

Respuesta de Carlos Lema Añón

Universidade da Coruña

Dar una respuesta a la profesora Ascensión Cambrón con relación a sus observaciones sobre el libro *Reproducción, Poder y Derecho*, me resulta hasta cierto punto extraño. La razón es el hecho de que el libro sobre el que estamos hablando tenga como origen una tesis doctoral de la que ella fue directora. La orientación hacia ese objeto de investigación vino determinada y, sobre todo, se benefició de una línea de trabajo y de investigación que ella ya venía desarrollando, centrada en la reflexión iusfilosófica sobre las implicaciones sociales y jurídicas relacionadas con los avances de las ciencias de la vida. En definitiva, una línea que se puede situar en lo que se ha venido llamando *bioética* y que con más propiedad –por lo menos en esta perspectiva de abordaje– habría de denominarse *bionomía*, o *bionomía jurídica*.

Hecha esta aclaración, se puede comprender que sus observaciones sobre este trabajo difícilmente podían haber ido encaminadas a una impugnación global de su enfoque, o de sus principales conclusiones. El enfoque global no es ajeno a su intervención, a partir de las orientaciones, primero, y de los debates y sugerencias una vez que el trabajo iba avanzando. Por motivos similares, tampoco era lógico que las grandes líneas conclusivas del trabajo fuesen cuestionadas en su reflexión, aunque esto no significase una suscripción total de las mismas sin mayor crítica. De los debates que mantuvimos –antes y después de la finalización del libro– se hacían evidentes discrepancias en determinados aspectos, o incluso que ciertas partes del libro le sugiriesen soluciones diferentes a las mías propias. No obstante, llevar por aquí el debate hubiera significado seguramente introducirse en aspectos demasiado puntuales. La réplica que tengo que dar no es a un planteamiento de ninguno de los dos tipos anteriores. A pesar de ello, me obliga a dar

razón de algunas cuestiones especialmente complejas y debatidas, así como –en alguna medida– del planteamiento del trabajo.

Esencialmente, son tres las cuestiones que se plantean, todas ellas bajo la genérica observación de que existen cuestiones «pendientes» y «aspectos que han sido poco desarrollados»: *a)* ¿Qué debemos entender por esterilidad? y ¿qué implicaciones tiene la respuesta para determinar los criterios de acceso a las técnicas de reproducción asistida y la eventual inclusión de las mismas entre las prestaciones de los servicios públicos de sanidad? *b)* ¿Cuáles son los límites a ese acceso que se pueden establecer desde el respeto por los derechos fundamentales? *c)* ¿Qué consecuencias ha tenido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley 35/1988 de técnicas de reproducción asistida?, y, en la medida en que estamos debatiendo el contenido de un libro anterior a este pronunciamientos, ¿en qué afecta a los planteamientos ahí mantenidos?

En lo que sigue, intentaré dar cuenta de estas cuestiones en la medida en que han quedado plasmadas en el libro, pero también intentar aclarar lo que ahí se mantiene, por si pudiera no haber quedado explicado de manera adecuada. Sin embargo, antes haré unas observaciones globales sobre el planteamiento del libro, de cara a precisar sus presupuestos y sus objetivos.

1. Si existen «cuestiones pendientes» y aspectos «poco desarrollados», creo que en buena parte se puede atribuir a dos razones. La primera es que el objeto que se ha tratado es lo suficientemente amplio, como para que el tratamiento pormenorizado de todas las cuestiones superase en mucho lo abarcable en un libro. Pero ello ha sido una opción que desde luego ha supuesto determinadas ventajas, pues con ello se ha podido afrontar un examen global de la cuestión: la posible pérdida de exhaustividad se ha tratado de compensar enfatizando determinadas cuestiones que se juzgaban de esencial importancia, y realizando determinados enfoques y reflexiones que considero en alguna medida novedosos. La segunda razón es que las cuestiones que las técnicas y las prácticas de reproducción asistida plantean, especialmente en el plano jurídico, distan de estar agotadas.

La perspectiva acogida, sobre todo para caracterizar en aquellos aspectos que en alguna medida se han apartado algo de los caminos ya muy transitados, se podría caracterizar por tres criterios. En primer lugar se intenta considerar el contexto social en el que se realizan las prácticas de reproducción asistida, aunque sin desconocer su caracterización como novedad técnico-científica: es decir, se consideran sus repercusiones sociales y culturales, en especial las formas institucionales en las que se insertan las prácticas. La aspiración es no reducir la perspectiva, ni a un punto de vista exclusivamente culturalista ni a un punto de vista exclusivamente científicista: se reconoce a la técnica misma también como expresión de la producción social de nuevos significados, así como la necesidad de que la contextualización política no sea una reducción a la política. Correlativamente, se intenta evitar una reducción de estos problemas a la cuestión del «progreso tecnocientífi-

co» autonomizado de los procesos histórico-sociales y no susceptible de control social que no sea reductible a la propia lógica de la técnica. En definitiva, reconociendo el papel social de la técnica, se pretende distinguir entre su significado y su producto, y no renunciar a la intervención crítica.

En segundo lugar, se intenta considerar la existencia de otros medios de regulación de esas prácticas, además del derecho. Particularmente los mecanismos informales de regulación que operan previamente a cualquier tentativa consciente de regulación jurídica. Al tiempo, se considera que –haya regulación jurídica o no– coexisten determinados saberes sobre estas prácticas (y no sólo el saber técnico) que tienden a su disciplina, así como diferentes mecanismos sociales que tienen un papel análogo. Todo esto es considerado en la medida en que es capaz de determinar el sentido de las prácticas de reproducción asistida o de su regulación jurídica.

Finalmente, en lo que se refiere al examen de la regulación jurídica, el objetivo es realizar una reflexión crítica sobre ella, poniendo de manifiesto que una buena parte de las cuestiones que se le plantean a la regulación de esta realidad constituyen opciones político-sociales o axiológicas, y no meramente cuestiones técnico-jurídicas (aunque también exista esta dimensión). Se busca asumir este carácter y explicitar las posibles elecciones, como condición para favorecer un debate informado y democrático sobre las importantes cuestiones colectivas que implican. En el examen de las cuestiones jurídicas se pretende, en buena medida, adoptar un punto de vista y una reflexión global sobre las demandas que se le presentan al derecho y sobre el carácter de la respuesta que puede ofrecer.

2. Entrando en la primera cuestión planteada, efectivamente la «esterilidad» se ha ido configurando como un elemento clave en la discusión del problema del *acceso* a las técnicas de reproducción asistida. Cuando hablamos del *acceso* a estas técnicas, en realidad estamos refiriéndonos a varios problemas diferentes, aunque relacionados. En primer lugar, al problema de la licitud o de la admisibilidad de todas o algunas de las técnicas, para determinar si se permite recurrir a ellas, o existe alguna razón para limitarlo o prohibirlo (las razones que se han esgrimido en casos concretos van desde considerarlas contrarias a la dignidad humana, hasta considerarlas lesivas de determinados derechos). La segunda cuestión, es la relativa a los sujetos que podrán beneficiarse de estas técnicas: por ejemplo, si lo podrán hacer sólo los matrimonios, o también las parejas no casadas, o las parejas homosexuales (en principio femeninas), o las mujeres sin pareja (las consecuencias en cuanto a la filiación en estos casos sería una cuestión de importancia a resolver); o si se establecerá (como algunas veces se ha planteado) algún tipo de limitación en función de la aptitud de los posibles padres para criar y educar adecuadamente a sus hijos; o si se establecerán limitaciones a determinadas edades. Una tercera cuestión, tiene que ver con los criterios para solucionar los casos –que son reales– de una excesiva demanda que colapse la capacidad para atender a todas las solici-

tudes; en definitiva, lo que se denomina las «listas de espera». Finalmente, existe el problema de la distribución de los recursos sanitarios públicos: en un marco de recursos limitados, se plantea el problema de decidir cuáles son las áreas prioritarias a las que dedicar recursos escasos: se plantea incluso el problema de si considerar los servicios de reproducción asistida lo suficientemente importantes como para ser sufragados por la sanidad pública. De la respuesta –implícita o explícita– que se dé en un determinado contexto social a cada una de estas cuestiones y opciones, quedará configurado un sistema de *acceso* que será más o menos restrictivo o permisivo y que optará por la vía de la provisión pública o privada de estos tratamientos.

Cabe aquí mencionar un hecho que es de particular importancia: la introducción de las prácticas de reproducción asistida ha tenido lugar paulatinamente –en ritmos que lógicamente tienen como precondition los descubrimientos y desarrollos técnicos–, pero en general previamente a la regulación jurídica de los diferentes supuestos. Sin embargo, esto no quiere decir que se deje de dar respuesta implícita y extrajurídica a las cuatro cuestiones que configuran el sistema de *acceso*. Ello se hace según se van desarrollando las *prácticas* en las que se enmarcan estas técnicas, en la mayor parte de los casos según los dos mecanismos básicos que las han venido rigiendo en ausencia de regulación jurídica: las reglas técnicas del colectivo que tiene los conocimientos para aplicar estos avances (reglas que no se han limitado ni se limitan a ser «técnicas», ni siquiera organizativas, sino que se extienden a otros aspectos) y las reglas del mercado (de un nuevo «mercado de la reproducción» que se ha ido creando). Se puede constatar empíricamente que los sistemas así configurados han influido poderosamente en la regulación jurídica (un ejemplo más o menos inocuo es la afirmación de la regla del «anonimato del donante») y que incluso la regulación jurídica –cuando ha sido el caso– se ha visto en dificultades o incluso imposibilitada para modificar determinados aspectos de estas formas «espontáneas» de organización. Esto se pone de manifiesto, paradigmáticamente, en el análisis del «discurso médico sobre la esterilidad», que es el gran relato legitimador de las nuevas tecnologías reproductivas. Se trata de un discurso que pretende ser continuación e incluso parte del saber científico-técnico de las nuevas tecnologías reproductivas, para así proyectarse sobre el ámbito normativo y no renunciar a fundamentar los imperativos que determinen las actitudes sociales e individuales con respecto a aquéllas. Se pretende, en definitiva, legitimado para disciplinar las prácticas de reproducción asistida y autofundar su legitimidad política en la propia eficacia técnica. (Dicho sea de paso, esto constituye una razón a favor de la necesidad de ofrecer una regulación jurídica específica, que cuanto menos tutele los derechos fundamentales, aun en el caso de que el propio derecho se vea moldeado por esas formas disciplinarias).

Si reparamos en las cuatro dimensiones del problema del *acceso*, el «discurso de la esterilidad» ha venido ofreciendo un parámetro para darles una respuesta con visos de coherencia y razonabilidad. La cues-

ción de la licitud de las técnicas de reproducción asistida se contestaría con que su finalidad –y su legitimidad– está en ser el remedio a la esterilidad humana. A la cuestión de los sujetos a los que se les permitiría el acceso, se respondería que sólo a aquellos que han devenido estériles, es decir, a modo de «remedio» o «terapia», lo que ofrecería una razón suficiente para excluir determinados casos controvertidos sin que con ello se cometiese una discriminación injustificada. Con respecto a la cuestión de las prioridades, de las «listas de espera», no se ha utilizado demasiado el criterio de la esterilidad, pero podría servir para favorecer casos de esterilidad frente a otros que no lo son, o para favorecer los que no tienen posible remedio por otra vía). Finalmente, con respecto a la provisión pública, el hecho de que se estuviese tratando una patología, ofrecería argumentos para defender su financiación por parte del sistema público de salud.

Esta construcción sólida en apariencia goza de un amplio predicamento, pues la esterilidad se convierte tanto en legitimación como en límite. Existen diferentes versiones del uso del argumento. En su uso más fuerte, se llega a sostener que en la medida en que las técnicas de reproducción asistida han sido creadas *para* remediar la esterilidad, esa es su única justificación (lo que excluiría prácticamente cualquier utilización que no sea por un *matrimonio estéril*). Esta formulación resulta insostenible, pues sus premisas fallan incluso desde un punto de vista empírico (esto es, histórico) como explicación del origen y desarrollo de estas técnicas (el acceso a los embriones jugó un papel más destacado de lo que se reconoce habitualmente); y aun si fuese así, no demostraría nada. Otras formulaciones más matizadas podrían ser acogidas en parte, aunque admitiéndolas como un simple *argumento*. Es decir, que ni con toda la crítica a que someteré el discurso de la esterilidad quiero decir que sea irrelevante en todo caso.

Los tres términos del discurso de la esterilidad que distingo, ya han sido mencionados en la intervención de la profesora Cambrón: *a*) existe un número creciente de personas con problemas de esterilidad que demandan respuesta a la medicina; *b*) la respuesta médica más adecuada es la reproducción asistida; *c*) incidentalmente su aplicación abre perspectivas de interés para la investigación. Se puede prescindir del tercer término para lo que aquí estamos discutiendo, a pesar de que es de una importancia considerable (ya hemos sugerido que las perspectivas de investigación y utilización de embriones no han sido tan incidentales como ese enunciado da a entender). Con respecto a los dos primeros términos, hay un hecho que se ha venido produciendo desde los primeros momentos en que se extendieron estas técnicas (incluso antes de la aparición de la fecundación *in vitro*, con la inseminación artificial) que ha hecho sospechar de la construcción basada en la esterilidad (en los puntos *a* y *b*). Es el hecho de que determinadas personas (o parejas, si se quiere) reputadas estériles y sometidas a estos tratamientos, los han abandonado sin obtener resultados; no obstante, después y de forma «natural», han tenidos hijos. No es que haya sucedido así en la mayoría de los casos, pero se trata de algo lo suficientemente

llamativo como para infundir sospechas, porque nos obliga a cuestionarnos qué es realmente la esterilidad, y hasta qué punto se puede decir que las técnicas de reproducción asistida sean la respuesta más adecuada. Con respecto a lo primero, podemos adelantar que el concepto médico de esterilidad es impreciso y arbitrario. Con respecto a lo segundo, si bien son innegables los éxitos de la reproducción asistida y sus resultados satisfactorios para muchas personas, también hay que tener en cuenta algo que no siempre aparece claro, como es su limitada tasa de éxitos (más bien ocultada, y sobre la que no abundan los datos fiables y contrastables, comparativamente con el volumen de intervenciones que se producen).

El discurso de la esterilidad se alimenta de una continua tradición simbólica de negativización de la misma: primero como una sanción asociada a la desviación y al pecado, después como un estigma social o individual y últimamente no tanto como eso, sino como una carencia, como un obstáculo para la proyección individual y conyugal. El propio secreto con respecto al origen de los hijos sobre el que se basa la organización de estas prácticas señala la persistencia de la estigmatización. La influencia entre la negativización tradicional de la esterilidad y el discurso a que nos referimos es mutua, pues aquélla entra a formar parte de las prácticas médicas en cuanto éstas dicen asumirlo (para legitimarse) por la vía de la demanda de tratamiento y la práctica y el discurso médico fomenta nuevas formas de estigmatización. Sin embargo, el discurso de la esterilidad es el prevalente, e incluso lógicamente previo a la demanda, pues es éste el que articula la demanda y el que la crea a partir de sí, partiendo de una pulsión preexistente pero desarticulada: es el que realiza las promesas, marca las prioridades y las formas de tratamiento.

En realidad, que la esterilidad sea o no una enfermedad y que se pueda hablar de intervención terapéutica o no, de satisfacción de necesidades o de satisfacción de deseos, no me parece que sea decisivo para discutir las políticas y los derechos con respecto a las técnicas de reproducción asistida. Que sea o no una enfermedad es imposible de determinar atendiendo simplemente a su naturaleza: para determinarlo es precisa una valoración, que dependerá de las circunstancias históricas, sociales, culturales y personales. Además, este tipo de valoración presupone un juicio sobre lo que se debe o no se debe tratar, lo que convierte al argumento en circular. Y aunque se pudiese afirmar su naturaleza patológica, la medicina también actúa ante situaciones no patológicas: desde la medicina preventiva a la «cirugía satisfactiva» (en expresión, por cierto, del Tribunal Supremo español).

La definición de la esterilidad generalmente aceptada indica que una pareja debe ser considerada estéril después de mantener regularmente relaciones sexuales durante dos años si involuntariamente continúa sin tener hijos. No obstante, en la práctica clínica se reduce este período a un año o incluso menos. La definición es, como se ve, convencional y estadística. Pero además, la propia elección de la pareja como sujeto, aunque sea razonable en muchos casos, no es una opción

puramente científica o médica, sino otra convención. Se habla de un período de tiempo (por una consideración estadística), pero sin tener en cuenta otras variables fundamentales (por ejemplo, la frecuencia de las relaciones sexuales), ni factores de tipo económico, social, moral, higiénico, médico, etc., que en la práctica son determinantes. Pero aún es más significativo que lo fundamental de esta definición está en la voluntad o no de tener hijos. De forma agregada, eso significa que una persona o una pareja que no quieran tener hijos sumarán en las estadísticas; pero además, a nivel individual o clínico, una persona o una pareja sólo serán estériles si tienen voluntad de tener hijos, pues si no la tienen no se exteriorizará el deseo de tenerlos o la frustración de no poder tenerlos (aunque padeciesen graves disfunciones físicas en este sentido). Lo único que reduce la «esterilidad» a la unidad es el hecho de no tener hijos en un período de tiempo determinado cuando se desea tenerlos. Pero de esta forma, más que una patología, la esterilidad, en realidad, debía considerarse como un «síntoma», pues lo que impide tener hijos será una malformación, una disfunción o incluso causas psicológicas o causas desconocidas (que suman una importante cifra). Además, la capacidad reproductiva no es cuestión de todo o nada, sino que muy frecuentemente, lo que hay son hipofertilidades.

Desde el momento en que en la propia definición de esterilidad es básica la voluntad o el deseo de procrear, nos encontramos con la paradoja de que en realidad la «patología» sólo se manifiesta, o sólo es contemplada como tal, por quien tiene ese deseo y esa voluntad. En este sentido, la distinción entre curación de una enfermedad y satisfacción de una necesidad se desvanece, ya no es tan nítida como parecía. Y si en lugar de enfocar la cuestión en la «patología», la enfocamos en la «terapia», vemos cómo en realidad no se está curando. Pero en este sentido, es más significativo y esclarecedor observar la paradoja que se produce cuando el tratamiento no se realiza en el individuo que sufre la disfunción, sino en su pareja (ya menos de la mitad de las fecundaciones *in vitro*, y con tendencia a disminuir, se realizan ante esterilidad femenina).

En definitiva, la esterilidad no puede ser vista como un dato de hecho frente al que hay que actuar en cada paciente, o como una enfermedad que tratar sin más cuestión (por medio de la fecundación artificial). En realidad, los argumentos sobre los que se articula el discurso sobre la esterilidad (los puntos *a* y *b*), sólo se verifican en una perspectiva puramente individual, de relación médico-paciente en un caso ya muy determinado, pero no sirven para referirse a la organización actual de la sanidad y de la investigación. A este nivel, la oferta del tratamiento de la esterilidad no se ha producido simplemente a partir de la demanda de los pacientes, y ni siquiera las decisiones de política sanitaria se han podido tomar para organizar racionalmente las respuestas al problema de la esterilidad. Efectivamente, la prevención de la esterilidad y de sus causas (enfermedades infecciosas de transmisión sexual, atención deficiente al embarazo y al parto, etc.), y la toma en consideración de factores extramédicos son estrategias menos espectaculares

pero más efectivas a nivel global (la importancia de la prevención se destaca en un documento de estudio de la OMS de 1992 sobre reproducción asistida). El poder reducir por esta vía el recurso a las tecnologías de reproducción asistida sería una finalidad deseable: beneficiaría a un mayor número de personas (incluyendo a muchas que por motivos económicos, de organización sanitaria, o médico-técnicos no se podrían beneficiar de las nuevas tecnologías reproductivas); evitaría recurrir en determinados casos a estas técnicas, que –no hay que olvidarlo– son caras e invasivas (con lo que tienen un mayor impacto sobre la integridad y el cuerpo de las personas, particularmente de las mujeres, aunque en este sentido, hay que matizar que esto es aplicable a la fecundación *in vitro*, pero prácticamente no a la inseminación artificial). Esto no significa que haya que rechazar las técnicas de reproducción asistida: éstas, a nivel individual y de determinados casos concretos, son sin duda una solución adecuada y probablemente la única. Pero ello no es sin más extrapolable.

Todo ello hace mantener muchas dudas –como habíamos adelantado– sobre el hecho de que el esquema de la esterilidad pueda servir como un parámetro coherente y completo para la definición de un sistema de *acceso* a la reproducción asistida. El discurso de la esterilidad como discurso normativo de legitimación-limitación con respecto al acceso es altamente cuestionable y, por otra parte, aun en el caso de que pudiésemos determinar que estamos ante una «patología», la delimitación con respecto a la satisfacción del deseo se hace difícil, por lo que no parece que la vía consistente en caracterizarla o no como una «patología» solucione demasiados problemas o nos dispense de ulterior argumentación. Por otra parte, el «discurso de la esterilidad», si a algo es aplicable es a la relación individual médico-paciente, pero no es extrapolable fuera de ese marco. Es decir, tenemos pendiente la cuestión de si asumir la reproducción asistida en el sistema público de salud o no, sin que parezca que el esquema de la esterilidad pueda servirnos de gran ayuda.

El esquema de la esterilidad, aplicado a esta cuestión, parece sugerir lo siguiente: la esterilidad es una patología que además provoca importantes sufrimientos a los que la padecen, por lo que la fecundación asistida (como medio de remediarla) debe ser asumida por la sanidad pública; pero sólo en estos casos, pues cuando el recurso a la fecundación asistida sea por pura conveniencia, serán los sujetos que quieran recurrir a ella –dentro de los supuestos permitidos por la ley– los que se la deberán sufragar. Ésta era en cierto modo (aunque de forma incompleta) la línea que seguía el Informe de la Comisión especial del Congreso de los Diputados sobre reproducción asistida (aprobado en 1986), línea que pasó a la proposición de ley: los fondos públicos afrontarían los gastos en caso de esterilidad, pero no en otros supuestos (particularmente se refería al caso de la mujer sin pareja, distinguiendo si era o no estéril, lo que por otra parte hubiera resultado bastante complejo de determinar). Finalmente, el texto definitivamente aprobado no incluyó ninguna observación al respecto. No obstante, el esquema

que se sigue es de este tipo, pues la financiación de estos tratamientos con cargo a la Seguridad Social viene determinada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, dentro de la atención especializada e incluido en el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad [anexo I, punto 3, 5.º b)].

Este modelo sería incontestable si lo fuese el discurso de la esterilidad y si de éste se pudiesen derivar prescripciones con respecto a los problemas que hemos llamado de acceso. Creo que, por lo que he expuesto hasta aquí, es posible dudar que ahí esté la respuesta. La esterilidad sólo de forma convencional se puede denominar «patología», por lo que la apelación de una presunta actuación terapéutica frente a la actuación satisfactiva o de conveniencia pierde fuerza. Por otra parte, se hace preciso cuestionar el vínculo unívoco que se ha establecido entre solución al problema de la esterilidad y las nuevas tecnologías reproductivas, sobre todo a nivel no estrictamente individual. Pero sería falaz si de esto quisiese derivar la conclusión de que esta clase de solución (la solución que de hecho se ha adoptado en España) es errada o irrazonable. Probablemente no lo sea y por el contrario sea incluso defendible como una solución intermedia o de compromiso, pero no desde luego ineluctablemente.

Porque no está claro que ésa haya de ser la solución y no otras consistentes en no sufragar este tipo de intervenciones, o de sufragarlas incluso en casos en los que no exista esterilidad. Para defender esto último se puede decir que –además de que en este caso la diferencia entre terapia y deseo no es nítida– hay tratamientos que no son terapéuticos y que se realizan con cargo a la Seguridad Social; y que para algunos tratamientos que claramente no lo son –como los de cirugía transexual– últimamente se está imponiendo la idea de que habrían de ser sufragados por la Seguridad Social. Pero para defender lo primero, los argumentos pueden ser también de peso: *a)* no está claro que pueda considerarse una terapia; *b)* es un tratamiento caro y no prioritario; *c)* no es la mejor estrategia a promover frente a la esterilidad; *d)* no representa una curación del mal; *e)* existen otras posibilidades para las personas sin descendencia, y *f)* pretender que la descendencia que se quiere ha de tener los propios genes frente a los de otros (por ejemplo, recurriendo a la adopción) es sólo un prejuicio.

En cualquier caso, la dificultad de establecer criterios generales para determinar las prioridades es patente, pues cuanto más amplios se pretendan más difícil será no caer en soluciones insatisfactorias en la consideración de la amplia variedad de tratamientos y actuaciones médicas existentes. Las tentativas de establecer prioridades, tropiezan con dificultades una vez que obligan a la confrontación de bienes difícilmente conmensurables. Pero no es menos cierto que, situados en un contexto en el que se hace preciso distribuir bienes escasos, se está constantemente tomando decisiones de este tipo a distintos niveles (desde el Estado hasta los hospitales, o aun los diferentes servicios). Y la elección se realiza no siempre desde la explicitación de criterios de

justicia, sino frecuentemente a ritmos determinados por fuerzas que tienen la capacidad de influir (directa o indirectamente) en las decisiones, como es el caso de las grandes corporaciones farmacéuticas.

Con carácter general –sin limitarnos estrictamente al caso español–, examinando el desarrollo y la extensión de las nuevas tecnologías reproductivas y de su regulación jurídica, parece que siempre han estado lejos de verse realmente obstaculizados con carácter general, a pesar de las polémicas y de ciertas restricciones existentes. De un lado, es evidente, han colmado las legítimas aspiraciones de descendencia de algunas personas (así se han justificado), pero no es menos cierto que han «creado» su propia demanda. A pesar de obstáculos puntuales, el considerable volumen de negocio que al poco tiempo fueron generando estas prácticas no corrió peligro en este sentido: no sólo de forma privada, sino incluso forzando a muchos sistemas públicos de salud a financiar este tipo de tratamientos, incluso en momentos en que la tendencia iba hacia el recorte de estos sistemas. En buena medida, a través de esta vía se podía remercantilizar una forma de intervención estatal para beneficio de una actividad naciente que no sólo proporcionaba la tecnología o los fármacos precisos, sino que podía lograr fondos públicos destinados a la investigación y, en otra medida, posibilitaba la apertura de nuevos mercados y nuevos tráficó vinculados con el cuerpo y la vida. Pero el mercado –que arrastró a los sistemas públicos de salud en esta vía– es incapaz de atender a otros deseos que no se puedan expresar en él. En particular, es incapaz de asignar bienes con objetivos que no sean puramente individuales, incluso con independencia de cuáles sean las prioridades sociales y científico-sanitarias. Es importante tener en cuenta que aun cuando la extensión de las prestaciones sanitarias aparece como positivo en principio, ello no basta si no se hace un esfuerzo por definir y promover esas prioridades y no simplemente dejar que el sistema público sanitario se vea arrastrado por las tendencias del mercado (en general hacia aquellas soluciones más caras y tecnologizadas). Aumentar el número de beneficiarios de determinados tratamientos es positivo, pero no lo es tanto si se aumentan sólo en el sentido que marquen aquellos colectivos que están en condiciones de transformar sus demandas en objetivos científicos y sanitarios, o que tienen capacidad para apropiarse de sus resultados, porque ello puede ir en detrimento de otras prioridades que, sin embargo, tengan menor capacidad para manifestarse o imponerse.

3. De lo dicho hasta aquí, se puede ver que la segunda de las cuestiones planteada (los límites que se pueden establecer con respecto a la fecundación asistida desde el respeto por los derechos fundamentales) sigue girando en torno al problema del acceso. Sin embargo, incluye una perspectiva que hasta ahora no se ha considerado aquí en detalle, como es la de los derechos individuales. Los derechos a los que se suele acudir para solventar la controversia sobre el acceso –frecuentemente como contrapuestos– son el «derecho a la reproducción» y los «derechos de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida». Con respecto al primero, se discute si el presunto derecho a

la reproducción estaría basado en el derecho a la protección de la salud o en los derechos de la personalidad. En otras palabras, si las nuevas tecnologías reproductivas son admisibles como un remedio a la esterilidad-enfermedad (en la línea de lo que se ha visto en el punto anterior) o si son un «medio alternativo de reproducción» al que las personas pueden acudir en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad. Por lo que respecta a los «derechos de los nacidos» mediante estas técnicas, hay una coincidencia casi unánime en reconocerlos como los derechos que han de primar sobre todos los demás, por cuanto sus titulares están en una situación de mayor desprotección. Sin embargo, el alcance que tenga esta declaración dista de ser siempre el mismo, sobre todo porque los derechos que se les reconocen, su amplitud e incluso su finalidad no son siempre los mismos. En esta categoría entran desde un derecho a la vida (o un «derecho a nacer»), el derecho «al nacimiento dentro de una familia biparental», o el derecho «a conocer el propio origen genético». Alcanzar una solución aceptable por todos los puntos de vista a partir simplemente de la enunciación y ponderación abstracta de estos derechos parece difícil; existen, por otra parte, varias opciones compatibles con la protección de estos derechos.

Por un lado es claro que existen una serie de derechos (de distinto alcance) recogidos en la Constitución (o en otros instrumentos jurídicos, por ejemplo, declaraciones y pactos internacionales) cuyo respecto y protección es requisito ineludible de cualquier solución jurídica: a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), a la igualdad (14), a la vida y a la integridad física y moral (15), a la libertad (17), a la intimidad personal y familiar (18), a la producción científica (art. 20.1.b), entre otros. Lo que ocurre es que no resulta posible derivar desde éstos u otros derechos un régimen *completo* de regulación en esta materia –como a veces parece creerse–, entre otras razones porque existen varios regímenes y opciones plenamente compatibles con su respeto y protección. Naturalmente hay otro camino, como es el de la progresiva afirmación de otros derechos de aplicación más o menos específica o limitada a esta materia. Sin embargo, estos derechos (algunos de los cuales ya hemos mencionado) han de ser fundamentados en la medida en que establecen deberes y cargas a otros sujetos, pueden limitar o afectar a otros derechos o intereses legítimos y delimitan la acción permitida al legislador.

En particular, el «derecho a la reproducción» representa el tópico desde el que –afirmándolo o negándolo– se ha pretendido resolver las cuestiones relativas al acceso a las nuevas tecnologías reproductivas, a la posibilidad de restringirlas en alguna medida o –en otro caso– de favorecer su extensión. No obstante, se ha caído frecuentemente en la petición de principios consistente en argumentar la existencia, alcance y fundamentación de este derecho –que no se encuentra directamente recogido en la Constitución– conforme a la solución material que se quiera alcanzar. En cierta medida, los intentos de fundamentación de la regulación sobre la reproducción asistida basada en derechos individuales de este tipo acaban por encontrarse frente a situaciones para-

dójicas. Bien sea por no conseguir referirse a valores donde encontrar su fundamento, o bien porque los valores constitucionales –en particular los que sustentan los derechos sociales– no aportan una solución incontrovertible, el hecho es que el discurso de afirmación de estos derechos difícilmente encuentra soluciones que permitan pasar por encima del conflicto de valores subyacente. Del mismo modo, las dos principales fundamentaciones del derecho a la reproducción (derecho a la reproducción como derecho a la protección de la salud –relacionado con la esterilidad– y derecho a la reproducción basado en el deseo, en las necesidades humanas –y en alguna medida en la libertad genérica o el libre desarrollo de la personalidad–) se ven modulados en última instancia por los dos grandes mecanismos no jurídicos (y con una cierta carencia de legitimación democrática) de organización de las nuevas tecnologías reproductivas: respectivamente el discurso técnico y el mercado.

Con respecto a la fundamentación del derecho a la reproducción como un derecho a la protección de la salud, en el punto anterior ya se han destacado elementos que podrían servir para cuestionar esta tentativa. Particularmente, la difícil caracterización de la esterilidad como una «enfermedad» y el hecho de que en este campo no exista una diferencia nítida entre terapia y deseo. Precisamente en esto último –en el deseo– se apoya la otra fundamentación del derecho a la reproducción (apelando además al libre desarrollo de la personalidad, o a la libertad abstracta). En este caso habría aún que determinar el alcance que se le concedería a este derecho: si se trata de un mero derecho de libertad o se trata de un derecho que otorgue una expectativa de que se garantizará el acceso a lo que se desea (por ejemplo incluyendo estas prestaciones en la cobertura de la Seguridad Social). Una objeción a este argumento (o de su aplicación en este caso) ya vendría dada por el cuestionamiento que hemos hecho del vínculo unilateral entre el deseo de tener hijos y las nuevas tecnologías reproductivas en el momento en que existen dificultades para cumplir este deseo. Pero no es menos cierto que esta lógica unilateral de vínculo entre medios y fines (no susceptible de crítica externa) se impone precisamente por su correspondencia con las prácticas reales. De no ser por ello, no resistiría las objeciones que se le pueden hacer, particularmente las que se desprenden del análisis de este deseo, es decir, de qué desea este deseo, lo que desvelaría que la tecnología y la jerga genética resumen y actualizan los mitos de la sangre y del heredero como proyección en la descendencia (ahora proyección de los propios «genes egoístas») y ahora aderezado con el dominio de la voluntad creadora.

La existencia social de este deseo –que además es naturalizado– confiere un importante argumento a favor de las nuevas tecnologías reproductivas y es el trasfondo implícito de la argumentación de este derecho. Esto es así porque el deseo es difícilmente criticable, pues el derecho sólo se puede reconocerlo y ordenarlo a través de reglas que permitan su persecución. El deseo presupone la necesidad, pero también impide la medida de ésta, por cuanto se erige en su expresión. El

deseo se puede examinar analíticamente, se puede cuestionar su naturalización; se puede cuestionar el deseo alienado por el sexismo o por la producción masificada de necesidades, y se puede señalar su desmesura. Pero su misma existencia le da valor ante el derecho mismo, en cuanto que ubicado en la esfera propia del sujeto de derecho, se sitúa en una esfera intangible de intimidad. Esta intangibilidad es fundamental, está en la base del derecho mismo, y representa, también, la garantía formal del pluralismo de los fines y de la libertad de actuar. Pero la construcción del orden partiendo de este individuo al que se le presuponen deseos y libertades tendencialmente ilimitadas parte también de la abstracción del origen de los deseos. Las formas en que el deseo puede ser inculcado, creado o manipulado, se convierten en tan irrelevantes como impronunciables (¿o acaso no estamos rozando el abismo?).

Por el contrario, el sistema económico (que no el jurídico-político), sí que puede operar con el deseo. En este caso, el deseo de descendencia es incorporado a la esfera económica, en la que se acaba transformando y unificando en forma de mercancía. Si el deseo no se podía juzgar ni entrar a considerar en el ámbito jurídico, en el ámbito económico al que es indefectiblemente arrojado, se puede modificar, unificar e intercambiar. No cabe crítica externa ni modulación del deseo, pero sin embargo es reconducido y reducido a su satisfacción mercantilizada y a la unificación en una respuesta estandarizada y masificada producida por la industria de la reproducción. Ésta incide con enorme potencia en el imaginario y en los propios deseos de los individuos –lo que por otra parte se suprime en una consideración individualista– e induce en ellos el deseo en la forma mercantilizada, homologada y masificada de consumo.

Por estas razones, el deseo se convierte en el presupuesto metanormativo de las aproximaciones basadas en el derecho a la reproducción, aunque no necesariamente reivindiquen expresamente el argumento. Pero es metanormativo porque está vedada su consideración en el ámbito del derecho. Así, en el caso de las tecnologías reproductivas, el derecho a la reproducción es una forma de mediación entre deseo y forma mercantil, un instrumento que facilita la conversión ordenada de las pasiones en su forma normalizada y adaptada a la oferta y a las promesas de la técnica. Así, permite el acceso al mercado, el acceso ordenado y –eventualmente– la satisfacción del deseo, pero también muestra dificultades para marcar los límites. Ello exigiría una capacidad de consideración colectiva del deseo, una capacidad de crítica del deseo en la propia esfera jurídica, lo que está vedado. Al no existir límites intrínsecos, el derecho es incapaz de instituirlos sin ser arbitrario, sin actuar por exceso y sin manifestar su impotencia ante la extensión de una forma mercantil que tan pronto alcanza al cuerpo como a la organización de la reproducción.

No se trata de que los límites no puedan situarse dogmáticamente. El problema es que los instrumentos jurídicos se encuentran en dificultades para garantizar el control de este campo, la modulación de sus

lógicas autónomas: los límites tienden a ser excesivos en algunos casos (juridificación de los aspectos más íntimos) e inútiles algunos otros (incapacidad de controlar la aplicación de las técnicas, incluso en sus manifestaciones más preocupantes). La garantía de los derechos puede efectivamente afrontar casos extremos, pero son más capaces de garantizar el acceso a las nuevas técnicas que de dar una respuesta global y aceptable para todos. Se cumple así una importante labor, pero queda un déficit, por lo menos con respecto a las expectativas despertadas y las cargas que se dirigen al derecho: acoger la respuesta de una sociedad atomizada que le exige al tiempo respuesta global (vínculo) y cauce para las múltiples tendencias y fuerzas que coexisten en su seno.

La naturalización de los deseos es un instrumento de expropiación del poder social de autodeterminación, la forma en que se sanciona la heteronomía de la sociedad y la sustancial dependencia de política y derecho del sistema de mercado. Ante esto es preciso realizar un esfuerzo democratizador en la vía de definir sistemas de significados y valores, de una autoeducación colectiva en la definición de objetivos, de la configuración de una imagen del mundo y de reapropiación de un principio regulativo y un principio de medida.

4. Hasta ahora la cuestión principal de la que he tratado ha sido el «acceso» a las prácticas de reproducción asistida, desde la perspectiva del «derecho a la reproducción», aunque asumiendo toda una constelación de cuestiones conexas: la licitud –y por tanto la posibilidad– de recurrir a determinadas prácticas (piénsese también en la maternidad subrogada, la fecundación *post mortem*, en un futuro la clonación reproductiva, etc.). No sería excesivo reconducir a tres grandes temas las cuestiones que los juristas han venido discutiendo con respecto a la reproducción asistida y a los cuales se espera que una determinada legislación dé respuesta. El primero es el del acceso y el derecho a la reproducción (tal como se ha venido tratando); los otros dos se refieren a la filiación y a la protección de los embriones humanos.

La cuestión de la filiación se refiere a la adaptación de las reglas de determinación de la filiación jurídica a las nuevas situaciones y a las nuevas prácticas relacionadas con las tecnologías reproductivas. Todo este bloque de problemas fue el primero en ser percibido y en general el primero en ser regulado (no así en el caso español, que se hizo todo a un tiempo). Si bien en un principio se percibió como un problema de singular complejidad, quizás al fin y al cabo no ha planteado tantas dificultades como se había anticipado. Desde luego, el proceso de adaptación de la legislación a las nuevas realidades no se realizó sin que se hubiesen de producir cambios en algunos de los principios y certezas que articulaban el precedente derecho de filiaciones. Y no es menos cierto que siguen existiendo casos en los que se pueden producir disfuncionalidades e incoherencias, así como temas controvertidos o soluciones discutibles (es el caso de la protección del anonimato de los donantes de gametos o embriones). Además, si concedemos atención no simplemente a la adecuación y coherencia interna de las normas de filiación, sino a su substrato y a la novedad técnica que representan las

tecnologías reproductivas, se pueden percibir en su complejidad los interrogantes que ante ellas afronta el derecho y la propia sociedad en su conjunto. Las nuevas tecnologías reproductivas y las prácticas en las que se manifiestan significan tanto la posibilidad de situar la reproducción biológica humana fuera de la relación sexual (coital y heterosexual), como –en otro plano–, fuera de la esfera estrictamente *privada*. La regulación jurídica debe afrontar en este sentido una recomposición tanto del significado de las relaciones de filiación como de los límites entre lo público y lo privado y de las formas de poder que traspasan estas dos esferas. En esta recomposición, el derecho llega a actuar a veces por defecto en cuanto incapaz de limitar (incluso para proteger los derechos de las personas) determinados poderes privados actuantes; y por exceso en cuanto en ocasiones acaba controlando aspectos de la reproducción que antes quedaban a la plena voluntad de los particulares. En ocasiones, a través de esta actuación se acaba incluso introduciendo y reforzando valores y opciones desproporcionadamente, en la medida en que no guardan relación con la especificidad de la cuestión a regular. Todo ello constituye un elemento clave para analizar las dificultades que encuentra la regulación jurídica.

La cuestión de la protección de los embriones se hace especialmente polémica y compleja en la medida en que hay diferentes entendimientos sobre el grado de protección que el derecho ha de dispensar a los embriones humanos en el marco de las nuevas tecnologías reproductivas. Éstas permiten –y exigen– la creación y el mantenimiento de embriones *in vitro*, fuera del seno materno, con la posibilidad de transferirlos posteriormente para ser gestados, conservarlos congelados, o destinarlos a otros usos (entre ellos la investigación científica). Aquí se plantea el problema de regular las condiciones de almacenamiento, manipulación y utilización de los embriones, para lo que existen diferentes criterios en cuanto al grado de protección que merecen. Pero sobre todo se ha venido planteando la cuestión del destino de los miles de embriones congelados que están almacenados en estos momentos, sin que aparezca una solución clara y satisfactoria sobre su destino.

La regulación española ha ofrecido soluciones a todas estas cuestiones de forma más o menos sistemática. En cuanto al acceso, el régimen que ha configurado resulta hasta cierto punto inconsistente, al adoptar sólo parcialmente el esquema basado en el tópico de la «esterilidad». Si la adopción total de este esquema resulta problemática (según se puede desprender de la argumentación anterior), la solución adoptada acaba por no resolver casi nada. Esta ambigüedad –calculada, en la compartible observación de algunos analistas– no ha provocado mayores problemas seguramente porque los posibles conflictos no han trascendido y por la aplicación de criterios *ad hoc* propios por parte de los servicios hospitalarios. En cuanto a la cuestión de la protección de los embriones, a pesar de que –como veremos– la normativa ha superado el test de constitucionalidad, no deja de presentar soluciones muy discutibles en algunos casos, y en otros, verdaderos problemas prácticos que sin duda representan uno de los principales problemas pendientes en España en

esta materia. El primer informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana (publicado a principios de 1999) ha tratado ampliamente esta cuestión recomendando incluso algunas modificaciones en la legislación; pero es previsible que la cuestión continúe abierta, pues –por ejemplo– quedan pendientes aspectos relativos a la investigación utilizando embriones.

No obstante, cualquier otra reflexión sobre el contenido concreto de la legislación española aprobada en 1988 tendría que ir precedida por la consideración de su limitada efectividad. Su aplicación en los tribunales ha sido prácticamente nula (y no por ausencia de conflictos), pero lo que es peor, no ha sido efectiva a la hora de regular y disciplinar las prácticas concretas realmente existentes. En este sentido, ha sido una norma muy tratada y debatida entre la doctrina jurídica, pero sin apenas relevancia práctica. Parece que la voluntad política no ha ido mucho más allá que la aprobación de las leyes (sin que a esto haya precedido un debate público significativo, por otra parte). Pero alguna de las causas de la poca efectividad es posible que haya de ser buscada en la tardanza de su desarrollo reglamentario, que sólo comenzó en 1996 y que no ha culminado. Hasta ese momento buena parte de las disposiciones de la ley eran inútiles y su cumplimiento real era difícil de evaluar. Incluso, el contenido de algunas de las normas de desarrollo es altamente criticable de cara a solventar los problemas pendientes, y en ciertos casos llega a ser contradictorio con la propia ley. Parece más una adaptación a las prácticas existentes en la realidad que una tentativa de regularlas.

Contra las Leyes 35/1988, de técnicas de reproducción asistida y 42/1988, de donación y utilización de embriones, se interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por un conjunto de diputados del Grupo Popular del Congreso, ambos contra la totalidad de los textos y subsidiariamente contra algunos artículos. Ambos recursos fueron presentados y admitidos a trámite en los primeros meses de 1989. Sin embargo, ambas sentencias tardaron mucho tiempo en dictarse: la referida al recurso contra la Ley 42/1988 se dictó en diciembre de 1996 (Sentencia 212/1996) y la referida al recurso contra la Ley 35/1988 se dictó en junio de 1999 (Sentencia 116/1999), en una auténtica plusmarca de retraso. Tanto en uno como en otro caso, las sentencias dejaban las cosas prácticamente como estaban, convalidando la constitucionalidad salvo en aspectos menores que por otra parte no modificaban el sentido de las leyes.

La sentencia sobre la Ley de técnicas de reproducción asistida es ligeramente posterior a la publicación del libro. Sin embargo, no aporta en realidad novedades notables. De hecho, sus razonamientos y su pronunciamiento son totalmente análogos a los ya empleados en la resolución de la Sentencia 116/1996, que se ha empleado en el libro no sólo para la interpretación de la Ley 42/1988 a la que se refería, sino también para la interpretación de la Ley 35/1988. Cabe destacar, que la argumentación principal de ambas sentencias entronca con la Sentencia 53/1985 (recaída sobre el recurso previo de inconstitucional-

lidad sobre el proyecto de ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, referido al aborto). Resumiendo mucho sus principales líneas argumentativas, la nueva sentencia rechaza casi en su totalidad las alegaciones del recurso. En él se sostenía la inconstitucionalidad de la ley desde el punto de vista formal (por considerar que debería haberse tramitado por medio de ley orgánica al afectar a derechos fundamentales) y desde el punto de vista material (esencialmente por quebrar la protección constitucionalmente exigible de la vida humana). El tribunal se basa en la tesis de que en el caso de la vida del *nasciturus* no se está ante el derecho fundamental a la vida (es decir, no le corresponde la titularidad de ese derecho) sino ante un *bien jurídico constitucionalmente protegido* que forma parte del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución, pero no de su contenido esencial. La cuestión es determinar el grado de protección que cabe otorgarle en función de este artículo, para establecer si fue respetado en la ley, pero del examen de los artículos impugnados no se desprende a juicio del tribunal que exista vulneración de las obligaciones de protección que el Estado debe asumir frente a los *nascituri*. En cuanto a la cuestión de la inconstitucionalidad formal, el razonamiento es análogo: en la medida en que no está en cuestión la protección del derecho fundamental, no habría sido exigible la tramitación mediante ley orgánica, teniendo además el cuenta el carácter excepcional de este procedimiento.

Las únicas novedades con respecto a la Sentencia 212/1996 se refieren a dos aspectos no relacionados con la protección de los embriones. Por un lado se rechazan las alegaciones de que la ley desnaturalizase el concepto constitucional de familia (que según el Tribunal Constitucional «posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los recurrentes»). Por otro, el Tribunal Constitucional no ve problema en la protección del anonimato del donante recogida en la Ley 35/1988, a pesar de que el artículo 39.2 de la Constitución establece que «la ley posibilitará la investigación de paternidad». Aun contando con esta referencia constitucional explícita, el Tribunal la salva considerando que no se está estableciendo en ella un «derecho incondicionado» por lo que la investigación podría ser limitada si hay razones suficientes que lo justifiquen. Considero que ésta es una interpretación algo forzada del precepto constitucional y que existen fórmulas que permitirían salvar la investigación de la paternidad de forma más adecuada al contenido constitucional, tal y como expongo en las páginas 120 ss. del libro.

En definitiva, con una demora considerable, la sentencia del Tribunal Constitucional no ha venido a significar ningún cambio en la orientación de la regulación, por más que ha despejado las dudas sobre su constitucionalidad. Esto no significa que sea la única regulación que cabe en la Constitución: la ley tiene aspectos que sin duda deben ser modificados.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

