

A propósito del libro de Carlos Lema Añón,
Reproducción, Poder y Derecho.
*Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas
de reproducción asistida*

Por ASCENSIÓN CAMBRÓN
Universidad de A Coruña

El presente trabajo de Carlos Lema Añón se ocupa de los conocimientos y de las técnicas disponibles en la actualidad en materia de reproducción humana artificial, de los problemas sociales que la aplicación de dichas técnicas provoca y del reto que esa actuación científico-médica traslada al derecho, obligado a disciplinar las intervenciones médicas sobre el cuerpo humano. El contenido del libro constituye un ejemplo de rigor analítico acompañado de profunda carga crítica ante las tres dimensiones que presenta el tema de la reproducción asistida: el alcance social de las transformaciones a que ha dado lugar la escisión técnica entre sexualidad y reproducción, la actuación de los distintos poderes técnicos, profesionales e ideológicos al hilo de las aplicaciones que hacen posible las técnicas de reproducción extracorpórea y el específico tratamiento jurídico que ha recibido esta nueva área de intervención.

A fin de dar una idea cabal del contenido de esta investigación en lo que sigue expondré los principales aspectos que en el libro se abordan.

En el capítulo I, con el título *Administración de los cuerpos y nuevas tecnologías reproductivas*, C. Lema realiza una evaluación de la novedad que contienen las nuevas tecnologías, insertando sus efectos en las modernas manifestaciones sociales de la ciencia, relacionándolas con el conjunto de cuestiones suscitadas por la «administración de los cuerpos» en el marco de las prestaciones sanitarias. Este planteamiento le

permite contemplar los aspectos simbólicos, jurídicos y políticos a que han dado lugar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En el capítulo II, con el título *Las técnicas de reproducción asistida*, el autor realiza un análisis exhaustivo de las distintas técnicas de reproducción humana: la aparición histórica, la descripción y caracterización de cada una de ellas y los posibles desarrollos en relación a los fines que han perseguido y que persiguen las investigaciones biomédicas para el futuro inmediato. Aquí, además, se realiza una primera aproximación a algunos de los problemas de naturaleza diversa que estos medios de reproducción humana han suscitado en la sociedad, fundamentalmente en tanto que el esfuerzo realizado para superar esos iniciales problemas ha influido en el desarrollo posterior de las investigaciones y de esas prácticas.

En el capítulo III, «*Reproducción asistida y Derecho: nuevos interrogantes*», se examinan de forma general las relaciones entre la reproducción asistida y el derecho: los problemas que se habían planteado inicialmente, los que todavía restan por resolver y, de manera especial, el papel que desempeña el derecho en la disciplina y normalización de estas prácticas. A pesar de que la regulación se llevó a cabo en España muy tempranamente y de que existía un amplio consenso en cuanto a la necesidad de una normativa, el autor no adopta esa postura *a priori*, sino que, al contrario, en este capítulo aborda la cuestión separadamente planteándose incluso la justificación de la intervención jurídica. De esta forma el capítulo se puede dividir en dos partes: una primera relativa a las cuestiones preliminares o anteriores a la regulación jurídica y la otra, segunda, centrada en los problemas que se plantean al intentar regular esta materia. En la primera parte se analiza, en primer lugar, la cuestión de la *licitud* de las técnicas; a continuación considera la necesidad o no de una regulación jurídica al respecto de ellas, decantándose el autor por esa alternativa «disciplinaria» por considerarla más conveniente que el vacío legal, no obstante el autor precisa que esa iniciativa legislativa tiene también «límites». Por último, incluye una sistematización y evaluación de los diferentes modelos de regulación jurídica existentes en el derecho comparado.

En la segunda parte del capítulo, el autor entra a tratar directamente los concretos problemas jurídicos que suscitan estas prácticas, exponiendo las soluciones posibles y disipando algunos prejuicios que dificultan su tratamiento jurídico, a fin de facilitar su tratamiento teórico. Este planteamiento le permite centrar los problemas principales: todo lo relativo al acceso a las técnicas y a un hipotético *derecho a la reproducción*, así como sus límites; lo referido a la *filiación* de los infantes nacidos mediante esas técnicas y el problema del *status del embrión humano* y las medidas para la protección del mismo. Junto a estos grandes problemas se analiza, también todo lo relativo a la regulación de las donaciones de gametos y embriones, de la maternidad subrogada, de la fecundación *post mortem* y del régimen de control de los centros en los que se aplican estas técnicas reproductivas, así como de las responsabilidades civiles y penales.

Los tres capítulos últimos (IV, V y VI) constituyen la parte central del contenido del libro, que está centrada en el análisis de «los discursos normativos sobre la reproducción asistida»; después de haber precisado en qué consisten las nuevas tecnologías reproductivas, los problemas jurídicos que suscitan y el derecho vigente al respecto, en esta última parte se desenvuelve la principal argumentación. Constituye una reflexión iusfilosófica crítica que enlaza los dos niveles en los que se ha movido hasta el presente el debate sobre las tecnologías reproductivas, todo lo relativo a su *control* y acerca de las *normas jurídicas y no jurídicas que deben regularlas*. Los dos niveles –que se entretajan a lo largo de estos tres capítulos– son, por un lado, el relativo a lo que el autor denomina *discurso normativo* (en el sentido de que éste intenta apuntalar determinados contenidos normativos y axiológicos tradicionales que, en la realidad y con frecuencia, son metanormativos) y por otro, el relativo a la discusión sobre el conjunto de problemas que se han planteado anteriormente en el capítulo tercero y que ahora se retomarán. Con esta perspectiva, el autor, va realizando un análisis crítico del primer nivel, dando cuenta, a la vez, de los problemas suscitados. Pero ambos son resueltos –cuando es posible– en otro nivel que pretende ser más esclarecedor: en contraste con los hechos empíricamente observables en el capítulo cuarto; en el quinto, va descubriendo tanto las aproximaciones incompletas realizadas por autores diversos respecto a las técnicas de reproducción extracorpórea, como también las nuevas relaciones complejas generadas entre los problemas sociales, éticos y jurídicos; en el capítulo sexto y último del libro, el autor pretende desvelar los límites conceptuales que subyacen en los fundamentos atribuidos a la intervención jurídica; esta pretensión obliga al autor a traer a primer plano el problema de los valores, o lo que podríamos llamar «la cuestión axiológica y el derecho positivo».

El contenido del capítulo IV, *El discurso médico y el problema de la esterilidad*, trata de explicitar el significado de la «esterilidad» desde la consideración científico-médica. Al respecto sostiene Carlos Lema que la forma discursiva, empleada por la corporación científica, constituye un verdadero discurso normativo, en la medida que ese discurso científico no sólo describe y define qué es la esterilidad, sino que a la vez también promueve determinadas reglas para el acceso a las técnicas reproductivas; el discurso médico es sintetizado por el autor a partir de tres enunciados principales: *a)* «existe un creciente porcentaje de parejas con problemas de esterilidad que demandan solución a la medicina»; *b)* la respuesta médica más adecuada es «la aplicación de las técnicas de reproducción asistida»; y *c)* la aplicación de estas técnicas «abren, incidentalmente, perspectivas de interés para la investigación» biomédica.

El discurso médico no se limita a lo anterior, sino que paralelamente promueve la *licitud* social de estos recursos técnicos (la esterilidad como justificación), a la vez que sitúa la «esterilidad» en un horizonte axiológico (la esterilidad como límite para la aplicación de las técnicas reproductivas) e impone el control técnico de dichas prácticas. Carlos Lema cuestiona este discurso a partir de la definición del con-

cepto mismo de «esterilidad» y la legitimidad del colectivo científico-médico para disciplinar prácticas sociales; en esa perspectiva el autor cuestiona, también, que las tecnologías reproductivas constituyan la estrategia más fecunda y recomendable socialmente para combatir y corregir la esterilidad.

En el capítulo V, acerca de «*El iusnaturalismo, la bioética católica y el embrión humano*», somete a examen otro de los discursos normativos omnipresente en este ámbito teórico. El autor evalúa este enfoque tal como se enfrenta a los problemas relativos a la disciplina de la reproducción asistida en general y de la protección del embrión humano en particular; señalando, por un lado, las limitaciones doctrinales intrínsecas de esta corriente de pensamiento para disciplinar estas prácticas y, por otro, señalando la contradicción en que incurre cuando pretende imponer determinados valores como «necesarios» y sobre los cuales no existe consenso en la sociedad; y esto lo hace apelando a valores tradicionales, comúnmente aceptados, pero que, o bien son demasiados abstractos para justificar ese salto, o bien son tendencialmente disolventes de las premisas en que se asienta el discurso iusnaturalista mismo. Finalmente, examina el problema relativo a la protección del embrión humano.

En el último capítulo, «*El discurso iuspositivo y el derecho a la reproducción*», C. Lema realiza una evaluación de la estrategia jurídico-normativa fundamentada en presupuestos no iusnaturalistas y que, a pesar de ello, busca encontrar soluciones axiológicas incontrovertibles, apoyándose generalmente en el derecho positivo. En esta línea y, a pesar de los esfuerzos interpretativos y compositivos, los intentos de mediar entre valores y derechos abstractos –en el mejor de los casos a partir de la Constitución– y la necesidad material y doctrinal de dar una respuesta detallada a los problemas suscitados que se salda, frecuentemente, con un resultado manifiestamente insatisfactorio. En la práctica jurídica, lo único que es posible hacer a partir de los valores constitucionales es realizar una acotación de determinadas opciones, sin llegar a agotarse en una sola, ni a determinarlas con detalle suficiente; esto ocurre máxime cuando se presentan casos que no han sido previstos en el momento constituyente y que, a veces, conducen a cuestionar determinadas premisas del orden jurídico vigente. Cuando se pretende ir más allá de estos límites, se recurre entonces a introducir, inadvertidamente, valores políticos y morales pero que, introducidos de este modo, se sustraen a la discusión abierta de los mismos. Frente a cualquier predicamento de regulación «automática» de estas materias, el autor, se sitúa de nuevo ante la inevitable *dimensión axiológica* que afecta también al planteamiento iuspositivista. En este análisis se distinguen y examinan separadamente las propuestas basadas en los «derechos» de las no basadas en ellos, lo que le permite al autor, en primer lugar, analizar las propuestas y fundamentaciones realizadas desde un supuesto *derecho a la reproducción*, respecto a las cuales, concluye C. Lema, «que sus premisas carecen de la necesaria consistencia para hacerlas aceptables», sin discusión democrática. En esta línea afirma la paradoja a que se enfrenta el derecho en la medida que se muestra incapaz de

regular una realidad que lo modifica: señalando la pretensión de «controlar jurídicamente un deseo que aparece como intangible e ilimitado pero que actúa como pantalla para la inviolabilidad de fuerzas sociales que sí son capaces de moldearlo».

El autor aboga, finalmente, por una recolocación de todas estas cuestiones en una perspectiva que permita la evaluación jurídica, pero también la política y la moral positiva, a fin de redimensionar los distintos saberes implicados de manera que las consideraciones técnicas (médicas, jurídicas, etc.) no oculten ante esta materia las opciones axiológicas que aparecen realmente en la sociedad; todo ello hará posible materialmente la discusión y la institucionalización democrática de las reglas que se adopten para el caso.

El libro se cierra con un *Apéndice* en el que el autor analiza la legislación española en materias relativas a la reproducción humana artificial; evalúa su incidencia, aborda los problemas interpretativos y cuestiona algunas de las opciones materiales adoptadas y todo ello teniendo en cuenta las aportaciones de la literatura jurídica existente al respecto. El autor intenta en este caso evaluar los antecedentes legislativos (particularmente el informe de la Comisión Especial del Congreso), integrar el análisis de toda la regulación (no sólo la Ley 35/1988, sino también la 42/1988 y el Código Penal), incorporar el desarrollo reglamentario e integrar la doctrina del Tribunal Constitucional existente hasta el momento de la publicación.

Respecto a las anteriores normas manifiesta lo siguiente: a) *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*. Esta es la ley más importante en esta materia, razón por la cual le dedica mayor atención; analizando su contenido y tardío desarrollo reglamentario, con la perspectiva de una década de vigencia de la ley; afirma el autor que además de las insuficiencias y de algunas opciones materiales cuestionables, el principal problema de esta ley ha sido «su falta de efectividad»; b) *Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de las células, tejidos y órganos* y la Sentencia 212/1996 del Tribunal Constitucional. Aquí la evaluación de esta ley se realiza al hilo de la citada STC, que aprecia la constitucionalidad de la ley (salvo dos incisos que no cambian la esencia de su contenido), aportando algunos elementos para la interpretación de esta ley, así como también de la Ley 35/1988; c) *Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal*. En este sentido, el autor analiza aquí los nuevos delitos incluidos en el Código Penal, algunos de los cuales figuraban ya como infracciones administrativas en la Ley 35/1988.

Este trabajo en su conjunto pretende constituir una exposición y una reflexión sobre las prácticas de reproducción humana médicamente asistidas y el contexto social en el que se realizan y se centra, sobre todo, en los distintos mecanismos mediante los cuales dichas prácticas han sido reguladas, con especial atención a las formas jurídicas de regulación. Más allá de la importancia teórica de los problemas que envuelven la aplicación de las técnicas, el autor, subraya la importancia social de las mismas. Las nuevas tecnologías reproductivas constituyen un ámbito de

importancia cuantitativa creciente, pero ante todo sintetizan de manera ejemplar las relaciones cambiantes entre la ciencia, la tecnología y la sociedad. Tanto es así que la realidad de esas relaciones han servido de marco para el enfoque de la investigación que tuviese, al mismo tiempo, el problema del derecho en un primer plano, a pesar de las múltiples dificultades que esta aspiración implicaba

Este planteamiento inicial conlleva importantes dificultades metodológicas, no obstante las abundantes publicaciones que sobre esta materia han aparecido durante los últimos años. En los tratamientos de este tema, abordados desde el derecho positivo, excepcionalmente se ha pasado del nivel exegético, incurriendo en exposiciones escasamente argumentadas; entre las pocas excepciones, aunque notables, no se disponía de una reflexión global acerca del papel del derecho en la disciplina de las nuevas tecnologías reproductivas; a esto se añadía la necesidad de integrar el problema en la perspectiva de la evaluación de la ciencia desde un punto de vista externo, con los problemas que este proceder genera.

El nuevo enfoque y desarrollo realizado por Carlos Lema enriquece el panorama de la cultura iusfilosófica en nuestra tradición aunque, obviamente, por el alcance del mismo representa sólo un punto de partida en la medida que algunos aspectos han sido poco desarrollados y otros no quedan definitivamente cerrados. Como muestra de las cuestiones «pendientes», cabe aquí trasladar al autor algunos interrogantes de naturaleza y alcance diferentes, a fin de dejar estos problemas, claro está, sin resolver aunque claramente planteados. Sirvan las siguientes preguntas dirigidas al autor del libro a modo de ejemplo. ¿La esterilidad es una patología? De la respuesta que se obtenga se podrá determinar no sólo el universo de los/las aspirantes a su *acceso*, también la respuesta de si este servicio sanitario ha de ser sufragado por la sanidad pública. La segunda pregunta puede hacerse desde la consideración de la necesidad de tomarse *los derechos en serio*, ¿qué derechos pueden argüirse para limitar el acceso a estas técnicas a los matrimonios y parejas de hecho? Y por último, en la medida que la publicación del libro ha sido anterior al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, respecto a recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción humana asistida, ¿qué novedades presenta dicha Sentencia del Tribunal Constitucional respecto a los aspectos cuestionados por el autor, por ejemplo el asunto de la «falta de efectividad» de la citada ley?