualdad de la mujer que le reconozca tal derecho a la reproducción a ella sola. En el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se

garantiza, más bien, que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”¹⁰⁰⁰.

Éste es el estado actual de la cuestión. Ahora bien, dentro del Derecho Internacional existe el concepto de “desarrollo progresivo” que “supone que el Derecho Internacional Público no puede ser concebido como un sistema cristalizado y estático, inmovilizado en un momento dado en el pasado o en el presente, sino que ha de ser pensado, formulado y aplicado con un sentido dinámico para hacerlo progresar mirando el hoy y el mañana, tanto en cuanto a su contenido como en cuanto a su naturaleza, sus fuentes y su aplicación. Es un Derecho que posee hoy un profundo carácter evolutivo, que está en desarrollo, enriqueciéndose constantemente¹⁰⁰¹. Por tanto, no es descartable que si los lobbies antinatalistas, por una parte, y los partidarios del empleo de embriones para fines científicos, por otra, siguen ejerciendo su presión, pueda en un futuro hacerse un reconocimiento por un instrumento internacional vinculante, de los derechos a los que nos hemos referido. Este es un problema que puede plantearse también en los Derechos internos, por lo que más adelante analizaremos la cuestión relativa a si cabe hablar de la creación de nuevos derechos fundamentales y su fundamentación.

4. Constituciones nacionales y doctrina del Tribunal Constitucional

Una vez concluida la inexistencia de reconocimiento de la libertad reproductiva en los Tratados internacionales, se hace necesario determinar si en el derecho interno de los Estados se ha reconocido en sus respectivas Constituciones. Para responder de manera simple a esta cuestión puede afirmarse que salvo algún supuesto aislado como la

¹⁰⁰⁰Bellver *Op. cit.* Pág 55 y 56.

¹⁰⁰¹Gros Espiell, H. Las Declaraciones de la UNESCO en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del Derecho Internacional en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L y Peris Riera J.M. Coords. Editorial Dykinson. Madrid. (2005). Pág. 23.

Constitución mexicana, la de Ecuador o la de la República de Sudáfrica¹⁰⁰², el derecho a la libertad reproductiva no se menciona expresamente en ningún texto constitucional. En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo en la sentencia Meyer versus Nebraska de 1923 hizo referencia a esta cuestión sin mucha profundidad. Dice esta sentencia en relación con lo establecido en la decimocuarta enmienda que la libertad que protege la misma comprende el derecho a casarse, fundar un hogar y criar hijos. Desde luego, la formulación de esta sentencia no ampara el derecho tal y como lo hemos definido y si nos fijamos en la fecha, el Magistrado que la redactó, no podía ni imaginar un contenido semejante. De hecho, incluso la liberal Warnock afirma que “no hay ley positiva en el Reino Unido, ni hasta donde yo sé, en otros países, que otorgue a la gente el derecho a concebir, o a ser ayudada en la concepción¹⁰⁰³”.

Nuestra norma fundamental no constituye una excepción: “La Constitución española no reconoce (...) un derecho expreso a tener hijos”¹⁰⁰⁴. Téngase en cuenta, además, que en el debate constituyente se discutió acerca de si hacer una enumeración exhaustiva de derechos fundamentales o si bastaba hacer una remisión a los tratados internacionales sobre la materia de los que España sea parte. Aunque el artículo 10.2 hace una remisión, se optó por articular una enumeración exhaustiva y minuciosa. Parece que sería incongruente entender que hay derechos que no se recogieron expresamente.

Una vez que está claro que no está expresamente reconocido, la doctrina se ha dividido. Unos se han inclinado por negar su reconocimiento por diversas razones: Casado porque entiende que la cuestión no se refiere a si los padres pueden o no tener todos los hijos que

¹⁰⁰²Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. (artículo 4 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Consultado en <http://www.info4.juridicas.unam.mx/rjure/fed/9/5.htm?5=>. La Constitución de Ecuador establece en su artículo 23.25 que sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...)El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual. Consultado en <http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/titulo03.html>. Por su parte, el artículo 12.2 (a) establece que “everyone has the right to bodily and psychological integrity, wich includes the right to make decisions concerning reproduction”. Consultado en <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/english-09.pdf>

¹⁰⁰³Warnock, M. *Op. cit.* Pág. 30.

¹⁰⁰⁴Gómez Sánchez, Y. *Op. cit.* (1994). Pág. 40.

quieran, sino sobre si deben ser puestos a su disposición todos los medios posibles para ello¹⁰⁰⁵. Bustos Pueche porque el objeto del derecho son las cosas y no las personas, por lo que no cabe un derecho al hijo. Este autor considera que es un contrasentido reconocer un derecho no exigible: “¿a quién se impone la obligación de prestación? Porque es posible que el marido o compañero esté dispuesto a aportar el semen para fecundar a su mujer o compañera, pero ¿si no está o no puede? Cabe la aportación del donante ¿y si no hay donante voluntario? (...) La conclusión no es discutible: nadie está obligado a realizar el comportamiento que sería preciso para satisfacer semejante derecho”¹⁰⁰⁶. También Vila-Coro dice que no procede atribuir un derecho a procrear a la pareja, porque la procreación no depende de la voluntad humana¹⁰⁰⁷. Roca Trías¹⁰⁰⁸ lo niega con base en la Decisión de 1987 del Comité Director de los Derechos del Hombre antes citada.

Aunque la LO 2/2010 no pretende regular con carácter general la libertad reproductiva, señala en su Preámbulo que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. Como esto debía parecerle poco al legislador, reitera en su artículo 3.1 que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal (obsérvese que en la misma frase se recoge libertad y autonomía personal, como si fueran dos derechos distintos), todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.

¹⁰⁰⁵ Casado González, M. El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana, en *Revista de Derecho y Genoma Humano* nº 4 Fundación BBVA/Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto (1996). Pág. 26.

¹⁰⁰⁶ *Op. cit.* Pág. 94.

¹⁰⁰⁷ Vila-Coro, M^a. D. *Introducción a la biojurídica*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. (1995). Pág. 131.

¹⁰⁰⁸ Roca Trías, E. *Biotechnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado*, en *Derechos de reproducción y eugenesia*. Carlos Romeo Casabona (ed.). Editorial Diputación Foral de Vizcaya/Comares. Albolote, Granada (1998). Pág. 131.

4.1. Derecho a la integridad física y moral.- Dejaremos de lado de momento la referencia a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, para centrarnos en la cuestión de si la protección de la capacidad de procreación están garantizados por derechos como el de la integridad física y moral. En principio, no hay inconveniente en aceptar la afirmación de que las decisiones de la persona sobre si reproducirse o no y el momento de hacerlo están dentro del ámbito de este derecho fundamental. Lo que resulta discutible es que ampare un derecho al aborto o el acceso indiscriminado a las técnicas de reproducción asistida. Es imprescindible hacer precisiones pues la referencia de la LO 2/2010 resulta claramente equívoca. Así, en relación con la reproducción pueden darse atentados contra la integridad física, como puede ser la extracción forzosa de gametos o el aborto forzoso. También cuando el embarazo compromete el derecho a la vida de la madre, cuestión que en contra del discurso abortista, se suele abordar en sede médica. Pero no en los términos en los que quiere situarse la LO 2/2010, que asume que cualquier embarazo no deseado es una lesión del derecho a la integridad física de la mujer. De admitirse, quedaría sin efecto la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que exige realizar una ponderación de los derechos y bienes en juego. Una cosa es que incluso un aborto sin indicación no sea castigado penalmente y otro que sea reconocido como derecho. En esta última situación, el Estado incumpliría con su obligación de proteger la vida prenatal, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 que dice que se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional.

4.2 Derecho a la libertad.- Hay palabras que en determinadas épocas tienen un prestigio inmenso. Piénsese en lo que significaba el honor para los caballeros medievales. En nuestra época, si hay una palabra que evoque en todos sin distinción resonancias positivas es libertad. Basta que una idea se cobije bajo su protección para que alcance reconocimiento. Recuerda Alexy que Aldous Huxley en su obra *Eyeless in Gaza* decía que “la libertad es un nombre maravilloso. Eso es por lo que estás tan deseoso de usarlo. Piensas que si llamas al encarcelamiento verdadera libertad, la gente será atraída hacia la prisión. Y lo peor de eso

es que tienes bastante razón”. Añade Alexy que si alguien describe algo como libre, no está en general meramente describiéndolo, sino que está expresando una evaluación positiva y estimulando a su audiencia para que comparta tal valoración¹⁰⁰⁹.

Por eso, diversos autores se han inclinado por incardinar los derechos reproductivos en el derecho a la libertad reconocido en el artículo 17. Aunque el punto 1 de este precepto enuncia el derecho en términos genéricos (toda persona tiene derecho a la libertad), parece que no está regulando un derecho a la libertad, como libre autodeterminación. Esto se ve claramente si analizamos el resto del artículo. En el enunciado inicial además de la libertad se añade “y a la seguridad”, lo que si se interpreta como derecho de autodeterminación general, resultaría un tanto contradictorio. Pero el resto del artículo no deja lugar a dudas: nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley, se establece una duración máxima de la detención preventiva, el derecho de toda persona detenida a ser informada de sus derechos y de los motivos de su detención, el procedimiento de habeas corpus y la remisión a la ley para la fijación del plazo máximo de la prisión provisional. A nuestro juicio, la libertad del artículo 17 no está relacionada con la libre actuación en la vida, sino que establece una inmunidad frente a las detenciones arbitrarias. A la misma conclusión se llega analizando el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce también el derecho a la libertad y a la seguridad. El apartado 1 establece los casos en los que se puede privar de este derecho conforme a la ley. Los siguientes apartados establecen derechos para el privado de libertad: información en lengua comprensible de los motivos o acusación; conducción ante la autoridad legalmente competente y a ser juzgado en plazo razonable o ser puesto en libertad; posibilidad de establecer una garantía para la puesta en libertad; derecho a recurrir ante un órgano judicial para que revise la legalidad de la detención (*habeas corpus*); y derecho a reparación en caso de infracción de lo dispuesto en el artículo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en su Sentencia 89/1987, de 3 de junio. Dicha sentencia no fue dictada en relación con la libertad reproductiva exactamente, sino respecto de la libertad sexual. En todo caso, consideramos relevante su

¹⁰⁰⁹ Alexy, R. *Op. cit.* Pág. 138.

pronunciamiento, por cuanto salvo en el caso de acudir al uso de las técnicas de reproducción asistida, las relaciones sexuales son condición necesaria para el ejercicio de la libertad reproductiva en sentido positivo, salvo que se acuda a las técnicas de reproducción asistida. La sentencia citada resuelve un recurso de amparo interpuesto solicitando que se reconociera el derecho de los reclusos internados en determinado establecimiento penitenciario y sometidos al régimen previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a disfrutar de las comunicaciones especiales con sus familiares y allegados íntimos, en ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18 de la Constitución. Dice la sentencia que la argumentación de la recurrente parte de la premisa de que el derecho a tener comunicaciones especiales forma parte integrante de los derechos fundamentales que se citan. Pues bien, examinando esta cuestión dice el Tribunal que **“para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”**¹⁰¹⁰. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo (...). Lo que importa al asunto que ahora nos ocupa es subrayar la afirmación que antes hacíamos de que **el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente una manifestación de la libertad a secas**”. Una vez sentados estos principios y en relación con lo reclamado en amparo se dice que “la sexualidad sea parte de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinentes”. Si bien es cierto que la sentencia fue dictada respecto de personas que estaban sometidas a una relación administrativa de sujeción especial, al estar cumpliendo una pena privativa de libertad en establecimiento penitenciario, lo es también que la argumentación que se desarrolla tiene una parte de aplicación general (“para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”). También hay que hacer referencia a las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, 137/1990,

¹⁰¹⁰Parece, por tanto, que tampoco existe un derecho a la salud sexual, entendida en los términos de nuestra leyes.

de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero. Éstas fueron dictadas resolviendo recursos de amparo interpuestos por reclusos pertenecientes al GRAPO que mantenían una huelga de hambre y que rechazaban la alimentación y asistencia médica que la Administración penitenciaria les imponía. Obviamente estas sentencias versan sobre el derecho a la vida, pero insisten en que no toda manifestación del derecho a la libertad constituye un derecho subjetivo. Dice la sentencia que la disposición sobre la propia vida constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En contra de esta solución se manifestó Gómez Sánchez ¹⁰¹¹ que abordó la cuestión de las técnicas de reproducción asistida con anterioridad a que el Tribunal Constitucional dictase la sentencia sobre la LRTA de 1988 y considera que el artículo 17 de la Constitución consagra un derecho general a la libertad. Dice la autora que “los supuestos en los cuales el Tribunal se ha pronunciado son distintos a los que planteamos. Por un lado, en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, sobre la restricción de las relaciones sexuales a los reclusos, el Tribunal Constitucional no precisaba concluir que dichas relaciones no forman parte de la libertad personal pues la constitucionalidad de la restricción deriva, a mi juicio de la propia legalidad del internamiento(...) De igual manera cabe concluir en el caso de la alimentación forzosa a los reclusos en huelga de hambre, pues lo que es una determinación individual sobre la propia vida física se convierte, en el caso de los reclusos sometidos a internamiento, en una obligación para los poderes públicos”.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, coincidimos con Díez-Picazo ¹⁰¹² que señala que el valor o bien jurídicamente protegido (por el artículo 17) es la libertad de orientar la propia acción, o más sencillamente, la libertad física, la mera libertad deambulatoria o de movimiento. Y critica la posición contraria diciendo que no es

¹⁰¹¹ *Op. cit.*, (1994). Págs. 47-48.

¹⁰¹² *Op cit.* Pág 261.

infrecuente la creencia de que protege también la libertad genérica de los individuos, que incluye una regla de libertad residual; pero entiende esta autor que el respeto a la libertad residual se encuentra en el artículo 10 en el libre desarrollo de la personalidad, y por tanto, no es al menos en el derecho español, un derecho fundamental. Por su parte, González Amuchástegui no es partidario de proclamar un derecho humano general de libertad que nos obligue a justificar cualquier límite al mismo (en definitiva, a la libertad natural) como si de un límite a un derecho fundamental se tratara¹⁰¹³.

Más recientemente Gómez Sánchez reconoce que en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, el Tribunal Constitucional entiende que sólo tienen carácter de derecho fundamental las manifestaciones de la libertad que expresamente se contengan en la Constitución bajo esta forma jurídica, pero dice: “discrepo de esta restrictiva interpretación del Tribunal Constitucional y he defendido, para un ámbito muy distinto del que ahora nos ocupa, que el apartado primero del artículo 17.1 CE, encierra en su contenido esencial un concepto de libertad como autodeterminación”. Aunque implícitamente, rechaza el concepto omnicomprendido de libertad reproductiva de las Declaraciones de Beijing y El Cairo, pues añade que lo cual no se traduce automáticamente en una correlativa obligación de los poderes públicos de convertir en <<derechos de prestación>> cualquier posible opción libre del sujeto, pero sí en la obligación de no perturbar dichas decisiones libres ni de recortarlas ni restringirlas ni hacerlas especialmente costosas en la medida en la que no interfieran, perturben o violen otros derechos constitucionales”¹⁰¹⁴. Recogiendo estas ideas Iglesias Pais afirma “cuando afirmamos la existencia de un derecho a la libertad reproductiva, no sostenemos la existencia de un derecho a la reproducción entendido como un derecho de prestación de los poderes públicos, sino como un derecho de libertad con fundamento constitucional”. Aunque a continuación matiza que “sólo en este sentido (...) entendemos que existe una libertad de reproducción que impide que se imponga a una persona su propia reproducción cuando manifiesta su propia negativa a reproducirse y actúa en consecuencia”¹⁰¹⁵. Nuevamente, habría que aclarar que se refiere sólo a la mujer. Como

¹⁰¹³ Op cit. Pág. 462.

¹⁰¹⁴ Gómez Sánchez, Y. *Op. Cit.* 2003. Pág 205.

¹⁰¹⁵ Iglesias Pais, M. Fundamentos jurídico-constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. Ed. Ascensión Cambrón Infante. Ed. Trotta. (2001). Madrid. Pág. 142.

vemos, este autor defiende la libertad reproductiva como un derecho de libertad y no de prestación. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos en los que el respeto a la privacy de la mujer no impone al Estado la obligación de establecer un aborto público y gratuito, la Ley 2/2010, en su artículo 18 incluye el aborto entre los ofrecidos en la cartera de servicios comunes del Servicio Nacional de Salud, de forma que se sufraga mediante los impuestos pagados por todos los españoles.

A nuestro juicio existe un argumento adicional para negar que la libertad reproductiva sea un derecho fundamental autónomo recogido en el artículo 17. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, es como su propio nombre indica una ley ordinaria, lo que llevó a plantear a Gómez Sánchez que, como hemos indicado estudió esta cuestión anticipándose al Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad formal de la citada Ley en relación con el desarrollo fundamental a la libertad que debería haberse hecho por Ley Orgánica¹⁰¹⁶. Sin embargo, la Sentencia 116/99 del Tribunal Constitucional no apreció que concurriera tal defecto; el mismo no había sido planteado por los recurrentes, y tampoco de oficio por el Tribunal¹⁰¹⁷. Hay que recordar que la sentencia 116/99, sólo se refirió expresamente al problema de si la regulación de la materia requería Ley Orgánica, en relación con el derecho a la vida y a la integridad física. Se remite la sentencia en este punto a la sentencia 212/1996 que había enjuiciado la constitucionalidad de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Decía esta sentencia que “la referencia del artículo 81.1 de la Constitución no se hace a los contenidos generales de los preceptos afectados sino, directamente a los derechos fundamentales y libertades públicas, de tal modo que ha debido ser este Tribunal quien interpretase qué debe entenderse por tales a los precisos efectos de esta reserva de ley orgánica, habiéndolos identificado, como es sabido, en la Sección 1.ª, con este epígrafe, del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (así, SSTC 76/83, fundamento jurídico 2.º; 160/87, fundamento jurídico 3.º). No basta, pues, con que una determinada exigencia dirigida al legislador, como las que hoy nos ocupan, se

¹⁰¹⁶Gómez Sánchez, Y. *Op. Cit.* (1994). Pág 67.

¹⁰¹⁷El artículo 84 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre establece que el Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por plazo no superior al de diez días con suspensión del término para dictar la resolución que procediere.

encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquéllos también el ámbito de la citada reserva de ley orgánica; el entendimiento estricto de esta reserva que viene haciendo este Tribunal impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del derecho fundamental, en este caso el derecho fundamental de todos a la vida, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los preceptos de la mencionada Sección 1.ª, en este caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del nasciturus, tal como ha quedado recogido más arriba. Debe descartarse, en conclusión, que la Ley 42/1988 haya acometido un desarrollo normativo del derecho fundamental de todos a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución en el sentido del art. 81.1 C.E., que hubiera debido adoptar, por tanto, la forma de Ley Orgánica”. En voto particular el Magistrado J. Gabaldón discrepa de esta conclusión, en razonamiento que compartimos: “la mera consideración de que al nasciturus no le sea atribuible por falta de personalidad jurídica formal el derecho fundamental del art. 15 C.E. no es bastante para concluir que a las leyes cuyas prescripciones afectan directamente a la vida humana en desarrollo no les sea exigible que su procedimiento de emanación sea el de ley orgánica aplicándoles para ello la interpretación estricta que para casos menos llamativos hemos otorgado al art. 81.1 C.E. Con esa interpretación, y la ley aquí impugnada lo pone de manifiesto, puede incidirse negativamente, sin la garantía formal que dicho precepto implica, en la protección a la vida de un ser a quien es obligado proteger y por tanto aplicarle todo lo favorable como si hubiese ya nacido”.

Tampoco su carácter de Ley ordinaria se vio cuestionado en la reforma operada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, ni lo ha sido en la LTRHA. Y esto no es un error o una omisión. En el escrito de contestación al recurso de inconstitucionalidad de la LTRHA de 1988, el Abogado del Estado comenzaba por recordar la doctrina contenida en las SSTC 5/1981 y 76/1983 en orden a la necesaria consideración restrictiva de la exigencia constitucional de Ley Orgánica, negando que tal exigencia sea predicable de la Ley recurrida, en primer lugar, por su específico carácter relativo a la Administración sanitaria, ya que tiende a hacer efectivo un aspecto del derecho a la protección de la salud, recogido en el artículo 43 de la Constitución y por ello excluido del ámbito reservado al legislador

orgánico. La Ley no se presenta, pues, como desarrollo de ninguno de los derechos fundamentales o libertades públicas a que se refiere la reserva de Ley Orgánica.

En definitiva, los defensores de los derechos reproductivos como un derecho amparado en un derecho general de libertad, “coinciden con el discurso de una ética liberal, desde cuyos postulados la autonomía es valiosa en sí misma, por cuanto cualquier elección es buena por constituir un acto libre y autónomo”¹⁰¹⁸. Desde este punto de vista se estaría convirtiendo cualquier conducta relacionada con la procreación en un ilimitado derecho a la autodeterminación. Al Estado le correspondería no sólo respetar las decisiones reproductivas de los ciudadanos cualesquiera que éstas sean, sino también facilitar los medios necesarios para acceder a ellas. Sin embargo, consideramos que el hecho de que una decisión sea libre es sólo un presupuesto para que ella pueda ser enjuiciada desde el punto de vista jurídico.

4.3 Derecho a la intimidad.- Por lo que se refiere a la intimidad, al igual que como veremos ocurre con la dignidad, se trata de un concepto difícil que puede ser analizado desde el punto de vista de la filosofía, el derecho, la psicología o la antropología. Es destacar la aportación de Javier y José Sánchez-Caro¹⁰¹⁹ a quienes seguimos en relación con la evolución histórica del concepto. El término intimidad procede del griego éntos, que significa dentro; de ahí pasa al latín (intus), con el comparativo (interior) y superlativo (intimus, lo más dentro). En castellano puede distinguirse un doble aspecto de la intimidad, el que opone exterior e interior y el que opone público con privado. El Diccionario de la Real Academia, define intimidad, en su segunda acepción como zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. En el Diccionario de uso del español de María Moliner, se define como conjunto de sentimientos y pensamientos que cada persona guarda en su interior, círculo formado exclusivamente por personas en las que hay intimidad y partes exteriores del cuerpo del hombre o de la mujer. En el Diccionario del español actual de Manuel Seco, aparece definido como ámbito íntimo y

¹⁰¹⁸Junquera de Estéfani, R. y de la Torre Díaz, F.J. *la reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. (2013). Pág. 50.

¹⁰¹⁹Sánchez-Caro, Javier y Sánchez-Caro, Jesús. Evolución y fundamentado del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos, en *Gen-ética*, Federico Mayor Zaragoza y Carlos Alonso Bedate (coords.). Editorial Ariel, Barcelona (2003). Págs.207 a 233.

reservado de una persona o de un círculo pequeño de personas; parte íntima del pensamiento y del sentimiento de una persona: la intimidad se conforma con nuestros pensamientos, opiniones y actitudes, todo aquello que no es posible que nadie conozca si no lo damos a conocer. La etimología y el significado que dan los distintos diccionarios ya apuntan claramente en una determinada dirección.

Si bien en Grecia y Roma no era desconocida completamente la idea de intimidad, prácticamente hasta Séneca no hay un interés sobre la interioridad. Pero fue la llegada del cristianismo la que sitúa en la vida anímica el centro de la comprensión y el manejo de la realidad entera. El primer pensador que reflexionó sobre la intimidad propiamente dicha, utilizando *intimus* en el sentido de interioridad, y convirtiéndolo en lo más propio de su filosofía, fue San Agustín. Para él, el hombre es un ser con *intus*, una nueva dimensión de la realidad, un modo inédito de ser, un ser que se posee y vuelve sobre sí, retorna desde su exterior. La idea de persona en San Agustín deja de tener la connotación de exterioridad para enfocarse en la intimidad.

Modernamente, desde el punto de vista jurídico, la intimidad tiene tres usos principales: intimidad física, intimidad de la información e intimidad decisoria. Mientras que las dos primeras no plantean problemas conceptuales (sólo se trata de ponderar con base en los hechos del caso concreto si el derecho a la intimidad ha sido vulnerado), la tercera suscita un enorme desacuerdo. Es la propia de la *privacy* norteamericana que significa que el individuo tiene capacidad para tomar sus propias decisiones y actuar de acuerdo con ellas, libre de interferencias gubernamentales o de otro tipo. La doctrina de la *privacy* es una de las que pueden denominarse singularidades propias de la construcción de la jurisprudencia sobre el aborto, en el que determinadas categorías jurídicas alcanzan un contenido que no se aplica en otros campos. Su origen está en las sentencias *Griswold v. Connecticut*, y *Eisenstadt v. Baird* sobre el uso de anticonceptivos. En la segunda se afirmaba que “que si el derecho a la privacidad significa algo, supone el derecho de todo individuo, soltero o casado de quedar libre de injustificadas intromisiones gubernamentales en asuntos que afectan tan fundamentalmente a las personas como la decisión de engendrar un niño. Sin embargo, como hemos visto, se ha condicionado la libertad condicional de mujeres o la percepción de ayuda de la beneficencia pública a que usaran *Norplant*, lo que es una

violación flagrante no sólo de su intimidad sino de su integridad física. En Roe, el Tribunal Supremo consagró la idea de que el derecho a la privacidad, tanto si está fundado en el concepto de libertad personal y no restricción por parte de la acción del Estado de la Decimocuarta Enmienda o en la reserva de derechos a las personas que hace la Novena Enmienda, es suficientemente amplio como para englobar una decisión de la mujer sobre si poner fin o no a su embarazo. Y eso que en la propia Roe se afirma que “la mujer no puede ser aislada en su privacidad. Porta un embrión y, más tarde, un feto (...). La situación es, por tanto, intrínsecamente diferente de la intimidad matrimonial, o la posesión privada de material obsceno o del matrimonio, de la procreación o de la educación...”. También la privacy se ha utilizado para proteger a las clínicas abortistas de las manifestaciones contra el aborto. *Madsen v. Women's Health Center, Inc*, de 1994 señaló que el interés del Estado en la privacidad del hogar se extiende a la privacidad médica.

Pero para otros, la intimidad decisoria no debería ser considerada como intimidad propiamente dicha. Entre otras razones, esgrimen la de que al ser un aspecto de la libertad o de la autonomía, se sitúa aparte de las formas más típicas de intimidad, como el aislamiento, la soledad y el anonimato. Así, se ha afirmado que la mujer sobre su cuerpo, tiene control sobre el sexo y los métodos anticonceptivos que son íntimos y personales, pero el tema del aborto no es ni íntimo, ni personal¹⁰²⁰. El derecho a la intimidad implica una accesibilidad limitada, física y a la información, y resultaría confuso pensar que este derecho se pueda reconducir a un derecho a ser libre para hacer algo o a un derecho para actuar autónomamente. Lo que el artículo 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.

El Tribunal Constitucional español parece que también se inclina por el criterio de separar libertad e intimidad y su doctrina respecto del contenido de esta última que ha ido perfilando a lo largo del tiempo, difiere bastante del que se pretende en la LO 2/2010, lo

¹⁰²⁰Alcorn, R. *Pro life answers to pro choice arguments*. Mulnomah Books. Colorado Springs (2000). Pág. 115.

que no sorprende si tenemos en cuenta el tenor literal del artículo 18 de la Constitución. De las tres variantes antes mencionadas, el Tribunal Constitucional ha reconocido sólo las dos primeras y ha declarado que dicho derecho deriva sin duda de la dignidad de la persona, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Son muy numerosas las veces en que se ha pronunciado sobre esta cuestión. Con carácter general ha señalado que este derecho es propio de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, de 1 de diciembre, F. 3; 57/1994, de 28 de febrero, F. 5; 70/2002, de 3 de abril, F. 10; 233/2005, de 26 de septiembre, F. 4, entre otras muchas). Sin embargo, no es un derecho absoluto, «como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 98/2000, de 10 de abril, F. 5, 186/2000, de 10 de julio, F. 5; 156/2001, de 2 de julio, F. 4)» (STC 70/2002, de 3 de abril, F. 10).

Aunque luego esta doctrina general se especifica en cada caso concreto, por lo que resulta de interés hacer un repaso somero sobre sus pronunciamientos. En general, tienen relación bien con la intimidad puramente física como los registros a reclusos: sentencia 196/2006, de 3 de junio, sobre el control de orina de un recluso para lo que tenía que desnudarse y dar la muestra cubierto con una bata, con objeto de evitar la alteración de la misma y la sentencia 106/2012, sobre el registro a la celda de un recluso sin previo aviso. En ambos casos no se estimó violación del derecho. Por el contrario, en la sentencia 89/2006, de 27 de marzo, también sobre un registro de celda, la estimación se basó en que no se dieron razones convincentes que justificaran la ausencia de toda información simultánea o posterior acerca de la intensidad y resultado del registro; la de 57/1994, de 28 de febrero, por ordenarse a un recluso desnudarse completamente y realizar flexiones en el registro que le fue realizado después de una comunicación especial. En la 204/2000, de 24 de julio, respecto de un interno al que se había obligado a desnudarse para un registro, al entender

que la medida no estaba justificada en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del Centro, ni tampoco se advierte que fuese llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial; en el mismo sentido la sentencia 218/2002, de 25 de noviembre.

Respecto de pruebas biológicas, la sentencia 221/1990, de 31 de mayo, sobre negativa a someterse a prueba biológica de paternidad o la sentencia 234/1997 y la 206/2007, sobre análisis de sangre practicado para determinar el nivel de alcohol en sangre que no se estimaron vulneradores del derecho. No así la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, respecto de un análisis del cabello, pues se pretendía averiguar si el imputado en un proceso penal era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser, por estar acordada en unos términos objetivos y temporales muy amplios; o la sentencia 25/2005, de 14 de febrero, relativa a prueba pericial forense sobre hemoconcentración alcohólica realizada en base a analítica contenida en historial clínico sin esa finalidad.

También en cuanto al acceso a la información personal, la sentencia 196/2004, de 15 de noviembre sobre reconocimiento médico obligatorio establecido por la empresa; el auto 57/2007, de 26 de febrero, que inadmite un recurso de amparo dirigido contra el control de acceso en dependencias de la Administración, basado en el los datos biométricos de la mano. El auto 272/1998, de 3 de diciembre, sobre pruebas psicológicas en proceso de selección de becarios.

La sentencia 173/2011, de 7 de noviembre, sobre la investigación sobre un ordenador de un pedófilo sin autorización judicial. Las Sentencias 233/2005 y 233/2005 de 26 septiembre, de donde se trataba de inspección de datos con trascendencia tributaria obrantes en poder de entidades crediticias, para lo que se solicitaron fotocopias de cheques emitidos y del destino de los gastos efectuados; también en materia tributaria la sentencia 143/1994, de 9 de mayo, contra la normativa relativa al número de identificación fiscal. O el auto 600/1989, de 11 de

diciembre sobre la entrega de historial médicos de pacientes una vez concluido en contrato de gestión de la empresa con la Administración. En estos casos consideró que no se había violado tal derecho.

Por el contrario, sí estimo el amparo en la sentencia 159/2009, de 29 de junio, interpuesto contra la decisión del Ayuntamiento de San Sebastián de cesar a un policía municipal en prácticas, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación, por padecer diabetes, dato facilitado por un miembro del Tribunal médico, pues se trataba de una información sobre el estado de salud obtenida al margen de todo procedimiento. También la sentencia 185/2002, de 14 de octubre, que consideró que un diario había vulnerado el derecho a la intimidad de una joven violada, pues en los reportajes publicados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad.

Respecto de acoso sexual, los autos de 136/2001 y 107/2003, de 3 de junio, que no estimaron los hechos como constitutivos de tal agresión y la sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, que se estimó por ser constitutivos de una conducta libidinosa por parte del agresor, que no era deseada por la destinataria y fue suficientemente grave por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora. Se califican tales hechos como una vulneración del derecho a la intimidad personal, pues ha sido en el artículo 18 CE, donde la jurisprudencia de este Tribunal ha venido enmarcando dicha reclamación, “al tratarse de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana”.

En una cuestión relacionada estrechamente con la reproducción, la sentencia del Tribunal Constitucional 89/1987 dice tajantemente que “tampoco cabe discutir, es obvio que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más

sagrados, pero lo que el derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres”.

A la misma conclusión de que intimidad no es sinónimo de autodeterminación, se llega observando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada. El derecho a la intimidad en sentido estricto comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (STEDH Dudgeon contra Reino Unido de 23 de octubre de 1981). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (STEDH Smith y Grady contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999). La protección del derecho a la intimidad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que puedan producirse contra los mismos (STEDH X e Y contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1985). Vulnera el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (SETDH B. contra Francia, de 25 de marzo de 1992). Anteriormente, hemos citado una jurisprudencia del Tribunal Europeo respecto de la vida familiar que se aproxima en cierta forma a la norteamericana, pero con la diferencia de que admite un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en estas cuestiones que afectan a asuntos morales sensibles y en los que no existe consenso entre los firmantes del Convenio.

4.4. Libre desarrollo de la personalidad y dignidad.- Tal y como menciona la Exposición de Motivos de la LO 2/2010, se ha fundamentado la libertad reproductiva en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad. A diferencia de lo que ocurre en la Ley Fundamental de Bonn, nuestra Constitución no recoge en el elenco de derechos fundamentales el libre desarrollo de la personalidad ni la dignidad. De forma que el artículo 10.1 de la Constitución española ha sido catalogado por algunos como el principal precepto

constitucional y, por otros como una nueva muestra de retórica constitucional sin valor real¹⁰²¹.

4.4.a) Libre desarrollo de la personalidad.- Otra forma de incardinar el macroconcepto de libertad reproductiva es trasladar de alguna manera lo dicho respecto del derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, al libre desarrollo de la personalidad. Tendría un valor prácticamente ilimitado y supondría que, además de los derechos de libertad reconocidos expresamente en nuestra Constitución, existe un reconocimiento genérico que ampararía determinadas manifestaciones de *agere licere* y que obligaría, en caso de restricción, a justificar qué otro derecho constitucional ampara la misma. Sin embargo, incluso aunque se considerase que se trata de un derecho fundamental, como ocurre en Alemania¹⁰²², el Tribunal Constitucional alemán ha interpretado el precepto de forma que, se reconoce, por un lado, como garantía de la libertad general de acción del particular, pero por otro, como un ámbito accesible a toda restricción contenida en el marco de las restantes determinaciones constitucionales. Hay que señalar que tratándose de actuaciones englobadas dentro del llamado *agere licere*, las posibles conductas englobadas en el mismo son prácticamente ilimitadas y sólo pueden analizarse en aquellos casos en que se ha producido un conflicto porque la actuación choca con otros bienes y derechos. Así el Tribunal Constitucional alemán ha resuelto diversos casos. En el caso llamado *Cabalgata en el bosque* (BVerfGE 80, 137¹⁰²³), el Tribunal consideró que las actividades de recreación en el bosque como la cabalgata, la caminata o la excursión y el paseo en bicicleta, constituyen actos que se hallan bajo el ámbito de protección de libertad general de actuación. En este contexto, resolvió que la restricción de la cabalgata a sólo determinados caminos constituye una restricción legítima de libertad de actuación de quienes lo practican, con la finalidad de proteger y posibilitar la recreación también de excursionistas y ciclistas. Enjuiciando una Ley que regulaba las colectas (BVerfGE 20¹⁰²⁴), el Tribunal

¹⁰²¹ Asís Roig, R. La apertura constitucional: la "dignidad de la persona" y "el libre desarrollo de la personalidad" como fundamentos del orden político y de la paz social, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Editorial Comares. Granada (2002). Pág. 173.

¹⁰²² Jeder hat das Recht auf die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit, so weit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (todos tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que no se violen los derechos de los demás y no se atente contra el orden constitucional o la ley moral).

¹⁰²³ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv080137.html>

¹⁰²⁴ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv020150.html>

entendió que las colectas a iniciativa privada con fines específicos constituyen ejercicio de la libertad general de actuación. La sentencia consideró que la exigencia de una autorización administrativa para practicarla, habilitaba una discrecionalidad administrativa desvinculada del derecho. Lo mismo se resolvió en BVerfGE 17¹⁰²⁵, respecto de la exigencia de autorización administrativa para el transporte de personas a través de vehículos particulares a cambio del reembolso de gastos mínimos. Además de un supuesto de ejercicio de libertad general de acción de los propietarios de dichos vehículos, dice el Tribunal que se trata de una antigua forma de transporte y de relación humana. La seguridad del transporte y del propio acompañante puede justificar una medida de protección por parte del Estado, pero la autorización administrativa es un medio inadecuado para ello. En otro caso (BVerfGE 54¹⁰²⁶), se consideró que la alimentación de palomas en lugares públicos como calles y parques constituye también el ejercicio del derecho a la libertad general de actuación, en cuanto manifestación de afecto a los animales. Sin embargo, respecto de una norma prohibitiva municipal de darles de comer, se consideró que la misma era proporcionada en tanto se trata de una intervención que se justifica en considerables intereses generales, concretamente, en la salud, a través de la garantía de la limpieza pública. En cuanto a limitación de horarios comerciales, dice la sentencia del caso BVerfGE 13¹⁰²⁷ que la compra y la explotación de un local comercial constituye ejercicio de la libertad general de actuación, pero la restricción de horario de apertura, aunque es una limitación de tal derecho, no es desproporcionada. Por último, respecto de un policía que llevaba el pelo largo, se afirma, esta vez por el Tribunal Administrativo Federal (BVerwG 2 C 3.05¹⁰²⁸, sentencia de 2 de marzo de 2006) que la determinación sobre la conformación de la apariencia externa aun en el servicio público es una cuestión de responsabilidad propia que forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La justificación del uniforme de policía de identificar a sus agentes y las medidas que adopta y la función de transmitir la neutralidad del uniforme (es decir, que no es el individuo el que actúa, sino el Estado) no se ve afectada por el pelo largo. Concluye que en la sociedad contemporánea no puede considerarse el pelo largo como incorrecto o no serio.

¹⁰²⁵ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv017306.html>

¹⁰²⁶ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv054143.html>

¹⁰²⁷ Texto en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013225.html>

¹⁰²⁸ Texto en <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=020306U2C3.05.0>

Como adelantábamos, la enorme diversidad de supuestos impide extraer criterios de validez general, todo depende de la ponderación de cada caso concreto. El libre desarrollo de la personalidad puede abarcar cualquier prácticamente cualquier conducta, pero las limitaciones que pueden imponerse a cada una de ellas son muy variadas y, admiten una mayor amplitud cuando los derechos, valores o intereses con los que la conducta entra en conflicto son relevantes. Así ocurre en el caso de que el libre desarrollo de la personalidad choque con el derecho a la vida. Así, lo destacó el Tribunal Constitucional en su sentencia BVerfGE 39,I, de 25 de febrero de 1975, como indicábamos más arriba: la obligación del Estado de tomar la vida en desarrollo bajo su protección, dice la sentencia, existe, incluso contra la madre. El derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, el cual tiene como contenido la libertad de comportamiento, en un sentido amplio y, por consiguiente abarca la responsabilidad personal de la mujer a decidir en contra de la maternidad y de las responsabilidades que se derivan de ella, puede también demandar reconocimiento y protección. Este derecho, sin embargo, no está garantizado sin límites. Añade que un compromiso que garantice la protección de vida del que va a nacer y permita a la mujer la libertad de abortar no es posible, por cuanto la interrupción del embarazo siempre significa la destrucción de la vida no nacida. Es terminante señalando que el ordenamiento jurídico no puede hacer del derecho de autodeterminación de la mujer la única guía del proceso legislativo. El Estado debe actuar partiendo de un deber de llevar el embarazo a término y, por tanto, ver su interrupción como injusta. La condena del aborto debe ser claramente expresada en el ordenamiento legal. Debe evitarse la falsa impresión de que la interrupción del embarazo es el mismo proceso que, por ejemplo, acudir al médico para curar una enfermedad o una alternativa legalmente irrelevante para evitar el embarazo. El Estado no puede abdicar de su responsabilidad ni siquiera a través del reconocimiento de un área de libre actuación por la cual el Estado se abstiene de hacer juicios de valor y abandona al criterio del individuo su actuación, según su propio sentido de responsabilidad.

Si esto es así en un Estado en que el libre desarrollo de la personalidad aparece reconocido expresamente como derecho fundamental, con mayor razón puede decirse respecto de una Constitución como la nuestra que no lo reconoce como tal. La doctrina es bastante unánime en esta consideración. Así, se ha dicho que los Tribunales Constitucionales, a la hora de interpretar y aplicar esta expresión parten de una visión restringida, “todo lo más se le considera un derecho genérico o matricial al que se recurre en aquellos casos en que la

defensa de algún interés legítimo del individuo no puede efectuarse recurriendo a alguno de los derechos o libertades expresamente contemplados en algún otro precepto constitucional o legislativo”¹⁰²⁹. No existe claridad acerca del alcance del libre desarrollo de la personalidad tal y como aparece recogido en nuestra Constitución, de forma que para algunos es un principio interpretativo, para otros es el reconocimiento de un derecho general a formar libremente el plan de vida y, finalmente, otros lo consideran plasmación del valor libertad. En todo caso, si los principios rectores de la política social y económica, reconocidos expresamente, no dan lugar a una exigibilidad directa, sino que necesitan una regulación legal, mucho menos cabe entender que el libre desarrollo de la personalidad engloba un derecho fundamental amplísimo, ni que pueda ser invocable en un recurso de inconstitucionalidad o de amparo. Los que conciben el libre desarrollo de la personalidad como el derecho de hacer con la propia vida lo que uno quiera, deberían explicar, por ejemplo, por qué se prohíbe circular sin cinturón de seguridad, el tráfico de drogas o la venta de órganos. Parece que lo correcto es considerar el libre desarrollo de la personalidad como el derecho a tomar decisiones autónomas, pero dentro de un marco de valores común y mínimo, respetando no sólo los derechos de los demás, sino también otros bienes jurídicos. El ejercicio de la libertad hace que se abran y se cierren puertas. Si dedico mi vida al estudio, lógicamente no podré ser un deportista de elite, aunque podré desarrollar, por ejemplo, una investigación científica, lo que, a su vez, me permitirá decidir entre distintas posibilidades. Lo que resulta un tanto infantil es pretender que nuestras decisiones no produzcan consecuencias indeseadas. Si fumo, bebo alcohol y como de forma no saludable estoy ejerciendo mi libertad, pero lo más probable es que, pasados unos años, tenga problemas físicos y de salud que me impedirán hacer determinadas cosas, limitarán mi libertad. En definitiva, no parece admisible una concepción del libre desarrollo de la personalidad, “donde libre quiere decir algo que se parece a espontáneo, arbitrario o instintivo: en el sentido o contenido decidido por él mismo, de acuerdo con sus apetencias o preferencias de cada momento”¹⁰³⁰. El libre desarrollo de la personalidad no puede ser considerado como un derecho fundamental abierto y susceptible a modo de cajón de sastre para dotar de cobertura constitucional a ciertos comportamientos sociales basados en el

¹⁰²⁹Angulo Sánchez, N. *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, contenido, objetivos y sujetos*. IEPALA Editorial. Madrid (2005). Pág. 80.

¹⁰³⁰Ollero Tassara, A. Derecho a la vida ¿derecho a la muerte? La libre autodeterminación personal y las imprecisas fronteras del derecho en *El libre desarrollo de la personalidad*. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995). Págs. 89-122.

libre albedrío individual o grupal¹⁰³¹. Añade este autor que la Constitución fue fruto de un delicado consenso y el Tribunal Constitucional debe manejar con gran cautela las ideas y principios generales que, aún recogidos en el texto constitucional no significan lo mismo para las diferentes corrientes ideológicas que fraguaron el consenso. De ahí que el Tribunal Constitucional no se basa en el libre desarrollo de la personalidad como *ratio decidendi* de los fallos, pues el debate es más fácil cuando se razona sobre textos concretos que cuando se invocan declaraciones generales.

Todo lo señalado no supone que el reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad sea una mera cláusula de estilo sin eficacia jurídica alguna, sólo impide que su violación sea demandada subjetivamente con la sola apoyatura del artículo 10.1 de la Constitución y necesite la invocación del derecho concreto en el que apoyar la pretensión. Quesada considera que el libre desarrollo de la personalidad se logra y potencia haciendo valer, sobre todo, los derechos inviolables inherentes a la persona que alude el artículo 10 de la Constitución y considera que esos derechos son los llamados derechos de la personalidad¹⁰³². La invocación al libre desarrollo de la personalidad sirve como pauta interpretativa, en la medida en la que el ejercicio del derecho fundamental conecte más estrechamente con tal desarrollo. En este sentido es interesante la construcción que hace Campoy¹⁰³³. No coincidimos con el punto de partida que propone, que no es otro que abandonar la dignidad como fundamento último de los derechos fundamentales, pero sí en relación con el libre desarrollo de la personalidad que configura en torno a la idea de que hay que reconocer, respetar y proteger el desarrollo de la vida conforme a lo que la persona considere que es lo más adecuado para la consecución de su idea de dignidad humana o, dicho de otra forma, se trataría de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida. Esta formulación, a secas, no se diferenciaría nada de los criterios liberales y utilitaristas que hemos visto que están detrás de la construcción del modelo de libertad reproductiva que ha acogido la legislación española. Pero el autor lo

¹⁰³¹Espinar Vicente, J.M. Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social en *El libre desarrollo de la personalidad*. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995). Pág. 72.

¹⁰³²Quesada González, M^a. C. El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico, en *Anuario de derecho civil. T. 47, fasc. 2* (abril-junio 1994). Pág. 252.

¹⁰³³Campoy Cervera, I. Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de derechos en *Anuario de filosofía del Derecho*. Ministerio de Justicia. Madrid (2005). Pág. 147.

complementa con los valores de igualdad y solidaridad. Indica que hay que superar cualquier consideración que predique sólo de un grupo de hombres, cualquiera que sea, el objetivo de la consecución del desarrollo de la vida humana digna y que hay que respetar la realización de las acciones que las personas emprendan para la efectiva consecución de sus planes de vida siempre que con las mismas no se esté perjudicando directamente el plan de vida de otras personas. Un plan de vida no puede realizarse a costa de impedir o dañar la consecución de otro plan de vida. Se trata así de complementar el individualismo que está en la base de todo el sistema de los derechos fundamentales. Incluso este autor considera que los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no se han de limitar sólo a los hechos en beneficio de individuos identificables, sino que también se pueden exigir en nombre de la colectividad, con la finalidad de que el mayor número posible de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada una de ellas se haya dado, aunque reconoce que es lógico tener una fuerte prevención frente a la fuerte incursión de la colectividad. Quizá la solución sea afirmar que el individuo y comunidad no son compartimentos estancos, sino polos que están en tensión. Habrá en cada momento que acentuar uno u otro principio, sin que sea admisible la anulación de uno u otro.

Y en relación con la libertad reproductiva y, en igual sentido que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán citada, Ollero¹⁰³⁴ sostiene que dentro del voluntarismo individualista que considera que es derecho toda aquello que puedo querer porque nadie me lo ha prohibido, tampoco una eventual despenalización parece plantear problemas especiales. Simplemente, una norma excepcional permite ahora realizar una conducta que antes llevaba aparejada una sanción. Resulta inevitable preguntarse si cuento en adelante con un nuevo derecho. El Abogado del Estado, en defensa del originario proyecto despenalizador del aborto, señaló que, con independencia de posibles discusiones de tipo valorativo, es necesario analizar el alcance del precepto impugnado, que se limita a despenalizar ciertos supuestos de aborto con carácter excepcional. Para este autor, no nos encontramos siquiera ante una manifestación del agere licere, fronteriza con el derecho, sino ante una conducta drásticamente prohibida, aunque exenta de sanción penal, no ante una acción permitida, sino simplemente no castigada. Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad se

¹⁰³⁴Op. cit. págs. 89-122.

presenta desde el punto de vista de la madre. No obstante, Gabaldón¹⁰³⁵ indica que el libre desarrollo de la personalidad se dirigirá, en primer término, a la protección del desarrollo biológico, para permitir que el camino germinal del embrión no sea interferido ni impedido. Aquí el término libre no significaría, pues, ejercicio de la propia libertad sino obligación de respetar la integridad y el desarrollo de toda la persona humana libre de toda intervención.

Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional español, no es especialmente clarificadora, pero cabe concluir que de la misma no puede entenderse el libre desarrollo de la personalidad como el principio que ampare los derechos reproductivos en los términos a los que nos hemos referido. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/94, relativa a la esterilización de incapacitados psíquicos, ya mencionada, señala que “el ejercicio de su libertad de procreación, se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución”, pero de ahí no extrae conclusión alguna. Se trata de un razonamiento obiter dicta, respecto de una medida que considera ajustada a la Constitución, siempre que se cumpla con una serie de requisitos formales que garanticen el respecto de los derechos del incapaz. En otros pronunciamientos ha indicado que la configuración de la autonomía individual se entiende, por lo general, integrada en el libre desarrollo de la personalidad (Sentencia 93/92, sobre sanción a una farmacia por no cumplir con los horarios de apertura establecidos por el Colegio) y añade que la referencia al libre desarrollo de la personalidad, está en conexión con todos los derechos y, de forma muy directa, con los llamados derechos de la personalidad (sentencias 214/1991 –sobre manifestaciones a un medio de comunicación negando el holocausto- y 57/1994). Es un principio o norma constitucional (Sentencia 120/1990) plasmación del valor superior libertad, principio general inspirador de la autonomía del individuo para elegir entre diversas opciones vitales de acuerdo con los propios intereses y preferencias (Sentencia 132/1989). Siendo un principio constitucional cardinal vincula a todos los poderes públicos y deberá ser tenido en cuenta en el desarrollo normativo de los derechos, deberes y libertades proclamados en el Título I. En su sentencia 184/1990 resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el tema de la pensión de viudedad en las parejas de hecho. Dice que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al

¹⁰³⁵Gabaldón López, J. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida, en *Persona y derecho : revista de fundamentación de las instituciones jurídicas* n° 44 (2001). Pág. 145.

supérstite de una unión de hecho, la ley no le reconozca una pensión de viudedad. El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos tratasen de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial. Añade que es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o soltero está íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio. La doctrina que puede extraerse de esta sentencia es que el libre desarrollo de la personalidad permite adoptar decisiones vitales, pero eso no obliga a que el legislador deba otorgarles un reconocimiento legal idéntico, es decir que, pueden adoptarse decisiones libres, pero ello tiene consecuencias y la Constitución no ampara el pretender eludirlas.

4.4.b) La dignidad.- Todo aquél que no siendo especialista en Derecho Constitucional aborda el estudio de la dignidad, experimenta un sentimiento de absoluta perplejidad. De la lectura de los textos constitucionales y de los tratados internacionales se desprende la especialísima relevancia que otorgan éstos a la dignidad. “En la historia de la Humanidad, jamás un valor fundamental alcanzó tal grado de adhesión, ni más cuidada regulación en los Derechos positivos, ni tantas organizaciones para velar por su respeto y protección”¹⁰³⁶. Sin embargo, no existe otro concepto más discutido, de forma que “la doctrina jurídico-constitucional no ha establecido todavía un concepto satisfactorio de tal expresión”¹⁰³⁷. No se trata de una opinión aislada, es una constante en la doctrina: “en época alguna expresiones como dignidad o personalidad del hombre estuvieron tan en boca de todos como hoy. Sin embargo, en ningún tiempo fue tan radicalmente problemático aquello que significa y quiere decir en realidad eso que calificamos y designamos, en los textos de las Constituciones estatales y los programas de los partidos políticos como dignidad humana”¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶González Pérez. *Op. cit.* Pág. 293.

¹⁰³⁷De Esteban y González Trevijano *Op. cit.* pág. 36.

¹⁰³⁸Mainhofer, W. *Estado de Derecho y dignidad humana*. Editorial B de F, Montevideo, Uruguay (2008). Pág. 1.

En cuanto a su origen, Díaz de Terán¹⁰³⁹ citando a Melendo y Millán-Puelles recuerda que la relación entre lo digno y lo absoluto empieza a ponerse de manifiesto en cuanto se atiende a la etimología de la palabra “dignidad”. Su origen se remonta, por lo menos, al término griego axioma. Los axiomata designaban aquellos puntos de partida absolutos, innegables e indudables, a los que por fuerza había que retrotraerse para cimentar e incrementar, desde el punto de vista lógico, cualquiera de nuestros conocimientos. En latín medieval los axiomas griegos son llamados dignitates. Los axiomas son indemostrables y por ello constituyen el fundamento de toda demostración. El axioma es un dato que en sí mismo es evidente y que es fruto de una intuición sobre los contenidos ofrecidos en la experiencia. En las ciencias especulativas existen varios principios en un género, por ejemplo, en las matemáticas se comienza por nociones inmediatas como las de número, dimensión, igualdad, mayor, menor, adición, etc. En la física, los principios son los propios del conocimiento del ente sensible en cuanto sensible: cuerpo, materia, luz, calor, movimiento, etc.¹⁰⁴⁰

Inicialmente el término dignidad se identificó con el de integridad moral en el ámbito de la vida pública. Así sucede en Roma. Pero los propios romanos, en particular, Cicerón, empezarán a utilizar el término para referirse a la excelencia de la naturaleza humana. Esta intuición se hace firme con el cristianismo, para el que el respeto al ser humano no está condicionado por su excelencia moral o por cualquier otra cualidad sino por la igual participación de todos en la filiación divina¹⁰⁴¹. Santo Tomás señala que la persona es lo más perfecto que existe en toda la naturaleza, es decir lo que subsiste en la naturaleza racional por lo que el término persona se utiliza para designar precisamente aquellos seres que poseen una dignidad intrínseca, es decir ontológica, propia de todos los seres humanos por igual. En este sentido tomista, Hoyos¹⁰⁴² ha sistematizado la doctrina de Javier Hervada

¹⁰³⁹ *Op cit.* Pág. 138.

¹⁰⁴⁰ Guerra López, R. La persona es fin y no medio. El fundamento normativo de la bioética personalista en *Bioética personalista: ciencia y controversias*. Gloria María Tomás y Garrido y Elena Postigo Solana (Editoras) Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid (2007). Pág. 59 y 60.

¹⁰⁴¹ Ver Pedreira Cárdenas, M. La dignidad de la persona, en: *Estudios jurídicos. ISSN 1888-7740* (2007). Pág 6.

¹⁰⁴² Hoyos Castañeda. I. M. De la dignidad humana como excelencia del ser personal: el aporte de Javier Hervada, en *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas n°* 52. Págs. 79-120.

sobre esta cuestión: la dignidad radical del hombre descansa en su naturaleza racional o espiritual. Ello implica que el ser personal no depende ni intrínseca ni constitutivamente de la materia, que la persona es más que la mera individualización o realización existencial de la naturaleza humana, que el hombre es fin en sí mismo, por antonomasia, que la persona humana se presenta y se encuentra con los demás como un bien en sí mismo y que la dignidad también dice relación a la esencia como potencia o capacidad de ser, determinada y continuada como tal por su propio acto de ser.

Posteriormente en el Renacimiento, aunque poco a poco se va desvinculando el concepto de dignidad de su aspecto teológico, con el descubrimiento de América autores como De las Casas y Francisco de Vitoria consideran a los pobladores de las Indias como seres humanos libres. Ello da lugar a la bula *Sublimis Deus* del Papa Pablo III en 1537 en la que afirma: “determinamos y declaramos por las presentes letras que dichos Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor”¹⁰⁴³.

Con la Ilustración, la idea de la dignidad universal del ser humano se va secularizando paulatinamente y se convierte en el principio inspirador del orden político y social que reemplazaba al Antiguo Régimen. El aporte fundamental en esta materia es el de Kant que afirma que “la humanidad misma es dignidad, porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo) sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas”. Según este filósofo los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen sin embargo, si son seres irracionales, solamente un valor limitado, y por esto se llaman cosas; por el contrario, los seres racionales se llaman personas porque ya su naturaleza los señala como fines en sí mismos,

¹⁰⁴³ Consultado en http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIglLA/Paulo3_sublimis.html

es decir, como algo que no debe ser usado como simple medio (...) lo que se eleva sobre todo precio, y por lo tanto no permite ningún equivalente, tiene una dignidad¹⁰⁴⁴.

Si bien, como vemos, la dignidad es un problema que ha preocupado a la Filosofía desde antiguo, el término ha pasado a formar parte del vocabulario de uso común en fechas relativamente recientes. Y ello es así porque nunca había ocupado un lugar tan relevante en el contexto filosófico-jurídico como en los últimos cincuenta o sesenta años¹⁰⁴⁵. El reconocimiento de la dignidad se produce en el constitucionalismo tardíamente, después de la Segunda Guerra Mundial, comenzando en los textos internacionales, tratando de dar un fundamento sólido a los derechos fundamentales que impidiera la repetición de los horrores del nazismo¹⁰⁴⁶. A ello añaden estos autores otras influencias como el proceso descolonizador producido tras la Segunda Guerra Mundial y la influencia de ciertas doctrinas sociales, entre las que hay que subrayar la doctrina pontificia. Respecto de Alemania, Meinhofer señala que hoy existe acuerdo en que tal interpretación del concepto de la dignidad humana tiene que derivar simultáneamente, del horizonte espiritual y de la situación histórica que dieron sustento e impulso a su incorporación en la Ley Fundamental. Por eso, hay que tener en cuenta lo mismo los fundamentos histórico-espirituales del concepto de dignidad, que la situación histórica en que se reaccionó con la proclamación de la dignidad humana, a las inhumanidades bien concretas del régimen nacionalsocialista¹⁰⁴⁷.

En este mismo contexto de afirmar la dignidad tras la derrota del nazismo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se recoge en el Preámbulo¹⁰⁴⁸ y el artículo 1 proclama que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*.

¹⁰⁴⁴Kant, I, fundamentación para la metafísica de las costumbres, Aguilar, 5ª ed., buenos Aires, 1978, pág. 110-111, tomado de Prieto Álvarez, T. *La Dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005. Pág. 169.

¹⁰⁴⁵ De Miguel Beriain, I. La dignidad humana, fundamento del derecho en *Boletín de la Facultad del Derecho UNED n° 27* (2005). Págs 325 a 356.

¹⁰⁴⁶ De Esteban, J. y González-Trevijano, P.J. *Op. cit.* Pág 32 y 33.

¹⁰⁴⁷ Meinhofer, *Op. cit.* Pág. 5.

¹⁰⁴⁸“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

También el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966¹⁰⁴⁹.

Y desde entonces no ha cesado el reconocimiento explícito. No puede alegarse que sea un mero producto de un contexto histórico ya superado, pues en documentos recientes, su importancia no sólo no ha disminuido sino que se ha reforzado. Sirva a título de ejemplo, la Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos del hombre de 11 de noviembre de 1997 que sitúa en su centro la dignidad. El Convenio de Oviedo establece que las partes del presente Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano. Especial interés tiene la formulación del Preámbulo que dice: “convencidos de la necesidad de respetar al *ser humano* a la vez como persona y *como perteneciente a la especie humana* y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad...” (la cursiva es nuestra). Así, “la dignidad se eleva explícitamente al más alto rango valorativo y constituye al mismo tiempo el fundamento de gran parte de los demás valores presentes en el Convenio”¹⁰⁵⁰. Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dedica su Capítulo I a la dignidad y establece en su artículo 1 que la dignidad humana es inviolable. En las explicaciones sobre dicha Carta que no tienen valor jurídico, pero sí interés para el intérprete se dice que “la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales (...) Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas (...) no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho”.

En las constituciones nacionales, resalta la solemnidad con que fue acogida la dignidad de la persona en la Ley Fundamental de Bonn por las razones que acabamos de indicar. El artículo 1 establece que la dignidad del hombre es intangible (*die Würde des Menschen ist unantastbar*). Ningún otro derecho ni principio se enuncia así en la Ley Fundamental. Hasta

¹⁰⁴⁹ Los derechos reconocidos derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

¹⁰⁵⁰ Romeo Casabona, C.M. El Convenio europeo sobre derechos humanos y biomedicina: sus características y sus repercusiones en el Derecho español, en *El Convenio de derechos humanos y biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo Casabona, C.M. (Ed.). Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares. Albolote (Granada) 2002. Pág.9.

que el constituyente alemán no configuró la noción de dignidad como concepto jurídico-práctico, era más fácil que el hombre se convirtiera en mero objeto de las intenciones de una mayoría parlamentaria. Después del constituyente alemán, el hombre, sin protección de su dignidad, no se puede concebir constitucionalmente. También la Constitución Helvética la reconoce como derecho fundamental. Se ha señalado la posición destacada de la dignidad en otros países como Italia, tras el fascismo, Grecia (artículo 2: la obligación fundamental del Estado es respetar y proteger la dignidad del hombre), Portugal (artículo 1: Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, empeñada en la transformación de una sociedad sin clases) y España, tras concluir sus regímenes autoritarios o la de los países del Este de Europa tras la caída del comunismo (cabe citar Hungría, República Checa, Bulgaria. También el artículo 21.1 de la Constitución de la Federación Rusa dice que la dignidad de la persona es protegida por el Estado. Nada puede servir de fundamento para su menoscabo). Tampoco son ajenas las Constituciones americanas a ese reconocimiento. En la Constitución brasileña en su artículo 1.III, de forma semejante a la española se dice que la dignidad de la persona es uno de los fundamentos del Estado democrático de Derecho, al igual que el artículo 5 de la de Nicaragua y el 3 de la de Venezuela. En Costa Rica (artículo 33) y en Méjico (artículo 1), prohíbe discriminaciones contrarias a la dignidad humana; el artículo 1 de la de Perú dice que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; el artículo 6 de la Constitución de Bolivia y el 2 de la de Puerto Rico afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y que es deber primordial del Estado respetarlos y protegerlos; el artículo 1 de la de Colombia introduce entre los principios fundamentales del Estado la dignidad.

En relación con las posiciones doctrinales actuales, “en estos momentos destacan tres principios contrapuestos que originan tres fundamentaciones de la dignidad: el principio de autonomía, el principio utilitarista y el principio ontológico. Según el primero, sólo son personas los sujetos autónomos o que tienen expectativas razonables de que vayan a serlo (...) o a continuar siéndolo (...) Según el principio de utilidad, son personas los que tienen capacidad efectiva de tener intereses, es decir, de sentir el placer y el dolor (...) Según el principio ontológico, todo ser que podría llegar a ser un miembro acabado de la especie

humana es ya un ser personal y debe ser reconocido y tratado como un fin en sí mismo”¹⁰⁵¹. También deberíamos incluir una cuarta corriente que considera poco útil el concepto de dignidad. Según estos autores en un mundo postmoderno están deslegitimados todos los grandes relatos filosóficos, metafísicos o religiosos. Se propone que el concepto de dignidad sea directamente olvidado. No obstante, pese a las dificultades que vamos a exponer a continuación sobre la determinación de lo que debe entenderse por dignidad, parece imposible olvidarse de ella, salvo que consideremos que los solemnes pronunciamientos constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, son letra muerta. Dice Panea que apelar a la Verdad o al Bien resulta atrevido, provocativo, y, cuando menos, suscita no pocas sospechas y reticencias. Y, sin embargo, habitualmente hablamos de dignidad, de injusticia, de derechos humanos, etc. Añade que “relativistas, spenglerianos, positivistas, deconstruccionistas, todos ellos se equivocan: la comunicación entre individuos, grupos o culturas es posible porque la diversidad de los valores de los hombres no es infinita (...) en definitiva, los derechos humanos son la condición de posibilidad de una vida humana decente, entendiendo por decencia el único tipo de vida que los humanos deben seguir si no quieren destruirse unos a otros (...) de ahí que a nosotros nos interese subrayar que (...) sin el reconocimiento de aquéllos no podemos hablar de reconocimiento de la dignidad (...)”¹⁰⁵². Y es que como indica Warnock, “un sistema jurídico debe estar basado cuando menos en ciertos valores morales compartidos”¹⁰⁵³. En este sentido Fernández¹⁰⁵⁴ dice que “si para dialogar, hay que forzar el sentido de las palabras hasta el punto de desnaturalizarlas, entonces hemos creado unas bases de la discusión tan ficticia que serán aprovechadas siempre por los enemigos de los derechos humanos. Y en cuanto a los contenidos básicos de carácter normativo que necesariamente se han de respetar, por muy pragmáticos y poco metafísicos que queramos mostrarnos, conviene no olvidar, como ha admitido recientemente Michael Ignatieff, que no se puede dejar de pensar en alguna forma de dignidad intrínseca para apoyar la creencia

¹⁰⁵¹Bellver. *Op. cit.* Págs. 132 y sig.

¹⁰⁵²Panea, J.M. la imprescindible dignidad en *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*. Antonio Ruiz de la Cuesta (Coord.). Universidad de Sevilla (2005). Pág. 17.

¹⁰⁵³Warnock, *Op. cit.* Pág. 28.

¹⁰⁵⁴Fernández, E. Los derechos humanos y la historia en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 217.

en los derechos humanos”. Adicionalmente, la bioética, como disciplina “parece no querer, o al menos, no poder adoptar otro lenguaje que el de la dignidad (...) en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser cosificada, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que no admite equivalentes funcionales. Sólo si se lee en esta óptica el dictado de la Convención Europea de Bioética posee un verdadero significado”¹⁰⁵⁵. O dicho con otras palabras, la dignidad humana no es un valor más, sino que es el valor sobre el que deben asentarse otros valores¹⁰⁵⁶.

Volviendo a las corrientes que sí defienden una determinada visión de la dignidad, las dos primeras tienen en común que requieren que el ser humano reúna determinadas cualidades, como pueden ser la libertad de elección, la capacidad de construir conceptos generales y de razonar, la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo o la capacidad para crear arte y la libertad moral¹⁰⁵⁷. Con razón, se ha opuesto a la vinculación de la dignidad a la posesión de ciertas cualidades, la idea de que estas aproximaciones nos sitúan en la incómoda posición de tener que argumentar, cómo definiendo la dignidad humana conforme a la característica de poseer determinadas capacidades, es predicable la dignidad respecto de personas que carecen de las mismas. Esto supone un riesgo de exclusión de la dignidad de categorías de seres humanos que no son suficientemente influyentes. Como señala De Miguel, los valores imperantes en los modelos sociales no son tanto los que la mayoría comparte sino los que imponen unos pocos, dotados de la fuerza suficiente para conseguirlo¹⁰⁵⁸. También se ha destacado que parece ser que en la sociedad de consumo en la que estamos inmersos, se ha optado por modelar la dignidad humana “en referencia hacia una autoestima publicitada a escala mundial (...). Una escala basada en el dinero, el poder o, lo que es más probable, en la capacidad de manipular el entorno que nos circunda para adaptarlo a nuestra realidad (...). Es más cómodo imponer la realidad que quiero vivir que

¹⁰⁵⁵D’Agostino, F. La Dignidad Humana, tema bioético, en *Vivir y Morir con dignidad*, EUNSA. Pamplona. (2002) Págs 24 y 27.

¹⁰⁵⁶Porras del Corral, M. *Op. cit.* Pág. 150.

¹⁰⁵⁷En este sentido, por ejemplo, Peces-Barba, G. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho en *Cuadernos Bartolomé de las Casas n° 26*. Editorial Dykinson. Madrid. (2002). Págs 65 a 69.

¹⁰⁵⁸De Miguel Beriain, I. La dignidad humana, fundamento del derecho en *Boletín de la Facultad del Derecho UNED n° 27* (2005). Pág. 347.

analizar la realidad en la que realmente vivo”¹⁰⁵⁹. En este sentido afirma Gutiérrez¹⁰⁶⁰ que en ningún caso puede ser definida la dignidad humana a partir de cualidades o capacidades intelectuales, morales o emocionales del individuo relativamente mensurables (razón y voluntad, autonomía y responsabilidad, conciencia de sí o cualesquiera otras). (...) La dignidad humana no admite grados. Por eso, coincidimos con Campoy¹⁰⁶¹ en el sentido de que deberíamos dejar de intentar escoger algunas de las características del ser humano como las constitutivas de su dignidad y entender simplemente, de forma casi tautológica, que la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano.

En relación con la corriente que identifica dignidad y autonomía, se ha destacado la estrecha relación entre dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Así, se distingue entre una garantía negativa, en el sentido de que la persona no será objeto de humillaciones y ofensas y una interpretación positiva extensiva, que se materializa en el libre desarrollo de la personalidad. También Quesada¹⁰⁶² identifica el libre desarrollo de la personalidad con la faceta dinámica de la dignidad. De todas formas, teniendo en cuenta que el concepto de dignidad es tributario de las ideas de Kant, hay que destacar que éste cuando habla de un derecho innato de libertad que incumbe a todo hombre en virtud de su condición humana, no lo refirió al hombre individual para su existencia en sí, sino al hombre en su coexistencia con otros hombres. Añade el autor citado que Kant consideraba que el hombre puede hacer un uso cuádruple de su libertad. Puede llevarla a la práctica en la forma de pura arbitrariedad (quiero porque quiero), puede manifestarla en la forma de un arbitrio sensual (quiero porque lo deseo); puede actuar su libertad en la forma de un querer intelectual (quiero porque me es útil) y puede también realizar su libertad en la forma de un querer racional (quiero porque lo considero bueno). En todas las modalidades de su actuación de su libertad puede el individuo traspasar los límites de ésta y, con ello, invadir la de otros. Una concepción de la dignidad meramente como autonomía sin límites precisos implica alterar sustancialmente su sentido ¿hasta qué punto resulta aceptable que la mentalidad presente en la realidad social se materialice en normas y prácticas que modifiquen

¹⁰⁵⁹Pedreira Cárdenas, M. Op. cit. Pág. 3.

¹⁰⁶⁰Gutiérrez Gutiérrez, I. Op. cit. Pág. 31.

¹⁰⁶¹Op. cit. Pág. 146.

¹⁰⁶²Op. cit. Págs. 237-303.

principios y valores previamente constitucionalizados? ¿no se estaría socavando el fundamento mismo sobre el que se asienta todo el modelo diseñado en la Constitución? ¿no es igualmente grave y lamentable que a partir de esas normas y prácticas (piénsese de nuevo en la despenalización del aborto), se pretenda deducir que la Constitución quiso decir otra cosa distinta de lo que realmente dice?¹⁰⁶³. Concluye este autor señalando que hay que avanzar siempre hacia delante; sacar el máximo partido al reconocimiento de la dignidad, amplificar sus efectos, siempre en clave positiva y expansiva.

La historia de la humanidad es, en gran medida, una historia de lucha por la dignidad, por consagrar su valor, consolidar su protección y reconocimiento y ampliar su campo de actuación. “En el momento presente, con el camino ya avanzado hacia el pleno reconocimiento de la integridad personal de la mujer o las personas con discapacidades, al menos en Occidente, se está cerrando este círculo hacia la dignificación o reconocimiento de dignidad de todo el género humano”¹⁰⁶⁴. No obstante, el autor parece olvidarse del respeto a la dignidad de la vida humana prenatal que se va progresivamente excluyendo. Coincidimos con Pascual Lagunas en que se puede decir que el fin último de la dignidad humana es garantizar que se respete en el ser humano, su carácter de ser superior dotado de una naturaleza espiritual, cultural, histórica y moral que se impone sobre todos los intereses y sobre todas las cosas¹⁰⁶⁵. Para la corriente ontológica, dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene valor en sí misma independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Es la traducción al lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independientemente de cualquier condición o circunstancia son hijos de Dios. Excluye toda consideración utilitarista de la persona, es decir, la concepción que aceptaría verla no como un fin en sí misma, sino como un posible medio para satisfacer cualesquiera bienes propios o ajenos. La palabra persona no podemos entenderla en el contexto del artículo 10.1 en el sentido jurídico habitual, pues eso supondría que tendríamos que incluir bajo dicho concepto a las personas jurídicas, lo que resulta absurdo. Aquí dignidad de la persona no puede querer decir otra cosa que dignidad del ser humano, independientemente de sus condiciones de existencia biológica, social o política. Tanto el anciano en su lecho

¹⁰⁶³ Alegre, Op. cit. Pág. 63.

¹⁰⁶⁴ Mateo Prado, R. La dignidad de la persona y su significación en la Constitución española a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en *Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Universidad de Cantabria (1993). Págs. 343 y 344.

¹⁰⁶⁵ Op. cit. Pág. 29.

de muerte como el feto en el útero de su madre, como el inmigrante o el preso, son seres humanos dotados de dignidad, a los que hay que aplicar por consiguiente los artículos 10 y siguientes de la Constitución¹⁰⁶⁶.

Dado que la Constitución alemana da tal relevancia a la dignidad, resulta conveniente conocer lo que la doctrina de aquel país ha elaborado sobre la cuestión. Se puede notar entre líneas de las distintas afirmaciones relativas a la dignidad humana, su relación con una determinada visión cultural específica. Esto suscita la cuestión de su dependencia de ideas religiosas¹⁰⁶⁷. Se ha documentado la relación de la imagen del hombre en la Ley Fundamental, tal como es formulada por el Tribunal Constitucional, con la tradición jurídica bávara y la doctrina social de la Iglesia Católica, precisamente a través del primer Presidente del Tribunal J.M. Wintrich¹⁰⁶⁸. En este sentido, se ha destacado que la elevada valoración del individuo en la civilización occidental se diferencia de otras diferentes culturas. Esto se explica por la influencia determinante del Cristianismo. Esto no significa que al buscar las raíces de la garantía de la dignidad del hombre en el cristianismo, sea también ahí donde podamos detectar el concepto jurídico de dignidad o su sentido como garantía jurídica. La idea de dignidad tiene su núcleo en la imagen cristiana del hombre y es formulada en un proceso complicado de secularización filosófica, para después garantizarse jurídicamente¹⁰⁶⁹. Oehling recoge la opinión de diversos tratadistas alemanes señalando que la superioridad de la dignidad inaugura una manera de ver los derechos fundamentales. Se produce una adscripción al denominado personalismo que es una filosofía basada en la dignidad de la persona¹⁰⁷⁰. Frente a la pretensión del colectivismo totalitario o del individualismo radical del liberalismo clásico, se parte de la comprensión del hombre como medida de todo el Derecho. El texto constitucional no sienta un ordenamiento jurídico neutro, sino un sistema valorativo centrado en la personalidad humana y en las

¹⁰⁶⁶ Robles Morchón, G. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E.) en *El libre desarrollo de la personalidad*. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995). Págs. 45 a 61.

¹⁰⁶⁷ Häberle, P. La dignidad como fundamento de la comunidad estatal en *Dignidad de la persona derechos fundamentales, justicia constitucional*. Fernández Segado, F. (coord.) Ed. Dykinson. Madrid (2008). Pág. 207.

¹⁰⁶⁸ Gutiérrez Gutiérrez, I. *Op. cit.* Pág. 88.

¹⁰⁶⁹ Starck, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional estatal en *Dignidad de la persona derechos fundamentales, justicia constitucional*. Fernández Segado, F. (coord.) Ed. Dykinson. Madrid (2008). Pág. 242, 243 y 244.

¹⁰⁷⁰ Oehling de los Reyes, A. El concepto constitucional de dignidad de la persona, en *Revista española de derecho constitucional*, nº 91 (enero-abril 2011). Págs. 135 a 178.

posibilidades de desarrollo en libertad del individuo dentro de la comunidad social. Añade el autor citado que el Tribunal Constitucional alemán se ha convertido en fundador, defensor y difusor de la concepción jurídica de la dignidad del hombre. Para Meinhofer únicamente la dignidad del hombre, que debe constituir principio y fin del Estado en general, puede servir de base y legitimar, no sólo los principios formales, sino los fines materiales del Estado de Derecho, el Estado social y la democracia¹⁰⁷¹. Señala Hoerster que el principio de la dignidad humana tiene justamente que cumplir la función ético-jurídica y jurídico-constitucional de fijar límites al derecho vigente. Si la acción de A no lesiona el principio de la dignidad humana sólo porque es conforme al derecho vigente, entonces la tortura en los interrogatorios no violaría el principio de dignidad humana en caso de que estuviera prevista en una norma positiva¹⁰⁷².

Aunque la mayoría de la doctrina alemana se inclina por considerar a la dignidad un derecho fundamental, parte de los autores ha considerado que eso la colocaría dentro del ámbito de la ponderación, por lo que podría ser limitada con base en criterios de proporcionalidad. Por eso, se ha pretendido sacarla fuera de ese contexto y concretarla en la fórmula de no instrumentalización en diversos ámbitos. Quedaría así el concepto de dignidad inmerso en los procesos de concreción y desarrollo de los propios derechos fundamentales, al mismo tiempo que sirve para reducirlos a orden; de forma que la dignidad no podría ser ya concebida como manifestación de una subjetividad absoluta, sino como expresión jurídico-positiva del reconocimiento recíproco de los miembros de la comunidad jurídica como sujetos igualmente libres¹⁰⁷³. Más allá de la polémica doctrinal, el Tribunal Constitucional parece implícitamente reconocerlo como derecho fundamental, pues ha entendido que la dignidad debe gozar de la protección jurisdiccional al máximo nivel, incluido el recurso de queja constitucional. Especial relevancia tiene la sentencia BVerfGE 1, BvR 375/05¹⁰⁷⁴, de 15 de febrero de 2006 que enjuició la Ley Federal de Seguridad Aérea (Luftsicherheitsgesetz) que autorizaba a las Fuerzas Aéreas para derribar un avión secuestrado si era necesario para evitar males mayores. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma por el desprecio de la dignidad que se deriva de las intromisiones en el derecho fundamental a la vida y porque el Estado tiene que proteger

¹⁰⁷¹Meinhofer, Op. cit. Pág. 29 y 56.

¹⁰⁷²Hoerster, N. *En defensa del positivismo jurídico*. Editorial Gedisa. Barcelona (2000). Pág. 95.

¹⁰⁷³Gutiérrez. *Op. cit.* Pág. 21.

¹⁰⁷⁴Consultado en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html

cada vida humana descartando absolutamente la posibilidad de hacer del hombre un mero objeto del Estado. Así, el hecho de que unas personas estén retenidas en un avión, se encuentren abocados a la muerte y puedan ser utilizadas como armas contra otras, no permite que se pueda observar a dichas personas como parte de una cosa y no como hombres.

Lo que parece fuera de toda duda es que la referencia constitucional a la dignidad se comprende como norma en sentido pleno y precepto jurídico obligatorio, conforme al cual debe ser interpretado el propio sentido de toda la Constitución.

Por lo que se refiere a nuestro país, la doctrina jurídico-constitucional no ha llegado todavía a consensuar un concepto satisfactorio de tal expresión. A lo indeterminada que resulta en sí la noción y lo que complicada que se presenta su aprehensión jurídica, se añade lo difícil que resultaba la inserción de una regla moral en el derecho positivo. Son diversos autores los que se han referido a esta indefinición. Se ha destacado que, a pesar de su enorme importancia en el pensamiento filosófico y jurídico contemporáneo, el concepto de dignidad humana sigue sin ser adecuadamente formulado, ni aclaradas todas las dudas que su propia definición suscita entre aquellos que deben trabajar para su defensa¹⁰⁷⁵. Por su parte, Jürgen ha dicho que la dignidad humana no ha podido crear hasta hoy un marco general consensuado de referencia para el discurso ético¹⁰⁷⁶. Esa dificultad ha llevado a algunos autores a desplazar desde la dignidad hasta la libertad el fundamento de los derechos fundamentales (lo que se denomina vida digna, el desarrollo de la vida conforme a esa vida humana). Se añade que si el fundamento último residiera en lo que es la dignidad humana, nos encontraríamos ante el problema de determinar qué es lo que caracteriza a esa dignidad humana¹⁰⁷⁷.

No obstante, entendemos que, aunque sea muy difícil (para algunos, imposible) su determinación, es necesario hacer un esfuerzo en este último sentido, pues lo contrario sería

¹⁰⁷⁵De Miguel Beriain. *Op. cit.* (2005) Pág. 326.

¹⁰⁷⁶Jürgen, S. La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética en *Revista de Derecho y Genoma Humano n° 13*. (2000). Págs. 25 a 42.

¹⁰⁷⁷Campoy Cervera, I. Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de derechos en *Anuario de filosofía del Derecho*. Ministerio de Justicia. Madrid (2005). Págs 143 a 166.

concluir que los Textos Internacionales sobre Derechos Humanos y las Constituciones proclaman algo que carece de todo significado o, en el mejor de los casos se trata de una mera declaración retórica. Por el contrario, su inclusión en un texto constitucional conlleva su fuerza vinculante, tanto para los poderes públicos como para los terceros en general, por lo que es necesario expresar cuál sea su valor jurídico¹⁰⁷⁸. En relación con su relevancia Gómez Sánchez¹⁰⁷⁹, recogiendo la opinión de significados constitucionalistas señala que el reconocimiento de la dignidad de la persona es la plasmación positiva de un principio rector del ordenamiento jurídico español, una parte sustancial del presupuesto ontológico de nuestro régimen constitucional y representa la naturaleza específicamente humana que hace de las personas algo distinto de cualquier otra realidad. Otros han destacado que la dignidad no se conforma con ser uno más de los valores y principios constitucionalmente plasmados, sino que llega a los textos constitucionales con vocación de anteponerse a los demás valores y principios, para ocupar una posición central y legitimadora, fundamental y fundamentadora¹⁰⁸⁰. Añade el autor que la principal dificultad que, desde un punto de vista teórico, deriva de la recepción constitucional de la dignidad, viene dada por el hecho de suponer la plasmación jurídica de un concepto que rebasa claramente los límites del ámbito jurídico. El Derecho no nos dice lo que es la dignidad, ésta forma parte esencial de la persona y, por tanto, es previa al derecho. También se ha dicho que la consideración de la dignidad como un concepto jurídico indeterminado que, como tal, puede ser interpretado de forma variable de acuerdo con las circunstancias históricas y sociológicas, “equivale a certificar su muerte jurídica”¹⁰⁸¹. Cabe decir que sin el reconocimiento y garantía de la dignidad humana los derechos humanos se desdignifican, se desnaturalizan, desencianizan y decaen en una visión positivista, incapaz de interpretar correctamente, ese principio básico¹⁰⁸². También Serna ha incidido en esta cuestión indicando que los derechos humanos se fundan en la dignidad, o carecen por completo de fundamento alguno¹⁰⁸³. Incluso alguien

¹⁰⁷⁸ De Esteban, J. y González-Trevijano, P.J. *Op. cit.* 1993 Pág. 25.

¹⁰⁷⁹ *Op. cit.* 2005. Pág. 41.

¹⁰⁸⁰ Alegre Martínez, M. Á. El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance. En *Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*. Tirant lo Blanch. Valencia (2005). Págs.. 55-70.

¹⁰⁸¹ Pascual Lagunas, E. *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Bosch. Barcelona (2009). Pág. 23.

¹⁰⁸² Lucas Verdú, P. Intimidación y dignidad humana, en el prólogo a la obra de Rué Miguel. Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad, Madrid*, Tecnos, (1995). Pág. 21.

¹⁰⁸³ Serna, P. La dignidad de la persona como principio de Derecho Público, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas n°4*. (1995). Págs. 287 a 306. Consultado en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1253/1/DL-1995-II-4-Serna-.pdf>

tan poco sospechoso como Dworkin señaló que nadie que pretenda tomar en serio los derechos humanos puede dejar de lado la vaga pero poderosa idea de dignidad humana¹⁰⁸⁴.

Recuerda Prieto Álvarez¹⁰⁸⁵ que frente a la creencia del carácter absoluto de la dignidad humana se aduce, a modo de reproche, que, con esta concepción, su contenido y exigencias se sitúan por encima del campo del debate público. Se dice que “en no pocas ocasiones se recurre a la dignidad humana como un argumento definitivo, sin profundizar más en el contenido de los intereses o bienes en conflicto, en cómo puede verse afectada en concreto la dignidad humana y cuál es su consecuencia jurídica. Se convierte entonces en un argumento de autoridad, pero vacío, opuesto al diálogo y con ello al logro de puntos de acuerdo”¹⁰⁸⁶ o se emplea “la dignidad humana como último y aplastante recurso para imponer nuestras ideas o rechazar las de aquellos otros que no las comparten”¹⁰⁸⁷. Gutiérrez (aunque se refiere al Derecho Constitucional alemán) considera que para que la dignidad mantenga su operatividad jurídica es necesario delimitar su contenido; la apelación inflacionaria a la dignidad no debe convertir en calderilla un postulado tan importante y concluye que es tan tentador como peligroso el recurso fundamentalista a la dignidad humana para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada¹⁰⁸⁸. Curiosamente, esto que se critica respecto de la dignidad como atributo propio de todo ser humano, es lo que se hace al defender la dignidad como equivalente a un derecho de autodeterminación ilimitado, basta su enunciación para deslegitimar cualquier pensamiento crítico.

La dignidad de la persona es la lógica consecuencia del rango de la persona como tal¹⁰⁸⁹. Este planteamiento general requiere, como mínimo la aceptación de tres postulados. El primero, que la supremacía del ser humano en el mundo significa que todos los hombres, por ser personas, tienen que ser iguales en dignidad (...) en segundo lugar, el hombre

¹⁰⁸⁴Dworkin, R. *Taking rights seriously*. Harvard University Press (1978).

¹⁰⁸⁵Prieto Álvarez, T. *La Dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005. Págs. 183 y siguientes.

¹⁰⁸⁶Romeo Casabona, C. *Op. cit.* 2002, *Los genes...* Pág. 23.

¹⁰⁸⁷De Miguel Bearain. *Op. cit.* (2005). Pág. 326.

¹⁰⁸⁸*Op. cit.* Pág. 33.

¹⁰⁸⁹De Esteban, J. y González-Trevijano, P.J. *Curso de Derecho Constitucional Español II*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1993. Pág. 21.

conserva esa dignidad hasta el mismo momento de su muerte, por encima de cualquier circunstancia, tiempo o lugar. (...) Por último, (...) al hombre no se le puede sustraer su personalidad, pues ésta, concebida como dignidad de la persona, debe ser intocable.¹⁰⁹⁰ Además de que la dignidad esté atribuida a todos los hombres por igual, con independencia de sus circunstancias personales, González Pérez añade otras dos características: que para atentar contra la dignidad de otro no hace falta intención o finalidad por parte del agente y que, para apreciar dicho ataque es irrelevante la voluntad de la persona afectada¹⁰⁹¹. De Esteban y González-Trevijano dicen que la dignidad puede definirse como el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales. En definitiva, consistiría en aplicar a cualquier persona un trato exactamente igual al que deseáramos para nosotros mismos. Distinto es hablar de dignidad en los términos definidos en la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia, “correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo”. Aquí sí se puede decir que la dignidad puede aumentar o disminuir en función de la situación en la que nos encontremos o de los actos que realizamos. De Miguel que la denomina honra, dice que no es una cualidad innata de la persona, sino consecuencia de su vivir en sociedad y de su adaptación o no a las normas que rigen esa sociedad¹⁰⁹². Parece que a ese segundo sentido de la dignidad se ha referido el Tribunal Constitucional entre otros, en sentencias como 167/1991, al referirse a la dignidad de posición de electores y elegibles, 144/1990 y Auto 16/1998, que menciona la dignidad de que están investidos los representantes electos diputados y concejales, respectivamente) por el voto popular, la dignidad de los funcionarios, en Auto 463/1984, la dignidad de la función de defensa que corresponde a los abogados (sentencias 38/1998, 205/1994, 92/1995, 157/1996, 113/2000, 184/2001 y 79/2002) o la dignidad profesional que corresponde a los Colegios Profesionales (sentencia 219/1989).

En cuanto a la vida prenatal, el problema es que si la dignidad se predica de las personas, basta negarles esta cualidad a los no nacidos para excluirlos. Resulta demasiado sencillo

¹⁰⁹⁰De Esteban, J: y González-Trevijano, P.J *Tratado de Derecho Constitucional II*. Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid (2009). Pág. 32

¹⁰⁹¹Op. cit. Pág. 166.

¹⁰⁹²Op. cit (2005). Págs. 341 y 342.

impedir que un ser humano llegue a ser digno negando que sea persona¹⁰⁹³. En este sentido, el debate público sobre la tecnología biológica y genética se apoya fundamentalmente en Alemania sobre la garantía que para los embriones puede suponer el artículo 1.1 de la Ley Fundamental. Sin embargo, en España “se está planteando completamente al margen de la Constitución, como si nadie pensara que ésta puede aportar criterio alguno”¹⁰⁹⁴. Respecto de esta cuestión, seguimos a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que afirma que si existe vida humana, le corresponde dignidad. La dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple objeto, y de ahí la prohibición de producir embriones con fines instrumentales, que encuentra en Alemania un reconocimiento prácticamente unánime. De modo similar, cuando el embrión fecundado con fines reproductivos resulta sacrificado a fines de investigación, su mera existencia queda subordinada a intereses ajenos, en este caso los que mediatamente representa el investigador. Aún en el caso de que a la vida del embrión sobrante no le quepa ulterior desarrollo, y esta utilización le atribuya finalmente un sentido, tal atribución de sentido sería instrumental, la propia de un objeto y no autónoma. En principio, no cabe sino considerar tal hecho como un atentado contra la dignidad del embrión. Se tiene dignidad, casi podría enfatizarse, se es dignidad, por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, afirmación de la jurisprudencia constitucional al manifestar la existencia de la dignidad sin necesidad de ningún tipo de cualidades complementarias.¹⁰⁹⁵ Y esto se aplica especialmente al estatuto ontológico del embrión humano. Los actuales debates sociales y políticos, existentes en muchos países occidentales y en los organismos internacionales en torno a la posibilidad de legitimar jurídicamente el uso de células troncales, extraídas de embriones humanos sobrantes de las nuevas tecnologías reproductivas son, en gran medida, discusiones sobre el mismo significado y consecuencias jurídicas del principio de la dignidad humana¹⁰⁹⁶. Bellver cita a Mantovani que dice que el criterio de la fecundación es el único criterio de base ontológica respecto a todos los otros criterios, que son meramente convencionales, utilitaristas, peligrosos y divergentes entre ellos. Estos criterios están

¹⁰⁹³ De Miguel Bearain. Op. cit (2005). Pág. 345.

¹⁰⁹⁴ Gutiérrez Gutiérrez, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid (2005). Pág. 13.

¹⁰⁹⁵ González Morán, L. Problemas jurídicos de las pruebas genéticas, en *Pruebas genéticas. Genética, Derecho y ética*. Juan Masiá Clavel (Ed.) Universidad Pontificia de Comillas, Desclée De Brouwer. Bilbao 2004. Págs. 73 y 74.

¹⁰⁹⁶ Aparisi Miralles, Á. En torno al principio de dignidad humana. (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias). *Cuadernos de bioética*. N° 54. Pág. 261.

anclados en un modelo, superado por la moderna genética, de los estadios separados de la vida embrionaria. Según Hervada la dimensión absoluta de la dignidad implica, en igual forma, su carácter universal. Si no se reconociera a todos por igual, se produciría la desigualdad de derechos y la situación de superioridad de unos hombres respecto de otros. El hombre tiene igual dignidad desde el primero hasta el último instante de su existencia. No hay condición, evento o circunstancia que aumente o disminuya su dignidad inherente que, por otra parte, es irrenunciable¹⁰⁹⁷. El no reconocer la dignidad a determinados seres humanos supondría que su significado se ha degradado, la dignidad se habría reducido a cualidad jurídica, creación arbitraria del legislador¹⁰⁹⁸.

Una cuestión llamativa se ha producido con la reciente Constitución húngara. Ha recibido fuertes críticas y no son las menores las recibidas por el artículo segundo: “la dignidad humana es inviolable. Todo ser humano tiene derecho a la vida y a la dignidad humana. La vida embrionaria y fetal es objeto de protección desde el momento de la concepción”. Así, se ha dicho¹⁰⁹⁹ que se ha intentado otorgar una protección particular e inusualmente potente a la vida con anterioridad al nacimiento. Según esta autora, este énfasis no debería ser necesario ni efectivo para la protección de los que aún no han nacido, pues según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque el feto no aparezca definido explícitamente como persona, según lo establecido en el artículo 2 del Convenio, está claramente protegido a través de obligaciones positivas. Según su criterio, los Estados no deberían tratar a los embriones o fetos como meros objetos experimentales o de comercio y los embriones gozan de la protección que les otorga el Convenio de Oviedo. Añade que la Ley Fundamental húngara debería haber proporcionado una mínima orientación en relación a los embriones sobrantes y defectuosos. Pero después de afirmar tan categóricamente lo innecesario de la protección de la vida y dignidad prenatal, pues ya se halla suficientemente protegida, señala que la dificultad estriba en encontrar el equilibrio entre los derechos constitucionales que se otorgan de forma clara a la mujer embarazada y los intereses de la vida prenatal, mostrando su preocupación por la aparente restricción de la dignidad, la autonomía y la privacidad de las mujeres. En este mismo sentido,

¹⁰⁹⁷Op. cit. Págs 100 y 101.

¹⁰⁹⁸Vila-Coro, M^a. D. *Introducción a la biojurídica*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. (1995). Pág. 109.

¹⁰⁹⁹Dupré, C. La dignidad de la persona en la Ley Fundamental de Hungría de 2012. En *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* n^o 27. Págs. 4 a 17.

fuertemente crítico, también se pronunció la Comisión de Venecia¹¹⁰⁰ de 20 de junio de 2011¹¹⁰¹, yendo incluso más allá. Señala que este deber de protección de la vida prenatal que establece la Ley Fundamental húngara puede, bajo ciertas circunstancias, entrar en conflicto con el artículo 8 del Convenio. Acoge la tesis de que la legislación relativa al aborto se toca con la esfera de la vida privada de la mujer concernida, en cuanto que cuando una mujer está embarazada, su vida privada queda íntimamente ligada con el feto. Recuerda que para la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras la regulación de los Estados sobre el aborto está vinculada con el tradicional equilibrio entre privacidad e interés público, debe en caso de aborto terapéutico, ser también valorada respecto de las obligaciones positivas del Estado de asegurar la integridad física de las madres. En relación con el artículo 2 del Convenio, la visión del Tribunal es que, en ausencia de estándares comunes en este campo, la decisión acerca de dónde establecer el punto legal a partir del cual la vida comienza, queda en el margen de apreciación que corresponde a los Estados a la luz de las específicas circunstancias y necesidades de su propia población. Al mismo tiempo, continúa el informe recordando que el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, otorga a éste la adecuada protección jurídica no sólo después, sino también antes del nacimiento y requiere además a los Estados para que adopten medidas apropiadas para asegurar un adecuado cuidado prenatal para las madres. Concluye que esto no supone el reconocimiento de un absoluto derecho a la vida. Eso supondría una prohibición absoluta del aborto, incluso en caso de que vida de la madre estuviera en grave riesgo, si el embarazo continúa. Añade que a la luz de lo anterior, el artículo II de la Constitución húngara no puede ser entendido como que la vida del no nacido tiene más valor que la vida de la madre y no implica una obligación del Estado húngaro de penalizar el aborto. No obstante, considera que si se hace una ponderación adecuada de los diversos y en ocasiones contradictorios derechos y libertades de la madre y del niño no nacido, las salvaguardas del artículo II sobre el niño no nacido están en línea con los requerimientos del Convenio. Es sorprendente este último inciso y no en pequeña medida, porque se refiere al niño no nacido (unborn child), lo que supone el uso de una terminología inusual para defender el aborto. Adicionalmente, se pone como ejemplo de protección de la vida del

¹¹⁰⁰La Comisión de Venecia, que fue creada en 1990 y cuyos miembros son expertos independientes, es un órgano consultivo del Consejo de Europa en el ámbito del derecho constitucional.

¹¹⁰¹

Texto en <http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hungary/venice%20commission%20hungarian%20constitution.pdf>

nasciturus lo decidido en el caso A, B y C v. Irlanda que, aunque parcialmente, cuestionó la legislación protectora de la vida de ese país.

Respecto de estas observaciones hay que indicar que si lo que se quiere es proteger la vida prenatal es necesario establecerlo expresamente en la Constitución. Precisamente, el argumento de toda la legislación abortista vigente es que las Constituciones nacionales no se refieren expresamente al no nacido y, por lo tanto, no es titular del derecho a la vida. Resulta curioso que se afirme que los embriones están protegidos frente al uso experimental, cuando en un número importante de países europeos se admite esa práctica. En cuanto a la protección que ofrece el Convenio de Oviedo, resulta insuficiente a este respecto y prueba de ello es que Alemania formuló reservas al Convenio en este sentido. Es más, cuando la autora citada dice que la Constitución no ha regulado la situación de los embriones sobrantes, lo que está pensando es que se regule la posibilidad de su existencia y destrucción. En lo que se refiere a la dignidad, resulta sorprendente que se diga que la falta de mención expresa de la dignidad de la mujer en el artículo II supone una grave violación de los derechos humanos y de la dignidad de las mujeres que se convierten en un medio para un fin: casarse, formar una familia, tener hijos e implementar la política demográfica del gobierno. Y decimos sorprendente porque antes de la referencia a la vida prenatal se dice que “la dignidad humana es inviolable. Todo ser humano tiene derecho a la vida y la dignidad”. No existe, por tanto, ningún desconocimiento de los derechos y la dignidad de las mujeres (salvo que los que afirman esto no consideren a las mujeres seres humanos). Lo único que no hace el texto es enfrentar la dignidad de la mujer con la del no nacido como si fueran excluyentes. Y, da pudor decirlo, tampoco establece un derecho a la vida absoluto del no nacido; como ya hemos dicho, el derecho a la vida de los nacidos tampoco es absoluto (véase la legítima defensa) y mucho menos el de los no nacidos que no prevalece sobre el derecho a la vida de la madre. Coincidimos con la autora en que la calidad democrática de una constitución no aparece espontáneamente por el mero hecho de ser adoptada merced a un proceso democrático, sino que necesita, además cumplir con algunas normas sustantivas. Aunque la conclusión a la que llegamos es la contraria. A la autora le parece que la Ley Fundamental húngara no es suficientemente democrática y, en nuestro criterio, al menos en este punto (hay otros discutidos que no forman parte del ámbito de este estudio), supone junto con la protección embrionaria en Alemania e Italia y la legislación sobre el aborto en Polonia e Irlanda, puntera en la protección de los derechos.

Además, la protección de la vida asociada a la dignidad ya estaba presente en el ordenamiento húngaro antes de la reforma constitucional. En la sentencia nº 64/1991 (citada por Oehling¹¹⁰²) el Tribunal Constitucional de aquel país señaló que la dignidad y el derecho a la vida conforman una unidad y, por tanto, que toda vida humana tiene el mismo valor, afirmando que el Estado tiene que proteger no sólo el derecho subjetivo a la vida, sino también la vida como institución jurídica objetiva.

Por lo que se refiere nuestra Constitución¹¹⁰³, uno de los pocos datos seguros que parecen desprenderse de su texto es que no reconoce la dignidad como derecho fundamental. En este sentido resulta evidente la diferencia entre nuestra Constitución y la alemana. La dignidad, en la Constitución española, parece quedar disuelta en la relación heterogénea de principios que se recogen en el artículo 10.1. Gutiérrez dice que para nuestra Constitución, la dignidad de la persona, los derechos fundamentales que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, por separado o en su compleja conexión ni siquiera constituyen un fundamento privilegiado del orden político y de la paz social, sino que concurren con el respeto a la ley y a los derechos de los demás¹¹⁰⁴. Añade que el constituyente español, que mostró una preocupación explicable por precisar un régimen diferenciado de garantías para los derechos fundamentales, no incluyó en el catálogo de los mismos estos dos principios (libre desarrollo de la personalidad y dignidad), cuyo procesamiento jurídico resulta quizá particularmente complejo. Lo que se hizo fue reconocer como derechos singulares aspectos esenciales cubiertos en Alemania por la protección constitucional de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como puede ser la integridad moral, la prohibición de la tortura y los tratos vejatorios o degradantes, el honor, la intimidad y la propia imagen. No obstante, no hay que olvidar que para nuestra Constitución, constituye un valor superior del ordenamiento jurídico y que aparece en un precepto que es el que encabeza la regulación de los derechos fundamentales. Recuerda

¹¹⁰²Op. cit. Pág 161.

¹¹⁰³Recuerdan De Esteban y González-Trevijano (*Op. cit.* (2009) págs. 34 y 35) que en nuestra Historia las Constituciones no habían hecho referencia a la dignidad excepto la de la I República que en su artículo 1 reconocía el derecho a la dignidad de la vida y 2 de las Leyes Fundamentales franquistas: el Fuero del Trabajo establecía la subordinación de la economía a la dignidad de la persona; y el Fuero de los españoles proclamaba en el Título Preliminar como principio rector de los actos del Estado el respeto a la dignidad. Pero, los autores señalan que en ambos casos, aunque por razones diferentes, la proclamación no pasó de mera retórica.

¹¹⁰⁴Gutiérrez Gutiérrez, I. *Op. cit.* Pág. 86.

González Pérez respecto del artículo 10.1 que si bien Sánchez Agesta señaló que la afirmación de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social no tiene en el texto de la Constitución ni en su preámbulo más fundamentación que la referida a la voluntad de la Nación española, es indudable que la referencia a la dignidad de la persona, derechos inviolables y libre desarrollo de la personalidad suponen la vinculación a una concepción iusnaturalista¹¹⁰⁵. Se ha destacado también la influencia del pensamiento personalista en el artículo 10, pues tal doctrina tuvo mucha acogida en España y tales eran las creencias y formación de varios de los ponentes. Lo que es indudable es que el lenguaje de los textos derechos humanos es típicamente iusnaturalista¹¹⁰⁶ y el artículo 10.1 de la Constitución es, sin duda, el más próximo al iusnaturalismo de cuantos contiene el texto constitucional¹¹⁰⁷.

En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la dignidad, en algunos pronunciamientos parece haberse inclinado por el carácter intangible de la dignidad, lo que significaría que no es susceptible de ponderación. Así en la sentencia 91/2000 que cita varias anteriores, se dice que “la dignidad de la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar”. Además de la citada, unas pocas sentencias han apelado a la interdicción de instrumentalizar al hombre en términos que evocan la garantía alemana de su dignidad¹¹⁰⁸.

No obstante, en general, ésta viene definida como rango o categoría de la persona como tal, del que derivan todos los demás derechos (STC 214/1991, de 11 de noviembre). El Auto 241/1985 deja abierta la cuestión de si se trata o no de un derecho cuando afirma que “no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituya además o no un

¹¹⁰⁵González Pérez, J. *La dignidad de la persona*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2011). Pág. 105.

¹¹⁰⁶Ayuso, M. *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*. Criterio Libros, Madrid (2000). Pág. 129.

¹¹⁰⁷Soriano, R. ¿es iusnaturalista la Constitución de 1978? En *Revista de las Cortes Generales* nº 12 (1987). Pág. 150.

¹¹⁰⁸Gutiérrez Gutiérrez, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid (2005). Pág. 22. Se refiere a las Sentencias 192/2003, 231/1988, 212/1996, 224/1999 y 91/2000.

derecho subjetivo”. No obstante, en el Auto 149/1999 parece despejar las dudas: “debemos descartar (...) la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex artículo 10 de la Constitución (...) basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social». En la sentencia 337/1994, de 23 de diciembre, señaló que la dignidad constituye un valor superior del ordenamiento que se contiene en el artículo 10.1 como pósito de los demás valores o principios allí consagrados, lo que revela su fundamental importancia.

También ha establecido en diversas resoluciones la relación entre la dignidad de la persona y los derechos fundamentales constitucionalmente sancionados y protegidos, afirmando existir una íntima vinculación entre aquella y derechos como el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable y lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (STC 53/85, de 11 de abril). De ahí, según la propia doctrina del Tribunal Constitucional, el respeto a la dignidad de la persona sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos (STC 214/1991). No obstante, esa estrecha vinculación entre dignidad y derechos fundamentales, no siempre se da. La sentencia 120/1990 dice que el reconocimiento de la dignidad “no significa ni que todo derecho le sea inherente –y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad.

Mezclando el concepto de dignidad como no instrumentalización y la no estimación autónoma de su violación sino en conexión con un derecho fundamental, cabe mencionar la ya citada sentencia 91/2000, en la que se refiere a la dignidad de la persona como concebida ésta como un sujeto de derecho, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos, para estimar un recurso interpuesto por alguien condenado por un delito

muy grave, en ausencia, sin dársele la posibilidad de ser oído, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva. En la sentencia 224/1999, sobre acoso sexual, señala que los hechos determinantes y el agravio que constituyen (...) permiten, sin esfuerzo identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana que se adujo y en el fallo otorga el amparo y reconoce que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 CE). También la sentencia 192/2003 dice que la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción (...) resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad) vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

También se ha vinculado dignidad con igualdad en sentencias como 128/1987, 153, 173 y 269/1994 y 27/2004. En la 153/1994 se dice que la discriminación es, como se sabe, un tratamiento peyorativo del que son víctimas categorías de sujetos caracterizados por la concurrencia en ellos de rasgos expresamente rechazados por el legislador internacional o interno, dada su naturaleza atentatoria a la dignidad de la persona humana.

En la sentencia 53/1985 que analizó la legislación despenalizadora del aborto, curiosamente ni los recurrentes ni el Abogado del Estado hicieron invocación ni de la dignidad ni del libre desarrollo de la personalidad. No obstante, el Tribunal Constitucional hace una extensa reflexión sobre la dignidad que ya hemos citado. Aunque, después de hacer esta exposición de carácter general que parece va a llevar a algún reconocimiento del derecho de la mujer a abortar, no llega a concretar nada y el resto de la sentencia busca en otros preceptos diferentes el fundamento decisivo del fallo. No obstante, autores como Gutiérrez consideran que según la sentencia la dignidad de la persona (habrá que entenderse de la mujer) sirve no sólo para aglutinar determinados derechos, sino para dotarles de mayor peso en el momento de la ulterior ponderación¹¹⁰⁹. En este sentido, De Miguel hace una atinada reflexión, en el sentido de que si alguien atenta contra un derecho humano, lesionará el derecho, pero no la fuente de la que surge. Así, por ejemplo, cuando Nelson

¹¹⁰⁹ *Op. cit.* Pág. 102.

Mandela padecía una pena de prisión por sus convicciones antirracistas, quienes lo mantenían confinado atentaban contra el derecho del señor Mandela a la libertad, pero no contra su dignidad y añade que frente a lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, una mujer que es violada por un hombre, no pierde un ápice de dignidad, ni, en caso de ser asesinada, muere indigna. E igualmente, tampoco la utilización de la fecundación in vitro pueda afectar a la dignidad de los embriones generados ya que ellos en ningún caso podrían perderla por algo que otros deciden por ellos¹¹¹⁰. Otros autores, como Meinhofer matizan este criterio, considerando que puede haber vulneración de los derechos de un hombre como lesión corporal, agravio al honor o daño patrimonial, pero no vulneración de la dignidad de ese hombre. No basta que se lesione mediante fuerza o engaño al individuo en sus derechos, sino que el ataque tiene que convertirlo también a la vez en medio indefenso para fines ajenos, en desamparado e impotente objeto de la arbitrariedad y el capricho de otro¹¹¹¹.

El Tribunal Constitucional tampoco basó en la dignidad el fallo de las sentencias 120 y 137/1990, ya mencionadas y referidas a la alimentación forzosa de reclusos del GRAPO en huelga de hambre. Se limita a reiterar la ya conocida doctrina de que proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 de la Constitución, implica que la dignidad de la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el ejercicio de los derechos individuales no conlleven menosprecio por la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por el Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo, para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan.

¹¹¹⁰De Miguel Beriain. Op. cit. Págs. 351, 352 y 353, en nota al pie.

¹¹¹¹Meinhofer, Op. cit. Pág. 107.

Partiendo de lo dicho por el Tribunal Constitucional, cabe extraer dos posibles sentidos del término dignidad. El recogido en la sentencia 53/1985 que, como hemos visto, afirma que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. Aunque el Tribunal Constitucional no parece decir que dignidad equivalga autodeterminación, sino que la dignidad se hace presente en la autodeterminación, una corriente relativamente minoritaria pero numerosa defiende la equiparación de ambos, lo que es utilizado para justificar todas las decisiones reproductivas, incluyendo un derecho al aborto, especialmente en una concreción de la dignidad que corresponde en exclusiva a las mujeres. El propio Tribunal parece hacerse eco de esto señalando que “la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”. No obstante, entendemos que el hombre no es persona, no es digno por su posibilidad de actuar moralmente de forma autónoma. Al contrario, por ser persona puede obrar libre y responsablemente, de donde se deduce que su dignidad (dignidad ontológica) es previa a la dignidad de sus comportamientos¹¹¹².

El segundo sentido de la dignidad aparece reflejado en la misma sentencia, antes que el que acabamos de citar: “indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido

¹¹¹² Martínez Morán, N. Los derechos humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas, en *Bioética y Derecho. Reflexiones jurídicas antes los retos bioéticos*. Rafael Junquera de Estéfani (Dir.) Editorial Comares, Albolote, Granada. (2008). Pág. 78.

en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del Título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del Capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

En nuestra opinión los dos planteamientos enunciados no son incompatibles si se les considera en sus justos términos. Coincidimos con Alegre en que en una interpretación conjunta de los artículos 10 y 15 de la Constitución es precisamente la dignidad de la persona y su proyección en la vida humana, en el libre desarrollo de la personalidad y en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, la que sirve como eje para fundamentar una posición favorable al derecho de todos a la vida, tanto respecto de su comienzo (derecho a la vida del no nacido) como de su finalización¹¹¹³, así como en todas las situaciones intermedias en que pueda hallarse el ser humano. En este sentido, Lanzarote afirma que “es el respeto de la dignidad de la persona o en trance de serlo el prisma fundamental desde el cual debe resolverse todo eventual conflicto de valores que pueda presentarse, más aún cuando la Constitución en sus artículos 10 y 15 contempla la dignidad y el derecho a la vida como pilares básicos del orden social”¹¹¹⁴. Cabe plantearse que como el Tribunal Constitucional español no reconoció el derecho a la vida del nasciturus, tampoco puede hablarse de dignidad de éste. Dejando de lado que la conclusión del Tribunal es discutible, pues el Tribunal Constitucional alemán llegó a la conclusión contraria, lo cierto es que el propio Tribunal admite la proyección de la dignidad incluso sobre embriones no viables (respecto de los que permite su destrucción para investigación sin más requisitos). Así lo hizo en la sentencia 212/1996 señalando que la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos (embriones o fetos no viables). Añade después dicha sentencia que “la Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o

¹¹¹³ Alegre, Op. cit. Pág. 62.

¹¹¹⁴ Lanzarote Martínez, Pablo. La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos en *Cuadernos de Bioética* n° 60. Pág. 157.

experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona”. Si esto es así respecto de los embriones y fetos no viables, con mayor razón es predicable respecto de los que son viables. Como señala Pascual Lagunas¹¹¹⁵ ni la Constitución, ni mucho menos los demás instrumentos jurídicos citados (se refiere a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) –dada la época en la que fueron redactados-, podían visualizar una sociedad en la que los avances científicos permitirían la manipulación genética. Por ello la concepción del Tribunal Constitucional, que atribuye al nasciturus la protección constitucional aunque no sea titular de derechos fundamentales, le resulta a esta autora, más satisfactoria. Aunque en un contexto distinto al que estamos discutiendo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “cualquier violación de la dignidad personal producida a raíz del ejercicio de un derecho, convierte dicho derecho en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional” (SSTC, 2/1982, 231/1988, 105/1990 y 214/1991, entre otras). Parece que si el feto y el embrión quedan amparados por la dignidad, cualquier derecho que se ejercite lesionando la misma, no debería tener reconocimiento. En la sentencia 181/2004 el Tribunal Constitucional dice que “la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por lo tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se oponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el artículo 15 de la Constitución, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que la persona es un fin en sí mismo”. No se puede objetar nada a lo dicho y no vemos razón alguna para que esa definición que va referida a seres humanos, no pueda aplicarse a los embriones y fetos.

En conclusión, puede decirse que el artículo 10 no tiene como finalidad consagrar derecho u obligaciones en sentido estricto, sino la de establecer las coordenadas en las que ha de producirse la interpretación y desarrollo de los preceptos del Título I. Los principios que en dicho precepto se recogen no pueden ser interpretados como fuente de derechos distintos a los que se consagran constitucionalmente o se positivizan en el resto del ordenamiento jurídico. No es una regla destinada a incorporar nuevos derechos fundamentales que fueron

¹¹¹⁵Pascual Lagunas, E. Op. cit. Pág. 107.

silenciados por el constituyente¹¹¹⁶. Tampoco la dignidad puede identificarse con el reconocimiento de facultades de autodeterminación que amparen cualquier decisión reproductiva, pues la dignidad también ampara a embriones y a fetos.

4.4.c) Libre creación científica y libertad de empresa.- En realidad, nadie fundamenta la libertad reproductiva en los derechos reconocidos en los artículo 20.1.c) y 38 de la Constitución. No obstante, la posibilidad de destinar los embriones sobrantes de tratamientos de fecundación artificial a la investigación o la creación de embriones clónicos con la misma finalidad se regula como una manifestación de ese derecho fundamental. Igualmente, los abortos se practican en su inmensa mayoría en clínicas privadas.

Aunque la investigación científica se presenta como una actividad pura de búsqueda de la verdad, ya hemos visto que no se diferencia de otra actividad humana, en la que aparece la codicia, la mentira o el abuso. Esta contraposición entre la ciencia como actividad pura frente a otras como la política y los negocios no puede ser ya considerada como ingenua, tras el uso de la bomba atómica o los experimentos médicos en los campos de concentración. La ciencia no existe nunca en estado puro, precisamente porque es inseparable de los intereses económicos, sociales y políticos. Tras el saber siempre hay un poder¹¹¹⁷. Es más, algunas corrientes de opinión han convertido determinados postulados derivados de la ciencia como verdades irrefutables: “la sacralización de la ciencia implica institucionalizar las verdades del momento como inmutables; hacer que las defiendan sacerdotes intocables; rechazar violentamente toda nueva idea si obliga a corregir los dogmas de los antiguos paradigmas y, por último, una suerte de fe en el progreso científico que impide todo debate sobre las orientaciones de la investigación”¹¹¹⁸. Las opciones tecnocientíficas no son neutras, implican poder decidir en qué tipo de sociedad vamos a vivir, dentro de qué biosfera, con qué cuerpos humanos, acompañados por qué seres

¹¹¹⁶Espinar Vicente, J.M. Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social en *El libre desarrollo de la personalidad*. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995). Págs 63 a 78.

¹¹¹⁷Gracia, D. *Fundamentos de bioética*. 2ª Ed. Editorial Triacastela. Madrid (2007). Pág. 11.

¹¹¹⁸Rodríguez Victoriano, J.M. Tecnologías convergentes y democratización del conocimiento científico, en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010). Pág. 80.

vivos¹¹¹⁹. Las decisiones en las nuevas tecnologías biomédicas no son puramente técnicas, sino que implican cuestiones valorativas, morales y políticas. En la práctica las vienen tomando determinados agentes cuya legitimidad para hacerlo deriva únicamente de sus saberes técnicos, lo cual ya no resulta defendible. No sólo porque el público se ha hecho consciente de la posibilidad de abusos, sino porque incluso suponiéndoles las mejores intenciones se trataría de un paternalismo injustificado¹¹²⁰. Hay que tener en cuenta que las fuerzas que propugnan la libertad de investigación son muy poderosas: el afán de los científicos por obtener nuevos descubrimientos, los poderosos intereses económicos que están detrás de la actividad investigadora, en especial los de las industrias farmacéuticas. Adicionalmente, resulta muy difícil regular una actividad que avanza tan rápidamente y en la que también es complicado trazar una frontera clara entre técnicas que proponen objetivos médico-curativos y técnicas manipulativas no orientadas a la curación¹¹²¹. Es el modelo de mercado, regido por la demanda de los consumidores y la tasa de ganancia el que está definiendo las políticas de ciencia e investigación¹¹²². Esteve pone de relieve que la regulación de este derecho fundamental está pensada para lo que él llama “paradigma Galileo”¹¹²³. Dice este autor que Galileo desarrolla su actividad científica de una forma que no le diferencia mucho del artista; prepara los materiales y construye sus instrumentos que le resultan fácilmente accesibles; se desenvuelve con absoluta libertad, pues él mismo se marca sus objetivos, es un trabajo individual. Este paradigma desaparece en el siglo XX. El científico de vanguardia no puede acceder fácilmente a los instrumentos de su trabajo que no domina ni construye; su trabajo se desarrolla en equipo, en el seno de una organización que determina las líneas de investigación y los recursos personales y materiales que se van a emplear. La investigación ya no responde a los intereses personales del científico sino a las perspectivas de aplicación técnica y rendimiento económico de los sujetos que financian

¹¹¹⁹Riechmann, J. *Un mundo vulnerable. Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*. Editorial La Catarata, Madrid. (2000). Págs. 283 y 284.

¹¹²⁰Lema Añón, C. Bionomía, bioética y derechos fundamentales en *Bioética y religión*. Juan J. Tamayo (ed.). Editorial Dykinson, Madrid (2007). Pág. 36.

¹¹²¹Marcos del Cano, A. M. La investigación clínica: potencialidades y riesgos en *Bioética y Derecho. Reflexiones jurídicas antes los retos bioéticos*. Rafael Junquera de Estéfani (Dir.) Editorial Comares, Albolote, Granada. (2008). Pág. 40.

¹¹²²Silveira Gorski, H.C. La legislación biomédica ante la tecnociencia genética, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 34.

¹¹²³Esteve Pardo, J. En el ocaso del paradigma Galileo. El nuevo y desatendido entorno de la libertad de investigación científica, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Págs. 145 a 176.

y programan la investigación. El Derecho sigue regulando la cuestión desde el punto de vista de las amenazas habituales y previsibles del científico del paradigma Galileo. Ahora la amenaza no viene dada por poderes religiosos, sino que de forma difusa y encubierta se desenvuelve en las interioridades de las organizaciones y centros de investigación o en las estructuras financieras que las sustentan. Este autor se muestra partidario de reorientar la libertad de investigación y creación científica para proteger al científico de las nuevas amenazas.

Por todo ello, aunque la libre creación científica es reconocida por el artículo 20 de la Constitución como derecho fundamental, éste como todos los derechos fundamentales tiene límites, que vienen impuestos por el respeto a otros derechos fundamentales y dichos límites no son trabas inquisitoriales. Adicionalmente, el artículo 44.2 impone a los poderes públicos el deber de promover la ciencia y la investigación científica y técnica, pero muy acertadamente, le señala a ese deber una finalidad, el beneficio del interés general. En España, al menos en lo que a técnicas de reproducción asistida el principio ha sido establecer los menos límites posibles. Según Casado, el motivo de que se adoptase, tan tempranamente, una actitud favorable a las nuevas tecnologías –que algunos han calificado como decididamente pro tecnológica- puede buscarse en la necesidad de incorporarse a la modernidad después de siglos de aceptar el que “que inventen ellos” y de un largo período aislacionista y receloso de cualquier tipo de novedad¹¹²⁴. Otro autor añade que la ética no debía estorbar a la ciencia nacional y todo empujó entonces a los que se podría calificar como dumping bioético¹¹²⁵. A nuestro juicio y, sin perjuicio de que algo de lo mencionado por los autores pudiera influir, lo que determina el contenido de nuestras leyes de reproducción asistida es su perspectiva utilitarista.

En el Derecho alemán, también la libertad de investigación científica está consagrada en el artículo 5.3 de la Ley Fundamental. Su limitación necesita un fundamento constitucional. En el caso de los embriones, la limitación vendría dada o por su derecho a la vida o por su dignidad. En el primer caso, puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos, mientras

¹¹²⁴Casado, M. *Las leyes de la bioética*. Editorial Gedisa. Barcelona (2004). Págs. 33 y 34.

¹¹²⁵Méndez Baiges, V. Esperanzas fundadas, grandes beneficios y *dumping* bioético, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 187.

que la dignidad es intangible. En este sentido, la doctrina mayoritaria recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que “si existe vida humana, le corresponde dignidad” (BVerGE 39,1). Aunque en dicha sentencia dictada en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la legislación sobre el aborto, se tomó el punto de vista de que la vida humana comienza con la implantación del embrión en el útero, después en la posterior sobre el mismo tema (BVerGE 88,203), aunque no decide sobre la cuestión, implícitamente, admite que el comienzo se produce con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Algunos autores han señalado que el derecho a la vida del embrión no se respeta en supuestos tales como el aborto y ciertos métodos anticonceptivos con efectos abortivos como el DIU. Por ello, podría entenderse que la utilización de embriones sobrantes para la investigación también entraría en esta categoría. Por el contrario, la doctrina alemana ha considerado que, desde la perspectiva kantiana que, como hemos visto, la dignidad impide que el ser humano sea convertido en un objeto, cuando un embrión es sacrificado en fines de investigación, su existencia queda subordinada a intereses ajenos. El límite fundamental del derecho a la libre creación científica es el respeto a la dignidad humana, a la vida y a la integridad física de los seres humanos.

Algo parecido puede decirse respecto del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución. Resulta llamativo como la sociedad actual produce tanta retórica sobre valores y derechos básicos y, simultáneamente, los procesos económicos están respaldados por una ideología que parece ser la secularización de las viejas fundamentaciones religiosas absolutizando ahora el valor del mercado y la libre competencia¹¹²⁶. También se ha destacado que los avances científicos que redifunden rápidamente por los medios de comunicación, vienen produciendo en la sociedad la irrupción de fuertes presiones culturales que afectan también a la naturaleza de la medicina, sobre todo en la medida en que la misma se ve condicionada por las leyes del mercado, que la hacen aparecer como un mero objeto de consumo¹¹²⁷.

¹¹²⁶Rodríguez de la Rivera, J. Valores y derechos fundamentales. Análisis de sus presuposiciones. *Bioética: la cuestión de la dignidad*. Universidad de Comillas. Madrid. (2004). Pág. 167

¹¹²⁷Abellán, F. *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*. Editorial Comares. Albolote, Granada (2006) Pág. 3

4.4.d) Derecho a la protección de la salud.- El llamado derecho a la salud reproductiva definido en los Programas de Acción de las Conferencias de El Cairo y Pekín, poco tiene que ver con el derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 de nuestra Constitución que está en la línea de otros textos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹¹²⁸, firmada en Bogotá en 1948 que dice en su artículo 11 que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada, por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. En el mismo sentido la Carta Social Europea¹¹²⁹ de 1961 regula, en su artículo 13, el derecho a la asistencia social y médica, sin ir más allá de “procurar asistencia sanitaria a quienes no dispongan de recursos suficientes ni estén en condiciones de proporcionárselos por sus propios medios. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹³⁰, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de que entró en vigor el 3 de enero de 1976, dispone en su artículo 12 que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A pesar de que esta proclamación se aproxima a la de la OMS, en el apartado 2 se concreta señalando que entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En este tratado, los medios para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos no son particularmente contundentes. Un reforzamiento de estos mecanismos de control se produjo en 1987 con la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, además de examinar los informes que han de presentar periódicamente los Estados, ha redactado documentos interpretativos que han ido precisando el sentido y alcance de los preceptos del tratado. La Observación General n° 14 de 11 de agosto de 2000 se refiere al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del artículo 12. Si bien el Comité considera que el derecho no engloba sólo el derecho a una

¹¹²⁸ Texto en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

¹¹²⁹ Texto en <http://www1.umn.edu/humanrts/euro/spanish/Sz31escch.html>

¹¹³⁰ Texto en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino el acceso a agua limpia y potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, concluye que el derecho a la salud no puede entenderse como un derecho a estar sano. Si bien obliga a los Estados a garantizar la no discriminación en el acceso o el adoptar medidas concretas dirigidas a dar cumplimiento al derecho, reconoce la libertad de que dispone cada Estado para adoptar las medidas que juzgue más apropiadas para alcanzar el objetivo¹¹³¹.

En este mismo sentido se reconoce en otras Constituciones; así, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, asumido por la vigente de 1958¹¹³², proclama el compromiso de la Nación de asegurar a todos la protección de la salud. El artículo 32 de la Constitución italiana¹¹³³ también reconoce el derecho a la protección de la salud. También se recoge en Constituciones más recientes, como la colombiana de 1991 que garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y donde su Corte Constitucional ha tenido un activo papel de interpretación, entendiendo que si bien dicho derecho no está dentro de los derechos fundamentales susceptibles de tutela, consideró que puede ser considerado como fundamental dada su estrecha relación con otros derechos que sí tienen esa condición como el derecho a la vida o a la integridad física. Pero ha ido más allá en más recientes pronunciamientos como en la sentencia T-760, de 31 de julio de 2008¹¹³⁴, considerándolo de manera autónoma como un derecho fundamental. La Constitución de la República de Sudáfrica¹¹³⁵ de 1996 reconoce el derecho de todas las personas de acceder a los servicios de atención sanitaria, incluyendo los servicios de salud reproductiva. El artículo 68 de la Constitución polaca¹¹³⁶ estableciendo que todos tienen derecho a la protección de su salud. La Constitución serbia¹¹³⁷ de 2006 también en su artículo 68 y en casi idénticos términos indica que todos tienen derecho a la protección de su salud física y mental. Por último, la Carta de Derechos

¹¹³¹ Consultado en

http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistemas-naciones-unidas/observacionesgenerales/14_salud.pdf

¹¹³² <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

¹¹³³ http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo2.html

¹¹³⁴ Texto en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>

¹¹³⁵ <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/constitution.htm>

¹¹³⁶ <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

¹¹³⁷ http://www.servat.unibe.ch/icl/ri00000_.html

Fundamentales de la Unión Europea¹¹³⁸ señala en el artículo 35 que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. En cuanto a los Tribunales Constitucionales occidentales no han sido muchos los pronunciamientos sobre el derecho a la protección de la salud. Normalmente, se ha abordado como cuestión meramente accesoria de otra, normalmente un derecho fundamental. Así ocurre con nuestro Tribunal cuando ha enjuiciado la despenalización parcial del aborto, la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos, el tratamiento médico forzoso de huelguistas de hambre, la esterilización de incapaces o la reproducción asistida.

El derecho a la protección de la salud forma parte, por tanto, de los que se han venido derechos prestación, con los rasgos que mencionamos anteriormente. Esto se pone de relieve en las primeras Constituciones que lo reconocieron como la chilena (aprobada en 1925) que establecía en su artículo 10.4 que es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país¹¹³⁹. Como recuerda Laporta¹¹⁴⁰ el núcleo normativo del derecho es que el sujeto tiene un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos y añade que estas distinciones son importantes a la hora de pensar los problemas de protección jurídica y de realización efectiva de estos derechos. Y este autor recuerda que, a diferencia de otros derechos fundamentales, tratándose de derechos de prestación que necesitan recursos económicos o de condiciones de organización que no se dan, la atribución de una acción jurisdiccional individual trasladaría a los tribunales tareas imposibles de realizar. El juez en su fallo tendría que estipular la acción necesaria para satisfacer el derecho en litigio, quién debe realizarla, en qué marco jurídico es posible esa acción, y qué recursos hay que poner a contribución. Sería tanto como diseñar un microprograma de política económica que diera como resultado la satisfacción de ese derecho sin la violación de otros derechos

¹¹³⁸ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>

¹¹³⁹ Consultada en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01477397766036628654480/p0000001.htm#I_3_

¹¹⁴⁰ Laporta, f. J. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 299

similares¹¹⁴¹. De Lora ha puesto de manifiesto que, aunque es característico de los derechos de prestación que la casuística adquiera proporciones notables y evidencie la dificultad de precisar su contenido, alcance y límites, esto se agrava en el derecho a la salud porque ésta se protege con medidas que abarcan no sólo su restauración, sino con la prevención y la educación. Y reconoce, con O'Neil que ninguna acción humana pueda asegurar a todos la salud. Cree que debe limitarse (como por otra parte hace la Constitución a la protección de la salud), pero aun así los recursos pueden ser insuficientes, dado que son limitados y las necesidades enormes, por lo que habrá que hacer elecciones pero no por mayorías, sin más, sino bajo principios razonables con información perfecta y teniendo como presupuesto el que los individuos son libres y responsables¹¹⁴².

Los derechos sociales se sitúan en un escenario de cierta debilidad estructural frente a los derechos humanos que han venido calificándose como civiles y políticos, aunque eso no justifica una posición negacionista o desdeñosa respecto de los mismos desde un punto de vista jurídico que se traduzca en una consideración de tales derechos como meras proclamaciones retóricas carentes de efectos normativos¹¹⁴³. Aunque añade este autor que la definición de la OMS “buscaba, obviamente, no tanto desplegar efectos jurídicos concretos como fijar un objetivo político ambicioso para la Organización, que incorporaba además una indudable carga de utopismo”.

Aunque el reconocimiento de los derechos sociales tenga un carácter relativo en función del desarrollo y las posibilidades económicas de las sociedades, lo cierto es que no cubren máximos en sociedades opulentas, sino que su función es garantizar las necesidades básicas de los hombres, dotarles de unas condiciones mínimas materiales de vida. En caso contrario, llegaríamos a que en esta categoría de derechos se trataría de satisfacer la variopinta multiplicidad de exigencias que surgen en las sociedades del primer mundo. “En realidad, ello es un efecto perverso del éxito mismo del Estado social en su versión del bienestar, pues se ha comprometido con este objetivo hasta el punto que ha llegado un momento en el cual cualquier mero deseo o capricho personal parece convertirse en un

¹¹⁴¹Op. cit. Pág. 316.

¹¹⁴²De Lora, P. El derecho a la protección de la salud en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Págs. 880, 883 y 905.

¹¹⁴³Pemán Gavín, J. M. El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado. *Revista de Administración Pública n° 179*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. (2009). Pág. 40.

derecho exigible”¹¹⁴⁴. Con ello, concluye el autor se tiende más a la banalización de los derechos del hombre que a su reconocimiento pleno y protección. Como muestra de la excepcionalidad con la que nuestras leyes regulan la salud sexual y reproductiva, el concepto amplísimo que en ellas se acoge, no se extiende a ningún otro ámbito de la salud humana.

A la vista de todo ello, la formulación del derecho a la protección de la salud en el ámbito reproductivo sería el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permita evitar los embarazos mediante el uso de medios verdaderamente anticonceptivos y los partos sin riesgos, poniendo los medios posibles para salvaguardar la salud de la mujer durante el embarazo y la del niño que va a nacer.

4.4.e) Interpretación evolutiva de la Constitución.- Al analizar el Derecho Internacional mencionamos que es un ordenamiento jurídico sometido a variaciones, de forma que si bien podía afirmarse que a día de hoy no existe ningún tratado internacional u otro instrumento vinculante que reconociera un derecho a la salud o a la libertad reproductiva, no era descartable que, en un futuro, pudiera llegar a plasmarse. No es este el caso del Derecho Constitucional. Las Constituciones suelen ser rígidas, se las protege de los vaivenes de las coyunturales mayorías políticas, estableciendo complejos procedimientos de reforma y estableciendo para que puedan ser aprobadas, mayorías parlamentarias cualificadas y normalmente un referéndum. De ahí que las reformas constitucionales no suelen ser muy frecuentes y cuando se producen (salvo en Estados Unidos en el siglo XIX) tampoco tienen por objeto la introducción de nuevos derechos constitucionales. No obstante, este obstáculo se ha tratado de salvar a través de la teoría de la interpretación evolutiva. En ocasiones también se habla de mutación constitucional, pero creemos que tiene un alcance distinto. La mutación constitucional se ha definido como un fenómeno de cambio lento y progresivo de la Constitución mientras permanece inalterable su texto. Jiménez de Parga dice que por mutación constitucional hay que entender, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe, un cambio del contenido de la norma que, conservando la misma redacción, adquiere una significación diferente¹¹⁴⁵. No obstante,

¹¹⁴⁴Martínez Pisón, J. Op. cit. Pág. 426.

¹¹⁴⁵Jiménez de Parga, M. Reforma y mutaciones constitucionales. *Otrosí.net*. (2011). Consultado en <http://www.otrosi.net/article/reforma-y-mutaciones-constitucionales-por-manuel-jim%C3%A9nez-de-parga-catedr%C3%A1tico-de-derecho-con>

cuando se habla de mutación constitucional más que a la parte dogmática de la constitución, se hace referencia a la configuración del poder político y de los mecanismos institucionales. De hecho, el autor citado pone como ejemplo de mutación constitucional en nuestro país, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Por su parte García Cuadrado¹¹⁴⁶, cita dos casos de Estados Unidos, pues es una Constitución que ha permanecido fundamentalmente estable: uno es el caso del comercio, en el que la Unión ha ido asumiendo cada vez más competencias y, el más importante, el control de la constitucionalidad de las leyes por parte de los Tribunales de justicia. No obstante, hay autores que consideran que aunque no son figuras que se pueden identificar sin más, la diferencia no está en el diferente objeto en el que recaen, sino que la interpretación evolutiva sería una especie dentro de la mutación constitucional. La mutación constitucional puede hacerse mediante interpretación de la misma, pero también a través de actos o prácticas que llevan a cabo órganos que carecen de competencia para interpretar la Constitución¹¹⁴⁷. A su vez, estos dos tipos pueden manifestarse a través de actos jurídicos emanados de órganos constitucionales o a través de simples vías de hecho¹¹⁴⁸

La doctrina de la interpretación evolutiva nació en Italia a mediados del siglo pasado. Se trataba de poner de relieve la idea de un programa o fórmula política inserta en la Constitución que servía de motor a esa interpretación evolutiva para llevar a cabo una transformación social¹¹⁴⁹. Sin embargo, ahora, el sentido común de la expresión, se refiere a que las normas y también las normas constitucionales han de interpretarse atendiendo a la realidad social del momento en que se aplican y las transformaciones de esa realidad pueden traer como consecuencia una nueva interpretación del precepto en cuestión. Añade el autor citado que respecto de la Constitución cabe afirmar dos principios contrapuestos: por una parte es la norma suprema de ordenamiento jurídico protegida por una especial rigidez y, por otra, la necesidad de una cierta flexibilidad del propio texto constitucional que le permita adaptarse, sin necesidad de acudir siempre a su reforma, a la evolución de la

¹¹⁴⁶ García Cuadrado, A. M^a. *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*. Editorial Club Universitario. Alicante (2002). Págs. 78 y 79.

¹¹⁴⁷ León Bastos, C. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales*. Editorial Reus. Madrid (2010). Pág. 33.

¹¹⁴⁸ Vera Santos, J. M. *La reforma constitucional en España*. Ed. La Ley, Madrid (2007). Pág. 43.

¹¹⁴⁹ Magide Herrero, M. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Ministerio de Administraciones Públicas (2000). Pág. 154.

sociedad. El problema es que si afirmamos sólo el primer principio, la constitución quedaría petrificada. Si afirmamos sólo el segundo, nos encontraríamos con lo que se ha dado en llamar la jurisprudencia creativa.

Siguiendo a Akerman, Magide ha puesto de relieve la existencia de reformas constitucionales formales y otras que se han realizado a través de otros procedimientos. Dentro de estas últimas, el autor considera legítimas aquéllas en las que la ciudadanía fuese consciente de estar participando como sujeto constitucional. Pone como ejemplo, el New Deal, que se llevó a cabo sin reformar la Constitución que no preveía semejante intervención de los poderes públicos en la actividad económica. Ello llevó a un enfrentamiento entre el Presidente Roosevelt y el Tribunal Supremo. La legitimidad de esta reforma vino dada, según este autor, porque precisamente el enfrentamiento citado llevó a los ciudadanos a convencerse de que se estaba produciendo un debate que afectaba a los cimientos de la Constitución y reeligieron al Presidente que presentaba un programa con las medidas que había venido rechazando el Tribunal Supremo como inconstitucionales¹¹⁵⁰.

Toda interpretación evolutiva tiene límites infranqueables. La interpretación adaptativa o evolutiva y la reforma son dos cosas material, y no sólo procedimentalmente, distintas. Puede que sea imposible establecer tales límites en abstracto, e incluso que en los casos concretos sea muy difícil trazar dónde acaba la interpretación flexible de un precepto y dónde empieza su modificación. No obstante, la asunción de la diferenciación entre interpretación evolutiva y reforma, resulta conceptualmente necesaria. Como directriz orientativa, la interpretación debe responder a criterios jurídicos. La juridicidad no tiene que venir del artículo 3.1 del Código Civil, pues es una norma de rango inferior. La interpretación jurídica supone la utilización de criterios de interpretación y de argumentos específicamente jurídicos, en el sentido de ser considerados como propios de la argumentación jurídica por la comunidad jurídica. Entre ellos están criterios generales, como el teleológico, como otros específicamente constitucionales como la idea de unidad de la Constitución, el respeto al reparto constitucional de poder, etc. Otra directriz es que la

¹¹⁵⁰ *Op. cit.* Págs. 149 y 150.

interpretación tiene siempre en el texto de la norma un límite último, así no cabe una mutación constitucional que apareciera en clara contradicción con el texto de la norma¹¹⁵¹.

Pérez Luño¹¹⁵² considera que la interpretación evolutiva es el método de interpretación constitucional que adecúa las normas constitucionales a las exigencias actuales, lo cual es imprescindible, según sus partidarios, dada la naturaleza de la Constitución, su elasticidad y su constante remisión a sus contextos económicos y sociopolíticos que evolucionan constantemente, lo cual amplía las facultades del intérprete.

Precisamente sobre los límites de la interpretación evolutiva se discutió en la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, que resolvió sobre Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que introdujo en España el matrimonio homosexual. Dice la sentencia que la Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica. Añade la sentencia que la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica

¹¹⁵¹ *Op. cit.* 152 y 153.

¹¹⁵² Pérez Luño, A. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid (1995). Pág. 249.

y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición. Y partiendo de la idea de que el constituyente no estableció ni prohibió el matrimonio homosexual, considera que la interpretación evolutiva permite llegar a la conclusión de que el mismo no se opone a la regulación constitucional.

Este criterio es fuertemente contestado en los votos particulares. Ramón Rodríguez Arribas señaló que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan.

Incluso Manuel Aragón Reyes, que no discrepaba del fallo, critica la construcción que hace la sentencia sobre la cultura jurídica, pues desvirtúa el entendimiento común de ese término y lo equipara a una especie de sociologismo jurídico que afirma no poder compartir. Añade que en la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al «ser», pues como «deber ser» es perfecta, sino que el intérprete es el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello. Considera que lo dicho por la sentencia puede plantear problemas más allá de lo resuelto en el fallo: «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho», y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas

previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución.

Por su parte, Andrés Ollero dice en relación con la interpretación evolutiva que resulta llamativo que la Sentencia se muestre incapaz de fundamentar su fallo en los tradicionales criterios de interpretación, tras reproducir con encomiable sinceridad el esfuerzo que sí realizan los recurrentes en defensa del carácter heterosexual del matrimonio. Así, desde una interpretación literal –entendiendo que la referencia expresa al «hombre y la mujer» permite deducir de modo evidente una reserva constitucional del matrimonio a favor de parejas heterosexuales–, desde una interpretación sistemática –si se tienen en cuenta los preceptos constitucionales que, al margen del art. 32 CE, hacen referencia al matrimonio ya sea de modo expreso (art. 39 CE) o implícito (art. 58 CE)–, desde una interpretación auténtica –teniendo presente el devenir del debate constituyente– y desde la interpretación que impone el art. 10.2 CE, considerando que los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España no contemplan directamente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Quien esperara una interpretación alternativa desde esos mismos criterios se verá defraudado; la Sentencia admite que así se pensaba tanto en 1978 como dieciséis años después, en el ATC 222/1994, de 11 de julio; pero, al parecer, han bastado dieciocho años más para que toda argumentación resulte ahora superflua.

La conciencia de la «historicidad» de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado. Menos aún sugerir (FJ 9) que la Constitución «a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». Aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas. Concluye que la apelación reiterada de la

Sentencia a una presunta presión social que obligaría a convertir su letra en prácticamente delictiva incurre en lo que se ha llamado «falacia naturalista», El Tribunal sentó ya con claridad en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2 que: «el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse ‘actualidad’, sino su conformidad con la Constitución».

A la vista de lo expuesto, cabe decir que la interpretación evolutiva es necesaria, como se ha dicho, para que la Constitución no se convierta en letra muerta, pero tiene su límite en que es interpretación y no modificación de normas constitucionales. Entendemos que el reconocimiento del derecho a la libertad reproductiva tal y como lo hemos venido definiendo excede de la posibilidad de interpretación y no está ya reconocido a través de otros derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

4.4.f) Reforma de la Constitución.- Dado que la libertad reproductiva no encaja en ninguno de los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución, queda plantearse si es posible su introducción vía reforma constitucional. Así quedaría positivizado en un futuro, pues como señalan De Estaban y González-Trevijano, recordando a René Cassin, “el concepto de derechos fundamentales se encuentra, desde un punto de vista histórico, en constante expansión”¹¹⁵³. Aunque teóricamente es posible, hemos de plantearnos si la reforma de la Constitución tiene límites.

Hay que comenzar afirmando que no todo lo que se presenta como ampliación de derechos es tal. Entendemos que la creación de derechos que desconocen otros fundamentales o bienes constitucionales básicos no está en manos de mayorías más o menos sólidas. Bayón¹¹⁵⁴ hace referencia al problema de encaje entre democracia y constitucionalismo. La democracia no puede concebirse en términos puramente formales, identificándola sin más con el mero procedimiento de toma de decisiones colectivas por mayoría, sino que implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática; los derechos fundamentales encarnarían precisamente esos requisitos sustanciales. Así, cuando se restringe el poder de la mayoría

¹¹⁵³ De Estaban, Jorge y González-Trevijano, P.J. *Op cit* pág., 265.

¹¹⁵⁴ Bayón, J.C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J. Laporta, F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 75.

para impedir que sus decisiones menoscaben los derechos fundamentales, el ideal democrático no sufriría daño, sino que lo que se estaría haciendo es proteger a la democracia de una seria amenaza, la omnipotencia de la mayoría. Destaca este autor otra corriente de opinión según la cual, la adopción de decisiones colectivas por mayoría no podría calificarse como auténticamente democrática si no se desarrollase en condiciones en las que esté satisfecha la exigencia de que todos sean tratados con igual consideración y respeto, ni tampoco si el contenido de la decisión adoptada socavase esas condiciones. Otros autores destacan que el eventual origen democrático de una ley no es garantía de su justicia. Hay bienes tan importantes que están al margen del regateo político, de forma que normas democráticas que privan de sus derechos humanos a determinados individuos serán ilegítimas¹¹⁵⁵. Este autor pone de relieve la paradoja que supone afirmar, por un lado, que los derechos humanos son profundamente democráticos porque aseguran las condiciones para el funcionamiento del proceso democrático y, por otra, que son profundamente antidemocráticos porque desconfían del proceso democrático. Esta paradoja es insuperable si consideramos los derechos humanos como unas reglas arbitrarias o, al menos sin un fundamento sólido y solamente producto de las convicciones sociales del momento y mudables. Pero no si los consideramos como una exigencia fundamental del juego, de forma que de cambiarse ya no podríamos seguir jugando a lo mismo. Como ejemplo de esta doctrina que, podemos calificar como iusnaturalista, cabe citar lo señalado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *West Virginia State Board of Education versus Barnette*¹¹⁵⁶ de 1946: “el propósito fundamental de toda Declaración de Derechos es sustraer ciertas materias a las vicisitudes del debate político, situándolas fuera del alcance tanto de las mayorías políticas como de los agentes gubernamentales y otorgándoles el carácter de principios jurídicos que deben ser aplicados y garantizados por los tribunales. Los derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libre expresión, las libertades religiosa, de imprenta, de reunión y de manifestación, así como otros derechos fundamentales no son otorgados o denegados por los votos, ni dependen del resultado de los procesos políticos y electorales”. Como señala Fernández García, la variabilidad histórica de los derechos humanos se detiene ante los derechos más básicos, como los derechos a la vida y a la integridad física y moral, pues sin un contenido invariable de las

¹¹⁵⁵González Amuchástegui, J: Los límites de los derechos fundamentales en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J. Laporta, F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 447.

¹¹⁵⁶ Texto en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>

exigencias básicas que protegen, sería superfluo hablar de derechos humanos fundamentales¹¹⁵⁷.

En la dimensión institucional de los derechos encuentran su fundamento los derechos individualmente considerados, por lo que el sistema de derechos como núcleo de las constituciones no puede entenderse desde un simple voluntarismo ni dependiente de las simples fuerzas creativas de los sujetos que componen un sistema político, sino desde la propias realidades de vida que van más allá de los intereses individuales: el hombre como persona desde su conexión social¹¹⁵⁸.

Es cierto que se plantea la cuestión de quién entonces debe decidir los derechos fundamentales que quedan sustraídos al poder de decisión de la mayoría. Porque finalmente las constituciones se aprueban por un referéndum y obtienen, en su caso un respaldo mayoritario. A esto cabe oponer que si bien eso es cierto, no lo es más que con independencia de que se adopte una postura iusnaturalista de los derechos fundamentales o bien, se consideran como un mero producto de un momento histórico, social y cultural, lo que es indudable es que el texto constitucional que no reconozca una serie de derechos básicos con un determinado contenido esencial, no es reconocido como tal Constitución. Otra cosa es qué delimitación se haga de esos derechos, qué límites se les imponen o que desafíos nuevos surgen.

Relacionada con esta cuestión, se encuentra la idea del fundamento de los derechos fundamentales. Es famosa la frase de Norberto Bobbio de que no se ve cómo puede darse un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. A esto se ha contestado que tampoco se ve cómo puede darse un fundamento relativo de derechos históricamente fundamentales. Aún admitiendo que los derechos han ido apareciendo como respuesta al desarrollo histórico de la sociedad, habrá que aceptarse que entre los derechos que se hallan en las declaraciones hay unos que no varían de forma continua sino que se mantienen bastante constantes en cuanto a su contenido.

¹¹⁵⁷Fernández García, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Editorial Dykinson (2001). Pág. 26.

¹¹⁵⁸Tur Ausina, R. Cuerpo humano y persona ante las biotecnologías: implicaciones constitucionales, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 284.

Gabaldón¹¹⁵⁹ pone de relieve que la lucha por el reconocimiento de los derechos fundamentales aparece marcada por dos factores contradictorios: desde el punto de vista político, la consolidación de la exigencia a su respeto; desde el punto de vista filosófico se regatea validez a cualquier línea doctrinal que pueda brindarles un fundamento consistente, de forma que su valor práctico dependerá en cada circunstancia de la fuerza utilizable en su respaldo. Añade que, debido a esto último, la eliminación de factores de discriminación no alcanza a los no nacidos porque carecen de la posibilidad de reivindicar sus derechos. Habría, no obstante, que matizar esta afirmación. Más que a la falta de voz propia, la indefensión de los no nacidos responde a una determinada mentalidad. Tampoco los animales pueden reivindicar que se les trate de determinada manera, pero de defenderlos se encargan grupos cuyos argumentos encuentran eco en la sociedad y los legisladores.

La expansión de los derechos puede producirse como consecuencia de realidades nuevas creadas por la tecnología, como ocurre con el que se ha dado en llamar derecho de autodeterminación informativa que amplía el concepto de intimidad clásico para protegerse frente a las intromisiones derivadas del uso de la información contenida en los ficheros automatizados de datos personales que, a su vez, necesita una revisión pues los ficheros no se limitan a almacenarse en un ordenador aislado, sino que con Internet, pueden estar al alcance de cualquiera, como se ha puesto de relieve en el conocido como caso Snowden. O puede plantearse un nuevo derecho como consecuencia del cambio de la opinión dominante en la sociedad respecto de una realidad ya existente, como, a mi juicio ocurre en el caso que nos ocupa, que es producto de una afirmación cada vez mayor del individualismo. Aquí, la expansión de un derecho se producirá a costa de otro u otros. Como dice Encarnación Fernández citando a Meyer Bisch nos encontramos ante “la hipertrofia de las libertades, consistente en ampliar indebidamente el contenido de ciertos derechos, lo que conduce a la proliferación de supuestos conflictos de derechos que no son tales y que desaparecen en cuanto reducimos cada derecho a su contenido esencial, que sería al mismo tiempo su verdadero contenido”¹¹⁶⁰. Nos parece muy sugerente la idea de González Amuchástegui que distingue entre limitar y delimitar. Mientras, esto segundo supone definir los contornos

¹¹⁵⁹ Op. cit. Pág. 137.

¹¹⁶⁰ Fernández Ruiz-Gálvez, E. *Op. cit.* Pág 163.

de algo, lo primero es fijar límites externos¹¹⁶¹. Parece que en este caso se confunde lo que es una mera delimitación, con supuestos límites que se consideran, además, intolerables. La delimitación no supone tener una visión cicatera de los derechos, pues este autor plantea que si bien un derecho ilimitado es un no derecho, en la delimitación de los derechos fundamentales es una exigencia extender al máximo el alcance de los derechos humanos con el fin de garantizar el desarrollo de todos los seres humanos como agentes morales. A nuestro juicio, ello supone que no sólo el derecho a la autonomía personal debe ser interpretado extensivamente, sino también el derecho a la vida.

Incluso aunque se niegue la titularidad del derecho a la vida de los no nacidos, los límites a los derechos están no sólo en los derechos de los otros, sino también en otros bienes constitucionales. Aunque parece difícil de manejar una idea de bien constitucional que no posea una conexión con los derechos¹¹⁶².

El derecho a la reproducción basado en la autonomía ilimitada individual es clasificado por Barcellona dentro de los derechos que tienden a presentarse como fundados directamente sobre el individuo en sí mismo y, por ello, corren el peligro de convertirse en su opuesto: en instrumentos de la manipulación total de los cuerpos¹¹⁶³. Incluso Mary Warnock: “Lamentaría cualquier tendencia que condujera a la gente a sentirse tan obsesionada por su derecho a tener un hijo y a tenerlo del modo que ellos desean, incluso con las características que ellos prefieren, que les hiciera olvidar la vieja sensación de asombro y gratitud que se siente con el nacimiento de un niño. ¿Gratitud a quién? Bien, a Dios o a la naturaleza, a la comadrona o al médico, o al mismo principio de continuidad y renovación de la vida. No importa. Pero, como ya he dicho, la gratitud es algo que no se siente cuando todo lo que uno ha conseguido es aquello que se le debía”¹¹⁶⁴. Y en palabras del que fue Presidente de Alemania del Partido Socialdemócrata, Johannes Rau: “no podemos confundir los deseos y

¹¹⁶¹González Amuchástegui, J. Los límites de los derechos fundamentales en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 438.

¹¹⁶²Asís Roig, R. La apertura constitucional: la "dignidad de la persona" y "el libre desarrollo de la personalidad" como fundamentos del orden político y de la paz social, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Editorial Comares. Granada (2002). Pág. 163.

¹¹⁶³Barcellona, P. Biopolítica y derechos en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 57.

¹¹⁶⁴Warnock, M. *Op. cit.* Pág. 31.

anhelos, por comprensibles que sean, con derechos. No existe un derecho a tener hijos. Lo que sí existe es el derecho de los hijos a la ayuda de los padres, y sobre todo, el derecho de venir al mundo y de ser amados por su propia razón de ser, por sí mismos”¹¹⁶⁵.

4.4.g) Recapitulación.- Hasta la fecha no existe un derecho a la libertad reproductiva que cumpla con las condiciones expresadas por Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano¹¹⁶⁶, como derecho fundamental autónomo o englobado en otro existente, amparado por un sistema de garantías. Y esta garantía jurídica es esencial en el proceso de positivización de los derechos fundamentales ya que, como es sabido, éstos gozan de una especial primacía sobre la actividad legislativa ordinaria. En nuestra Constitución los derechos enumerados en el Capítulo 2º del Título I quedan sometidos a la triple garantía establecida en el artículo 53: vinculación de todos los poderes públicos, la regulación legal de su ejercicio y el respeto de su contenido esencial. Además, el apartado 2 del precepto citado ha establecido una garantía jurisdiccional cualificada para ciertos derechos fundamentales, con un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Tampoco puede hablarse de que nuestra Constitución reconozca derechos fundamentales exclusivos de las mujeres. El catálogo de derechos y libertades se refiere a hombres y mujeres sin distinción, salvo excepciones justificadas por la existencia de una desigualdad discriminatoria. Así, el artículo 32 establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, por cuanto hasta tiempos no muy lejanos no era así. El artículo 39 dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral (...) de la madre, cualquiera que sea su estado civil, lo que también se explica por la regulación que se exponía al principio de este trabajo y que dejaba en manos del varón el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, lo que colocaba a las madres en una situación muy precaria desde el punto de vista social y jurídico. Por último, el artículo 14, con carácter general prevé que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de (...) sexo (que, a su vez, se concreta en el artículo 35 respecto de la retribución en el trabajo).

¹¹⁶⁵Rau, J. ¿Irán todo bien? Por un progreso a medida humana. Discurso pronunciado el 18 de mayo de 2001 en el Salón de Actos Otto Braun de la Biblioteca Nacional de Berlín.

¹¹⁶⁶En parecidos términos, Gómez Sánchez. *Op cit.* 2005. Pág 35.

De ninguno de estos artículos puede inferirse el reconocimiento de facultades exorbitantes en el ámbito reproductivo para la mujer ni, un derecho al aborto.

Tampoco, como hemos visto se reconoce en el derecho comparado, ni siquiera en aquellos ordenamientos con reconocimiento de la *privacy* más amplia. En el sistema americano, que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo, el Tribunal Supremo no ha proclamado expresamente un derecho a procrear, aunque sí ha analizado una amplia gama de asuntos relacionados, como son la esterilización forzosa, el derecho de los individuos a evitar la concepción o continuar con el embarazo. En el caso *Skinner v. Oklahoma* se declaró inconstitucional la esterilización forzosa de delincuentes y es en esa sentencia donde se habla del derecho a tener descendencia y añade que la legislación enjuiciada toca un área sensible e importante de los derechos humanos. Aunque menciona este derecho junto al de contraer matrimonio, el mismo se predica de la persona individual, lo que se confirma en las sentencias referentes a los anticonceptivos (*Griswold v Connecticut*, para parejas casadas y *Eisenstadt v. Baird*, respecto de individuos). El Tribunal Supremo se ha manifestado sobre esta cuestión, teniendo siempre en cuenta la reproducción mediante relaciones sexuales de la pareja. En relación con las técnicas de reproducción asistida, algún autor norteamericano ha señalado que el derecho de las personas casadas para utilizar métodos no coitales y asistidos de concepción para superar la infertilidad debe extenderse a cualquier otro propósito (...) Restringir el derecho (...) a una única finalidad, tal como el remedio de la infertilidad, contradice el significado del derecho a la autonomía (...) la autonomía reproductiva está enraizada en la idea de que los individuos tienen un derecho a elegir y llevar adelante el tipo de vida que ellos consideran llena de significado y satisfactoria (...) Muchas personas (...) consideran que la reproducción tiene sentido sólo si el niño es sano. La libertad para elegir características de la descendencia incluye el derecho de abortar fetos o no implantar embriones de un género o características genéticas no deseadas. Así como las personas tienen libertad de escoger parejas, deberían tener la libertad de escoger óvulos, esperma o madres gestantes con el fin de maximizar la salud u obtener rasgos físicos deseables (...). Esta libertad también daría el derecho de manipular genéticamente óvulos, esperma o embriones con el fin de dotar al niño con unos determinados caracteres¹¹⁶⁷. De esta forma, la libertad reproductiva ya no es un mero

¹¹⁶⁷Robertson, J.A. Procreative Liberty and the Control of Conception. *Pregnancy and Childbirth. Virginia Law Review*, 69.Págs. 405-484 (1983).

derecho a tener descendencia, sino el derecho a planear completamente los medios y los resultados de la concepción, no existiendo límites jurídicos, sino exclusivamente técnicos. Hay que decir que esa postura doctrinal no ha tenido acogida ni en la legislación ni en los pronunciamientos de los tribunales. Incluso los autores anglosajones más favorables a la existencia de un amplio derecho a la reproducción, por ejemplo, consideran que el Estado no tiene la obligación de financiar la reproducción asistida, pues tampoco existe la obligación de financiar abortos en Estados Unidos. Es más, consideran que el Estado podría optar por financiar el tratamiento de parejas infértiles que no precisen de donantes de gametos, madres subrogadas o congelación de embriones, como política de favorecer aquellas técnicas que no planteen difíciles cuestiones de derecho de familia o de trato adecuado a los embriones¹¹⁶⁸.

Queda pendiente determinar qué contenido tiene en realidad la libertad reproductiva en nuestro Derecho y en qué preceptos se fundamenta. Entiende Vidal que en el Derecho español, “la fundamentación de la libertad de procrear de la persona humana se encuentra en su dignidad y derechos inherentes, en este caso, el derecho a fundar una familia al que se refiere el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, específicamente aludida en el artículo 10.2 de la Constitución”¹¹⁶⁹. Ahora bien, el artículo 10.2, según la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, se limita a recoger un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales, que pone de manifiesto la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Por tanto, en la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el

¹¹⁶⁸U.S. Congress Office of Technology Assessment. *Infertility: Medical and Social Choices*. OTA-BA 358. Washington D.C. Government Printing Office. Mayo (1988). Pág. 223.

¹¹⁶⁹ Vidal Martínez. *Op. cit.* Pág. 80.

hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución.

De acuerdo con esta doctrina del Tribunal Constitucional parece que la referencia al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo tiene un valor interpretativo, pero es necesario para ello vincularlo con preceptos constitucionales conexos con el derecho a fundar una familia. Estos serían los artículos 32.1 y 39.1. En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Pero igualmente la doctrina del Tribunal se muestra firme respecto del hecho de que el art. 32 CE faculta al legislador para proteger especialmente a las familias matrimoniales (por todas STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3).

El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Y añade el párrafo tercero que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23 reconoce que la familia tiene derecho a ser protegida por la sociedad y por el Estado y se proclama el derecho del hombre y la mujer para contraer matrimonio y fundar una familia, con la única condición de que tengan edad para ello. Por su parte, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dispone en el artículo II-69: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

El derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia “forman dos caras de la misma moneda (...) se trata de un único derecho con una doble manifestación”¹¹⁷⁰. En un tono crítico, señala que “tradicionalmente, la manifestación casi única de este derecho se plasmaba en el derecho del matrimonio a tener hijos, incluidos los hijos adoptados por el matrimonio conforme a las legislaciones propias de cada Estado”.

Por lo que se refiere a su contenido, la discrepancia es sobre todo respecto de los medios. En efecto, es pacífico que la libertad reproductiva incluye la opción de procrear y con quién, la decisión de cuándo procrear, la decisión de cuántos hijos tener... La discusión es por qué medios pueden tenerse, si existe o no un derecho al aborto, quién puede acudir a las técnicas de reproducción asistida y si pueden seleccionarse rasgos de los hijos, etcétera. Partiendo de esta base, cabe señalar como primera aproximación que la libertad reproductiva responde a la idea de que el derecho de la persona a decidir a tener o no descendencia prima sobre las políticas demográficas de los Estados, en un sentido o en otro. Para Zarraluqui el derecho a no ser ilegítimamente restringido es un derecho de ejercicio mancomunado y heterosexual. No existe en el ser humano autonomía procreativa y su ejercicio natural –aun por medios asistidos- puede considerarse limitado a la pareja, sea ésta matrimonial, unión estable de pareja o a la simple concurrencia de hombre y mujer, aun en una relación esporádica o accidental. Pero siempre habrán de concurrir dos personas y de sexo distinto¹¹⁷¹. Tal y como señala Alkorta, el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y reiterado en la sección 23.2 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa en el sentido de que sólo hace referencia a la prohibición de obstaculizar la posibilidad de procrear, pero no alcanza a crear una obligación al Estado para proporcionar los medios de curar la infertilidad o de suplir sus consecuencias mediante métodos de asistencia a la procreación. Esta autora y partiendo del artículo 16.1.(e) de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) que citábamos al comienzo de este trabajo, concluye

¹¹⁷⁰Martín y Pérez de Nanclares, J. Artículo 9. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Araceli Mangas Marín (Dir.) Fundación BBVA. Bilbao (2008) Págs. 249 y 250.

¹¹⁷¹Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006). Pág. 131.

definiendo esta libertad como “el derecho a tomar decisiones sobre la propia reproducción de forma *libre y consensuada* (la cursiva es nuestra) entre ambos miembros de la pareja, sin injerencias externas y contando con la información y con los medios adecuados para su realización emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico”¹¹⁷². Salvo la referencia a la creación de un derecho humano nuevo, resulta una formulación aceptable.

Entendemos que la perspectiva que adopta la legislación española respecto de la libertad reproductiva en sentido positivo pone su acento en la autodeterminación del individuo, olvidándose del principio del interés del hijo que es el bien superior consagrado en tratados internacionales de los que es parte España. Obviamente, este principio no se niega expresamente, sino antes al contrario, se afirma. Pero analizando el contenido de la norma se tiene la impresión de que se utilizan nobles palabras y grandes principios, que se interpretan de forma que se vacían de contenido. La libertad para tener o no hijos no incluye la voluntad de tenerlos de cualquier manera¹¹⁷³. Bearain dice que, si bien no considera adecuado incluir el derecho a la reproducción como uno de los derechos subjetivos fundamentales del ser humano, advierte que existe un derecho a gozar de las condiciones que hagan posible que el ejercicio de la procreación constituya un proceso humanizado y humanizador (...) se trata más bien de lograr una convivencia entre los dos tipos de intereses diferentes que confluyen en este caso(...) ¹¹⁷⁴. Desde esta postura el interés del hijo debe ponerse, en principio, por encima de la exigencia de los padres. No debemos considerarlo como un derecho ilimitado o incontrolado, en la apreciación de que el hijo es, o más bien debe ser, un valor en sí mismo y nunca tomarlo como un medio al servicio de una necesidad, interés, capricho o incluso derecho de los progenitores¹¹⁷⁵. No existe un derecho al hijo. La sentencia del caso Baby M. dice con buen criterio que la custodia, cuidado y la crianza que siguen al nacimiento no forman parte del derecho a procrear.

¹¹⁷² Op. cit. Pág. 18 a 20.

¹¹⁷³ Bellver Capella. Op. cit. Pág. 121.

¹¹⁷⁴ Bearain. Op. cit. Págs. 203 y 204

¹¹⁷⁵ Junquera de Estéfani, R. y de la Torre Díaz, F.J. *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. (2013). Pág. 52.

Señala O'Neil que la reproducción concierne a las personas y es parte de la vida en la que se manifiestan sus creencias, pero de ello no se sigue que sea sólo una cuestión de realización personal. Añade que la reproducción, a diferencia de la contracepción y del aborto, tiene como finalidad traer a un tercero a la existencia. Por ello, la libertad reproductiva no se plantea adecuadamente según el modelo de ejercicio de un derecho de libertad¹¹⁷⁶. Hay que señalar que la cita está tomada de un trabajo en el que la autora analiza el supuesto derecho a elegir las características del niño. Cabe preguntarse por qué considera el aborto libre tan aceptable como la contracepción dentro del derecho de libertad, pues también supone una elección por razones de conveniencia que supone la muerte del hijo no nacido.

La complejidad del asunto, los enormes progresos científicos y tecnológicos y el enfoque muchas veces equivocado con el que se aborda la cuestión, exigen una regulación unitaria de la materia. Gómez Sánchez considera necesario regular un nuevo estatuto de la vida humana, en el que esta autora incluye el derecho a la reproducción humana, y otros derechos que tienen que ver con el tema que abordamos como la clonación o el derecho a la libertad de investigación y aplicación técnica y científica biomédica¹¹⁷⁷.

En principio, el derecho y libertad de procreación pueden ejercitarse de un modo natural sin limitaciones, siempre que obviamente, las relaciones sexuales sean consentidas por los dos miembros de la pareja. En cuanto a libertad negativa, entendemos que la protección de la vida del no nacido impide el reconocimiento de un derecho al aborto. No existe obstáculo en nuestra Constitución para considerar que el nasciturus tiene derecho a la vida, pues lo contrario supone dar prevalencia a una norma del Código Civil que califica como personas sólo a los nacidos. Por otra parte, el Tribunal Constitucional alemán, interpretando normas constitucionales semejantes, llegó a esa conclusión. Pero es que, aunque asumamos la doctrina de la sentencia 53/85, ello no implica que la vida prenatal pueda quedar completamente desprotegida en alguna de sus fases, reconociéndose un correlativo derecho a destruirla. Carbonell¹¹⁷⁸, aunque no es en absoluto partidario de dicha protección, hace

¹¹⁷⁶O'Neil, O. *Autonomy and Trust in bioethics*. Cambridge University Press. Cambridge (2002).Pág. 61.

¹¹⁷⁷ Op. cit. Pág. 19.

¹¹⁷⁸ Op. cit. Pág. 663.

una reflexión interesante al señalar que “no se trata de que tan sólo puedan ser considerados bienes dignos de protección los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos constitucionalmente, sino únicamente que detrás de todo bien jurídico digno de protección se encuentra un derecho fundamental, una libertad pública o, al menos, un valor con relevancia constitucional. En este sentido, se pregunta Vila-Coro ¿cómo se puede entender la existencia de la vida, objeto de un derecho sin titular que la soporte? Sería proteger la vida de un individuo sin derecho a la vida¹¹⁷⁹. En este mismo sentido ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 215/1994 que cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. Para ser privado de un derecho humano, en este caso la vida, es necesario que ese derecho entre en conflicto con derechos humanos de terceras personas, lo que exige una adecuada ponderación, pues los derechos fundamentales no admiten cualquier contenido, sino que responden a un contenido muy concreto que el Estado no puede inventar ni desconocer. Como vimos, el contenido esencial de un derecho viene a ser precisamente aquel que lo hace reconocible como tal y se constituye en un límite infranqueable a la actuación del legislador, y también a toda actuación de desarrollo o aplicación del derecho de que se trate¹¹⁸⁰. Tal como señalan Esteban y González-Trevijano¹¹⁸¹, la cláusula del contenido esencial es una de las garantías clásicas extrajudiciales de los derechos fundamentales. Su origen, la *Wesensgehaltgarantie*, tiene su origen en Alemania, tras la Segunda Guerra Mundial y se configura como una cautela para evitar los abusos del legislador durante el nazismo que desfiguró y aniquiló después los derechos y libertades. Cuestión distinta es la forma en la que el Estado debe proteger la vida prenatal. Si bien debe incluir la sanción penal, no es el único medio con el que cuenta. Incluso cuando el fenómeno del aborto no estaba tan extendido en el mundo como en la actualidad, ya se decía que pensar que se puede atajar el aluvión de abortos sólo con una legislación dura

¹¹⁷⁹Vila-Coro, M^a. D. *Introducción a la biojurídica*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. (1995). Pág. 197.

¹¹⁸⁰Asís Roig, R. La apertura constitucional: la "dignidad de la persona" y "el libre desarrollo de la personalidad" como fundamentos del orden político y de la paz social, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Editorial Comares. Granada (2002). Pág. 159.

¹¹⁸¹*Op. cit. II*. Págs 396 y 397.

sería pueril¹¹⁸². Al igual que se ha ido creando una conciencia social más sensible respecto del consumo de tabaco, los accidentes de tráfico o la protección de los animales, una adecuada formación afectivo-sexual y un mejor conocimiento de la vida prenatal, pueden contribuir decisivamente en este sentido. El asesoramiento a la mujer embarazada que ponga el énfasis en la idea de proteger al no nacido y diversas medidas de concienciación, medidas de incentivación, medidas de trato preferencial y medidas de recompensa, pueden y debe aplicarse en defensa de la vida del no nacido. En cuanto a las indicaciones, hay que decir que no es éste el debate del aborto. De hecho, allí donde se aplican en sus términos, el aborto desciende radicalmente, y las organizaciones abortistas denuncian la situación.

Gómez Sánchez mantiene, que las acciones respecto de la vida dependiente o en formación debe tender a completar el proceso que permita alcanzar el pleno desarrollo del ser que, a su vez, permitirá la libre disposición del yo y señala que de la misma manera que cabe hablar de un derecho a la reproducción humana puede defenderse que existe un derecho a nacer puesto que sin este reconocimiento previo la teoría de los derechos subjetivos, como tesis tuteladora de la persona, vería muy mermado su contenido¹¹⁸³. En otro lugar añade que a falta de regulación en la Constitución de la capacidad jurídica, no encuentra objeción en asumir las reglas civiles, “con una única excepción que se refiere a la atribución de ésta al nasciturus como paso previo al reconocimiento de su titularidad en relación con el derecho a la vida recogido en el artículo 15 CE¹¹⁸⁴”.

Si esto es así en lo que a la reproducción natural se refiere, la reproducción asistida, tal y como se señalaba en la defensa de la constitucionalidad de la LTRHA 1988, tiene que ver con el derecho a la protección de la salud. González Morán¹¹⁸⁵ recoge la opinión de diversos autores en el sentido de que la libertad reproductiva de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear también por medio de técnicas de reproducción asistida que vincule al legislador ordinario. En este mismo sentido, Alkorta¹¹⁸⁶ rechaza que la reivindicación del derecho al tratamiento de la

¹¹⁸²Jiménez Vargas, J. y López García, G. *¿A qué se llama aborto?* Editorial Magisterio Español y Prensa Española. Madrid (1975). Pág. 104.

¹¹⁸³Gómez Sánchez, Y. *Op. cit.* Págs. 90 y 91.

¹¹⁸⁴*Op. cit.* (2003). Pág. 56.

¹¹⁸⁵*Op. cit.* Pág. 653 y sig.

¹¹⁸⁶*Op. cit.* Pág. 18 a 20.

infertilidad en base al derecho a la salud. Advierte con razón Moro Almaraz que el uso de las técnicas de reproducción asistida supera la esfera íntima de la pareja y el Estado está llamado a regular, aún mínimamente, las facultades individuales en aras del bien común, la justicia y la seguridad. También Romeo Casabona se muestra partidario de que el uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida esté rigurosamente controlada por el Estado y limitada a determinados supuestos legalmente tasados, así como regulada en estos casos, también en cuanto a los requisitos de la licitud de su práctica¹¹⁸⁷.

Si la protección de la vida prenatal significa algo, los embriones deben ser tutelados en la reproducción asistida. Aquí no puede plantearse, como ya hemos dicho, conflicto alguno con la integridad física de la mujer. Reconocer el derecho de los progenitores a decidir la destrucción de los embriones, cuando ya no tienen interés en ello, es considerar a los embriones un objeto de escaso valor y propiedad de sus padres. Si no, los partidarios de otorgar esta facultad deberían explicar por qué no pueden venderse los embriones, teniendo mayor precio aquellos que reúnan las condiciones genéticas más deseadas. Tampoco parece que el derecho a la libre investigación científica permita la destrucción de embriones. En el conflicto entre el derecho constitucional a la libre investigación y la protección del bien jurídico vida, parece que ha de prevalecer éste, sobre todo, porque existen otras posibilidades de desarrollar esos mismos objetivos. Actualmente, se aprueban legislaciones que limitan la experimentación con animales; se argumenta que el hombre tiene responsabilidad moral hacia los animales porque es un ser racional, un agente moral que modifica el mundo según una intencionalidad que puede perjudicar o beneficiar a su misma especie o a otras especies y que la experimentación debe estar regulada y proteger a los más débiles. Los principios conocidos como tres erres (reducción del número de animales utilizados en los laboratorios, refinamiento de las técnicas de investigación y reemplazo de los animales en los experimentos por otras pruebas que no les utilicen), sin bien se ven como un avance, tienen el problema de que siguen admitiendo la utilización de los animales como meros instrumentos, mientras que la cuestión está en si es ético y lícito apropiarse y disponer de los animales, de su individualidad, de su animalidad y de su télos. Se añade que si desde que se establecieron los protocolos de investigación, es necesario requerir el consentimiento de un participante en un experimento, cuando se trata de animales no

¹¹⁸⁷Gracia Martín y Escuchuri Aisa *Op. cit.* Págs 128 a 130.

hablamos de consentimiento, simplemente les obligamos¹¹⁸⁸. Si en estas frases que citamos se sustituyera la palabra “animal” por “embrión humano” el texto se calificaría de puro fundamentalismo religioso. En nuestro criterio, se trataría de dar a los miembros de nuestra especie, al menos, el mismo trato que a los animales de otras.

En relación con la maternidad subrogada, antes de nada, es preciso subrayar que en nada afecta a la libertad reproductiva de la pareja comitente. En efecto, en caso de parejas heterosexuales, lo normal será el caso de que el marido sea fértil y la mujer, por diversas razones no pueda quedarse embarazada o llevar a término un embarazo. Pues bien, aunque se prohíba la maternidad subrogada, el marido puede seguir teniendo hijos mediante relaciones sexuales (si bien fuera del matrimonio) y la mujer no procreará aunque se autorice la maternidad subrogada. Como señalaba la sentencia del caso Baby M, el derecho a procrear no es más que el derecho a tener hijos biológicos, bien a través de relaciones sexuales o de inseminación artificial. En el fondo, la maternidad subrogada es una figura que pretende obtener la custodia de un niño, sin pasar por los trámites de la adopción. Se dice que no puede equipararse a la compra de un niño, porque en este caso, el niño ya ha nacido. Pero, además de parecerse mucho, como señala la sentencia citada, admitir que los contratos de maternidad subrogada son exigibles jurídicamente supone reconocer que hay un derecho constitucionalmente protegido a la procreación (el de la pareja o persona comitente) que permite destruir el derecho a la procreación de otro (la madre de alquiler). Algunos autores norteamericanos han llegado a afirmar que hacer cumplir forzosamente las estipulaciones de un contrato de subrogación que niegan a la madre subrogada cualquier derecho sobre el hijo que va a dar a luz o le imponen obligaciones en relación con tratamientos médicos o dieta es tanto como “peonage” (institución por la cual los deudores quedaban sujetos a la servidumbre de sus acreedores hasta que pagaban su deuda)

En relación con la clonación y la selección de rasgos genéticos, otro límite tiene que venir dado por el principio de responsabilidad enunciado por el filósofo alemán Hans Jonas. Comentando esta doctrina, Esperanza Bautista ha señalado que la situación en la que nos encontramos es inédita porque hasta ahora la relación entre seres humanos implicaba una

¹¹⁸⁸Leyton, F. Animales y biotecnología: algunas implicaciones éticas en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010). Págs. 184 a 186.

regla de reciprocidad y correspondencia entre derechos y deberes. Sin embargo, el poder que ha alcanzado el hombre con la ciencia y la tecnología hace que la responsabilidad se proyecte también hacia el futuro, concierne a toda la humanidad y su hábitat. No es una responsabilidad recíproca ya que los seres humanos de ese lejano futuro todavía no están y, por ello, no tienen deberes respecto de nosotros¹¹⁸⁹. Adela Cortina afirma que la ética no se ocupa únicamente de la vida humana, sino del conjunto de la vida que puede estar amenazada o puede ser potenciada por los avances técnicos¹¹⁹⁰. En este sentido resulta llamativa la Exposición de Motivos de la LTRA 1988 que exige a las opiniones sobre las técnicas que respondan al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, además de que acepten la realidad y le sean útiles al legislador. Con razón se ha dicho que esas exigencias echan por tierra toda su dimensión ética¹¹⁹¹.

Otro límite adicional en la investigación con embriones y en la clonación, ha de venir dado por el principio de precaución. Según el Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO¹¹⁹², La aparición del principio de precaución se remonta a los años setenta. Algunos especialistas afirman que el principio precautorio nació en Suecia y otros en Alemania. En este último país el principio de precaución ('Vorsorgeprinzip') puede encontrarse ya en un anteproyecto de ley (1970) cuya finalidad era el saneamiento del aire. La ley fue aprobada en 1974 y se refería a todas las posibles fuentes de contaminación atmosférica, el ruido, las vibraciones y otros procesos similares. La consagración más inequívoca del principio en la política medioambiental de Alemania se expresó en una fecha posterior en los siguientes términos: "La responsabilidad hacia las generaciones futuras obliga a preservar las bases naturales de la vida y a evitar las formas irreversibles de daño, como el menoscabo de los bosques". Por consiguiente: "El principio

¹¹⁸⁹Bautista Parejo, E. Hans Jonas y la responsabilidad constitutiva: dignidad de la naturaleza y dignidad del ser humano. *Bioética: la cuestión de la dignidad*. Universidad de Comillas. Madrid. (2004). Págs.150 y 151.

¹¹⁹⁰Cortina, A. Ética y globalización, en *Bioteología, desarrollo y justicia*, Carlos Romeo Casabona (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2008). Pág. 56.

¹¹⁹¹Méndez Baiges, V. Esperanzas fundadas, grandes beneficios y *dumping* bioético, en Esteve Pardo, J. En el ocaso del paradigma Galileo. El nuevo y desatendido entorno de la libertad de investigación científica, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).Pág. 192

¹¹⁹²Consultado en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

de precaución significa también actuar cuando la ciencia no haya llegado aún a resultados establecidos de manera concluyente”.

Las primeras menciones aparecen en la Carta Mundial de la Naturaleza¹¹⁹³, aprobada por Resolución de las Naciones Unidas de 28 de octubre de 1982 y luego en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente¹¹⁹⁴ adoptada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992, en aquella ciudad. La adopción de tal principio se justificó porque los Estados demoraban continuamente la adopción de medidas de protección medioambiental amprándose en la falta de certeza científica sobre la causa que genera los riesgos ambientales. Para responder a ello, el principio número 15 de la Declaración de Río afirma que la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. Asimismo se incorporó al Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica¹¹⁹⁵ de 5 de junio de 1992, El Convenio Marco de las Naciones Unidas de 9 de mayo de 1992, sobre Cambio Climático¹¹⁹⁶ y el Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes¹¹⁹⁷ de 23 de mayo del 2001, auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. En el ámbito europeo el Tratado de Maastricht¹¹⁹⁸ de 1992 incorporó un nuevo precepto en el Tratado de la Comunidad Europea el 174.2 que señala que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente se basará en los principios de cautela y de acción preventiva. Aunque posteriormente, el principio se ha aplicado a otros campos, en especial la salud de las personas. La Unión Europea, en la Comunicación sobre el recurso al principio de precaución de la Comisión Europea de 2002, reconoce que el ámbito de aplicación del principio de precaución es mucho más amplio que el de las políticas medioambientales. Así ocurrió en la crisis de las llamadas “vacas locas”, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió el caso National Farmers’ Union v. Secretariat General du

¹¹⁹³ http://www.jmarcano.com/educa/docs/carta_mundial.html

¹¹⁹⁴ http://www.medioambiente.cu/declaracion_de_rio_1992.htm

¹¹⁹⁵ <http://www.cbd.int/intro/default.shtml>

¹¹⁹⁶ unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf

¹¹⁹⁷ www.pops.int/documents/convtext/convtext_sp.pdf

¹¹⁹⁸ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/tue.html

Gouvernement¹¹⁹⁹. En la Sentencia el Tribunal señala que las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos. Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia en el caso *Artegoda v. Comisión*¹²⁰⁰ en un caso de medicamentos de uso humano señaló que el principio de cautela es un principio general del Derecho comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos. En el ámbito interno la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, previene que para definir las mejores técnicas disponibles a efectos de fijar los valores límites de emisión será preciso atender a los principios de precaución y prevención. La Ley 11/2001, de 5 de julio, de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, establece que este organismo adoptará sus decisiones de acuerdo con la protección de la salud, el interés público y el principio de precaución.

Con este principio, las sociedades contemporáneas intentan contrarrestar la idea de que el progreso y desarrollo impulsados por la ciencia y la técnica son buenos por sí solos¹²⁰¹. Señala Cierco¹²⁰² que el principio de precaución encierra (...) un nuevo valor que con el tiempo va ganando firmeza. (...) la seguridad frente a los graves riesgos que trae consigo el progreso industrial y tecnológico. Tiene unas características positivas extraordinarias que están puestas a disposición de bienes jurídicos fundamentales como son la vida humana, la salud y el medio ambiente, permite adoptar medidas contundentes y permite actuar de manera anticipada, antes de que los eventuales efectos dañinos lleguen a concretarse. Como aspectos negativos está llamado a operar ante amenazas cuya completa definición es incierta y, puede utilizarse para restringir la libre circulación de mercancías o los derechos

¹¹⁹⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0241:EN:HTML>

¹²⁰⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?jsessionid=tVQCTxhGDNRqRhGVjr1sVdVkdQ2TKhTXpQ2GGKIIZYJ7hhdj23GS!1393303306?isOldUri=true&uri=CELEX:62000TJ0074>

¹²⁰¹ Silveira Gorski, H.C. La legislación biomédica ante la tecnociencia genética, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008). Pág. 25.

¹²⁰² Cierco Siera, C. El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance. *Revista de Administración Pública*, nº 163. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004). Pág. 73 a 125.

y libertades de los ciudadanos. Añade que la introducción del principio de cautela en las diferentes normas raramente viene acompañada de una regulación sustantiva del mismo, ni siquiera en sus aspectos más esenciales; ni siquiera se incorpora la definición del mismo, de forma que se corre el riesgo de que se convierta en una mera declaración de carácter programático y vacía de contenido real. Este autor considera que para que pueda ponerse en marcha este principio es necesario que concurren dos requisitos: la identificación de un factor capaz de generar un riesgo grave para el medio ambiente o la salud y la aparición de dudas o incógnitas en el proceso de definición y caracterización del riesgo en cuestión. No toda incertidumbre es base suficiente para tomar medidas precautorias, ha de tratarse una incertidumbre objetiva, que la evaluación científica arroje una duda razonable, fundada en criterios y procedimientos de análisis lógicos, debe haber indicios sólidos respecto de la identificación del riesgo y su potencialidad lesiva. El principio de precaución permite adoptar un gran número de medidas, que lógicamente deben respetar el principio de legalidad. Han de ser medidas pertinentes, no discriminatorias, coherentes, eficientes, proporcionales y de naturaleza provisional. Obviamente, las mismas serían susceptibles de control jurisdiccional.

Se ha dicho que mientras la prevención es un asunto de expertos confiados a sus saberes, la precaución es un tema que compete a la sociedad y debe ser gestionada en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos que comprometen bienes comunes. Es una norma programática, una directriz para la actuación de los poderes públicos cuando son llamados a tomar decisiones en situación de incertidumbre científica sobre temas que pueden afectar bienes comunes colocados en la cima de los valores sociales (vida humana, salud o medio ambiente). Mientras los beneficios de un proceso productivo son inmediatos para la gente, las consecuencias pueden ser soportadas por las generaciones futuras que no tienen capacidad para evitar su perjuicio¹²⁰³.

El caso ocurrido en abril de 2010 del cierre del espacio aéreo de varios países de Europa Occidental a consecuencia de las cenizas procedentes de la erupción del volcán islandés Eyjafjallajökull es un ejemplo de la aplicación del principio de precaución. La medida se tomó sin que existieran estudios acerca del posible riesgo que este tipo de cenizas puede

¹²⁰³Darío. Op. cit. Págs. 9, 12 y 13.

tener en las turbinas, el fuselaje u otros componentes de los aviones. A falta de suficientes estudios de este tipo, cualquier evaluación de los riesgos es puramente especulativa y está abierta, por consiguiente, a las interpretaciones más dispares¹²⁰⁴. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo de 1998, en el asunto Reino Unido v. Comisión¹²⁰⁵, que resolvía la cuestión de las vacas locas, se dice que “cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados”.

La Resolución del Consejo europeo de 4 de diciembre de 2000¹²⁰⁶, sobre el principio de cautela, Anexo III en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza de 7 al 10 de diciembre de 2000 dice que la evaluación del riesgo debe también poner de relieve los posibles dictámenes minoritarios, los cuales deben poder expresarse y comunicarse a los interesados, sobre todo, si ponen de manifiesto la falta de certeza científica. Además afirma que debe establecerse una separación funcional entre los responsables encargados de la evaluación científica del riesgo y los encargados de la gestión del riesgo. Añade que las decisiones que se adopten en virtud del principio de cautela deben volver a estudiarse en función de la evolución de los conocimientos científicos. Para ello, deberá garantizarse el seguimiento de estas decisiones y deberán llevarse a cabo indagaciones complementarias para reducir el nivel de incertidumbre.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que estamos en presencia de un principio general del derecho comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vista a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía frente a los intereses económicos.

¹²⁰⁴Royes, A. Afilando la navaja de Ockham en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010). Pág.

¹²⁰⁵

[http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61996CJ0180)

[content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61996CJ0180](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61996CJ0180)

¹²⁰⁶ http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_es.htm#an3

Todo ello no supone que las leyes estén basadas en el miedo. Tampoco puede dejarse la decisión sobre las medidas a adoptar, exclusivamente en manos de los científicos puesto que, en general, desde su perspectiva, la posibilidad de un logro científico está por encima de cualquier riesgo que ella pueda generar¹²⁰⁷. En el ámbito de la Unión Europea, el Comité Científico sobre Productos Sanitarios se ha mostrado favorable a la aplicación de este principio de precaución en la evaluación de las nuevas técnicas de fecundación y manipulación de células germinales. También, la Ley de Investigación Biomédica, establece en el artículo 2.f) que la investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud.

¹²⁰⁷Casado, M. y Corcoy, M. Principios de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología en Bioética y Nanotecnología, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010). Pág.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las leyes que regulan en España la llamada libertad reproductiva y la investigación con células troncales embrionarias son la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica. Todas ellas afirman en sus respectivas exposiciones de motivos que su objetivo es adecuar nuestra legislación a la realidad actual según el consenso internacional y de acuerdo con unos valores basados en la ciencia y en una ética cívica de universal aceptación. Con base en estos principios se rechaza cualquier opinión total o parcialmente discrepante, con el argumento de que se basan en prejuicios. No obstante, no existe tal consenso ni en la legislación, ni entre los científicos. Las normas citadas responden a una opción ideológica concreta y, por tanto, susceptible de ser sometida a debate en una sociedad democrática. Esa opción ideológica viene dada por una determinada interpretación de los Programas de Acción de la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo y de Beijing sobre la Mujer que recogen los conceptos de derechos y salud reproductivos.

Dicha visión de los derechos y salud reproductiva supone el punto de llegada de un proceso que se ha ido alimentando de elementos heterogéneos: el pesimismo demográfico, el feminismo de género, la llamada deep ecology y el utilitarismo. Todos ellos se presentan a sí mismos como movimientos que tratan de rescatar a la humanidad, oprimida en diferentes ámbitos. Este mensaje se hace llegar a través de organizaciones generosamente financiadas con millones de dólares del presupuesto de Estados Unidos y de fundaciones privadas como Ford o Rockefeller. Muchas personas en el mundo han asumido sus doctrinas como realmente liberadoras. Sin embargo, basta echar un vistazo a lo que pensaban los iniciadores de las citadas doctrinas (y algunos de sus defensores actuales) para comprobar que sus objetivos no son tan filantrópicos como pretenden.

SEGUNDA.- El pesimismo demográfico se inicia con la obra de Robert Malthus. Aunque las previsiones de Malthus nunca se han cumplido, sus postulados han sido asumidos con carácter general, de modo que incluso los escolares aprenden los problemas derivados de la superpoblación del planeta.

El pesimismo demográfico condujo a esterilizaciones forzosas en países en vías de desarrollo. Están documentadas estas violaciones de la integridad física, entre otros lugares, en Indonesia, La India, El Salvador, Puerto Rico o Perú. Especialmente brutal ha venido siendo la aplicación de esta política demográfica en China donde se llegan a practicar abortos forzosos. Durante mucho tiempo, sólo la Iglesia Católica ha condenado estos abusos. Últimamente, parece haberse producido un tímido giro; cabe citar la Resolución de 5 de julio de 2012 del Parlamento Europeo sobre el aborto forzoso en China, el Informe de la Federación Internacional de Ginecología de octubre de 2012, el del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1 de febrero de 2013, ambos condenando las esterilizaciones forzosas.

Todo ello sin que exista consenso sobre el número máximo de habitantes que puede soportar el planeta y pese a que las tasas de fertilidad están cayendo en todo el mundo. Lo que es indiscutible es que el daño al medio ambiente lo causan las sociedades más opulentas, mientras las coacciones en materia de anticonceptivos, esterilizaciones y abortos, las sufren las personas con menos recursos. Por otra parte, los países más ricos tienen el problema demográfico contrario y la falta de relevo generacional supone que está en serio riesgo el bienestar alcanzado. Por el contrario, los países que más crecen económicamente son aquellos que todavía tienen unas tasas de nacimientos aceptables.

La ONU desde muy pronto abordó los problemas demográficos. En un principio la doctrina emanada de las Conferencias de Población sostenía que el crecimiento de población en los países menos desarrollados era causa de la pobreza y se acuñó el término planificación familiar. No obstante, en la Conferencia de El Cairo se cambia de estrategia y se encubren las preocupaciones demográficas, presentándolas como defensa de derechos de las mujeres a la libertad y salud sexual y reproductiva.

TERCERA.- A lo largo de la historia la mujer ha sufrido discriminación en todos los órdenes. No obstante, cuando a partir del siglo XX, la mayor parte de estas discriminaciones comienzan a desaparecer (al menos en Occidente) surge la corriente del feminismo de género que entiende que las mujeres están esclavizadas por un modelo de dominación heteropatriarcal. Se considera que la maternidad no es una función natural, sino la imposición de un rol cultural. Paradójicamente, la defensa de la mujer se basa en un rechazo de su cuerpo y en querer equipararlo al masculino, para lo que precisa la asistencia de la medicina y de la ciencia. En las primeras Conferencias de la ONU sobre la Mujer se buscaba garantizar determinados derechos laborales a las madres y que se les permita compatibilizar la vida familiar y laboral. Por el contrario, en la Conferencia de Beijing se consagra la ideología de género, imponiéndola en los programas de educación sexual y en las Facultades de Medicina y se afirma la existencia de derechos humanos exclusivos de las mujeres. Se proclaman también los derechos a la salud y libertad reproductivas.

En este mismo sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es un tratado internacional que establece medidas concretas para superar todo trato desigual que se derive de la opción por la maternidad. Sin embargo, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, órgano encargado de verificar la aplicación de este tratado, en sus informes centra sus críticas en aquellos países que no han reconocido un amplio derecho al aborto.

CUARTA.- La eugenesia se remonta prácticamente al nacimiento del pensamiento filosófico, haciendo referencia a la misma Platón en La República. No obstante, a finales del siglo XIX y al calor de la teoría de Darwin, se convirtió en una doctrina dominante en todos los países desarrollados. Aunque los Nazis han pasado a la historia como los grandes defensores de la pureza aria, países como Suecia, Dinamarca, Noruega o la Unión Soviética y diversos estados de Estados Unidos tenían leyes para la esterilización forzosa de delincuentes y débiles mentales. Esta práctica fue avalada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos cuya sentencia *Buck v. Bell* de 1927, respecto de la esterilización de una mujer, que luego se demostró era una persona sin problema psíquico alguno, termina

justificando la medida con la frase “ya está bien con tres generaciones de imbéciles”. Las corrientes antinatalistas, feministas de género y eugenistas comparten objetivos.

Actualmente, la eugenesia ya no se presenta como una política de Estado. Por eso, muchos autores consideran que la eliminación de fetos indeseados mediante el aborto y la selección negativa y positiva de embriones en la fecundación in vitro, no tienen carácter eugenésico sino que se basa en la libertad de elección. Sólo hay una excepción, el aborto de niñas, que es calificado de feminicidio. En lo que se refiere al diagnóstico preimplantatorio para descartar los embriones con características no deseadas o elegir los que reúnan determinadas condiciones está admitido en varios países europeos. Rechazan esta práctica, Austria, Alemania e Italia. La legislación de este último país está cuestionada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con una sentencia que tiene que revisar la Gran Sala. En España, en caso de embriones “defectuosos” la decisión de la implantación no corresponde a los padres o a la madre, lo que resulta contrario a la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 116/99. En todo caso, el hecho de que no exista una política estatal eugenista, no impide que la influencia de las convicciones sociales dominantes y del mercado, lleve a la aplicación de la eugenesia, como ocurre en el caso del síndrome de Down, donde en el 95% de los casos se aborta.

QUINTA.- También la defensa del medio ambiente ha sido aprovechada para introducir políticas antinatalistas. Dentro de las corrientes ecologistas, la Deep Ecology considera a la especie humana una especie de plaga o cáncer que pone en riesgo la subsistencia de Gaia, personificación del planeta Tierra. En obras de ficción se fantasea con la muerte de millones de personas, como fenómeno beneficioso para la supervivencia del resto de las especies.

SEXTA.- Todas las corrientes que mencionamos no serían explicables si no encontraran su justificación en el utilitarismo. Se trata de una ética consecuencialista que juzga las acciones en términos de bienestar, satisfacción o dicha que produzcan entre quienes experimentan los resultados de la conducta. Siendo sus principales valedores filósofos liberales ingleses ha encontrado eco en el pensamiento norteamericano actual, siendo más importante para el proceso de toma de decisiones que cualquier otra tradición de la filosofía

occidental. Aunque el juicio sobre el bienestar no tiene en cuenta sólo el que produce al que emite el juicio sino también de todo aquél afectado por su acción, en la práctica aquel que ha de tomar la decisión valora especialmente sus intereses. Al final, aquellos que tienen más poder son los que pueden imponer sus criterios. El resto verá insatisfechos sus intereses, pero se considerará que ello es en su mejor interés o serán excluidos de la condición de agentes morales.

SÉPTIMA.- Cuando se aborda el estudio de un derecho fundamental puede afirmarse que existe un acuerdo básico general acerca de su contenido y límites, existiendo únicamente discrepancias, en las llamadas “zonas de penumbra” o en la aplicación al caso concreto de los principios generales establecidos. No es éste el caso de los derechos reproductivos pues no está clara la base fáctica sobre la que se asienta, ni su contenido que es variable según sea su titular, hombre o mujer, o se tenga una orientación sexual u otra.

Parecería lógico pensar que, tratándose de libertad reproductiva, ésta estuviera ligada directamente con el hecho biológico de la reproducción. Sobre todo, porque durante mucho tiempo, la filiación materna se determinaba por el parto, mientras que la paterna, si los padres no estaban casados entre sí, quedaba condicionada a la voluntad del varón que podía reconocer como propio al hijo o no. Éste y la madre sufrían una injusta discriminación desde el punto de vista jurídico y social. Las leyes cambiaron para remediarla e, incluso, algunas limitaciones establecidas con el fin de proteger el principio de seguridad jurídica y las situaciones consolidadas por el tiempo, han sido vistas con desconfianza por los Tribunales. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional español 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Paulik v. Eslovaquia, de 10 de octubre de 2006, anularon preceptos que impedían que prevaleciera el principio de verdad biológica. No obstante, en todos los ordenamientos subsiste la regulación de relaciones paterno-filiales no basadas en la biología, pero no están previstas para satisfacer los deseos de los adultos, sino el interés de los menores, como ocurre en el caso de la adopción.

Por el contrario, la legislación española ha ido introduciendo cada vez más supuestos, en los que la paternidad nada tiene que ver con la verdad biológica. Tales son los casos de la

donación de óvulos y embriones, la maternidad subrogada (ésta, en virtud de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y el caso del artículo 7.3 LTRHA. Este precepto rompiendo el principio general de que la maternidad se determina por el parto, permite que una mujer casada con otra que espera un hijo mediante reproducción asistida, pueda manifestar ante el Encargado del Registro Civil, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. La justificación de la regulación legal (introducida pocos meses después de la entrada en vigor de la LTRHA) era evitar la discriminación de las parejas lesbianas. Sin embargo, no trata por igual a éstas. No cubre el caso de que el embarazo sea mediante relaciones sexuales, ni si la pareja no está casada, ni si la declaración se hace con posterioridad al parto. Fuera de nuestro país, sólo se ha regulado (con mejor técnica jurídica) en Gran Bretaña y los Tribunales de Estados Unidos también han reconocido algún caso.

OCTAVA.- La libertad reproductiva como derecho asimétrico se pone de relieve en la decisión de poner fin al mismo, pues la opinión del padre carece de relevancia. Así lo han declarado el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el de Canadá, diversos tribunales europeos, entre los que se encuentra el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Frente a ello, se ha planteado, incluso por destacadas feministas, el llamado aborto masculino, en el sentido de que en los primeros estadios del embarazo, el padre debería tener el derecho de rechazar todo derecho parental y responsabilidad económica futura. Esta propuesta no ha tenido ningún eco, a nuestro juicio correctamente. Si un hombre practica sexo, debe asumir la eventual consecuencia de un embarazo. Lo que no se entiende es por qué en el caso de la mujer debe ser diferente. El razonamiento es que el embarazo es una agresión a la integridad física de la mujer. Sin embargo, ni el feto es el agresor ni, aunque lo fuera, merece ser matado. Por otra parte, resulta curioso cómo se pone especial cuidado en proteger a la mujer de cualquier opinión contraria al aborto, pero no se toma ninguna cautela para evitar que de alguna manera se la coaccione para abortar. El Tribunal Constitucional alemán es una excepción notable (sentencia 2 BvF 2/90).

NOVENA.- También en la reproducción asistida existe diferencia sustancial de trato entre hombre y mujer. La LTRHA permite el acceso de la mujer sola, sin pareja, frente al resto del mundo (excepto Gran Bretaña y Estados Unidos) que reserva el tratamiento para parejas. Se ha tratado de justificar la diferencia indicando que, como sólo pueden gestar las mujeres, pueden decidir tener un hijo manteniendo relaciones sexuales, sin manifestar quién es el padre. Sin embargo, entendemos que no puede equipararse lo que es una manifestación del libre actuar, como es el mantener relaciones sexuales (que no puede ni debe ser controlado) con el ejercicio de un derecho que requiere la intervención de terceros y una regulación normativa. Tampoco puede aceptarse como justificación la adopción por una persona, pues en éste caso se trata de dar a un menor una familia, mientras que en el acceso de la mujer sola a la reproducción asistida, la Ley permite que un menor venga al mundo privándole de uno de sus progenitores. Además, esto no explica la razón por la que el hombre solo no puede acudir a una madre de alquiler. Y es que, además de ser un caso singular por no contemplar el acceso a las técnicas solo a parejas, la LTRHA no es congruente al reconocer el deseo de ser padre como guía de su regulación y, en cambio dar un tratamiento diferente a hombres y mujeres en este punto.

El trato discriminatorio, en cuanto que diferente y no justificado no termina aquí. También se trata de forma diferente a las diferentes orientaciones sexuales. Ya vimos que el artículo 7.3 de la LTRHA permite, con determinados requisitos que la mujer de un matrimonio de lesbianas que no ha dado a luz al bebé, pueda convertirse en madre de éste, mediante una simple declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil. Adicionalmente, mientras una mujer sola o una pareja heterosexual no puede elegir el donante de semen, la mujer lesbiana puede elegir que se le transfiera un embrión creado a partir de semen de donante (que no ha elegido) y un óvulo de su pareja (que la ley le permite elegir), de forma que su pareja pueda ser madre genética de su hijo. Las parejas gays, por su parte, no pueden tener hijos a través de la reproducción asistida, puesto que la Ley considera nulos los contratos de maternidad subrogada. No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante una resolución ha tratado de derogar esta disposición legal, arbitrando un procedimiento para que las parejas gays puedan inscribir en el Registro Civil los hijos nacidos a través de una madre de alquiler, cuando el procedimiento se ha llevado a cabo en el extranjero (normalmente, Estados Unidos). Parece que la Dirección General citada, avala, no sólo dar validez a un acto declarado nulo de pleno derecho por nuestra

leyes, sino favorecer a parejas con un nivel económico suficiente para pagar el procedimiento y el viaje y la estancia en el extranjero.

DÉCIMA.- La libertad reproductiva también tiene importantes particularidades en relación con la edad de ejercicio. Si atendemos a la voluntad de tener hijos, la pubertad es anterior a la mayoría de edad, con la única salvedad de que el Código Penal tipifica como abuso sexual los actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años. En el caso de las técnicas de reproducción asistida, se exige mayoría de edad. Mayores problemas se plantean cuando la decisión es no tener hijos mediante el uso de anticonceptivos o la práctica de un aborto. En el primer caso y contra la regla general contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en algunos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas se suministran anticonceptivos a menores de 16 sin el consentimiento de sus padres. También en el caso del aborto, las legislaciones despenalizadoras han mostrado un marcado interés en aislar a las menores de sus padres y que pudieran decidir sin contar con el consentimiento ni el conocimiento de éstos. En Estados Unidos, diversas sentencias anularon normas que establecían el consentimiento paterno. La situación cambió tras el caso *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, de 1992 que considera constitucional la exigencia de consentimiento parental, con el establecimiento de un procedimiento judicial en caso de conflicto. La regulación en aquel país es muy variada, dividiéndose entre estados que no exigen consentimiento de los padres, otros que sí lo hacen y un tercer grupo, que exige sólo que se les comunique la decisión. En otros países del ámbito anglosajón la regulación habilita a las menores a abortar sin consentimiento paterno, como es el caso de la República Sudafricana y Gran Bretaña.

En España, se permite abortar a las mayores de 16 años, si bien, de acuerdo con el dictamen emitido por el Consejo de Estado, se reconoce a los padres el derecho a ser informados de la petición de su hija, aunque puede ser obviado fácilmente. En el caso de la menor no emancipada mayor de doce años y menor de dieciséis, cuando se constate el conflicto grave entre la voluntad de la gestante y la de sus padres o representantes legales, procederá la intervención judicial. En nuestra opinión, el aborto, por su especial naturaleza requeriría el

consentimiento de los padres, en el caso de menores de edad. En todo caso, la regulación actual no es la única posible constitucionalmente, se trata de una mera opción del legislador.

UNDÉCIMA.- También las personas con discapacidad ven afectada su libertad reproductiva. La LO 2/2010 establece, de forma grandilocuente, que “se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva”, lo que supone, según el concepto que maneja de la misma, “pleno bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad”. La realidad y la regulación legal quedan muy lejos de esa regulación. Respecto de estas personas se plantean varios problemas delicados. El primero es el relativo a la esterilización que permite el 156 párrafo segundo del Código Penal, con autorización judicial. La regulación fue considerada conforme con la Constitución por la sentencia 215/94, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional. Dos votos particulares pusieron de relieve, sin embargo, que se trataba de la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición y que la medida era próxima a la eugenesia. Sería exigible, en todo caso, que la autorización judicial no se convierta en un mero requisito formal, sino que se valoraran cuidadosamente las circunstancias personales de la persona con discapacidad. No está resuelto en nuestro país el caso de un embarazo tras una esterilización fallida de una persona con discapacidad. En Gran Bretaña, sólo se indemnizó por los daños del embarazo y el parto y la pérdida de la oportunidad de vivir la vida tal y como había decidido, pero no los gastos de mantenimiento del niño (que no tenía ningún problema físico o psíquico), si bien la discapacidad de la madre consistía en una deficiencia visual.

Los portadores sanos de enfermedades genéticas pueden ver limitados sus derechos a la intimidad y a la integridad física, como ocurre en China con la Ley de Asistencia Sanitaria materno-infantil, de 27 de octubre de 1994, que en su aplicación, otorga facultades a los médicos para imponer esterilizaciones e, incluso, practicar abortos forzosos. Esta flagrante violación de derechos fundamentales no ha recibido especiales críticas de los organismos encargados de la defensa de los derechos humanos. Distinto es el caso de Chipre que establece un sistema de diagnóstico de la talasemia que respeta las decisiones reproductivas de los ciudadanos.

Se ha planteado si en aras a la promoción de la salud se puede obligar a un sujeto a someterse a ciertas pruebas genéticas predictivas. Entendemos que el respeto al derecho a la integridad física impide forzar diagnósticos invasivos. En cuanto aquellos que no lo son, debe también prevalecer el derecho a la intimidad y el derecho a no saber que se reconoce, con límites, en el artículo 9 de la Ley 41/2002.

Tampoco parece aceptable que personas con discapacidad de origen genético utilicen la técnica del diagnóstico preimplantatorio para seleccionar aquellos embriones que también la padezcan, como ha ocurrido en el caso de sordera o de acondroplasia. Entendemos que los padres no tienen derecho a elegir las características que han de reunir sus hijos, sean éstas las que sean.

DUODÉCIMA.- Las penas privativas de libertad conllevan la restricción de actividades que pueden realizar las personas a las que se han impuesto. Respecto de los límites a la libertad reproductiva, el Tribunal Europeo se ha pronunciado en dos ocasiones. En el caso *Aliev v. Ucrania*, de 29 de julio de 2003, desestimó la demanda en cuanto a la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de la legislación que impedía a un preso mantener relaciones sexuales con su esposa durante sus visitas. Aunque el Tribunal aprecia que una mayoría de Estados signatarios del Convenio, se inclinan por permitir que los reclusos puedan tener relaciones sexuales con sus parejas, considera que Ucrania había justificado las razones por las que lo impedía. En la segunda sentencia *Dickson v. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2007 por el contrario, condenó al Reino Unido por haber denegado el acceso a las técnicas de reproducción asistida a un preso con una condena larga para que su esposa en libertad quedara embarazada. Pese a que la negativa se basaba en motivos fundados, consideró el Tribunal que la restricción era desproporcionada y el sistema hacía imposible la ponderación entre los intereses privados y públicos concurrentes. En España, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 89/1987, de 3 de junio, consideró, correctamente en nuestra opinión, que la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con sus parejas a los presos internados en establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para

casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, no vulneraba los artículos 15 y 18 de la Constitución.

DECIMOTERCERA.- La libertad reproductiva que reconoce nuestra legislación es sumamente amplia. Para analizar sus variantes hay que distinguir entre libertad negativa y libertad positiva. Dentro de la libertad negativa se encuentra el derecho a no tener hijos, bien mediante la abstinencia sexual, la práctica del acto sexual durante el período infértil de la mujer, el uso de anticonceptivos, la esterilización, el aborto o la negativa por parte de uno de los miembros de la pareja a la transferencia de embriones ya constituidos. La libertad positiva comprende las relaciones sexuales, todas las posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida y a las medidas de fomento de la natalidad.

Dentro de la libertad negativa, la abstinencia sexual no plantea especiales problemas pues no es más que un comportamiento personal, una manifestación más de la multiplicidad de conductas que la libertad hace posibles, siguiendo la terminología del Tribunal Constitucional. No obstante, tiene importancia en el ámbito de la protección de la salud, como medio de prevención del SIDA, otras enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados. Entendida no como abstinencia permanente, sino como retraso en el comienzo de la actividad sexual, fue recomendada por más de 150 especialistas, junto con la fidelidad y el uso del preservativo como la mejor forma de prevenir el SIDA. Las campañas de las autoridades sanitarias se han centrado exclusivamente en el último de los medios, con resultados poco satisfactorios.

Por lo que se refiere a los anticonceptivos la legislación de todos los países los admite ampliamente. Parece, a tenor de las cifras de diferentes estudios, que el uso generalizado de anticonceptivos no ha llevado a una reducción de embarazos no deseados. Por otra parte, se han planteado diversos problemas. En primer lugar, los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos y los efectos sobre la salud de las mujeres. En 2013 se destapó un escándalo en Francia al descubrirse que los anticonceptivos de 3ª y 4ª generación multiplican por cuatro el riesgo de sufrir trombosis, embolias, flebitis, ictus o infartos. No obstante, eran recetados generosamente por médicos que, según la investigación, habían

recibido suculentas comisiones de las empresas farmacéuticas. Ello llevó a que la Agencia Europea del Medicamento iniciara una evaluación de estos fármacos.

Otra cuestión preocupante es la imposición de la toma de anticonceptivos como requisito para recibir asistencia social. Así ocurrió, en Estados Unidos, con Norplant, que se implanta en forma de cápsula en el brazo de la mujer y proporcionaba contracepción efectiva hasta cinco años. También tribunales y cámaras legislativas han supeditado la libertad condicional a que la mujer acepte la esterilización.

Respecto de la llamada píldora del día después se ha discutido su condición de anticonceptivo o abortivo. Prescindiendo de todo debate ideológico el prospecto que acompaña a las marcas comerciales bajo las que se comercializa reconocen que producen ambos. Si impide que el embrión se implante en el útero no puede decirse que sea anticonceptivo porque la “concepción” ya se ha producido. También puede producir efectos adversos para la salud de las mujeres. Un informe de evaluación de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, señala dos problemas: el riesgo de embarazo ectópico y un riesgo potencial de aparición de tromboembolismo venoso. Ni siquiera ha servido para que los abortos quirúrgicos disminuyan, pues en 2011 (el primer año con ley de plazos) las cifras de aborto se incrementaron un 5% hasta 118.359.

DECIMOCUARTA.- Por lo que se refiere a la esterilización, si se realiza voluntariamente tiene un efecto muy relativo en el control de población ya que se someten a ella, normalmente, personas, que ya han tenido hijos y a una edad relativamente avanzada. Ya hemos visto que se ha impuesto forzosamente en países en desarrollo.

Una cuestión que se plantea es si procede indemnizar a la persona que se ha sometido a una esterilización y, al ser fallida ésta, ha tenido un hijo y, en caso de ser procedente la indemnización, qué ha de indemnizarse. En un primer momento, los tribunales rechazaron este tipo de acciones, por considerar que el nacimiento de un hijo no podía ser considerado como un daño. No obstante, esa doctrina parece haber quedado en el olvido. En el Reino Unido se ha reconocido indemnización, aunque no se compensa por todos los gastos

derivados de la crianza del hijo, sino sólo los derivados de la angustia anterior al nacimiento y al dolor sufrido durante el parto. En Australia, el Tribunal Supremo de Queensland en el caso *Cattanach v. Melchior* fijó la indemnización en todos los gastos en los que habían incurrido o habían de incurrir en el futuro. Consideró que denegar en estos casos la indemnización es suministrar a los médicos que practican esterilizaciones una zona de inmunidad legal. Este fallo provocó un rechazo generalizado y diversos territorios aprobaron legislaciones para que la indemnización en caso de esterilizaciones fallidas no comprenda daños producidos por la pérdida económica derivada de los costes ordinariamente asociados a la manutención de un hijo.

DECIMOQUINTA.- La cuestión del aborto en España no suscitaba, a diferencia de Estados Unidos, ningún debate social. Sin embargo, tras la imputación del doctor Morín y algunos de sus colaboradores por la práctica de abortos manifiestamente ilegales, se produjo una reacción curiosa. En vez de reconocer que la Ley en vigor se aplicaba fraudulentamente, amparándose la práctica totalidad de los abortos bajo la indicación de riesgo para la salud psíquica, se consideró que era necesario reformar la Ley para blindar a los médicos abortistas frente a toda imputación; no obstante, se afirmó que se trataba de garantizar el derecho a la intimidad de las mujeres y su derecho al aborto. Que éste no era el verdadero motivo, lo puso de relieve la presidenta de ACAI (asociación que agrupa a las clínicas abortistas) que en una intervención pública manifestó que no comprendía la necesidad de la reforma, pues sus colegas de otros países europeos envidiaban la situación española. Esto se confirma por la existencia del turismo abortista que se dirige a nuestro país. Adicionalmente, la LO 2/2010 no es precisamente un modelo de seguridad jurídica en su redacción. Por otra parte, en el procedimiento seguido por los abortos de las clínicas del doctor Morín, la intimidad de las mujeres, que no fueron imputadas, sino que declararon como testigos, fue escrupulosamente respetada tanto por los órganos judiciales competentes, como por la prensa.

La reapertura del debate del aborto debe aceptarse en toda su amplitud y no como se planteó, como una mera fórmula para concluir que había que reconocerlo como derecho. Es cierto que este tema genera una gran incomodidad y a los medios de comunicación acceden

sólo aquellas noticias que se refieren a cualquier intento de proteger la vida prenatal, lo que se califica de vulneración de los derechos de las mujeres. Ejemplo de la falta de cobertura en los medios, fue el caso del doctor Gosnell que en 2013 fue acusado en Filadelfia de varios asesinatos de mujeres y neonatos en una clínica abortista, que pasó desapercibido.

DECIMOQUINTA.- De la descripción que los manuales de embriología hacen del desarrollo prenatal del ser humano resulta que no hay un momento o período especialmente significativo que determine un salto cualitativo que pueda tomarse en consideración por el Derecho. De forma que, en nuestro criterio, la protección de la vida prenatal debe otorgarse durante todo ese período. El Tribunal Constitucional alemán señaló, a este respecto, que en la ponderación debe darse precedencia a la protección de la vida del niño que va a nacer, precedencia que se extiende a toda la duración del embarazo y no puede ponerse en cuestión en ningún momento en particular. No obstante, como el problema del aborto se plantea como un conflicto entre la vida del embrión o feto y los derechos de autodeterminación de la madre, no deberían practicarse abortos una vez el feto es capaz de vivir fuera del seno materno, lo que se conoce como viabilidad. Tanto la organización abortista Planned Parenthood, como la asociación de clínicas abortistas españolas (ACAI), se han mostrado contrarias a que se deje vivir a niños que han sobrevivido después de un aborto. No son los únicos. El Tribunal Supremo de Estados Unidos hasta la sentencia de Casey de 1992, declaró inconstitucionales todas las normas que, de alguna manera establecían una protección para el feto capaz de sobrevivir fuera del seno materno. Nuestro Tribunal Constitucional se limita a pasar de puntillas sobre esta cuestión, señalando que “tiene especial transcendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre”, pero sin sacar ninguna conclusión. La LO 2/2010 dice en su Exposición de Motivos que a diferencia de la regulación vigente, se establece un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido. Sin embargo, permite el aborto tras ese plazo en algunos supuestos. Además, en todos los países donde el aborto está legalizado se practican abortos más allá del plazo de viabilidad, como documentan informes del Comité Judicial del Senado norteamericano y se pudo comprobar en España con un reportaje de investigación realizado por la televisión danesa en las clínicas del doctor Morín.

Como contrapunto positivo a la situación descrita cabe citar las Fetal Pain Bills, normas aprobadas por diversos estados norteamericanos que establecen que, en caso de producirse un aborto a partir de la semana 20 de embarazo, se haga lo posible por salvar la vida del feto, sin otra excepción que el peligro para vida o la salud física de la madre. O la declaración firmada por los directores de las clínicas de obstetricia y ginecología de cuatro universidades romanas en el sentido de que cuando un feto sobreviva a un aborto, hay que tutelar la vida del individuo y garantizarle todos los cuidados médicos necesarios para que siga con vida, con o sin consentimiento de la madre.

DECIMOSEXTA.- Una inconsistencia más en el discurso abortista al negar el carácter personal al no nacido, es observar la consideración que en el ámbito médico tiene éste como paciente. Los fetos sufren problemas de salud, tienen necesidades específicas, son diagnosticados, ingresan en hospitales y reciben tratamientos. Es imposible pensar en un paciente que no tenga la condición de persona. Lógicamente, el tratamiento sobre el feto afecta a la integridad física de la madre. Y ningún ordenamiento desconoce ésta. Cuando se ha vulnerado, los Tribunales así lo han reconocido, como en el caso *In re A.C.* resuelto por el Tribunal de apelación del Distrito de Columbia en 1990 o el caso *In re Fetus Brown* de 1997 del Tribunal de Apelación de Illinois. Sólo conocemos una excepción, *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority* del Tribunal Supremo de Georgia, si bien se trataba de un feto viable y el tratamiento era beneficioso también para la madre. En otro caso, en Utah, se trató del caso de una mujer embarazada de gemelos que pese a ir a varios hospitales y detectarse problemas se negó a que se le practicara una cesárea (afirmó que la cicatriz arruinaría su vida) dio a luz a uno de los gemelos de los que estaba embarazada, muerto. Fue condenada por imprudencia temeraria y no cumplió la leve condena al abandonar el estado.

Una cuestión relacionada con ésta es si cabe impedir a la mujer embarazada realizar comportamientos que puedan poner en riesgo la salud fetal, como tomar drogas, o mantener comportamientos negligentes. El Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró en el caso *Ferguson v. City of Charleston* de 2001 que la política de la Universidad de Medicina de Carolina del Sur de practicar pruebas de detección de drogas no voluntarias a mujeres

embarazadas violaba la cuarta enmienda. En parecidos términos, el Tribunal Supremo de Canadá en los casos *Winnipeg Child and Family Services v. G*, de 31 de octubre de 1997 y *Dobson v. Dobson*. En el primero, los servicios sociales habían obtenido una orden judicial para internar a una mujer toxicómana para que su adicción no perjudicara al hijo del que estaba embarazada, como había ocurrido con los anteriores. El Tribunal consideró que para la validez de una orden que restringe la libertad de una mujer embarazada, en contra de su voluntad y a fin de proteger al feto, era necesario un cambio legislativo. En el segundo absolvió a la mujer de la acción ejercitada porque el hijo había nacido con parálisis cerebral como consecuencia del accidente de tráfico que sufrió su madre embarazada mientras conducía. En el Reino Unido la *Congenital Disabilities Act* de 1976 exceptúa a la madre de la responsabilidad por daños prenatales a su hijo nacido, como consecuencia de su actuar negligente.

No existe, por tanto, ninguna amenaza para la vida, la libertad o la integridad física de la mujer, por el hecho de que se considere que el no nacido tiene derecho a la vida y, como persona, pueda recibir tratamiento médico.

DECIMOSÉPTIMA.- Son muy diversas las técnicas para practicar un aborto. Antes de referirnos a las de carácter quirúrgico, nos referiremos al fármaco RU-486 que es eficaz en las primeras semanas tras la desaparición de la menstruación. Según se puso de manifiesto en un artículo de *El País*, en España apenas se utiliza, pues es más barato que el aborto quirúrgico, lo que hace perder ingresos a las clínicas abortistas. En cuanto a los abortos quirúrgicos, el más empleado actualmente es el de succión. Para los abortos tardíos se utiliza el llamado D&X por sus partidarios y aborto por nacimiento parcial por sus detractores. Resumidamente y según la descripción de un médico abortista que impugnó la ley de Nebraska que lo proscribió, consiste en hacer salir el cuerpo de niño (aquí ya no puede hablarse de feto) excepto la cabeza, clavarle unas tijeras en la base del cráneo y extraerle el encéfalo. Las dos últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre el aborto, enjuician normas que prohibían la utilización de este procedimiento. En el primer caso, *Stenberg v. Carhart*, de 28 de junio de 2000, consideró la ley inconstitucional, porque no contenía ninguna excepción a la prohibición que contemplase el peligro para la salud de la madre y porque la forma en que se establecía la prohibición resultaba, a juicio del Tribunal,

imprecisa, pudiendo afectar a otras técnicas de aborto. La segunda sentencia es la del caso *Gonzales, Attorney General v. Carhart et al.* de 18 de abril de 2007, que enjuiciaba una ley federal dictada tras anularse la de Nebraska. En este caso, la solución fue considerar que la ley enjuiciada era constitucional. Los Magistrados discrepantes con el fallo destacaron, no sin razón, que con la norma no se protegía la vida prenatal porque los abortos se realizarían por otros medios alternativos, medios que los mismos jueces califican que igualmente espantosos que el prohibido. Como decimos, no les falta razón, pero lo cierto es que el aborto D&X o por nacimiento parcial se parece mucho a un infanticidio. El infanticidio de recién nacidos está, no sólo en el debate académico, sino en la práctica de dejar morir por falta de atención a los nacidos vivos tras un aborto o cuando el niño tiene alguna discapacidad.

DECIMOCTAVA.- El debate sobre el aborto se puede reducir a responder una pregunta en apariencia simple: ¿tiene el no nacido derecho a la vida? En este debate el lenguaje es muy importante. Así, en este debate no se ve con buenos ojos hablar de niños. Es cierto, que técnicamente la expresión no es correcta, pero en la vida diaria se utiliza constantemente para referirse a los fetos.

La postura favorable al derecho a la vida del no nacido se basa fundamentalmente en que dicho derecho, ha de abarcar a todo ser humano e implica el tener que ser respetado éste durante todo su iter vital, tanto antes de nacer, como después. Si la vida del nasciturus no mereciera protección no se entiende por qué se protege penalmente aún hoy. Tampoco se entiende por qué se castiga el delito de lesiones al feto o si es una cosa, por qué está fuera del comercio. Entre la doctrina que defiende el derecho al aborto, cabe citar, en primer lugar, las posturas menos matizadas que pueden resumirse en la conocida frase de “mi cuerpo es mío”, que por su tosquedad no merecen dedicarle demasiado tiempo. Otros autores han dado argumentos más meditados: la falta de personalidad del embrión, la diferente consideración social de la muerte de una persona y la de un feto, la violación de la dignidad de la mujer que supondría hacerla mantener un embarazo no deseado, el poco halagüeño futuro que espera a la mayoría de los hijos no deseados y el riesgo que para la vida y la salud de la mujer supondría el acudir a abortos clandestinos en caso de ilegalización.

Salvo el primero de los argumentos relativo a la falta de personalidad del no nacido, al que nos referiremos al hablar de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, los demás dan por supuesto lo que se está debatiendo, es decir, que matar a un no nacido es algo aceptable. El que cause más pena la muerte de un ser humano ya nacido que un aborto espontáneo supone un razonamiento emotivista. También nos causa más dolor personal una agresión a un ser cercano (aunque no ponga en riesgo su vida) que un genocidio en un país lejano. Pero nuestros sentimientos no deben servir para calificar jurídicamente ambas conductas. La lesión a la dignidad de la mujer presupone que el embarazo (causado por una relación sexual libremente consentida) es para la mujer una situación horrible, degradante y debilitante. En cuanto al futuro de los hijos no deseados, seguramente sin pretenderlo, cae en una tesis eugenista. Por último, en cuanto al peligro de los abortos ilegales, la muerte de mujeres depende más de la atención sanitaria general que las restricciones al aborto, pues en países como Polonia o Irlanda son menores que en Gran Bretaña o Estados Unidos. Además, nuevamente, el argumento da por supuesta la bondad del aborto. La ablación del clítoris es una práctica muy extendida y, además de la mutilación, suele llevar a aparejadas terribles secuelas. Pues bien, pese a ello, ningún país europeo se ha planteado transigir y la oferta de un hospital italiano de practicarla con todas las garantías causó una enorme y lógica indignación.

DECIMONOVENA.- Los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos no abordan expresamente la cuestión del derecho a la vida de los no nacidos. No lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La no inclusión expresa no tendría por qué equivaler a desprotección de la vida prenatal, pero en la práctica es lo que ha sucedido debido a la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado en relación con el artículo 2 del Convenio. Dejando de lado unos primeros pronunciamientos (X v. Noruega y X v. Austria) en los que no entró sobre el fondo sosteniendo que no enjuicia normas en abstracto, donde el Tribunal llegó más lejos fue en Paton v. Reino Unido. Con una línea de razonamiento muy parecida a la del Tribunal Supremo de Estados Unidos (si bien, no reconoce derecho alguno a la mujer), se refiere a que el comienzo de la vida es una cuestión discutida y rechaza que el feto tenga un derecho absoluto a la vida, lo que, en realidad, nadie defiende. En Vo v. Francia confirma el criterio contrario a la protección del Convenio de la vida

prenatal, en un caso que no se trataba de un aborto, sino de la pérdida de un hijo deseado como consecuencia de un error médico. También en otros dos pronunciamientos y aun reconociendo que los Estados tienen un amplio margen de apreciación en temas sensibles como éste, cuestionó la legislación protectora de la vida prenatal de Polonia e Irlanda. En *Tysiak v. Polonia* y en *A, B y C. v. Irlanda* se consideró que no había establecido un procedimiento que permitiera examinar las divergencias de opinión entre una mujer y su médico, lo que contradice la argumentación de que el aborto es una cuestión que afecta a la relación privada entre la paciente y su médico.

Una excepción al silencio de los Tratados internacionales es la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4.1 dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Esta regulación ha permitido mantener legislaciones protectoras de la vida prenatal en diversos países. Sin embargo, en un pronunciamiento reciente de la Corte Interamericana (caso *Artavia Mutillo y otros vs. Costa Rica*) en el que se enjuiciaba la legislación de Costa Rica sobre reproducción asistida se hace una interpretación del precepto que convierte la regla (“en general”) en papel mojado, al decir que es una expresión que se introdujo ante la falta de consenso y, en realidad revela la intención de no proteger al no nacido.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, aunque no es una materia propia de su competencia, se comprueba también una deriva en el sentido de desproteger la vida prenatal. Desde una Declaración de los Derechos del Niño No Nacido, aprobada por la Asamblea del Parlamento Europeo en 1979 que supone una firme defensa de la vida que, reconoce expresamente, una a creyentes y no creyentes, se ha pasado a la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados que recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, se legalice el aborto; o a reaccionar frente a Hungría por utilizar fondos comunitarios para una campaña de comunicación que mostraba la imagen de un feto con las palabras “entiendo que no estás lista para mí, pero mejor dame en adopción ¡déjame vivir!”.

VIGÉSIMA.- Por lo que se refiere a las Constituciones nacionales, salvo excepciones como la chilena, la irlandesa, la húngara o la eslovaca que contemplan el derecho a la vida antes del nacimiento, lo normal es que tampoco se haga referencia expresa. Durante mucho tiempo, esto no fue obstáculo para que el no nacido estuviera protegido por las leyes. Sin embargo, a partir de los años sesenta se produce un aluvión de reformas que regulan el aborto de manera más o menos amplia. Normalmente, se distingue entre sistemas de indicaciones y sistemas de plazos. Aunque jurídicamente la distinción tiene relevancia, desde el punto de vista práctico el aborto es libre tanto en uno como en otro caso, porque en la indicación de la salud psíquica de la madre (y dejando a salvo algunos países que hacen una aplicación real de las indicaciones) sirve de cobertura general. En el comienzo del debate, la discusión era si en la ponderación entre los derechos de la madre y la vida del feto, ésta debía ceder en determinados supuestos. Actualmente, al no nacido se le quiere hacer desaparecer de la ecuación y el aborto se plantea como un derecho fundamental de las mujeres. A este modelo responde nuestra LO 2/2010 que se refiere a los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y aunque establece algunas condiciones y límites, no hay voluntad de cumplirlos: “estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención”. En realidad, las condiciones son plazos, supuestos, información, etc., que no admiten “interpretación”, sino sólo comprobar si concurren o no.

Los Tribunales Constitucionales de los distintos países se han pronunciado sobre esta cuestión. El norteamericano y alemán son, respectivamente, exponentes de dos formas de aproximarse a la cuestión. La primera sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos es *Roe v. Wade*, de 22 de junio de 1973. En resumen considera que no puede restringirse el acceso al aborto de la mujer para defender la vida del feto hasta el último trimestre del embarazo, basándose en derechos de aquella que se reconducen al de la intimidad que, pese a no estar expresamente reconocido en la Constitución, el Tribunal extrae de la Novena y Decimocuarta Enmiendas. El 29 de junio de 1992, se resuelve el caso *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*. Sin cuestionar el núcleo central de *Roe*, abandonan el sistema de trimestres y lo sustituyen por el criterio de la viabilidad como momento a partir del cual el estado puede legislar para proteger la vida prenatal. Para determinar los límites que no puede traspasar el Estado en la regulación del aborto dice el Tribunal que sólo cuando la norma estatal imponga una carga indebida sobre la mujer que quiere abortar, es

contraria a la Constitución. Definen carga indebida como una regulación estatal que tiene el propósito o el efecto de colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto de un feto no viable.

El punto de vista del Tribunal Constitucional alemán es radicalmente distinto. En la sentencia BVerfGE 39,I, de 25 de febrero de 1975 dice que “todos” en el sentido del artículo 2 de la Ley Fundamental incluye también al ser humano todavía no nacido. Es terminante señalando que el ordenamiento jurídico no puede hacer del derecho de autodeterminación de la mujer la única guía del proceso legislativo. El Tribunal dice que la continuación del embarazo aparece como no exigible cuando se comprueba que el aborto es necesario para evitar un peligro para la vida de la embarazada o un grave deterioro de su salud y, más allá, el poder legislativo tiene libertad para dejar la interrupción del embarazo sin castigo en caso de concurrencia de otras cargas extraordinarias para la embarazada. No obstante, el Estado debe ofrecer asesoramiento y asistencia con el objetivo de recordar a la mujer embarazada su deber fundamental de respetar el derecho a la vida del no nacido, animarla a que continúe con el embarazo y, especialmente en casos de necesidad social, apoyarla mediante medidas prácticas de asistencia. En la segunda sentencia tras la reunificación de Alemania, parte de la doctrina de la sentencia anterior. El derecho a la vida del no nacido y su protección bajo la Ley Fundamental no está graduado en función de la expiración de ciertos plazos o del desarrollo del embarazo. Los derechos constitucionales de la mujer no tienen precedencia sobre la prohibición fundamental del aborto. No obstante, considera que el castigo del aborto debe ser un medio para lograr una mejor protección y no un fin en sí mismo. Señala que es aceptable establecer un sistema de asesoramiento dirigido a fortalecer la buena disposición de la madre embarazada de aceptar el embarazo como su propia responsabilidad y llevar a término su embarazo. Además, se han de establecer medidas sociales que favorezcan la compatibilidad de la vida familiar y laboral.

VIGÉSIMOPRIMERA.- La construcción del Tribunal Constitucional alemán nos parece más sólida que la del Tribunal Supremo norteamericano. En primer lugar, so capa de una pretendida neutralidad entre las posturas por aborto y pro vida, dice que no pueden éstos imponer su postura. Esto es equivalente a decir en una sociedad esclavista que la cuestión no es pacífica y que los abolicionistas no pueden imponer sus convicciones a los

propietarios de esclavos. El sistema de trimestres es totalmente arbitrario, como reconoció el magistrado ponente de la sentencia. Por último, en cuanto al término persona en las Enmiendas de la Constitución, no tienen relación alguna con el problema, de hecho una regla la edad para formar parte del Congreso, por lo que habría que concluir que por debajo de esa de edad no se es persona. Tampoco Casey es un ejemplo de coherencia. Si, como se dice, había una preocupación por el prestigio del Tribunal, éste sufría más manteniendo una doctrina que se considera errónea, que por rectificarla. Por el contrario, el Tribunal alemán reconoce el derecho a la vida del no nacido, señalando que la protección no tiene por qué venir dada por la vía penal, sino que caben otros medios, siempre que sean efectivos.

Por lo que se refiere a nuestro Tribunal, en la sentencia 53/1985, sigue una línea de razonamiento mucho más parecida a la alemana que a la estadounidense. No obstante, no llega a la misma conclusión que es proclamar el derecho a la vida del no nacido. Esto ha sido duramente criticado, en cuanto que debe ser la Constitución la que sea parámetro de validez de la ley civil y no a la inversa. No obstante, el Tribunal es tajante al afirmar que sólo cabe el sacrificio de la vida del feto, en determinados supuestos extremos de conflicto.

La LO 2/2010 se basa en la eliminación de todo conflicto entre la vida del feto y los intereses de la madre, en la llamada doctrina gradualista, en virtud de la cual, habría estadios del embarazo en que la decisión quedaría en manos exclusivamente de la mujer. Esta posición resulta congruente con el modelo norteamericano, pero no con el alemán que afirma que la vida prenatal queda protegida siempre y tampoco con el español, porque el Tribunal Constitucional no afirma tal cosa, sino que dice que puede no castigarse penalmente el aborto cuando estén en juego determinados derechos de la mujer y el respeto al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, van referidos al caso de violación y no al de un embarazo no deseado pero producto de relaciones sexuales consentidas. Es cierto que el embarazo implica necesariamente una cierta restricción de la libertad de la mujer, pero también tras el nacimiento comienza un deber de cuidado que se extiende a lo largo de los años y que determina una restricción de la autodeterminación personal más amplia incluso y eso no ampara que se mate a los hijos.

Tampoco cumple la LO 2/2010, a nuestro juicio, con el deber de protección de la vida, si se opta por la no tipificación penal. El asesoramiento contemplado por el Tribunal Constitucional alemán no es neutro, sino que va dirigido a intentar la continuación del embarazo. De hecho, afirma que no pueden hacerlo los médicos abortistas, porque por interés económico o por convicción, querrán que la mujer aborte. Pues bien, la información que la LO 2/2010 estipula que se entregue a la embarazada no cumple, ni por aproximación, con la finalidad de ser un medio al servicio de la protección de la vida prenatal. Ni siquiera llega a alcanzar lo que el Tribunal Supremo de Estados Unidos considera permisible. La posición de la legislación española es considerar que a la mujer embarazada es necesario ocultarle información esencial sobre la intervención a la que se va a someter, por no ser capaz de soportarla. Parece que la postura que dice defender la libertad de la mujer, peca de paternalismo.

Para concluir este punto, es necesario indicar que aún en el caso de que el Tribunal Constitucional considerase conforme a la Constitución la regulación de la LO 2/2012, ello no supondría que es la única regulación posible, sino que se trataría de una opción del legislador que puede establecer otros sistemas que también resulten conformes con el texto constitucional.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Otras manifestaciones que ponen de relieve que la LO 2/2012 no sólo abandona toda perspectiva de defensa de la vida son la inclusión del aborto como prestación del Sistema Nacional de Salud y la regulación de la objeción de conciencia. En relación con la primera cuestión, en Estados Unidos es doctrina del Tribunal Supremo (casos *Maher v. Roe*, *Harris v. McRae* y *Webster v. Reproductive Health*) que no es contraria a la Constitución la negativa a la financiación pública de abortos no terapéuticos. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional alemán todavía va más allá, señalando que el Estado de Derecho nunca puede financiar el acto de dar muerte a un individuo, a menos que tal acto sea legítimo y el Estado haya comprobado con plena certeza –cumpliendo con las garantías de un Estado de Derecho– la legitimidad de dicha conducta.

Por lo que se refiere a la objeción de conciencia, resulta llamativa la resistencia a reconocerla, sobre todo, teniendo en cuenta que salvo aquellos que se dedican

específicamente a practicar abortos, esta intervención causa rechazo general entre los médicos y otro personal sanitario. Respecto de esta cuestión, son reseñables las vacilaciones de nuestro Tribunal Constitucional. En un primer pronunciamiento (sentencia 15/1982), la reconoció ampliamente al señalar que puesto que “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”. Idea que reafirmó respecto del aborto, en la sentencia 53/1985 diciendo que “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”. No obstante, a partir de ahí se inician otros pronunciamientos mucho más restrictivos (101/1983, de 18 de noviembre, 160/1987, de 27 de octubre y 321/1994, de 28 de noviembre) señalando que de la Constitución difícilmente puede extraerse un derecho a la objeción de conciencia más allá del supuesto excepcional del artículo 30.2, si bien nada impide que el legislador lo regule cuando lo estime oportuno. No obstante, a nuestro juicio, esta aparente contradicción de las sentencias del Tribunal Constitucional no es tal. Las últimas sentencias mencionadas fueron dictadas al hilo de un uso abusivo de la objeción de conciencia al servicio militar, mientras que el criterio es otro cuando se trata del aborto, pues en una resolución posterior (Auto 135/2000, de 8 de junio), llega a afirmar que “la conducta terapéutica o médica a la cual se negó la demandante se refiere a un derecho fundamental de terceras personas (el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución), que sí está implicado en la objeción de conciencia al aborto”.

Lógicamente, el reconocimiento de la objeción de conciencia no es absoluto. Si bien no cabe enjuiciar la racionalidad de la convicción, si será necesario la comprobación de la sinceridad de los imperativos de conciencia que se alegan, si se desbordan o no los límites del orden público y la imprescindibilidad desde el punto de vista estatal de mantener la inderogabilidad singular de la norma. Por el contrario, la LO 2/2012 regula la objeción de conciencia como si tratase de un mero derecho de configuración legal y lo hace de forma absolutamente restrictiva y contraria a la doctrina constitucional expuesta, obligando a que

se manifieste anticipadamente y por escrito. En otros países europeos se reconoce con gran amplitud. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha hecho una afirmación de la objeción de conciencia como derecho fundamental.

Una vez afirmada la existencia de la objeción de conciencia cabe plantearse quién puede acogerse. Las normas no pueden resolver todos los supuestos y las sentencias de los Tribunales tampoco dan una línea segura, pues resuelven con excesivo casuismo. Sin duda están comprendidos los médicos y personal sanitario que deberían intervenir directamente en el aborto. En cuanto a intervenciones indirectas, los tribunales han dado en España y otros países soluciones casuistas. No vemos obstáculos graves para reconocer el derecho a auxiliares de quirófano cuyo cometido sea la limpieza y cuidado del instrumental quirúrgico; el de auxiliares administrativos que tengan que escribir una carta a una paciente relacionada con la práctica de un aborto; o a los médicos de atención primaria que deben dar información a la embarazada que pretende abortar. Un problema real concurre respecto de aquellos que asumen dirección y gestión del servicio de obstetricia y ginecología en hospitales públicos. Una solución propuesta supone reconducir la objeción mediante las técnicas administrativas de delegación, o avocación. La objeción sobrevenida debería ser reconocida y así lo ha hecho algún Tribunal en Estados Unidos. Por lo que se refiere a la objeción de conciencia de los farmacéuticos para la dispensación de fármacos abortivos, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, pese a desestimar el recurso, lo hace por motivos formales, pero afirma que “en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE, en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la integridad física y moral”.

VIGÉSIMOTERCERA.- Una consecuencia de la legalización del aborto eugenésico ha sido el ejercicio de las acciones por wrongful birth y wrongful life. En ellas, es demandado el médico, no por haber causado la malformación o deficiencia del nacido, sino por no haber advertido a la madre de la posibilidad de las malformaciones, privándola a ésta de la posibilidad de abortar. Las primeras son ejercitadas por la madre o ambos progenitores y las segundas por la persona nacida con discapacidad. La suerte de este tipo de acciones es variable de unos países a otros. En general, se han venido admitiendo a partir de un

determinado momento las acciones de wrongful birth, siendo más rara la estimación de las acciones de wrongful life. La fundamentación de las sentencias suele ser poco sólida y da la sensación de que los Tribunales intentan hacer justicia material permitiendo a las familias que tienen que afrontar una situación complicada obtener una cantidad económica. Pero la solución no puede venir de afirmar que existen vidas que no merecen ser vividas y dejar fuera de la atención económica a aquellas mujeres que pese a saber que su hijo padecía determinados problemas, optaron por continuar con su embarazo. Adicionalmente, las acciones de wrongful life dejarían abierta la puerta a que pudiera demandarse a la madre que continuó con el embarazo. De hecho, el Tribunal de Apelación de California que resolvió el caso *Curlender v. Bio-Science Labs* señaló que no sería injusto ni ilegal que el hijo ejercitara tal acción. Ello obligó a una reforma legislativa que vedara esa posibilidad. Y otra reforma legislativa se aprobó en Francia tras el caso *Perrouche* que establece que nadie puede reclamar compensación por daños derivados simplemente del hecho de nacer y previendo lo que debería ser la regla de todo Estado que quiera llevar el apelativo de social: toda persona con discapacidad, cualquiera que hubiera sido la causa de ésta, tiene derecho a la ayuda económica del Estado.

Si consideramos que existen vidas no dignas de ser vividas, hay autores que consideran que es legítimo el infanticidio durante un período determinado después del nacimiento. Pero lejos de ser un debate teórico, la cuestión se ha planteado en la práctica, como ocurrió con el caso *Baby Doe* y la suerte que corrió la ley que quiso poner freno a la no atención de recién nacidos con alguna discapacidad.

VIGÉSIMOCUARTA.- Por lo que se refiere a la libertad positiva, lo más conflictivo procede de las técnicas de reproducción asistida. Éstas surgieron como una respuesta médica para las parejas que no podían concebir hijos. Sin embargo, se han ido extendiendo a más y más supuestos que nada tienen que ver con la infertilidad, según se tratara de satisfacer deseos: mujeres solas, parejas homosexuales, maternidad subrogada, selección del sexo de los hijos y destino de los embriones para investigación. Nuestra legislación es una de las más permisivas del mundo. La LTRHA recoge en su regulación todo lo que la ciencia permite hacer, con la llamativa excepción de la maternidad de alquiler, a lo que ha venido a poner remedio, al menos para las personas y parejas que pueden costear este

procedimiento en el extranjero, la Dirección General de los Registros y del Notariado. Esta consagración de la medicina del deseo, ha convertido a España en destino del llamado turismo reproductivo.

Una de las singularidades de nuestra norma es la consagración del acceso de la mujer sola. Incluso Reino Unido hasta 2008, no lo contemplaba. Warnock defiende la posibilidad señalando que la inseminación artificial puede llevarse a cabo en casa, con una jeringa, y sin intervención médica. No obstante, vuelve a confundir dos planos, uno lo que se puede hacer en el ámbito de la intimidad y otro, lo que un ciudadano puede exigir como derecho. Además, los efectos en uno y otro supuesto son distintos. Existen al menos dos casos (uno en Gran Bretaña y otro en Estados Unidos) en los que se ha exigido a hombres que habían realizado privadamente una donación de semen a parejas de lesbianas, que asuman su responsabilidad económica respecto de los hijos que nacieron. Esto mismo podría suceder en caso de que la inseminada de forma privada, fuera una mujer sola. De acuerdo con la legislación de reproducción asistida, acudiendo a una clínica, esto no habría sucedido.

Pero es que en la legislación española, la mujer sola es de mejor condición que la casada, pues ésta ha de obtener el consentimiento del marido para someterse a un tratamiento de reproducción asistida.

El Tribunal Constitucional no hizo ninguna objeción al acceso de la mujer sola, si bien, dado que la sentencia 116/99 es bastante deficiente técnicamente, parece que está pensando en que el donante no va a ser considerado padre, pero se otorga esa condición desde el principio a otra persona, lo que en realidad no es así en el caso de que la usuaria sea la mujer sola. Otra cuestión es si los tratamientos de las mujeres solas han de ser costeados por la sanidad pública. Según la normativa, no está incluido dentro del catálogo de prestaciones del servicio nacional de salud, pues se exige un diagnóstico de infertilidad, pero, al parecer la situación depende de una Comunidad Autónoma a otra. La exclusión, de acuerdo con una concepción incorrecta y vulgar de la discriminación, ha recibido críticas. En realidad, es perfectamente razonable, pues no parece que los deseos por muy legítimos que sean, tengan que ser subvenidos con fondos públicos que, al ser limitados y dedicarse a esto, impedirían el tratamiento de otras enfermedades.

Otra cuestión discutida es el acceso de la mujer tras la menopausia. Las posturas doctrinales más favorables a reconocer el máximo acceso muestran, no obstante, una cierta incomodidad, pues, por un lado, consideran importante afirmar el derecho de la mujer a adoptar sus decisiones sin trabas, pero por otro lado, de acuerdo con los postulados del feminismo de género, ven criticable que la mujer se empeñe en asumir el rol de madre. La LTRHA no establece ningún límite y en una nueva muestra de la singularidad de la especialidad de las técnicas de reproducción asistida, se deja al criterio de las clínicas. En principio, el acceso de mujeres postmenopáusicas no está incluido dentro del Sistema Nacional de Salud. Que sepamos, esta exclusión no ha sido considerada discriminatoria.

También han recibido atención de los medios de comunicación, el tratamiento de transexuales, en este caso personas que habiendo nacido mujeres y que desean vivir y ser aceptados como hombres, reciben tratamiento hormonal, pero conservan los órganos internos femeninos. Nos encontramos con el ejemplo preclaro de la ideología de género. Cada persona asume el rol que en cada momento considera oportuno. La Ley establece que la usuaria de la técnica ha de ser una mujer. Pues bien, personas que han cambiado su identidad oficial de mujer a varón, de repente deciden ser mujeres y algunas clínicas, con el beneplácito de la ley, aceptan su tratamiento.

VIGÉSIMOQUINTA.- Otro aspecto en los que se aparta la LTRHA de la mayoría de las legislaciones es respecto de la fecundación postmortem. No está admitida en casi ningún país del mundo y en algunos se llega a castigar con penas de cárcel. Sólo se admite en Francia y Portugal para embriones (por ser vida humana) y en Gran Bretaña, aunque no se puede determinar la paternidad. Sólo en Grecia está regulado con cierta amplitud pero los requisitos exigidos son mucho más rigurosos que en nuestro país y en Estados Unidos a falta de regulación federal, han sido los Tribunales los que han ido estableciendo criterios. A nuestro juicio, la regulación de la LTRHA implica un ejercicio desorbitado de un derecho de la personalidad que, en cuanto a tal termina con la muerte del titular. El problema más conflictivo en nuestro país es el relativo al requisito del consentimiento del varón para fecundación post mortem. Aunque la LTRHA ha sido más generosa que su predecesora, de forma que el consentimiento puede prestarse en el documento en el que el

marido consiente el tratamiento de reproducción asistida, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, ha habido varios casos en que la viuda ha solicitado la fecundación postmortem sin que constara el consentimiento del marido premuerto mediante uno de esos documentos. La respuesta unánime de los Tribunales ha sido que no cabe entender cumplido el requisito del consentimiento, si éste no figura en alguno de los citados documentos.

La fecundación postmortem fuera de los plazos y requisitos establecidos en la LTRHA no está prohibida, ni su práctica tipificada como infracción. La única consecuencia jurídica se hace caer sobre el hijo que nace, lo haría sin padre, sin poder llevar su apellido y sin derechos hereditarios. Esto, a nuestro juicio es una discriminación por razón del origen.

VIGÉSIMOSEXTA.- Una de las pocas modalidades que la LTRHA no acepta es la maternidad subrogada, considerando nulos los contratos en que se pacta y estableciendo que la maternidad se determina por el parto. El origen de la figura está en Estados Unidos, donde un abogado la comenzó buscando aquellos estados con una legislación que no penalizara la venta de bebés por tener leyes de adopción no muy rigurosas. En Gran Bretaña y Australia (aunque no todos los territorios de este país la admiten) regulan la figura, pero siempre que no se retribuya a la madre de alquiler y sólo se compensen los gastos derivados del embarazo y parto. Fuera del ámbito anglosajón, sólo la legislación griega la contempla. Algunos países, como Alemania prevén penas de cárcel, penas que Francia reserva a quienes actúen como mediadores. En cuanto a la solución española, toda la doctrina, tanto la partidaria de la admisión de la maternidad subrogada como la que no lo es, coincide en criticar la falta de coherencia de la LTRHA pues en general se basa en el criterio del deseo para articular las relaciones de paternidad, maternidad y filiación, mientras que en este caso opta por el hecho natural del parto, sin dar explicación alguna en la exposición de motivos de por qué se ha inclinado por este tratamiento excepcional. A falta de explicación expresa, la respuesta parece estar en la consideración del embarazo como una situación limitante de la libertad de la mujer que atenta contra su dignidad. De todas formas, el legislador no considera la conducta susceptible de sanción administrativa o penal. Y, por si fuera poco, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha

legalizado la maternidad subrogada, al menos para parejas o personas con suficientes medios económicos para llevarla a cabo en el extranjero.

Sea como fuere, la valoración de esta figura por nuestra parte es negativa. A diferencia de la adopción, que busca el bienestar del menor huérfano y que obliga a los padres solicitantes a someterse a un severo escrutinio no sólo respecto de su situación social y económica, sino también psicológica, la maternidad de alquiler, pone en primer plano, el deseo de una persona o pareja de convertirse en padre, estableciendo por contrato que una mujer ha de entregar un hijo al que ha gestado durante nueve meses. Cuando, como alternativa al aborto se plantea que la mujer entregue al hijo que no desea en adopción, se suele aducir que soportar un embarazo es una lesión a la dignidad y la entrega del niño le causará un trauma a la madre. Los partidarios de la maternidad subrogada y los defensores del aborto deberían explicar porque en unos casos la realidad es de una forma y en otros, justo la contraria.

Como la maternidad subrogada prescinde de la realidad para dar satisfacción a deseos, no es infrecuente, allí donde se admite sin grandes restricciones, como en ciertos estados de Estados Unidos, que se produzcan litigios, cuando dichos deseos han cambiado: madres de alquiler que se resisten a entregar al hijo, bien porque se han encariñado con él o como medida de presión para obtener mayores contraprestaciones, o padres que no desean hacerse cargo del hijo “encargado”, bien por separación de la pareja o porque el hijo ha nacido con alguna característica que no les parece aceptable. En caso de que la pareja comitente y la madre de alquiler no quieran hacerse cargo del hijo, que un juez resuelva la disputa, no parece que sea la situación ideal para el futuro del hijo. En el caso contrario, que las dos partes quieran al hijo, el pleito pone en una situación de incertidumbre el futuro del éste, hasta que todos los recursos se agoten, lo que tampoco es lo ideal teniendo en cuenta las distintas decisiones respecto de la salud y la educación que han adoptarse en los primeros años de vida.

VIGÉSIMOSÉPTIMA.- La técnica coadyuvante de las técnicas de reproducción asistida más utilizada es la donación de gametos. Si dichas técnicas se consideran como un tratamiento contra la infertilidad, la donación carece de sentido, porque el hijo se concibe

con el espermatozoide o el óvulo o ambos gametos que no proceden del cuerpo de la pareja. Hay varios países signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos que no la admiten, como Italia, Lituania y Turquía. Austria prohíbe la donación de óvulos, en general (al igual que Croacia, Alemania, Noruega y Suiza) y permite la donación de semen en el caso de la inseminación artificial, pero no en la fecundación in vitro. Esta última normativa fue enjuiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia S.H. v. Austria, de 3 de noviembre de 2011. La sentencia concluye que dicha regulación no vulnera el derecho a la vida privada y familiar, garantizado en el artículo 8 del Convenio.

Más allá de la admisibilidad de la técnica, la donación plantea varias cuestiones polémicas, la primera de ellas, su retribución o gratuidad. Por la doctrina se ha destacado que la donación de gametos no coincide en absoluto con la donación que regula el Código Civil porque no responde al concepto de empobrecimiento del patrimonio del donante y correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario. La utilización del término donación responde a la finalidad de ennoblecer la acción, como ocurre con la donación de órganos, sangre u otros tejidos. Pero hay una diferencia fundamental, mientras que en estos últimos casos, los donantes no reciben ningún tipo de compensación (en el caso de los donantes de sangre, una bebida y un bocadillo), los donantes de gametos sí reciben una cantidad económica. Aunque en la Unión Europea se han publicado diversos estudios sobre esta cuestión, no existen datos muy claros. Según estos estudios, la retribución era evidente, según un informe de 2004, en el caso de Rumanía. Pero no es el único supuesto. En España, según informaba la prensa, con la crisis económica la donación de óvulos se ha disparado, abonándose alrededor de 1000 €. Si a esto se añade la falta de control de esta actividad, pues no se ha puesto en marcha nunca el registro de donantes previsto ya en la ley de 1988, el riesgo para la salud de las mujeres es evidente, pues pueden someterse a varios ciclos de estimulación ovárica, acudiendo a clínicas distintas. En algunos estados de Estados Unidos, la comercialización de gametos es abierta, pudiéndose adquirir óvulos a través de internet eligiendo las características del donante y cuyo precio varía teniendo en cuenta las cualidades de dicho donante.

Precisamente, la falta de datos oficiales por la dejadez administrativa en el cumplimiento de la LTRHA en relación con el registro de donantes, hace que la limitación establecida en la

norma de que no pueden nacer más de seis hijos de un mismo donante, no puede controlarse. Pero éste no es sólo un problema español. La prensa ha publicado varios casos en los médicos de clínicas de fertilidad son padres biológicos de varios centenares de seres humanos al haber utilizado su propio semen para fecundar óvulos de las usuarias.

Otra cuestión que no está resuelta es qué ocurre en el caso de que la clínica cometa un error y la clínica fecunde el óvulo de una mujer con el espermatozoide de un tercero, en vez del de la pareja. No es un caso de laboratorio, sino que ocurrió en Gran Bretaña. El error era evidente porque la pareja afectada y el donante de semen eran de razas diferentes. Puede que este tipo de errores sea más frecuente, pero que no se descubra si no se realiza una prueba genética.

También se plantea el plazo máximo de conservación de los gametos. La Ley de 1988 establecía 5 años y ahora, con mejor criterio, permite que se extienda durante toda la vida del donante. Sin embargo, es criticable la disposición que establece que en el caso de que no sea posible determinar si el donante vive o se ha desentendido de él queda el semen a disposición del centro donde se encontrara depositado, por entender que la donación de gametos es un acto personalísimo y debe ser siempre voluntario.

El punto más polémico es el relativo al anonimato del donante. Mientras que en un primer momento, la posición mayoritaria de las legislaciones fue establecer dicho anonimato, progresivamente se ha ido eliminando, permitiendo al hijo así concebido conocer sus orígenes biológicos. En este sentido fue pionera la legislación sueca e incluso, Gran Bretaña suprimió en 2005 dicho anonimato para que los mayores de 18 años puedan conocer la identidad de los donantes, aunque sin efectos retroactivos por lo que no se aplicará hasta 2023. La LTRHA no ha sido sensible a esta marcada tendencia; la única diferencia es que la ley anterior calificaba el contrato de donación como secreto y ahora se considera confidencial. Ahora bien, la redacción actual ha introducido la posibilidad de revelar la identidad del donante, en caso de peligro cierto para la vida o salud del hijo. Esto ha creado inquietud entre las clínicas de reproducción asistida: "puede ser un coladero a medio plazo, como fue el supuesto de la salud psíquica de las embarazadas en el caso del aborto".

El anonimato del donante entendemos que es contrario a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución pues establece una discriminación para los nacidos mediante reproducción artificial heteróloga. No sólo porque se les da un trato diferente, sino porque la justificación para el mismo es absolutamente insuficiente, pues no es otro que el interés de las clínicas. No se trata de determinar la filiación pero sí de permitir que los hijos conozcan sus orígenes. Ya en el caso de los adoptados, se planteó si existe un derecho a conocer los propios orígenes, cuestión que es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. Donde más se ha elaborado esta cuestión ha sido por la doctrina alemana que la ha situado dentro del llamado derecho general de la personalidad que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional de aquel país a partir de dos sentencias de los años ochenta del pasado siglo. Como todos los derechos no tiene carácter absoluto y sus límites vienen determinados bien por el conflicto con otros derechos fundamentales o con principios básicos como el de seguridad jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció el 13 de febrero de 2003 en el caso *Odièvre v. Francia*, sobre la legislación de ese país en relación con los obstáculos que establece para que los adoptados puedan conocer la identidad de su madre biológica. Después de señalar que esta regulación entra dentro del margen de apreciación que el Convenio reconoce a los Estados, considera que la prevalencia del anonimato de la madre se encuentra compensada con la creación de órganos de administrativos de conciliación y mediación.

La ley española plantea con la salvaguarda del anonimato del donante, con la admisión paralela del uso de las técnicas por parte de la mujer sola (o incluso cuando nace un niño con semen de donante sin consentimiento del marido de la mujer), que se produzcan casos en que la paternidad no está establecida. La doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 116/1999 es favorable al anonimato. Primero indica que dado que se puede obtener información de carácter general sobre el donante “no puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos”. Y después, razona las ventajas que se siguen del anonimato para la actividad de las clínicas. Cabe destacar el contraste de la decisión del Tribunal Constitucional con la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida, por sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, de la regulación del artículo 47 de la Ley

del Registro Civil que permitía que en el parte de nacimiento remitido por el personal sanitario no figurara la identidad de la madre cuando así lo deseara, por atentar contra la dignidad del nacido y contra el derecho a conocer sus orígenes respecto de la madre. Y eso que en este último caso, podría justificarse la no mención de la maternidad biológica con la finalidad de facilitar la adopción y evitar el aborto.

El anonimato del donante y su justificación en favorecer la actividad de las clínicas ha sido criticado fuertemente por la mayoría de la doctrina española, opinión que compartimos, que considera intolerable facilitar la realización de las técnicas de reproducción asistida, a costa de vulnerar derechos fundamentales de las personas implicadas en ellas.

VIGÉSIMOCTAVA.- No obstante todas las cuestiones analizadas hasta ahora, el principal problema que plantean las técnicas de reproducción asistida es, en el caso de la fecundación in vitro y técnicas derivadas, la falta de respeto a la vida del embrión preimplantatorio, pues salvo que se fecunden solamente los óvulos que van, una vez constituido el embrión, a ser transferidos al útero de la mujer, se acumulan por cientos de miles en nitrógeno líquido y para los que no hay otra solución que destruirlos sin más o destruirlos con el fin de utilizar sus células para investigación (la adopción de estos embriones por otras parejas distintas de las que los constituyeron es una práctica anecdótica, en relación con su número). La constitución y desarrollo en las primeras fases del embrión humano son bien conocidos desde el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida. Existe un consenso que podemos calificar de general en el sentido de que con la fecundación surge una realidad nueva y distinta, el cigoto, con un genoma propio y distinto del de cualquier otro ser humano (salvo el caso de gemelos monocigóticos). También es sabido que el genoma sólo no basta para el desarrollo de este ser vivo, sino que es necesario que se active un programa, para lo que se necesita el aporte de moléculas ajenas, procedentes de la madre. Es un organismo y no un cúmulo de células indiferenciado, pues, desde el primer momento de la división celular cada una de las dos células va a dar lugar a linajes distintos.

El acuerdo en los hechos no implica, sin embargo, que se valoren de la misma forma. Pero ya no se trata de un problema científico, sino filosófico, religioso o jurídico. Para algunos, ese ser vivo de la especie humana no tiene valor personal. Algunos consideran que hasta

que se produce la implantación en el útero, pueden producirse los fenómenos de la gemelación y las quimerismo, de forma que el embrión en esta fase de desarrollo carece de las propiedades de unidad e individualidad. Para otros, haciendo una comparación entre el proceso de hominización de nuestra especie y el desarrollo embrionario, indican que no es lo mismo decir que si el embrión del que yo me originé se hubiera destruido yo no existiría, que decir que el embrión en aquel estado era yo.

Otro sector doctrinal adopta una posición intermedia, indicando que si bien el embrión merece respeto, el obtenido mediante fecundación in vitro, no es capaz de desarrollarse por sí mismo, por lo que el tratamiento jurídico no puede ser igual que el que merecen los embriones que se encuentran en el útero de la mujer. A nuestro juicio, esta posición presenta el punto débil de defender un tratamiento diferente para dos seres idénticos, justificando la diferencia en que se encuentran en distintos lugares.

Por último, otros autores se muestran partidarios de proteger la vida del embrión preimplantatorio, pues aún reconociendo que éste necesita del aporte de la madre para que el programa de desarrollo se active, la dependencia del medio es algo que se da en todo ser vivo y, por tanto, en todo ser humano con independencia del grado de desarrollo del mismo. En el cigoto está el comienzo de la corporalidad del ser humano y no parece racional ni laico que exista un acontecimiento que introduzca la condición de persona después. Este hecho posterior no se ha identificado de forma unánime por los partidarios de no proteger la vida del embrión, sino que se han señalado muchos posibles: la implantación en el útero, la aparición del sistema inmunológico, el inicio de la actividad cerebral (que para alguno se produce con la aparición de la cresta neural, mientras que para otros, es después del nacimiento), etcétera. Todos ellos pretenden basarse en un hecho científico, pero dejando de lado que, como vemos, cada corriente defiende uno distinto, lo cierto es que parece fijarse a conveniencia, en función de las investigaciones que se pretenden hacer con los embriones.

Al margen de consideraciones doctrinales, la mayoría de las legislaciones (con excepciones notables como las legislaciones de Alemania, Italia, Suiza o Costa Rica) no protegen la vida del embrión preimplantatorio. De hecho, se juega con las palabras y se le denomina

preembrión, término que era desconocido en Biología hasta el momento en que hay que justificar la pérdida de embriones en la fecundación in vitro y que no se utiliza fuera de ese contexto. El término preembrión fue acogido por la legislación española. La ley de 1988 contenía la definición en la Exposición de Motivos. Fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional afirmó en la sentencia 116/99 que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad. Este criterio fue modificado en la sentencia 31/2010, en el sentido de que carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. Ahora la LRTHA, incorpora la definición al articulado, en concreto en el artículo 1.2, diciendo que preembrión “es el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”. Obviamente, es una definición arbitraria, ya que no se justifica científicamente ninguno de los aspectos que recoge como definitorios. De hecho, el que sea originado por fecundación in vitro no le distingue del engendrado in vivo y darle a los 14 días in vitro un valor indicativo de algo que no existe; sólo si está en la madre esa fecha marca un evento, que aunque no es radicalmente significativo, marca el final de la etapa de implantación. La arbitrariedad del término se puso de relieve en Informe Warnock elaborado como base de la legislación inglesa sobre la materia en el que se dice que no hay un único estadio identificable en el desarrollo del embrión más allá del cual el embrión in vitro no debería ser mantenido con vida. Sin embargo, se acordó que esta era un área en la que debía tomarse alguna clara decisión, con el fin de disipar la ansiedad pública. No obstante, el Tribunal Constitucional, en la sentencia mencionada consideró, sin mayor razonamiento, que los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. Intuitivamente, la conclusión debería ser la contraria. El derecho a la vida del feto se cuestiona porque se considera que entra en conflicto con derechos de la madre. En este caso, tal conflicto no existe. No existe obligación de crear más embriones que los que van a transferirse. En este sentido regula la cuestión la ley alemana que ya pone de relieve su posición desde su nombre, ley de protección del embrión. Después de dar una definición amplia de embrión, incluyendo a las células totipotentes (células del embrión temprano que dan lugar a otro embrión, como ocurre en el

caso de los gemelos), establece que se podrán crear un máximo de tres embriones por ciclo y que en todo caso, no se podrán crear más embriones de los que se van a implantar. Para la legislación alemana, la vida comienza con la concepción con independencia de que el embrión haya iniciado su vida por medios naturales o artificiales. Suiza lleva esta regulación hasta su Constitución, estableciendo su artículo 119 que únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión el número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata.

A nuestro juicio, la cuestión es clara, el fundamento del régimen democrático impide la consideración de la vida humana, cualquiera que sea el estado de su evolución, como una cosa. Y aunque se admitiera que la cuestión es dudosa, un elemental principio de prudencia, exigiría inclinarse por proteger la vida y la integridad física del embrión. Entendemos que el Derecho Constitucional no puede quedar condicionado por la concepción civilista de persona. El embrión no necesita que le sean reconocidos derechos patrimoniales, ni capacidad jurídica para celebrar actos y contratos. Cualquier otra solución convierte al embrión en cosa y no objetivamente valiosa, sino sólo en función de lo que otros quieran darle.

VIGÉSIMONOVENA.- Al obtenerse más embriones que los que se transfieren a la mujer, una vez obtenido el bebé o abandonado el tratamiento tras varios fallos, los embriones congelados se convierten en “sobrantes”. Las primeras leyes de reproducción asistida no preveían un destino claro para estos embriones (como nuestra ley de 1988) o establecían su destrucción. En un principio, no se preveía su destino para investigación por cuanto no hubiera sido aceptado por las sociedades de hace treinta años. Posteriormente, el descubrimiento de las células troncales convirtieron a los embriones en una fuente deseada por los científicos. Cuando se planteó la posibilidad de destruir los embriones para obtener sus células, los partidarios de esta posibilidad acusaron a los defensores de la vida embrionaria de bloquear una solución razonable para los embriones congelados cuyo destino, si no, era permanecer criopreservados sin límite. Resulta curiosa esa forma de razonar; el problema de los embriones congelados fue creado por los que no los consideraban una realidad personal. Y una vez creado un problema irresoluble, se quejan de la oposición a avanzar un paso más en la cosificación de los embriones. El Parlamento

Europeo se ha manifestado en varias ocasiones en favor de no crear un exceso de embriones y de transferir los que se crean.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la sentencia 116/1999, los embriones obtenidos por fecundación in vitro sólo pueden ser utilizados con fines científicos de experimentación si no son viables. Para salvar esta objeción, se ha intentado construir un concepto de viabilidad no biológico, sino jurídico, considerando que, como los embriones congelados no se van a desarrollar son todos no viables. Esta visión es contraria a la ciencia y a la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Contradiendo esta doctrina, la LTRHA permite abiertamente optar por los fines de investigación frente a los reproductivos, sin que se exija la no viabilidad y sin vinculación alguna a una finalidad diagnóstica o terapéutica. Admitida la utilización de embriones sobrantes, la prohibición de crear embriones específicamente para investigación carece de importancia. Dada la cantidad de embriones sobrantes, los científicos no van a necesitarlos. Tampoco parece probable que muchas mujeres fuera a donar sus óvulos para ese fin. Igualmente vacía de contenido es la previsión del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Oviedo que establece que cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. No se entiende qué protección adecuada puede establecer para los embriones que se permite destruir. Por el contrario, Alemania, Italia, Irlanda, Austria, Suiza, Noruega, Chipre, Eslovaquia, Lituania, Polonia y Rumanía prohíben la destrucción de embriones para investigar.

Cabe plantearse por qué se adoptó esa decisión. Se presentaba la investigación con células troncales embrionarias como la única esperanza de curación para enfermedades gravísimas que provocan sufrimiento y muerte. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La curación de estas enfermedades todavía está muy lejos en el tiempo. Además, las investigaciones más prometedoras no son las que se realizan con células embrionarias, sino con células troncales adultas que no plantean problema ético alguno. También se ha abierto la vía de las células iPS, células pluripotentes que se obtienen introduciendo en células adultas y diferenciadas, cuatro genes, lo que hace que aquéllas reprogramen su genoma y adopten las características de las células troncales embrionarias. Pese a ello y como ejemplo palmario de lo que es la pendiente deslizante, en Gran Bretaña se ha ido un paso más allá.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, a partir de 2003, los Programas Marco de Investigación han venido financiando proyectos que implican la destrucción de embriones. Aunque se ha dado un dato esperanzador con la sentencia de 18 de octubre de 2011 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-34/10, *Oliver Bruestle v. Greenpeace*. En la misma, el Tribunal se manifiesta en contra de la patente de procedimientos para la obtención de células troncales que supongan la destrucción de embriones. El Tribunal establece una definición biológica de embrión que tiene que ser entendido en una manera amplia porque se trata de excluir cualquier patentabilidad donde el respeto por la dignidad humana puede quedar afectada. Aunque la Unión Europea pretende promover la inversión en el campo de la biotecnología, el uso de material biológico procedente de humanos debe ser coherente con el respeto a los derechos humanos y, en particular, con la dignidad de la persona.

A nuestro juicio, la solución más respetuosa con la dignidad del ser humano pasa por no crear embriones sobrantes. Pero al margen de nuestra opinión, como hemos apuntado, la destrucción de embriones para investigación es inconstitucional: el Tribunal Constitucional afirmó que “es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE”.

TRIGÉSIMA.- Cuando existen embriones sobrantes, otro problema se plantea cuando surge el desacuerdo de la pareja sobre su destino. Uno de los miembros, normalmente la mujer pretende su transferencia y el varón se niega. También, puede uno de ellos querer que se donen a otra pareja y otro que se destruyan. Los litigios que se han planteado sobre esta cuestión se han resuelto de la forma más desfavorable para la vida de estos embriones, afectando incluso a los derechos reproductivos de la pareja. En Estados Unidos los casos resueltos se referían a parejas divorciadas que, bien no tenían un acuerdo sobre qué hacer con los embriones, bien tenían un acuerdo que preveía la destrucción o bien tenían un acuerdo que preveía la transferencia a la mujer. En todos los casos que conocemos se optó

por la destrucción de los embriones, salvo en un par de supuestos, en los que habiéndose previsto mantenerlos congelados en caso de desacuerdo de la pareja, se resolvió en ese sentido.

Tampoco la decisión fue favorable para la vida de los embriones en el caso Roche v. Roche resuelto por el Tribunal Constitucional de Irlanda. Nuevamente, se da prevalencia al deseo del hombre de no convertirse en padre biológico y se considera que el embrión preimplantatorio no está protegido por la Constitución de aquel país. Se afirma en la sentencia que “es desafortunado que usemos el mismo término aplicado al embrión de una célula que a un embrión o feto de ocho semanas, el cual puedes ver en una ecografía, puedes oír el latido de su corazón, puedes verle moverse, (...) la inmensa mayoría de personas lo considerarían como un bebé y una persona”. Más bien resulta desafortunado el razonamiento, cuando los fetos de ocho semanas son abortados sin mayor problema en la mayoría de los países occidentales.

Más lejos incluso llegó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Evans v. Reino Unido, pues se denegó la transferencia de los embriones a una mujer que debido a un cáncer se le extirparon los ovarios y, precisamente, se sometió previamente a un tratamiento de fecundación asistida para tener hijos biológicos. Mientras que la perspectiva de género se aplica para justificar el aborto, en este caso no sirvió para que una mujer pudiera ser madre. En la creación de embriones no debería equipararse la aportación de la pareja, porque mientras para el hombre no supone apenas nada contribuir con su espermatozoides, la mujer necesita someterse a un tratamiento hormonal y una intervención quirúrgica. Precisamente, el único caso que se aparta de la doctrina expuesta es uno resuelto por el Tribunal Supremo israelí que basó su decisión teniendo en cuenta el valor primordial de la vida, más que en la fuerza vinculante de los contratos. Ponderando todos los intereses en juego consideraron que el daño que se causaría a la mujer negándole su oportunidad de ser madre biológica era mayor que el daño que se le causaba al varón convirtiéndolo en padre contra su voluntad.

En nuestra opinión, el llamado derecho a no ser forzado a convertirse en padre se traduce finalmente en determinados supuestos en un derecho absoluto –y quizá incluso en un

instrumento útil para obtener mejores condiciones en el acuerdo de divorcio-sobre el derecho de la otra parte a tener hijos. Al igual que el momento de decidir si se es madre o no, no es tras quedarse embarazada, pues ya se es, tampoco los varones pueden válidamente pedir que se destruyan embriones que consintieron en constituir. En Austria y Estonia el consentimiento del hombre puede revocarse sólo hasta la fecundación, más allá de la cual es sólo la mujer la que decide si se transfieren los embriones y cuándo. Y en Alemania e Italia ni el hombre ni la mujer pueden normalmente revocar su consentimiento una vez que el óvulo ha sido fertilizado. En Hungría, se permite que la mujer, si el embrión ya se ha creado, pueda pedir su transferencia en caso de divorcio o incluso, fallecimiento, sin contar con el consentimiento del varón. O, si se prefiere, dado que las legislaciones que permiten la libre congelación de embriones normalmente regulan la cuestión de la paternidad y la maternidad, no desde el punto de vista de la realidad biológica, sino desde el deseo, podría establecerse que la mujer puede solicitar la transferencia y, si se produce un nacimiento, el varón no ser considerado padre legal. Todas las sentencias analizadas toman la decisión sopesando el interés de los padres, pero ninguno toma en consideración favorecer la continuación de la vida del embrión como criterio de decisión.

TRIGÉSIMOPRIMERA.- Otra de las posibilidades que otorga la fecundación in vitro es la de elegir determinadas características de los embriones para que sean transferidos a la mujer en detrimento de otros que no reúnan las condiciones que se prefieren. El estado actual de la ciencia no permite todavía seleccionar muchas características, pero algunas sí son importantes.

La selección de sexo es una de las posibilidades. Se admite con carácter general en enfermedades hereditarias ligadas al cromosoma X que afectan a varones, pues sólo tiene una copia del mismo. El Convenio de Oviedo y las legislaciones de los países signatarios de dicho Convenio prohíben la selección de sexo por pura conveniencia. Hay estados de Estados Unidos donde es posible hacerlo por este último motivo. La mayoría de la doctrina, cuya opinión compartimos, se muestra contraria por diversos motivos: porque se desechan los embriones del sexo indeseado, porque se condiciona una característica fundamental del ser humano que debe dejarse al azar y porque si las decisiones van en un sentido se puede romper el equilibrio entre sexos en la humanidad. También se rechaza porque si se eligen

varones estaríamos ante un genticidio (lo que al igual que ocurre en el aborto aquí un cúmulo de células se convierte milagrosamente en una niña). No faltan, sin embargo, los que desde una perspectiva utilitarista, consideran legítimo que los padres decidan el sexo que desean para sus hijos, señalando que esa finalidad puede conseguirse igualmente por otro medio como abortar un feto que no se correspondiera con el sexo deseado (eso sí, sin confesar la verdadera razón). En todo caso, admitir la selección de sexo sería abrir la puerta a que, según avanzase el conocimiento científico, se creasen hijos a la carta.

Sí se admite, en cambio, en nuestra legislación y otras, la selección de embriones por razones histocompatibilidad con un hermano enfermo. La presentación de estos casos en los medios de comunicación es siempre positiva. Se trata de salvar la vida a un niño gravemente enfermo. Sin embargo, el problema es que para ello hay que crear varios embriones, desechar los que padezcan la enfermedad y los sanos que no sean histocompatibles con el hermano enfermo y transferir a la madre los que lo sean. Si se produce el nacimiento, el niño que nace está abocado a ser donante de su hermano. En principio, se utilizará el cordón umbilical, pero si no se produce la curación, habrá que proceder al trasplante de médula. Quién sabe si en el futuro, si el hermano lo necesita, el nacido tendrá que donarle un órgano. En definitiva, el fin que se persigue (curar a un niño con una enfermedad que le va a llevar a la muerte) se hace a través de un medio que destruye embriones y, lo que es más grave, se hace nacer un ser humano como medio para conseguir el fin. Por si esto fuera poco, la técnica es muy poco eficiente.

Las legislaciones donde se admite esta práctica, ésta queda limitada a la donación a favor de un hermano. No es el caso de la LTRHA que se refiere en el artículo 12.2 a “fines terapéuticos para terceros”, lo que abre la puerta al abuso. Al igual que en el caso con la investigación con células troncales, existe una alternativa a este problema que no plantea ningún problema ético, como son los bancos de sangre de cordón umbilical y de placenta.

Como ya adelantamos, la selección de otras características físicas, intelectuales o morales no está todavía al alcance de la mano. Nuestra valoración es negativa pues se estaría condicionando la existencia de los seres humanos, no sólo atribuyéndoles determinadas características que deberían de venir dadas por el azar, sino porque también los padres que

las eligieran tratarían de imponer al hijo un comportamiento consecuente con esas características.

TRIGÉSIMOSEGUNDA.- La clonación puede conseguirse a través de varios procedimientos. El que aquí nos interesa es el que se refiere a la transferencia del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos a un ovocito previamente enucleado al que previamente se le ha extraído su propio núcleo.

Al igual que en otras áreas como aborto y reproducción asistida, también en el ámbito de la clonación se ha producido un uso creativo del lenguaje. En un principio, se distinguió entre clonación terapéutica y reproductiva. La finalidad de esta distinción era defender la primera y condenar la segunda. Sin embargo, la denominación de terapéutica no respondía a la realidad, pues no tenía por objeto la curación, sino la mera investigación. Adicionalmente, con independencia de la finalidad, ambas modalidades merecen una valoración negativa. En la reproductiva la finalidad es dejar desarrollarse al embrión obtenido, para que nazca un ser humano idéntico a otro ya existente. En la llamada terapéutica, se destruye el embrión para obtener sus células, como ocurre con los embriones sobrantes de la fecundación artificial. Para evitar objeciones, se ha intentado denominar al embrión clónico con nombres distintos de embrión, dando así a entender que no es un verdadero embrión. Así, la LIB utiliza el imaginativo procedimiento de considerar en las definiciones contenidas en su artículo 3 que el embrión obtenido mediante clonación no es un embrión. Sin embargo, la diferencia sólo está en la forma en que se crean. Uno de ellos, mediante la fecundación de un óvulo por un espermatozoide y el otro, el clónico, mediante la fusión del núcleo de una célula con un óvulo previamente enucleado. Países que no tienen ninguna objeción moral respecto de la clonación para investigar, como Japón o Australia, dentro de la definición de embrión incluyen al embrión obtenido mediante clonación. Parecido fraude terminológico se produjo respecto de la propia clonación. Aunque “terapéutica” es una palabra con connotaciones positivas, debió considerarse que el término clonación contaminaba a la técnica, por lo que pasó a llamarse transferencia de núcleos, refiriéndose al medio utilizado y no al resultado, haciéndola más incomprensible para los profanos. Así, la LIB se refiere a la clonación terapéutica como activación de ovocitos mediante

transferencia nuclear. Este disfraz terminológico fue criticado incluso por partidarios de la técnica.

A nivel normativo, la clonación reproductiva está prohibida en todos los tratados internacionales y leyes nacionales que se han referido a esta cuestión, mientras que la clonación de investigación se admite en aquellos países que no han optado por proteger al embrión preimplantatorio. Tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como el Parlamento Europeo han aprobado declaraciones condenando ambos tipos de clonación, lo que, a nuestro juicio resulta inobjetable. En cuanto a la clonación reproductiva porque supone predeterminar las características de un ser humano, haciéndole genéticamente idéntico de otro que, por razones afectivas o de replicar una personalidad destacada, se quiere repetir. Es un atentado a la dignidad humana y biológicamente, supone actuar contra la diversidad que nos ha dado como especie la reproducción sexual. Por lo que se refiere a la clonación de investigación, las razones son las mismas que pueden aducirse respecto del empleo de embriones sobrantes de la fecundación in vitro, el respeto a la vida humana. En este caso hay un argumento adicional y es que tanto en el Convenio de Oviedo como en todas las legislaciones excepto la británica, no pueden crearse específicamente embriones para destruirlos investigando. Una reforma en 2008 de la Human Fertilisation and Embryology Act permite la creación de embriones humanos genéticamente modificados y embriones híbridos humano-animal. Los híbridos pueden ser quimeras (mezcla de células animales y humanas), embriones humanos genéticamente modificados, (conteniendo genes animales), embriones plenamente híbridos (conteniendo un juego completo de cromosomas animal y humano) y cualquier otro tipo de híbrido que pudiera pensarse en el futuro. En el caso de los embriones plenamente híbridos, además, no son por definición humanos, pues son 50% humanos y 50% animales, por lo que no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la ley, y podría actuarse con ellos sin los límites en ella fijados. Todo ello junto a una cláusula que otorga al Gobierno amplias facultades para cambiar las reglas sin un debate parlamentario extenso y sin posibilidad de presentar enmiendas.

En conclusión, lo que se crea con la clonación es un embrión exactamente igual que el embrión que proviene de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Además, tal y

como señalamos al tratar la investigación con embriones sobrantes, existen alternativas científicas más prometedoras y que no plantean problemas éticos.

Aunque se ha afirmado que prácticamente el único consenso universal en bioética es el rechazo de la clonación reproductiva, ello es así a nivel legislativo, pero no en el ámbito doctrinal. Como posibles finalidades que pueden perseguirse con la clonación reproductiva se han señalado: a) El deseo de una persona de perpetuarse a sí mismo. b) Reproducir a un ser querido malogrado. c) Reproducir un genotipo valioso de una artista, científico, etc. d) Obtención de un individuo clónico como reserva para el caso de que fuera necesario en el futuro un trasplante de órganos. e) Para evitar una enfermedad de tipo mitocondrial transmitida por vía materna. f) En técnicas de reproducción asistida, cuando hubiera mucha dificultad para obtener embriones de la propia pareja. Las que más apoyo reciben son las mencionados con las letras c), e) y f). Si se admitiera para algún fin, poco se tardaría en reconocer que puede realizarse por cualquier otro.

TRIGÉSIMOTERCERA.- Para terminar de analizar las distintas modalidades de libertad reproductiva positiva, cabe hacer referencia a las medidas de fomento de la natalidad. Éstas no son nuevas, pues pueden citarse antecedentes de la Roma Imperial. También determinados regímenes dictatoriales de derecha y de izquierda en siglo XX adoptaron medidas en este sentido. Ni en el caso de Roma, ni en los ejemplos más recientes, tuvieron mucho éxito. Y es que la decisión de tener o no hijos depende de los valores de la sociedad y si la mentalidad dominante es poco inclinada a ello, incentivos o penalizaciones de carácter económico no dan un vuelco a la tendencia demográfica. El problema actual de las sociedades occidentales es el llamado invierno demográfico. La fecundidad de los europeos ya no garantiza la renovación de las generaciones. La Comisión Europea ha indicado que históricamente jamás se ha visto crecimiento económico sin nacimientos. En numerosos países europeos se han instaurado ayudas económicas directas por cada hijo, establecimiento de guarderías públicas, períodos retribuidos de tiempo para el padre que abandone temporalmente su puesto de trabajo para cuidar de los hijos, derecho a reincorporarse a ese puesto de trabajo tras el período de tiempo, etc. En España, no se ha seguido esta tendencia, ocupando el penúltimo lugar en prestaciones familiares. En las últimas encuestas de población la caída de la tasa de nacimientos añadido el abandono de

nuestro país de inmigrantes que habían perdido su puesto de trabajo, ha llevado a un descenso de población por primera vez en mucho tiempo. Los expertos coinciden en que las prestaciones sociales del estado del bienestar son insostenibles con un gran sector de la población envejecido, además de otros efectos menos fáciles de medir.

La naturaleza de las medidas de incentivo adoptadas, incluso allí donde son mejores como en Luxemburgo, dado su carácter voluntario, y su entidad no es tal que fuercen la decisión de tener hijos, ni pueden considerarse las mismas de naturaleza coactiva y que lesionen la libertad reproductiva.

TRIGÉSIMOCUARTA.- La legislación española asume la libertad reproductiva en los términos definidos por Programas de Acción de las Conferencias de El Cairo y Pekín. Una vez definido su amplio contenido y hecho un recorrido por sus particularidades y todas sus posibles manifestaciones, queda por determinar en qué textos internacionales y constitucionales está consagrada. Tradicionalmente, se ha distinguido en la doctrina de los derechos fundamentales entre los derechos de libertad y los derechos de prestación. Los primeros establecen límites a la actuación del Estado al objeto de preservar al individuo un espacio libre de interferencias donde pueda actuar con libertad; los segundos, crean obligaciones positivas para el Estado. En una primera aproximación, podría pensarse que la libertad reproductiva forma parte de los primeros. Pero eso sería una simplificación porque dejaría aspectos que se consideran claves, como el acceso al aborto a través del sistema nacional de salud o el acceso a las técnicas de reproducción asistida que exigen que el Estado legisle para satisfacer los deseos de paternidad y maternidad de los ciudadanos al margen de la realidad biológica. Por otra parte, si incluye el concepto de salud reproductiva como estado de completo bienestar, se acentúa su carácter de derecho de prestación. Se trata, por tanto, de una figura novedosa que reúne rasgos marcados de los derechos de libertad y otros, igualmente marcados, de prestación.

En cuanto a su consagración normativa, cabe decir que está ausente de las grandes declaraciones de derechos. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ni el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y

Políticos la mencionan. El Convenio de Oviedo tampoco hace específica referencia al derecho al que nos estamos refiriendo. Como ya dijimos, en el ámbito de las Naciones Unidas, se recoge en los Programas de Acción de las conferencias de El Cairo y Beijing. Pero estos textos no forman parte del Derecho Internacional vinculante, sino que constituyen lo que se ha dado en llamar *soft law*. Esta denominación hace referencia a aquellos textos que recogen valores, directrices, ideas o propuestas que podrían desembocar en normas de derecho internacional, pero no lo han hecho todavía. El problema es, precisamente, que en este caso se ha intentado crear derecho vinculante para los Estados, a través de instrumentos que carecen de carácter de norma jurídica.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Director para los Derechos Humanos, resolvió la consulta sobre si el Convenio Europeo de Derechos Humanos ampara un derecho a procrear en relación con el uso de las técnicas de reproducción asistida. Este Comité resolvió la cuestión negativamente al amparo de los artículos 2, 8 y 12 del Convenio de Roma. Posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el artículo 8. Este artículo tiene un contenido muy amplio y muchos pronunciamientos del Tribunal nada tienen que ver con la cuestión a la que nos estamos refiriendo.

En relación con cuestiones relacionadas con el asunto que nos ocupa, en el caso *Ternovszky v. Hungría*, de 14 de diciembre de 2010 afirmó que vida privada es un término amplio que incorpora, entre otros muchos aspectos, el respeto para la decisión tanto de ser padre como de no serlo. En *Dickson vs Reino Unido* dijo que el artículo 8 del Convenio comprende el derecho a ser padres genéticos. En el caso *Costa y Pavan v. Italia* que todavía está pendiente de revisión ante la Gran Sala la sentencia entendió que el derecho a procrear un niño que no esté afectado por una enfermedad genética constituye una expresión del derecho a la vida privada y familiar.

Sin embargo, tanto en relación con el aborto, en la sentencia A, B, C. como respecto de limitaciones impuestas a la reproducción asistida, en la del caso *S.H. v. Austria*, el Tribunal consideró que los Estados, en estas cuestiones que plantean delicados problemas morales, tienen un margen de apreciación, pues están en mejores condiciones de valorar la situación

y convicciones de sus países, reconociendo el Tribunal expresamente, la legitimidad de los Estados para establecer límites legales amparados en la defensa de derechos e intereses mencionados en el apartado 2 de ese artículo. A la vista de la doctrina expuesta y aunque varios de los razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos parecen claramente discutibles, lo cierto es que el alcance del artículo 8 está muy lejos de amparar todos los aspectos de la libertad reproductiva tal y como aparece entendida en las leyes españolas.

Puede concluirse, por tanto, que no existe ninguna norma internacional que consagre el derecho a la libertad reproductiva en los términos establecidos en la legislación española. No obstante, dado el dinamismo del Derecho Internacional no es descartable que en un instrumento futuro pudieran consagrarse. Es difícil porque existen países muy alejados de esa corriente de pensamiento, como algunos europeos y la mayoría de los iberoamericanos, pero no imposible.

TRIGÉSIMOQUINTA.- Son pocas las constituciones que recogen expresamente el derecho a la reproducción y, las que lo hacen no tienen el contenido que hemos definido. El Tribunal Supremo de Estados Unidos hizo referencia al mismo en una sentencia de 1923, pero dada su fecha, es evidente que no se planteaban cuestiones tales como el aborto, la reproducción asistida o la selección de rasgos de los hijos, definiéndose como el derecho a casarse, fundar un hogar y criar hijos. Nuestra Constitución no es una excepción a la regla y no recoge la libertad reproductiva. Hay que tener en cuenta que en el período constituyente se debatió si debía hacerse una detallada consagración de derechos fundamentales, o si bastaba hacer una remisión a los tratados internacionales sobre la materia de los que España sea parte, optándose claramente por la primera opción. Por tanto, si no está expresamente recogido, es porque no se contempló hacerlo. Aunque la LO 2/2010 no pretende regular con carácter general la libertad reproductiva, señala en su Preámbulo que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar, lo que en parecidos términos, viene a reiterar en el artículo 3.1.

Es preciso, por tanto, analizar los derechos fundamentales mencionados por ver si en ellos se encuentra englobada la libertad reproductiva. Por lo que se refiere a la integridad física y moral, no hay inconveniente en aceptar la afirmación de que las decisiones de la persona sobre si reproducirse o no y el momento de hacerlo están dentro del ámbito de este derecho fundamental. En relación con la reproducción pueden darse atentados contra la integridad física, como puede ser la extracción forzosa de gametos o el aborto forzoso. También cuando el embarazo compromete el derecho a la vida de la madre, cuestión que en contra del discurso abortista, se suele abordar en sede médica. Ahora bien, una cosa es eso y otra entender que todo embarazo no deseado es un atentado contra la integridad física y moral y justifica el aborto. De admitirse tales postulados, el Estado incumpliría con su obligación de proteger la vida prenatal, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 que ampara la despenalización del aborto en la existencia de graves conflictos de características singulares (peligro grave para la vida o salud, violación o riesgo de graves malformaciones en el feto), que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Señala Canosa que “la madre no puede, salvo en los casos permitidos, ejercer su derecho a la integridad, porque si consiente un aborto ilegal, incurre también en la responsabilidad penal y su consentimiento no sirve para eximir de responsabilidad penal a quien lo practica¹²⁰⁸”.

Por lo que se refiere a la libertad, probablemente no exista una palabra que, en nuestra época evoque más connotaciones positivas y contagie su prestigio a cualquier causa que se asocie a ella. Por ello, se ha tratado de incardinar la libertad reproductiva en un derecho general de libertad al amparo del artículo 17 de la Constitución. En nuestra opinión, el artículo 17 no ampara un derecho general de libertad, sino que establece una inmunidad frente a detenciones ilegales. Ello se desprende de una interpretación sistemática del precepto, pues después de afirmar que toda persona tiene derecho a la libertad, el resto de los apartados regulan cuestiones relacionadas con la detención y la prisión provisional. A la misma conclusión se llega analizando el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce también el derecho a la libertad y a la seguridad. El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio en su Sentencia 89/1987, de 3 de junio, donde se

¹²⁰⁸ *Op. cit.* Pág. 224

analizaban las limitaciones impuestas a ciertos presos para acceder a comunicaciones íntimas. Además de resolver sobre la cuestión planteada, en la sentencia se afirma que “para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo (...) el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente una manifestación de la libertad a secas”. A nuestro juicio existe un argumento adicional para negar que la libertad reproductiva sea un derecho fundamental autónomo recogido en el artículo 17 y es que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, es como su propio nombre indica una ley ordinaria y la Sentencia 116/99 del Tribunal Constitucional no apreció que concurriera vicio de inconstitucionalidad por no tener rango de Ley Orgánica al regular el contenido esencial de un derecho fundamental. En conclusión, no cabe entender que exista reconocido un derecho fundamental general de libertad que ampare la libertad reproductiva.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad, tiene tres posibles sentidos: intimidad física, intimidad de la información e intimidad decisoria. Mientras que las dos primeras no plantean problemas conceptuales, la tercera suscita un enorme desacuerdo. Es la propia de la *privacy* norteamericana que significa que el individuo tiene capacidad para tomar sus propias decisiones y actuar de acuerdo con ellas, libre de interferencias gubernamentales o de otro tipo y que ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Supremo de aquel país, precisamente en cuestiones como los anticonceptivos y el aborto, directamente relacionadas con la libertad reproductiva. La intimidad decisoria no debería ser considerada como intimidad propiamente dicha. Al ser un aspecto de la libertad o de la autonomía, se sitúa aparte de las formas más típicas de intimidad, como el aislamiento, la soledad y el anonimato. Lo que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena.

El Tribunal Constitucional español parece que también se inclina por el criterio de separar libertad e intimidad. Su doctrina respecto del contenido de esta última, difiere bastante del que se pretende en la LO 2/2010. Muchos de sus pronunciamientos tienen relación bien con la intimidad puramente física como los registros a reclusos, con la realización de pruebas biológicas o acceso a información personal. En la citada sentencia 89/1987 dice tajantemente que “tampoco cabe discutir, es obvio que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres”. A la misma conclusión de que intimidad no es sinónimo de autodeterminación, se llega observando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TRIGÉSIMOSEXTA.- Como hemos visto, la LO 2/2012 afirma que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. Incardinar la libertad reproductiva en el libre desarrollo de la personalidad no es más que trasladar a éste, lo ya visto respecto del derecho general a la libertad. Sin embargo, incluso aunque se considerase que se trata de un derecho fundamental, como ocurre en Alemania, el Tribunal Constitucional alemán ha interpretado el precepto de forma que, se reconoce por un lado, como garantía de la libertad general de acción del particular, pero por otro, como un ámbito accesible a toda restricción contenida en el marco de las restantes determinaciones constitucionales. Como las posibilidades de actuación libre del ser humano son innumerables, las decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la materia son casuísticas y no puede extraerse más doctrina general que la apuntada. No obstante, la cuestión se abordó específicamente en relación con el aborto (la principal materia regulada en la LO 2/2010) y señaló en su sentencia BVerfGE 39,I, de 25 de febrero de 1975, que el derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, el cual abarca su responsabilidad personal a decidir en contra de la maternidad y de las responsabilidades que se derivan de ella, puede también demandar reconocimiento y protección. Este derecho, sin embargo, no está garantizado sin límites. El Estado no puede abdicar de su responsabilidad de defender la vida ni siquiera a través del reconocimiento de un área de libre actuación por la cual deba abstenerse de hacer juicios de valor y abandonar al criterio del individuo su actuación. Añade que el ordenamiento

jurídico no puede hacer del derecho de autodeterminación de la mujer la única guía del proceso legislativo.

Si esto es así en un Estado en que el libre desarrollo de la personalidad aparece reconocido expresamente como derecho fundamental, con mayor razón puede decirse respecto de una Constitución como la nuestra que no lo reconoce como tal. Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional español, no es especialmente clarificadora, pero cabe concluir que de la misma no puede entenderse el libre desarrollo de la personalidad como el principio que ampare los derechos reproductivos en los términos a los que nos hemos referido. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/94, relativa a la esterilización de incapacitados psíquicos, señala que “el ejercicio de su libertad de procreación, se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución”, pero de ahí no extrae conclusión alguna.

Todo lo señalado no supone que el reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad sea una mera cláusula de estilo sin eficacia jurídica alguna, sólo impide que su violación sea demandada subjetivamente con la sola apoyatura del artículo 10.1 de la Constitución y necesite la invocación del derecho concreto en el que apoyar la pretensión.

Por lo que se refiere a la dignidad, la lectura de los textos constitucionales y de los tratados internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial revela la especialísima relevancia que otorgan éstos a la misma. Surge como una necesidad de evitar que los excesos del positivismo jurídico puedan llevar a situaciones como las vividas durante el régimen nazi. Ahora bien, desde entonces han surgido doctrinas que regatean validez a bases antropológicas que puedan brindar a la dignidad un fundamento consistente. Por ello, no existe otro concepto más discutido, de forma que la doctrina jurídico-constitucional no ha establecido todavía un concepto satisfactorio de tal expresión. Pese a ello la apelación a la dignidad no ha desaparecido, sino que se ha intensificado. Así aparece en textos más recientes como la Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos del hombre, en el Convenio de Oviedo o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Actualmente podemos distinguir cuatro posiciones doctrinales respecto de la dignidad. Para la primera, dada la imposibilidad de encontrar un concepto satisfactorio, es preferible abandonarlo como fundamento de los derechos fundamentales. Para las otras tres, el concepto de dignidad es básico, pero difieren notablemente en su configuración. Para unos, la dignidad se reserva aquellos seres capaces de actuar autónomamente; para otros, que militan en el utilitarismo, la dignidad debe respetarse en aquellos seres que pueden sentir placer y dolor, o en versiones más modernas, tener intereses, de forma que no todos los seres humanos tienen dignidad y hay seres no humanos que sí merecen respeto. Por último, otro sector considera que la dignidad es el atributo que corresponde a todo ser humano por el hecho de serlo, desde la concepción hasta la muerte. A este respecto es interesante destacar la visión que la doctrina alemana ha expresado sobre esta cuestión, pues precisamente, por las razones que indicamos antes, destaca la constitución alemana por la solemnidad con la que es proclamada la dignidad, estableciendo su artículo primero que la dignidad del hombre es intangible. Después de destacar la influencia que ha tenido el cristianismo en su formulación, se señala que eso no significa que tenga un fundamento religioso. El texto constitucional no sienta un ordenamiento jurídico neutro, sino un sistema valorativo centrado en la personalidad humana. La dignidad cumple la función ético-jurídica y jurídico-constitucional de fijar límites al derecho vigente. Aunque la mayoría de la doctrina alemana se inclina por considerar a la dignidad un derecho fundamental, parte de los autores ha considerado que eso la colocaría dentro del ámbito de la ponderación, por lo que podría ser limitada con base en criterios de proporcionalidad. No obstante, el Tribunal Constitucional lo ha venido considerando como derecho fundamental.

En España, la doctrina jurídico-constitucional no ha llegado todavía a establecer un concepto compartido de dignidad. No obstante, entendemos que, aunque sea muy difícil su determinación, es necesario hacer un esfuerzo en este último sentido, pues lo contrario sería concluir que los Textos Internacionales sobre Derechos Humanos y las Constituciones proclaman algo que carece de todo significado o, en el mejor de los casos se trata de una mera declaración retórica. Coincidimos con aquellos autores que han destacado que el reconocimiento de la dignidad de la persona es la plasmación positiva de un principio rector del ordenamiento jurídico español, una parte sustancial del presupuesto ontológico de nuestro régimen constitucional y representa la naturaleza específicamente humana que hace

de las personas algo distinto de cualquier otra realidad. Sin el reconocimiento y garantía de la dignidad humana los derechos humanos se desnaturalizan y decaen en una visión positivista, incapaz de interpretar correctamente, ese principio básico.

De la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que la dignidad no es un derecho fundamental en nuestra Constitución. En general, define la dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que derivan todos los demás derechos. En la sentencia 53/1985 que analizó la legislación despenalizadora del aborto, curiosamente ni los recurrentes ni el Abogado del Estado hicieron invocación de la dignidad. No obstante, el Tribunal Constitucional afirma que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable y lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. No obstante, después de hacer esta exposición de carácter general que parece va a llevar a algún reconocimiento del derecho de la mujer a abortar, no llega a concretar nada y el resto de la sentencia busca en otros preceptos diferentes el fundamento decisivo del fallo.

De su doctrina cabe extraer dos posibles sentidos del término dignidad. Una es entender dignidad como autodeterminación, de acuerdo con la cita de la sentencia mencionada. Aplicando este sentido al caso que nos ocupa, y pese a que el Tribunal Constitucional no parece decir que dignidad equivalga autodeterminación, sino que la dignidad se hace presente en la autodeterminación, una corriente relativamente minoritaria pero numerosa defiende la equiparación de ambos, para justificar todas las decisiones reproductivas, incluyendo un derecho al aborto, especialmente en una concreción de la dignidad que corresponde en exclusiva a las mujeres. El propio Tribunal parece hacerse eco de esto señalando que “la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”. Precisamente este último inciso nos conecta con el segundo sentido de dignidad. En la misma sentencia se dice que “indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se

encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». (...) dentro del sistema constitucional son considerados (se refiere a dignidad y vida) como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”. En nuestra opinión los dos planteamientos enunciados no son incompatibles si se les considera en sus justos términos. En una interpretación conjunta de los artículos 10 y 15 de la Constitución es precisamente la dignidad de la persona y su proyección en la vida humana, en el libre desarrollo de la personalidad y en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, la que sirve como eje para fundamentar una posición favorable al derecho de todos a la vida, tanto respecto de su comienzo (derecho a la vida del no nacido) como de su finalización. Cabe plantearse que como el Tribunal Constitucional español no reconoció el derecho a la vida del nasciturus, tampoco puede hablarse de dignidad de éste. Dejando de lado que la conclusión del Tribunal es discutible, pues el Tribunal Constitucional alemán llegó a la conclusión contraria, lo cierto es que el propio Tribunal español admite la proyección de la dignidad incluso sobre embriones no viables en la sentencia 212/96.

En conclusión, puede decirse que el artículo 10 no tiene como finalidad consagrar derechos u obligaciones en sentido estricto, sino la de establecer las coordenadas en las que ha de producirse la interpretación y desarrollo de los preceptos del Título I. Los principios que en dicho precepto se recogen no pueden ser interpretados como fuente de derechos distintos a los que se consagran constitucionalmente o se positivizan en el resto del ordenamiento jurídico. No es una regla destinada a incorporar nuevos derechos fundamentales que fueron silenciados por el constituyente.

TRIGÉSIMOSEPTIMA.- Existe un derecho íntimamente relacionado con la libertad reproductiva, el derecho a la salud, pues en los Programas de Acción de las Conferencias de El Cairo y de Pekín, la salud reproductiva, también se define como derecho. Así se acoge en la LO 2/2010, que lleva por rúbrica “de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. Ya hemos hecho referencia a que en los Programas de Acción y en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se define como estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Las constituciones nacionales, entre ellas la nuestra, contienen una

definición mucho más realista. El derecho a la protección de la salud forma parte, por tanto, de los que se han venido derechos prestación. Como tal necesita que la ley concrete su contenido. Además, se trata de un derecho de prestación que necesita aplicar recursos económicos a necesidades ingentes, por lo que se requiere una decisión política sobre cuáles de estas últimas se van a atender.

A la vista de todo ello, la formulación del derecho a la protección de la salud en el ámbito reproductivo sería el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permita evitar los embarazos mediante el uso de medios verdaderamente anticonceptivos y los partos sin riesgos, poniendo los medios posibles para salvaguardar la salud de la mujer durante el embarazo y la del niño que va a nacer. Nada que ver, por tanto, con el estado de pleno bienestar físico y psíquico enunciado en los Programas de Acción tantas veces mencionados.

TRIGÉSIMOCTAVA.- Una vez alcanzada la conclusión de que la libertad reproductiva extensa no está reconocida en ningún texto positivo, cabe plantearse si existen otros mecanismos alternativos. El primero de ellos, sería la interpretación evolutiva de la Constitución. Las Constituciones suelen ser rígidas, se las protege de los vaivenes de las coyunturales mayorías políticas, estableciendo complejos procedimientos de reforma. Con la técnica de la interpretación evolutiva, se trataría de conseguir que las normas constitucionales se interpreten atendiendo a la realidad social del momento en que se aplican, pues las transformaciones de esa realidad pueden traer como consecuencia una nueva interpretación del precepto en cuestión. Parece claro que si no se interpreta la Constitución a la luz de las circunstancias sociales, puede convertirse en letra muerta, pero la interpretación evolutiva también ha de tener límites, pues de lo contrario se estaría cambiando la constitución sin acudir a los procedimientos de reforma. Aunque es difícil determinar en principio cuándo nos encontramos ante una interpretación flexible de un precepto y cuándo ante su modificación encubierta, al menos podemos indicar que no será legítima una interpretación en clara contradicción con el texto de la norma. Precisamente sobre los límites de la interpretación evolutiva se trató en la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, en unos términos, a nuestro juicio, poco satisfactorios, tal como pusieron de relieve sus votos particulares.

Aplicando los límites apuntados a la posibilidad de que vía interpretación evolutiva pudiera reconocerse un derecho a la libertad reproductiva, nuestra opinión es negativa, pues, como hemos visto, no se extrae su contenido de otros derechos fundamentales reconocidos, y vulnera otros como el derecho a la vida y a la integridad física, o principios como el de dignidad o limita las libres decisiones de otras personas.

Puesto que decíamos que no cabe el reconocimiento de la libertad reproductiva vía interpretación evolutiva, cabe plantearse si podría hacerse a través de una reforma constitucional que la incorporase. La expansión de los derechos puede producirse como consecuencia de realidades nuevas creadas por la tecnología, o puede plantearse como consecuencia del cambio de la opinión dominante en la sociedad respecto de una realidad ya existente, como, a nuestro juicio ocurre en el caso que nos ocupa, que es producto de una afirmación cada vez mayor del individualismo. Aquí, la expansión de un derecho se producirá a costa de otro u otros. Entendemos que la creación de derechos que desconocen otros fundamentales o bienes constitucionales básicos no está en manos de mayorías más o menos sólidas. Hay bienes tan importantes que están al margen del regateo político, de forma que normas democráticas que privan de sus derechos humanos a determinados individuos serán ilegítimas. En el caso que nos ocupa no es que hasta ahora la libertad reproductiva de los individuos estuviera limitada, es que ese contenido era el propio de esa libertad y lo que ahora se pretende supone la vulneración de los derechos de otros. No sólo de los embriones y fetos, sino también de personas nacidas, como ocurre con el caso de las mujeres a las que se niega la posibilidad de que se le transfieran embriones, madres de alquiler que han de entregar el hijo que han dado a luz en contra de su voluntad, o hijos a los que se han predeterminado determinadas características genéticas buscadas por los padres. En palabras del que fue Presidente de Alemania del Partido Socialdemócrata, Johannes Rau: “no podemos confundir los deseos y anhelos, por comprensibles que sean, con derechos. No existe un derecho a tener hijos”.

TRIGÉSIMONOVENA.- Queda pendiente determinar qué contenido tiene en realidad la libertad reproductiva en nuestro Derecho y en qué preceptos se fundamenta. Por muchos autores se ha situado en el derecho a fundar una familia del artículo 16 de la Declaración

Universal de Derechos Humanos, específicamente aludida en el artículo 10.2 de la Constitución. Ahora bien, el artículo 10.2, según la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, se limita a recoger un criterio interpretativo, su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en el título I. Es necesario, por tanto, vincularlo con preceptos constitucionales conexos que serían los artículos 32.1 y 39.1. Lógicamente, alguna de las conductas relacionadas con la procreación tiene relación directa con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la intimidad y el derecho a la protección de la salud. Ello, no supone, sin embargo, que cualquier deseo deba respetarse como un ejercicio de un derecho de libertad general, ni que un embarazo indeseado suponga una lesión de la integridad física.

Por lo que se refiere a su contenido, el problema es fundamentalmente, como hemos venido indicando a lo largo de este trabajo, un problema de medios. Es pacífico que la libertad reproductiva incluye la opción de procrear y con quién, la decisión de cuándo procrear, la decisión de cuántos hijos tener... La discusión es por qué medios pueden tenerse, si existe o no un derecho al aborto, quién puede acudir a las técnicas de reproducción asistida y si pueden seleccionarse rasgos de los hijos, etcétera. En nuestro criterio se trata de un derecho de ejercicio mancomunado y heterosexual. Puede definirse como el derecho a tomar decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre ambos miembros de la pareja, sin injerencias externas y contando con la información y con los medios adecuados para su realización. A lo que habría que añadir lo dicho por el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa en el sentido de que sólo hace referencia a la prohibición de obstaculizar la posibilidad de procrear, pero no alcanza a crear una obligación al Estado para proporcionar los medios de curar la infertilidad o de suplir sus consecuencias mediante métodos de asistencia a la procreación.

Entendemos que la perspectiva que adopta la legislación española respecto de la libertad reproductiva en sentido positivo pone su acento en la autodeterminación del individuo, olvidándose del principio del interés del hijo que es el bien superior consagrado en tratados internacionales de los que es parte España. Coincidimos plenamente con los autores que demandan regular un nuevo estatuto de la vida humana, en relación con el derecho a la

reproducción humana, y otros derechos que tienen que ver con el tema que abordamos como la clonación o el derecho a la libertad de investigación y aplicación técnica y científica biomédica. Las acciones respecto de la vida dependiente o en formación debe tender a completar el proceso que permita alcanzar el pleno desarrollo del ser que, a su vez, permitirá la libre disposición del yo y de la misma manera que cabe hablar de un derecho a la reproducción humana puede defenderse que existe un derecho a nacer puesto que sin este reconocimiento previo la teoría de los derechos subjetivos, como tesis tuteladora de la persona, vería muy mermado su contenido. La protección de la vida prenatal, aunque no las excluye, no determina el establecimiento de condenas penales. Pero el Estado debe claramente manifestar su deber de protección a través de acciones claras. En primer lugar, en el establecimiento de un asesoramiento a la mujer embarazada dirigido, como señaló el Tribunal Constitucional alemán, a animarla a continuar su gestación. En segundo lugar, estableciendo ayudas para evitar que la decisión por la maternidad no se vea obstaculizada por razones económicas. En tercer lugar, realizar campañas de concienciación general. Es claro que en temas medioambientales o de salud, iniciativas de este tipo han conseguido resultados tangibles en relativamente pocos años, haciendo a la población más sensible a estos problemas y llevar a cambios de comportamientos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, F. *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*. Editorial Comares. Albolote, Granada (2006).
- Alarcos Martínez, F. J. *Bioética global, justicia y teología moral*. Universidad de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao (2005).
- Alcorn, R. *Pro life answers to pro choice arguments*. Mulnomah Books. Colorado Springs (2000).
- Alegre Martínez, M. Á. El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance. En *Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*. Tirant lo Blanch. Valencia (2005).
- Alexy, R. *A theory of constitutional Rights*. Oxford University Press (2010).
- Alkorta Idiákez, I. *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*. Ed. Aranzadi (2003).
- Nuevos límites al derecho a procrear. *Derecho privado y Constitución, nº 20*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. (2006).
- Allegue Agüete, P. Consideraciones sobre derechos humanos, mujeres y biotecnología. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).
- Alonso Bedate, C. El estatuto ético del embrión humano: una reflexión ante propuestas alternativas en *Gen-ética*. Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.). Ed. Ariel. Barcelona. (2003).
- Alvarez, I.J, *A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases*, 41 B.C.L. Rev.585 (2000), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol41/iss3/3>
- Álvarez Conde, E. *Curso de Derecho Constitucional. Volumen I*. Editorial Tecnos. Madrid. (2005). Págs. 379 y 380.
- Amor Pan, J.R. Las Conferencias Internacionales de Población. *Acontecimiento (otoño 1995)*.
- Andorno, R. El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho? *Cuadernos de Bioética* nº 15.

Angoitia Gorostiaga, V. Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de trasplante y prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*. Romeo Casabona, C.M. (Ed.) Cátedra de Derecho y Genoma Humano- Editorial Comares. Albolote, Granada. (2002).

- Angulo Sánchez, N. El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, contenido, objetivos y sujetos. IEPALA Editorial. Madrid (2005).

- Annas, G.J. The Shadowlands — Secrets, Lies, and Assisted Reproduction. *The New England Journal of Medicine*. Nº 339. (1998)

- Aparisi Miralles, Á. En torno al principio de dignidad humana. (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias). *Cuadernos de bioética*. Nº 54

- Arcidiacono, P., Khwaja, A. y Ouyang, L. Habit persistence and teen sex: could increased access to contraception have unintended consequences for teen pregnancies? Working paper. Department of Economics, Duke University (2011). Consultado en <http://public.econ.duke.edu/~psarcidi/teensex.pdf>

- Arkes, H. First Things: an inquiry into the first principles of morals and justice. Princetown University Press, New Jersey (1986).

- Asís Roig, R. La apertura constitucional: la "dignidad de la persona" y "el libre desarrollo de la personalidad" como fundamentos del orden político y de la paz social, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Editorial Comares. Granada (2002)

- Aulestiarte Jiménez, S. El estatuto jurídico del embrión clónico. *Cuadernos de bioética* (2004).

- Ayllón J. Biotecnología y dignidad humana en el ámbito de la jurisprudencia. *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. N. Martínez Morán (Coord). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2003).

- Ayllón, J.R. Bioética, pluralismo y relativismo. *Cuadernos de bioética nº 51-52*. (2003).

- Ayuso, M. El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española. Criterio Libros, Madrid (2000).

- Aznar Lucea, J. Contracepción de emergencia, en *Cuadernos de Bioética nº 61*.

- Ballesteros, A., Hidrovo, J., Landeras, J., Cano, F., Sagastegui, C., Pellicer A. y Remohí, J. Estudio de la pareja estéril en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).

- Ballesteros, J. El estatuto ontológico del embrión. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).

- Barcellona, P. Biopolítica y derechos en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).

- Barri, P., Coroleu, B., Tur, R. Edad de la mujer y fertilidad en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).

- Bautista Parejo, E. Hans Jonas y la responsabilidad constitutiva: dignidad de la naturaleza y dignidad del ser humano. *Bioética: la cuestión de la dignidad*. Universidad de Comillas. Madrid. (2004).

Bayón, J. C. Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del Constitucionalismo en *Constitución y Derechos Fundamentales* Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- Beauvoir, S. *El segundo sexo*. Editorial Cátedra (2005).

- Beckwith, FJ. *Defending life*. Cambridge University Press (2008).

- Bellver Capella, V. *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana*. Editorial Comares. Albolote, Granada. (2000).

- Bellver Capella, V. El estatuto del embrión humano: cuestiones filosóficas y jurídicas. *Bioética personalista: ciencia y controversias*. Gloria María Tomás y Garrido y Elena Postigo Solana (Editoras) Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid (2007).

El estatuto jurídico del embrión. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).

- Beltrán Aguirre, J.L. El ejercicio de la objeción de conciencia por los farmacéuticos, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 5. (Agosto-septiembre 2009)

Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad. *Revista Aranzadi Doctrinal* 11/2009. Editorial Aranzadi. Pamplona (2010) Consultado en www.westlaw.es

- Beltrán de Felipe, M. y González García, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. (2006).

- Beltrán Predreira, E. La construcción de la igualdad constitucional en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- Benítez Ortúzar, I.F. Delitos relativos a la reproducción asistida. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Jaime Vidal Martínez (coord). Comares. Albolote, Granada. (1998).

Investigación con células madre. Legislación y problemas éticos en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).

- Bergson, H. *La evolución creadora*, Espasa Calpe, Madrid (1973). Pág. 26

- Bolúmar, F. y Rebagliato, M. Epidemiología de la reproducción en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).

- Bonilla-Musoles, F., Dolz, M., Casañ, E.M., Moreno, J., Bonilla, F., Raga F. y Abad de Velasco, L. Procedimientos de reproducción asistida. *Reproducción asistida, abordaje en la práctica clínica*, AA.VV. Editorial Panamericana. Madrid (2009).

- Boonin, D. *A defense of abortion*. Cambridge University Press. New York, USA. (2003).

- Bopp, J.J., Bostrom, B. A., McKinney, D. A. The Rights and Wrongs of Wrongful Birth and Wrongful Life: A Jurisprudential Analysis of Birth Related Torts. *Duquesne Law Review* 461 (1989). Consultado en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/duqu27&div=27&id=&page=>

- Bosch Barrera, J. la mutilación genital femenina y el aborto: dos dilemas éticos con dos enfoques resolutivos diferentes. *Cuadernos de bioética n° 60*.

- Bosch, E., Bellver, J., Escudero, E., Pellicer, A., Rodríguez, M., Vidal, C., Gaytán, J. y Remohí, J. Donación de ovocitos en Reproducción Humana. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill Interamericana. Madrid (2002).

-Botkin, J.R. Prenatal diagnosis and the selection of children. *Florida State University Law Review*. 2003 Winter; 30(2). Págs. 265-93. Consultado en <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/302/BOTKIN.pdf>

- Buchanan A., Brock, D., Daniels, N. y Wikler, D. *Genética y Justicia*. Cambridge University Press (2002).

- Bueno Arús, F. Prólogo a *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*. Molina Blázquez, M.C. y Sieira Mucientes, S. Ed. Bosch. (2000).

- Bustos Pueche, J.E. *El Derecho Civil Ante el Reto de la Nueva Genética*. Editorial Dykinson. Madrid (1996).

Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Editorial Dykinson. Madrid (1997).

- Cámara Águila, M^o P. Sobre la Constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Derecho Privado y Constitución nº 13. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. (1999).
- Cambrón Infante, A. Fecundación in Vitro y agresiones al cuerpo de la mujer, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Edición de Ascensión Cambrón Infante. Editorial Trota (2001). Madrid.
- Campoy Cervera, I. Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de derechos en *Anuario de filosofía del Derecho*. Ministerio de Justicia. Madrid (2005).
- Camps, V. *Historia de la ética. La ética moderna*. Vol. 2. Ed. Crítica. Barcelona (2006).
- Canosa Usera, R. *El derecho a integridad personal*. Editorial Lex Nova. Valladolid (2006).
- Casado, M. A propósito de la clonación de seres humanos. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. Cambrón Infante, A. ed. Editorial Trota (2001).

Las leyes de la bioética. Editorial Gedisa. Barcelona (2004).

- Casado, M. y Corcoy, M. Principios de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología en Bioética y Nanotecnología, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010).
- Casas Martínez, M^a de la L: La objeción de conciencia en México en Navarro Floria, J. G. y Lo Prete, O. Libertad de conciencia y derecho sanitario en la República Argentina, en *Libertad de conciencia y derecho sanitario en España y Latinoamérica*. Isidoro Martín Sánchez (Coord.). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2010).
- Castilla del Pino, C. *Arquitectura de la vida humana*. Espasa Calpe (2006).
- Chen, Y. et al. Embryonic stem cells generated by nuclear transfer of human somatic nuclei into rabbit oocytes. *Cell Res.* 13, 251–263 2003
- Chervenak, F.A. y Asim Kurjak, Z. *The fetus as a patient: the evolving Challenge*. Papp Parthenon Pub. Group, (2002).
- Churchill, D. y cols., Consultation patterns and provision of contraception in general practice before teenage pregnancy: case-control study. *British Medical Journal* 321; 486, (2000).
- Cierco Siera, C. El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance. *Revista de Administración Pública*, nº 163. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- Clowes, B. *Cosas de la vida: Manual sobre temas a favor de la vida y la familia*. Human Life International (2001).
 - Coale, D.S. Norplant Bonuses and the unconstitutional conditions doctrine. *Texas Law Review* 71 (1992-1993).
 - Cobo del Rosal, M. Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).
 - Collins, F. S. *¿Cómo habla Dios?* Editorial Temas de Hoy. Madrid (2007).
 - Comino Delgado, R. y López García, G. (coord.) *Obstetricia y ginecología*. Ed. Ariel. Barcelona. (2004).
 - Confucio. *Los Cuatro Libros*. Traducción, Joaquín Pérez Arroyo. Editorial RBA. Barcelona (2006)
 - Copleston, F. *Historia de la Filosofía, 8: de Bentham a Russel*. Editorial Ariel, Barcelona (2000) Págs. 19 a 61.
 - Corrêa, S. Population and reproductive Rights. Feminist perspectives from the South. Zed Books, Ltd. (1994).
 - Cortina, A. Ética y globalización, en *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Carlos Romeo Casabona (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2008).
 - Cruz Blanca, M.J. Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).
 - D'Agostino, F. *Bioética, estudios de filosofía del Derecho*. Eunsa. Madrid. (2003).
- La Dignidad Humana, tema bioético, en *Vivir y Morir con dignidad*. EUNSA. Pamplona. (2002)
- Dannreuther, R. *International Security. The contemporary agenda*. Policy Press. Cambridge (2007).
 - Darío Bergel, S- El principio de precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad, en *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Carlos Romeo Casabona (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2008).

- Davenport, C. B. y Steggerda, M. *Race Crossing in Jamaica*. Carnegie Institution. Washington (1929)

- Davies, M.J. et al. Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects. *N Engl J Med* 2012; 366:1803-1813 (2012)

- Dawkins, R. *El Gen Egoísta*. Salvat Editores, S.A. (2002).

- De Estaban, J. y González-Trevijano, P.J. *Curso de Derecho Constitucional Español*. Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. (1992).

Tratado de Derecho Constitucional II. Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid (2009).

- De Irala, J. *Los silencios en la prevención del sida*. (2005). Consultado en <http://www.aceprensa.com/articulos/los-silencios-en-la-prevenci-n-del-sida/>

- De Lama Aymá, A. La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad. *Indret*. Barcelona (2006). Consultado en www.indret.com

- De Lora, P. El derecho a la protección de la salud en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- De Miguel Beriain, I. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético jurídico*. Editorial Comares. Granada. (2004).

La dignidad humana, fundamento del derecho en *Boletín de la Facultad del Derecho UNED n° 27* (2005).

- De Santiago, M. Prólogo a Socci, A. *El genocidio censurado*. Ediciones Cristiandad (Madrid) 2007.

- De Vega Gutiérrez, A. M. Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida? En *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Vidal Martínez (Coord.) Editorial Comares. Albolote (Granada) (1998).

- Del Moral García, A. Derecho, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica. *Cuadernos de bioética n° 57* (2005).

- Díaz-Ambrona Bardají, M^a. D. Las técnicas de reproducción asistida, en *Introducción a la medicina legal*. Ediciones Díaz de Santos (2007).

- Díaz de Terán, M.C. *Derecho y nueva eugenesia. Un estudio de la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida*. Eunsa, Pamplona. (2005).

El embrión in vitro como fuente de células troncales: análisis jurídico-crítico. *Cuadernos de bioética*. nº 54.

- Díaz Pintos, G. El derecho fundamental a la vida en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- Dick, P.K. *The eye of sibyl and other classic stories*. Carol Publishing Group, New York (2000).

- Díez Fernández, J.A. La presencia de la bioética en el proyecto de Constitución europea. *Cuadernos de Bioética nº 58*.

- Díez-Picazo, L.A. y Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Editorial Tecnos. Madrid (1983).

- Díez Picazo, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2005)

- Díez Soto, C. M. La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006).

- Dolgin, J.L. y Shepherd, D. *Bioethics and the law*. Aspen Publishers. Nueva York. (2005).

- Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2ª Ed. Lex Nova. Valladolid (2007).

- Dueñas, J.L et al. Trends in the use of contraceptive methods and voluntary interruption of pregnancy in the Spanish population during 1997–2007. *Contraception* Volume 83, Issue 1, Pages 82-87, (enero 2011). Consultado en <http://www.contraceptionjournal.org/article/S0010-7824%2810%2900327-6/fulltext>

- Dupré, C. La dignidad de la persona en la Ley Fundamental de Hungría de 2012. En *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho nº 27*.

- Eco, U y Martini, C. M. *¿en qué creen los que no creen?* Ediciones Temas de Hoy Madrid (2000).

- Edgardh, K. Adolescent sexual health in Sweden. *British Medical Journal*. Volume 78. Issue 5 (2002). Consultado en <http://sti.bmj.com/content/78/5/352.full>

- Ehrlich, P.R. *The population bomb*. Sierra Club-Valentine. New York (1968).
- Elliot, C. American bioscience meets the american dream.. *The american prospect*. (2003). Consultado en <http://prospect.org/article/american-bioscience-meets-american-dream>
- Emaldi Cirión, A. *El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas*. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Editorial Comares, S.L. Albolote (Granada) (2001).
- Espinar Vicente, J.M. Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social en *El libre desarrollo de la personalidad*. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995).
- Esteve Pardo, J. En el ocaso del paradigma Galileo. El nuevo y desatendido entorno de la libertad de investigación científica, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).
- Eusebi L. Problemas jurídicos de la fecundación extracorpórea. La normativa italiana. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006).
- Evans, M.I. y Wapner R.J. Selective reduction, en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. The Parthenon Publishing Group, Inc. Nueva York. (2002).
- Fábrega Ruiz, C. F. *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Ministerio de Sanidad y Consumo y Editorial Comares. Granada (1999).
- Farnós Amorós, E. y Garriga Gorina, M. ¿Madres? Pueden ser más de una. *Indret* 306. Barcelona, octubre de 2005. Consultado en http://www.indret.com/pdf/306_es.pdf
- Farnós Amorós, E. Evans v. The U.K. (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. *Indret*. Barcelona, abril de 2007. Consultado en http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf
- Fastenrath, U. Relative Normativity in International Law . *Eur J Int Law* (1993) 4(1): 305-340.
- Fernández, E. Los derechos humanos y la historia en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).
- Fernández Beites, P. Embriones y muerte cerebral. Desde una fenomenología de la persona. Ediciones Cristiandad. Madrid (2007). Pág. 185.

- Fernández Campos, J.A. en Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2007).
- Fernández García, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Editorial Dykinson (2001).
- Fernández Ruiz-Gálvez, E. Mujeres y técnicas de reproducción asistida ¿autonomía o sujeción? *La humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord.) Editorial Comares, Granada. (2002).
- Ferrer, J.J. y Álvarez, J. C. *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Universidad de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao (2003).
- Ferrer, M. y Pastor, L.M. Génesis y uso del término preembrión en la literatura científica actual. *Persona y bioética*, 2. Universidad de la Sabana. (1998). Págs. 1 a 27.b
- Feuillet-le Mintier, B. Células troncales embrionarias y derecho francés. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer.
- Feyto, L. La imposible posibilidad de los acuerdos en bioética. Bioética: la cuestión de la dignidad. L. Feyto (ed.). Universidad Pontificia de Comillas. Madrid (2004). Pág. 54
- Ford, M y Morgan, D. Misconceived conceptions. *Journal of Medical Ethics*. Consultado en <http://jme.bmj.com/content/30/5/478.full#aff-1>
- Ford, N. *When I did begin?*. Cambridge University Press. (1988)
- Forrester, K. y Griffiths, D. *Essentials of law for medical practitioners*. Ed. Elsevier, Australia. (2011).
- Francome, C. *Abortion in the USA and the UK*. Ashgate Publishing Limited, Aldershot England (2004).
- Franks, A. *Margaret Sanger's Eugenic Legacy*. Mcfarland & Company, Inc. Jefferson North Carolina (2005).
- Gabaldón López, J. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida, en *Persona y derecho : revista de fundamentación de las instituciones jurídicas n° 44* (2001).
- Gal Iglesias, B., López Gallardo, M., Martín Velasco, A.I. y Prieto Montalvo, J. *Bases de la Fisiología 2ª Ed.* Editorial Tébar (2007)

- Galán, A., Simón, C., Valbuena, D., Troncoso, C., Meseguer, M., Crespo, J., Pellicer, A. y Remohí, J. Factores de supervivencia y apoptosis en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).
- Galton, F. *Hereditary Genius. An inquiry into its laws and consequences*. McMillan &co London (1892). Consultado en <http://www.mugu.com/galton/books/hereditary-genius/text/pdf/galton-1869-genius-v3.pdf>
- García Cuadrado, A. M^a. *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*. Editorial Club Universitario. Alicante (2002).
- García Manrique ¿necesitamos una nanoética? (La nanoética como disciplina específica) en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.) . Ed. Civitas (2010).
- García Pérez, C. I. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007).
- García Ruiz, Y. *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Ed. Comares. Albolote, Granada) (2004).
- Gafo, Javier. *10 Palabras Claves en Bioética*. Editorial Verbo Divino. Estella, Navarra. (2001).
- García Añón, J. El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2. (1999). Consultado en <http://www.uv.es/cefd/2/garcia.html>
- García San José, D. I. El condicionante ético en la investigación y experimentación con células madre: motor y freno de una regulación internacional sobre la clonación humana. *Bioética y derechos humanos*. Universidad de Sevilla (2005).
- Garrote Fernández-Díez, I. El resurgir del Golem: la clonación de preembriones con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados. *Derecho Privado y Constitución* nº 15. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. (2001).
- Gerber Fried, M. *From abortion to reproductive freedom: transforming a movement*. South End Press, Boston (USA) (1990).
- Gilbert, S.F. *Biología del desarrollo*. 7^a edición. Editorial Panamericana. Madrid. (2005).
- Giner, S. *Historia del pensamiento social*. Ed. Ariel 12^a Edición. Barcelona (2008).

- Gissler, M., Berg, C, Bouvier-Colle, M-H y Buekens, P. *Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Finland 1987–2000* (consultado en <http://eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459.full>)

- Giubilini A, Minerva F. *J Med Ethics* (2012). doi:10.1136/medethics-2011-100411.

- Godwin Phelps, T. *The Sound of silence breaking: catholic women, abortion and the law.* *Tennessee Law Review* 547 (1992)

- Gómez de Ferraris, M^a. E. y Campos Muñoz, A. *Histología, Embriología e Ingeniería Tisular bucodental.* Editorial Panamericana. Madrid. 2009.

- Gómez Montoro, A. *Titularidad de derechos fundamentales en M. Aragón Reyes (coord.) en Temas básicos de Derecho Constitucional.* Págs. 116-128. Editorial Civitas. Madrid (2001).

- Gómez Sánchez, Y. *El derecho a la reproducción humana.* Editorial Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid (1994).

Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética en *Mujer y Constitución en España.* Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid (2000).

Derechos y libertades. Editorial Sanz y Torres, S.L. Madrid (2003).

La dignidad como fundamento de los derechos. Especial referencia al derecho a la vida. *Bioética: la cuestión de la dignidad.* Lydia Feito Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid (2004).

- González Morán, L. *Problemas jurídicos de las pruebas genéticas. Pruebas genéticas. Genética, Derecho y ética.* Juan Masiá Clavel (Ed.) Universidad Pontificia de Comillas, Desclée De Brouwer. Bilbao (2004).

De la bioética al bioderecho. Universidad Pontificia de Comillas-Editorial Dykinson, S.L. Madrid (2006).

- González Merlo, J., González Bosquet, J y González Bosquet, E. *Ginecología.* Editorial Masson. Barcelona. (2004).

- González Pérez, J. *La dignidad de la persona.* Editorial Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2011).

- Gracia Guillén, D. *Problemas filosóficos en genética y embriología. La mediación de la Filosofía en la construcción de la Bioética.* Francesc y Camino Cañón Eds. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid (1993).

- Gracia, D. *Fundamentos de bioética.* 2^a Ed. Editorial Triacastela. Madrid (2007).

- Gracia Martín, L. y Escuchuri Aisa, E. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudio de los Títulos IV y V del Libro II del Código Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, (2005).
- Graña Barcia, M. Funcionamiento de un centro de reproducción humana asistida, en en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006).
- Graw, A., Cowan, R.A., O'Reilly, D. St. J., Stewart, M.J. y Shepherd, J. *Bioquímica clínica*. Elsevier. 2001.
- Gros Espiell, H. Las Declaraciones de la UNESCO en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del Derecho Internacional en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L y Peris Riera J.M. Coords. Editorial Dykinson. Madrid. (2005).
- Guerra López, R. La persona es fin y no medio. El fundamento normativo de la bioética personalista en *Bioética personalista: ciencia y controversias*. Gloria María Tomás y Garrido y Elena Postigo Solana (Editoras) Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid (2007).
- Gutiérrez Gutiérrez, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid (2005).
- Häberle, P. La dignidad como fundamento de la comunidad estatal en *Dignidad de la persona derechos fundamentales, justicia constitucional*. Fernández Segado, F. (coord.) Ed. Dykinson. Madrid (2008).
- Hansen, M. et al. The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization, 346 New England. Journal of Medicine. 725 (2002)
- Henriques Gil, N. *Más allá del espejo. Una apreciación sobre la diversidad humana*. Universidad San Pablo-CEU. Madrid (1999).
- Hernández Ibáñez, C. Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida, en *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992).
- Hernández Yago, J. *El proyecto del genoma humano*. Consultado en <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/181/Default.aspx>.
- Hidalgo Ordás, M^a.C. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*. Ed bosch. Barcelona (2002).
- Higuera Guimerá, J. F. Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (II). *Revista de Derecho y Genoma Humano, 1* (1994).

- Hoester, N. *En defensa del positivismo jurídico*. Editorial Gedisa. Barcelona (2000).
- Hoff Sommers, C, *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women*. Editorial Touchstone/Simon & Schuster, Nueva York (1995).
- Hongladaron, S. East and Southeast asian perspective on life science and biotechnology, en *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Carlos Romeo Casabona (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2008).
- Hoyos Castañeda. I. M. De la dignidad humana como excelencia del ser personal: el aporte de Javier Hervada, en *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas* n° 52.
- Huxley, A. *Un mundo Feliz*. Editorial Plaza y Janés. Barcelona (1976).
- Iglesias Pais, M. Fundamentos jurídico-constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. Ed. Ascensión Cambrón Infante. Ed. Trotta. (2001).
- Iniesta Delgado, J.J. en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007).
- Jasanoff, S. (ed) *Reframing rights: Bioconstitutionalism in the genetic age*. Massachusetts Institute of Technology (2011).
- Jausoro Subyaga, A. Descripción de las opciones terapéuticas disponibles. *Reproducción Humana Asistida*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. Madrid. (2002).
- Jiménez-Castellanos Ballesteros, J., Catalina Herrera, C.J., Carmona Bono, A. *Anatomía Humana General*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones (2002).
- Jiménez de Parga. *Reforma y mutación constitucional*. Otrosí.net (2011)
- Jiménez Vargas, J. y López García, G. *¿A qué se llama aborto?* Editorial Magisterio Español y Prensa Española. Madrid (1975)
- Juvé, N. *Explorando los genes. Del big-bang a la nueva biología*. Editorial Encuentro. Madrid (2008).
- Junquera de Estéfani, R. Las técnicas de reproducción asistida y la dignidad en el inicio de la vida. *Biotecnología, derecho y dignidad humana*. Editorial Comares. Albolote, Granada. (2003).

- Junquera de Estéfani, R. y de la Torre Díaz, F.J. la reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. (2013).
 - Jürgen, S. La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética en *Revista de Derecho y Genoma Humano n° 13*. (2000).
 - Kalbian, A.H. narrative ARTifice and women´s agency. *Bioethics*, Vol. 19, No. 2. (April 2005).
 - Kant, I. Metafísica de las costumbres. Consultado en <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>
 - Kass, L. R. The Wisdom of Repugnance. *The New Republic*. 2 Junio de 1997
 - Katz, G.A. Parpalaix c. CECOs: Protecting intent in reproductivev technology en *Harvard Journal of Law & Technology. Volume 11. Number 3*. (Summer 1998). Consultado en jolt.law.harvard.edu/articles/.../11HarvardJLTech683.pdf
 - Kevles, Daniel J. *In the name of eugenics; genetics and the uses of human heredity*. University of California Press. (1986).
 - Kligman, I. y Rosenwaks, Z. Protocolos para estimulación ovárica contralada en reproducción asistida. *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).
 - Klotzko, A.J. *A clone of your own?: the science and ethics of cloning*. Cambridge University Press. Nueva York (2006).
 - Lacadena, J.R. *Genética y Bioética*. Universidad Pontificia de Comillas, Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao, (2002).
- Un comentario sobre el proyecto de ley del gobierno español por el que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer.
- Landeras, J., Cano, F., Ballesteros, A., Hidrovo, J., Nicolás, M., Sagastegui, C., Gaytán, J., Pellicer, A., Remohí, J. Transferencia embrionaria en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).
 - Langman, S. *Embriología médica*. Editorial Médica Panamericana. 10ª Edición (2007).
 - Lantos J. D. y Meadow W.L. *Neonatal bioethics: The moral challenges of medical innovation*. Johns Hopkins University Press. Maryland (2006).

- Lanzarote Martínez, P. La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos, en *Cuadernos de Bioética* n° 60.
 - Laporta, f. J. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema en Constitución y Derechos Fundamentales. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).
 - Lorenzo Copello, P. Aborto y derecho a la sexualidad: Un nuevo marco para un viejo debate. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 7.
 - Lee, P. *Abortion & Unborn Human Life*. The Catholic University of America Press. 2º Edición (2010)
 - Lejeune, J. Variaciones procreativas, en *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992).
 - Lema Añón, C. *Antes de Beatriz. Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*. Editorial Comares. Albolote (Granada). (2003).
- Bionomía, bioética y derechos fundamentales en *Bioética y religión*. Juan J. Tamayo (ed.). Editorial Dykinson, Madrid (2007).
- León Bastos, C. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales*. Editorial Reus. Madrid (2010). Pág. 33
- Leret, M.G. *Derecho, Biotecnología y Bioética*. Editorial CEC, S.A. Caracas (Venezuela). (2005)
 - Lesmes Serrano, C. Control administrativo de la actividad científica y protección de datos en la reproducción humana asistida. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades. Cuadernos de Derecho Judicial XI-2006*. Consejo General del Poder Judicial.
 - Levine, A.D. *Cloning*. The Rosen Publishing Group, Inc. Nueva York (2009).
 - Levitt, S.D. y Dubner, S.J. *Freakonomics*. Ediciones B. Barcelona (2006).
 - Lewis, R. *Discovery: windows on the life sciences*. Blackwell Science, Inc. Malden (Massachusetts) (2001)
 - Leyton, F. Animales y biotecnología: algunas implicaciones éticas en en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010). Pág
 - Lledó Yagüe, F. Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006). Pág. 155

- Lomborg, B. *The Skeptical Environmentalist*. Press Syndicate of the University of Cambridge. 2001.
- López Azpitarte, E. La clonación humana. Problemas éticos. *Bioética y derechos humanos* Universidad de Sevilla (2005).
- López de Lera, D. Estudio de la información estadística sobre reproducción humana asistida, en *Reproducción Asistida. Promesas, normas y realidad. Edición de Ascensión Cambrón Infante*. Ed. Trotta. Madrid. (2001).
- López del Burgo, C. Prevención equitativa del SIDA. En *Cuadernos de Bioética nº 67*. Murcia. (2008).
- López Guzmán, J. El estatuto biológico del embrión. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).
- López Moratalla, N. La discusión bioética en la reproducción asistida. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006).

La discusión bioética sobre la reproducción humana asistida, aspectos biológicos. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006).

FIV y deficiencias en la relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).

El problema de la investigación con embriones y células madre. *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Martínez Morán, N. (coord.) Comares, Granada, (2003).

¿Clonar humanos? En *Cuadernos de Bioética nº 55*

El lobby de las células embrionarias, telón de fondo del fraude de la clonación. *Cuadernos de bioética nº 58*.

Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias. *Cuadernos de Bioética nº 61*.

- Lorente, J.A. *Un detective llamado ADN*. Editorial Temas de hoy. Madrid. (2004).
- Lucas Lucas, R. *La naturaleza humana del embrión. Antropología y problemas bioéticos*. BAC. Madrid (2001). Pág. 71

- Lucas Verdú, P. Intimidad y dignidad humana, en el prólogo a la obra de Rué Miguel. Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, (1995)
- Luján, J.L. Eugenesia: de la ética a la política en *La eugenesia hoy*. Editorial Comares. Albolote, Granada (1999).
- Maciá Morillo, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales*. Tirant lo Blanch. Valencia. (2005).
- MacIntyre, A. *Tras la virtud*. Crítica. Barcelona. 1981.
- Mackin, R. Dignity is a useless concept en *British Medical Journal*, 327 (2003). Consultado en <http://www.bmj.com/content/327/7429/1419>
- Magide Herrero, M. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Ministerio de Administraciones Públicas (2000).
- Magnus, D. y Cho, M (2006). A Commentary on Oocyte Donation for Stem Cell Research in South Korea. *American Journal of Bioethics* 6 (1):W23-W24.
- Mainhofer, W. Estado de Derecho y dignidad humana. Editorial B de F, Montevideo, Uruguay (2008).
- Malthus, T. R. *An Essay on the Principle of Population* (1798).
- Marcos del Cano, A. M. La investigación clínica: potencialidades y riesgos en *Bioética y Derecho. Reflexiones jurídicas antes los retos bioéticos*. Rafael Junquera de Estéfani (Dir.) Editorial Comares, Albolote, (2008) Granada.
- Marrades Puig, A.I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*. Universidad de Valencia (2002).
- Marston, C. y Cleland, J. Relationships Between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence. *International Family Planning Perspectives Volume 29, Number 1* (marzo 2003). Consultado en <http://www.guttmacher.org/pubs/journals/2900603.html>
- Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*. Working paper nº 217. Consultado en www.indret.com.
- Martín Sanjuán, C. Cribado genético: el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad. *Biología, Derecho y dignidad humana*. Martínez Morán, N. (coord.) Comares, Granada, (2003).
- Martín y Pérez de Nanclares, J. Artículo 9. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Comentario artículo por artículo. Araceli Mangas Marín (Dir.) Fundación BBVA. Bilbao (2008)

- Martínez de Aguirre, C. Diagnóstico sobre el derecho de familia. Editorial RIALP Madrid (1996).

- Martínez de Pisón, J. Las generaciones de derechos humanos en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- Martínez Morán, N. Los derechos humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas, en *Bioética y Derecho. Reflexiones jurídicas antes los retos bioéticos*. Rafael Junquera de Estéfani (Dir.) Editorial Comares, Albolote, Granada. (2008).

- Martínez Sampere, E. El derecho de la mujer a decidir su maternidad. *Bioética y derechos humanos*. Ruiz de la Cuesta, A. (coord.) Universidad de Sevilla (2005).

Bioética y valores constitucionales. *Bioética y derechos humanos*. Ruiz de la Cuesta, A. (coord.) Universidad de Sevilla (2005).

- Masiá, J. S.J. En Japón: vía media en la controversia sobre medicina regenerativa. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer.

- Mateo Prado, R. La dignidad de la persona y su significación en la Constitución española a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en *Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Universidad de Cantabria (1993).

- McCulley Melanie G (1998). "The male abortion: the putative father's right to terminate his interests in and obligations to the unborn child". *The Journal of Law and Policy* VII (1)

- McDonagh, E.L. *My body, my consent: Securing the constitutional right to abortion funding*, *Albany Law Review* 62 (1999): 1059-1060. Consultado en <http://www.albanylawreview.org/archives.php>

Breaking the abortion deadlock: from choice to consent. Oxford University Press, 1996.

- Meadows, D. H., Meadows, D.L., Randers Jorgen Barens, W.W. *The limits to the growth*. Universe Books (1974).

- Melina, L. El embrión humano: estatuto biológico, antropológico y jurídico *Entre el nacer y el morir*, Ascensión Cambrón (Coordinadora). Editorial Comares, Albolote, Granada (1998).

- Mecure, P. F. L'obligation alimentaire des pays en développement. *Canadian Year Book of International Law*, nº 40 (2000).

- Melchor Marcos, J.C., Fabre González, E. y de Miguel Sesmero, J.R. El parto: mecanismos. Concepto de canal, objeto y motor del parto. La contracción uterina normal. Cambios de la pelvis durante el parto. Estudio de la progresión del parto, en *Obstetricia y Medicina materno-fetal*. L. Cabero, D. Saldívar y E. Cabrillo (Dir.) Editorial Médica Panamericana. Madrid. (2007).

- Méndez Baiges, V. Esperanzas fundadas, grandes beneficios y *dumping* bioético, en Esteve Pardo, J. En el ocaso del paradigma Galileo. El nuevo y desatendido entorno de la libertad de investigación científica, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).

- Meseguer, M., Ruiz, A., Garrido, N., Zuzuarregui, J.L., Reis, S., Escudero, E., Pellicer, A. y Remohí J. Congelación y banco de semen: métodos, organización e indicaciones en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).

- Michaud, J. Ciencia, ética y derecho, en *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Editorial Eudema. Madrid (1992).

- Mínguez, J.A. Aspectos médicos de la reproducción asistida.: avances y riesgos. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).

- Molina Blázquez, C y Sieira Mucientes, S. *El delito de aborto, dimensión constitucional y penal*. Ed. Bosch. Barcelona. (2000).

- Moreno, J., Casañ, E.M., Gijón, L. y Moreno, D. Criopreservación embrionaria. Reproducción Asistida. Abordaje en la práctica clínica. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina. (2009).

- Muñoz, E., Muñoz, M., Gaytán, J., Rossal, L.P., Escudero, E., Simón, C., Pellicer, A. y Remohí, J. Síndrome de hiperestimulación ovárica. *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002). Págs. 139-151

- Nanclares Valle, J. Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza (consultado en www.westlaw.es (BIB 2008\578)).

- Navarro Floria, J. G. y Lo Prete, O. Libertad de conciencia y derecho sanitario en la República Argentina, en *Libertad de conciencia y derecho sanitario en España y Latinoamérica*. Isidoro Martín Sánchez (Coord.). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2010).

- Navarro-Valls, R. Inconstitucionalidad y otras cuestiones en torno al proyecto de ley orgánica del aborto, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 9.

- Nicolás Jiménez, P. Objeto y principios del Convenio. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo

Casabona, C.M. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada. (2002).

- Nieto Alonso, A. El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006).

- Nombela, C. *Lo que ha propiciado el fraude de la clonación*. Abc, 3 de enero de 2006.

- Núñez de Castro, I. *De la dignidad del embrión. Reflexiones en torno a la vida naciente*. Universidad de Comillas (2008).

- O'Neil, O. *Autonomy and Trust in bioethics*. Cambridge University Press. Cambridge (2002).

- Oehling de los Reyes, A. El concepto constitucional de dignidad de la persona, en *Revista española de derecho constitucional*, nº 91 (enero-abril 2011).

- Ollero, Tassara, A. *Derecho a la vida y derecho a la muerte*. Editorial Rialp. Madrid (1994)

Derecho a la vida ¿derecho a la muerte? La libre autodeterminación personal y las imprecisas fronteras del derecho en *El libre desarrollo de la personalidad*. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995).

- Osuna Carrillo de Albornoz, E. El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002 en *Cuadernos de Bioética*, 59.

-Osuna Carrillo de Albornoz, E. y Andreu Martínez, M^a B, Diagnóstico preimplantacional. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007).

Investigación con preembriones. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra (2007).

- Palacios Alonso, M. Reflexiones generales desde el punto de vista médico. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo Casabona, C.M.(Ed.) Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada. (2002).

Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof.*

Dr. D. Ferrando Montovani. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88) en *Bioética y religión*. Juan J. Tamayo (ed.). Editorial Dykinson, Madrid (2007).

- Panea, J.M. la imprescindible dignidad en Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas. Antonio Ruiz de la Cuesta (Coord.). Universidad de Sevilla (2005).

- Pantaleón Prieto, F. Procreación artificial y responsabilidad civil. *La filiación a mediados del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, (1988).

Contra la ley de técnicas de reproducción asistida. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones. (1989).

Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. *Centenario del Código Civil, II*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. (1990).

- Pardo Caballos, A. La bioética de los filósofos. *Cuadernos de bioética n° 57*.

- Pardo Sáenz, J.M. Ley 45/2003 sobre técnicas de reproducción asistida. Algunas reflexiones ético-morales a la luz de Evangelium Vitae. *Cuadernos de Bioética, n° 55*.

- Parens, E. y Asch, A. The disability rights critique of prenatal genetic testing: reflections and recommendations. *Prenatal testing and disability rights*. Georgetown University Press (2002).

- Parra Lucán, M. Á. *Dos apuntes en materia de responsabilidad médica*. Consultado en <http://www.ajs.es/RevistaDS/Extra/Vol11-22.pdf>

- Pascual Lagunas, E. *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Bosch. Barcelona (2009).

- Paz, S. *Los derechos humanos en la reproducción asistida*. Editorial Pirámide. Madrid (2003).

- Peces-Barba, G. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho en *Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 26* Editorial Dykinson. Madrid (2002).

- Pemán Gavín, J. M. El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado. *Revista de Administración Pública n° 179*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. (2009).

- Pedreira Cárdenas, M. La dignidad de la persona, en: *Estudios jurídicos*. ISSN 1888-7740 (2007)

- Pérez Adán, J. Socioeconomía y reprogenética: la FIV como manifestación de la primacía de la demanda solvente. *La Humanidad in Vitro*. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).
- Pérez Álvarez, S. *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE*. Editorial Comares. Granada (2009).
- Pérez Luño, A. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid (1995).
- Pérez del Valle, C. Tratamiento jurídico del embrión en la nueva Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación y clonación. *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial (2006).
- Perry, A.C.F. "Progress in Human Somatic-Cell Nuclear Transfer" *N. Engl. J. Med* , 353, (2005)87-88
- Plana Arnaldos, M^a del C. en Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2007)
- Platón. *La República*. Alianza Editorial. (1990).
- Porras del Corral, M. Biotecnología, bioética y derechos humanos, en *Bioética y derechos humanos* Universidad de Sevilla (2005).
- Posner, R. y Posner, E. The Demand for Human Cloning. In *Clones and Clones: Facts and Fantasies About Human Cloning*, Nussbaum, M.C Sunstein, C.R. (Ed.) Editorial W. W. Norton, Nueva York (1998)
- Potts, M., Diggory, P., y Peel, J. *Abortion*. Cambridge University Press (1977).
- President's Council on Bioethics Report of October 2004. *Beyond therapy. Biotechnology and the pursuit of happiness*. Washington D.C. (2003). Consultado en www.bioethics.gov/reports/beyondtherapy/index.html
- Prieto Álvarez, T. *La Dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, (2005).
- Prieto Sanchís, L. Desobediencia civil y objeción de conciencia. *Objeción de conciencia y función pública*. Estudios de Derecho judicial, 89. Consejo General del Poder Judicial, (2006).

La libertad de conciencia en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Betegón, J, Laporta F.J., De Páramo, J.R. y Prieto Sanchís, L. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid (2004).

- Puigpelat Martí, F. Los embriones y la nueva legislación española en ingeniería genética, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).

- Queiroz, C. Eugenesia y racismo, en *Entre el nacer y el morir*, Ascensión Cambrón (Coordinadora). Editorial Comares, Albolote, Granada (1998).

- Quesada González, M^a. C. El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico, en *Anuario de derecho civil. T. 47, fasc. 2* (abril-junio 1994).

- Raga, F, Casañ, E.M., Bonilla-Musoles, F., Dolz, M., Caballero, O., Castillo, J.C., Bonilla Junior, F. Uso de los análogos de la gonadotropina en reproducción asistida. *Reproducción Asistida. Abordaje en la práctica clínica*. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina. (2009).

- Ramírez García, H. S. Notas sobre la perspectiva del sur a propósito de la investigación con células madre y clonación humana. *Cuadernos de bioética n° 54*.

- Rebollo Delgado, L. *El derecho fundamental a la intimidad*. Editorial Dykinson. Madrid (2005).

- Reik, W. Dean, W. y Walter, J. Epigenetic reprogramming in mammalian development. *Science* 293. (2001).

- Requena, A., Martínez-Salazar, J., Párraga, M., Isaza, V., Landazábal, A., villasante, A., García-Velasco, J.A., Simón, C., Pellicer, A., Remohí, J. Inseminación artificial en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill-Interamericana. (2002).

- Riechmann, J. *Un mundo vulnerables. Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*. Editorial La Catarata, Madrid. (2000).

- Robertson, J.A. Procreative Liberty and the Control of Conception. *Pregnancy and Childbirth*. *Virginia Law Review*, 69. (1983)

- Robertson, J.A. Resolving disputes over frozen embryos. *Hasting Center Report* (1998).

Children of choice. Princeton University Press (1994).

- Robles Morchón, G. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E.) en El libre desarrollo de la personalidad. García San Miguel, L. Coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá (1995).

- Roca Trías, E. Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado, en *Derechos de reproducción y eugenesia*. Carlos Romeo Casabona (ed.). Editorial Diputación Foral de Vizcaya/Comares. Albolote, Granada (1998).
- Rocella, E. y Scaraffia, L. *Contra el cristianismo. La ONU y la Unión Europea como nueva ideología*. Ed. Cristiandad. Madrid (2008).
- Rodríguez de la Rivera, J. Valores y derechos fundamentales. Análisis de sus presuposiciones. . *Bioética: la cuestión de la dignidad*. Universidad de Comillas. Madrid. (2004).
- Rodríguez-Drincourt Álvarez, J. *Genoma humano y Constitución*. Editorial Civitas. Madrid. 2002.
- Rodríguez Marín, C. Medicina satisfactiva. *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2006).
- Rodríguez Victoriano, J.M. Tecnologías convergentes y democratización del conocimiento científico, en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010).
- Rolla, G. El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las constituciones iberoamericanas, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* nº 6 (2002),
- Romeo Casabona, C.M. ¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación. *Revista de Derecho y Genoma Humano* (1997).

Los genes y sus leyes. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Bilbao- Granada (2002)

El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos. *El Convenio de Derechos Humanos y biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Romeo Casabona, C.M. (Ed.). Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Albolote, Granada (2002).

Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las biotecnologías en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).

La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro. Universidad de Deusto, Bilbao (2006)

- Ronheimer, M. *Derecho a la vida y Estado moderno*. Editorial Rialp (Madrid) 1998

- Royes, A. Afilando la navaja de Ockham en *Bioética y Nanotecnología*, María Casado (Coord.). Ed. Civitas (2010)
- Ruiz-Canela López, M. Nuevos retos profesionales para el farmacéutico: necesidad de una reflexión ética. *Cuadernos de bioética*, nº 57.
- Ruiz de la Cuesta, A: El valor vida humana digna: su prescriptividad ética y jurídica en *Bioética y derechos humanos*. Universidad de Sevilla (2005).
- Ruiz Miguel, A. El aborto, un problema pendiente, en *Entre el nacer y el morir*, Ascensión Cambrón (Coordinadora). Editorial Comares, Albolote, Granada (1998).
- Salas Carceller, A. El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución en *Revista Aranzadi Doctrinal nº 10*, febrero 2011
- Salàs Darrocha, J.T. *Derecho a la reproducción humana*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 7/2002 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002.
- Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, j. Evolución y fundamentos del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos, en *Gen-ética*, Federico Mayor Zaragoza y Carlos Alonso Bedate (coords.). Editorial Ariel, Barcelona (2003).
- Sandel, M. J. Liberalism, consumerism and citizenship en *Cultivating citizens: soulcraft and citizenship in contemporary America*. Allman D.D. y Beaty, M.D. (Ed.). Lexington Books. Boston, Maryland, USA. (2002).
- Sanger, M. *Woman and the new race*. Truth Publishing Company. New York (1920). Leído en www.forgottenbooks.org
- Santos Morón, M.J. *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos: honor, intimidad e imagen*. Escuela Libre Editorial. Madrid (2000)
- Savater, F. *Diccionario de Filosofía*, Planeta, Barcelona, (1995).
- Scala, J. *El aborto, preguntas y respuestas*. Editorial Sekotia. Madrid
- Scully, J.M.A. Maternal Mortality, Population Control, and the War in Women's Womb: A bioethical Analysis of Quinacrine Sterilizations. *Wisconsin International Law Journal* 19 (2001). Págs 103 a 104. Consultado en <http://www.law-lib.utoronto.ca/diana/fulltext/scul.htm>
- Serna Meroño, E: Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica. *Derecho Privado y Constitución nº 26*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2012).

- Serna, P. La dignidad de la persona como principio de Derecho Público, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas n°4*. (1995). Consultado en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1253/1/DL-1995-II-4-Serna-.pdf>

- Serour, G. I. Family and sex selection, en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. The Parthenon Publishing Group, Inc. Nueva York. (2002).

- Serrano Ruiz-Calderón, J.M. *Familia y tecnología*. Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid (1996).

Sobre la regulación de la investigación con células troncales, clonación de embriones humanos y utilización de embriones congelados sobrantes de la FIVET, en España. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer (2003).

Retos jurídicos de la bioética. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. (2005).

- Seuba Torreblanca, J.C. y Ramos González, S. Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. *Indret 2/2003 n° 138*. Consultado en www.indret.com

- Sevilla Bujalance, J.L. *La Persona*. Edicep, C.B. Valencia. (2005).

- Shalev, C. *Birth power. The Case for surrogacy*. New Haven and London. (1989).

- Shankar Shing, J. *Creating a new consensus on population*. Earthscan Publications Ltd. London (1998).

- Shapiro, E.D., Long, J. y Gideon, R. To clone or not to Clone, *The New York University Journal of Legislation and Public Policy* (2000).

- Shapo, H.S. Frozen Pre-Embryos and the Right To Change One's Mind, *Duke Journal of Comparative & International Law Vol. 12* 75-104 (2002).

- Shelton, D. International law on protection of the fetus en Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective. George F. Cole y Stanislaw Frankowski (Ed.). Brill Academic Publishers, Inc.

- Shelton, J. D. et al. Partner reduction is crucial for balanced ABC aproach HIV. *British Medical Journal* (BMJ 328, -2004-891-893).

- Sherwin, S. *No longer patient*. Temple University Press. Philadelphia (1993).

- Sieira Mucientes, S. La objeción de conciencia sanitaria. Objeción de conciencia y función pública. Estudios de Derecho judicial, 89. Consejo General del Poder Judicial, (2006).
- Silveira Gorski, H.C. La legislación biomédica ante la tecnociencia genética, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).
- Simón, C., Valbuena, D., Martín, J., Mercader, A., Garrido, N., Rossal, L.P., Pellicer, A., Remohí, J. La implantación embrionaria en *Reproducción Humana*. J. Remohí, A. Pellicer, C. Simón y J. Navarro. McGraw-Hill· Interamericana. (2002).
- Simons, J.L. *Population matters. People, resources, environment and immigration*. Transaction Publishers. New Brunswick , New Jersey (1996).
- Simpson, B. The kinship consequences of posthumous reproduction: Diane Blood versus the Human Fertilisation and Embryology Authority, en www.sociology.leeds.ac.uk/.../WP17_Simpson.pdf
- Singer, P., Wells, D. *The Reproduction Revolution. New ways of making babies*. Oxford University Press (1984).
- Singer, P. *Ética práctica*. Cambridge University Press. (2003).
- Socci, A. *El genocidio invisible*. Ediciones Cristiandad. Madrid (2007).
- Solter, D., et al. *Embryo Research in pluralistic Europe*. Ed. Springer (2003)
- Soriano, R. ¿es iusnaturalista la Constitución de 1978? En *Revista de las Cortes Generales* nº 12 (1987).
- Spar, D.L. *Baby Business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*. Tendencias Editores. Barcelona. (2006).
- Starck, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional estatal en Dignidad de la persona derechos fundamentales, justicia constitucional. Fernández Segado, F. (coord.) Ed. Dykinson. Madrid (2008).
- Steinbock, B. *Life before birth: The moral status of embryos and fetuses*. Oxford University Press (1992).
- Steverson, J. W., *Stopping Fetal Abuse With No-Pregnancy and Drug Treatment Probation Conditions*, 34 Santa Clara L. Rev. 295(1994). Consultado en : <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol34/iss2/1>
- Storch de Gracia y Asensio, J. Acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid (1987).

- Sutherland, E.E. Is there a right not to procreate. *First do not harm*, McLean, S.A.M (ed) Ashgate Publishing Limited. Inglaterra (2006).
- Thompson, J.J. A Defense of Abortion, *Journal of Philosophy and Public Affairs*,1 (1971)
- Thomson J. J, A Defense of Abortion. *The Problem of Abortion*, Joel Feinberg ed. Wadsworth Publishing Company. Belmont, California (1984).
- Toledano, A.L. *Hacia el equilibrio de la población mundial. El equilibrio demográfico y la ética cristiana*. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Bilbao (2004).
- Tomás y Valiente, C. Contraponencia a *Abortion jurisprudence in the U.S. del profesor Shapiro*, en el encuentro mantenido en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo el 17 de marzo de 2009.
- Torres Fernández, M.E. La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Montovani*. Benítez Ortúzar, I.F., Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. (2005).
- Torres Morera, L.M. *Tratado Anestesia y Reanimación*, Tomo II. Ed. Arán. Madrid, (2001).
- Toynbee, A. *Compendio de Estudio de la Historia (IX/XII)* Alianza Editorial. Madrid (1970).
- Triseliotis, J.P. *In search of origins: the experiences of adopted people*. Routledge & Kegan Paul Ltd (1973).
- Troeger, M. The legal status of frozen pre-embryos when a dispute arises during divorce. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyer*, Vol. 18 (2003). Págs. 570 y 571. Consultado en <http://www.aaml.org/sites/default/files/legal%20status%20of%20frozen-article.pdf>
- Tur Ausina, R. Cuerpo humano y persona ante las biotecnologías: implicaciones constitucionales, en *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Editorial Icaria. Barcelona (2008).
- Van der Ploeg, I. *Prosthetic Bodies. The Construction of the Fetus and the Couple as Patients in Reproductive Technologies*. Kluwer Academic Publishers. Holanda (2001)
- Van Look, P.F.A. Population growth in the new millennium: implications for patterns and trends in global health en *Reproductive medicine in the twenty-first century*. Healy, Kovacs, McLachlan y Rodríguez-Armas (Ed.) The Partenon Publishing Group. Nueva York (2002).

- Vela Sánchez, A.J. La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley nº 7608*, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.
 - Vega Gutiérrez, A. M. Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida? En *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Vidal Martínez (Coord.) Editorial Comares. Albolote, Granada. (1998).
 - Vera Santos, J. M. *La reforma constitucional en España*. Ed. La Ley, Madrid (2007).
 - Verdera Server, R. En *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. José Antonio Cobacho Gómez (Director) y Juan José Iniesta Delgado (Coordinador) Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra. (2007).
 - Vidal F., Veiga, A. y Parriego, M. Diagnóstico Genético Preimplantacional. *Fundamentos de reproducción*, J.M. Bajo Arenas y B. Coroleu Lletget. Editorial Panamericana. Madrid (2009).
 - Vidal García, M. La clonación humana reproductiva. *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. N. Martínez Morán (Coord). Editorial Comares. Albolote, Granada. (2003).
 - Vidal Martínez, J: La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Editorial Comares. Albolote, Granada (1998).
- El estatuto ontológico del embrión. La Humanidad in Vitro. Jesús Ballesteros (coord). Ed. Comares, Granada (2003).
- Vila-Coro, M^a. D. *Introducción a la biojurídica*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. (1995).
- La bioética en la encrucijada*. Editorial Dyckinson. Madrid. (2003).
- Von Plettenberg, W. Células troncales: legislación, jurisprudencia y doctrina en Alemania. *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Julio Luis Martínez, Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Editorial Desclée De Brouwer. Pág. 196
 - Warnock, M. *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?* Gedisa. Barcelona. (2004).
 - Watson, J. D. *ADN, el secreto de la vida*. Editorial Taurus. Madrid (2003).
 - Wei, D. y Yamoah, E.N. Regeneration of sensory cells of adult mammalian inner ear. *Stem Cells & Regenerative Medicine: From Molecular Embryology to Tissue Engineering*. Appasani, K. y Appasani, R. (ed) Editorial Humana Press. Nueva York. (2011).

- Witing, M. One is not born a woman, en *The second wave, a reader in feminist theory*. Edited by Linda Nocholson. Ed. Routledge. London (1997).
- Zarraluqui, L. *Procreación Asistida y derechos fundamentales*. Editorial Tecnos. Madrid. (1988).
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Ana Díaz Martínez (Coord.). Editorial Dykinson, Madrid (2006).
- Zernicka-Goetz, M. Development cell biology: Cleavage pattern and emerging asymetry of the mouse embryo. *Nature reviews of molecular and cell biology*, 6. (2005). Págs. 919 a 928
- Zubiri, X. *El hombre y Dios..* Consultado en http://www.olimon.org/uan/zubiri_el-hombre-y-dios.pdf