Sobre Bioética y Género

MARÍA CASADO
ALBERT ROYES
Coordinadores

Sobre Bioética y Género

Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Cátedra UNESCO de Bioética
de la Universitat de Barcelona

Observatori de
Bioètica i Dret

CIVITAS

THOMSON REUTERS

Primera edición, 2012

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (*www.conlicencia.com*; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2012 [Thomson Reuters (Legal) Limited / María Casado y Albert Royes]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-4055-1
Depósito Legal: NA 1713/2012
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Relación de autores

Coordinación

María Casado

Directora del *Observatori de Bioètica i Dret* y del Máster en Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona. Titular de la Cátedra UNESCO de Bioética de la UB. Miembro del Comité de Bioética de España y del Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya.

Albert Royes

Investigador miembro del *Observatori de Bioètica i Dret.* Secretario de la Comisión de Bioética de la UB. Profesor del Máster en Bioética y Derecho de la UB.

Autoras

Jussara de Azambuja Loch

Pediatra. Profesora adjunta de la facultad de Medicina. Coordinadora del Instituo de Bioética de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Brasil. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

Claudia Brolese

Abogada. Experta en Bioética. Presidenta del Comité de Bioética de la Universidad de La Plata, Argentina.

Gabriel José Chittó Gauer

Profesor Adjunto de la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Brasil.

Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho Penal, Universitat de Barcelona. Directora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la UB. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

DÉBORA DINIZ

Antropóloga. Profesora de la Universidad de Brasilia y directora de la organización no gubernamental *Anis: Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género*.

LÚCIA HELENA DUPUY PATELLA

Académica de la Facultad de Medicina de la PUCRS e integrante del grupo de Enseñanza e Investigación en Bioética Clínica del Instituto de Bioética de la PUCRS, Brasil.

ESTHER FARNÓS AMORÓS

Profesora de Derecho Civil. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

SANDRA FODOR

Abogada. Centro de Formacion Judicial, Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

MARÍA ESTELITA GIL

Psicóloga. Profesora en Psicología Clínica de La PUCRS. Investigadora del Instituto de Bioética de la PUCRS, Brasil.

POLYANA GOELZER BOPP

Académica de la Facultad de Derecho de la PUCRS e integrante del grupo de Enseñanza e Investigación en Bioética Clínica del Instituto de Bioética de la PUCRS, Brasil.

DIRCE GUILHEM

Profesora Titular de la Universidad de Brasilia y especialista en Salud Ocupacional. Miembro del Comité de Ética en Investigación en Ciencias Humanas de la Universidad de Brasilia.

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

Antigua Ministra de la Corte Suprema de Mendoza, Argentina. Profesora Titular de Derecho de Familia, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

ELEONORA LAMM

Investigadora del CONICET, Argentina. Profesora de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Máster en Bioética y Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universitat de Barcelona. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

FABIOLA LEYTON

Trabajadora Social. Investigadora miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB. Máster en Bioética y Derecho por la Universitat de Barcelona.

FLORENCIA LUNA

Directora del Proyecto Bioética, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Buenos Aires, Argentina. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

HILDEGARD MAUSBACH REISEN

Médico y experta en planificación familiar. Máster en Salud Pública por la Universitat de Barcelona y por la Johns Hopkins University, Baltimore. Vicepresidenta de la Sociedad Catalana de Contracepción de la *Acadèmia de Ciències Mèdiques de Catalunya i Balears*.

MARIELA MAUTONE

Nefróloga. Profesora Agregada de la Unidad Académica de Bioética de la Facultad de Medicina de la Universidad de la República, Uruguay. Miembro del Comité de Ética de Investigación en seres humanos de la Facultad de Medicina. Asesora del Comité de Ética del Instituto Nacional de Transportes. Máster en Biotécnica y Derecho por la Universitat de Barcelona. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

MÓNICA NAVARRO MICHEL

Profesora de Derecho Civil y Vicedecana de la Facultad de Derecho, Universitat de Barcelona. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

NEUS PRAT PUIGPELAT

Médico especialista en Obstetricia y Ginecología por la Universitat Autònoma de Barcelona. Presidenta de la Sociedad Catalana de Contracepción de la *Acadèmia de Ciències Mèdiques de Catalunya i Balears* .

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona. Miembro del *Observatori de Bioètica i Dret* de la UB.

ROSA ROS RAHOLA

Médico y directora del *Centre Jove d'Anticoncepció i Sexualitat* de Barcelona.

Ana Rubio

Catedrática de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada.

Gabriela Treteski

Académica de la Facultad de Psicología de la PUCRS. Miembro del grupo de Enseñanza e Investigación en Bioética Clínica del Instituto de Bioética de la PUCRS, Brasil.

SUMARIO

Página

PRESENTACIÓN 21

1

FALLOS EN LA IGUALDAD: LAS MUJERES EN LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y EL LIDERAZGO 29

MARÍA CASADO
FABIOLA LEYTON

1. Introducción 29

1.1. La situación a 2012 30

1.2. Buscando explicaciones 35

1.3. Los desiguales caminos del éxito 37

1.4. Propuestas para la igualdad 40

2. Conclusiones 43

3. Bibliografía 45

2

LA BIOÉTICA Y LAS MUJERES EN AMÉRICA LATINA: UN ENSAYO BIOGRÁFICO Y GENEALÓGICO 47

DÉBORA DINIZ
DIRCE GUILHEM

1. Un panorama genealógico 48

2. Entre médicos y teólogos, las mujeres feministas 50

3. Entre protagonistas académicas e interlocutoras públicas 52

4. Las mujeres y nuevos desafíos 56

5. Referencias Bibliográficas 57

Página

3
BIOÉTICA, MUJER Y ACCIONES POSITIVAS 63
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

1. Algunas nociones introductorias. La igualdad, la naturaleza, la conducta social 63

2. Las acciones positivas. Concepto. Una noción preliminar 64

3. Objetivos 65

4. Argumentos en contra de las acciones positivas 66

4.1. Las categorías sospechosas (como la raza, el sexo, etc.) no son pautas válidas de distinción (ni para perjudicar ni para beneficiar) 66

4.2. La discriminación no se soluciona mirando al pasado 66

4.3. Consecuencias injustas de la responsabilidad colectiva objetiva 67

4.4. El alejamiento de la buena regla de la meritocracia 67

4.5. El fin no justifica los medios 67

4.6. Inadecuación del medio al fin 67

5. Argumentos a favor de las acciones positivas 68

5.1. Aclaraciones iniciales 68

5.2. Las acciones positivas miran el futuro 68

5.3. No puede pretenderse que una discriminación fundada en la pertenencia a un grupo (criterio colectivo) sea atacada con medidas exclusivamente individuales 68

5.4. La bondad de los fines 69

5.5. La incidencia de los factores sociales y económicos sobre los méritos personales 70

5.6. Carencia de datos empíricos 70

6. Requisitos para la validez de las acciones positivas 70

6.1. Existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidad 70

6.2. Motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar 71

6.3. Proporcionalidad: la búsqueda del medio menos agresivo 71

Página

6.4. Transitoriedad y reversibilidad 71
6.5. Incidir en las causas y no en los resultados 72

7. Las acciones positivas a favor de la mujer en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) 72

8. Las mujeres y las acciones positivas en la Constitución Nacional de la República Argentina 73

9. Acciones positivas, mujer y bioética 73
9.1. Los ámbitos tradicionales 73
9.2. Los ámbitos «descubiertos» en tiempos más recientes 74

10. Algunas conclusiones provisionales 78

4

CONFLICTOS ÉTICOS INVOLUCRANDO LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA ACTIVIDAD DE UN COMITÉ DE BIOÉTICA DE HOSPITAL 79
JUSSARA DE AZAMBUJA LOCH
GABRIELA TRETESKI
MARÍA ESTELITA GIL
LÚCIA HELENA DUPUY PATELLA
POLYANA GOELZER BOPP
GABRIEL JOSÉ CHITTÓ GAUER

1. Consideraciones iniciales 79

2. Naturaleza y objetivos de un comité de bioética 81

3. Resultados y discusión 82
3.1. Confidencialidad y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) 84
3.2. Interrupción de la gestación 91

4. Consideraciones finales 98

Referencias 99

5

DONANTES VIVOS DE RIÑÓN: REFLEXIONES ÉTICAS EN RELACIÓN AL GÉNERO 103
MARIELA MAUTONE

I. Introducción 103

Página

II. La situación actual de los trasplantes de riñón con donantes vivos 105

III. El concepto de género como herramienta de análisis 110

IV. Conclusiones 112

V. Bibliografía 113

6

ABORTO: ¿CUÁNTA MÁS EVIDENCIA SE NECESITA PARA DEFINITIVAMENTE ABORDARLO COMO UNA PROBLEMÁTICA DE SALUD PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS? 117

ELEONORA LAMM

1. El aborto en cifras y realidades 117

2. Legalidad y seguridad 121

2.1. Se demanda autorización de uno o varios médicos (o de comisiones o comités) 122

2.2. Falta de infraestructuras e instalaciones hospitalarias o los servicios de aborto están geográficamente mal distribuidos, de modo que no es posible acceder a ellos, especialmente en zonas rurales 123

2.3. Falta de capacitación en proveedores 124

2.4. Las ideologías y creencias sociales, culturales y religiosas en contra del aborto son otras barreras para el acceso a estos servicios 125

2.5. Se exige la autorización del marido, o la notificación o autorización paterna 126

2.6. Los profesionales de la salud se niegan a atender abortos basándose en objeciones de conciencia 127

2.7. Se prevén honorarios u otros cargos que reducen el acceso a los servicios, especialmente a mujeres pobres y adolescentes que no pueden costearlos 128

2.8. Se imponen el cumplimiento de requisitos legales previos que actúan como restricciones, como por ej. ecografías 130

2.9. Se judicializan los casos 133

2.10. Existen limitaciones en el acceso a anticonceptivos 133

Página

3. Aborto y derechos humanos 136

4. Conclusiones 139

7

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS 141

ROSA ROS RAHOLA
HILDEGARD MAUSBACH REISEN
NEUS PRAT PUIGPELAT

1. Derecho a planificar una familia, a tener hijos o a no tenerlos 141

2. El embarazo imprevisto 147

2.1. ¿Por qué hay mujeres que quedan embarazadas sin planificarlo ni desearlo? 148

2.2. ¿Por qué hay dificultades en el uso de los anticonceptivos? 150

Bibliografía 153

8

REPRODUCCIÓN ASISTIDA, MODELOS DE FAMILIA Y DERECHOS REPRODUCTIVOS 155

MÓNICA NAVARRO MICHEL

1. Introducción 155

2. La infertilidad como presupuesto (o no) de las técnicas de reproducción asistida 156

2.1. La legislación española 157

2.2. La legislación italiana 162

3. Modelos de familia: legislación liberal española versus legislación restrictiva italiana 167

3.1. La mujer sola 167

3.2. Las parejas de mujeres 170

3.3. La fertilización post-mortem 172

4. Conclusión. ¿Existe un derecho a la reproducción asistida? ... 174

Página

9

EL ANONIMATO DE LAS DONACIONES EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: UNA SOLUCIÓN INSATISFACTORIA DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA 181

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Introducción 181

1. El anonimato en las legislaciones que regulan las TRA 182

2. El conocimiento de la identidad de los donantes: una nueva forma de interacción en los procesos de reproducción asistida 185

2.1. Las donaciones de gametos y embriones 185

2.2. Diferencias entre las donaciones masculinas y femeninas 187

2.3. Las relaciones de cooperación que subyacen a las técnicas 189

2.4. El control del mercado de la reproducción 191

Bibliografía 193

10

REPRODUCCIÓN ASISTIDA, GÉNERO Y DERECHO: DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A LOS CONFLICTOS SOBRE LOS EMBRIONES 195

ESTHER FARNÓS AMORÓS

1. Introducción 195

2. Los conflictos sobre la disposición de embriones 198

2.1. Planteamiento 198

2.2. Tendencias jurisprudenciales 199

2.3. Implicaciones genéticas y de género 202

3. Propuestas de solución 204

3.1. Acuerdos previos 204

3.2. Reglas aplicables en ausencia de acuerdo 207

4. Bibliografía 209

Página

11

Y PASÓ UN DECENIO: REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y «SABOR LOCAL». CONTEXTO Y MUJER EN LATINOAMÉRICA 215

FLORENCIA LUNA

1. **Introducción** 215
2. **Contexto** 217
3. **Secreto y embriones a transferir** 218
4. **Los límites y sus criterios** 220
5. **Mandatos y prácticas efectivas** 221
6. **Doble moral y esterilidad secundaria** 223
7. **Embriones y personas** 225
8. **Un problema de salud reproductiva** 228
9. ***Postscriptum*: Diez años más tarde** 230

12

¿DEBE EL ESTADO CUBRIR LOS TRATAMIENTOS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA? ANÁLISIS A LA LUZ DE LA BIOÉTICA 233

CLAUDIA BROLESE

1. **Introducción** 233
2. **Fundamentos constitucionales del derecho a la salud** 235
3. **Derecho a la salud reproductiva** 236
4. **Legislación sobre fertilización asistida** 237
5. **La justicia frente a la infertilidad** 239
6. **Principios de bioética en pugna** 243
7. **Conclusiones** 244
8. **Referencias** 245

Página

13

¿RETADAS POR NO SER MADRES? LECTURA CRÍTICA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS DESDE EL FEMINISMO 247

SANDRA FODOR

1. Introducción 247

2. El divorcio de la sexualidad y la fecundidad: nuevas tecnologías de reproducción 248

2.1. El manejo de la reproducción y la sociedad 251

3. Las nuevas tecnologías reproductivas [re]interpretadas desde el feminismo 252

4. Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías reproductivas 254

5. Maternidad subrogada 257

5.1. Determinación de la maternidad 259

6. A modo de conclusión 265

7. Bibliografía 267

14

PROBLEMÁTICA BIOÉTICA Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA 271

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

1. Introducción 271

2. Valores ético-sociales protegidos 276

3. Luces y sombras de la aplicación de la normativa en materia de violencia de género 279

4. Problemas que suscitan la prueba y aplicación del delito de «malos tratos familiares» 280

5. Conclusiones 287

Página

15

UNA MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: EL ACOSO FEMENINO EN LA ADMINISTRACIÓN 289

ANA RUBIO

Introducción 289

1. El acoso en la Administración y su impacto sobre las mujeres 291

2. Análisis de algunas sentencias 298

3. Algunas conclusiones para la reflexión 304

Presentación

El libro que aquí presentamos constituye el octavo volumen de la Colección de *Materiales de Bioética* de la Editorial Civitas Thomson Reuters que, como los anteriores, se inserta en una de las líneas de trabajo del *Observatori de Bioètica i Dret*, centro de investigación de la Universitat de Barcelona, y de la Cátedra UNESCO de Bioética de esta misma Universidad. Sin embargo, al mismo tiempo, es un libro con un carácter específico: se trata de exponer, primero, y promover, después, una mirada de género a algunas de las cuestiones más actuales y candentes de la reflexión bioética desde la óptica de las mujeres. Porque –casi huelga decirlo– la disciplina bioética ha compartido con la práctica totalidad de las disciplinas científicas, o las simplemente discursivas, la característica de haber sido promovida y prácticamente monopolizada por el otro género, el masculino, por lo que resulta imprescindible generar un mayor acercamiento de la bioética a la problemática de las relaciones de género.

Desde siempre, las teorías éticas han sido elaboradas por hombres; a lo largo de la historia, poca preocupación por las mujeres se ha reflejado en los quehaceres de los grandes filósofos. Sin embargo, en la actualidad, se está produciendo un acercamiento de la bioética a las cuestiones de género, especialmente en lo que hace a los problemas de salud y en relación al cuerpo. La propia UNESCO lo incluye como una de las nuevas prioridades de la institución en su programa por la igualdad de género[1], propiciando este tipo de planteamientos con la intención que el binomio bioética-género contribuya a impulsar las más lúcidas implicaciones de cada uno de los dos términos para conseguir así una mayor sensibilidad en las políticas públicas que se establezcan en estos ámbitos.

Además, debe tenerse en cuenta que, en general, hay una marcada tendencia a analizar los problemas de desigualdad que afectan a las

1. Véase: *http://www.unesco.org/new/index.php?id=18669&L=0.*

mujeres en términos de discriminación laboral y salarial, y de desigualdades en el sistema de rol-estatus familiar y social, quedando, en consecuencia, en segundo plano otras problemáticas que afectan negativamente y con similar fuerza a muchas de ellas. Por eso mismo, conviene explorar la experiencia de las mujeres y cómo se sitúan en los diferentes contextos de desarrollo y modernización, qué respuestas dan ante las dificultades y las novedades, de qué criterios se sirven para tomar decisiones, cómo se cuestionan las nuevas condiciones o los nuevos avances científico-técnicos, qué les molesta, qué les interesa, cómo se ven a sí mismas, qué opinan, por ejemplo, de las teorías sexuales o de las nuevas tecnologías para la reproducción y otras que se ejercen sobre ellas y cómo –incluso en situaciones difíciles y opresivas– las propias mujeres crean, en definitiva, condiciones para generar y desarrollar situaciones más igualitarias y democráticas.

Así, en este sentido, este libro es novedoso porque quiere resaltar esa otra mirada sobre lo ya tantas veces debatido. ¿Cabe hablar de una perspectiva de género también en el campo de la bioética? La respuesta debe ser, en nuestra opinión, afirmativa, desde el momento en que se acepte el hecho diferencial del género, cuestión que a esas alturas casi nadie discute ya. Pero eso no significa que se trate de un enfoque forzosamente opuesto y hasta antagónico al del otro género, sino diferente, que pone de relieve aspectos que habitualmente han pasado desapercibidos para el género dominante, es decir, el masculino. Valga como ejemplo el Capítulo 5, en el que se analiza la donación entre vivos de órganos para trasplante (de riñón, de hígado, etc.) poniendo el énfasis no sólo en el éxito de este tipo de actuaciones desde el punto de vista médico, o en el complejo juego de beneficios y perjuicios para el donante y para el receptor, sino sobre todo en el hecho de que en la mayor parte de las culturas y contextos socioeconómicos las mujeres son las principales donantes, cuestión que por lo general ha merecido escasa atención en las publicaciones científicas sobre trasplantes y todavía menos estudio acerca de las causas y motivaciones de todo tipo que subyacen a este dato que, para algunos, es meramente estadístico.

La mayoría de las veces, los estudios de bioética en relación con las mujeres se han centrado en especial en el terreno de la sexualidad o de la reproducción, haciendo abstracción de las implicaciones y condicionantes de la salud en la vida de las mujeres, como si en este campo no existieran diferencias entre mujeres y hombres. Sin embargo, es evidente que los condicionantes de la salud afectan de distinta manera a seres humanos que tienen una genética, biología, fisiología, endocrinología, y

hasta una psicología diferentes. Dado que la asistencia sanitaria, y en concreto la atención primaria, basa su actuación en la llamada evidencia científica, la falta de investigación sobre la morbilidad diferencial, y la visión androcéntrica que tiene al varón como norma, ha afectado a la atención cotidiana de las mujeres. La rigidez de la visión centrada sólo en el hombre ha producido sesgos en el momento del diagnóstico, tanto por considerar que enferman igual hombres y mujeres –si bien también en eso hay notorias diferencias– como por considerar que, en tanto que diferentes, no pueden tener problemas similares, o bien por no tener en cuenta los condicionantes biopsicosociales de las enfermedades.

Por otra parte, sexo y género no son sinónimos, aunque a veces la bibliografía al uso –de inspiración predominantemente anglosajona– pueda sustituir una palabra por otra. La «perspectiva de género» y la propia palabra «género» han surgido, en especial, de las ciencias sociales para identificar cómo los estereotipos llegan a condicionar las conductas. Pero, a veces, la palabra género puede también encubrir las diferencias, como la violencia doméstica o de género encubre lo que en realidad casi siempre es violencia contra las mujeres. Eso es así porque el debate acerca de esta diferencia de género coincide con la problemática, teórica y práctica, relacionada con la mujer en un universo ético y jurídico caracterizado por el principio de igualdad y por el valor de la diferencia; principio y valor que, a pesar de su reconocimiento formal tienden a invisibilizarse en la práctica concreta. Porque una cosa es reconocer oficialmente la igualdad de hombres y mujeres, y otra el contenido de esa igualdad que, con frecuencia, resulta en derechos vacíos pues no basta con cambiar los roles de la mujer si complementariamente no se modifican los del hombre y se sigue actuando con modelos, valores y metas claramente patriarcales, cuando no directamente sexistas.

Este libro recoge, como el lector/lectora ya habrá adivinado, un conjunto de Capítulos escritos sobre todo *por* mujeres –especialistas en su respectivo ámbito de conocimiento y de estudio– pero no sólo *para* las mujeres, pues los elementos de juicio que aportan deben ser conocidos no únicamente por las afectadas, o las posibles afectadas, sino por el conjunto de los ciudadanos y ciudadanas, por los operadores jurídicos, por los legisladores, por los profesionales sanitarios y, en general, por cualquier persona que comparta la visión de la bioética que mediante esta Colección de *Materiales de Bioética* venimos propugnando: plural, pluridisciplinar y laica, y que tenga como marco el respeto y la promoción a los derechos humanos reconocidos. En efecto, dentro de tales enfoques, los Capítulos que conforman el libro abarcan distintos

campos de estudio y de reflexión pero con un denominador común: poner de relieve esa perspectiva de género en las cuestiones bioéticas que las autoras han elegido para su trabajo. El objetivo común a todos ellos es, además de descubrir –de desvelar– esa perspectiva demasiadas veces ignorada o incluso menospreciada (a veces por las propias mujeres), el de animar a otras a tener muy presente el punto de vista femenino en sus publicaciones, en sus análisis, en sus propuestas y recomendaciones, en su forma de hacer bioética.

El libro comienza con textos de carácter general para pasar, a medida que avanzan los distintos Capítulos, a temas concretos como los relacionados con las técnicas de reproducción asistida y con la llamada violencia de género. El primer Capítulo, a cargo de María CASADO y Fabiola LEYTON versa acerca de *Fallos en la igualdad: las mujeres en la educación, la ciencia y el liderazgo*, y en el mismo se estudian las posibles razones para la persistencia del desequilibrio entre mujeres y hombres en dichos ámbitos. Le sigue el Capítulo escrito por Débora DINIZ y por Dirce GUILHEM, *La Bioética y las mujeres: un ensayo biográfico y genealógico*, en el que se revisan las aportaciones de las mujeres feministas al desarrollo de la bioética en Latinoamérica en general y en particular en Brasil. El tercer Capítulo, elaborado por Aida KEMELMAJER y titulado *Bioética, mujer y acciones positivas,* muestra la necesidad, todavía, de acciones positivas para producir modificaciones en las pautas culturales discriminatorias que aún prevalecen en muchos sectores de la sociedad y también en la Bioética al uso.

Con el Capítulo cuarto el libro se introduce en aspectos más concretos. Este texto, coordinado por Jussara LOCH, describe los *Conflictos éticos involucrando los derechos sexuales y reproductivos en la actividad de un comité de bioética de hospital* y aborda, mediante el análisis de casos, el papel de los comités de ética de hospital en Brasil en relación, especialmente, con los derechos reproductivos de las mujeres en aquel país.

El Capítulo quinto, escrito por Mariela MAUTONE y que lleva por título *Donantes vivos de riñón: reflexiones éticas en relación al género*, introduce al lector a los posibles conflictos de tipo ético que subyacen a la donación de órganos entre vivos para trasplante, centrándose, como ya se ha mencionado antes, en los sesgos de género detectados en esta actuación sanitaria.

A continuación, Eleonora LAMM analiza en su texto *Aborto: ¿Cuánta más evidencia se necesita para definitivamente abordarlo como una problemática de salud pública y derechos humanos?* los obstáculos para la interrup-

ción voluntaria del embarazo en distintos contextos, entendiéndolos como una forma más de vulneración de los derechos humanos de las mujeres.

Insistiendo en la temática de los derechos sexuales y reproductivos, el Capítulo séptimo, escrito por Rosa ROS, Hildegart MAUSBACH y Neus PRAT, analiza, por una parte, la cuestión del *Derecho a planificar una familia, a tener hijos o a no tenerlos* y, por otra, se adentra en el *embarazo imprevisto* y los motivos que pueden llevar a mujeres de diferentes edades –aún adolescentes o, por el contrario, ya cercanas a la menopausia– a quedar embarazadas sin pretenderlo ni desearlo.

El bloque de Capítulos sobre técnicas de reproducción asistida (TRA) contiene las aportaciones de Mónica NAVARRO, quien en su texto acerca de la *Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos*, expone los cambios originados por dichas técnicas en el modelo tradicional de familia y entra de lleno en el debate, siempre presente, de los derechos reproductivos de la mujer que esas técnicas han puesto sobre la mesa. El siguiente Capítulo, sobre *El anonimato de las donaciones en las TRA: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista,* y cuya autora es Francesca PUIGPELAT, expone diferentes argumentos para defender la posibilidad, y hasta la necesidad, de que pueda conocerse la identidad de los donantes de gametos y de embriones en el marco de las TRA.

Esther FARNÓS, en el Capítulo que lleva por título *Reproducción asistida, género y derecho: de la maternidad subrogada a los conflictos sobre los embriones*, debate los principales conflictos éticos y legales en torno a la disposición de embriones, remarcando especialmente las implicaciones jurídicas y de género que conllevan.

A continuación, Florencia LUNA defiende, en el Capítulo *Y pasó un decenio: reproducción asistida y «sabor local». Contexto y mujer en Latinoamérica*, la necesidad de tener en cuenta, en los estudios de bioética, el peso específico del contexto –ese *sabor local* al que la autora hace referencia– a la hora de evaluar las TRA como parte integrante de la salud reproductiva.

Claudia BROLESE centra su aportación a este libro en la siguiente pregunta, que es, a la vez, el título de su Capítulo: *¿Debe el Estado cubrir los tratamientos de fertilización asistida? Análisis a la luz de la Bioética*, propugnando, en su respuesta a la misma, que el acceso a las TRA debe considerarse un derecho fundamental que debe garantizarse a todas las

personas como parte integrante del derecho a la salud propugnado por la OMS y diversas Declaraciones internacionales.

Cerrando este bloque, el siguiente Capítulo *¿Retadas por no ser madres? Lectura crítica de las nuevas tecnologías reproductivas desde el feminismo*, a cargo de Sandra FODOR, pone de relieve la fuerte presión que, a juicio de la autora, se ejerce sobre la mujer para que, con la ayuda de las TRA si es necesario, acepte la maternidad como objetivo básico de su existencia.

Este libro se cierra con dos Capítulos centrados en la denominada «violencia de género» ejercida sobre la mujer. Si bien no son temas tan habituales en las reflexiones bioéticas, con ellos tratamos de hacer evidente que este tipo de violencia plantea –desde puntos de vista distintos al aborto o la reproducción asistida– la cuestión de cómo se construye la relación entre sujetos y cuerpos, y de las resistencias que se producen por la persistencia de modelos culturales que perpetúan concepciones tradicionales en cuanto las mujeres son vistas como débiles e inocentes y, por ello, como víctimas. El Capítulo de Mirentxu CORCOY, *Problemática bioética y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica,* analiza en qué medida las reformas legislativas implementadas en los últimos años sobre la violencia de género y doméstica –en tanto que problema cultural y social que afecta a todas las sociedades– son las adecuadas tanto desde la perspectiva bioética como de género.

Por último, Ana RUBIO, en el Capítulo con el que concluye este libro *Una manifestación de la violencia de género: el acoso femenino en la Administración*, analiza el fenómeno del acoso moral, por lo general con un fuerte componente sexuado, en un ámbito tan específico como la función pública en la Administración. La persistencia todavía de un alto grado de machismo o sexismo en la sociedad española favorece esta forma de violencia de género a pesar de los esfuerzos a nivel legislativo, político y social por erradicarla.

Como ya se ha dicho anteriormente, este es un libro escrito casi en exclusiva *por* mujeres pero no sólo *para* las mujeres. Por este motivo, la coordinación del mismo es responsabilidad de María CASADO y de Albert ROYES, mostrando de este modo que lo en él tratado afecta por igual a todos los ciudadanos que, con independencia de su sexo, se muestran abiertos y esperanzados en que, por fin, nuestras sociedades den firmemente cuantos pasos sean necesarios para conseguir el ya antiguo ideal de la igualdad en derechos, en deberes y en oportunidades de las personas, hombres y mujeres.

Por último, sólo nos queda agradecer fervientemente a las diferentes autoras su generosidad y esfuerzo indispensables para que el lector pueda tener, ahora, este libro en sus manos. Gracias a todas.

María Casado

Albert Royes

1

Fallos en la igualdad: las mujeres en la educación, la ciencia y el liderazgo

MARÍA CASADO

FABIOLA LEYTON

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. *1.1. La situación a 2012. 1.2. Buscando explicaciones. 1.3. Los desiguales caminos del éxito. 1.4. Propuestas para la igualdad.* 2. CONCLUSIONES. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de diferencias significativas entre mujeres y hombres tanto en el acceso a la educación como en la posterior incorporación al mundo de la ciencia –y, en general, al mundo del trabajo y el desarrollo profesional–, continúa siendo característica de nuestros sistemas económicos y sociales, pese a la reiterada afirmación de su inaceptabilidad y pese a la existencia de políticas públicas dirigidas a corregirlas.

Existe un consenso generalizado en la idea de que el desequilibrio mujeres-hombres no es admisible y constituye, además, un obstáculo al desarrollo en la actual economía basada en el conocimiento; pese a ello, el hecho constatable es que existe, a pesar de los esfuerzos globales por asegurar el acceso femenino a la educación primaria, secundaria y universitaria, y por mejorar la igualdad en el mundo laboral para las mujeres. Estos esfuerzos se han implementado de manera desigual y han obtenido tan magros resultados que obligan a reconocer que la representación femenina en el ámbito de la educación, y en el de la ciencia y la investigación, aún no se cumple de manera satisfactoria; y que su presencia y competencia en el mercado laboral no ha subido de forma suficientemente significativa.

Si bien la falta de equidad en el acceso a la educación primaria y

secundaria es una amenaza para la movilidad social, así como para la obtención de mayores ingresos y, para superar la pobreza[1]; no obstante, y aunque muchos países garantizan el acceso femenino a la educación superior, existe una falla global al momento de absorber y aprovechar el gran porcentaje de mujeres que logran finalizar exitosamente una carrera, un máster o incluso un doctorado. Esto se nota en la palpable falta de mujeres en puestos de responsabilidad y decisión no sólo en las empresas del sector privado, sino también en ámbitos como la investigación, la academia y los gobiernos. Con esto se desperdicia la mitad del talento formado, y se continúa discriminando de manera negativa a las mujeres, lo que constituye una flagrante violación a los derechos humanos de un colectivo que, en estos momentos, representa a más de la mitad de la población del planeta, lo que tiene una incidencia directa en las economías locales, y en las posibilidades de un desarrollo global sostenible.

En este contexto, las políticas globales, nacionales y sectoriales de equidad de género sólo pueden tener éxito si, colectivamente, nos abocamos a la tarea de cambiar la definición dominante del éxito, lo que exige una reestructuración de las instituciones y la naturaleza del poder; además de propiciar un cambio social liberatorio y plural que compatibilice los cambios en la jerarquía de valores, en los modelos de familia y de relación laboral, así como en el sistema de responsabilidad procreativa. La inclusión activa de la población femenina en los ámbitos educacional, económico, científico, cultural, entre otros, valoriza y repercute en unos mayores índices de desarrollo humano para su familia, su comunidad, y por supuesto, para su ser individual. Esto significará un cambio social y cultural que afectará al conjunto, al mundo diverso y plural de mujeres y hombres, con sus diferencias, sus proyectos de vida e itinerarios biográficos que reclaman el establecimiento y la garantía de unas condiciones de compatibilidad e igualdad realmente efectivas.

1.1. LA SITUACIÓN A 2012

El acceso a la educación para niñas y jóvenes es un problema global. La UNESCO estima que hay 556 millones de mujeres analfabetas en países del hemisferio sur (frente a los 315 millones de hombres analfabetos). El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), revela que un total de 101 millones de niños y niñas permanecen aún sin esco-

1. Y con ello, una amenaza a la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2015 de la ONU respecto a la igualdad de género.

larizar. De éstos, 73 millones son niñas. Esto tendrá una directa repercusión no sólo en sus itinerarios vitales personales, sino también en la vida y el desarrollo de sus comunidades más cercanas, en el de su país, en su competitividad internacional, y en la inserción del mismo en la economía global. Esta es una tendencia de sobra estudiada, por cuanto la falta de acceso a la escolarización y la educación primaria y secundaria acentúa la desigualdad de ingresos tanto en países desarrollados como pobres. Según Nallari y Griffith, «las mujeres se ven desproporcionadamente afectadas por el aumento de la desigualdad, porque tienden a ganar salarios menores y a tener menos educación, menos habilidades y menos movilidad que los hombres»[2]. En un esfuerzo por superar esta situación, desde el año 1975 la UNESCO abordó la situación de la mujer como un problema de integración al desarrollo, y, como valoran Guzmán e Irigoin: «la igualdad de género se ha consolidado progresivamente como un valor y una meta para el desarrollo»[3]. La Conferencia Mundial sobre Educación celebrada en Dakar, el año 2000, confirió un mayor impulso a las medidas globales contra la inequidad de género y, desde entonces, la participación femenina ha aumentado, especialmente en los niveles superiores de educación. Como ilustra la UNESCO en su *Atlas Mundial de la Igualdad de Género en la Educación*: «desde 1970, la matriculación de niñas que cursan la educación primaria ha aumentado más rápidamente que la de niños (especialmente en América del Norte, Europa y Asia Central) y la participación femenina en educación secundaria disminuye respecto de la educación primaria, pero de manera desigual en diferentes países»[4]. La situación cambia radicalmente cuando se trata de la educación terciaria, que es donde la matrícula femenina ha alcanzado cotas más altas: las tasas femeninas de matrícula han superado las tasas masculinas durante décadas en Europa, América del Norte, Asia Central, América Latina y el Caribe. En dos de cada tres países que reportan datos a UNESCO, las tasas femeninas de matrícula superan a las de los hombres. Es más: «en algunos casos, es bastante más probable que los estudiantes que pasen directamente de la educación

2. Nallari, R.; Griffith, B.: «Gender and Macroeconomic Policy». The International Bank for Reconstruction and Development and the World Bank, Washington D. C., 2011. En: United Nations Girls' Education Initiative (UNGEI): *Gender and Skills Development: A Review Background Paper for the EFA Global Monitoring Report 2012* (UNGEI), p. 7.
3. Guzman, V.; Irigoin, M.: «La equidad de género en la educación de adultos», en *La educación de personas jóvenes y adultas*. Santiago, Chile: UNESCO-OREALC, 2000, p. 231.
4. Cfr. UNESCO: *World Atlas of Gender Equality in Education* (2011), pp. 18 y ss.

secundaria al mercado laboral o educación no formal sean hombres, y no mujeres»[5].

A pesar de estos avances, la UNESCO manifiesta la preocupación de que en numerosas regiones del globo persisten situaciones de profunda desigualdad. Sólo en Asia Oriental, el Pacífico, Europa Occidental y América del Norte se ha alcanzado la paridad de género en todos los niveles educativos, en el resto del mundo se está alcanzando recién a nivel de educación primaria[6]. Al ritmo que se lleva, sentencia la UNESCO, un 46% de países no garantizará la igualdad educativa a los tres niveles en 2015. Para el caso de América Latina y el Caribe, sólo se ha alcanzado la paridad en la educación secundaria y superior.

En cuanto a la educación superior, el acceso femenino a nivel global ha ascendido a un ritmo sin precedentes: a 2008, la tasa de matrícula femenina superó a la masculina por lo menos un 25% en América del Norte, Europa y América Latina y el Caribe. Aquí la tasa de matrícula universitaria femenina es mucho más alta que la masculina: «En Argentina, Brasil y Venezuela, las tasas masculinas de participación son inferiores en un tercio, un cuarto y dos quintos de las tasas femeninas, respectivamente[7]. En Europa sucede algo similar, con leves diferencias que se relacionan directamente con el Producto Interno Bruto (PIB) de cada país: mientras más riqueza existe, más probabilidad de que las mujeres finalicen exitosamente una carrera universitaria en mayor proporción que los matriculados de sexo masculino. Como resaltan Buchmann, Diprete y McDaniel, una vez la mujer ingresa a la educación superior tiende a superar al hombre en términos de puntuaciones, evaluaciones

5. *Ibid*, p. 20.
6. Con excepción de los Estados Árabes, donde sólo la educación terciaria se encuentra más próxima a alcanzar la paridad.
7. Según Papadópulos y Radakovich (2005) en la región se ha trabajado con éxito durante las últimas décadas en consolidar estructuras igualitarias de oportunidades entre varones y mujeres. Así, hoy en día las mujeres casi igualan a los estudiantes varones matriculados en las universidades, y en algunos casos les han superado en número, alcanzando mayorías significativas en algunas carreras. Es lo que los autores llaman «feminización de la matrícula», y que presenta tres niveles de desarrollo en toda la región: feminización incipiente (menor al 50% de la matrícula total, en países como Perú y Bolivia), feminización igualitaria (entre 47%-53% del total en países como Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador y México) y la feminización de la matrícula tanto a nivel medio (entre 54%-60% en Argentina, Brasil y Venezuela) como a un nivel alto (más del 60% del total de las matrículas en Uruguay, República Dominicana y Panamá). Ver: Papadópulos, J. y Radakovich, R.: «Educación Superior y Género en América Latina y el Caribe», en *Informe sobre la Educación Superior en América Latina y el Caribe 2000-2005. La metamorfosis de la educación superior.* Ed. UNESCO IESALC, 2006, p. 70.

y culminación del programa[8]. Sin embargo, algo cambia en la representatividad femenina cuando se trata del ámbito de la investigación y la ciencia: las mujeres representan sólo el 29% de los investigadores a nivel global. En el 37% de los países que reportan a UNESCO, las mujeres constituyen menos de un tercio del número total de investigadores. Sólo el 15% de los países han alcanzado la paridad de género: mientras América Latina cuenta con la proporción más alta (46%) de investigadoras, éstas sólo alcanzan el 33% en Europa. Las investigadoras mujeres superan en número a sus contrapartes masculinas en escasamente once países (Argentina, Azerbaiyán, Cabo Verde, Georgia, Kazajstán, Latvia, Letonia, Lesotho, Myanmar, Filipinas y Venezuela)[9].

«No hay pruebas de que el género esté relacionado con el éxito en la investigación científica», escribía la bióloga Mary Osborn en una carta dirigida a la revista Nature[10] en 1992, y resaltaba que, por entonces, sólo el 1% de directivos del Max Planck Institut eran mujeres. Desde los '90, el desequilibrio entre mujeres y hombres se ha ido poniendo de manifiesto de manera reiterada gracias a los informes del grupo de Helsinki, de la *European Technology Assessment Network* (ETAN) y de la Comisión Europea *She Figures* de 2003, 06 y 09[11]. Pero ni los informes ni las políticas establecidas para revertir esta brecha han dado hasta hoy el resultado deseado. El informe *She Figures* de 2009 afirma que sólo el 30% de científicos son hoy mujeres que, además, cobran salarios inferiores en puestos similares, y que los espacios de responsabilidad siguen ocupados por hombres. Las medidas que se han arbitrado en los últimos años consiguen que haya más mujeres y más doctoras, pero luego eso no se refleja ni en todos los sectores ni en todos los lugares del escalafón. Por otro lado, el mismo informe señala que «hay una relación inversa entre el dinero gastado en inversión I+D en el sector empresarial y el número de mujeres: el sector empresarial es donde las mujeres están menos representadas»[12] y, realmente, bien puede afirmarse que en el mundo de la economía la representación femenina es aun más baja que en el de la ciencia. Igual que ocurre en la universidad, en los organismos de investigación se produce una «segregación vertical« de las mujeres: con

8. Buchmann, C.; Diprete, T.; Mcdaniel, A.: «Gender inequalities in education». *Annual Review of Sociology*, 2008, Vol. 34, p. 325.
9. UNESCO, 2011. *op. cit*. p. 78.
10. Osborn, M. Nature 1992; 360: 101.
11. European Technology Assessment Network (ETAN), *Adressing the gender balance in research policy*, 2000; European Comission: *She Figures* 2009; European Commission: *Women in Industrial Research. Speeding Up Changes in Europe* (WIR) 2004.
12. She Figures, 2009, p. 24.

el 44% de mujeres «postdoc», hay 36% en el nivel medio y solo el 18% en el grupo superior de profesoras. Sólo el 13% de instituciones de educación superior y el 9% de universidades están dirigidas por mujeres. Sólo el 22% de los puestos en los consejos de administración están ocupados por mujeres[13].

Estas cifras están reflejadas en la estadística y en el análisis del Atlas UNESCO, que revela que un mejor nivel educativo no significa necesariamente mejores oportunidades de empleo para las mujeres. Aunque sean mejores para los estudios, ellas aún enfrentan caídas y discriminación en los mercados laborales y terminan trabajando en empleos donde no llevan a la práctica ninguna –o casi ninguna– de las habilidades adquiridas. En el caso de América Latina, por ejemplo, de los cargos directivos ocupados por población mixta con más de 13 años de formación, el sexo es un predictor importante de éxito, porque la participación masculina aquí duplica y triplica la femenina: «En este grupo altamente educado, el acceso a cargos de decisión es menor para la mujer que

13. Las mujeres están subrrepresentadas en la investigación de los 27 países que conforman la Unión Europea –asociados y aspirantes. Latvia es el único país de la UE en que las investigadoras son mayoría en todos los sectores: educación superior, negocios y gobierno; y sólo otros seis estados (Bulgaria, Estonia, Lituania, Portugal, Eslovaquia y Rumanía) alcanzan tasas de más de un 40% de mujeres investigadoras. Fuente: Husu, L. y de Cheveigné, S.: «Gender and gatekeeping of excellence in research funding: European perspectives». En: Riegraf, B.; Aulenbacher, B., Kirsch-Auwärter, E. y Müller, U. (Eds.): *GenderChange in Academia. Remapping the Fields of Word, Knoledge, and Politics from a Gender Perspective*. VS Verlag-Springer, Heidelberg, 2010, p. 45.
Ya el 2004, en el Documento del *Observatori de Bioètica i Dret* de la Universitat de Barcelona, sobre *Mujeres y Ciencia* se decía: «Habiendo transcurrido varias décadas desde la incorporación masiva de la mujer a la educación superior (las mujeres constituyen más de la mitad de la población de estudiantes de licenciatura y el 55% de graduadas en la UE) esta presencia femenina no se refleja en los niveles superiores de la carrera científica. Dado que los comités de política científica, distribución de recursos, concesión de becas, miembros de academias y direcciones de colegios profesionales, están formados por científicos que pertenecen al nivel superior, en éstos hay un mayor déficit de mujeres.
Desde entonces, y a partir de los trabajos de C. Wenneras y A. Wold (Nature 387: 341-343, 1997) y del MIT (*http://web.mit.edu/fnl/women/women.html*) se ha puesto de manifiesto de forma irrefutable que si las mujeres no logran alcanzar la cima no es por falta de productividad científico/académica. A igualdad de méritos el puesto de trabajo que se obtiene es más bajo, y el tiempo promedio que se tarda en superar un nivel determinado es siempre superior al de los hombres. Para que la mujer consiga un puesto de trabajo en áreas científicas y tecnológicas se requiere por lo menos duplicar el nivel de competencia de los candidatos masculinos. La tabla del MEC sobre la proporción de catedráticos/ catedráticas en las Universidades Españolas es suficientemente indicativa». Este Documento puede consultarse en: *www.bioeticayderecho.es/documentos*.

para los varones en todo el continente. Para los varones el promedio del continente es de 6.86% mientras que para las mujeres es apenas el 2,92%»[14]. Sin ir más lejos, según los hallazgos del estudio *The College Payoff. Education, Occupations, Lifetime Earnings* llevado a cabo en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos (2011), una mujer con su grado académico universitario gana lo mismo que un hombre que no terminó su carrera universitaria, e incluso, éstas deben tener un grado académico de doctorado para ganar lo mismo que un hombre con bachillerato[15]. La inequidad salarial así como las disparidades de acceso a puestos de poder entre varones y mujeres, a favor de los primeros, confirma la inexistencia de paridad en el ámbito laboral y muestra cómo hasta el presente existen dificultades para que las mujeres accedan a puestos estratégicos que disminuyan la brecha de género en la toma de decisiones y en las élites de poder. Esta misma situación se refleja en sendos informes globales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): «la sobrerrepresentación femenina en la educación superior aún no se traduce en una representación proporcional en el mercado laboral, o en el acceso a cargos de liderazgo y toma de decisiones»[16].

1.2. BUSCANDO EXPLICACIONES

Desde nuestro punto de vista hay dos causas en la inequidad de la presencia femenina en educación, en ciencia y en el trabajo: por una parte las relacionadas con los valores y actitudes sobre el «rol» de la mujer en la sociedad –y en concurso con ello el rol desempeñado por los varones–, y por otra parte las que se relacionan con la forma en que nos organizamos social, legal y culturalmente para dar respuesta a estos valores y, de este modo, dar cumplimiento a las expectativas creadas.

Lo que nos informan las cifras no se deriva de la mala voluntad de «otro». No se trata de dividir la sociedad en dos, mujeres contra hombres y hombres contra mujeres; por el contrario se trata de averiguar las razones de lo que pasa y poner remedio conjuntamente para desarrollar

---

14. Papadópulos y Radakovich, *op. cit.* p. 78
15. Carnevale, A.; Rose, S.; Cheah, B.: *The College Payoff. Education, Occupations, Lifetime Earnings.* Center on Education and the Workforce, Georgetown University, 2011.
16. OCDE: *Atlas of Gender and Developement: How Social Norms Affect Gender Equality in Non-OECD Countries*. Paris, 2010; y PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 2009: Superando barreras – Movilidad y desarrollo humanos*. Nueva York, 2009. En: UNESCO (2011) *op. cit*. 71.

en libertad el propio modelo. Dicho en términos jurídicos: tener libertad y disponer de las condiciones que permitan el libre desarrollo de la personalidad.

Se parte de dos situaciones: existen tanto hay niñas esperando por un acceso igualitario al sistema educativo, como mujeres que lo alcanzan y llevan su carrera al cenit, topando con ese «techo de cristal» hasta ahora ineludible, que pone trabas al desarrollo personal, social, económico y representa una violación a los derechos de las mujeres. Estas aspiraciones de género, el acceso a la educación y a una igualdad en los beneficios del empleo y del desarrollo económico no se deben tanto a la discriminación intencionada como a unos valores que están sitos en las raíces de nuestra cultura y nuestra sociedad. En nuestro contexto, el prejuicio no es intencionado, pero es real. Y, además, a menudo está inserto en la propia opción de las mujeres en cuanto a la jerarquización de las metas y la planificación de la propia trayectoria laboral en un mundo «hecho a medida de ellos».

Vale la pena señalar que las jóvenes que no son conscientes de que aun hoy exista el techo de cristal, suelen pensar que la discriminación es algo del pasado y propio de generaciones anteriores; además, consideran tales planteamientos victimistas y rechazan sentirse parte de un colectivo discriminado y necesitado de ayudas. La tentación de considerar que los méritos y los esfuerzos propios son tan grandes que permitirán «llegar» es demasiado dulce y obedece a la interiorización de una de las reglas más repetidas en la educación: «si vales y te esfuerzas serás premiada con el logro buscado». No obstante el valor del esfuerzo personal y de la formación, es bueno reconocer que, aun tratándose de elementos importantes y necesarios, sin duda, es falaz que necesariamente conduzcan al éxito; la vida demuestra que entran en juego otros factores fuera del control de la voluntad propia por los que personas con igual mérito y dedicación –las mujeres– caen del sistema.

Como expresa Casado: «las discusiones decimonónicas que excluyen a las mujeres de la razón, la soberanía, el conocimiento y el poder hoy están felizmente superadas en el debate teórico, aunque no siempre en la vida real. La idea de que las mujeres no son aptas para el ejercicio de ciertas ciencias, estereotipos culturales de género, legitiman prácticas sociales discriminatorias: las mujeres como subordinadas. La educación y los valores que aun subyacen en los modelos tradicionales de lo femenino y lo masculino hacen que las mujeres estén en desventaja en un mundo competitivo, ya que su socialización las moldea como «princesas rosas» encantadoras, dulces, comprensivas, no impositivas, esperando

ser salvadas y despertadas por el príncipe.»[17] Este mismo modelo educativo las constriñe desde lo cultural cuando se constata el predominio de la matrícula femenina en carreras asociadas al espacio de lo privado, el cuidado y la atención de personas dependientes, enfermos, etc.[18] A los hombres, por su parte, se les educa en valores de fortaleza y aventura, de osadía y gallardía; un «príncipe azul» que gana batallas, es fuerte ante los obstáculos, vence dragones y decide valientemente. Como nuestro mundo es competitivo y despiadado, es indudable reconocer que con estos modelos educativos enviamos mejor preparados a los hombres que a las mujeres.

1.3. LOS DESIGUALES CAMINOS DEL ÉXITO

La pantalla de la igualdad teórica engaña: desde los niveles básicos de la enseñanza se ha ido construyendo una falaz idea de igualdad que, si bien se corresponde con la teoría y las leyes fundamentales, es falsa en la realidad cotidiana. Los efectos de esta pantalla de hipotética igualdad sesgan el análisis habitual de la mayoría de las personas hasta el punto de llevar a creer que lo que en realidad va sucediendo en cada itinerario biográfico es casual. Pero no lo es: los datos que hemos referido lo demuestran. Conseguida la igualdad legal es necesaria la igualdad real que no puede existir mientras para las mujeres sea necesaria una dolorosa elección entre carrera y vida familiar mientras que para los hombres el tener familia sea un plus que suma incluso en el mundo laboral, con la idea de que aporta estabilidad y responsabilidad al sujeto.

Como lo indica la UNESCO «la sobrerrepresentación de la mujer en la educación superior no es, necesariamente, producto de la adopción de medidas a favor de ellas [...] más bien reflejan, en parte, los cambiantes valores y actitudes sobre el rol y las aspiraciones de la mujer en la sociedad que, a su vez, representan el legado del cambio social»[19]. En el mismo sentido, el informe sobre Género y Desarrollo de Habilidades de UNESCO es enfático en destacar que «el crecimiento económico por sí solo no puede erradicar la inequidad de género. Está estructuralmente informado por las leyes, prácticas culturales y políticas de gobierno que han resultado en una jerarquía social que garantiza mayor poder a los

17. Casado, M.: «Sobre la persistencia del desequilibrio entre mujeres y hombres en el mundo de la ciencia», *Revista de Bioética y Derecho* 21, 2011, pp. 9-10.
18. Papadópulos, J. y Radakovich, R.: «Educación Superior y Género en América Latina y el Caribe», en *Informe sobre la Educación Superior en América Latina y el Caribe 2000-2005. La metamorfosis de la educación superior*. Ed. UNESCO IESALC, 2006, p. 122.
19. UNESCO (2011), *op. cit*. p. 71.

niños y hombres que a las niñas y mujeres. Mejorando el acceso al entrenamiento, educación y desarrollo de habilidades ayudará a aminorar la inequidad facilitando el empleo de las mujeres más jóvenes. Teniendo a más mujeres incorporadas al mercado laboral influenciará también las relaciones de género en la sociedad»[20].

La exclusión de muchas mujeres del ámbito de lo público tiene que ver con barreras institucionales, claras y ocultas, pero también con el deseo de las propias mujeres de no competir o, si optan por hacerlo, establecerlo en los términos de una decisión propia. En este último supuesto se trata de competir en términos que implican la planificación de carreras, de metas que obligan a convertirse en madres invisibles y que llevan aparejadas la conciencia de culpabilidad por las decisiones personales adoptadas respecto de la eventual vida familiar.

Un distinto concepto de «vida privada» y el desinterés hacia formas de éxito normativamente prestigiosas puede estar en la base de que muchas mujeres escojan caminos que las alejan de la carrera profesional competitiva que las podría llevar a puestos de la más alta representación y responsabilidad. Puede también ser que para muchas mujeres –quizás podríamos decir que para ciertas «personas», mujeres y hombres– es otra la definición personal del éxito y éste se considere más bien como un logro personal y como una experiencia privada que como un reconocimiento externo. Como expresión de la combinación de esfuerzo y resultado: logro propio e independiente. El éxito, el triunfo considerado como experiencia personal que se interpreta en términos de satisfacción y que no siempre es medido por la obtención de cosas.

Todos estos fenómenos, a juicio de las sociólogas Ruth Milkman y Eleanor Townsley, se derivan de una desigualdad que es persistente y sistemática, que está adentrada tan profundamente en la vida social y cultural que «en rigor no resulta necesario un acto voluntario de discriminación para mantener la desigualdad de género»[21]. Es decir, finalmente todo remite a unos esquemas mentales, conductuales y a un comportamiento colectivo, social y cultural por el que se relega a la mujer a la invisibilidad y la opacidad de lo privado, y pareciera que aún se la castiga cuando se atreve a violar la sacralidad del hogar para integrarse a la vida formativa, educativa, ocupacional. Toda la exclusión que vivi-

20. Ungei, 2012. *op. cit*. p. 10.
21. Milkman, R.; Townsley, E.: «Gender and the Economy» en Neil Smelser, N. y Swedberg, R. (eds.): *The Handbook of Economic Sociology,* Princeton University Press y Russell Sage Foundation, 1994, p. 604.

mos las mujeres en nuestra sociedad consiste en una discriminación basada en el sexo, lo que tiene serias consecuencias para las mujeres que son sus víctimas, independientemente de nacionalidades, etnias, edades, estratos socioeconómicos, o incluso, su nivel de formación académica.

Junto a Ceci y Williams[22] consideramos, con carácter general, que la pobre representación femenina en la ciencia y en puestos directivos se debe a dos factores asociados más bien al ámbito de lo privado y lo familiar: el factor fertilidad y elección de estilos de vida al mismo tiempo que con la forma de distribución de las tareas del hogar. Según esos investigadores, si las mujeres optan por no continuar con carreras científicas ello se asocia a sus ideas sobre lo que implica la formación de una familia, la crianza de los hijos y la elección de estilos de vida; y sería solo secundariamente adjudicable a las diferencias de sexo con sus compañeros científicos varones. Porque existen diferencias significativas entre los sexos en cuanto a las horas que se dedican al trabajo y a las preferencias de estilos de vida, ya que las mujeres estarían presionadas a tener hijos tempranamente, lo que las hundiría en sus expectativas laborales: «El sistema de permanencia [de las carreras científicas] tiene fuertes desincentivos para que las mujeres tengan hijos, y explican por qué hay más mujeres que hombres en la academia que no tienen hijos, e incluso, en el caso de las mujeres con carrera y con hijos tienen el doble de probabilidades de declarar que tuvieron menos hijos de los deseados, que sus compañeros varones poseedores de una carrera científica»[23].

Al mismo tiempo, el horario laboral es otro escollo a la hora de buscar la equidad en el trabajo, en la ciencia y la investigación, pues éste tiende a la dedicación absoluta; así, el tiempo para la vida personal resulta casi inexistente y la presión profesional es cada vez más y más perentoria, lo que, evidentemente, obliga a elegir entre profesión o familia a, por lo menos, uno de los miembros de cada grupo familiar. Tradicionalmente la mujer es la que opta por adoptar las tareas de cuidado de los hijos y los dependientes. Aunque hoy en ciertos sectores –especialmente entre los profesionales de la educación y en ciertos trabajos con flexibilidad horaria– se apuntan tendencias más igualitarias, que no obstante son minoría en el conjunto y porque, en general, el compartir tareas domésticas y familiares suele asociarse a la idea de «ayuda» más

22. Ceci, S.; Williams, W.: «Understanding current causes of women's underrepresentation in science», *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS), (2011) 108; 8: 3157-3162.
23. Ceci, S.; Williams, W. (2011). *op. cit.* p. 3161.

que a la conciencia personal de que existen unas tareas comunes que corresponden a todos.

El ascenso de las mujeres no es solo una cuestión de liberación de la mujer, sino de reestructuración de la sociedad y revisión de la cultura dominante, que está necesitada de un profundo análisis crítico. Es, además, imprescindible reconocerse para integrarse en el grupo: participar y ser, mostrar y tener ejemplos. No hay que olvidar que las mujeres han intervenido en todas las revoluciones y proyectos emancipatorios, luchando codo a codo con sus compañeros hombres, bajo la utópica idea de que una vez modificadas las estructuras sociales «luego arreglaremos lo de las mujeres». Sin embargo, el advenimiento de nuevos sistemas de organización política nunca llevó a cambiar las condiciones de vida de las mujeres, reproduciéndose una y otra vez modelos patriarcales en el seno de las organizaciones autodenominadas como progresistas.

1.4. PROPUESTAS PARA LA IGUALDAD

Las mujeres solo pueden tener éxito si cambia la definición dominante del éxito, lo cual exige una reestructuración de las instituciones y de la naturaleza del poder y un cambio social liberatorio y plural que compatibilice los cambios en la jerarquía de valores, en los modelos de familia y en el sistema de responsabilidad procreacional.

Las posibilidades de revertir la situación de desequilibrio entre mujeres y hombres, en la educación, la ciencia y el liderazgo a diferentes niveles requiere ante todo la adopción de medidas co-educativas. Dichas medidas ya están –en teoría– vigentes y deben incidir en la necesidad de educar en valores compartidos y en la de respetar las diferencias; ambas cosas son necesarias, pues si bien es preciso respetar y fomentar el ejercicio de la libertad para llevar a cabo los distintos proyectos vitales de cada ser humano en particular, también es necesario tener presente que existen valores comunes e intereses compartidos, que son precisamente los que facilitan la vida en común.

Como expresa el Documento sobre Mujeres y Ciencia del *Observatori de Bioètica i Dret*: «Alcanzar mayores niveles de igualdad real entre mujeres y hombres no es sólo una cuestión de buenas prácticas individuales, sino que exige la corrección de las estructuras que mantienen y reproducen la subordinación social de las mujeres. Si este cambio estructural no se afronta, la discriminación no desaparecerá, y las acciones positivas superficiales ayudarán a mantener y encubrir la desigualdad. Las políticas públicas por la igualdad pueden resultar un peligro si no

van dirigidas al núcleo de la discriminación, porque proyectan una imagen de cambio y progreso pero sólo constituyen una mera operación cosmética»[24].

Una vez puestas en vigor tales estrategias, será preciso ir más allá y tomar medidas político-jurídicas positivas y concretas que favorezcan y fomenten la igualdad de género en la educación, en la ciencia y en las instancias de decisión, pues ya hemos visto que el mero conocimiento y la educación no bastan para cambiar la realidad. Así, habrá que peguntarse cuáles son los límites del derecho a la hora de intervenir en las elecciones de las personas y cuáles son las obligaciones del Estado a fin de establecer las condiciones de posibilidad para que, efectivamente, tales elecciones sean libres. Este es un importante debate, sobre los modelos de vida y sobre el papel del derecho, que está abierto y que resulta ser de los más importantes y significativos en un momento en que las apelaciones a la crisis económica son pretexto para la restricción de libertades de todo tipo[25].

Ceci y Williams proponen, desde el modelo norteamericano, algunas estrategias tales como permitir hacer pausas en la carrera en el momento en que se quiere formar una familia. Según ellos las Comisiones de Equidad de Género de las universidades norteamericanas han sugerido complementar la jornada laboral con subvenciones para posibilitar la crianza de los hijos; la posibilidad de extender los permisos sin costo; la concesión de suplementos presupuestarios para contratar a investigadores postdoctorales que sustituyan temporalmente a los investigadores ausentes –lo que permite mantener el ritmo durante las pausas dedicadas a la familia–; reducción de la responsabilidad docente para las mujeres con hijos recién nacidos, subvenciones para la reconversión [laboral] tras licencias y permisos relacionados a la familia, cuidado de los niños para asistir a reuniones profesionales, entre otros[26]. El problema del tiempo dedicado al trabajo debería ser fácilmente removible y la adopción de medidas drásticas de conciliación entre la vida laboral y la familiar para todos, sería algo absolutamente decisivo para cambiar el estado de las cosas. Por ejemplo, si todas las empresas acabasen su horario laboral a las 5 de la tarde, como bien sucede en otros países; si efectiva-

24. *Observatori de Bioètica i Dret*, Universitat de Barcelona: Documento sobre Mujeres y Ciencia, Barcelona, 2004. P. 32. Disponible online en el enlace *http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Mujeres_y_Ciencia.pdf*.
25. Véase, por ejemplo, el interesante libro de S. Rodotá *La vida y las reglas*. Madrid: Trotta, 2010.
26. Ibid.

mente los horarios fuesen de 35 horas semanales –o incluso de 40– y se respetasen a rajatabla en todos los puestos del sistema, se verían allanados los impedimentos mayores para el acceso de las mujeres a los puestos de responsabilidad –que exigen quedarse en las oficinas sin horario alguno.

En el ámbito científico en concreto, existe un amplísimo consenso en que estamos desperdiciando más de la mitad de los cerebros formados y en que esto no es admisible ni sostenible, por lo que es preciso diseñar medidas y estrategias para evitar que siga ocurriendo y, además, ponerlas en práctica. A día de hoy ya hemos de ser bien conscientes de que si bien lo primero se ha hecho, lo segundo no. Desde las políticas establecidas por la Unión Europea se propone, como primer paso para lograr la igualdad de género en la ciencia, promover y publicar informes y estudios que expliquen lo que sucede y lo den a conocer ampliamente en cada contexto; así, se han diseñado estrategias diversas que comienzan con el análisis de la situación real de las mujeres en el mundo de la investigación y la academia para poder, luego, instaurar medidas que la modifiquen en el sentido deseado[27]. Cada país miembro, cada gobierno, ha debido analizar la realidad existente en su contexto y reconocer la importancia de las políticas que buscan la paridad en ese ámbito. Ello no obstante, puede decirse sin ambages que, en este ámbito, las políticas establecidas no se cumplen.

En el momento actual ya no hay que demostrar la necesidad de tomar medidas correctoras, porque estas medidas ya se han establecido; simplemente hay que hacerlas cumplir[28]. Las Directivas son obligatorias en todos los campos del derecho comunitario, pero en este terreno, en la práctica, parecen ser mas «blandas». Se han establecido acciones positivas, imposición de cupos, medidas de transversalidad de género y promoción de la igualdad (en los programas Marco V, VI y VII de la Unión Europea), mejoras en la políticas de selección y empleo de científicos, políticas de empleo respetuosas con las obligaciones familiares, medidas para la participación en la toma de decisiones: cuotas en los partidos políticos, equilibrio de género en los comités de expertos, medidas inclu-

27. Según se recoge en el Documento del OBD sobre Mujeres y Ciencia: «La Comisión Europea ha definido la igualdad transversal como fundamento de la democracia y lamenta las insuficiencias que todavía existen respecto de la igualdad de oportunidades. Desde esta perspectiva, se preconiza la introducción del «mainstreaming» de género, la igualdad de oportunidades o la igualdad transversal en las políticas científicas.», p. 32.
28. Ver «Notas finales aclaratorias» del Documento sobre Mujeres y Ciencia del OBD: *http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Mujeres_y_Ciencia.pdf*.

sivas para las interlocutoras sociales, promoción de asociaciones universitarias y científicas[29], incluso la inversión de la carga de la prueba en la discriminación por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

Como expresa la misma Mary Osborn «las instituciones pueden ser reformadas de varias maneras. En primer lugar, a través de las personas que encabezan los puestos de dirección. [...] financiando actividades de promoción de la equidad de género o modernizando y renovando los recursos humanos de las universidades. [...] Las medidas legales pueden ser también muy efectivas, como se muestra en las leyes de Noruega, Suecia y Reino Unido sobre igualdad de género en los entes públicos. En 2008, Noruega introdujo una legislación al respecto que requería un mínimo del 40% de ambos géneros en las plantillas de las compañías privadas.[...] Y si la velocidad de cambio es demasiado lenta, la manera más efectiva de lograrlo sería exigir a las instituciones un progreso en la equidad de género como condición imprescindible para recibir ayudas de la Unión para investigación»[30].

Aún con todo, hay que insistir en el seguimiento de todas estas medidas y en la exigencia de cifras fiables que suministren los datos desagregados por géneros y por puestos de trabajo. Si bien por lo general podríamos afirmar que se tiende a eliminar las prácticas directas de discriminación, hoy se trata de identificar las invisibles e imperceptibles, pero que existen y que son las responsables de la permanencia de la inequidad en la representación femenina.

2. CONCLUSIONES

Para Mary Osborne, la equidad de género en la ciencia es importante por cuatro razones: equidad, excelencia, eficacia y eficiencia.[31] Para nosotras, esto es aplicable también para la equidad de género en la educación; pues como dice Osborne, la discriminación de género viola el

29. Tales como Women and Science Unit, Belgian Women in Science (BeWiSe), The National Contact Centre-Women in Science (República Checa), European Platform of Women Scientists, Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas – AMIT *http://www.amit-es.org/*, entre otras.
30. Osborn, M.: Cómo lograr la equidad de género en ciencia. *Boletín de la Sociedad Española de Bioquímica y Biología Molecular (SEBBM)* 158, 2008. pp. 4-5.
31. Osborn, M.: «Gender Equity in Science». En: Riegraf, B.; Aulenbacher, B.; Kirsch-Auwärter, E.; Müller, U.: *Gender Change in Academia. Re-Mapping the Fields of Work, Knowledge, and Politics from a Gender Perspective*. Ed. Springer-Verlag, Heidelberg, 2010, p. 423.

principio de equidad y el *ethos* científico que dice reconocer y valorar el mérito individual; lo que también sucede en situaciones de inequidad en el acceso a la paridad educativa. El uso inadecuado del talento femenino decrece el total de investigadores disponibles –y de inteligencias, ideas, masa crítica de ciudadanía informada y pensante–. No tiene sentido educar a las mujeres y formarlas en diferentes áreas de la ciencia o la tecnología –allende de las áreas «clásicamente» femeninas en educación– para que después no seamos capaces de utilizar ese conocimiento y habilidades adquiridas para mejorar el nivel de vida tanto de las propias mujeres y sus familias como de la sociedad y mejorar los índices de desarrollo local y global.

En el trabajo realizado en 2004 por el Grupo del Observatorio de Bioética y Derecho, compuesto por las Dras. María Jesús Buxó, María Casado, Teresa Freixes, Ana Sánchez Urrutia y Carmina Virgili –coordinado por la Dra. Roser Gonzàlez Duarte[32] – se analizaban las medidas para corregir la desigualdad de género en ciencia y se proponían cuatro recomendaciones concretas para reequilibrar la situación femenina: conciliación real entre la vida profesional y familiar, las acciones positivas, la igualdad de trato y la participación equilibrada en la toma de decisiones. Hoy en día muchas de esas recomendaciones siguen siendo válidas y todavía bien necesarias; y de poco o nada valdrán los esfuerzos reales por la integración femenina si no se llega a un consenso de políticas emanadas desde los gobiernos, desde la Unión Europea, el sector público y el privado; tanto para beneficiar a las mujeres en etapas de formación como a las profesionales de diversos ámbitos, como para poner de manifiesto la discriminación de género en el ámbito de la investigación científica y tecnológica.

Esto exige hacer un seguimiento de las políticas de género que se instituyan y verificar su cumplimiento en el futuro según los indicadores básicos internacionales, desagregados por sexo por lo que se refiere a la asignación de recursos económicos, la distribución del tiempo y el espacio y la accesibilidad a la información, entre otros aspectos como la propiciación de políticas de igualdad de trato, incluyendo las acciones positivas, para la conciliación real entre la vida profesional y familiar y la participación equilibrada entre hombres y mujeres en los procesos de toma de decisiones. Y sobre todo, asegurar el compromiso serio y riguroso del sector formativo público y privado en cuanto a la paridad, la

32. Citado anteriormente y que se encuentra disponible en la página Web de este centro de investigación *http://www.bioeticayderecho.es/documentos*.

introducción de políticas de igualdad no discriminatorias y de cláusulas de género en sus estatutos.

Como ciudadanos particulares también tenemos un rol importante, todos, pues tanto los hombres como las mujeres podemos ejercer nuestros humanos derechos para contribuir a la consecución de una sociedad completa, a su desarrollo cultural, social, político, económico, etc. Y para superar la discriminación de género desde un ámbito personal, social e institucional.

3. BIBLIOGRAFÍA

BUCHMANN, C.; DIPRETE, T.; MCDANIEL, A.: «Gender inequalities in education». *Annual Review of Sociology*, 34, (2008) 319-337.

CARNEVALE, A.; ROSE, S.; CHEAH, B.: *The College Payoff. Education, Occupations, Lifetime Earnings,* Georgetown University, Washington D. C (2011).

CASADO, M.: «Sobre la persistencia del desequilibrio entre mujeres y hombres en el mundo de la ciencia», *Revista de Bioética y Derecho* 21 (2011) 7-13.

CECI, S.; WILLIAMS, W.: «Understanding current causes of women's underrepresentation in science», *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)* 108, 8 (2011) 3157-3162.

GUZMÁN, V.; IRIGOIN, M.: «La equidad de género en la educación de adultos». En: UNESCO-OREALC: *La educación de personas jóvenes y adultas.* Santiago, Chile (2000).

HUSU, L. y de CHEVEIGNÉ, S.: «Gender and gatekeeping of excellence in research funding: European perspectives.» En: RIEGRAF, B.; AULENBACHER, B., KIRSCH-AUWÄRTER, E. y MÜLLER, U.: *GenderChange in Academia. Remapping the Fields of Word, Knowledge, and Politics from a Gender Perspective.* VS Verlag-Springer, Heidelberg (2010).

MILKMAN, R.; TOWNSLEY, E.: «Gender and the Economy». En: NEIL SMELSER, N. y SWEDBERG, R. (eds.): *The Handbook of Economic Sociology,* Princeton University Press y Russell Sage Foundation (1994).

NALLARI, R.; GRIFFITH, B.: *Gender and Macroeconomic Policy.* The World Bank, Washington D. C. (2011).

Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona: *Documento sobre Mujeres y Ciencia*. Barcelona (2004).

OSBORN, M.: *Prospect for women in science*. Nature, Cartas 12/11/1992; 360: 6400, P. 101.

– *Cómo lograr la equidad de género en ciencia*. Boletín de la Sociedad Española de Bioquímica y Biología Molecular (SEBBM) 158, (2008) 1-5.

– «Gender Equity in Science». En: RIEGRAF, B.; AULENBACHER, B.; KIRSCH-AUWÄRTER, E.; MÜLLER, U.: *Gender Change in Academia. Re-Mapping the Fields of Work, Knowledge, and Politics from a Gender Perspective.* Ed. Springer-Verlag, Heidelberg (2011).

PAPADÓPULOS, J. y RADAKOVICH, R.: «Educación Superior y Género en América Latina y el Caribe». En: UNESCO IESALC: *Informe sobre la Educación Superior en América Latina y el Caribe 2000-2005. La metamorfosis de la educación superior*. Santiago, Chile (2006) 117-128.

RODOTÁ, S.: *La vida y las reglas*. Ed. Trotta, Madrid (2010).

UNESCO: *World Atlas of Gender Equality in Education*, Paris (2012).

UNESCO: *Science, Technology and Gender: An International Report*. Paris (2007).

United Nations Girls' Education Initiative (UNGEI): *Gender and Skills Development: A Review Background Paper for the EFA Global Monitoring Report 2012*. New York (2012).

2

La bioética y las mujeres en América Latina: un ensayo biográfico y genealógico

DÉBORA DINIZ

DIRCE GUILHEM

SUMARIO: 1. UN PANORAMA GENEALÓGICO. 2. ENTRE MÉDICOS Y TEÓLOGOS, LAS MUJERES FEMINISTAS. 3. ENTRE PROTAGONISTAS ACADÉMICAS E INTERLOCUTORAS PÚBLICAS. 4. LAS MUJERES Y NUEVOS DESAFÍOS. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

La bioética se consolidó en Brasil a finales de los años 1990. Un fenómeno semejante ocurrió en otros países de América Latina, en especial en Argentina, Chile y México, donde la inserción académica de la bioética es notable (DINIZ, GUILHEM & GARRAFA, 1999, pp. 244-248, OPS, 2006, UNESCO, 2006, VELASCO-SUÁREZ, 2001). En ese proceso de consolidación, las mujeres asumieron diferentes papeles: ya sea como protagonistas académicas de la bioética, o como interlocutoras de la bioética en el espacio público. Esa doble inserción es característica de las mujeres en la bioética latinoamericana y forma parte de la biografía de las autoras de este ensayo. Como los otros capítulos de este libro, este ensayo es una pieza biográfica y genealógica de la bioética latinoamericana y particularmente la brasileña. El hilo conductor de la narrativa son experiencias vividas por las autoras en ese doble papel de protagonismo académico y de interlocución política de la bioética. En menor intensidad, pero no menos importante, los relatos de otras mujeres sobre ese proceso de consolidación académica de la bioética en América Latina dan soporte a la narrativa, pero toda la interpretación de los hechos es de nuestra completa responsabilidad[1].

1. Para tener una idea de las publicaciones de las mujeres latinoamericanas en bioética, fue realizada una investigación en dos bases de datos: Literatura Latinoamericana y del Caribe en Ciencias de la Salud (Lilacs) y el The Scientific Electronic Library Online (Scielo). Fueron recuperadas 49 publicaciones de mujeres autoras en bioética. A partir

1. UN PANORAMA GENEALÓGICO

Existe una creciente feminización de las actividades académicas en América Latina. Las mujeres ya son mayoría en gran parte de las carreras universitarias. Filosofía y teología son algunas excepciones a las humanidades, mientras que las ingenierías gradualmente le ceden entrada a las mujeres. En la medicina, a pesar del creciente número de mujeres, la especialización médica está marcada por el género: en general, las mujeres médicas se dedican a las actividades de cuidado y pocas optan por especialidades como la medicina legal, la ética médica o inclusive la política de clase (DINIZ, 2003, pp. 169-170). Esa división social del trabajo académico en medicina imprimió características importantes a la participación de las mujeres en la bioética latinoamericana.

La génesis de la bioética brasileña fue bastante semejante a la de otros países de la región. Generalmente, el impulso inicial se dio por dos campos marcadamente masculinos – la política de la clase médica y la teología católica (LOYOLA, 2002, CORRÊA, 2003, pp. 1-6)[2]. Las primeras iniciativas de consolidación de la bioética en Brasil fueron de responsabilidad de entidades médicas, en especial del Consejo Federal de Medicina. La revista «Bioética», por ejemplo, especializada en bioética, es la que tiene más años en circulación en el país y está bajo la responsabilidad editorial del Consejo Federal de Medicina[3]. Del total de miembros del actual consejo editorial, compuesto por quince consejeros, 80% de los cuales son hombres, siendo la mayoría médicos (CMF, 2006). Una iniciativa pionera de educación a distancia en bioética por medio de la televisión fue también promovida por el Consejo de Medicina a finales de los años 1990 (DINIZ & GUILHEM, 2002)[4]. Por otro lado, el primer curso de maestría en bioética fue promovido por una institución de enseñanza

---

de ahí, se identificaron autoras clave para la bioética latinoamericana y con ellas fueron realizadas entrevistas en profundidad (Argentina, Brasil, Chile y México).

2. Los conceptos de campo, campo en disputa e intereses son de Pierre Bourdieu. Véase, por ejemplo, las ideas del autor en los libros titulados *El Poder Simbólico* (1991) y *La Economía de los Cambios Simbólicos* (2003).
3. El primer número de la revista fue publicado en 1993. No hay ninguna revista científica especializada en bioética en Brasil con indexación internacional, y la periodicidad de todas es bastante irregular. Según Kátia Soares Braga, el carácter amateur de la comunicación científica en bioética en Brasil –y en cierta medida en América Latina– imprime marcas importantes al campo (Braga, 2006).
4. Durante dos años, el Consejo Federal de Medicina produjo un programa de televisión «Bioética, Ciencia y Ciudadanía», cuyo objetivo era sensibilizar a todos los médicos del país para las cuestiones bioéticas. Debora Diniz fue una de las responsables por el programa.

superior católica[5]. En la primera década de estructuración de la bioética en Brasil, la tríada medicina, teología católica y bioética hizo difícil la diferenciación de los discursos e intereses de los actores por el campo que surgía.

La aproximación de la bioética a la medicina, y más particularmente a la política médica, le delineó una doble identidad a la bioética brasileña de los años 1990: era un tema de interés de la medicina y practicada por médicos dedicados a la política médica o profesores en vías de jubilación de otras especialidades. Durante un corto período, la bioética fue entendida como una especialidad de la ética médica y no fue por casualidad que hubo una migración del campo de la medicina legal y de la ética médica para la bioética[6]. La inserción universitaria de la bioética estaba principalmente vinculada con programas de postgrado en medicina legal (SIQUIERA et al., 2002, pp. 85-95).

La comprensión inicial de la bioética como una cuestión de formación médica y de política de la medicina imprimió tres características al campo que todavía se mantienen: 1. fuerte énfasis en el raciocinio ético para la solución de problemas, por eso la fascinación por teorías de fácil aprendizaje y dominio por no especialistas en humanidades, como fue el caso de la teoría de los cuatro principios; 2. comprensión de la bioética como materia de interés de los médicos y del ejercicio profesional de la medicina y 3. agenda bioética pautada en el cotidiano de los médicos. Esa configuración fue más intensa en los primeros años de surgimiento de la bioética, en especial cuando la actuación de las entidades médicas era hegemónica en el campo. Sin embargo, dada la inserción política de la profesión médica en la sociedad brasileña, el entendimiento de la bioética como una cuestión médica, y no como un campo analítico y teórico sobre la biomedicina y la ciencia, todavía persiste (DINIZ, GUILHEM & GARRAFA, 1999, pp. 244-248).

Pero la aproximación de la bioética a la medicina fue importante para la consolidación del campo. Rápidamente la bioética ascendió al nivel simbólico de disciplinas de élite intelectual, una comprensión que se vio fortalecida por la presencia de la teología católica. Al contrario de lo que ocurrió en otros países de América Latina, los grupos teológicos que se interesaron por la bioética fueron marcadamente de vanguar-

5. Centro Universitario São Camilo. Maestría en Bioética. El curso tuvo inicio en agosto de 2004 y todavía es el único en el país (São Camilo, 2006).
6. Esa compresión de la bioética como una especialidad de la ética médica es todavía hegemónica entre los médicos dedicados a la política médica. Recientemente, la revista «Bioética» pasó a ser titulada «Bioética: una revista de Bioética y Ética Médica».

dia y con espíritu plural para el debate público. Pero así como los médicos, los teólogos católicos también establecieron su agenda de investigación e intervención pautada en los intereses de su comunidad disciplinar de origen, lo que imprimió tres características al campo: 1. devolución de la bioética a las humanidades aplicadas a la salud; 2. agenda temática ampliada para temas pacíficos para la teología católica, sin embargo restrictiva en cuestiones dogmáticas como aquellas relacionadas a la reproducción biológica y 3. incentivo a la estructuración académica de la bioética, lo que representó una pérdida de la hegemonía de las entidades médicas de clase como discurso legitimador de la bioética. A pesar de las restricciones temáticas inherentes a la dogmática católica en el debate bioético, la entrada y permanencia de los teólogos forzó la vuelta de la bioética para las humanidades. Al contrario de otros países de bioética central, donde la bioética es una especialidad de la filosofía antes que de la medicina, en América Latina el fenómeno fue inverso (ANDRE, 2002, pp. 14-77, GARRAFA, V. DINIZ, D. & GUILHEM, D, 1999, pp. 35-42). Inicialmente, estuvo en manos de la teología mantener activo ese vínculo teórico del campo.

Si el encuentro entre la medicina y la teología católica, por un lado, facilitó el surgimiento del campo en la estera de los poderes simbólicos de esas dos disciplinas en la sociedad brasileña, por otro lado, esa fue una alianza estratégica para los primeros años de la bioética en Brasil y que se ha ido diluyendo gradualmente. Para la redescripción de la tríada inicial –bioética, teología católica y medicina– la entrada y permanencia de las mujeres en la bioética fue crucial. En los primeros años de surgimiento de la bioética en América Latina, las mujeres trajeron también el feminismo como una herramienta analítica y política alternativa a las teorías dominantes para la comprensión de los conflictos morales[7].

2. ENTRE MÉDICOS Y TEÓLOGOS, LAS MUJERES FEMINISTAS

Existe una falsa presunción de que ser una mujer activa en la investigación bioética significa ser feminista, especializada en temas relacionados a la reproducción biológica y social, o al menos ser una investigadora de cuestiones relacionadas al cuidado y a la vulnerabilidad. Esa falsa presunción provoca una distribución de género de las especialidades: cuestiones relacionadas al femenino, como la reproducción y la se-

7. Es posible reconocer la presencia de algunas mujeres en la génesis de la bioética que no se confundían con el feminismo. Sin embargo, esas no fueron mujeres protagonistas o interlocutoras de la bioética que permanecieron en el campo en la última década.

xualidad, serían también los temas de las mujeres en la bioética. La verdad es que hubo una convergencia de intereses de las primeras mujeres en la bioética latinoamericana con esos temas, pero eso no significa que esa sea una regla común a todas las investigadoras (CORRÊA, 2000, pp. 863-870, CORRÊA, 2001, DINIZ & VELEZ, 1998, pp. 255-263, DINIZ & VELEZ, 2006, pp. 111-130, DINIZ & GUILHEM, 1999, pp. 181-188, DINIZ & GUILHEM, 2000, pp. 237-244, DINIZ & GOMES, 2006, pp. 55-67, GUILHEM, 2002, pp. 161-171, LUNA, 1995, pp. 93-100, OLIVEIRA, 1997, pp. 166-77, SOMMER, 1998, ROTANIA, 1998 e 2000, VALDEBENITO et al., 2006, pp. 145-150). Pero esa falsa presunción fue también estratégica para la reubicación del campo provocado por la entrada de las mujeres, en especial de las mujeres efectivamente feministas. Asumir que temas como el aborto, tecnologías reproductivas u homosexualidad eran cuestiones de las mujeres feministas en la bioética resolvió una serie de impasses políticos para los pioneros del campo: para los médicos, pues esos son temas de poquísimo consenso moral y que tocan en cuestiones políticas con fuerte potencial de disgregación y, para los teólogos católicos, por tratarse de cuestiones básicas de la dogmática con poco espacio para la argumentación o contestación razonable. Una evidencia de cómo esa nueva distribución del campo atendió a los diferentes intereses fueron las primeras publicaciones en bioética en Brasil con mujeres autoras (PESSINI & BARCHFONTAINE, 1996, COSTA, OSELKA & GARRAFA, 1998, SOROKIN, 2002). Generalmente, eran obras recopilatorias en las cuales los capítulos analíticos sobre temas relacionados a la reproducción biológica y social eran de autoría de las mujeres, mientras que a los hombres se les reservaba las discusiones teóricas.

En Brasil, con la entrada de las mujeres, el campo experimentó una redistribución política y temática: 1. Los teólogos católicos asumieron para sí mismos la tarea de academización de la bioética y el enfrentamiento de cuestiones desafiantes, aunque de menos controversia, como el envejecimiento poblacional y el fin de la vida (BARCHIFONTAINE, 2004 ANJOS, 2005, pp. 325-225, PESSINI & BERTACHINI, 2005, pp. 495-509); 2. Los médicos resistieron al distanciamiento de la bioética en relación a la ética médica y se esforzaron por mantener el control político del campo frente a la invasión jurídica en la bioética (GRISARD, 2002, pp. 97-114); 3. Las mujeres feministas se posicionaron como las protagonistas académicas de la epistemología feminista y como las interlocutoras públicas de la bioética, introduciendo una nueva identidad a la bioética latinoamericana, la de herramienta de *advocacy* y de crítica social (DINIZ & VELEZ, 1998, pp. 255-263, OLIVEIRA & MOTA, 2001, pp. 151-180). Eso no significa,

sin embargo, que teólogos católicos o médicos dedicados a la política de clase se hayan callado delante de temas como el aborto o las tecnologías reproductivas[8]. La redistribución de competencias en el campo ocurrió en el interior de la emergente comunidad de especialistas en bioética, donde se verifica con más nitidez esa organización de las especialidades[9].

El carácter en formación del campo de la bioética en América Latina hace que las fronteras entre esos diferentes actores no sea tan nítida como parece ser en la organización de los grupos que proponemos. Tampoco significa que únicamente existen esos grupos, considerando el crecimiento de la bioética en el universo jurídico. En Brasil, hubo casos de mujeres feministas en la bioética que eran también activas participantes de la política médica o de mujeres feministas teólogas cuyas obras fueron referencia para el surgimiento de la bioética (GEBARA, 2000 y 2004, OLIVEIRA, 2001, pp. 99-112, OLIVEIRA, 2003, p. 349-358, OLIVEIRA, FERRAZ & FERREIRA, 2001; pp. 483-511). Pero es posible reconocer diferencias de intereses entre los grupos, y el carácter todavía en formación de las fronteras disciplinarias de la bioética favorece el análisis de esas diferentes perspectivas.

3. ENTRE PROTAGONISTAS ACADÉMICAS E INTERLOCUTORAS PÚBLICAS

La bioética es un nuevo saber en la interfaz del conocimiento académico y de la acción política. Por ser un campo todavía en formación, las disputas epistemológicas son intensas, en especial en países donde la institucionalización académica es reciente. En América Latina, es posible identificar dos escenarios diferentes de disputas por la configuración disciplinaria de la bioética y en ambos el papel de las mujeres ha sido expresivo.

En el escenario académico, el protagonismo de las mujeres se expresa de dos maneras. Por un lado, como parte de la comunidad dedicada a institucionalizar la bioética en las universidades. En este proceso,

8. La cuestión de la anencefalia en Brasil es un ejemplo de esa redistribución de competencias en el campo. Los teólogos católicos que se pronunciaron en el debate público no son especialistas en bioética. El debate sobre anencefalia involucró a los representantes oficiales de la Iglesia Católica en Brasil y no a los intelectuales católicos participantes de la comunidad de bioética.
9. La Sociedad Brasileña de Bioética es uno de esos espacios de organización de las competencias en el campo de la bioética brasileña. El Foro Latinoamericano de Comités de Ética en Investigación en Salud (Flaceis) es otro ejemplo en el ámbito regional.

es posible reconocer algunas especificidades en la actuación académica de las mujeres. Como una profecía autorrealizadora, gran parte de las mujeres dedicada a la bioética se especializó en temas relacionados a la reproducción biológica y social. En Brasil, el primer concurso público para la docencia en bioética fue realizado en 1999 en la Universidad del Estado de Río de Janeiro para la cátedra de «Reproducción Biológica, Social, Medicalización y Bioética« y el segundo para «Bioética, Vulnerabilidad y Ética en Investigación con Seres Humanos» para la Universidad Católica de Brasilia, en 2000[10]. En América Latina, la primera tesis de doctorado específicamente sobre bioética «Nuevas Tecnologías Reproductivas y Genéticas, Ética y Feminismo: La Celebración del Temor», fue defendida en 1998[11]. En 2002, la Organización Panamericana de la Salud instituyó el premio «Manuel Velasco-Suárez de Bioética», con el objetivo de premiar jóvenes investigadores latinoamericanos de bioética. El premio ya ha sido otorgado cuatro veces, siempre para mujeres[12].

Otro aspecto del protagonismo académico de las mujeres para la promoción de la bioética acerca Brasil a otros países de la región, en especial Argentina, Chile y Colombia. Debido a la escasa producción de literatura en bioética en América Latina, la primera década de institucionalización fue de intenso intercambio de ideas entre la región y los países centrales de la bioética, en especial los Estados Unidos. En el caso estadounidense, la bioética no solamente estaba consolidada en las universidades y en el debate público, sino que también la bioética de inspiración feminista era ya parte de la organización y distribución del campo. La distribución regional del conocimiento asociada a la importación de teorías críticas feministas hizo que rápidamente la bioética femi-

10. En el primer concurso, fue aprobada Marilena Corrêa y Debora Diniz fue una de las evaluadoras del jurado. En el segundo concurso, Debora Diniz fue la candidata aprobada. Los concursos representan un marco importante para la institucionalización del campo, pues es el reconocimiento de la comunidad académica del surgimiento de una nueva especialidad.
11. Rotania, A. (1990). Novas Tecnologias Reprodutivas e Genéticas, Ética e Feminismo: A Celebração do Temor. Rio de Janeiro: UFRJ/ Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pos-Graduação e Pesquisa de Engenharia – COPPE. [Tese de Doutorado – Programa de P[os-Graduação em Engenharia].
12. En la primera edición, en 2002, Debora Diniz, brasileña, fue la ganadora con el tema «Información genética y justicia: un desafío bioético»; en la segunda, fue Rosa Angelina Pace, argentina, con el tema «Transplantes de órganos y la enseñanza de la bioética»; en la tercera, María Graciela Ortúzar, argentina, con el tema «Justicia internacional, derecho a la salud, propiedad intelectual y el genoma humano» y en la cuarta edición, en 2005, fue la argentina Patricia Sorokin, con la propuesta de trabajo titulada «Tratamiento de los datos personales en la investigación genómica: aspectos bioéticos, legales y sociales» (PAHEF, 2006).

nista también creciera en América Latina, especialmente en los países con postgrado estructurado (en particular Argentina, Brasil y México).

El intercambio de ideas ocurrió básicamente por medio de las entidades científicas en bioética que surgían en los años 1990. Los encuentros internacionales eran espacios ricos para la formación de alianzas. La Red Internacional de Perspectivas Feministas para la Bioética (FAB) participa activamente de la principal entidad científica internacional de bioética, Asociación Internacional de Bioética (IAB), desde su fundación en 1992[13]. Ya en 1996, la FAB organizó el primer congreso satélite al congreso de la IAB y, desde entonces, es la red más activa y con más número de participantes. La entrada de la FAB a América Latina acompañó la propia formación de la red, con Alejandra Rotania como primera representante de país en 1996[14]. Hasta ahora, la FAB ya contó con representantes de país en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, además de que Brasil ya fue sede de uno de los congresos mundiales.

La inserción de las investigadoras latinoamericanas en la FAB fue un paso decisivo para la concretización de la profecía autorrealizadora de las mujeres como especialistas en temas reproductivos. La FAB es una red de investigadoras y académicas dedicadas a la temática de la reproducción, de la ética y de la bioética, bajo la perspectiva teórica del feminismo. El feminismo como una herramienta epistemológica a las humanidades emergió en los años 1960 y el campo de la ética y de la filosofía moral fueron los más directamente provocados por las perspectivas críticas de las feministas (HARDING, 2006, HARAWAY, 1991, HARAWAY et al, 2006). Rápidamente, las contribuciones feministas también comenzaron a formar parte del debate brasileño en bioética, lo que representó, a su vez, una resistencia a la masificación de la teoría de los cuatro principios de Tom BEAUCHAMP y James CHILDRESS en los primeros años de la bioética en la región (WOLF, 1996, DINIZ & GUILHEM, 2000, BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2001). Además de eso, con la actuación de las investigadoras en la FAB y en la IAB, se amplió el horizonte de debate teórico y temático, lo que fortaleció el esfuerzo de los teólogos católicos de devolver la bioética para las humanidades, en especial para la ética social.

Pero uno de los principales desafíos para la entrada de las perspectivas feministas en la bioética latinoamericana fue superar la resistencia

13. Hay un intenso intercambio de ideas entre la IAB y la FAB. Florencia Luna, por ejemplo, es una de las ex-presidentes de IAB y participa activamente de FAB.
14. América Latina ya contó con representantes de país: Brasil: Debora Diniz fue representante de la directiva de 2004-2006, Susana Sommer (Argentina) de 1999 a 2001 y, actualmente, Ana Cristina González Veléz (Colombia) (FAB, 2006).

a la categoría «feminismo» (DINIZ, 2007). El movimiento feminista latinoamericano posee una amplia historia de conquistas sociales, en especial en el enfrentamiento argumentativo para la garantía de derechos políticos y sociales. Sin embargo, la estrategia de acción de los movimientos sociales fue mayoritariamente política y el espacio de actuación fue la sociedad civil y las instituciones básicas del Estado. La inserción del feminismo en las universidades no fue considerada una prioridad de las acciones políticas de las mujeres durante un largo período. No sería exagero afirmar que la entrada de la bioética feminista en América Latina coincidió con el surgimiento de la epistemología feminista en las universidades.

En los años 1980 y 1990, una salida estratégica adoptada por algunos grupos de mujeres en las universidades fue definirse como especialista en género, evitando así la referencia al feminismo (DINIZ & FOLTRAN, 2004, pp. 245-253). La substitución de la categoría feminismo por la de género, permitía la debida inserción disciplinar de las investigadoras en los estudios sobre mujeres, pero desviaba el enfrentamiento argumentativo provocado por la referencia al feminismo. Esa fue posiblemente una decisión de supervivencia académica común a varias investigadoras latinoamericanas, en especial a las investigadoras inseridas en universidades confesionales (DINIZ, 2006, pp. 71-104). Pero la entrada de la bioética feminista en América Latina coincidió con una fase de reconocimiento de las fronteras epistemológicas entre el feminismo y el género, lo que facilitó la propia identificación de las jóvenes investigadoras de bioética como feministas.

Hay diferencias importantes entre las perspectivas feministas y de género y el pensamiento científico (WOLF, 1996). El feminismo parte de un compromiso de crítica política a la supuesta neutralidad de género de la ciencia y asume la tarea de redescribir el discurso académico en términos más justos para los grupos subalternos. Por eso, la categoría vulnerabilidad es tan seductora para las investigadoras feministas de la bioética: al mismo tiempo en que resume la fragilidad de algunos grupos, demanda protección y cuidado a los que viven esa desigualdad (GUILHEM, 2005). Al contrario de los estudios de género, las perspectivas feministas son comprometidas con la intervención en el mundo real. Y fue exactamente ese enfoque teórico y metodológico de la bioética feminista lo que la hizo tan seductora a las jóvenes investigadoras de la bioética latinoamericana.

Las perspectivas feministas de la bioética fortalecieron el esfuerzo de diálogo político ya iniciado por los movimientos de mujeres en Amé-

rica Latina. La bioética feminista se transformó en una nueva herramienta argumentativa, en especial por la creciente laicización de los espacios públicos en la región. Al contrario de los países de bioética central, donde el surgimiento de la bioética se dio en contextos constitucionales de secularidad del Estado, en América Latina esta no es una realidad jurídica de algunos países y, existen casos de otros países, donde el ejercicio de la pluriconfesionalidad del Estado desestabiliza a la democracia. En este contexto, los temas bioéticos de especialidad de las investigadoras feministas son los que exigen más esfuerzo de interlocución pública.

La definición de una agenda regional de investigación y producción intelectual feminista en la bioética consideró esa doble inserción de las investigadoras – la de protagonistas académicas e interlocutoras públicas[15]. Ciertos temas, como en el caso del aborto, siempre estuvieron en escenario de las discusiones bioéticas internacionales, pero la realidad latinoamericana exigía de las mujeres en la bioética una redescripción de las perspectivas internacionales. Al contrario que en el debate bioético estadounidense o francés sobre el aborto, donde se avanza en una argumentación razonable sobre el estatuto del embrión y del feto, en América Latina el marco teórico del debate todavía es la necesidad de laicización del Estado para el debate público sobre cuestiones reproductivas. O sea, al mismo tiempo en que muy precozmente se estructuraron los lazos académicos internacionales entre investigadoras feministas latinoamericanas e investigadoras de países centrales de la bioética, también se promovió un espíritu crítico y plural delante de las estrategias argumentativas. Una posible consecuencia de ese ejercicio argumentativo sensible a las particularidades culturales es la aproximación creciente de jóvenes investigadoras oriundas de las humanidades para la bioética latinoamericana.

4. LAS MUJERES Y NUEVOS DESAFÍOS

El hecho de que la bioética sea un campo emergente abre espacio para que diferentes grupos, lenguajes y estrategias argumentativas busquen reconocimiento por parte de la comunidad. El carácter emergente

15. Un espacio privilegiado para analizar esa doble inserción de las mujeres en la bioética brasileña puede ser la historia de la participación en los comités de ética en investigación y en la Comisión Nacional de Ética en Investigación (Brasil, 1996 y 1998). Las mujeres tuvieron participación decisiva desde la formación del grupo multidisciplinario de trabajo, instituido para elaborar la Resolución 196/96.

de la bioética no transforma el campo en un espacio ilimitado de posibilidades de diálogo y de expresión argumentativa. Es creciente la tentativa del campo de definirse como una disciplina académica y, por tanto, el esfuerzo permanente de las mujeres en la bioética es también por garantizar la inclusión del feminismo como herramienta analítica. Hoy en día, gran parte de los programas de postgrado en salud o humanidades con disciplinas de bioética en los currículos incluye referencias feministas internacionales y regionales. Esa es una transformación importante experimentada en la última década de institucionalización del campo de la bioética en América Latina.

En este esfuerzo de permanencia y expansión de las fronteras del campo, una de las principales contribuciones de las mujeres latinoamericanas ha sido el reconocimiento de diferentes espacios argumentativos y estrategias de diálogo, y no solamente las universidades y las publicaciones académicas entre pares. Iniciativas como las brasileñas y mexicanas de producción de videos y documentales en bioética es un ejemplo de ese esfuerzo para ampliar el horizonte de protagonismo académico y de interlocución pública facilitando la comprensión de los argumentos bioéticos (DINIZ & BRUM, 2005, CFF, 2005). Otro ejemplo de esa diversidad de lenguajes es la inserción de investigadoras en instituciones de investigación, universidades, movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales, un fenómeno observado entre todas las investigadoras feministas más activas en la bioética latinoamericana.

La bioética latinoamericana todavía cuenta con pocas mujeres. Esa expresión desigual de género es un resquicio de la génesis de este campo, cuya aproximación con las disciplinas médicas y teológicas restringía la participación de las mujeres. Otra posible explicación es que la actuación profesional exclusiva en bioética es todavía rara en la región: la figura del bioeticista profesional está por ser instituida. La primera generación de especialistas en bioética oriunda de universidades latinoamericanas está siendo formada[16]. Con la expansión del campo en la región y con la creciente profesionalización de las mujeres, es de esperarse un rápido cambio en la configuración de género en el campo.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRE, J. (2002). «Bioethics as something new», «Bioethics as a territory: an allegory», «The language of bioethics», «Bioethics as practice»,

16. Debe entenderse por especialistas en bioética, los jóvenes investigadores con doctorado en bioética o sobre bioética.

in J. Andre, *Bioethics as Practice* (pp. 14-77). North Carolina: The University of North Carolina Press.

ANJOS, M. F. (2005). «O corpo no espelho da dignidade e da vulnerabilidade», *O Mundo da Saúde, 29(3)*, 325-335.

BARCHIFONTAINE, C. P. (2004). *Bioética e Início da Vida: Alguns Desafios*. São Paulo: Idéias e Letras.

BEAUCHAMP, T. & CHILDRESS, J. (2001). 5.ed. *Principals of Biomedical Ethics*. Oxford: Oxford University Press.

BOURDIEU, P. (1991). «A gênese dos conceitos de habitus e campo», in P. Bourdieu, *O Poder Simbólico* (pp. 59-73). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BOURDIEU, P. (2003). «Campo do poder, campo intelectual e habitus de classe», in P. Bourdieu, *A Economia das Trocas Simbólicas* (pp. 183-2002). 5. ed. São Paulo: Perspectiva.

BRAGA, K. S. (2006). *A Comunicação Científica e a Bioética Brasileira*. Brasília: UnB/Departamento de Ciência da Informação e Documentação. [Projeto de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação].

Brasil. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. (1996). *Normas Regulamentadoras Sobre Pesquisas Envolvendo Seres Humanos.* Brasil: CNS.

Brasil. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. (1998). «Como funciona a Conep», *Cadernos de Ética em Pesquisa, 1*, 8. [On-line]. Disponible en: *http://conselho.saude.gov.br/docs/doc_ref_eticapesq/cadernos-%20de%20etica%201.pdf*.

Catholicis for a Free Choice. (2005). *No Estás Sola*. Washington, DC: Catholicis for a Free Choice. [Documentário].

Centro Universitário São Camilo. (2006) *Cursos de Pós-Graduação* [On-line]. Disponible en: *http://www.scamilo-sp.br/posgraduacao2012/cursos.html*.

Conselho Federal de Medicina. (2006). *Revista Bioética* [On-line]. Disponible en: *http://www.portalmedico.org.br/revista/bio13v1/index.htm*.

CORRÊA, M. (2000). «Novas tecnologias reprodutivas: doação de óvulos. O que pode ser novo nesse campo?» *Cadernos de Saúde Pública, 16(3),* 863-870.

CORRÊA, M. (2001) *Novas Tecnologias Reprodutivas. Limites da Biologia ou Biologia Sem Limites?* Rio de Janeiro: Ed UERJ.

CORRÊA, M. (2003). «Perspectivas da bioética no Brasil», *Polêmica, 8*, 1-6.

COSTA, S. I. F., OSELKA, G., & GARRAFA, V. (1998). *Iniciação à Bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina.

DINIZ, D. (2003). «Editorial – Educação médica: também, uma questão de gênero», *Revista de Educação Médica, 23(7),* 169-170.

DINIZ, D. (2006). «Quando a verdade é posta em dúvida», in D. DINIZ, S. BUGLIONE, & R. R. RIOS (Orgs.), *Entre a Dúvida e o Dogma: Liberdade de Cátedra e Universidades Confessionais* (pp. 71-104). Brasília: Letras-Livres; Porto Alegre: Livraria do Advogado.

DINIZ, D. (2007). *O Desafio da Bioética Feminista no Brasil*. En impresión.

DINIZ, D. & BRUM, E. (2005). *Uma História Severina*. Brasília: ImagensLivres. [Documentário].

DINIZ, D. & GOMES, R. (2006). «Infertilidad e infecundidad: acesso a nuevas tecnologías reproductivas», in C. CÁCERES, G. CAREAGA, T. FRASCA, & M. PECHENY (Orgs.), *Sexualidad, Estigma y Derechos Humanos: Desafios para el Acesso a la Salud en América Latina* (pp. 55-67). Lima: FASPA/UPCH.

DINIZ, D. & FOLTRAN, P. (2004) «Gênero e feminismo no Brasil: uma análise da Revista Estudos Feministas», *Revista de Estudos Feministas, 12 (n. espec.),* 245-253.

DINIZ, D. & GUILHEM, D. (1999). «Bioética feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade», *Bioética*, *7(2),* 181-188.

DINIZ, D. & GUILHEM, D. (2000). «Feminismo, bioética e vulnerabilidade», *Revista Estudos Feministas*, *8(1),* 237-244.

DINIZ, D. & GUILHEM, D. (2002). *O Que é Bioética*. São Paulo: Brasiliense.

DINIZ, D., GUILHEM, D. & GARRAFA, V. (1999). «Bioethics in Brazil», *Bioethics*, *13,* 244-248.

DINIZ, D. & VELEZ, A. C. G. (1998). «Bioética feminista: a emergência da diferença», *Revista Estudos Feministas*, *6(2),* 255-263.

DINIZ, D. & VELEZ, A. C. G. (2006). «Aborto y razón pública: el desafío de la anencefalia en Brasil», in S. Checa. (Org.), *Realidades y Coyunturas del Aborto* (pp. 111-130). Buenos Aires: Paidós.

Feminist Approaches to Bioethics. (2006). *Newsletter* [On-line]. Disponible en: *http://www.fabnet.org/*.

GARRAFA, V., DINIZ, D. & GUILHEM, D. (1999). «Bioethical language and its dialects and idiolects», *Cadernos de Saúde Pública*, *15(supl. 1),* 35-42.

GEBARA, I. (2000). *Rompendo o Silêncio* . Petrópolis: Vozes.

GEBARA, I. (2004). *Novas relações de gênero são possíveis* [On-line]. Disponible en: *http://latinoamericana.org/2004/textos/portugues/Gebara.htm*.

GRISARD, N. (2002). «Ética médica e bioética: a disciplina que falta na graduação médica», *Bioética*, *10(1),* 97-114.

GUILHEM, D. (2002). «Bioética feminista e o conceito de vulnerabilidade nas pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos», in P. SOROKIN (Org.), *Bioética: Entre Utopías y Desarraigos. Libro Homenaje a la Prof. Dra. Gladys J. Mackinson* (pp.161-171). Buenos Aires: Editora Ad Hoc.

GUILHEM, D. (2005). *Escravas do Risco: Bioética, Mulheres e Aids.* Brasília: Editora UnB/Finatec.

HARAWAY, D. (1991). *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*. New York: Routledge.

HARAWAY, D., SHELLEY, M., PERKINS, G., MOORE, C. L. & MERRIL, J. (2006). *Unfamilial Bonds: Technological Fiction and the Reimagination of Gender.* Ann Arbor: ProQuest / UMI.

HARDING, S. (2006). *Science and Social Inequality: Feminist and Postcolonial Issues (Race and Gender in Science*). Chicago/Champain: University of Illinois Press.

LOYOLA, M. *Pierre Bourdieu Entrevistado por Maria Andréa Loyola.* Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002.

LUNA, F. (1995). «Razones internas y la discusión acerca del aborto», *Mora*, *1(1),* 93-100. [Universidad de Buenos Aires].

OLIVEIRA, F. (1997). «Filhos da Tecnologia: questões éticas da procriação assistida», *Mundo da Saúde*, *21(3),* 166-177.

OLIVEIRA, F. (2001). «As novas tecnologías reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos?» *Bioética*, *9(2)*, 99-112.

OLIVEIRA, F. (2003). Feminismo, raça/etnia, pobreza e bioética: a busca da justiça de gênero, anti-racista e de classe. In V. GARRAFA & L. PESSINI (Orgs.), *Bioética: Poder e Injustiça* (pp. 349-358). São Paulo: Loyola.

OLIVEIRA, F., FERRAZ, T. C. & FERREIRA, L. C. O. (2001). «Idéias feministas sobre bioética», *Revista de Estudos Feministas*, *9(2),* 483-511.

OLIVEIRA, F. & MOTA, J. A. C.(2001). «Bioética e as mulheres», In Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos. *Saúde da Mulher e Direitos Reprodutivos: Dossiês* (pp. 151-180). São Paulo: Rede Saúde.

Organización Panamericana de la Salud. (2006). *Unidad de Bioética* [On-line]. Disponible en: *http://www.bioetica.ops-oms.org/E/ehome.htm*.

Pan American Health and Education Foundation. (2006). *Premio Manuel Velasco Suárez* Disponible en: *http://www.pahef.org/awards/bioethics_es/overview/*.

PESSINI, L. & BARCHFONTAINE, C. P. (1996). *Fundamentos de Bioética.* São Paulo: Loyola.

PESSINI, L. & BERTACHINI, L. (2005). «Perspectivas em cuidados paliativos: ética, geriatria, gerontologia, comunicação e espiritualidade», *O Mundo da Saúde*, *29(4):*491-509.

ROTANIA, A. (1998). *Novas Tecnologias Reprodutivas e Genéticas, Ética e Feminismo: A Celebração do Temor.* Rio de Janeiro: UFRJ/ Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia – COPPE. [Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Engenharia].

ROTANIA, A. (2000). «Formas atuais de intervenção no corpo das mulheres: um questionamento», *Caderno da SempreViva* – Mulheres, Corpo e Saúde. 13 pp.

SIQUEIRA, J. E., SAKAI, M. H. & EISELE, R. L. (2002). «O Ensino da ética no curso de Medicina: a experiência da Universidade Estadual de Londrina (UEL)», *Bioética*, *10(1),* 85-95.

SOMMER, S. (1998). *Genética, Clonación y Bioética:¿Cómo Afecta la Ciencia Nuestras Vidas*? Buenos Aires: Biblos.

SOROKIN, P. (2002). *Bioética: Entre Utopias y Desarraigos. Libro Homenaje a la Prof. Dra. Gladys J. Mackinson.* Buenos Aires: Editoria Ad Hoc.

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. (2006). *UNESCO Chairs* [On-line]. Disponible en: *http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=2557&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html*.

VALDEBENITO, C., LAMA, A. & LOLAS, F. (2006). «Relación mujer y

biotecnología: aproximación al impacto de la bioética», *Acta Bioética, 12(2)*, 145-150.

VELASCO-SUÁREZ, M. (2001). *IX Aniversario de la Comisión Nacional de Bioética*. Ciudad de México. [On-line]. Disponible en: *http://www.salud.gob.mx/unidades/dgcs/sala_noticias/discursos/2001-04-05-IX-ANIVER-BIOETICA.htm*.

WOLF, S. (1996). *Feminism & Bioethics: Beyond Reproduction*. Oxford: Oxford University Press.

3

Bioética, mujer y acciones positivas

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

SUMARIO: 1. ALGUNAS NOCIONES INTRODUCTORIAS. LA IGUALDAD, LA NATURALEZA, LA CONDUCTA SOCIAL. 2. LAS ACCIONES POSITIVAS. CONCEPTO. UNA NOCIÓN PRELIMINAR. 3. OBJETIVOS. 4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LAS ACCIONES POSITIVAS. *4.1. Las categorías sospechosas (como la raza, el sexo, etc.) no son pautas válidas de distinción (ni para perjudicar ni para beneficiar). 4.2. La discriminación no se soluciona mirando al pasado. 4.3. Consecuencias injustas de la responsabilidad colectiva objetiva. 4.4. El alejamiento de la buena regla de la meritocracia. 4.5. El fin no justifica los medios. 4.6. Inadecuación del medio al fin.* 5. ARGUMENTOS A FAVOR DE LAS ACCIONES POSITIVAS. *5.1. Aclaraciones iniciales. 5.2. Las acciones positivas miran el futuro. 5.3. No puede pretenderse que una discriminación fundada en la pertenencia a un grupo (criterio colectivo) sea atacada con medidas exclusivamente individuales. 5.4. La bondad de los fines. 5.5. La incidencia de los factores sociales y económicos sobre los méritos personales. 5.6. Carencia de datos empíricos.* 6. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LAS ACCIONES POSITIVAS. *6.1. Existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidad. 6.2. Motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar. 6.3. Proporcionalidad: la búsqueda del medio menos agresivo. 6.4. Transitoriedad y reversibilidad. 6.5. Incidir en las causas y no en los resultados.* 7. LAS ACCIONES POSITIVAS A FAVOR DE LA MUJER EN LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). 8. LAS MUJERES Y LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. 9. ACCIONES POSITIVAS, MUJER Y BIOÉTICA. *9.1. Los ámbitos tradicionales. 9.2. Los ámbitos «descubiertos» en tiempos más recientes.* 10. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES.

1. ALGUNAS NOCIONES INTRODUCTORIAS. LA IGUALDAD, LA NATURALEZA, LA CONDUCTA SOCIAL

En el siglo XVIII, Vauvenargues argumentaba: «Es falso que la

igualdad sea una ley de la naturaleza. La naturaleza no ha hecho nada igual; su ley soberana es la subordinación y la dependencia. El nacimiento nos ha hecho hermosos o feos, vigorosos o endebles, inteligentes o estúpidos, con un carácter enérgico o vacilante»[1]. La frase «todos los hombres han sido creados iguales» no es, pues, una verdad científica, sino una afirmación política[2].

Por otro lado, toda persona vive en sociedad y, consecuentemente, se relaciona con otras personas que pertenecen a grupos más o menos fuertes económica y culturalmente. El problema de la igualdad debe plantearse, pues, a nivel de los poderes de la sociedad civil: «La sociedad, en su totalidad, se considera como una inmensa competición para la consecución de bienes escasos, y el principio de igualdad de oportunidades, elevado a principio general, apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo partiendo de posiciones iguales. Precisamente, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, en el punto de partida, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes, como sucede en algunas competiciones deportivas en las que a los competidores menos experimentados se les concede una cierta ventaja respecto de los que lo son más; la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades»[3].

La pregunta a responder es si el Estado debe mantenerse neutral frente a esas desigualdades sociales y de la naturaleza o, por el contrario, debe promover medidas concretas para igualar a los perjudicados cuando esos desequilibrios se producen, especialmente, por pertenecer a determinados grupos o colectivos.

2. LAS ACCIONES POSITIVAS. CONCEPTO. UNA NOCIÓN PRELIMINAR

No hay acuerdo doctrinal sobre el contenido de la expresión «accio-

1. Cit. por Servais, Jean Michel, *Emancipación de los trabajadores desfavorecidos y el derecho internacional del trabajo,* DT LII-B 1992-B-1763.
2. Compulsar Cabiddu, Maria Agostina, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, Padova, Cedam, 1997, p. 28.
3. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidos, 1993, p. 79 y 150. Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *La función delimitadora de las normas de derecho privado*, LL 1995-D-1221; Leonardi de Erbón, Hebe M., *La buena fe, la discriminación y las acciones positivas*, en Córdoba, Marcos (director) *Tratado de la buena fe en el derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 927.

nes positivas». El Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa las define como una «*Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales*»[4].

También se las ha descripto como «*medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho*»[5].

3. OBJETIVOS

El objetivo de la acción positiva es, genéricamente, el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado[6].

Además, cada programa de acción positiva puede perseguir objetivos específicos. Así, por ej., la ley italiana 125/1991 del 20/3/1991[7] declara, entre otros, los siguientes: (a) Eliminar disparidades de hecho en materia de formación profesional, acceso al trabajo, promoción profesional y condiciones de trabajo que repercuten negativamente en la mano de obra femenina; (b) Incrementar la diversificación de la elección profesional de las mujeres; (c) Favorecer el acceso al trabajo autónomo y a la formación empresarial; (d) Promover la inserción de la mujer en las actividades, sectores profesionales y niveles en los que estén sub-representadas, en particular, en los sectores tecnológicamente avanzados y en los niveles de responsabilidad; (e) Ayudar, mediante una diversa organización y tiempo del trabajo el equilibrio entre las responsabilidad fami-

4. Para diferentes definiciones en la doctrina comparada, ver, entre otros, Tsujimura, Miyoko et Lochak, Danièle (sous la direction de) *Égalité des sexes: la discrimination positive en question. Une analyse comparative. France, Japon, Union Européenne et États Unis*, Societé de Législation Comparé, Paris, 2006.
5. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,* Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 85.
6. Charpentier, Louis, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité,* Rev. Trim. de Droit Européen 1996, nº 2 p. 294.
7. La ley italiana 125/1991 no regula de modo específico ninguna acción afirmativa; al parecer, el legislador italiano optó por otorgar al sindicato competencia en la elaboración de planes de acción positiva, a pesar del rol jugado por las organizaciones sindicales, que no ha sido, precisamente, impulsor de medidas igualitarias (Ballester Pastor, María A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 102; Ulloa, Francesca Cuomo, *Evoluzione o involuzione dell' «affirmative action» nell'esperienza americana: problemi processuali,* en Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile, Marzo 1997, anno LI n° 1, pp. 159 y ss).

liares y profesionales y una mejor repartición de tales responsabilidades entre los dos sexos; este objetivo aparece íntimamente unido a la teoría sobre las *esferas de la Justicia*; la ley advierte que las discriminaciones de las que las mujeres son víctimas en la esfera profesional son el fruto de una contaminación de injusticia en su situación en la esfera privada (desigual repartición de los trabajos domésticos entre cónyuges). Las mujeres son mayoritariamente tratadas en la esfera de la producción como trabajadoras sin un proyecto porque ya están investidas en la esfera privada de un rol social fundamental, el de ser madres y guardianas del hogar. Consecuentemente el objetivo perseguido por las acciones positivas es también redibujar los roles[8].

4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LAS ACCIONES POSITIVAS[9]

Los principales argumentos de los detractores de las acciones positivas son:

4.1. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS (COMO LA RAZA, EL SEXO, ETC.) NO SON PAUTAS VÁLIDAS DE DISTINCIÓN (NI PARA PERJUDICAR NI PARA BENEFICIAR)

La regla es que ni el sexo ni la raza pueden ser criterios ni para beneficiar, ni para perjudicar. Lo más seguro para las minorías sin poder político es que esas clasificaciones sean totalmente prohibidas.

4.2. LA DISCRIMINACIÓN NO SE SOLUCIONA MIRANDO AL PASADO

La discriminación inversa sería una especie de «reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos». La justificación mira el pasado y no el futuro.

---

8. Para la teoría de Walzer sobre las esferas de la justicia ver *Pluralismo, Justicia e Igualdad,* obra colectiva dirigida por David Miller y Michael Walzer, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

9. Los argumentos expuestos en el texto han sido extraído de diversos autores, muchos de los cuales los desarrollan, aunque no siempre los comparten. Ver, entre otros, Ruiz Miguel, Alfonso, *Discriminación inversa e igualdad*, transcripto en *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 169 y ss; Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional,* 2° de, Buenos, Aires, Astrea, 1997, t. 2 n° 1009; conf. Midón, Mario, *Manual de Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, n ° 136, p. 366.

4.3. CONSECUENCIAS INJUSTAS DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA OBJETIVA

A través de la acción positiva, la persona que hoy resulta excluida está pagando las culpas históricas de su grupo sin que a él pueda imputársele individualmente ninguna conducta discriminatoria. En ciertos sectores estas medidas pueden provocar consecuencias muy negativas; el trato favorable reservado a un grupo (por ej., las mujeres) implica necesariamente una reducción de las posibilidades ocupacionales y profesionales de los trabajadores del otro grupo (los hombres) y se sanciona a quienes no son culpables de la discriminación. Así, por ej., una acción positiva que tiende a poner en el puesto de trabajo a quien antes fue discriminado, perjudica al que forma parte del otro grupo y no a la patronal, que es quién discriminó y, sin embargo, no sufre sanción alguna[10].

4.4. EL ALEJAMIENTO DE LA BUENA REGLA DE LA MERITOCRACIA

Mediante las acciones positivas la sociedad no compensa a cada uno por sus méritos sino por la mera pertenencia a un grupo.

4.5. EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS

Aunque el fin buscado fuese bueno, no justifica un medio que convalida un perjuicio. El problema es saber si es posible que el legislador perpetúe una singular paradoja: la de adoptar como *medio* un derecho *desigual* persiguiendo como *fin* alcanzar la *igualdad* social y efectiva[11].

4.6. INADECUACIÓN DEL MEDIO AL FIN

Aunque el fin justificase los medios, en este caso, el medio es inadecuado porque: (a) Es imprudente: si la medida no es apoyada por una parte de la mayoría de la sociedad, es probable que genere mayor hostilidad social hacia el grupo favorecido; (b) Produce efectos opuestos a los pretendidos, porque las cuotas estigmatizan o marcan socialmente a las propias personas o grupos favorecidos como inferiores, incapaces de conseguir por sí solos y sin una ayuda especial determinados puestos; (c) Genera dificultades en su aplicación; lleva a una pendiente resbala-

---

10. Compulsar Ulloa, Francesca Cuomo, *Evoluzione o involuzione dell' «affirmative action» nell'esperienza americana: problemi processuali,* en Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile, Marzo 1997, anno LI n ° 1, p. 175.
11. Mazzotta, Oronzo, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 227.

diza que puede producir una verdadera catarata de peticiones: si se le da el 20 % a las mujeres, por qué no a los negros, a los comerciantes, a los jóvenes, etc. (d) Opera sobre los efectos y no sobre las causas y, de este modo, no transforma la sociedad.

5. ARGUMENTOS A FAVOR DE LAS ACCIONES POSITIVAS

5.1. ACLARACIONES INICIALES

Previo al desarrollo de los argumentos, es necesario advertir que los partidarios de este tipo de medidas coinciden en que las medidas de acción positiva: (a) No son una panacea universal de eficacia infalible; dependen de las particularidades, idiosincrasia y antecedentes de cada Estado; (b) Se trata de políticas limitadas, que deben diseñarse y calibrarse con precaución y aplicarse con mesura sólo en sectores estratégicos o especialmente importantes; (c) Son sólo una posibilidad abierta entre otras políticas que sirven a los ideales de igualdad e integración social.

5.2. LAS ACCIONES POSITIVAS MIRAN EL FUTURO

Estas medidas no sólo pretenden reparar el pasado; también contemplan el presente y el futuro; en tal sentido, aspiran a: eliminar la tensión social, incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo, encontrar un futuro sexualmente integrado, conseguir una situación más justa, etc. Por eso se ha dicho que «las acciones positivas son más defendibles como arquitectura de un futuro mejor que como compensación por los pecados de discriminaciones históricas»[12].

5.3. NO PUEDE PRETENDERSE QUE UNA DISCRIMINACIÓN FUNDADA EN LA PERTENENCIA A UN GRUPO (CRITERIO COLECTIVO) SEA ATACADA CON MEDIDAS EXCLUSIVAMENTE INDIVIDUALES

Las discriminaciones sociales que configuran el presupuesto para que se tomen acciones positivas tienen por base la pertenencia a un grupo y no los caracteres individuales de cada uno de los miembros de ese colectivo. Los discriminados integran una minoría, entendiendo por

12. Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995, p. 105; conf. Ruiz Miguel, Alfonso, *Discriminación inversa e igualdad*, transcripto en *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 166.

tal no necesariamente una minoría numérica, sino «el conjunto de individuos que, por razones históricas, económicas, políticas o de otro género y en dependencia de rasgos raciales, sexuales, étnicos o lingüísticas, se encuentran en una condición de desventaja frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad»[13]. El favor del Derecho por ciertos grupos marginalizados no nace, entonces, de una culpa personal del que sufre la acción positiva sino de las estructuras fuertemente instaladas en la sociedad; por eso, todos los miembros de la clase privilegiada comparten la obligación y deben respetar el costo necesario del remedio. De este modo, la desigualdad se revela como un buen instrumento para realizar la igualdad[14]. No se desconoce la dificultad en plantear la línea divisoria entre las distinciones fundadas en prejuicios y las otras, pero como dice Dworkin, el hecho de que una línea sea difícil a trazar, no quiere decir que no haya que trazarla o destruirla cuando ya está trazada[15].

5.4. LA BONDAD DE LOS FINES

Las acciones positivas persiguen fines justos, entre otros: (a) *Provocar la reflexión social*: la sociedad no siempre reconoce las discriminaciones injustas existentes en su seno; los programas de acción positiva tienden a que la sociedad las advierta; (b) *Favorecer la democratización y la tolerancia por lo diferente*: Las acciones positivas son una herramienta para la construcción de una sociedad más justa e integrada[16]. Así, las acciones positivas en la universidad no sólo sirven para trasladar a la universidad la pluralidad existente en la sociedad, sino para beneficiar la real inserción social pluricultural; en el área de los partidos políticos, las mujeres, tradicionalmente excluidas, pueden traer nuevos puntos de vista, etc. Por eso, la acción positiva es *ilegítima* si preserva las pautas culturales discriminatorias; así, en el caso *Mississippi University for Women c/Hogan*, la Corte Federal de los EE.UU. acogió la pretensión de un

13. Comanducci, Paolo, cit. por Dassen, N., y Nattero, P., *Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?*, en Lecciones y Ensayos, 1995, n° 82, p. 180. Para la noción de minorías, ver también Kiper, Claudio, M., *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, capítulo II, pp. 53/80.
14. Ardant, Philippe, *L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle, La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994, p. 143.
15. Dworkin, Ronald, *La discrimination positive*, en *Une question de principe*, Paris, Puf, 1996, p. 378.
16. Sagüés Néstor, P., *Elementos de derecho constitucional*, 2° de, Buenos, Aires, Astrea, 1997, t. 2 núm. 1009; conf. Midón, Mario, *Manual de Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, n° 136, p. 366.

hombre que se quejaba por no poder ingresar a una facultad de enfermeras que reservaba todas sus plazas para las mujeres. La jueza O'Connors dijo, con razón, que esas políticas sólo sirven para perpetuar los estereotipos, dado que por años, las enfermeras han sido mujeres en su casi totalidad y una política de encerramiento de este tipo no sólo fomenta y destruye la virtud de la diversidad sino que produce una reducción de los salarios[17].

5.5. LA INCIDENCIA DE LOS FACTORES SOCIALES Y ECONÓMICOS SOBRE LOS MÉRITOS PERSONALES

El valor del principio individualista de los méritos no debe ser ignorado; sin embargo, el mérito no es el único criterio de selección que genera el progreso; puede haber otros valores igualmente aceptables. No es necesario remontarse «a la idea general de que el Estado social significa una vía intermedia entre 1789 (*a cada uno según sus méritos*) y 1917 (*a cada uno según sus necesidades*)» para darse cuenta que el principio del mérito no es absoluto y, en ocasiones, puede ceder ante otro bien o valor constitucional, como es la igualdad de oportunidades.

5.6. CARENCIA DE DATOS EMPÍRICOS

Las tres críticas de naturaleza descriptiva y sociológica (las acciones positivas producen mayor hostilidad, disminuyen la autoestima, provocan una catarata de reclamantes, etc.), no tienen base empírica; son expresiones no constatadas en los hechos.

6. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LAS ACCIONES POSITIVAS

Para que la técnica de las acciones positivas sea constitucional y pase el test de razonabilidad deben cumplirse los siguientes requisitos:

6.1. EXISTENCIA DE UN OBSTÁCULO DE HECHO QUE SE OPONE A LA REALIZACIÓN DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDAD

La discriminación debe procurar compensar y equilibrar la marginación, el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas

17. Cit. por VITTADINI ANDRÉS, Susana, *Los límites del principio de igualdad ante la ley,* ED 173-798.

beneficiadas con la acción positiva[18] o favorecer la modificación de los estereotipos sociales injustos o inconvenientes[19].

6.2. MOTIVACIÓN SUFICIENTE Y PRUEBA SOBRE EL OBSTÁCULO DE HECHO QUE SE INTENTA SOBREPASAR

La decisión que establece una medida de acción positiva debe estar suficientemente motivada, requisito que supone que el obstáculo de hecho debe estar adecuadamente probado. Normalmente, la desigualdad fáctica existente se prueba mediante estadísticas.

6.3. PROPORCIONALIDAD: LA BÚSQUEDA DEL MEDIO MENOS AGRESIVO

Las medidas de acción positiva sólo pueden implementarse cuando el fin buscado no puede lograrse mediante otro medio menos controvertido. Dicho de otro modo, debe respetarse el principio de la proporcionalidad.

6.4. TRANSITORIEDAD Y REVERSIBILIDAD

Las acciones positivas son paliativos temporales contra la discriminación[20]; tienen carácter transitorio y deben durar sólo el tiempo necesario para alcanzar la igualdad pretendida[21]; Paolo Comanducci dice que se trata de medidas provisionales e instrumentales[22] y Mazzotta insiste que la «legitimidad de una estrategia de acciones positivas debe necesariamente pasar por su carácter temporal y, por ello, es reversible, voluntario y suficientemente elástico»[23].

---

18. Bidart Campos, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, p. 535.
19. Miller, Jonathan M, Gelli, María A. y Cayuso, S., *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. 2 p. 1669.
20. Vega, Juan C. y Graham, Marisa A., *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales,* Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 77. Así, el art. 4 de la Convención de no discriminación contra la mujer se refiere a medidas especiales de *carácter temporal* encaminadas a *acelerar* la igualdad *de facto* y que estas medidas *cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*.
21. Grassi, Alessandra, *La sentenza Kalanke: un'inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulla pari opportunità?* Riv. Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 1996 n° 3/4, p. 687.
22. Comanducci, Paolo, *La imposibilidad de un comunitarismo liberal,* en *Tolerancia y minorías*, obra colectiva coordinada por Luis Prieto Sanchís, Cuenca, ed. de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996, pp. 18 y ss; Conf. Dassen, N., y Nattero, P., *Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?,* en Lecciones y Ensayos, 1995 n° 82, p. 180.
23. Mazzotta, Oronzo, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo,* Torino, Giappichelli, 1994, p. 228.

6.5. INCIDIR EN LAS CAUSAS Y NO EN LOS RESULTADOS

El acento debe ponerse en la igualdad de *oportunidades,* pues es ésta la que luego llevará a la igualdad *de trato*[24]. El derecho privado moderno se caracteriza no por la existencia de la protección de los derechos que ya se tienen adquiridos, sino por la posibilidad de tener acceso a ellos; así se habla del acceso a la justicia, al consumo, a la salud, etc.[25]. La acción positiva, entonces, es lícita en tanto y en cuanto iguala en el punto de partida, pero no lo sería cuando produce –automáticamente– una prioridad en el punto de llegada, con base exclusiva en una categoría sensible como es la raza, el género, la etnia, etc.

7. LAS ACCIONES POSITIVAS A FAVOR DE LA MUJER EN LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

La mayoría de los requisitos antes mencionados surge de la CEDAW. En efecto, el art. 4 dispone:

> «1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de *carácter temporal* encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; *estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.*
>
> 2. 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».

Además, el art. 5 dice:

> «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
>
> *a*) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres*, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
>
> *b*) 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,

24. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, *Principio de igualdad y derecho del trabajo,* en *El principio de igualdad en la constitución española,* Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, t. II, p. 1095
25. Para esta cuestión ver Lorenzetti, Ricardo Luis, *Nuevos paradigmas en el derecho privado: el acceso a los bienes,* LL 1994-E-990 y ss.

en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza»

Finalmente, interesa el artículo 12 que ordena:

«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*.

8. LAS MUJERES Y LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

El art. art. 75 inc. 23 de la Constitución de la Nación Argentina dispone:

«Son atribuciones del Congreso:.. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, *las mujeres*, los ancianos y las personas con discapacidad».

La norma presume que las mujeres, junto a los niños, los ancianos y las personas con discapacidad conforman grupos discriminados por la sociedad por lo que impone al Congreso de la Nación legislar y promover medidas que garanticen la igualdad real.

9. ACCIONES POSITIVAS, MUJER Y BIOÉTICA

9.1. LOS ÁMBITOS TRADICIONALES

Los acontecimientos que impactan *directamente* en materia bioética en los que se visualiza con claridad una notoria desigualdad de la mujer son numerosos[26]. Hace muchos años, el derecho laboral reconoció la situación de embarazo y, consecuentemente, la necesaria protección de

26. No trato cuestiones como la violencia familiar, que influye en todos los ámbitos, la bioética incluida, por exceder el tema propuesto, imposible de desarrollar en una obra colectiva de este tipo.

la mujer trabajadora y del feto, dando lugar a una serie de medidas de acción positiva cuya constitucionalidad hoy nadie pone en duda (prohibición de despidos, licencias, atención de la salud, etc.)[27].

Otras disposiciones, en cambio (por ej., la prohibición del trabajo nocturno) bajo el disfraz de la protección, respondían a pautas culturales contra las cuales ha sido necesario luchar; la batalla ha sido exitosa desde que esas prohibiciones han desaparecido, prácticamente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales.

9.2. LOS ÁMBITOS «DESCUBIERTOS» EN TIEMPOS MÁS RECIENTES

Situaciones antes ocultas, por aquello de que *«de esto no se habla»*, hoy son puestas en la agenda pública y los Estados y los organismos internacionales toman medidas que pueden ser denominadas acciones positivas o, al menos, ser calificadas entre las figuras análogas. Véanse las siguientes:

a) La imposibilidad de recurrir lícitamente a la interrupción voluntaria del embarazo en forma segura llega en América Latina a extremos trágicos generando situaciones de manifiesta desigualdad de la mujer; así, por ejemplo: Nicaragua eliminó de su legislación la causa de despenalización del aborto descripta como «grave riesgo para la vida y la salud de la mujer». En la Argentina, los médicos de un hospital se negaron a suministrar medicamentos a una mujer embarazada, enferma de cáncer, con el argumento de que dañarían al feto, causando, en definitiva, la muerte de ambos[28]. En todos los países que penalizan la interrupción voluntaria del embarazo, uno de los conflictos más frecuentes ante la Justicia es la oposición entre deber de denunciar y violación al deber de secreto; por un lado, la ley penal reprime la violación del secreto profesional, por el otro, obliga a denunciar a los que «por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público»; los médicos le temen más a los procesos penales llevados a cabo por la omisión del deber de denunciar que a los de violación del secreto. Por lo demás, en la mayoría de los países, la penalización del aborto va acompañada de prohibiciones absurdas en materia de prácticas anticonceptivas, generando verdaderos callejones sin salida[29].

---

27. La bibliografía sobre este tema es innumerable en todos los países europeos y latinoamericanos.
28. Ver esta historia en Puga, Mariela, *De celdas y tumbas. Introducción a los derechos de las mujeres*, en Álvarez, M. y Rossetti, A. (compiladores) *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, ed. Advocatus, 2008, p.19.
29. Para la situación en Colombia, ver Orrega Hoyos, Gloria, *La militancia conservadora*

Afortunadamente, las situaciones descriptas vienen siendo corregidas por los organismos internacionales de Derechos Humanos y algunos tribunales internos. Así, por ej., Nicaragua y la Argentina han sido denunciadas ante la Comisión del sistema Interamericano de Derechos Humanos quien ha llevado adelante los procedimientos y ha reconocido que las conductas reseñadas, además de producir un ataque a un derecho fundamental de la mujer (su vida) son altamente discriminatorias hacia la mujer, por lo que los Estados, lejos de actuar como lo hacen, deben crear las estructuras necesarias para que el derecho al aborto en los casos despenalizados pueda ser ejercido de modo seguro.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso «*De La Cruz Flores Vs. Perú*», fallado el 18/11/2004, aceptó la tesis según la cual «Perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo nueve de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica»; si el médico puede asistir al terrorista herido y guardar silencio sobre ese acto, con mayor razón puede y debe asistir a una mujer que se ha sometido a un aborto clandestino y concurre a un centro de salud para ser asistida. En efecto, como lo recuerda el tribunal, el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949 señala que «Nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos», y el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos de los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que «No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad». El voto razonado del juez García Ramírez agrega: «8. El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la fun-

---

contra el aborto no punible en Colombia: Constitución laica versus poder católico, JA 2011-II-1271. Para la jurisprudencia relativa a la prohibición de la venta del anticonceptivo denominado «píldora del día después», ver votos en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Argibay, en decisión de la CSN del 31/10/2006, en la causa «Mujeres por la Vida», reproducidos en Barale, Laura, *Derechos sexuales y salud reproductiva: el caso Mujeres por la vida*, en Álvarez, M. y Rossetti, A. (compiladores) *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, ed. Advocatus, 2008, p. 247.

ción que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante o delator de los pacientes que atiende».

Aunque con algunos retrocesos, la jurisprudencia mayoritaria argentina sigue esta línea[30]. La Corte Federal en el caso *Baldivieso, César Alejandro*, del 20/4/2010, siguió el criterio del plenario *Natividad Frías*[31] en el caso de un imputado por el delito de tráfico de drogas que concurrió a un hospital público, frente al grave riesgo que significaba portar esa droga dentro de su cuerpo.

En apoyo de las sentencias que nulifican la instrucción penal realizada contra la mujer, iniciada por la denuncia hecha por el médico, el gran constitucionalista Bidart Campos, entre otros argumentos, invocó las acciones positivas y dijo: «No nos olvidemos que el art. 75 inc. 23, después de instar a la igualdad, particulariza cuatro grupos humanos en especial, y dentro de ellos, menciona a las mujeres»[32].

b) Es indudable que las mujeres sufren más agresiones sexuales que los hombres, especialmente durante los conflictos armados. Antiguamente, esos ataques eran considerados «accidentes de guerra». Por el contrario, hoy, la totalidad de los códigos militares y las normas internacionales catalogan estos crímenes como graves y persiguen seriamente a los culpables; la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas creó un «relator especial sobre la violencia contra la mujer»; varios casos resueltos por Corte Internacional Penal para la antigua Yugoeslavia (ICTY) con sede en La Haya (*Tadic, Foça*, etc.) ubican estos crímenes de guerra en las convenciones internacionales que protegen contra todo tipo de torturas[33]. Estas medidas configu-

30. Compulsar conf. Guiñazú, Claudio, *El caso Insaurralde, Mirta, Aborto provocado. Sobre recurso de inconstitucionalidad*, en Álvarez, M. y Rossetti, A. (compiladores) *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, ed. Advocatus, 2008, p. 60.
31. Este antiguo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, del 26/8/1966, decidió por nueve votos contra ocho que «*No* puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no– pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices».
32. Bidart Campos, Germán, *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad*; en ED 179-191; del mismo autor, *Denuncia de aborto y secreto profesional del médico*, ED 166-224.
33. Para el tema, ver Stoffels, Ruth, *Las agresiones sexuales en conflictos armados como crímenes internacionales: tendencias recientes*, en Ridaura Martínez M.J. y otro (coordi-

ran una protección suplementaria, justificada en la situación de inferioridad real de la mujer.

c) En el África subsahariana, las grandes víctimas del sida son las mujeres. Al parecer, esta enfermedad se ha convertido en la primera causa de mortalidad; el contagio es mayoritariamente heterosexual y a través de la transmisión madre-hijo; el récord de prevalencia corresponde a Botsuana, donde afecta el 35.8% de los adultos[34].

En la Argentina, en 1994, Minyersky relataba que las medicinas para los portadores de HIV se proporcionaban prioritariamente a la mujer durante el embarazo, pero se quejaba amargamente, porque producido el nacimiento del hijo sano, cesaban para la madre los beneficios proporcionados hasta ese momento[35].

Estos datos revelan la necesidad de tomar acciones positivas, también en este ámbito, a favor de las mujeres.

d) La mutilación por razones falsamente religiosas son gravísimas en las jóvenes adolescentes. La excisión configura una verdadera tortura y, consecuentemente, está penada por el Derecho internacional de los derechos humanos[36]. Esta categorización genera un plus, muy cercano a las acciones positivas, desde que, a través de una mayor penalización,

---

nadores) *Discriminación versus diferenciación. Especial referencia a la problemática de la mujer*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 17. La autora transcribe documentos internacionales de los que resulta que por ej., en Sierra Leona, cerca del 90 % de mujeres y niñas secuestradas fueron violadas; muchas fueron obligadas a someterse al acto de violación o a morir; una gran cantidad de las niñas liberadas posteriormente estaban embarazadas, habían tenido un hijo, o habían contraído enfermedades venéreas.

34. Heritier, Françoise, trad. Marcos Mayer, *Masculino/Femenino II. Disolver la jerarquía*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 59.

35. Minyersky, Nelly y otros, *La problematique du Sida en Argentine*, en *Droit et Sida*, Paris, CNRS, 1994, pp. 43 y ss.

36. Estas terroríficas intervenciones sobre las niñas y la participación en ella de los médicos han sido condenada por la Asociación Médica Mundial (Ver declaración a*doptada por la 45ª Asamblea Médica Mundial Budapest, Hungría, Octubre 1993 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, Mayo 2005).* Este documento señala que la mutilación genital femenina es práctica común en más de treinta países, y en otros muchos, donde se realiza por la existencia de inmigrantes que provienen de los primeros. Para este problema desde la visión de los derechos humanos Ver, entre muchos, Minunni, Antonella, *Bambine islamiche e mutilazioni sessuali*, en Cendon, Paolo, *Trattato breve dei nuovi danni,* Padova, Cedam, 2001, p. 293 y ss. El artículo contiene una terrible narración de la práctica y relata la situación en los principales países donde se realiza. Compulsar, igualmente, documento emitido por el Center for reproductive rights, *Mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas. El deber de los Estados de proteger los derechos e las mujeres y las niñas.*

se pretende concluir con una práctica manifiestamente discriminadora de la mujer. También implica tomar medidas más favorables en el derecho de asilo y, en general, en el ámbito de los derechos de los inmigrantes[37].

10. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

La situación de inferioridad real de la mujer en diversos ámbitos bañados por las aguas de la Bioética encuentra en las acciones positivas reguladas en la CEDAW un instrumento adecuado para producir modificaciones en las pautas culturales discriminatorias que todavía prevalecen en muchos sectores de la sociedad. Estas medidas requieren una gran creatividad de los organismos públicos, de modo tal que los cambios sociales sean reales y no meras reacciones frente a coyunturas que, cesadas, muestran que, en realidad, nada cambió.

37. Ver Facchi, Alessandra, *Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo,* en A.V. *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, ed. Escuela Judicial. Consejo general del Poder Judicial, 1999, pp. 143; Adam Muñoz, M. Dolores, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado,* Córdoba, España,. ed. Universidad de Córdoba, 2003; Heritier, Françoise, trad. Marcos Mayer, *Masculino/Femenino II. Disolver la jerarquía*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 148; Nocco, L., *Circolazione delle persone e trattamenti sanitari: il caso delle mutilazioni genitali*, en Amram, D. e D'angelo, A., (a cura di) *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2011, p. 201.

4

Conflictos éticos involucrando los derechos sexuales y reproductivos en la actividad de un comité de bioética de hospital

JUSSARA DE AZAMBUJA LOCH

GABRIELA TRETESKI

MARÍA ESTELITA GIL

LÚCIA HELENA DUPUY PATELLA

POLYANA GOELZER BOPP

GABRIEL JOSÉ CHITTÓ GAUER

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 2. NATURALEZA Y OBJETIVOS DE UN COMITÉ DE BIOÉTICA. 3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN. *3.1. Confidencialidad y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). 3.2. Interrupción de la gestación.* 4. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Los derechos sexuales y reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todo individuo (o pareja) de gozar del más elevado patrón de salud sexual y reproductiva, de decidir libre y responsablemente sobre el número, el espaciamiento y la oportunidad de tener hijos y de tener la información y los medios para hacerlo, en tanto que derecho a tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva, libre de discriminación, coerción o violencia.

La importancia del tema, desde el punto de vista histórico y social, es reciente. Fue a partir de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994, que la salud sexual y reproductiva, como los derechos reproductivos, pasaron a constituir un as-

pecto fundamental de las estrategias mundiales sobre desarrollo poblacional y sustentabilidad (DÍAZ et al., 2004).

La cuestión reproductiva pasó a ser parte de las políticas públicas, inicialmente, no como un derecho general, sino como un punto específico en el ámbito de las políticas de salud. A partir de la ampliación efectuada por la Organización Mundial de la Salud del concepto de salud, las discusiones enfocadas primeramente a la salud integral de la mujer culminaron en el concepto de *«salud reproductiva», l*o cual fue adoptado por la OMS en 1988, y que da soporte al concepto de derechos reproductivos (COREA et al., 2006).

Es posible afirmar que, en relación a los derechos reproductivos, su definición ya está legitimada, pues si bien el concepto de derechos sexuales no está aún reconocido en su extensión ideal, los mismos sí se encuentran bien establecidos como parte integrante de los derechos reproductivos en las leyes y políticas públicas existentes. Esto es porque, conceptualmente, hay una sobreposición de esos derechos, una suposición equivocada de que el ejercicio de la sexualidad está siempre subordinado o relacionado a la cuestión de la reproducción. De esta forma, se percibe un atraso en la discusión y las dificultades de la sociedad para la formulación positiva, autónoma y más amplia de los derechos sexuales, como, por ejemplo, la definición de los derechos sexuales de los adolescentes, de los homosexuales, de las trabajadoras y trabajadores sexuales, entre otros (VENTURA, 2009).

Entendiendo que los derechos sexuales y reproductivos forman parte del derecho a la salud, ¿serán reconocidos en el escenario asistencial como suscitadores de problemas éticos, generando conflictos y desacuerdos entre la proposición técnica del equipo de salud y la voluntad del paciente? En las instituciones que poseen Comités de Bioética, ¿los casos problemáticos que involucren los referidos derechos, acostumbran a llegar a esa instancia de discusión, como ocurre con otros conflictos éticos?

A partir de este problema de investigación, se ha venido desarrollando este trabajo, cuyo objetivo es identificar la presencia de estas situaciones en la actividad de quince años de actuación del Comité de Bioética del Hospital São Lucas y de la Facultad de Medicina da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CB HSL e FAMED/PUCRS).

Este proyecto de investigación fue aprobado por el Comité de Ética en Investigación de la Universidad, parecer núm. 05/02487, está siendo

desarrollado en el Instituto de Bioética de la PUCRS, y recibió apoyo del Consejo Nacional de Investigación (CNPq /Brasil) a través de una beca de iniciación científica.

2. NATURALEZA Y OBJETIVOS DE UN COMITÉ DE BIOÉTICA

Un Comité de Ética de Hospital, más comúnmente llamado Comité de Bioética (CB), puede ser definido como un grupo interdisciplinar de profesionales que tienen como objetivo la enseñanza, la investigación, la prestación de consultas y la sugestión de posibles normas institucionales en dilemas éticos, constituyéndose en un espacio independiente, localizado en instituciones del área de la asistencia a la salud, en el que se pueden encontrar representantes de varios sectores de actividades conectadas con la vida y la salud del hombre, interactuando en un contexto plural y con metodología multidisciplinar (TEALDI y MAINETTI, 1990; URBAN, 2003). El objetivo primordial de un CB es auxiliar a los profesionales, los pacientes y sus familias en la toma de decisiones cuando surgen conflictos en la práctica asistencial. Esta ayuda se concreta, principalmente, mediante la realización de consultas, discusiones profundas y emisión de recomendaciones sobre la actuación éticamente más adecuada a cada caso.

Entre los conflictos éticos frecuentemente llevados al CB están: autonomía y derechos de los pacientes, consentimiento informado, competencia para tomar decisiones en cuanto a tratamientos de salud, futilidad terapéutica, confidencialidad en decisiones clínicas y destinación de recursos (TROSTER, 2000), siendo que las cuestiones relacionadas con el final de la vida acostumbran ser las que prevalecen (MCGEE et al., 2002).

Los Comités de Bioética son, hoy, esenciales para el desarrollo de un ambiente hospitalario más justo y humanizado. Su existencia se impone naturalmente y, por este motivo, las instituciones de salud deben preocuparse en proveer medios adecuados para la creación de estos grupos, facilitando el entrenamiento, la formación y la elección de sus integrantes; respetando la independencia y las iniciativas del CB; protegiendo aquellos que buscan auxilio y reforzando la idea del CB como una instancia de ayuda y nunca de acción disciplinar. Como no tiene las funciones de una comisión deontológica, el Comité de Bioética debe presentarse a los ojos de la comunidad hospitalaria particularmente atento al respeto para con la dignidad de los pacientes, sus familiares y profesionales de la salud. Y también como una instancia presente, dinámica y

acogedora, a la cual puedan recurrir siempre que haya conflictos éticos para los cuales necesiten de un apoyo externo (LOCH et al., 2008).

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El Comité de Bioética del Hospital São Lucas y la Facultad de Medicina da PUCRS (CB HSL e FAMED/PUCRS) fue creado en junio de 1997, y, desde entonces, ha prestado auxilio a la institución, a los profesionales de salud y a los pacientes en la resolución de casos clínicos que presentan conflictos éticos. El Hospital São Lucas es un hospital general universitario, con 540 camas, siendo que 78 de ellas son de cuidados intensivos y posee un área destinada a pacientes externos con 110 consultorios, además de laboratorios con avanzadas técnicas de diagnóstico, tratamiento e investigación en el área de la salud. El hospital, situado en la capital de la provincia, Porto Alegre, da soporte a la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, considerada una de las mejores escuelas de formación de médicos del país.

Durante los quince años de actuación analizados en este estudio, fueron recibidas y formalmente registradas en el archivo del CB HSL-FAMED/PUCRS, 123 consultas, lo que resulta en un promedio de 8,2 casos por año. Este promedio, cuando es comparado con la bibliografía mundial, sitúa nuestra actividad por encima de la expectativa de consultas por año, encontrada en los trabajos revisados que apuntan frecuencias de 4,4 consultas/año, en Dinamarca ii(FORDE et al., 2005); 7 consultas/año, en Nueva Zelanda (PINNOCK et al., 2004) y de 3 a 5 consultas/año, en Estados Unidos (FOXA et al., 2007; BERNT et al., 2006).

Del total de las 123 consultas analizadas en nuestro CB, con excepción de 21 consultas (17%) por iniciativa de sectores administrativos del hospital, todas las restantes (83%) fueron solicitadas por equipos de unidades asistenciales específicos, según muestra la Tabla 1.

Tabla 1

Procedencia, frecuencia y porcentaje de las consultas al Comité de Bioética del HSL – FAMED/PUCRS – junio de 1997 a octubre de 2011

Procedencia	*Frecuencia*	%
Servicio de Clínica Médica	26	21,1
Institucionales	21	17,0

Procedencia	*Frecuencia*	%
Servicio de Pediatría	11	8,9
Servicio de Ginecología y Obstetricia	9	7,4
Unidad de Cuidados Especiales (UCE)	8	6,5
Servicio de Nefrología	8	6,5
Servicio de Hematología	9	7.4
Servicio de Psiquiatría	5	4,1
Servicio de Neurología y Neurocirugía	4	3,2
Servicio de Geriatría	4	3,2
Otros*	18	14,6
Total	**123**	**100,0**

* Oncología, Neumología, Cirugía, UTI de Adultos, UTI Pediátrica, UTI Neonatal, Traumatología, Ortopedia, Centro de Medicina Fetal y Centro de Obesidad Mórbida.

La edad de los pacientes varió de 21 días a 91 años de edad, con un promedio de 36,4 años, siendo que 38,2% (n= 47) de los comprometidos eran mujeres; 44,7% (n= 55) eran hombres y, no fue encontrado el registro de género en 4,8% (n=6) de los casos.

En cuanto a la capacidad de decisión de estos pacientes (n=108), en trece consultas (12%), no se encontró mención a esta característica; 44 pacientes (40,7%) fueron considerados capaces para tomar decisiones; 45 pacientes (41,6%) eran incapaces y seis (5,5%) tuvieron su capacidad cuestionada por el equipo.

En relación a los motivos de las consultas, éstos se categorizaron de dos maneras: en la primera, la lectura crítica de los casos propició la construcción de algunas categorías generales mediante las cuales codificamos los conflictos éticos encontrados a semejanza de los trabajos publicados en la bibliografía de bioética (por ej.: conflictos de final de vida, limitación de esfuerzo terapéutico, cuestiones ligadas a la privacidad y confidencialidad, etc.). En la segunda clasificación, fueron seleccionadas sólo tres grandes categorías, que trataban de la relación de los conflictos éticos para con los derechos sexuales y reproductivos (DSR).

El presente estudio tiene por objeto discutir principalmente esta segunda clasificación. En cien consultas (81,3%) no fueron encontradas relaciones entre el motivo de la consulta y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los pacientes. Mientras tanto, fue-

ron encontrados 15 casos (12,9%) en que los conflictos éticos estaban directamente relacionados con los DSR, y ocho casos (6,5%), en que los conflictos encerraban, de alguna forma esos derechos, aunque no como cuestión principal de la consulta. Consecuentemente, 18,69% (n=23) del total de consultas de los quince años aquí evaluados están correlacionados de alguna manera con tales derechos, lo que puede ser considerado un número significativamente relevante, pues representa aproximadamente un caso de cada cinco que se discutieron. (Tabla 2).

Tabla 2

Conflictos éticos relacionados con el ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos

Conflictos Éticos	*Frecuencia*	%
Directamente relacionados	15	12,2
Indirectamente relacionados	8	6,5
No relacionados	100	81,3
Total	**123**	**100**

En las dos categorías de conflictos éticos pre-seleccionados como aquellos que involucran los derechos sexuales y reproductivos, se buscó identificar las principales temáticas abordadas. En 39,13% (n=9) de estos casos, los pacientes involucrados eran portadores del virus o del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (VIH/SIDA), y el conflicto ético principal era directamente respecto a su seropositividad y su derecho, o no, a la confidencialidad de las informaciones en situaciones de riesgo a terceras personas. Otras consultas, 39,13% (n=9), estaban relacionadas con la interrupción de la gestación, desde la indicación de aborto terapéutico por el equipo médico al deseo de la propia paciente de realizar la interrupción, en casi la totalidad de los casos por malformación fetal incompatible con la vida.

Teniendo estos datos a la vista, es posible percibir que estas dos cuestiones (confidencialidad de las informaciones en casos de SIDA e interrupción de la gestación) son aquellas que demandan profundización, y que se discuten a continuación, ilustradas mediante casos paradigmáticos.

3.1. CONFIDENCIALIDAD Y SÍNDROME DE INMUNODEFICIENCIA ADQUIRIDA (SIDA)

CASO CLÍNICO: Paciente femenina, 23 años de edad, con autonomía para tomar

decisiones, es seropositiva para el VIH. Internada en la Unidad de Obstetricia, en trabajo de parto; gestación resultante de una relación anterior. Esconde a su actual compañero, con quien mantiene relaciones sexuales sin medidas de protección, su condición de seropositiva, negándose a revelársela. Igualmente se niega a seguir las orientaciones del equipo pediátrico en cuanto al tratamiento del recién nacido, para prevenir la transmisión vertical del virus (uso oral de zidovudina (AZT) y de fórmula láctea en sustitución del amamantamiento).

Entre los motivos aducidos para que los equipos asistenciales consulten al Comité de Bioética, relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, encontramos diversos casos en que la cuestión principal estaba centralizada en la siguiente pregunta: ¿debe el equipo asistencial contrariar el deseo del (la) paciente y quebrar la confidencialidad de las informaciones, revelando al compañero(a) la seropositividad del primero? ¿Cómo proteger los intereses del recién nacido en esta situación?

Está consensuado que el secreto profesional siempre fue considerado como una característica moral obligatoria de la profesión médica. Contemporáneamente, este tema adquirió una fundamentación más rigurosa, centralizada en las necesidades y en los derechos de los ciudadanos a la privacidad, pasando a ser entendido como confidencialidad. Esta doble naturaleza del concepto de secreto profesional lo ha transformado en un *derecho-deber,* en la medida en que, siendo un derecho del paciente, genera una obligación específica en los profesionales de la salud (GRACIA, 1998).

Para los autores que tratan esta cuestión, el concepto de privacidad es visto bajo dos enfoques distintos: el primero se centra en el control que el individuo ejerce sobre el acceso de otros sobre su persona; el segundo define la privacidad como una condición o estado de intimidad, una *dimensión de la libertad de cada uno*, la cual impide por sí misma, la intrusión por parte de gobiernos, corporaciones u otros individuos, en las cuestiones de carácter personal (CAMPBELL et al., 1997).

De acuerdo con BEAUCHAMP y CHILDRESS (1994), las definiciones que siguen la primera línea conceptual, fundada en derechos y poderes de controlar la intimidad, confunden la privacidad con esos derechos, afirmando que la privacidad tiene un carácter mucho más amplio: se constituye en un *status o condición de inaccesibilidad* física o informacional y, cuando es así definida, se extiende también a los productos corporales y a los objetos íntimamente asociados al individuo y a sus relaciones íntimas, personales o profesionales.

Desde una perspectiva normativa, tanto ética como legal, se debe entender la privacidad como un *status* que se relaciona con los derechos fundamentales del individuo, refiriéndose al derecho de cada uno de

tener un control exclusivo sobre un ámbito de recogimiento, tranquilidad, soledad, secreto e intimidad. Tanto es que el derecho a la privacidad acostumbra estar explícito en el ordenamiento jurídico de la mayoría de las sociedades democráticas contemporáneas.

La definición de SÁNCHEZ URRUTIA *et al*. (2003, p. 15) amplía y explica las diferentes características inherentes a la privacidad: *La privacidad alude al ámbito al cual un individuo se recoge para beneficiarse de un tiempo propio, de un espacio íntimo, en un acto de apropiación de sí mismo. Esta esfera privada es definida en relación a un exterior formado por una pluralidad de personas e instituciones y se nutre de los cinco significados que tiene el concepto de privado: a) el que está separado, retirado, contrapuesto al que es público; b) el que es individual, particular, privativo o exclusivo; c) la falta o carencia de algo; d) el que es familiar – que da lugar a la expresión 'vida privada'; e) el que es íntimo o el que pertenece al individuo en su naturaleza más profunda*.

GOSTIN *et al*. (1993) llaman *privacidad informacional* a la existencia de información respecto de determinada persona que se debe mantener fuera del alcance de los demás, salvo que hubiese autorización para que sea revelada. La confidencialidad es, por lo tanto, una forma de privacidad informacional, que sucede en el ámbito de una relación especial entre el médico y su paciente. Las informaciones personales obtenidas en el curso de esta relación no pueden ser comunicadas a terceros a menos que sean autorizadas previamente por aquel que las reveló. Así siendo, *toda y cualquier* información derivada de esta situación, revelada para el profesional de la salud a través de palabras o de examen físico, es confidencial a menos que el paciente permita o solicite formalmente su revelación a terceros (WINSLADE, 1995; KOTTOW, 1995).

En el modelo actual de cuidados hospitalarios, decenas de personas tienen acceso a la historia clínica de los pacientes, compartiendo una información que, originalmente, fue revelada a otro profesional. Esta pérdida de confidencialidad ha sido considerada beneficiosa desde el punto de vista asistencial, pues apunta a proporcionar al enfermo todos los cuidados disponibles en la institución para el correcto diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Cuando hay colaboradores en la atención a un paciente, la obligación del secreto se extiende a todas las personas que ayudan al médico en su trabajo, pues estos profesionales, obligados al secreto por sus códigos deontológicos, deben garantizar una manipulación éticamente correcta de la información. (HERRANZ RODRÍGUEZ, 1992; SCHIEDERMAYER, 1991).

Desde el punto de vista ético, el respeto a la confidencialidad está

fundamentado en un *derecho natural de intimidad*, y éste, a su vez, deriva del principio fundamental de respeto por la persona en sí misma, porque ésta tiene capacidad para elegir lo que es mejor para sí, siendo esta libertad de escoger esencial para asegurar la satisfacción de sus necesidades. Todo lo que interfiera con esta meta debe ser considerado una falta de respeto a su autonomía (HOTTOIS y PARIZEAU, 1993).

Puede considerarse que las informaciones relativas a la salud son las más íntimas, personales y sensibles de las informaciones sobre una persona, porque los datos generados por la realización de la entrevista y del examen físico es como si fuesen una extensión del cuerpo o de la mente de alguien. Para que este acto médico no sea considerado un acceso no autorizado, debe ser el paciente –y no el profesional de la salud– quien determine cuál de estas informaciones pueden ser reveladas (WINSLADE, 1995; MILHOLLAND, 1994; FRANÇA, 1994). Por lo tanto, en el contexto de la relación médico-paciente, las cuestiones de la confidencialidad extrapolan el concepto deontológico de secreto profesional y demandan del proveedor de cuidados ciertas actitudes y cualidades que deben ser discutidas en un contexto de virtudes, carácter y principios esenciales para satisfacer la necesidad y el derecho de su paciente a la privacidad. Los derechos de una de las partes de una relación clínica tiene implicancias claras sobre las obligaciones y deberes de la otra parte, porque estos derechos no son unilaterales: los dos lados los poseen y, por lo tanto, no pueden ser considerados absolutos (ALMOND, 1994).

En el área de los cuidados de salud hay algunas excepciones justificadas y conocidas al derecho de confidencialidad. A pesar de ser un deber fundamental (*prima facie*) del médico, no se constituye en obligación absoluta (HERRANZ RODRÍGUEZ, 1992). Los límites externos a las reglas del secreto profesional están expresados en las obligaciones legales de los médicos, como la notificación obligatoria de algunas enfermedades transmisibles, las lesiones por agresión o violencia y las sospechas de abuso infantil. Además de éstas, las obligaciones de oficio también imponen limitaciones a la confidencialidad, como en los casos del personal médico de las fuerzas armadas o aquellos que trabajan para instituciones, los cuales poseen una doble responsabilidad, con sus pacientes y con sus empleadores.

Siendo la confidencialidad fuertemente vinculante, pero no una obligación absoluta, la cuestión ética que se impone es la de determinar cuáles principios o circunstancias justifican la ruptura del secreto. La fundamentación para la ruptura de confidencialidad debe basarse en el

principio de Justicia y depende del contexto particular de cada caso (FRANCIA, 1994). Solamente una cuidadosa articulación de todos estos factores puede garantizar que se mantenga la confianza mutua, presunción fundamental para que el resultado de la interacción clínica sea, simultáneamente, terapéutico y éticamente adecuado. Esta cuestión nos remite, consecuentemente, al análisis de los motivos considerados éticamente admisibles para decepcionar a un paciente, revelando a terceros su intimidad.

SCHIEDERMAYER (1991) toma como base la teoría principialista para fundamentar éticamente el quiebre de confidencialidad y dice que esta ruptura solamente puede ser admitida en cuatro circunstancias generales: a) cuando hubiese alta probabilidad de que suceda un serio daño físico a una persona identificable y específica, estando, por lo tanto, justificada por el principio de la No Maleficencia; b) cuando un beneficio real resultase de la quiebra del secreto, basándose esta decisión en el principio de Beneficencia; c) cuando fuese el último recurso, después de agotados todos los abordajes para respetar la Autonomía del paciente; d) y cuando la misma decisión de revelación pueda ser utilizada en otras situaciones con características idénticas, independiente de la posición social del paciente, contemplando el principio de Justicia y, fundamentado en el respeto por el ser humano, tornándose un procedimiento generalizable.

JACKSON (1994), por el contrario, defiende que en caso de conflicto, la decisión sobre cuál de los deberes es prioritario (por ej. actuar justamente o actuar con beneficencia) no puede ser hecha en un contexto de principios generales como son los de BEAUCHAMP y CHILDRESS (2002), sino que debe ser alcanzada mediante un análisis de informaciones más específicas sobre cada caso.

En las últimas décadas, la explosiva diseminación del virus VIH (y en consecuencia la dimensión social que el Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA) presenta, por su componente –todavía hoy– altamente discriminatorio), resultó en una importante revisión y reconsideración de ciertos aspectos de la relación profesional de salud-paciente. Entre ellos, se destaca la cuestión del derecho a la privacidad y los límites éticos, jurídicos y técnicos del mantenimiento del secreto médico.

A partir de la introducción de la terapia antirretroviral combinada (también conocida como esquema triple) ha habido una mejora considerable en el pronóstico de pacientes con VIH/SIDA, con buena calidad de vida, y una importante reducción de la mortalidad, tanto es así que, hoy, el SIDA es considerado una enfermedad crónica.

En este sentido, las parejas de los seropositivos, cuando son bien informados y toman las precauciones necesarias, pueden mantener una vida en común, con una razonable protección y, en el caso de infectarse, tienen la posibilidad de utilizar una medicación que es efectiva en el control de la enfermedad. Para que estas medidas puedan ser efectivas es lógico que deben ser conscientes de la condición de seropositividad del compañero(a). De esta forma, existe un razonable consenso en la sociedad (en algunos países constituye un crimen la no revelación), de que las parejas de personas seropositivas o enfermas de SIDA, tienen *el derecho de saber*, con la finalidad de proteger su integridad física y ésta sería una situación donde el profesional de la salud estaría autorizado al quiebre de la confidencialidad, fundamentado en los principios de Justicia y No Maleficencia.

Ya surgen, mientras tanto, entre los autores que defienden el derecho de los pacientes seropositivos al secreto, algunas opiniones de que personas adultas, informadas, autónomas y capaces para tomar decisiones, deberían ser completamente responsables por sus conductas y actitudes y, por lo tanto, responsabilizadas por la exposición voluntaria a riesgos conocidos derivados del ejercicio de su sexualidad, correspondiéndoles el auto cuidado.

En este contexto, donde se confrontan la vulnerabilidad de terceros y los derechos de los sujetos seropositivos o enfermos, existe un grupo que merece ser destacado por su extrema vulnerabilidad: los niños infectados por transmisión vertical.

Se entiende por transmisión vertical del VIH la situación en que el niño es infectado por el virus del SIDA durante la gestación, parto, o aún por medio del amamantamiento por la madre o por otra mujer seropositiva. La probabilidad de transmisión vertical del VIH fue demostrada por varios estudios y 65% de los casos ocurren durante el trabajo de parto y en el parto propiamente dicho; 35% ocurren *in uterus*, principalmente en las últimas semanas de gestación, y el amamantamiento por la madre enferma representa un riesgo adicional que varía de 7 a 22%.

La tasa de transmisión vertical del VIH en la ausencia de procedimientos profilácticos puede llegar a 25,5%, o sea, de cada 100 niños nacidos de madres infectadas, 25 pueden volverse VIH positivos. Con acciones de prevención, la transmisión puede reducirse a menos del 1% (CDC, 1994). Actualmente, existen medidas eficaces para evitar el riesgo de transmisión, tales como: el diagnóstico precoz de la gestante infec-

tada, el uso de drogas antirretrovirales, el parto por cesárea programado, la suspensión del amamantamiento materno sustituyéndolo por fórmula infantil, siendo que, cuanto más precoz sea el diagnóstico de la infección por el VIH en la gestante, mayores son las chances de evitar la transmisión al bebé.

Estudios demostraron que intervenciones de prevención realizadas solamente durante el parto y el puerperio pueden reducir cerca de 50% la probabilidad de transmisión vertical del VIH. Resultados del Protocolo 076 del *SIDA Clinical Trial Group* (PACTG 076) comprobaron la eficacia de la zidovudina (AZT) en la reducción de la transmisión vertical del VIH (CDC, 1994). Desde entonces, el protocolo para el abordaje de esta forma de transmisión utiliza AZT en el tratamiento de la gestante seropositiva, en el segundo y tercer trimestres de la gestación y durante el parto. El recién nacido utiliza AZT durante las seis primeras semanas de vida, asociada a la práctica de no amamantar en seno materno. Esta combinación de medidas es capaz de reducir en 67,5% la tasa de transmisión vertical del virus, siendo, a partir de estos descubrimientos, el régimen utilizado mundialmente para el abordaje de los hijos de madres seropositivas.

Puede considerarse que el quebrantamiento del secreto médico está éticamente justificado, en este caso, por los principios de no maleficencia y de justicia. Es maleficente e injusto tanto para el compañero que ignora la condición de seropositividad –lo que impide que pueda protegerse de la probable infección –como para el recién nacido– lo que impide su correcto acompañamiento clínico como hijo de madre seropositiva, por la necesidad de usar medicación antirretroviral, independiente de estar contaminado o no, y del peligro de contaminación por el amamantamiento. El equipo clínico deberá emplear todos los esfuerzos en la tentativa de convencer a la paciente sobre la necesidad de revelar la información al compañero, buscando su consentimiento para esta revelación, hecho que respetaría su autonomía.

Este proceso de convencimiento debe contar con la correcta evaluación y acompañamiento de la paciente por los profesionales especializados que el equipo juzgue necesarios (por ej.: psiquiatra, psicólogo, asistente social y otros), ayudándola a jerarquizar sus valores, utilizando argumentos de necesidad y estableciendo un plan de discusión de los siguientes puntos:

a) La responsabilidad del equipo y de la paciente con las terceras partes identificables (compañero y recién nacido) y la necesidad de dar-

les justas chances de prevención y/o tratamiento, en caso que estén infectadas por el VIH;

b) Oferta de ayuda o sustitución para la revelación al compañero, garantizando acompañamiento psicológico/psiquiátrico a la paciente, antes, durante y después de la revelación para una mejor comprensión de los hechos y consecuencias, así como para el control de la ansiedad y de los sentimientos de exclusión;

c) Posibilidad de que la paciente tenga un espacio de tiempo razonable para reflexionar y ordenar sus prioridades, en la tentativa de alcanzar un proceso de consentimiento realmente informado y deliberado;

d) Protección del recién nacido, garantizando su acompañamiento clínico y encaminamiento del caso a los órganos competentes de protección a la infancia y adolescencia para supervisión de las condiciones de cumplimiento de las conductas y orientaciones propuestas para el mejor beneficio del niño;

e) Si, después de todas estas alternativas, la paciente persiste negando su consentimiento, el equipo debe informarle francamente de la necesidad de revelar la información a su compañero y garantizar la protección y protocolo de prevención de la transmisión vertical para el recién nacido.

Considerándose todos los hechos hasta aquí presentados, puede desprenderse que el conflicto de obtener, utilizar y eventualmente compartir la información para proporcionar los mejores cuidados en salud, sin violar la privacidad del paciente, es una cuestión muy compleja en sí misma, demandando el análisis de varias clases de valores y principios morales, de derechos y deberes, de todas las circunstancias y de todas las consecuencias que permiten la relación clínica y cada caso en particular.

3.2. INTERRUPCIÓN DE LA GESTACIÓN

CASO CLÍNICO: Paciente femenina, 28 años de edad, grado de instrucción enseñanza media completa, se presenta en el Centro de Medicina Fetal con 19 semanas de gestación, enviada por el ginecólogo de la Unidad Básica de Salud por diagnóstico ecográfico de malformación fetal incompatible con la vida (anencefalia). Refiere, desde el primer contacto con el equipo, estar decidida a interrumpir la gestación, verbalizando las dificultades relacionadas con la desilusión de estar generando un feto incompatible con la vida, sumado al hecho de que el padre del niño la ha abandonado tras el diagnóstico de malformación fetal. La paciente justifica, además, que no desea llevar adelante la gestación porque anteriormente perdió otro hijo por un aborto espontáneo, pasando por un período bastante largo y difícil con síntomas acentuados de depresión.

Se sabe de la importancia de un embarazo en la vida de la mujer, sea deseado o no. Este hecho reactiva, en su *psique,* las fantasías más primitivas relacionadas a la figura materna, con todos sus matices y conflictos de amor y odio, propios del ser humano, desencadenando sentimientos ambiguos frente a la gestación, incluso antes de saber sobre la integridad física del feto. Aunque las reacciones sean diversas, el diagnóstico de una anomalía fetal, generalmente resulta en sentimientos de angustia, desesperación, incredulidad, temores y dudas. En situaciones en las cuales el embarazo no es bien aceptado, muchas veces las gestantes se sienten culpables, como si fuesen responsables por la malformación. Todos estos aspectos emocionales se amplían cuando esta condición fetal es incompatible con la vida.

Las modernas técnicas de diagnóstico prenatal ofrecen, hoy en día, una evaluación precoz de los aspectos morfológicos fetales, permitiendo la anticipación de diagnósticos de malformaciones, desde las pequeñas hasta aquellas incompatibles con la vida fuera del útero materno. Entre las últimas, se encuentra la anencefalia, un defecto derivado del mal cierre del tubo neural durante la embriogénesis, ocurriendo entre el 16º o 26º día de la gestación, causada por interacciones complejas entre factores genéticos y ambientales. Siempre letal, ocasiona muerte fetal o neonatal a los pocos días de vida. (PENNA, 2005; REZENDE y MONTENEGRO, 2005). La anencefalia está asociada a otras graves anomalías, como la espina bífida (cerca del 50% los casos), y defectos cardíacos y renales (HOOFT, 2000).

El momento de la confirmación del diagnóstico es siempre uno de los más difíciles para los padres. Son indiscutibles el trauma y el sufrimiento psicológico desencadenados. En la práctica asistencial, se verifica que la manera de conducir este momento por los equipos puede generar alivio o aumento de miedos y fantasías de la pareja. Este hecho refuerza la necesidad de preparación de los profesionales de salud para el manejo de estas situaciones. La manifestación de posicionamientos personales de forma implícita o explícita (generalmente de orden contra-transferencial) puede perjudicar los procesos de escucha y de evaluación necesarios.

Entre las fantasías de esas pacientes, tal vez la más común sea la de la reversibilidad del diagnóstico. En un entendimiento psicodinámico, esas fantasías tienen una importante función protectora para la psiquis. Las mujeres necesitan tener momentos en los que puedan creer en la reversión del diagnóstico y, al mismo tiempo, conseguir asimilar la orientación médica de que esto ciertamente no se concretará. De esta

forma, es necesario que los profesionales de salud intenten promover un equilibrio entre fantasía y realidad.

Otro aspecto psicológico importante es la necesidad de respetar el tiempo que cada paciente precisa para conseguir abstraer e internalizar las informaciones dadas por el equipo. Al contrario de lo que se puede pensar, el hecho de informar a la paciente no significa que ella haya entendido lo suficiente. De hecho, cada persona tiene un tiempo específico para poder comprender todas las consecuencias emocionales, familiares y sociales de un acto y, de esta forma, poder madurar su decisión.

Juntamente con la ambivalencia, común en estas situaciones, estos aspectos deben ser evaluados y trabajados por el equipo de modo criterioso y profundo. Encontramos tanto en los aportes teóricos, como en la experiencia clínica, que procesos de toma de decisión pautados con precipitación, ambivalencia, o impulsividad, muchas veces tienen resultados emocionales desastrosos. Por ser una decisión que probablemente tendrá repercusiones futuras, es importante que el equipo actúe en el sentido de prevención, a través de la información detallada de las probables consecuencias, que es la forma asistencial adecuada de habilitar a esas gestantes para una toma de decisión consciente, en un verdadero proceso de consentimiento libre y esclarecedor.

En el campo de la medicina, hasta hace poco tiempo, la sociedad esperaba que el médico decidiese lo que era mejor para el paciente. Actualmente, *aquello que es considerado bueno para el paciente ya no depende sólo de la opinión del médico. El paciente debe ser informado y dar su consentimiento, dejando de ser un mero espectador para convertirse en sujeto activo y autónomo, con capacidad de tomar parte en las decisiones que le conciernen* (García-Aznar, 2000).

De esta forma, la interacción entre el paciente y su médico se basa en una relación contractual que implica deberes y derechos entre ambos, de modo que el médico no puede prescindir de las decisiones del paciente en condiciones de expresarlas, debiendo reconocerlo como persona libre y autónoma. Estos aspectos son reiterados por Clotet (2009), al señalar que el principio de la autonomía debe ocupar un lugar relevante en las decisiones médicas y en la obtención del consentimiento informado, al inicio de cualquier tratamiento y evaluación de los riesgos aceptables.

Broadstock y Michie (2000) alertan que las decisiones no deben ser tomadas en el vacío, pero sí en un contexto social de niveles variados. Un proceso de elección consciente y racional no puede ser llevado

a cabo por una persona que toma una decisión basada apenas en aquello que su médico le dice. Los autores alertan sobre cuestiones sutiles, tales como el hecho de que el paciente cree que está tomando su propia decisión sin interferencia de otros, aunque, puede estar siendo influenciado por el tipo y modo de presentación de la información, tanto como por el comportamiento no verbal de los informantes. Estos aspectos son indispensables para la valorización de todas las opciones posibles para quien toma la decisión, tomando en cuenta como cada persona difiere en la cantidad y calidad de información necesaria para una decisión.

La capacidad de una persona para tomar decisiones por sí misma, y en su propio beneficio (o sea, el ejercicio de la autonomía personal) es un pre-requisito indiscutible para que se pueda hablar de consentimiento (ESPELETA, 2009) y la interpretación de una buena decisión da por sobreentendida que esta debe ser «autónoma» e «informada» (BROADSTOCK e MICHIE, 2000). SIMÓN-LORDA (2008) complementa lo expuesto al presentar los requisitos para este ejercicio: tener información suficiente sobre la decisión que va a ser tomada significa contemplar el objetivo de la decisión, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles. Es indispensable que la persona pueda actuar libremente sin coacciones externas y tener condiciones psicológico-cognitivas, volitivas y afectivas que implicarán el conocimiento, evaluación y gestión adecuada de la información recibida para tomar una decisión y expresarla. Todos estos aspectos significan el pleno ejercicio de la autonomía.

Retomando el foco de esta discusión, que propone la evaluación de la autonomía de la mujer frente a una gestación de anencefalia, encontramos en SPARA et al. (2005) la afirmación de que llevar a término la gestación puede ser sentido como un largo tiempo de sufrimiento frente a la certeza de la inevitable muerte del feto. Teniendo en vista esta realidad, la decisión materna debe ser optativa y personal: una madre puede desear llegar al fin del embarazo, mientras que otra puede optar por la interrupción anticipada de la gestación. Ciertamente el sufrimiento debe ser igual para ambas, pero cada mujer debería tener la legitimidad y autonomía para decidir por aquella opción que tenga mejores condiciones de sustentar.

Vale resaltar que, aun decidiendo por el seguimiento de la gestación, este hecho no las va a eximir del sufrimiento de la pérdida de un hijo. Es necesario que las gestantes tengan consciencia de este hecho. Así, el luto frente a las circunstancias del término de esta gestación puede ser elaborado y vivenciado normalmente. Como consecuencia, muchas pacientes relatan un sentimiento de «deber cumplido», que sólo

tiene validez emocional en la medida en que la decisión sea verdadera y exenta de coacciones de cualquier naturaleza. En estos casos, cuando la decisión materna es la de mantener la gestación, y la pareja fuese amplia y debidamente informada sobre todas las implicaciones de la anencefalia, acompañada por un equipo que revele respeto por la decisión tomada, con actitudes de acogimiento, contención, escucha y aceptación del tiempo necesario en cada caso, se puede concluir por la adecuación ética de esa conducta. En contrapartida, casos en que las pacientes son estigmatizadas por el equipo debido a su elección, vistas como psicológicamente perturbadas, sin una charla profunda o informadas de forma inadecuada, teniendo como objetivo influenciar su decisión, son marcados por la desconsideración de la gestante como un ser autónomo, capaz, y que tiene el derecho de decidir lo que es mejor para ella.

La decisión de interrumpir también es diversificada en sus justificaciones. Algunas gestantes presentan el deseo de interrumpir de forma impulsiva, por sentirse presionadas tanto por el propio sufrimiento cuanto por opiniones de otras personas o por la fantasía que estarán eliminando de forma mágica aquello que están sintiendo. Cuando esos factores no son bien evaluados y trabajados por el equipo (y la gestación fuese interrumpida), son comunes las manifestaciones de culpa y de estrés post-traumático.

Frente a la decisión tomada, la mujer y la familia encuentran realidades culturales y legales distintas. La diversidad del tratamiento jurídico dado a la cuestión de la interrupción de la gestación por malformación fetal incompatible con la vida extra-uterina hace pertinente un breve análisis comparativo de la legislación en diversos países.

En América del Norte, donde hay libertad para que la pareja realice un aborto, no hay impedimentos legales en relación a la interrupción de la gestación. Es probable que, por este motivo, el porcentaje de casos de interrupción en situaciones de anomalía cromosómica fetal, en los Estados Unidos, sea de 94 a 100%. En países de otros continentes, donde el aborto también está despenalizado, como en Suiza y en Australia, estas tasas son, prácticamente, de 100% (LÔBO, 2006).

En España, desde 1995, la práctica del aborto fue despenalizada en algunas situaciones específicas, entre ellas cuando se presume que el feto nacerá con graves defectos físicos o psíquicos, siempre que la interrupción se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen sea emitido con anterioridad a la intervención

por dos médicos especialistas de un centro o establecimiento sanitario, público o privado acreditado para el procedimiento, distintos del que practique o dirija el procedimiento (CASADO, 2008).

En Brasil, la situación de estas mujeres es muy diferente. El Código Penal de Brasil considera el aborto como crimen, con pena prevista tanto para la gestante, como para terceros que lo realicen a su pedido o sin su consentimiento. Las excepciones de penalización para el médico que lo realiza, previstas en el Art. 128 del Código Penal son dos: la primera, lo que el texto legal denomina «aborto necesario», o sea, cuando no hay otro medio de salvar la vida de la gestante; y la segunda, cuando el embarazo resulta de violación y hubiese consentimiento de la gestante o, cuando es incapaz, de su representante legal (ABREU FILHO, 2009) no estando prevista en la ley la interrupción de la gestación en casos de malformación fetal.

De esta forma, para conseguir la liberación legal para la interrupción, las gestantes necesitan buscar autorización especial del Poder Judicial, provistas de informe médico certificando el diagnóstico de malformación incompatible con la vida, y los riesgos de salud física y psicológica materna. En consecuencia, las decisiones referentes a la realización del procedimiento están ligadas al juicio de valor y a la disposición personal de los magistrados en Brasil y casi nunca a la expresión de la autonomía de la mujer. (LÔBO, 2006).

Estos posicionamientos, contrarios a los deseos y necesidades de estas gestantes, se distancian del abordaje éticamente adecuado de la situación. BEAUCHAMP y CHILDRESS (2002), CASADO (2008) y LOCH et al. (2008) alertan el hecho de que el respeto por la persona exige obligaciones de no impedir que ella pueda decidir autónomamente, minimizando posibles factores que puedan interferir en su autodeterminación, reconociendo el derecho de realizar sus elecciones con base en opiniones, valores y creencias personales.

A pesar de que la situación en Brasil está lejos de una solución éticamente adecuada para el problema, desde 2004 algunos movimientos sociales han discutido con más profundidad la situación. En esta discusión se observa que muchos segmentos sociales presentan sensibilidad frente al drama emocional de estas gestantes, posicionándose a favor del respeto a la decisión tomada por ellas. Sectores más liberales defienden que, así como debe ser respetada la toma de decisión de la mujer que opta por el seguimiento de la gestación, debería respetarse también la autonomía de aquella que opta por la interrupción. Frente al

hecho de que muchas mujeres vivencian la obligatoriedad del embarazo con esta patología como una tortura, independientemente de la elección tomada, las gestantes deberían tener su principio de libertad preservado, pues esta actitud promueve su dignidad (ANIS, 2004).

En Brasil, el Senado discute actualmente un proyecto de ley para legalizar la interrupción de la gestación en casos de malformaciones incompatibles con la vida (como la anencefalia). En caso de que esta ley sea aprobada, muchos aspectos deberían ser discutidos y observados en el ámbito de la salud pública, de la justicia, de la religión y de la sociedad de modo general, pues todos estos segmentos, directa o indirectamente, influencian en las decisiones de estas mujeres, matizando sus repercusiones emocionales y morales. Por ejemplo, en el ámbito de la salud pública sería incorrecto justificar la obligatoriedad de la indicación para la interrupción de la gestación con el argumento de reducción de costos. Es bastante plausible pensar que, en estos casos, los costos futuros por consecuencia de enfermedades psiquiátricas de las mujeres serían mayores que la economía inicial. Aspectos que, inclusive, son contrarios a los propios objetivos de los que proponen la ley, que se fundamentan en el respeto a la autonomía de decisión de la gestante.

Es necesario que no se pierda de vista los supuestos clínicos, psicológicos y bioéticos en lo que atañe al proceso de información, «escucha», evaluación de la paciente y el tiempo necesario para la toma de decisión, factores fundamentales para que la mujer sea preservada y alcance condiciones cercanas a las ideales para decidir lo que es mejor para ella misma.

Considerando los aspectos teóricos y asistenciales presentados, tanto como los objetivos de este trabajo, podemos proponer las siguientes conclusiones:

a) Existen divergencias en el modo como la sociedad piensa y actúa frente a la gestación del feto anencefálico. Estas diferencias ocurren tanto entre las propias gestantes como también entre representantes del derecho, medicina, religiones y otros segmentos sociales. Aunque exista una pluralidad de opiniones acerca de estas cuestiones, una sociedad democrática requiere acuerdos mínimos comunes (CASADO, 2008), destacando la importancia de discutir estas cuestiones de forma interdisciplinar, agregando posicionamientos, fundamentaciones y consensos oriundos de la bioética, de la medicina, del derecho, de la psicología y de la sociedad en general.

b) Es incuestionable que la gestante es el principal agente involu-

crado en esta situación. Solamente ella podrá demostrar si posee capacidad emocional para enfrentar todo el proceso gestacional sin la perspectiva de recompensa de llevar este hijo para casa. Independientemente de las cuestiones legales involucradas, este es un proceso psicológico que envuelve una demanda muy intensa de emociones y sufrimiento. De esta forma, los equipos de salud y la sociedad deberían realizar una escucha de orden psicológica, empática y de respeto frente a los sentimientos de los involucrados, sin interferencias contra-transferenciales.

c) Es deber del equipo de salud dar a estas gestantes un acompañamiento centrado en una visión ética del concepto de persona, en el cual su salud psíquica y física esté directamente implicada en el proceso de toma de decisión. Por lo tanto, es obligación del equipo asistencial dirimir las dudas de la gestante y ayudarla a jerarquizar sus valores, reconociéndola como un ser autónomo y libre.

d) Así, las gestantes que deseen interrumpir la gestación, como resultado de un proceso de información adecuado y que posean condiciones psicológicas de enfrentar las consecuencias de este acto, deberían ser respetadas en su toma de decisión, preservándose su libertad individual y dignidad moral. En el caso de las mujeres que desean llevar a término la gestación, sería éticamente adecuado que la sociedad respetase también este deseo y expresión de voluntad, no considerando la interrupción de la gestación, en estos casos, como un procedimiento obligatorio.

e) Teniendo en cuenta, por lo tanto, la autonomía y la libertad como propiedades fundamentales de la personalidad moral, el respeto a la decisión de la gestante debería ser mantenido tanto en su manifestación de llevar la gestación a término como en los casos que presenten la necesidad física y/o emocional de interrumpirla.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Un aspecto fundamental para el éxito y el futuro de los Comités de Bioética es mejorar la calidad de las intervenciones y la preparación de sus integrantes para realizar las discusiones. Debe ser un compromiso para los miembros de un CB actualizarse y profundizar en las cuestiones técnicas, legales y éticas en general, pero, especialmente, en aquellos asuntos que son motivos frecuentes de consultas.

Conocer los principales conflictos presentes en el ambiente hospitalario, sistematizar esta información, con el objetivo de profundizar las

cuestiones bioéticas discutidas en el ámbito del propio Comité, o para servir de subsidio tanto en la educación de la comunidad interna del hospital, cuanto en el intercambio de experiencias con otros órganos semejantes sólo es posible a través de trabajos científicos con metodología apropiada.

En este sentido, creemos que esta mirada diferenciada sobre las consultas al CB HSL y FAMED/PUCRS, además de ser inédita, sirve para llamar la atención de todos los segmentos de la sociedad sobre la importancia del respeto a los pacientes y sus derechos.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como constituyentes de los Derechos Humanos ya establecidos es de suma importancia, pues los clasifica junto a una serie de otros derechos de dimensión social, como aquellos relativos a la salud, a la educación y a la seguridad, cuya finalidad es proporcionar las condiciones y los medios necesarios para la práctica libre, saludable y segura de la sexualidad y de la reproducción y, en un último análisis, reconocer y autenticar la autonomía y autodeterminación de las personas en relación a sus funciones reproductivas.

REFERENCIAS

ABREU FILHO, N. P. (Org.), Constituição Federal. Código Penal e Código de Processo Penal: atualizados até janeiro de 2009. 10 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

ALMOND, B., Individual rights in the health care relationship. In: GILLON R, editor. Principles of health care ethics. Chichester: John Wiley & Sons; 1994. pp. 511-518.

ANIS: INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO (Org.), Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: LetrasLivres, 2004.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F., Principles of biomedical ethics. 4th. ed. New York: Oxford University, 1994.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F., Princípios de Ética Biomédica. São Paulo: Loyola, 2002.

BERNT, F.; CLARK, P.; STARRS, J., TALONE, P. Ethics Committees in Catholic Hospitals, 2006. Disponible en *http://www.chausa.org/Pub/MainNav/News/HP/Arc VIHe/2006/03MarApril/Articles/SpecialSection/hp0303.htm* Acceso: 14/06/2007.

BROADSTOCK, M.; MICHIE, S., Processes of patient decision making: Theoretical and Methodological Issues. Psychology and Health, v. 15, pp. 191-204, 2000.

CASADO, M., Bioética, Derechos Humanos Y Práctica Clínica. In: LOCH, J. A.; GAUER, G. J. C.; CASADO, M. (Orgs.). Bioética, Interdisciplinaridade e Prática Clínica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 35-58.

CAMPBELL, S. G.; GIBBY G. L.; COLLINGWOOD, S. The Internet and eletronic transmission of medical records. J Clin Monit, v. 13, pp. 325-334, 1997.

CLOTET, J. O., Respeito à autonomia e aos direitos dos pacientes. Revista da Amrigs, v. 53, n. 4, pp. 432-435, out./dez. 2009.

CORRÊA, S.; JANNUZZI, P. M.; ALVES, J. E. D., Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores In: CAVENAGHI S. Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva. Rio de Janeiro/Brasília: ABEP/UNFPA, 2006; pp. 28-62.

DÍAZ, M.; CABRAL, F.; SANTOS, L., Os direitos sexuais e reprodutivos. In: RIBEIRO, C.; CAMPUS MTA. Afinal, que paz queremos? Lavras: Editora UFLA, 2004; pp. 45-70.

ESPELETA, L. B., Consentimiento y Autonomía. En: CASADO, M. (Org.). Sobre la Dignidad y los Princípios. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009. pp. 209-215.

FORDE, R.; VANDVIK, H., Clinical ethics, information, and communication: review of 31 cases from a clinical ethics committee. J. Med. Ethics, v. 31, pp. 73-77, 2005.

FOXA, E.; MYSERSB, S.; PEARLMANAC, R. A., Ethics Consultation in United States Hospitals: A National Survey. The American Journal of Bioethics, v.77 (2), p.13-25, feb. 2007. Disponible en: *http://www.informaworld.com/smpp/title db=all content=t713606739 tab=issueslist branches=7*. Acesso: 1/10/2011.

FRANÇA, G. V., Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 1994.

GARCÍA-AZNAR, A., Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes. In: CASADO, M. (Org.). Estudios de Bioética y Derecho. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. pp. 197-212.

GRACIA, D., La confidencialidad de los datos genéticos. In: Ética y vida: ética de los confines de la vida. Santa Fé de Bogotá: El Buho; 1998. pp. 137-50.

GOSTIN, L. O. TUREK-BREZINA, J.; POWERS, M.; KOSLOFF, R.; FADEN, R.; STEINAUER, D. D., Privacy and security of personal information in a new health care system. J. Am. Med. Assoc., v. 270, pp. 2487-2493, 1993.

HERRANZ RODRÍGUEZ, G., Comentarios al Código de ética y deontología médica. Pamplona: EUNSA; 1992.

HOOFT, P. F., Anencefalia: Consideraciones bioéticas y jurídicas. ¿La ausencia de un substrato biológico mínimo genera una diferencia moral? Acta Bioethica, v. 1, n. 2, pp. 267-282, 2000.

HOTTOIS, G.; PARIZEAU, M. H., Les mots de la bioéthique: un vocabulaire encyclopédique. Bruxelles: De Boeck Université; 1993.

JACKSON, J., Promise-keeping and the doctor-patient relationship. In: Gillon R, editor. Principles of health care ethics. Chichester: John Wiley & Sons; 1994 p.489-497.

LÔBO, C. E. D., Gestantes de fetos anencéfalos: mulheres que lutam. Considerações Preliminares. Diálogo Jurídico, v. 5, pp. 129-152, 2006.

LOCH, J. A.; GAUER, G. J. C.; BORGES, G. S., Consultorias solicitadas ao Comitê de Bioética da Faculdade de Medicina e do Hospital São Lucas da PUCRS no período de 1997 a 2006. In: LOCH JA; GAUER GJC; CASADO M. (Org.). Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008; pp. 263-272.

LOCH, J. A.; KIPPER, D. J.; CLOTET, J., O princípio de respeito à autonomia na prática pediátrica. In: LOCH, J. A.; GAUER, G. J. C.; CASADO, M. (Orgs.). Bioética, Interdisciplinaridade e Prática Clínica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 161-171.

MCGEE, G.; SPANOGLE, J. P., CAPLAN, A. L.; PENNY, D.; ASCH, D. A., Successes and failures of Hospital Ethics Committees: a national survey of Ethics Committee Chairs. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, v.11, pp. 87-93, 2002.

MILHOLLAND, D. K., Privacy and confidentiality of patient information. J Nurs Adm 1994; 24: 19-24.

PENNA, M. L. F., Anencefalia e morte cerebral (neurológica). Physis: Revista Saúde Coletiva, v. 15, n. 1, pp. 95-106, 2005.

PINNOCK, R.; CROSTHWAITE, J., The Auckland Hospital Ethics Committee: The first 7 years. Journal of the New Zealand Medical Association, 05-November-2004, Vol 117 No 1205. Disponible en: *http://www.nzma.org.nz/journal/117-1205/1152/*. Acesso: 20/12/2010.

REZENDE, J.; MONTENEGRO, A. B., Distocias do Cordão. Macrossomia

do Feto. Anencefalia.. In: REZENDE, J. (Org.). Obstetricia. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005. pp. 1147-1151.

SÁNCHEZ URRUTIA, A.; SILVEIRA GORSKI, H. C.; NAVARRO MICHEL, M., Tecnologia, intimidad y sociedad democrática. Barcelona: Icaria, 2003.

SCHIEDERMAYER, D. L., Guarding secrets and keeping counsel in computer age. J Clin Ethics, v. 2, pp. 33-34, 1991.

SIMÓN-LORDA, P., La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavia pendiente. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, v. 28, n. 102, pp. 325-348, 2008.

SPARA, P.; MAUAD-FILHO, F.; EL BEITUNE, P.; COSTA, A. G.; EL BEITUNE, K. M., Cabe a interrupção da gestação em feto anencéfalo? Femina, v. 33, n. 2, pp. 151-152, 2005.

TEALDI, J. C., MAINETTI, J. A., Hospital ethics committees. In: CONNOR, SS, FUENZALIDA-PUELMA, HL. Bioethics: issues and perspectives.. Scientific publications, n. 527. Washington D.C.: Pan American Health Organization, 1990. pp. 52-58.

TROSTER, E. J., Comitês de Bioética. Rev Assoc Med Bras, v. 46, n. 4, pp. 296-297, 2000.

URBAN, C. A., Modelo do Comitê de Bioética do Hospital Nossa Senhora das Graças em Curitiba. In: URBAN, C. A. Bioética Clínica. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. pp. 107-114.

VENTURA, M., Direitos Reprodutivos no Brasil. 3.ed. UNFPA, 2009.

WINSLADE, W. J., Confidentiality. In: REICH WT (Editor). Encyclopedia of Bioethics: revised edition. N.York: Simon & Schuster Macmillan, 1995. pp. 451-59.

5

Donantes vivos de riñón: reflexiones éticas en relación al género

MARIELA MAUTONE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TRASPLANTES DE RIÑÓN CON DONANTES VIVOS. III. EL CONCEPTO DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA DE ANÁLISIS. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1985, mientras cursaba el primer año de la especialidad de nefrología, me interesé por el tema de los trasplantes de riñón con donante vivo (DV). En ese momento ya se conocía que la condición de tener un solo riñón lleva a mecanismos normales de adaptación que a largo plazo pueden determinar tendencia a la hipertensión arterial, al aumento de la excreción de proteínas por la orina (albuminuria) y a grados variables de deterioro de la función renal, es decir a la insuficiencia renal crónica (IRC).

Realicé entonces mi primer trabajo de investigación en nefrología titulado «Morbilidad en dadores vivos de trasplantes de riñón», con el objetivo de determinar la situación de los DV luego de un período de tiempo de la nefrectomía en cuanto a situación clínica, presión arterial, presencia o no de alteraciones en el sedimento urinario y función renal (1).

Desde 1979 a 1984 se habían realizado en Uruguay 50 trasplantes de riñón, 18 de los cuales habían sido con donantes vivos emparentados: los trasplantes fueron de padres a hijos o entre hermanos. Del total de donantes, el 61% eran de sexo femenino y la edad media de los DV era de 48 años con un rango entre 30 y 65 años.

En el momento del estudio, el tiempo medio de evolución desde la

nefrectomía era de 36 meses. Todos los donantes estaban normotensos, en 4/18 donantes existía proteinuria y la función renal no mostraba deterioro. En este trabajo no advertí la mayor frecuencia de DV de sexo femenino y no realicé reflexiones al respecto.

Debe tenerse presente, ante todo, que el trasplante renal entre vivos necesita una persona que esté dispuesta a convertirse en un agente terapéutico a pesar de correr riesgos personales sin beneficio directo.

En este capítulo abordaré el tema de la mayor frecuencia del sexo femenino entre los DV. Si bien las razones que expliquen esta diferencia podrían ser médicas, mi hipótesis se basa en la existencia de un trato desigual entre hombres y mujeres de origen sociocultural con repercusiones éticas.

En lo que sigue, me referiré exclusivamente a los trasplantes renales (TR), por las siguientes razones:

1. Los TR son los injertos de órganos que se realizan con mayor frecuencia en el mundo, participando en los mismos tanto países desarrollados como en vías de desarrollo.

2. Los TR no implican, en la mayoría de los casos, el dramatismo de vida o muerte como lo puede tener el de otros órganos, ya que la vida para la gran mayoría de las personas está protegida con la hemodiálisis o con la diálisis peritoneal, aunque es indudable que el TR mejora la calidad de vida de estos pacientes.

3. Los TR son una actividad que admite la donación entre vivos, la cual se realizó inicialmente con donante vivo emparentado en primer grado, pero luego, con el desarrollo de la inmunología, aparecieron fármacos que mitigaban el rechazo entre tejidos de personas no idénticas y se pudo desarrollar el programa de TR con donantes cadavéricos. La decisión de promover el desarrollo de programas de TR con donantes cadavéricos estuvo basada en la necesidad de no causar daño al donante.

En los últimos años se observa un aumento constante de la demanda de órganos, así como un crecimiento imparable de las listas de espera de órganos (LE) que está llevando al desarrollo de nuevas políticas de procuración de órganos, con una marcada tendencia mundial a aceptar y promover la donación entre vivos emparentados.

Desde el año 2010 existe una fuerte presión por parte de países industrializados con renovación de argumentos que reclaman aumentar las tasas de donantes vivos. En nombre de la «penuria» de órganos, se

reclama mayor donación entre vivos emparentado o vinculados e incluso no vinculados afectivamente, apareciendo la figura del «Buen Samaritano».

En muchas sociedades la extracción de un órgano en vida despierta verdadero rechazo ya que no está demostrado que la sobrevida del injerto sea mejor que con riñón procedente de cadáver. Por esta razón en España, Francia y Uruguay la donación entre vivos ha sido menor del 5%. Esto explica que, a pesar de que la actividad de trasplantes se inició en el mundo en la década de los años 60, la insistencia actual en la procuración de órganos genera nuevos dilemas éticos que obliga a nuevos debates. Precisamente por este motivo, el Observatorio de Bioética y Derecho, de la Universidad de Barcelona, ha publicado recientemente un Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo con el fin de alertar acerca de los problemas de tipo ético que pueden derivarse de este tipo de donación (2).

II. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TRASPLANTES DE RIÑÓN CON DONANTES VIVOS

La insuficiencia renal extrema (IRE), es decir, la etapa de la insuficiencia renal crónica que necesita la sustitución de la función por diálisis o trasplante, tiene mayor incidencia y prevalencia en el hombre que en la mujer. De la población en diálisis, el 55,8% son hombres y el 44,2% son mujeres (3).

Se ha estudiado las razones que podrían explicar una menor incidencia y prevalencia de la IRE en la mujer y se encontró que las enfermedades que con más frecuencia afectan al riñón tienen un ritmo de progresión más lento en la mujer que en el hombre. Estudios comparativos se han realizado en animales y demostraron que la manipulación hormonal modifica la progresión de la enfermedad renal. Los estrógenos parecería que protegen a las hembras. Además, se han encontrado diferencias en la estructura del riñón, en los mecanismos de respuesta hemodinámicas que favorecen la menor progresión de la enfermedad renal en la mujer y que por lo tanto estarían directamente vinculados con el sexo biológico o cromosómico (4). Esos datos podrían explicar que los pacientes en lista de espera de sexo masculino sean alrededor del 60% y que los receptores de donante cadavérico sean con mayor frecuencia hombres.

Sin embargo, estas razones no justifican la mayor frecuencia de DV del sexo femenino, porque, en el trasplante entre vivos, para cada recep-

tor el donante tiene el 50% de posibilidades de ser hombre y el 50% de ser mujer.

El número de TR con donantes vivos no es igual en todo el mundo. Los datos de los registros en EEUU informan que el 50% de todos los trasplantes se realizan con donante vivo. En la Unión Europea son el 13,7%, aunque en España y Francia son menos del 5%. En América Latina el 40.5% de los trasplantes se realizan con DV, aunque en Uruguay el porcentaje es menor del 5% (5).

El primer trabajo que aparece en la bibliografía en cuanto a diferencias de sexo en trasplantes de riñón es el de BLOEMBERGER y PORT (3), que se realizó analizando datos del registro americano (*US Data System*) en el período comprendido entre 1991 y 1993 en EEUU. En el mismo se observó que las mujeres tenían globalmente 10% menos posibilidades de recibir un TR que un hombre y 28% posibilidades más de ser donante (3). Estudios posteriores confirmaron estos datos.

En 2005 se informó que en EEUU el 59,2% de los donantes son mujeres, mientras que el 58,2% de los receptores son hombres (6). En Canadá la situación es igual, con un mayor porcentaje de mujeres donantes, siendo donantes las esposas con mayor frecuencia que los esposos (7).

En Europa, según datos aportados por la bibliografía, esta tendencia es la misma. En Alemania, el 63% de los DV son mujeres (8). En Suiza, el 64% de los DV son mujeres y el 65% de los receptores son hombres (9). En Noruega, un estudio mostró que los donantes menores de 50 años no presentaban diferencias de sexos, aunque sí entre donantes mayores de 50 años, un 65% de los cuales fueron de sexo femenino (10).

En Uruguay se han realizado hasta la fecha 157 trasplantes con donantes vivos relacionados, siendo el 58% de los donantes de sexo femenino y el 58,5% de los receptores de sexo masculino (11).

De acuerdo a lo expuesto, hay una tendencia a que las mujeres sean donantes con mayor frecuencia y esto se observa sobre todo en la donación altruista. Más frecuentemente la mujer dona a un ser querido, a su hijo o a su esposo.

La primera pregunta que debía responder frente a este problema fue: ¿Existen causas médicas que hagan menos probable que el hombre sea elegido como donante?

La primera hipótesis que se excluyó fue que el hombre sufriera enfermedades con mayor frecuencia, sobre todo hipertensión arterial o

enfermedad coronaria. No hay datos en la bibliografía que confirmen esta hipótesis. Cuando se trató de explicar por qué la mujer era con menor frecuencia receptora, se postuló que la mujer está hipersensibilizada contra anticuerpos del hombre debido a la gestación. Esto no ha sido demostrado, aunque ha sido comunicado en diferentes trabajos como el de ZIMMERMAN y el de MONTGOMERY. No se encontraron diferencias en cuanto a rechazo del injerto debidas al sexo cromosómico del donante (7).

¿Qué tipo de razones, excluidas las médicas, pueden explicar la anterior diferencia? En la donación de órganos entre personas vivas subyacen razones culturales, sociales y psicológicas que se amalgaman de tal forma que es difícil interpretarlas como factores separados. En efecto, la donación de órganos queda enmarcada por los determinantes de los conocimientos científicos, pero esta es una actividad de impacto sociocultural que se puede realizar gracias a la solidaridad, con las características del don: se dona sin esperar reciprocidad, atraviesa la cultura de la muerte, los valores de la familia, y la autonomía y la libertad de la persona.

Las creencias y experiencias de donantes, pacientes y médicos se entrelazan en relación al concepto de don que, como lo ha explicado Marcel MAUSS, es un fenómeno social total (12). Las creencias religiosas tienen un fuerte determinante en las conductas de las personas, ya sea por la creencia de la posibilidad de vida después de la muerte, por la creencia en la reencarnación o por la prohibición religiosa de mutilar un cuerpo (13). Esto reviste enorme importancia, ya que las creencias religiosas en cuanto a la integridad del cuerpo y la imagen de los sujetos influyen sobre los ejecutores de las políticas de procuración y en la confianza de los programas de trasplantes.

La mujer tiende a tener conductas altruistas con más frecuencia que el hombre, se ven a sí mismas como cuidadoras y se plantean dilemas morales como no aceptar un órgano de un ser queridos o estar dispuestas a donar un órgano a un hijo pequeño, considerándose esto último como la manifestación probablemente más genuina de altruismo. Los padres, en cambio, donan menos a sus hijos que las madres, así como los esposos y los hermanos a sus respectivos familiares.

Las conductas altruistas deben valorarse con cuidado, según la opinión de la antropóloga Nancy SCHEPER-HUGHES quien considera que este tipo de regalo nunca es «libre». Siempre hay una espera de recompensa, siempre hay una contrademanda más o menos consciente (14).

Por otra parte, los datos analizados muestran que el 15% de los donantes manifiestan haber tenido un impacto negativo postdonación, molestias y cicatrices, experiencias muy estresantes, llegando incluso a la depresión, y en un 4% arrepentimiento y también depresión (15).

Muy relacionados también con la posibilidad de ser donante vivo están los factores sociales. La mujer, en general, tiene una posición socioeconómica por debajo de la del hombre, y también tiene más dificultades en el acceso a la salud aún en países con acceso universal (9). En países con seguros de salud, la mujer tiene seguros más caros por la posibilidad de embarazo y porque estudios de morbilidad demuestran que la mujer demanda más servicios de atención médica durante su vida a pesar de tener más expectativa de vida que el hombre. Además, el trabajo de la mujer muchas veces es informal y esto determina un acceso a la salud más restringido. Esto hace que muchas veces la mujer sea la donante, por el hecho de tener en la familia una posición inferior a la de los hombres con respecto al sustento económico de la misma. En sociedades fuertemente patriarcales se ejerce presión sobre las mujeres, en general de menor estatus social o pobres, para que accedan a la donación voluntaria.

Entre los factores sociales que se citan, cabe destacar que en Japón se incentiva el compromiso moral de retribución que implica el don, que puede llegar a constituir una enorme carga para el receptor y la sensación de quedar «encadenado» al donante, la denominada «tiranía del don» (14), llegándose a la aparición de sistemas de control al receptor por parte del donante sobre el estilo de vida y a la adherencia a indicaciones médicas y controles. Todo esto interfiere con la autonomía del receptor una vez efectuado el trasplante.

Se ha observado también donación de hijos a padres o abuelos. Esto se ha permitido en ciertos países que no protege al donante, con lo que los jóvenes quedan desprotegidos ante las exigencias de sus mayores y es un fenómeno independiente del sexo.

Esto es así en tanto la donación tiene carácter altruista, pero si media retribución económica la tendencia puede cambiar. En Filipinas existe pago permitido por el órgano habiéndose desarrollado un fenómeno cultural de venta de órganos por parte de hombres, que lo hacen movidos por el sentimiento del deber de proteger económicamente a sus familias. El fenómeno se ha extendido a los hombres jóvenes, quienes desean donar a edades cada vez más tempranas para mostrar su responsabilidad con la familia (17).

En Irán se realiza el trasplante con DV no relacionados de manera legal y coordinado por una agencia no gubernamental. Se ha establecido una cantidad fija de 1.200 dólares estadounidenses por acto. No hay registro de donantes, pero existen estudios que indican que el 70% de los donantes son hombres pobres (18), (19). Allí se realizó un estudio revisando datos de cuatro años de trasplantes en la década de los año 90 y se observó que las mujeres donaban más y que los hombres recibían trasplante en mayor proporción cuando la donación tenía las características del don. Las mujeres desempleadas tenían menos posibilidades de recibir un TR. En cambio, en el grupo de mujeres que donaban y no estaban relacionadas con el receptor, por lo que el pago era evidente, era mayor la proporción de desempleadas. Cuando se les preguntó sobre la motivación, manifestaron deseos de hacer el bien a otra persona sin recibir nada a cambio. En las entrevistas post-trasplantes todas admitieron haber recibido una recompensa económica que les permitió vivir durante 2 años. Todas estas mujeres presentaban severos problemas sociales vinculados a la penuria económica y al endeudamiento, en algunos casos por abuso de drogas (20).

En India se admite que la mujer es quién debe dar el órgano. Allí las mujeres, tanto económicamente como socialmente, tienen un rango inferior al de los hombres. Las mujeres acceden menos a la educación; las amas de casa presentan una alta dependencia de su esposo. Tienen, además, una fuerte tendencia a sacrificarse, con lo que no es sorprendente que manifiesten su voluntad de donar, y más a un ser querido. En este mismo país, en el caso de donación entre personas vivas relacionadas, el 66% son de sexo femenino, pero entre las no relacionadas, donde hay pago, también es la mujer la donante más habitual (21).

La legislación actual en Israel permite la donación entre vivos relacionados y no relacionados. La donación entre no relacionados está bajo supervisión de la autoridad sanitaria. Se refiere que entre los años 2001 y 2007 se realizaron 120 pedidos de trasplante con donante no relacionado de los cuales se aprobaron 92. Los donantes, en un 78%, eran hombres jóvenes (edad media de 34 años) desocupados y solteros. Se realizaron en el mismo período 292 trasplantes con DV relacionado, y en estos se observó que no había diferencia de sexo, siendo mayor la edad del donante (edad media de 45 años), casado y con trabajo fijo, aunque en este caso se sospecha la existencia de retribución encubierta del DV no relacionado (22).

En Pakistán existe una ley que regula el trasplante de órganos entre no relacionados y según HASA, S. *et al.* (2009) los donantes son pobres y

los receptores ricos, pero no se informa acerca del sexo de los donantes (18).

Reflexionando sobre las situaciones socioculturales que rodean a la donación entre vivos se podría concluir que, en general, cuando la donación es de carácter altruista, es decir cumple con las características del don y se entrega el órgano sin esperar recompensa, existe una mayor frecuencia de mujeres que donan. Cuando hay retribución económica, es sobre todo el hombre el que dona. También es significativa la diferencia en cuanto al sexo del receptor: los receptores de sexo masculino son más frecuentes.

III. EL CONCEPTO DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA DE ANÁLISIS

Explicar las diferencias por sexo de los DV por razones psicológicas, culturales y sociales en un libro dedicado al género es una invitación a usar este concepto definido desde el siglo XX y que se ha transformado ya en una herramienta útil para la reflexión sobre temas que tienen repercusiones bioéticas en la comunidad.

Utilizaré el concepto de género para explicar formas de relaciones establecidas entre mujeres y hombres en una sociedad. Las relaciones producidas por un sistema de poder que define condiciones sociales distintas para hombres y mujeres según los roles que se les ha asignado y desde su posición social como seres subordinados o como seres con poder sobre los principales recursos (23). Partimos, pues, de la afirmación que nuestras sociedades occidentales actuales generan una relación desigual entre hombres y mujeres y que esta diferencia está basada en dominación o poder.

En la forma de conducta de las mujeres se reconoce que la biología, a través de la reproducción, permitió la dominación por el género masculino y que con la instauración del patriarcado se ha reprimido la independencia de la mujer (23). La filósofa feminista Judith Butler ha señalado la ubicuidad del poder, que alcanza también al ámbito corporal donde teje una malla con dimensiones afectivas y no conscientes. Si admitimos que vivimos en una sociedad patriarcal, admitimos que hay una cuestión subyacente de poder y libertad que impregna la sociedad y, sobre todo, la medicina.

Ya lo advirtió Michel FOUCAULT en 1976 en su obra *La voluntad de saber*, en la que describe la medicalización del cuerpo femenino vincu-

lada con la responsabilidad exigida a las mujeres de velar por la salud de los niños, por la institución familiar y por la salud de la sociedad (25).

Amartya SEN recalca que en cada comunidad, en cada nacionalidad y en cada clase social el peso más arduo recae casi siempre, de forma desproporcionada, sobre la mujer (26). En su artículo «La desigualdad de género: la misoginia como problema de salud pública» deja en claro que la inequidad de género existe en todo el planeta, aunque en forma desigual: en tanto que en países africanos y asiáticos existe una desigualdad en la mortalidad y natalidad, en países desarrollados se observa una desigualdad en oportunidades especiales y en el hogar. Las desigualdades en Occidente existen y encontrarlas depende del instrumento que usemos (26).

En países de América Latina y el Caribe, la reforma de la salud ha sido uno de los procesos de transformación sectorial, concebido como un medio para incrementar la equidad en los servicios y satisfacer las necesidades de esos servicios. Sin embargo, las inequidades derivadas del género persisten. Se le ha dado poca importancia a la detección de las necesidades específicas de la salud para mujeres y hombres. Los determinantes de salud como el acceso a la educación, a la vivienda, a la información, a la alimentación, al ingreso y a la protección social, son diferentes según se trate de hombres o de mujeres (27). En efecto, las mujeres se concentran en trabajos de menor remuneración, tienen menor protección laboral. Si bien ha aumentado el nivel educativo de la mujer, se debería tener en cuenta que los ingresos de las mujeres son entre un 30 y un 40% menores que los de los hombres y que existe una cantidad importante de familias encabezadas exclusivamente por mujeres (entre el 30 y el 60% de los hogares en América Latina). En términos de salud, la mujer vive más tiempo, pero no es mejor su salud ni la calidad de vida; las mujeres demandan más asistencia en salud y muchas veces tienen mayor dificultad de acceso a la misma; sufren discriminación negativa en cuanto a la salud pero, en contraste, son productoras de salud debido al rol del cuidado originado por diferencias psicológicas o por asignación cultural. Las mujeres son las que velan por la salud de los niños, y el 80% de las trabajadoras de la salud son mujeres, que son quienes realizan el 90% del trabajo comunitario no remunerado.

¿Cómo se ha creado la inclinación de la mujer al altruismo, el deber hacia el prójimo, la obligación de autosacrificio por la familia? ¿Tiene vinculación con la fabricación de los «cuerpos dóciles», en expresión de Foucault, sobre los que se puede ejercer el control de la vida individual? ¿Cómo se introyectan las normas del «bien proceder» en una sociedad,

creando una tensión entre la sumisión o una protesta desestabilizante que podría perjudica al todo? (23).

El poder que controla la vida de los individuos, el «biopoder» de FOUCAULT, se infiltra bajo la apariencia del bien colectivo y, con frecuencia, este poder se dirige a los cuerpos enfermos. Este «biopoder» pretender dirigir la administración de la vida y la muerte desde la medicina (28). Este poder de la medicina es confiado a los tecnócratas que son los que saben, los únicos que pueden opinar. Los médicos pueden ponerse en el rol patriarcal independientemente de su sexo biológico y, desde allí, manejar las políticas de trasplantes, distanciándose de este modo del debate social.

Las relaciones de poder con respecto al género admiten la reflexión desde la «metáforas de las capas» que la filósofa Florencia LUNA ha descrito en relación a la vulnerabilidad. (29). En esta sociedad patriarcal, la mujer acaba siendo un ser vulnerable, más allá de su nivel educativo o social. La metáfora de las capas es útil para mostrar cómo la política y el poder se meten en la vida de la mujer: desde capas visibles, más o menos externas, como la sexualidad, los problemas vinculados al aborto y a la fertilización *in vitro*, a otras más profundas, y por lo tanto menos visibles, como en la donación de órganos.

IV. CONCLUSIONES

La donación de riñón en trasplantes es una actividad social que responde a motivaciones psicológicas, sociales y culturales con profundas repercusiones analizables en el campo de la bioética.

La actividad de los trasplantes entre vivos se inició y se basó en la donación de carácter altruista. Esta actividad, que ya tiene varias décadas de evolución, pone en duda el carácter altruista del don, reconociéndose el pago o la retribución encubierta en algunos casos.

Las transacciones de órganos entre personas merecen información para que la sociedad pueda debatir conociendo las situaciones, como la única forma que tiene el potencial donante de ejercer su autonomía. Este es uno de los principales retos para una comunidad: ofrecerle al donante toda la información y libertad para tomar su decisión.

En este capítulo se muestra que el género está ligado a la donación de riñón entre vivos y que cuando no hay recompensa económica, cuando la donación tiene carácter altruista, ésta es más frecuente en el sexo femenino. En cambio, cuando existe retribución económica es más

frecuente en el sexo masculino. Se analizan, además, posibles explicaciones de este hecho, que descartan los factores biológicos ligados al sexo cromosómico y centran la discusión en la presencia de una tupida malla de relaciones psicológicas, culturales y sociales.

La información sobre dichos problemas es imprescindible para que se pueda pensar en libertad sobre ellos. En el caso de las políticas de trasplantes, se debería informar acerca de estas inequidades y no pensar de forma neutral sobre estos problemas. Las inequidades de género deben estar documentadas. En este sentido, es importante destacar que en muchos países hay un subregistro del sexo de los donantes vivos aunque resulta imposible recoger el dato desde los registros nacionales y se debe recurrir a los centros privados de trasplantes. Siguiendo a la Dra. Mirta Roses, directora de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), las inequidades sólo pueden ser transformadas cuando se hacen visibles. Este es, precisamente, el reto ético primordial.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, F; MAUTONE, M., Morbilidad en dadores vivos de trasplante renal. *Tercer Congreso de la Sociedad Latinoamericana de Trasplantes*, diciembre 1985.

2. BUISAN, L; GARCÍA MANRIQUE, R; MAUTONE, M; NAVARRO, M., *Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo*. Barcelona, ed. Signo, 2011. Puede consultarse en: *www.bioeticayderecho.ub.es/documentos*.

3. BLOEMBERGER, W; PORT, F; MAUGER, E *et al*., Gender discrepancies in living related renal transplant donors and recipients. *JASN*, vol. 7, 1996.

4. SILBIGER, S; NEUGARTEN, J., Gender and Human chronic renal disease. *Gender Medicine*, vol. 5, suple. 2008.

5. CIMEQ, *Informe Trasplante renal con donante vivo*. 26/03/2007.

6. CSETE, M., Gender issues in transplantation *Annest Analg*, 107, 232-8, 2008.

7. ZIMMERMAN, D., DONNELY, S; MILLER, J., Gender disparity in living renal transplant donation. *American Journal of Kidney Disease*, sept, 36 (3), 2000.

8. VOICULESCU, A; IVENS, K; RUDIGER HEZEL, G *et al*., Kidney transplantation from related and unrelated living donors in a single German centre. *Nephrology dialysis Transplantation*, 18, 2003.

9. THIEL, GT, NOLTE, C; TSINALIS D., Gender, imbalance in living kidney donation in Switzerland. *Transplant Proc*, Mar, 37 (2) 592-4, 2005.

10. MONTGOMERY, C; VARBERG, A; LEIVESTAD, T., Living donor Kidney transplantation: the effects of donor age and gender on short-and-long-term outcomes. *Transplantatio*, vol. 83, núm. 5, 2007.

11. Datos aportados por los Centros de Trasplantes INU (Prof. Dr. Francisco González) y del Hospital Evangélico (Dr. Nelson Di Bello).Uruguay: diciembre de 2011.

12. DAMISH HUBERT, Marcel MAUSS e'esthétique et le «phenomemene social total». *L'Homme*, núm. 185-186, pp. 195-211, 2008.

13. CORREA GONZÁLEZ, E., Donación de órganos: una lectura psicoanalítica. México, 2007.

14. SCHEPER-HUGHES, N., The tyranny of the gift: sacrificial violence in living donor transplants. *American Journal of Transplantation*, vol. 7, 2007.

15. BILLER-ANDORNO, N., Gender imbalance in living organ donation. *Medicine Health Care and Philosophy,* vol. 5, 199-204, 2002.

16. JUAREZ PHIPPS, E., TRUE G. Women minorities and organ donation in transplantation. *The ethics of organ transplantation*, vol. 7, pág. 317-337, 2001.

17. PADILLA, B., Regulated compensation for kidney donors in the Philipines. *Current opinion in organ transplantation*, vol. 14, 120-123, 2009.

18. HASA, S; RIZVI, S; NAQVI, A *et al*., Regulated compensated donation in Pakistan and Iran. *Curr Open Organ Transplant*, 2009.

19. MALAKOUTIAN, T; HAKEMI, A; NASSINI, M., Socioeconimic status of Iranian living unrelated kidney donors: a multicenter study. *Transplantation Proceeding*, vol. 39, 824-827, 2007.

20. KHAJEHDI, P., Living non-related versus related renal transplantation –its relationship to the social status, age and gender of recipients and donors. *Nephrology dialysis transplantation*, vol. 14, 1999.

21. BAL, MM; SAIKIA, B., Gender bias in renal transplantation: Are women alone donating kidneys in India? *Transplantation Proceeding*, vol. 39, 2007.

22. MOR E., Kidney transplantation from unrelated donors. *Current Opinion in Organ transplantation*, vol 14, 2009.

23. AGUILAR GARCÍA T., El sistema sexo-género en los movimientos

feministas. *Revue de civilisation contemporaine Europes/Amériques*, vol. 8, 2008.

24. BUTLER JUDITH, *El género en disputa.* Editorial Paidós, 2007.

25. FOUCAULT, M., Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber. Editorial Siglo XXI, segunda edición, p. 139, 2008.

26. SEN AMARTYA, Desigualdad de género. La misoginia como problema de salud pública. *Letras Libres*, septiembre, 2002.

27. ROSES, M., Desigualdades ocultas: género y reforma del sector salud. *Le monde diplomatique*, núm. 43, 2003.

28. TAIB, E., Individuation et pouvoir politique. Une lecture de Foucault et d'Elias. *Laberynthe*, núm. 22, 2005.

29. LUNA, F., Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. *Jurisprudencia Argentina,* vol. IV, fascículo núm 1, pp. 60-67, 2008.

6

Aborto: ¿cuánta más evidencia se necesita para definitivamente abordarlo como una problemática de salud pública y derechos humanos?

ELEONORA LAMM

SUMARIO: 1. EL ABORTO EN CIFRAS Y REALIDADES. 2. LEGALIDAD Y SEGURIDAD. *2.1. Se demanda autorización de uno o varios médicos (o de comisiones o comités). 2.2. Falta de infraestructuras e instalaciones hospitalarias o los servicios de aborto están geográficamente mal distribuidos, de modo que no es posible acceder a ellos, especialmente en zonas rurales. 2.3. Falta de capacitación en proveedores. 2.4. Las ideologías y creencias sociales, culturales y religiosas en contra del aborto son otras barreras para el acceso a estos servicios. 2.5. Se exige la autorización del marido, o la notificación o autorización paterna. 2.6. Los profesionales de la salud se niegan a atender abortos basándose en objeciones de conciencia. 2.7. Se prevén honorarios u otros cargos que reducen el acceso a los servicios, especialmente a mujeres pobres y adolescentes que no pueden costearlos. 2.8. Se imponen el cumplimiento de requisitos legales previos que actúan como restricciones, como por ej. ecografías. 2.9. Se judicializan los casos. 2.10. Existen limitaciones en el acceso a anticonceptivos.* 3. ABORTO Y DERECHOS HUMANOS. 4. CONCLUSIONES.

1. EL ABORTO EN CIFRAS Y REALIDADES

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS-WHO)[1], cada año, en todo el mundo, aproximadamente 210 millones de mujeres quedan embarazadas[2] y más de 135 millones dan a luz nacidos vivos. Los

1. WHO. *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, 6ta ed. Ginebra, World Health Organization, 2011.
2. 2 de 5 embarazos son no deseados, y 1 de 5 termina en aborto. SINGH S., WULF D., HUSSAIN R., BANKOLE A., SEDGH G. *Aborto a nivel mundial: una década de progreso desigual / Abortion worldwide: a decade of uneven progress.* New York, Guttmacher Institute, 2009.

75 millones de embarazos restantes concluyen con la muerte del feto o en abortos espontáneos o inducidos.

En el año 2008 se estima que se produjeron 43.800.000 de abortos; el número de abortos inseguros en todo el mundo fue de entre 21 y 22 millones, casi 2 millones más que en 2003 (Se estima que en 2003 aproximadamente 42 millones de embarazos fueron interrumpidos voluntariamente: 21.9 millones de forma segura y 19.7 millones de forma insegura)[3]. Esto quiere decir que de los aproximadamente 210 millones de embarazos que tuvieron lugar en 2008, uno de cada 10 terminó en un aborto inseguro[4]. Además, 47.000 muertes maternas se estima que se han producido como consecuencia del aborto inseguro. Si bien este número es inferior a las estimaciones anteriores, esto se debe a la re-evaluación de las estimaciones de mortalidad materna[5]. Las muertes relacionadas con el aborto inseguro se redujeron de 69.000 en 1990, 56.000 en 2003 y 47.000 en 2008, como en general las muertes maternas se redujeron de 546.000 en 1990 a 358.000 en 2008[6].

Ahora bien, aunque en general las muertes maternas han disminuido en un tercio desde 1990 a nivel mundial, la importancia relativa de cada causa de muerte materna muestra sólo cambios menores[7]. Así,

---

3. Sedgh G, Henshaw S, Singh S, Åhman E, Shah I. «Induced abortion: estimated rates and trends worldwide». *Lancet,* 2007, 370 (9595), p. 1338-1345.
4. Singh S., Wulf D., Hussain R., Bankole A., Sedgh G. *Aborto a nivel mundial: una década de progreso desigual.* Op. Cit.
5. Una reciente re-evaluación de la metodología para estimar las muertes maternas desde 1990 hasta 2008 ha producido estimaciones más bajas que las publicadas previamente. (WHO, UNICEF. *Revised 1990 estimates of maternal mortality: a new approach by WHO and UNICEF.* Ginebra, World Health Organization, 1996; WHO, UNICEF, UNFPA, THE WORLD BANK. *Maternal mortality in 2005. Estimates developed by WHO, UNICEF, UNFPA and The World Bank.* Ginebra, World Health Organization, 2007). Las estimaciones actuales de la mortalidad materna por aborto inseguro son por lo tanto, también inferiores a las anteriores. (WHO. *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*, 5ta ed. Ginebra, World Health Organization, 2007; World Health Organization. *Abortion. A tabulation of available data on the frequency and mortality of unsafe abortion*. 2da ed.. Ginebra, World Health Organization, 1993; World Health Organization. *Unsafe abortion. Global and regional estimates of the incidents of and mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data*. 3ra ed. Ginebra, World Health Organization, 1998; World Health Organization. *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000*. 4ta ed.. Ginebra, World Health Organization, 2004)
6. WORLD HEALTH ORGANIZATION, UNICEF, UNFPA, THE WORLD BANK. *Trends in maternal mortality: 1990 to 2008. Estimates developed by WHO, UNICEF, UNFPA and The World Bank.* Ginebra, World Health Organization, 2010.
7. Abouzahr C. *Maternal mortality overview.* en: Murray CJL, López A, eds. *Health dimension of sex and reproduction.* Boston y Ginebra, World Health Organization, Harvard School of Public Health, World Bank, 1998.

la proporción de muertes maternas debidas al aborto inseguro se ha mantenido en el año 2008 cercana al 13%, al igual que en el año 2003.

Entonces, si bien ha disminuido el número de muertes maternas, ha aumentado el número de abortos inseguros y la proporción de muertes maternas debidas al aborto inseguro se ha mantenido igual.

Conforme un estudio publicado en The Lancet el 19 de enero de 2012[8], de los 43.800.000 millones de abortos que se producen por año, 6 millones se producen en los países desarrollados y 37.800.000 millones se producen en los países en desarrollo[9]. La tasa de abortos por cada mil mujeres de entre 15 y 44 años es de 24 en los países desarrollados y 29 en los países en desarrollo.

Aunque son muchos los estudios[10] que comprueban este dato, el más reciente[11] corrobora que la tasa de abortos es menor en los países con leyes más permisivas, y son más numerosos donde la intervención es ilegal o está muy limitada aunque las mujeres deban recurrir a clínicas clandestinas y poner en peligro su salud. Los hallazgos proporcionan evidencia de que las leyes de aborto restrictivas no están asociadas con tasas de aborto más bajas. Por ejemplo, la tasa de aborto en 2008 fue de 29 por 1,000 mujeres en edad reproductiva en África y 32 por 1,000 en América Latina, regiones en donde el aborto está altamente restringido en casi todos los países. En contraste, Europa Occidental, en donde el aborto es generalmente permitido por amplias causales, la tasa fue de 12[12].

Esto demuestra que restringir legalmente el aborto no disminuye el número de abortos[13]. La incidencia del aborto no depende de su legalidad... pero la situación legal sí afecta la seguridad.

---

8. Sedgh, G., Singh, S., Shah, I. H., Åhman, E., Henshaw, S. K., Bankole. A. «Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008» *The Lancet*, 19 de enero de 2012. DOI: 10.1016/S0140-6736(11)61786-8
9. Disparidad que también es reflejo de la distribución de la población mundial.
10. Véase también Sedgh G, Henshaw S, Singh S, Åhman E, Shah I. «Induced abortion: estimated rates and trends worldwide». op. cit.; World Health Organization. *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003.* Op. cit.
11. Sedgh, G., Singh, S., Shah, I. H., Åhman, E., Henshaw, S. K., Bankole. A. «Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008» *op. cit.*
12. En Polonia, donde la ley de aborto es restrictiva, la tasa de abortos ha aumentado en los últimos años. Nowicka, W. (ed). *Reproductive rights in Poland*. Warsaw, Poland, Federation for Women and Family Planning, 2008.
13. En un estudio realizado por Gius en 2007, se utilizaron datos de la National Longitudinal survey of Youth (NLSY) para determinar el efecto de la disponibilidad de proveedores de aborto y de las restricciones legales sobre la demanda de aborto de las mujeres jóvenes. Utilizando datos de 1980-1983 y 1998-2000, el autor encontró

La mayoría de los abortos inseguros se producen en países menos desarrollados y con leyes restrictivas. De los 43.800.000 de abortos que se producen anualmente, casi la mitad (49%) son inseguros (en el año 1995 el 44% de los abortos eran inseguros), y casi la totalidad de los abortos inseguros (98%) se producen en los países en desarrollo. En los países en desarrollo el 56% de los abortos son inseguros, en comparación con solamente el 6% de los países desarrollados. En 2008, más del 97% de los abortos en África fueron inseguros y en Latinoamérica, de los 4.4 millones de abortos realizados en la región en 2008, el 95% fueron inseguros.

La investigación anteriormente citada también muestra que las complicaciones debidas al aborto inseguro continúan estimando un porcentaje de 13% respecto al total de muertes maternas a nivel mundial en 2008 y casi todas estas muertes ocurrieron en los países en desarrollo. A nivel global, el aborto inseguro alcanzó a 220 muertes por 100,000 procedimientos en 2008. El aborto inseguro es también una causa significativa que afecta la salud: cada año, aproximadamente 8.5 millones de mujeres en los países en desarrollo sufren complicaciones lo suficientemente graves para requerir atención médica; y tres millones de ellas no reciben la atención necesaria correspondiente[14].

Las tres principales causas de muertes maternas en el mundo son: hemorragia, sepsis por el parto y el aborto inseguro, que en conjunto representan aproximadamente la mitad de todas las muertes maternas[15]. Las muertes por aborto inseguro son causadas principalmente por graves infecciones, por el sangrado causado por el procedimiento de aborto

---

que las restricciones legales no tuvieron efectos estadísticamente significativos en la demanda de aborto. Gius, M. P. «The Impact of Provider Availability and Legal Restrictions on the Demand for Abortions by Young Women», *Social Science Journal*, Vol. 44 (4), 2007, p. 495-506.

14. «Las muertes y la discapacidad relacionadas con el aborto inseguro son totalmente prevenibles; y se ha logrado algún avance en las regiones en desarrollo. África es la excepción, éstas representan el 17% de la población de mujeres en edad reproductiva del mundo en desarrollo, pero la mitad de todas las muertes relacionadas con el aborto inseguro». (...). «En los países en desarrollo, los riesgos son mayores para las mujeres más pobres. Ellas son las que tienen el menor acceso a los servicios de planificación familiar y la mayor probabilidad de sufrir las consecuencias negativas de un procedimiento inseguro. Además, cuando necesitan tratamiento por complicaciones derivadas del aborto, las mujeres pobres tienen el menor acceso a la atención postaborto». Sedgh, G., Singh, S., Shah, I. H., Åhman, E., Henshaw, S. K., Bankole. A. «Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008» *op. cit.*

15. World Health Organization. *The global burden of disease, 2004 update.* Ginebra, World Health Organization, 2008.

inseguro, o debido a daños en los órganos. Otras mujeres sufren consecuencias a largo plazo es su salud, incluyendo la infertilidad, mientras que muchas más tienen enfermedades a corto plazo[16].

En Argentina, según el Anuario Estadístico 2009 de la Dirección de Estadística e Información en Salud (Ministerio de Salud de la Nación), en el año 2009 la totalidad de muertes maternas por 10.000 nacidos vivos fue de 410, de las cuales 87 fueron como consecuencia de abortos, lo que significa que en 2009 más del 22% de las muertes por emergencias obstétricas registradas fueron provocadas por abortos inseguros[17].

De lo dicho se desprende que la penalización o las restricciones al aborto no disminuyen el número de abortos, pero sí aumentan el número de abortos inseguros; consecuentemente aumenta el número de muertes maternas[18].

En contraposición a los datos anteriores, cuando el aborto se practica en condiciones seguras, el riesgo del procedimiento es muy bajo: promedio de 0.6 muertes por cada 100.000 procedimientos[19]. Un reciente estudio publicado en febrero de 2012[20], afirma que la tasa de mortalidad entre las mujeres que dieron a luz recién nacidos vivos fue de 8,8 muertes por cada 100.000 nacidos vivos, mientras que la tasa de mortalidad relacionada con el aborto inducido fue de 0,6 muertes por cada 100.000 abortos. Así, el estudio concluye que el aborto inducido legal es notablemente más seguro que un parto. El riesgo de muerte asociado con el parto es aproximadamente 14 veces mayor que con el aborto. Del mismo modo, la morbilidad global asociada con el parto excede a la del aborto.

2. LEGALIDAD Y SEGURIDAD

Como se vio, el aborto puede ser legal, ilegal, seguro[21] e

16. Singh S. «Hospital admissions resulting from unsafe abortion: estimates from 13 developing countries». *Lancet*, 2006, 369(9550), p. 1887-1892.
17. Fuente: Sistema Estadístico de Salud. Estadísticas Vitales. Información Básica – Año 2009. Ministerio De Salud De La Nación. Disponible en: *http://www.deis.gov.ar/publicaciones/archivos/serie5nro53.pdf*
18. En Sudáfrica, luego de que liberalizara su ley de aborto en 1997 (ley de plazos, 12 semanas), el número anual de muertes relacionadas con el aborto disminuyo en un 91 % entre 1994 y 1998-2001. Sedgh, G., Singh, S., Shah, I. H., Åhman, E., Henshaw, S. K., Bankole, A. «Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008» *op. cit.*
19. Gold, R. B.. *Abortion and women's health. A turning point for America?* New York and Washington, DC, Guttmacher Institute, 1990.
20. Raymond, E. G., Grimes, D. A. «The Comparative Safety of Legal Induced Abortion and Childbirth in the United States». *Obstetrics & Gynecology,* Vol. 119 – Issue 2, Part 1, 2012, p. 215-219
21. La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas

inseguro[22] y aunque muchas veces se utilizan indistintamente, lo cierto es que el aborto inseguro y el aborto ilegal no son sinónimos.

Si bien en general el aborto ilegal es inseguro[23], legalidad no implica por sí misma seguridad, o lo que es lo mismo, la legalización del aborto, en sí misma, no garantiza el acceso a servicios seguros de aborto.

Para proteger la salud y la vida de las mujeres no basta con despenalizar el aborto, sino que se debe garantizar que los servicios de aborto estén, de hecho, y efectivamente, a disposición de cualquiera que los necesite[24]. Esto quiere decir que la problemática entorno al aborto inseguro no sólo depende de la legalidad y que la posibilidad de acceder a un aborto seguro se ve limitada por muchas otras razones, entre ellas:

2.1. SE DEMANDA AUTORIZACIÓN DE UNO O VARIOS MÉDICOS (O DE COMISIONES O COMITÉS)

Esto sucede por ejemplo en Zambia. Si bien este país tiene una de las leyes de aborto más liberales en el África subsahariana, (el aborto es legal por causales socioeconómicas desde 1994) el aborto no es accesible para la mayoría de las mujeres atento a que debe ser realizado en el hospital y tres médicos (uno de ellos especialista) tiene que firmar el formulario de consentimiento, y muchos se niegan por razones religiosas y otros motivos éticos[25].

(CIPD) define el aborto seguro como un componente de los servicios de salud reproductiva (párrafo 7.6) y afirma que, donde sea legal, el aborto debería ser seguro (párrafo 8.25).

22. La OMS (1992) define el aborto inseguro como un procedimiento para interrumpir un embarazo indeseado, ya sea que lo realice una persona que no tiene las necesarias habilidades o en un ambiente que carece de los mínimos estándares médicos, o ambas cosas. ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. *The prevention and management of unsafe abortion. Report of a Technica Working Group.* Ginebra, World Health Organization, 1992.
23. Bien porque se realiza en secreto y por personas que carecen de la idoneidad necesaria o en un ambiente que no tiene los estándares mínimos para que la práctica sea segura, éste no siempre es el caso. Así, por ejemplo, en muchos países donde el aborto es ilegal, existen médicos privados que realizan abortos, al margen de la ley, aunque a costos altos. Cook, R., Dickens, B. M., Fathalla, M. F. «Salud reproductiva y derechos humanos». Oxford. Profamilia. Bogotá. 2003, pp. 367 y ss.
24. Véase la Sentencia del TEDH del 20/3/2007, recaída en el caso Tysiac v/ Poland La relevancia de esta sentencia se ve reflejada en que, en este caso, el TEDH sostuvo por primera vez, que los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos eficaces para garantizar el acceso de las mujeres al aborto cuando éste es legal. En otras palabras, los estados tienen la obligación de establecer procedimientos eficaces para garantizar que las mujeres que legalmente tienen derecho a abortar puedan ejercer efectivamente este derecho.
25. Véase Koster-Oyekan W. «Why resort to illegal abortion in Zambia? Findings of a

2.2. FALTA DE INFRAESTRUCTURAS E INSTALACIONES HOSPITALARIAS O LOS SERVICIOS DE ABORTO ESTÁN GEOGRÁFICAMENTE MAL DISTRIBUIDOS, DE MODO QUE NO ES POSIBLE ACCEDER A ELLOS, ESPECIALMENTE EN ZONAS RURALES

En India, si bien la ley de aborto se liberalizó en 1971, hay 10 centros de aborto por un millón de personas y la mayoría están situados en zonas urbanas a pesar de que el 70% de las mujeres vive en zonas rurales[26].

Muchas mujeres, aún hoy, no son conscientes de las disposiciones legales, los servicios no son fácilmente accesibles y se reconoció oficialmente que «se estima que dos terceras partes de todos los abortos tienen lugar fuera de los servicios de salud autorizados y son a menudo practicados por proveedores no calificados»[27].

Un informe de Turquía describe la situación en las zonas rurales: «A pesar del carácter liberal de la ley del aborto, el número de abortos legales hasta las 10 semanas que se realizan en el país se ha visto fuertemente restringido por el requisito de que el procedimiento se llevará a cabo sólo bajo la supervisión de ginecólogos. Este factor es especialmente crítico en zonas rurales de Turquía, donde los especialistas médicos de cualquier tipo son poco comunes. Muchos centros de salud rurales que carecen de un especialista excluyen la prestación de servicios. En consecuencia, una mujer rural de Turquía que procura un aborto en las primeras 10 semanas de embarazo puede no ser capaz de obtener uno[28].

Esta situación de Turquía se repite en muchos otros países, entre ellos Sudáfrica, Nepal, y muchos otros países de África y Latinoamérica.

Vale la pena destacar que la problemática del aborto inseguro no es un problema de recursos. Un estudio[29] encontró que el costo de tratamiento de un aborto es menor en un marco legal que permite el aborto

---

community-based study in Western province». *Social Science and Medicine*, 46(10), 1998, pp. 1303-1312.

26. Aunque India haya liberalizado la legislación sobre aborto su sistema de salud no ha sido adecuado para atender el volumen de casos. Cook, R., Dickens, B. M., Fathalla, M. F. «Salud reproductiva y derechos humanos». Op. cit. pp. 367 y ss.
27. MINISTRY OF HEALTH & FAMILY WELFARE (INDIA). *Annual report 2006-2007*. New Delhi, Ministry of Health & Family Welfare, Government of India, 2008.
28. Igde FA, Gué R, Igde M, Yalcin M. «Abortion in Turkey: women in rural areas and the law». *British Journal of General Practice*, 58(550), 2008, pp. 370-373.
29. Johnston, H. B., Gallo, M. F., Benson, J. «Reducing the costs to health systems of unsafe abortion: a comparison of four strategies». *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, 33(4), 2007, pp. 250-257.

electivo que en un marco legal restrictivo. El costo también se reduce a la hora de hacer accesibles los servicios a todos los niveles de servicio. La media de costo de los servicios de aborto fue de 45 dólares en un escenario donde el aborto está restringido y las complicaciones fueron tratadas principalmente en el nivel terciario, sin embargo, esto se redujo a 25 dólares cuando los servicios estaban disponibles en todos los niveles de servicio y los proveedores trataron aproximadamente al 60% de los pacientes.

El proveer servicios apropiados para un aborto temprano, no sólo salva la vida de las mujeres, sino que también evita los costos usualmente sustanciales del tratamiento de complicaciones prevenibles del aborto inseguro[30].

2.3. FALTA DE CAPACITACIÓN EN PROVEEDORES

En países con leyes muy restrictivas (usualmente limitadas a salvar la vida de la mujer y en casos de violación), las/os profesionales de salud a menudo ignoran que las leyes permiten el aborto bajo dichas circunstancias, se rehúsan a cumplir con la ley, o no están entrenados para ofrecer esos servicios. Es decir, muchos proveedores de salud no conocen la legislación vigente en la materia y la atención que ofrecen frecuentemente es influenciada por fuertes predisposiciones de carácter religioso o personal.

Es indispensable que los proveedores de salud reciban protocolos y capacitación sobre los procedimientos de aborto, como se hizo en Etiopía[31] despues de una reforma legal reciente.

---

30. Fortney JA. «The use of hospital resources to treat incomplete abortions: examples from Latin America». *Public Health Reports* 96, 1981, pp. 574-579., Tshibangu K, Ntabona B, Liselele-Bolemba L and Mbiye K «Avortement clandestine, probléme de santé publique á Kinshasha». *Journal de Gynecologie, Obstétrique et Biologie de la Reproduction (Paris)* 13. 1984, pp. 759-763., Figa-Talamanca I, Sinnathuray TA, Yusof K, Fong CK, Palan VT, Adeeb N, Nylander P, Onifade A, Akin A and Bertan M. «Illegal abortion: an attempt to assess its costs to the health services and its incidence in the community». *International Journal of Health Services* 16. 1986, pp. 375-389., Mpangile GS, Leshabari MT and Kihwele DJ. Induced abortion in Dar es Salaam, Tanzania: the plight of adolescents. en: Mundigo Al and Indriso C (eds). *Abortion in the developing world*. New Delhi, Vistaar Publications for the World Health Organization, 1999, pp. 387-403.
31. Véase Proclamation No. 414/2004, Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, art. 551 (2004).

2.4. LAS IDEOLOGÍAS Y CREENCIAS SOCIALES, CULTURALES Y RELIGIOSAS EN CONTRA DEL ABORTO SON OTRAS BARRERAS PARA EL ACCESO A ESTOS SERVICIOS

Las ideologías y creencias sociales, culturales y religiosas en contra del aborto puede dar lugar a que las mujeres no sean informadas de sus derechos y consecuentemente, pueden no ser conscientes de las condiciones en las que tienen derecho a acceder a servicios de aborto.

Cabe tener en cuenta que el derecho a la información, en particular en cuanto se relaciona con el derecho a la salud, conlleva tanto una obligación negativa por parte del Estado de no interferir con la provisión de información por terceros, como una obligación positiva de proveer la información completa, correcta y necesaria para proteger y promover la salud y los derechos reproductivos, incluyendo información sobre el aborto.

Las creencias sociales y culturales relacionadas con el aborto y el miedo a las represalias también pueden impedir que las mujeres procuren abortos. Estas mismas causas además desalientan la atención post-aborto: las mujeres que temen la prosecución legal o la «condena social» a veces no buscan la atención post-aborto necesaria que les puede salvar la vida[32].

No se puede dejar de advertir que las consecuencias de las complicaciones por aborto inseguro no sólo dependen de la disponibilidad y la calidad de la atención médica, sino también de la voluntad de las mujeres de recurrir a los servicios médicos y la disponibilidad de personal médico para actuar con rapidez en las complicaciones.

Un estudio realizado en 2009, reveló que a las mujeres que mueren a causa de las complicaciones por aborto «no se les dio atención en la forma más oportuna, como los que necesitan atención para otras complicaciones del embarazo. Dada la importancia del tiempo entre el ingreso al hospital y el inicio del tratamiento como determinante principal de la vida o la muerte, es difícil no concluir que la postergación del tratamiento en el caso de las mujeres que murieron a causa de complicaciones derivadas del aborto fue parcialmente responsable de los resultados fatales»[33].

---

32. También puede provocar que exista una denegación o una inhumana atención post-aborto: se le niega a la mujer arbitrariamente el tratamiento necesario en caso de abortos incompletos o se le otorga tratamiento sin entregársele paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles.
33. Mayi-Tsonga S, Oksana L, Ndombi I, Diallo T, De Sousa M and Fanudes A. «Delay in the provision of adequate care to women who died from abortion-related compli-

Entre las barreras de acceso a un aborto seguro, el estigma juega un papel decisivo. Las leyes y políticas crean el marco del acceso al aborto, pero el estigma del aborto tiene mucho, si no más, poder para impedir u obligar a un individuo con respecto al acceso a servicios seguros de aborto.

En un estudio publicado en el año 2011, se analiza la presencia y la intensidad del estigma del aborto en cinco países (Mexico, Nigeria, Pakistan, Peru y Estados Unidos), y se trata de demostrar cómo el estigma es percibido y experimentado por las mujeres que interrumpen un embarazo no deseado y cómo influye en sus conductas posteriores. Conforme este estudio, si bien el estigma del aborto se percibe de forma similar tanto en un marco legal liberal como restrictivo, se afirma que fue más evidente en países donde el aborto es altamente restringido[34y35].

2.5. SE EXIGE LA AUTORIZACIÓN DEL MARIDO, O LA NOTIFICACIÓN O AUTORIZACIÓN PATERNA[36]

En España la reciente, 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) en el art. 13 ap. Cuarto eEstablece que «*En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo*». No obstante, se trata de una de las normas más cuestionadas por los opositores al aborto.

---

cations in the principal maternity hospital of Gabon». *Reproductive Health Matters*, 17(34), 2009, pp. 65-70.

34. Shellenberg KM, Moore AM, Bankole A, Juarez F, Omideyi AK, Palomino N, Sathar Z, Singh S, Tsui AO. «Social stigma and disclosure about induced abortion: results from an exploratory study». *Glob Public Health.* 6 Suppl 1:S111-25, 2011.
35. Esto se exige en países como Emiratos Árabes Unidos, Malawi, Arabia Saudita, Guinea Ecuatorial, Kuwait, Maldivas, Marruecos, Taiwan, entre otros.
36. Esto se exige en países como Emiratos Árabes Unidos, Libia, Arabia Saudita, Guinea Ecuatorial, Kuwait, Jamaica, India, Taiwan, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia, Cuba, Grecia, Italia, Montenegro, Noruega, Portugal, Rep. Checa, Serbia, Turquía, entre otros.

Este requisito muchas veces disuade a las mujeres de requerir los servicios de aborto.

2.6. LOS PROFESIONALES DE LA SALUD SE NIEGAN A ATENDER ABORTOS BASÁNDOSE EN OBJECIONES DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia es la negativa de una persona a realizar ciertos actos, o a tomar parte en determinadas actividades, que le ordena la ley o la autoridad competente, basándose en razones de convicción moral. El objetor no pretende cambiar la norma sino sólo que se le exima de su cumplimiento por razones de conciencia[37].

De la definición brindada se desprende que el ejercicio de la objeción de conciencia, que deriva del derecho a la libertad ideológica, es una posibilidad individual[38] a la que no pueden acogerse las instituciones. Los centros sanitarios no pueden invocar un ideario propio como derecho a ponderar frente a derechos constitucionalmente tutelados. Los centros sanitarios que cuenten con financiación pública y ofrezcan atención ginecológica están obligados, en todo caso, a prescribir y proporcionar los servicios y prestaciones reconocidos por el sistema de salud[39].

Ahora bien, nunca el ejercicio de la objeción de conciencia por un profesional sanitario puede suponer perjuicio para el paciente, por lo que sólo podrá admitirse cuando no limite la atención sanitaria obligatoria.

Cabe destacar que no existe un «derecho», propiamente dicho, a la objeción de conciencia como tal, sino un derecho a la libertad de conciencia del cual puede emanar la posibilidad de objetar respecto a determinadas decisiones y prácticas, por lo que ante cada supuesto de objeción de conciencia debe asegurarse siempre la adecuada atención al usuario de forma que éste pueda ejercitar efectivamente sus derechos.

---

37. DOCUMENTO SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN SANIDAD. Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret. CASADO, M. y CORCOY, M. *(coords). Barcelona, noviembre de 2007.*
38. El Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha manifestado explícitamente que los derechos humanos de las mujeres son vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer abortos a causa de la objeción de conciencia de los médicos. El Comité ha expresado su preocupación por el limitado acceso que tienen las mujeres al aborto debido a esta misma razón y ha recomendado expresamente que los hospitales públicos provean servicios de aborto en el contexto del aborto legal.
39. DOCUMENTO SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret. M. CASADO, M. CORCOY, ROS, R. y ROYES A. (coords). Barcelona, abril de 2008

La problemática emanada de la objeción de conciencia se manifiesta en muchos países, entre ellos, España, donde si bien a partir de la ley 2-2010 se permite el aborto libre hasta las 14 semanas, su acceso se ve limitado por la invocación de la objeción de conciencia.

Por estas razones, en febrero de 2012, bajo el lema «El aborto y la objeción de conciencia», un grupo multidisciplinar de expertos se reunieron en el Parc Científic Barcelona, en el marco del V Seminario Internacional de la Cátedra UNESCO de Bioética de la Universitat de Barcelona (UB) – Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), para analizar los problemas éticos, biomédicos y legales que derivan de la divergencia de convicciones y opiniones de los profesionales de la salud en torno el aborto. En esta oportunidad los participantes pusieron de manifiesto la urgencia de regular de forma práctica el ejercicio de la objeción en caso del aborto, y de agilizar los trámites de prestación de este servicio por parte de otro profesional no objetor a fin de que los derechos de todos los implicados no queden de ninguna forma desatendidos. También se exigió un registro único y público de facultativos que optan por declararse en objeción de conciencia.

2.7. SE PREVÉN HONORARIOS U OTROS CARGOS QUE REDUCEN EL ACCESO A LOS SERVICIOS, ESPECIALMENTE A MUJERES POBRES Y ADOLESCENTES QUE NO PUEDEN COSTEARLOS

En la mayoría de los países en los que el aborto es ilegal es posible acceder a un aborto clandestino pero seguro, aunque los costos son altísimos.

Además, en muchos países, aunque el aborto sea legal, sigue siendo inaccesible para un gran número de mujeres. Esta dificultad se puso de manifiesto en Nepal.

Durante siglos, Nepal prohibió el aborto bajo cualquier circunstancia, incluso para salvar la vida de una mujer. En 2002, el gobierno modificó la Muluki Ain (Código Nacional) para permitir el aborto por razones amplias[40].

No obstante, aunque es legal, las mujeres todavía se enfrentan a graves obstáculos al intentar acceder a servicios de aborto seguro por

40. El aborto es legal: a) a petición de la embarazada (plazo hasta 12 semanas) b) cuando el embarazo resulta de una violación o incesto; (hasta 18 semanas) c) cuando, en cualquier momento durante el embarazo, la vida o la salud física o mental de la mujer embarazada está en riesgo, o d) si existe riesgo de malformación fetal, con el consentimiento de la mujer y la recomendación de un médico autorizado.

dos razones principalmente: a) costos prohibitivos: El costo de un aborto legal oscila entre los $ 13 y $ 28 dólares. (Alrededor del 68% de la población vive con menos de 2 dólares por día)[41]; b) número insuficiente de proveedores: los proveedores de aborto autorizados por el gobierno están disponibles en sólo 68 de los 75 distritos del país y la mayoría se agrupan en aéreas urbanas[42].

Ante esta situación se planteó el caso Lakshmi Dhikta c. el Gobierno de Nepal. Resuelto por el Tribunal Supremo de Nepal el 20-05-2009.

Lakshmi Devi Dhikta, era una mujer de una familia extremadamente pobre de una región del oeste de Nepal. Tenía cinco hijos cuando se quedó embarazada por sexta vez. Por su pobreza, casi no podía alimentar a sus niños y no tenía dinero ni recursos para pagar la anticoncepción, además, gozaba de muy mal de salud. Por todo esto, cuando se quedó embarazada, ella y su esposo fueron al hospital más cercano para obtener un aborto legal. Los doctores le pidieron 1.130 rupias (aproximadamente $ 15) que no tenía. Como resultado, se vio obligada a llevar el embarazo a término y ser madre por sexta vez.

El tribunal resolvió que la privación de un aborto seguro y legal violó su derecho a la vida, a la salud, a la privacidad, a la igualdad, y a la autodeterminación. Afirmó que así como la ley no obliga al hombre a usar su cuerpo de cierta manera, por razones de igualdad, una mujer no puede ser obligada a que su cuerpo se utilice de una manera que ella no quiere. También afirmó la importancia de asegurar que las mujeres no sean privadas injustamente de acceder a servicios de aborto legal por el costo y obligó al gobierno a proporcionar servicios gratuitos de aborto para las mujeres que no pueden pagarlos. Sostuvo que el acceso a servicios de aborto es un derecho de la mujer y una cuestión de justicia social[43].

Lo resuelto en este fallo demuestra que, conforme antes de dijo, la despenalización del aborto no garantiza por sí misma los derechos de

41. Nepal es el país más pobre en el sur de Asia, con un PBI per cápita de 272 dólares.
42. En un informe de 2006, el gobierno nepalés reconoció que las tres cuartas partes de todos los abortos son clandestinos. El 27% de las muertes maternas son por aborto inseguro, a pesar de la legalización del aborto en 2002.
43. Además, obligó al Gobierno a que tome las siguientes medidas: a) sancionar una ley integral del aborto; b) Ampliar y descentralizar los servicios de aborto, para garantizar un amplio acceso a abortos seguros y legales; c) Establecer un fondo gubernamental para cubrir los costos de aborto para las mujeres pobres. d) Poner en marcha programas de sensibilización para educar al público sobre el derecho al aborto y clarificar los conceptos erróneos que existen sobre el aborto en Nepal.

las mujeres. Estos derechos sólo pueden estar garantizados si el Estado pone a disposición de todas las mujeres los recursos necesarios para su pleno ejercicio. Esto significa que no sólo debe despenalizarse el aborto, sino también que deben poder realizarse gratuitamente en los hospitales públicos sin impedimento alguno.

2.8. SE IMPONEN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES PREVIOS QUE ACTÚAN COMO RESTRICCIONES, COMO POR EJ. ECOGRAFÍAS[44]

En Estados Unidos, 25 estados tienen algún tipo de ley que hacen de las ecografías un componente del asesoramiento previo al aborto.

En 3 estados (North Carolina[45], Oklahoma[46] y Texas) la ecografía es un requisito obligatorio previo al aborto y el médico obligatoriamente debe describir las imágenes de la ecografía. En North Carolina y Oklahoma actualmente no puede exigirse el cumplimiento de las leyes y están pendientes de decisión judicial[47]. Es decir, así como en Texas, en estos dos estados se cuestionó la constitucionalidad de estas leyes, pero a diferencia de lo sucedido en Texas[48], allí sí se declaró su inconstitucionalidad y actualmente su cumplimiento se encuentra bloqueado.

---

44. Véase para ampliar, Lamm, E. «La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres». *Rev de Derecho de Familia.* 2012, en prensa.
45. N.C. Gen. Stat. §90-21-85.
46. OKLA. STAT. ANN. tit. 63, § 1-738.2(B)(1)(a)(5) (West Supp. 2008).
47. Véase el caso *Nova Health Sys. v. Edmondson*, No. CV-2010-533 (Okla. Cnty. Dist. Ct. Apr. 27, 2010), *aff'd*, 233 P.3d 380 (Okla. 2010) y el caso *Gretchen S. Stuart, M.D., et al. vs. Janice E. Huff, M.D., et al.*, Case No 1:11-cv-00804, (Oct. 25, 2011). Disponible en: *http://www.acluofnc.org/files/Ultrasound%20Opinion%20102511.pdf*. Compulsado el 7-02-2012.
48. En Texas el tribunal de apelación revocó la sentencia del juez de primera instancia y devolvió el caso al con instrucciones para proceder de acuerdo con sus directrices. *Véase Tex. Med. Providers Performing Abortion Servs. v. Lakey*, No. 11-50814, 2012 WL 45413, at *5 (5th Cir. Jan. 10, 2012) El fallo completo está disponible en: *http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/11/11-50814-CV0.wpd.pdf*. Compulsado el 10-02-2012. Si bien el 25 de enero de 2012 el Centro de Derechos Reproductivos presentó una petición para una nueva audiencia ante la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito en pleno –lo que hubiera permitido que toda la corte en pleno revea la decisión– dicha petición fue denegada por la Corte de apelaciones el 10 de febrero de 2012. El 6 de febrero de 2012, el tribunal de distrito volvió a fallar (*Tex. Med. Providers Performing Abortion Servs. v. Lakey*, Case No. A-11-CA-486-SS (Feb. 6, 2012). El fallo completo está disponible en: *http://es.scribd.com/doc/80813577/Texas-Medical-Providers-Performing-Abortion-Services-v-David-Lakey.* Compulsado el 7-02-2012.) sosteniendo– conforme a sus dichos «con las manos atadas por la sentencia de la corte de apelaciones»– que no puede bloquear indefinidamente el cumplimiento de los

En 6 estados (Alabama, Mississippi, Arizona, Florida, Louisiana y Kansas) la ley obliga a que se practique una ecografía a las mujeres que requieran un aborto. La ecografía es un requisito obligatorio previo al aborto y el médico debe ofrecerle a la mujer la oportunidad de ver las imágenes[49].

En 10 estados (Arkansas, Georgia, Idaho, Michigan, Ohio, South Carolina, Mississippi, Nebraska, Utah y West Virginia) la ley establece que la mujer debe ser provista de la oportunidad de ver las imágenes de una ecografía si ésta es practicada por el proveedor como parte de la preparación para el aborto[50].

En 6 estados (Indiana, South Dakota, Utah, North Dakota, Wisconsin y Missouri) la ley establece que la mujer debe ser provista de la oportunidad de ver las imágenes de una ecografía[51].

Estas leyes sólo levantan obstáculos al aborto, y con este objetivo, intervienen indebidamente en la relación médico-paciente, ponen en pe-

---

requisitos previamente declarados inconstitucionales por este mismo juez, aunque en total desacuerdo con lo resuelto por la Corte de apelaciones. Entre otros argumentos, el tribunal sostuvo: «El concepto de que el gobierno puede utilizar como títeres a los médicos, siempre que no atente contra los derechos de sus pacientes, no es un concepto que este tribunal considere que es compatible con la Constitución, en el contexto del aborto o en cualquier otro.» (...) «No hay dudas de que la ley H.B. 15 es un intento de la Legislatura de Texas para disuadir a las mujeres de ejercer sus derechos constitucionales haciendo más difícil la práctica de abortos por médicos competentes. Este tribunal sigue creyendo que estos requisitos son inaceptables.» (...) «Parece que el panel ha destripado efectivamente las protecciones de la Primera Enmienda en el contexto del aborto», y «en ningún otro contexto médico el gobierno ha ido tan lejos en decir a los médicos lo que deben y no deben hacer.» (...)«La Ley exige a los médicos que intenten disuadir a sus pacientes en lo que respecta al aborto, incluso en aquellos casos en que los médicos han determinado que el aborto es, por un número de razones, la mejor opción médica. Esto parece ser la antítesis de una "regulación razonable de la práctica médica"».

49. Woman's Right to Know Act, ALA. CODE § 26-23A-4; MISS. CODE ANN. § 41-41-34 (Supp. 2007); ARIZ. REV. STAT. ANN. § 36-449.03(D)(4) (2003); FLA. STAT. ANN. § 390.012(3)(A)(d)(4) (West Supp. 2008); LA. REV. STAT. ANN. § 40:1299.35.2 (2008); H.B. 15, 82nd Leg., Reg. Sess. (Tex. 2011); K.S.A 65-6709 (h),(i),(j).
50. ARK. CODE ANN. § 20-16-602 (2005); GA. CODE ANN. § 31-9A-3(4) (Supp. 2008); IDAHO CODE ANN. § 18-609(3) (Supp. 2008); MICH. COMP. LAWS ANN. § 333.17015(8) (West Supp. 2008); OHIO REV. CODE ANN. § 2317.561 (West 2008); S.C. CODE ANN. § 44-41-330(A)(1), (2); MISS. CODE § 41-41-34; NEB. REV. STAT. §28-327 (2)(e); (3); UTAH CODE ANN. § 76-7-305(2)(b)(v) (Supp. 2007); §16-2I-2 (c).
51. IND. CODE ANN. § 16-34-2-1.1(a)(1)(F) (LexisNexis Supp. 2007); S.D. CODIFIED LAWS § 34-23A-52 (Supp. 2008); UTAH CODE ANN. § 76-7-305(2)(b)(v) (Supp. 2007); N.D. Cent. Code § 14-02. 1-04 (4) § 14-02. 1-07.1 (a); WIS. STAT. ANN. § 253.10(3)(g) (West Supp. 2007); MO. REV. STAT. § 188.027 (4)

ligro la salud de la mujer e introducen al gobierno en una de las decisiones más privadas de las mujeres.

Cuando el Estado, a través de una ley, obliga a las mujeres a hacerse una ecografía y obliga a los médicos a describirle a la mujer la ecografía en detalle antes de que se pueda realizar un aborto, entonces la ley socava los principios de libre determinación y autonomía del paciente, que son la base del consentimiento informado cuyos requisitos básicos son: competencia, libertad e información adecuada. Estos tres requisitos se ven alterados, afectados, suprimidos o violados cuando entran en juego este tipo de leyes.

Además, la ley trata a las mujeres como si fueran menos capaces que los hombres para tomar decisiones sobre su propia salud mediante la imposición de barreras específicas para obtener un procedimiento médico requerido sólo por mujeres.

Los estudios[52] hasta ahora realizados demuestran que las medidas exigidas por la ley no hacen cambiar de parecer a la mujer, por el contrario, éstas mantienen la decisión ya tomada. Consecuentemente, el propósito de estas leyes no será «salvar» al ser en formación, sino convertirse en una herramienta para intimidar a las mujeres, sin importar la ineficacia de esta intimidación.

El dinero que se gasta en ecografías *medicamente innecesarias*[53]*, deberían invertirse en el desarrollo, la provisión y la distribución de anticonceptivos, en educación sexual, en programas de sensibilización en las escuelas secundarias y en el apoyo y ayuda a las mujeres que enfrentan embarazos no planificados y deciden continuar con ellos. Sin perjuicio del atentado y violación a todo principio de justicia y equidad en materia de salud que este despilfarro importa*.

Requerir que las mujeres provean de sus cuerpos y sus contenidos, incluso bajo la apariencia de consentimiento informado, va mucho más allá de los límites de la indignidad[54].

---

52. Wiebe, E. R., Adams, L. «Women's perceptions about seeing the ultrasound picture before an abortion». *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, Vol. 14, No. 2, 2009, pp. 97-102.
53. Véase Bracken, H., Clark, W., Lichtenberg, E., Schweikert, S., Tanenhaus, J., Barajas, A., Alpert, L. and Winikoff, B., «Alternatives to routine ultrasound for eligibility assessment prior to early termination of pregnancy with mifepristone-misoprostol.» *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, Num. 118, 2011, pp. 17-23; Kaneshiro, B., Edelman, A., Sneeringer, R. K., Gómez Ponce de León, R. «Expanding medical abortion: can medical abortion be effectively provided without the routine use of ultrasound». *Contraception*, Vol. 83, Issue 3, March 2011, pp. 194-201.
54. Sanger, C. «Seeing and believing: mandatory ultrasound and the path to a protected choice». *UCLA Law Review*, Vol. 56, 2008, pp. 351 y ss.

2.9. SE JUDICIALIZAN LOS CASOS[55]

En muchos casos, los médicos, para proceder, exigen autorizaciones judiciales que legalmente no son exigidas, y que muchas veces son denegadas, o que cuando son otorgadas llegan una vez superado el plazo dentro del cual la practica del aborto es segura para la mujer.

En otros países las autorizaciones judiciales son exigidas legalmente y convierten en irrisorio el acceso de la mujer a un aborto seguro. En Mauricio, por ejemplo, el aborto por razones sociales o personales es ilegal según lo estipulado en la ley de 1838, excepto en los casos en que la vida de la madre está en peligro. A fin de que la mujer pueda acceder al aborto, éste tiene que ser aprobado por la Corte Suprema de Justicia[56].

2.10. EXISTEN LIMITACIONES EN EL ACCESO A ANTICONCEPTIVOS

Se ha comprobado que un aumento en la prevalencia de anticonceptivos y en el uso de métodos anticonceptivos eficaces reduce la incidencia de aborto[57]. Esto ha sido empíricamente respaldado por los datos de los países desarrollados[58].

---

55. En Argentina, en diferentes fallos se ha establecido que «es el "médico diplomado", porque es el único dotado de los conocimientos científicos y técnicos que permite apreciar si se dan las condiciones para la práctica del aborto no punible. La norma así lo indica y no pueden supeditar su actuación a la intervención judicial. Deben asumir sus deberes y las responsabilidades individuales y profesionales que les son propias. El cumplimiento de las normas jurídicas es un deber del profesional, y su incumplimiento es susceptible de sanción legal cuando se nieguen en forma no justificable a la constatación de alguna de las causales previstas en el art. 86 del CP y/o la consecuente prestación del servicio.». «F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA», STJ Chubut. 8 marzo 2010. También el Comité de Derechos Humanos ha expresado: *Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y Arriesgado.* Comité de Derechos Humanos, «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina», UN Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), párr. 14.
56. MINISTRY OF HEALTH AND QUALITY OF LIFE (REPUBLIC OF MAURITIUS). *The national sexual & reproductive health policy.* Ministry of Health and Quality of Life (Republic of Mauritius), 2007.
57. Véase Bongaarts J, Westoff CF. «The potential role of contraception in reducing abortion». *Studies in Family Planning*, 31(3), 2000, pp. 193-202.
58. Marston C, Cleland J. *Relationships between contraception and abortion: a review of the evidence*. London, Centre for Population Studies, London School of Hygiene and Tropical Medicine, 2002.

La United Nations Population Division (UNPD)[59] estimaba en 2007, que un 61,7% de las mujeres que están casadas o que cohabitan en los países en desarrollo utilizaban un método anticonceptivo, sin embargo, el 11,2% de las mujeres casadas tenían una necesidad insatisfecha de planificación familiar[60]: el 22,2% en África, el 9,2% en Asia y el 10,5% en América Latina y el Caribe. En números, esto significa que en los países en desarrollo unos 375 millones de mujeres casadas/convivientes no estaban usando ningún método anticonceptivo, y unos 110 millones tenían una necesidad insatisfecha de planificación familiar: más de 30 millones de mujeres con necesidad insatisfecha en África, casi 70 millones en Asia y cerca de 10 millones en América Latina. Además el 6%, o unos 59 millones de mujeres, dependían de métodos tradicionales menos eficaces[61]. Otras mujeres no podían tener acceso a los métodos anticonceptivos de su elección o los que mejor se adapten a sus necesidades actuales de anticonceptivos. Además, las necesidades de anticonceptivos de más de 400 millones de mujeres casadas en edad reproductiva, incluidos adolescentes, estaban mal dirigidas. Las mujeres solteras sexualmente activas, en particular los adolescentes, rara vez tenían acceso a la información y asesoramiento sobre salud reproductiva, y con frecuencia eran excluidas de los servicios de anticoncepción[62].

Según datos de 2008, más de la mitad de todas las mujeres en edad reproductiva de los países en desarrollo, es decir, cerca de 818 millones de mujeres, quieren evitar un embarazo. El 17% de estas mujeres (cerca de 140 millones) no utiliza ningún método anticonceptivo, y el 9% (75

59. UNITED NATIONS POPULATION DIVISION. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *World contraceptive use 2007* (wallchart). New York, United Nations, 2009.
60. De acuerdo con la definición de las Encuestas Demográficas y de Salud, si una mujer que quiere evitar quedar embarazada usa un método anticonceptivo, ya sea moderno o tradicional, su necesidad está cumplida (o está satisfecha); de lo contrario, tiene una «necesidad insatisfecha» de anticonceptivos.
61. Una modificación de la medida de demanda de métodos anticonceptivos se centra en la necesidad insatisfecha de anticonceptivos modernos. Esta definición combina a las mujeres que usan métodos tradicionales (principalmente, abstinencia periódica y retiro) con las que no practican la anticoncepción para revelar la necesidad insatisfecha de anticoncepción efectiva. Los métodos tradicionales a menudo tienen tasas de fallo mucho más altas que los métodos modernos y, por lo tanto, una gran cantidad de mujeres que los usan quedan expuestas a un mayor riesgo de tener un embarazo no planeado.
62. En la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, entre el 30 y 50% de las mujeres solteras sexualmente activas de 15 a 24 años de edad no utilizan ningún método anticonceptivo. En África subsahariana, estos niveles varían entre 25% y 60%.

millones) utiliza métodos tradicionales menos efectivos. En total, 215 millones de mujeres tienen una necesidad insatisfecha de métodos anticonceptivos modernos[63].

A los efectos de demostrar la falta de progreso, el informe del año 2011[64] revela pocas diferencias. Según éste, la prevalencia de anticonceptivos entre mujeres en edad reproductiva que están casadas o que cohabitan varía entre el 3% en el Chad y el 88% en Noruega. A nivel mundial, la prevalencia de anticonceptivos se estima en un 63% (mínima diferencia con los datos de 2007) y es algo mayor en las regiones más desarrolladas (72%) que en las regiones menos desarrolladas (61%).

En cuanto a la necesidad insatisfecha de planificación familiar, el nivel de necesidad insatisfecha de planificación familiar varía de un 2% en Francia a un 46% en Samoa. En África, casi la mitad de los 44 países con datos tienen necesidades insatisfechas que van desde un 20% al 30% de las mujeres en edad reproductiva que están casadas o que cohabitan y más de una cuarta parte tiene un nivel de necesidades insatisfechas de por lo menos 30%. En Asia, Europa y América Latina y el Caribe, la mayoría de los países con datos tienen los niveles de las necesidades insatisfechas por debajo del 20%. Así, en el 72% de los 25 países de Asia, en el 93% de los 14 en Europa, y en el 79% de los 19 en América Latina y el Caribe las necesidades insatisfechas tienen niveles por debajo del 20%.

Según el Informe sobre Desarrollo Humano 2011, la desigualdad de género y la incidencia de anticonceptivos están íntimamente relacionados. Donde la situación de la mujer es mejor, como en Japón, Noruega y los Países Bajos, la mayoría de las parejas usa algún tipo de método anticonceptivo. Sin embargo, donde la desigualdad de género es alta, como en Malí, Mauritania y Sierra Leona, su uso es inferior al 10%. Los datos recopilados entre los años 2000 y 2009 muestran que menos de tres de cada 10 mujeres en edad reproductiva de países con Índice de Desarrollo Humano bajo usan métodos anticonceptivos modernos, frente a 88% en Noruega y 84% en el Reino Unido[65].

También la pobreza multidimensional se correlaciona con la necesi-

63. POPULATION DIVISION, UNITED NATIONS, *World Population Prospects: The 2008* Revision, 2009.
64. UNITED NATIONS POPULATION DIVISION. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *World contraceptive use 2011* (wallchart). New York, United Nations, 2012.
65. UNDP. INFORME SOBRE DESARROLLO HUMANO 2011. *Sostenibilidad y equidad: Un mejor futuro para todos,* United Nations, 2012.

dad insatisfecha de anticoncepción. La incidencia de personas que viven en hogares con carencias de planificación familiar es siempre más alta entre los pobres multidimensionales. En Bolivia, 27% de estos pobres no tienen cubierta tal necesidad, más del doble de la proporción entre los no pobres (12%); y en Etiopía, el porcentaje (29%) es casi tres veces superior al de los no pobres (11%)[66].

Como si estos datos no bastaran, vale destacar un informe del año 2009[67], que revela que si las necesidades de anticonceptivos estuvieran satisfechas: el número de abortos inducidos se reduciría en un 70%, de 35 millones a 11 millones; el número de abortos inseguros se reduciría en un 73%, de 20 millones a 5.5 millones; el número de mujeres que requieren atención medica como consecuencia de abortos inseguros se reduciría en un 73%, de 8.5 millones a 2.3 millones.

Todo esto provocaría un gran impacto en lo que respecta a los costos de la salud pública. El costo de proporcionar atención postaborto a las 5.5 millones de mujeres que lo requieren en los países en desarrollo asciende a 370 millones de dólares. Este monto se incrementaría a 880 millones de dólares si los aproximadamente 3 millones de mujeres que necesitan y no están recibiendo atención postaborto lo recibieran. Ahora bien, si todas las mujeres con riesgo de tener embarazos no deseados utilizaran o tuvieran satisfechas sus necesidades de anticonceptivos, el costo de atención postaborto se reduciría a 230 millones de dólares por año, y a 9 millones si los abortos fueran seguros.

3. ABORTO Y DERECHOS HUMANOS

Penalizar o restringir legalmente una práctica a la que millones de mujeres recurren cada año, a pesar de los riesgos, vulnera sus derechos humanos; en especial:

– *el derecho a la vida*: la penalización y las restricciones al aborto empujan a las mujeres a someterse a abortos inseguros, y esto conlleva a que en muchos casos ellas mueran a consecuencia de dichos abortos. El derecho a la vida también implica que los servicios de aborto deben

66. UNDP. INFORME SOBRE DESARROLLO HUMANO 2011. *Sostenibilidad y equidad: op. cit.*
67. Singh S, Darroch JE, Ashford LS, Vlassoff M. *Adding it up: the costs and benefits of investing in family planning and maternal and newborn healt*h. New York: Guttmacher Institute, 2009.

ser ofrecidos a las mujeres cuyas vidas están en riesgo[68] a causa del embarazo[69].

– *el derecho a la salud*: la penalización y las restricciones al aborto empujan a las mujeres a métodos inseguros, generan ausencia de controles[70], desalientan la atención post-aborto, y provocan denegación o una inhumana atención post-aborto.

En general, cuando el aborto es ilegal, las mujeres que no pueden continuar con un embarazo no deseado toman medidas desesperadas. (la introducción de agujas de tejer, palos de orégano. Otras mujeres toman medicinas anti-inflamatorias para inducir su propio aborto, sin la debida supervisión médica)[71].

– *el derecho a la no discriminación y la igualdad*: El aborto es un procedimiento clínico requerido sólo por mujeres y en este sentido la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por mujeres es una forma de discriminación en su contra. Además la prohibición del aborto tiende a ser injustamente desigualitaria dentro de las propias mujeres, pues sus efectos negativos se ceban más gravemente, sino exclusiva-

68. Véase el caso CASE OF A, B AND C v. IRELAND (Application no. 25579/05), resuelto por el TEDH el 16 diciembre 2010. Una mujer que sufría de una rara forma de cáncer, ganó el caso después de que ella no pudo encontrar un médico irlandés dispuesto a decirle si su vida estaba en peligro si continuaba el embarazo.
69. En Argentina fue muy conocido el case de Ana María Acevedo. Ana María tenía 19 años cuando le diagnosticaron un cáncer en la mandíbula. Poco después se supo que estaba embarazada. Tenía tres hijos y era muy pobre. Los médicos del Hospital Iturraspe, se rehusaron a practicarle una interrupción de embarazo, como ella solicitó. También se negaron a iniciarle el tratamiento que requería su cuadro, para preservar la vida del feto. El 26 de abril de 2007, cuando cumple 22 semanas de gestación, los médicos decidieron adelantar el parto y realizarle una cesárea, a raíz del dramático estado de salud de la mujer. Nació una beba de 450 gr que murió a las 24 horas. Para entonces, la salud de A. María estaba muy deteriorada y la primera sesión de quimioterapia derivó en una traqueotomía. Después de un rápido deterioro de salud, Ana María falleció el 17 de mayo de 2007. Se procesó a los médicos involucrados por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público, sentando el precedente de que no practicar un aborto legal puede constituirse en delito. Este fallo recibió el premio Mallete a la mejor decisión judicial del mundo relacionada con la equidad de género, en un concurso convocado por Women's Link Worldwide.
70. Las clínicas clandestinas escapan la reglamentación y supervisión del gobierno. Como resultado, estas clínicas pueden operar sin preocuparse por la vida y salud de las mujeres
71. Las complicaciones más comunes: infertilidad, infecciones, hemorragias, perforación uterina, enfermedad pélvica inflamatoria, dificultad de retener el embarazo siguiente... Estas complicaciones pueden provocar lesiones para toda la vida o incluso la muerte.

mente, en quienes tienen menos medios culturales y económicos para procurarse abortos seguros[72].

– *el derecho a la libertad y autonomía reproductiva*: se trata del derecho de la mujer a no ser obligada a cursar un embarazo a término ni a interrumpirlo, sino a decidir por sí misma si desea continuar con un embarazo. Cuando un embarazo no es deseado y la ley penaliza o restringe su interrupción, obliga a la mujer a que lo continúe, violándose de este modo este derecho. También se viola cuando la búsqueda de la autodeterminación reproductiva conduce a las mujeres a individuos que les ofrecen abortos ilegales, o cuando la búsqueda consciente de la meta de sus vidas las expone a investigaciones policiales, a procesos judiciales y a penas de prisión[73].

– *el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico*: Este derecho se amenaza cuando a la mujer se le niega acceso a tecnologías y medicinas nuevas que son efectivas para el aborto seguro o para la atención humanizada post-aborto.

– *el derecho a la intimidad y privacidad*: el derecho a la privacidad de la mujer embarazada le empodera a decidir si quiere tener un aborto y ninguna mujer debe tomar esta decisión bajo la amenaza de una prosecución legal. La penalización del aborto disuade a los médicos de practicarlo sin mandato judicial incluso cuando la ley se los permite, adquiriendo publicidad los casos, y violando así la intimidad de las mujeres[74]. Además, la penalización del aborto lleva a que muchos médicos crean que tienen la obligación de denunciar a las mujeres que acuden al hospital buscando atención post aborto, violándose así su intimidad y privacidad y más allá, su derecho a la vida y a la salud... También se viola este derecho cuando se exige la autorización del cónyuge o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos.

Es frecuente que las mujeres decidan no buscar atención en salud

72. Ruiz Miguel, A. «El aborto, un problema pendiente», en *Entre el nacer y el morir*. Ed. Comares. Granada. 1998. pp. 130 y ss.
73. Cook, R., Dickens, B. M., Fathalla, M. F. «Salud reproductiva y derechos humanos». Op. cit., p. 369.
74. Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de ONU. Caso L.MR CCPR/C/101/D/1608/2007del 28 de abril de 2011. El Comité sostuvo que la judicialización del caso constituyó una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R. La ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico constituyó una violación del derecho a la intimidad de aquélla por lo que se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto.

si saben que los funcionarios gubernamentales, incluyendo los oficiales de la policía, pueden tener acceso a la información de su historia clínica. El efecto de disuasión en las mujeres es especialmente fuerte cuando el hecho de que otras personas conozcan sobre su embarazo o posible embarazo las expone a situaciones de discriminación o desventaja[75].

– *el derecho a no ser sometido a trato cruel, inhumano o degradante*[76]: Las propias restricciones (legales y no) al aborto constituyen un trato cruel, inhumano o degradante porque obligan a continuar un embarazo no deseado, y más aún si el feto no es viable o el embarazo es producto de una violación o es riesgoso para su salud...[77].

4. CONCLUSIONES

El aborto inseguro y las muertes debidas a complicaciones del aborto inseguro afligen las vidas de muchas mujeres, sobre todo en los países en desarrollo. El aborto inseguro es la causa de graves complicaciones en la salud, la fuente de la discapacidad para millones de mujeres cada año y es una causa importante de muerte materna.

Se trata de una terrible problemática de salud pública y derechos humanos cuya solución demanda una flexibilización de las legislaciones restrictivas de aborto. Debe legalizarse el aborto allí donde es delito[78] a, de modo que todas las mujeres puedan tener acceso a abortos legales.

---

75. Cook, R., Dickens, B. M., Fathalla, M. F. «Salud reproductiva y derechos humanos». Op. cit., pp. 168 y ss.
76. Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de ONU en el caso L.MR ya citado. El Comité sostuvo que la obligación impuesta a LMR de continuar con el embarazo, a pesar de estar amparada por el artículo 86, inc. 2 del CPenal, constituyó un trato cruel e inhumano. El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del CPenal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral.
77. Véase también el Caso KL vs. Perú. Comité de Derechos Humanos. Caso KLL vs. Perú. CCPR/C/85/D/1153/2003 del 17 de noviembre de 2005.
78. El 16 de abril de 2008, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó por 102 votos a favor y 69 en contra, la resolución 1607 en la que se invita a los Estados miembros a «despenalizar el aborto si no lo han hecho aún», garantizar el derecho de las mujeres a esta práctica y levantar las restricciones existentes. Esta importante resolución, se muestra a favor de una ley de plazos y reclama clases de educación sexual obligatorias para los jóvenes. También reclama que se respete «la autonomía de la mujer para decidir» y que se le ofrezcan condiciones adecuadas para tomar una decisión «libre y clara». Se aboga por un aborto sin riesgos y sin restricciones, en condiciones «sanitarias, médicas y psicológicas» óptimas y con

Pero esto solo, aunque indispensable, no es suficiente. Además de las legales, son muchas otras las barreras que hoy en día obstaculizan el acceso a un aborto seguro y que indispensablemente deben derribarse. Es necesario facilitar y garantizar a todas las mujeres, el acceso pleno y efectivo, en todos los aspectos, al aborto legal y seguro y a la anticoncepción, apoyando los derechos y la autonomía de la mujer (incluida la libertad de decidir si quiere tener un hijo y cuándo) y brindando servicios seguros de atención post aborto.

Por todo esto es que en la actualidad un número cada vez mayor de países ha reformado las leyes y las políticas para facilitar la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva debido al reconocimiento cada vez mayor de la importancia de respetar los derechos humanos de las mujeres en general, y los derechos sexuales y reproductivos en particular[79].

Cada mujer tiene derecho a configurar su vida del modo que estime pertinente para desarrollar libremente su personalidad y ejercer sus derechos fundamentales. Sus opciones vitales, especialmente las más íntimas como es la de querer o no querer ser madre, las decidirá de acuerdo a sus convicciones morales, laicas o religiosas, que el pluralismo moral o ético del Estado democrático debe respetar, sin imponer la maternidad y sin impedirla[80].

El sistema punitivo y restrictivo es un sistema discriminatorio e injusto que penaliza la pobreza y atenta contra los derechos humanos.

Legalizar y eliminar las restricciones al aborto no va a provocar un aumento en el número de abortos; sólo hará que los que se practiquen sean seguros, consecuentemente, menos mujeres –en su mayoría pobres– morirían como consecuencia de abortos clandestinos e inseguros.

Condenar, estigmatizar y criminalizar el aborto son estrategias crueles y fallidas. Es hora de considerar un enfoque de salud pública que reduzca el daño, y esto significa leyes más liberales de aborto[81].

«coste adecuado». Parliamentary Assembly. Access to safe and legal abortion in Europe. Resolution 1607 (2008). Véase también la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128(INI)). Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de Noviembre 2003 (núm. 206). Art. 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

79. Cook, R., Dickens, B. M., Fathalla, M. F. «Salud reproductiva y derechos humanos». Op. cit., pp. 148 y ss.

80. Ruiz de la Cuesta, A. «Bioética y Derechos humanos: Implicaciones sociales y jurídicas». Universidad de Sevilla. Sevilla, 2005, pp. 267 y ss.

81. Sedgh, G., Singh, S., Shah, I. H., Åhman, E., Henshaw, S. K., Bankole, A. «Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008». Op. cit.

7

Derechos sexuales y reproductivos

ROSA ROS RAHOLA

HILDEGARD MAUSBACH REISEN

NEUS PRAT PUIGPELAT

SUMARIO: 1. DERECHO A PLANIFICAR UNA FAMILIA, A TENER HIJOS O A NO TENERLOS. 2. EL EMBARAZO IMPREVISTO. *2.1. ¿Por qué hay mujeres que quedan embarazadas sin planificarlo ni desearlo?. 2.2. ¿Por qué hay dificultades en el uso de los anticonceptivos?.* BIBLIOGRAFÍA.

1. DERECHO A PLANIFICAR UNA FAMILIA, A TENER HIJOS O A NO TENERLOS

El vocablo *derecho* hace referencia a *razón*, *opción*, *libertad*, *excepción*, entre otros significados y, en su sentido más amplio, refleja y recoge la defensa de la dignidad humana, la intimidad, el respeto, la opción de vida, el equilibrio y la armonía en cuanto a la relación con los otros, entre otras acepciones.

Cada una de estas palabras (razón, opción, libertad, excepción,...) nos lleva a pensar en la constante lucha de los humanos, mujeres y hombres, para conseguir que los apartados de las diferentes leyes que componen el Derecho, sobre todo el civil y el constitucional, contemplen *el derecho* individual a poder decidir en libertad. Además, cuando hablamos de libertad, no podemos obviar el significado de la convivencia y de la importancia de las relaciones de equilibrio y de igualdad entre las personas. Por esta razón, el *derecho a la libertad* incluye que su ejercicio no signifique agredir, menospreciar o coartar a otros y a su libertad.

En la historia de la humanidad, la lucha por alcanzar el respeto de los derechos fundamentales de la persona –la consideración, la dignidad, la responsabilidad, la solidaridad, la estimación,... es decir, todo lo

que incluimos en la expresión *Derechos Humanos*–, ha sido y debe continuar siendo perseverante e inflexible.

El mundo es diverso y complejo, y hombres y mujeres, tanto por su fisiología como por las distintas maneras de aprender y pensar –saber, saber ser, saber hacer y saber estar–, juegan un papel y ocupan un lugar bien diferenciado y desigual. Desde que somos *humanos* , la búsqueda de un entendimiento y un equilibrio digno, entre unos y otros, ha estado siempre presente a lo largo de las civilizaciones y ha sido motivo de conmociones, de luchas, de hechos indignos y de desigualdades.

Las diferencias, y la enorme dificultad de equilibrar este entendimiento, han llevado a la inequidad entre mujeres y hombres. La mujer, por su manera de entender y vivir las emociones y, sobre todo, por el hecho diferencial de la reproducción, se ha llevado siempre la peor parte y su encomiable esfuerzo, pero también sufrimiento, por hacerse respetar y por defender esta diferencia no tiene fronteras.

Situados en este contexto, este capítulo busca profundizar en el *derecho a decidir* si se desea o no tener hijos e hijas, cuántos se quieren tener y cuándo tenerlos. Hablamos del derecho universal a la Salud Sexual y Reproductiva y, por tanto, al acceso universal a los diferentes métodos anticonceptivos y a su elección y utilización, a fin de evitar un embarazo y de retrasar o espaciar los nacimientos.

En España, con la reforma del artículo 416 del Código Penal y la aprobación de la Constitución de 1978, se despenalizó la *píldora*, como método anticonceptivo. Hasta aquel momento, y desde 1964, solamente estaba permitida como «reguladora del ciclo menstrual», por lo que oficialmente no cabía distinguir entre sexualidad y procreación. En el año 1961, cuando la píldora se introdujo en Alemania, algunos sociólogos la consideraron como la gran revolución del siglo XX, comparable con el derecho al voto femenino. Este hecho, tan importante para los países occidentales y del norte, no ha tenido lugar de igual manera en los países en vías de desarrollo.

La lucha, sobre todo de las mujeres, por hacer oír su voz y evidenciar la necesidad del reconocimiento de la Salud Sexual y Reproductiva como *un derecho* (El Cairo 1994, Beijing 1995), ha sido larga, laboriosa y dolorosa y, como todas y todos saben, seguimos sin poder relajar el esfuerzo para que el ejercicio de este derecho no sea restringido. No fue hasta los años 1994-1995, a partir de la Conferencia de Población y Desarrollo y de la Conferencia Mundial sobre las mujeres, cuando en

los tratados internacionales los Derechos Sexuales y Reproductivos adquirieron la consideración de derechos humanos fundamentales. En esta Conferencia de Población y Desarrollo se definió la Salud Sexual y Reproductiva como un estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductor y sus funciones y procesos.

Es importante conocer que estos derechos fueron suscritos por el gobierno español para su desarrollo y cumplimiento. Al Estado le corresponden tres tipos de obligaciones para proteger estos derechos: respetarlos y no interferir en su disfrute, protegerlos, con el fin de impedir que terceras personas los violen o desprecien, y garantizar, en la legislación y en las políticas públicas, la posibilidad y la efectividad de su ejercicio.

Es importante conocer que en el año 2006 la Organización Mundial de la Salud se esforzó en actualizar y ampliar el concepto de *sexualidad* con los siguientes términos: «Es un aspecto central del ser humano a lo largo de su vida y engloba el sexo, la identidad de género y los roles, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. La sexualidad se vive y se expresa con pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, roles y relaciones. A pesar de que la sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no todas ellas se experimentan o se expresan siempre. La sexualidad está influenciada por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales.»

Parece, pues, evidente que para hacer efectivos estos derechos a toda la población se precisa el compromiso y la más amplia participación del conjunto de la sociedad. Se tiene que partir del convencimiento del *derecho a tener derechos* de todas las personas y que éstas puedan ejercerlos libremente.

A pesar de que el progreso científico ha mostrado la eficacia y los beneficios de la anticoncepción hormonal en comparación con sus efectos secundarios, para evitar embarazos no planificados o no deseados o para espaciar nacimientos, la accesibilidad a este recurso (servicios de salud, coste, disponibilidad, etc.), es muy irregular e inestable en todo el mundo, sobre todo en los países en desarrollo. Por otro lado, prevalecen mitos, falsas creencias, desconocimiento y otras situaciones –por ejemplo, la prevalencia de la infección producida por el VIH u otras infecciones de transmisión sexual– que demuestran que el uso de méto-

dos anticonceptivos y de protección, incluso en el mundo occidental y aún más en nuestro país, continúa siendo muy bajo.

En cuanto a los diferentes métodos anticonceptivos y de protección, como los de barrera, su coste y las dificultades relacionadas con la sexualidad y su práctica –que tienen mucho que ver con aspectos culturales y educativos–, hábitos, etc., interfieren en su correcto uso. Es esta una realidad que exige la creación y desarrollo de programas de prevención y atención dirigidos a las mujeres y sus parejas, de manera continuada y persistente, para evitar en lo posible los embarazos inesperados.

Cabe insistir en que el embarazo inesperado es un problema de salud sexual y reproductiva con repercusiones biológicas, psicológicas, sociales y económicas, que lleva, en un número considerable de casos, a recurrir al aborto provocado. Si se trata de chicas adolescentes, el problema se agrava. Además, si bien el embarazo es una cuestión que implica a dos personas, la decisión que deberá respetarse será la que tome la mujer.

El aborto seguro se considera uno de los principales derechos sexuales y reproductivos. Tiene una larga historia de prohibiciones que sólo consiguen hacer del mismo una práctica insegura y peligrosa, pero que nunca han conseguido erradicarlo. Además, su penalización aumenta la discriminación entre el hombre y la mujer. Esta inseguridad recae en mayor medida sobre las mujeres en situación más desfavorable, lo cual genera aún más discriminación y también agresión.

Téngase, además, en cuenta que las consecuencias de tipo psicológico y social de los abortos denegados pueden ser tanto o más importantes que las asociadas a una interrupción voluntaria del embarazo en condiciones no legales.

Recordemos aquí algunas consideraciones del Documento sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)[1], del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona, de abril del 2008:

– El estado no ha de obligar a las mujeres a tener hijos no deseados y aún menos recurriendo al derecho penal.

– La protección del feto tiene que ser gradual en función de su

1. Casado, M. Corcoy, M. Ros, R. y Royes, A. (coords) Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Barcelona: Signo, 2008. Disponible en: *www.bioeticaydere-cho.ub.es/documentos*.

grado de desarrollo, pero esta protección no ha de anular nunca los derechos de las mujeres.

– La seguridad jurídica, tanto para las mujeres como para los profesionales, exige claridad sobre los momentos y circunstancias en que es posible la IVE.

– La regulación y la acogida a una IVE no es obligatoria sino opcional, por tanto, respeta la libre decisión moral de las personas.

– El aborto tiene que ser considerado siempre como un derecho y un hecho, suficientemente demostrado por su recorrido histórico, no una obligación.

Por estas razones, entre otras, resultaba imprescindible sacar el aborto del Código Penal y regularlo mediante una ley que contemplara la libre decisión de la mujer y que diera seguridad jurídica a los profesionales que lo practicaran. En la actualidad, en España el aborto está regulado por la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo[2]. Como se proponía en el citado Documento del Observatorio de Bioética y Derecho, la IVE está autorizada dentro de las catorce primeras semanas a petición de la mujer embarazada, siempre que se le haya informado previamente sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de soporte a la maternidad y transcurrido un plazo de al menos tres días de reflexión.

En el caso de menores de 16 años, se requiere la autorización de la madre/padre o tutor. Las chicas de entre 16 y 18 años deben otorgar el consentimiento por sí mismas, aunque se requiere que la madre/padre o tutor estén informados da la decisión. En los casos de graves conflictos intrafamiliares, se puede prescindir de este requisito.

Es importante destacar que la IVE, en los supuestos legalmente reconocidos, deberá ser considerada y tratada como un acto sanitario más, que por lo tanto habrá de ser asumido por la sanidad pública.

Por otra parte, la Ley Orgánica citada establece que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación, están vinculados a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Son objeto de protección a través de diferentes derechos fundamentales, sobre todo aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad per-

2. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: *http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/04/pdfs/BOE-A-2010-3514.pdf*

sonal y familiar. En relación con la IVE, la citada Ley considera que aquella deberá acompañarse de una política de educación sexual y reproductiva, transversal y permanente, que incluya medidas activas que proporcionen acceso real a todos los métodos anticonceptivos y al aborto, atendiendo particularmente a los grupos de especial vulnerabilidad. Además, la redacción de esta Ley contempla, pero no precisa, cómo asegurar el acceso universal a los anticonceptivos y a la educación afectiva-sexual de manera transversal en las escuelas.

El aborto está íntimamente relacionado con la complejidad de la sexualidad humana y con aspectos personales, emocionales, relacionales y sociales. El *Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, del Consejo de Europa, contempla esta complejidad por lo que en marzo del 2008 publicó una declaración en la que establecía que «el aborto tiene que ser una práctica sanitaria a la que puedan acceder las mujeres de todos los estados miembros de este organismo».

Sin embargo, la educación sexual y reproductiva y el acceso a la anticoncepción siguen siendo asignaturas pendientes, pues no son una realidad para todo el mundo ni siquiera en nuestro país. En los últimos años, debido especialmente a la situación social y económica de muchas familias, se observa que esta situación está empeorando día a día. No se debe obviar que los chicos y chicas menores de edad son personas en proceso de maduración y aprendizaje en el ejercicio de su sexualidad y que tienen derechos en cuanto a la salud sexual y reproductiva. Algunos datos epidemiológicos actuales invitan a la reflexión:

– Se considera que de los 28 millones de embarazos en el mundo, la mitad no son deseados.

– El 36% de estos embarazos acaban en aborto, y no siempre en las mejores condiciones.

– Al menos, 80.000 mujeres mueren cada año, y muchas más sufren problemas físicos o mentales graves, a consecuencia de un aborto inseguro.

– En España, el embarazo adolescente y joven ha ido aumentando a lo largo de los años, así como los abortos entre 17 y 29 años, la mayoría de los cuales ocurren en los grupos más vulnerables.

– Los datos epidemiológicos de los registros sobre embarazos y abortos de los últimos dos años indican que ambos se han estancado e incluso se han reducido en algunas Comunidades Autónomas. En este contexto, es importante evaluar los efectos derivados de la libre dispen-

sación de la anticoncepción de urgencia en relación con la evitación de embarazos no deseados y de abortos.

– En Catalunya, casi la mitad de los abortos –el 48% en el año 2010– se han practicado en mujeres extranjeras, quienes se encuentran a menudo en situaciones de enorme fragilidad y soledad.

El embarazo inesperado, una antigua y, a la vez, actual causa de sufrimiento de la mujer joven, de la mujer extranjera, de la mujer trabajadora y de todas las mujeres del mundo, ha de ser considerado como un indicador de salud y, por tanto, como un indicador social y económico relacionado con el desarrollo.

La falta de derechos en salud sexual y reproductiva y, más en concreto, la práctica del aborto en condiciones de insalubridad e ilegalidad, conlleva una gran morbilidad y mortalidad femenina. Es por eso que la educación de las niñas y mujeres del mundo resulta imprescindible para conseguir el empoderamiento necesario que les permita decidir libremente cuántos hijos/hijas quieren tener, cuándo y con quién. La sexualidad y su práctica deben ser considerados como un elemento imprescindible para el equilibrio psíquico y emocional de las personas y, por consiguiente, es necesario que continúe la lucha para conseguir el acceso libre y universal a la información, la atención para un correcto consejo contraceptivo, y la comercialización de todos los métodos anticonceptivos eficaces y disponibles.

Pero también es preciso tener muy presente que la falta de equidad en el ejercicio de los derechos en relación con la salud afectiva-sexual y reproductiva, está relacionada directamente con el nivel de pobreza, el nivel de educación (sobretodo entre las niñas y las mujeres), la cultura y el nivel de desarrollo del país de referencia.

En resumen, las mujeres y los hombres tienen, en todos los países, desigual acceso a los bienes y oportunidades, inequidad reforzada por normas y estructuras sociales desiguales que perpetúan las diferencias de género por siglos. La lucha social y, en especial de las mujeres, para preservar los derechos sexuales y reproductivos y poder así gozar de ellos libremente, debe proseguir.

2. EL EMBARAZO IMPREVISTO

Todavía existen en el mundo, con independencia de la clase social y económica a la que pertenezcan, una elevada proporción de mujeres que en algún momento de su vida reproductiva se quedan embarazadas

de una manera no planificada o imprevista; es decir, que el porcentaje de estos embarazos sigue siendo elevado a pesar del uso de métodos contraceptivos altamente eficaces. Ante esta situación, puede ser interesante plantear, y responder, algunos interrogantes.

2.1. ¿POR QUÉ HAY MUJERES QUE QUEDAN EMBARAZADAS SIN PLANIFICARLO NI DESEARLO?

La conciencia de riesgo de embarazo es casi inexistente en muchas situaciones. Las razones por las que algunas mujeres no utilizan métodos anticonceptivos seguros de forma regular y consistente son diversas. Por nuestra parte, destacamos las siguientes:

– Porque piensan que no están en riesgo de embarazo, por ejemplo por el hecho de que, en aquel momento, no tienen una pareja con la que mantengan relaciones sexuales de forma regular. Si aparece la posibilidad de una relación esporádica, utilizan a menudo métodos de barrera de forma incorrecta o no se usan, ya que la percepción del riesgo de embarazo no está asumida en aquel momento por la mujer.

– Porque en las edades extremas de la vida fértil –la adolescencia o en las mujeres mayores de 40 años– existen dificultades añadidas. A partir de los 40 años muchas veces se percibe, con cierta razón, que la fertilidad está disminuida, pero sin embargo ésta no es nula.

En las mujeres más jóvenes a menudo no utilizan de forma regular un método anticonceptivo eficaz. Aunque usan métodos de barrera, no siempre lo hacen de forma consistente y correcta. En esta situación, la tasa de fallos del preservativo puede llegar a ser entre el 15 y el 18%. Además, las relaciones sexuales en este grupo de los/las jóvenes coinciden frecuentemente con el consumo de alcohol u otras drogas recreativas, que disminuyen la percepción de riesgo. En ocasiones es el chico quien rechaza el uso del preservativo, normalmente por miedo a perder la erección o que surja un contratiempo que no sabría como gestionar. Como es bien sabido, en algunas culturas el hombre delega absolutamente en la mujer la gestión de la anticoncepción.

Algunas adolescentes quedan embarazadas como una elección semiconsciente de maternidad, imaginándolo como su proyecto vital. Suelen pensar que este proyecto puede ser una salida a su situación de desorientación o de su soledad, aunque una vez embarazadas deciden abortar al darse cuenta de la gran responsabilidad que les espera. Otras veces, los antecedentes de un aborto mal elaborado les empuja de manera inconsciente a volver a quedarse embarazadas, como un intento de

reparación del supuesto daño causado. En ocasiones, se dan incluso casos de repetición de la historia familiar entre adolescentes hijas de madres que también tuvieron embarazos adolescentes. Podemos llamarlo «embarazo adolescente recurrente», de una generación a otra.

El embarazo en adolescentes ha sido reconocido como un indicador de la situación social y económica del nivel de desarrollo de un país. Es algo aceptado, tanto por expertos como por la sociedad en general, que el embarazo adolescente conlleva problemas personales psicológicos y sociales a las propias chicas y a sus familias. Evidentemente no es una situación deseable: interrumpen su desarrollo hacia la madurez, dejan sus estudios y carecen de suficientes recursos personales y económicos para ejercer la maternidad. En muchas culturas, el embarazo adolescente provoca matrimonios prematuros y una mayor multiparidad, llegando al abandono prematuro por parte de la pareja. También genera más pobreza, estados depresivos y, aún hoy en día, cierto estigma de ilegitimidad y de marginación.

En madres menores de 16 años puede haber consecuencias físicas, además de psicológicas, como la soldadura precoz de los cartílagos de crecimiento y desmineralización ósea en caso de lactancia materna. A menudo existe otro problema añadido en cuanto a los propios cuidados durante el embarazo, no suelen alimentarse correctamente ni acuden a los servicios de salud para seguir las visitas programadas de seguimiento del embarazo. A ello se suma que los hijos de madres adolescentes tempranas presentan mayor riesgo de prematuridad, bajo peso al nacer, aumento de mortalidad perinatal y en el primer año de vida; además, las mujeres jóvenes madres están más expuestas a infecciones de transmisión sexual.

En las mujeres mayores de 40 años, también se dan situaciones de ambivalencia importantes:

– La percepción de que puede ser la última oportunidad para ser o volver a ser madre, pero ello coincide a menudo con situaciones vitales o profesionales que lo dificultan. En momentos de crisis económica esto se ve aún más acentuado.

– En situaciones de crisis vital, como pueden ser separaciones de pareja, emancipación de los hijos, pérdida de trabajo de uno de los dos miembros de la pareja o migraciones, suelen aumentar los embarazos y los abortos.

– Otras situaciones de duelos y pérdidas, como muertes o enfermedades graves de familiares o amigos cercanos, provocan una situación

de labilidad emocional que conduce a una disminución de la percepción de riesgo.

– Si es la propia mujer quien padece una enfermedad, la idea de tomar medidas contraceptivas pasa a segundo plano, ya que está más preocupada por otros problemas de salud.

– En momentos de cambio de pareja o separaciones, es frecuente que ocurran reencuentros no planificados o reconciliaciones; es posible que la mujer haya abandonado su método anticonceptivo habitual y que, en consecuencia, corra un elevado riesgo de no tomar medidas de precaución de manera racional.

– Por otra parte, muchas mujeres no pueden decidir ni el uso de métodos anticonceptivos ni cuándo tener o no tener relaciones sexuales, ya que viven en una total dependencia emocional de su pareja, incluso a veces en una clara situación de violencia de género. Esas situaciones de violencia de género son muy difíciles de detectar y permanecen ocultadas durante años por las propias mujeres. Excepto si previamente habían accedido a un método anticonceptivo discreto de larga duración y que su uso no depende de ella o de el, están prácticamente expuestas a la voluntad de la pareja y el aborto es una salida a un embarazo no buscado ni deseado.

2.2. ¿POR QUÉ HAY DIFICULTADES EN EL USO DE LOS ANTICONCEPTIVOS?

Algunas mujeres abandonan su anterior método contraceptivo por no aceptar sus efectos secundarios, aunque estos sean menores, y en la espera de decidir otro método o de ser visitadas en su servicio de salud o por su médico, se quedan embarazadas. Por esto es muy importante durante el consejo contraceptivo que los / las profesionales adviertan del riesgo de interrumpir o «descansar« entre el uso de un método y la elección de otro. En España se sigue recomendando por parte de algunos ginecólogos descansos periódicos de la píldora anticonceptiva o de la anticoncepción hormonal en general, en contra de toda evidencia científica.

Otras mujeres experimentan dificultades en el manejo cotidiano de los métodos anticonceptivos hormonales, como recordar diariamente la toma de una píldora, el uso mensual del anillo vaginal o el uso semanal del parche transdérmico.

La información sobre el posible uso de la contracepción de emergencia en relaciones sexuales de riesgo, es escasa y a menudo contradic-

toria. Y aún es desconocida por personas de otras culturas u otros grupos de población. Además, los medios de comunicación se hacen eco de informaciones sesgadas y alarmistas, que tienen un efecto disuasorio para poder ser utilizada de forma rápida cuando se necesita. Por ejemplo, se suele hablar de «bomba hormonal» y se confunde con otros tratamientos, sin contrastar la información a partir de la evidencia científica.

En muchos países el acceso a los servicios sanitarios para obtener un buen consejo contraceptivo y posterior prescripción, es muy difícil y lleno de trabas, no tan solo burocráticas o médicas sino también ideológicas. Las listas de espera asistencial pueden ser un factor más de riesgo para el embarazo imprevisto.

Muchos profesionales transmiten una información poco clara y heterogénea sobre los métodos contraceptivos existentes, y esta información no siempre se basa en la evidencia científica actual.

Aunque las nuevas tecnologías (internet, webs, etc), pueden ser útiles para conseguir una amplia información sobre los métodos anticonceptivos, no hay suficientes habilidades y rutina, tanto por parte de las usuarias como de los profesionales de la salud, para que puedan ser prescritos y utilizados de manera eficaz. En la sanidad pública de las diferentes comunidades autónomas del estado español, la financiación de los métodos anticonceptivos suele ser diferente y a menudo deficiente; esto impide el acceso universal a una anticoncepción personalizada y eficaz.

De todas maneras, debemos recordar que aunque se use un método anticonceptivo con una eficacia muy alta y de forma consistente, ninguno de ellos es cien por cien eficaz en su uso habitual para evitar un embarazo.

Algunas mujeres pueden haber experimentado incidencias, problemas o efectos secundarios con los métodos contraceptivos en el pasado y por tanto, han desestimado usar cualquier método parecido al que habían probado. En los últimos 50 años, la investigación ha permitido mejorar las dosis, las formas de administración y las combinaciones de los diferentes métodos anticonceptivos hormonales, haciéndolos más eficaces y con menores efectos secundarios.

Desde hace tiempo y en la actualidad, existe una parte de la población que de entrada, rechaza cualquier tratamiento basado en hormonas femeninas, sea por falta de información consistente o por falta de criterio para valorar ventajas e inconvenientes. Asimismo, las mujeres a quienes les ha fallado en el pasado algún método concreto suelen desestimar de

entrada el mismo método por miedo a que les vuelva a fallar. Esta misma situación también puede darse con los métodos no hormonales. Por ejemplo, si una mujer se ha quedado embarazada con un dispositivo intrauterino, difícilmente volverá a confiar en él, aunque la tasa de fallos objetiva es baja. Se desconoce el hecho de que a medida que aumenta la edad, la fertilidad disminuye, con lo que este método aumenta su eficacia.

En definitiva, la elección de un método contraceptivo tiene relación con situaciones vividas muy íntimas, en la que se evidencia la separación entre la sexualidad y la reproducción Este hecho es relativamente nuevo en la historia de la humanidad. Si nos centramos en la época de nuestras abuelas e incluso madres, recordaremos que era muy difícil, para no decir imposible, poder elegir si tener hijos o no tenerlos.

Esto nos lleva a comentar otro de lo motivos de los embarazos imprevistos relacionado con la ambivalencia del deseo de quedarse embarazada o no. Al mismo tiempo, interviene la presión del reloj biológico femenino sobre la fertilidad. Ello conduce a la mujer a desear poner a prueba su fertilidad, pero, una vez embarazada, no se siente capaz de llevar a cabo esta maternidad o no tiene una sólida relación con el futuro padre que la ayude a poder decidir con mayor libertad.

Los proyectos laborales o de estudios obligan a interrumpir un embarazo y posponer el deseo de ser madres para otro momento. Además, hay situaciones más dramáticas, en mujeres sin proyecto vital, en las que el embarazo parece una salida a su soledad o desamparo, pero una vez embarazadas se dan cuenta de la difícil situación en que se encuentran y deciden abortar.

Normalmente se habla de la responsabilidad de la mujer en la concepción y en la anticoncepción, pero se olvida mencionar la participación del hombre en este proceso. En algunas ocasiones, es la pareja la que no quiere usar ningún método y ella, para ser tenida en cuenta o valorada por él, deja toda la responsabilidad en sus manos y se somete totalmente al deseo del otro. Aunque la decisión última de continuar un embarazo o no debe ser de la mujer, no hay que olvidar que el hombre ha participado en el proceso y es parte responsable de un embarazo imprevisto.

Una vez la mujer acude a la consulta con un embarazo no deseado, es importante que se entienda bien toda la complejidad del proceso que se acaba de exponer. Los profesionales deben ser capaces de escuchar la

demanda sin juzgar, sin prejuicios, ofreciendo un tiempo de reflexión para elaborar la decisión, y no atender o derivar de forma precipitada.

Es imprescindible ofrecer un acompañamiento durante la toma de decisión, sin interferir y evitando las presiones del entorno. Se recomienda un proceso dando lugar a tres tiempos: en un primer momento se trata de promover que la mujer pueda expresar lo que siente con todo detalle, un segundo momento de reflexión y elaboración y finalmente atender a la toma de la decisión más adecuada a su momento vital y situación.

Las desigualdades en salud sexual y reproductiva de las mujeres, se manifiestan sobre todo en la planificación del embarazo, donde prevalece el deseo y el momento oportuno para llevarlo a cabo.

Una buena planificación de los embarazos, contribuye a la futura salud de la madre y del recién nacido, permitiendo que las mujeres tengan un mayor control sobre su trayectoria vital.

BIBLIOGRAFÍA

Embarazo en la adolescencia. Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia Madrid: Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia; 2005.

DELGADO, M., ZAMORA, F., BARRIOS ÁLVAREZ, L., CÁMARA IZQUIERDO, N. (editores). Pautas anticonceptivas y maternidad adolescente en España. Madrid: Editorial Química Farmacéutica Bayer; 2011.

Generalitat de Catalunya. Direcció General de Recursos Sanitaris. Servei d'informació i estudis. Avortament legal a Catalunya, 2004: Registre d'interrupció voluntària de l'embaràs. 2005:25.

MOREAU, C. The effect of access to emergency contraceptive pills on women's use of highly effective contraceptives: results from a French national cohort study. *Am J Public Health* 2009; 99(3): 441-2.

TRUSSELL, J. Contraceptive failure in the United States. *Contraception* 2011; 83(5): 397-404.

8

Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos

MÓNICA NAVARRO MICHEL

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INFERTILIDAD COMO PRESUPUESTO (O NO) DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. *2.1. La legislación española. 2.2. La legislación italiana.* 3. MODELOS DE FAMILIA: LEGISLACIÓN LIBERAL ESPAÑOLA VERSUS LEGISLACIÓN RESTRICTIVA ITALIANA. *3.1. La mujer sola. 3.2. Las parejas de mujeres. 3.3. La fertilización post-mortem.* 4. CONCLUSIÓN. ¿EXISTE UN DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA?.

1. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida se plantearon inicialmente como un medio para aliviar la infertilidad o esterilidad en las parejas y para evitar la transmisión de determinadas enfermedades hereditarias. Pronto llevaron al planteamiento de su uso para otros fines, no propiamente médicos, como la satisfacción del deseo que tienen algunas mujeres solas de vivir la experiencia de la maternidad, que no desean concebir «de forma natural». La admisión de este supuesto, ajeno a todo planteamiento médico, abre las puertas al análisis de si otros casos pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida, como pueden ser las parejas homosexuales, las mujeres tras la menopausia, o los transexuales. El desarrollo y utilización de las técnicas de reproducción asistida tienen profundas implicaciones sociales, legales y éticas, que afectan a la definición del núcleo de la persona y de la familia.

La regulación de la reproducción asistida que ofrecen los distintos países de la Unión Europea está vinculada a un determinado modelo de familia, lo cual incide en los derechos reproductivos de las mujeres. Los diferentes requisitos legales de acceso a las técnicas de reproducción asistida (la exigencia o no de que la mujer esté casada o en pareja esta-

ble, que tenga dificultades de esterilidad o fertilidad, que esté en edad fértil) presuponen y proyectan un determinado modelo de familia. La posibilidad legal de que en algunos países la mujer sola, con independencia de su estado civil u orientación sexual, pueda tener acceso a las técnicas de reproducción asistida juega un papel importante en la construcción de ese modelo. Todo ello tiene consecuencias sobre el discurso de los derechos reproductivos, y obliga a plantearnos si, más allá del aspecto negativo o de exclusión, que permite rechazar interferencias externas sobre decisiones personales, existe un derecho a la reproducción en su aspecto positivo como posibilidad de exigir a los demás una obligación de contribuir a conseguir un resultado deseado (tener hijos mediante reproducción asistida).

En este capítulo se analizan y comparan las legislaciones española y la italiana, que forman dos polos opuestos en el espectro de posibles regulaciones legales. España ha adoptado un enfoque liberal de la reproducción asistida, permitiendo el acceso a las mujeres solas, que contrasta con la legislación conservadora de Italia, que limita la reproducción asistida a las parejas heterosexuales con problemas reproductivos. A pesar de que España, como Italia, ha sido tradicionalmente uno de los baluartes de la Iglesia Católica, la fuerte sujeción se ha ido aflojando. España cuenta con una legislación sobre reproducción asistida desde la Ley 35/1988, el 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA 1988), que ha sido sustituida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA 2006). Italia dispone de legislación específica desde 2004, año de aprobación de la Ley 40/2004, 19 de febrero, por la que se aprueban las normas en materia de procreación médicamente asistida, que restringe las posibilidades de uso de esas técnicas de reproducción asistida.

2. LA INFERTILIDAD COMO PRESUPUESTO (O NO) DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La mayoría de las legislaciones europeas exige como presupuesto de acceso a las técnicas de reproducción asistida algún problema médico, pues concibe estas técnicas como un remedio contra la infertilidad o esterilidad (aunque propiamente no la cura, sí evita sus consecuencias no deseadas)[1]. Algunos países admiten también su utilización como un

1. Para una crítica sobre la consideración de la esterilidad como una enfermedad, véase LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho*, Trotta, Madrid, 1999, p. 171 y ss. Más recientemente, BALLESTA BALLESTER, «El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación?», *Revista de Bioética y Derecho,* 2011, núm. 23, pp. 21-34.

mecanismo preventivo de enfermedades congénitas (mediante el diagnóstico genético preimplantacional). España presenta un enfoque liberal de las técnicas de reproducción asistida pues, aparte de esas funciones, permite el acceso a las mujeres solas, y a las parejas de mujeres, sin tener que alegar problemas de reproducción natural. Resulta interesante conocer el recorrido que han hecho, en sentido inverso, la legislación española y la italiana. En España, inicialmente era necesario acreditar dificultades de fertilidad, aunque la ley actual no lo exige; en Italia, frente a la permisividad anterior, por falta de regulación, la ley actual exige como presupuesto un certificado médico que acredite la infertilidad de la pareja. Aunque la rigidez inicial se ha ido flexibilizando posteriormente, como enseguida se verá.

2.1. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El propósito fundamental de la LTRHA 2006, tal como señala en el artículo 1, es regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, su uso en la prevención y tratamiento de enfermedades congénitas, y los posibles usos que se pueden dar a los gametos y preembriones crioconservados. La nueva Ley elimina cualquier referencia a lo que la LTRHA 1988 consideraba un propósito fundamental: «la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces» (artículo 1.2). Esta eliminación resulta importante en la medida en que genera un debate en torno al derecho a la reproducción asistida, su existencia y contenido. Dada su relevancia, resulta interesante conocer la evolución de esta modificación legislativa. No haré referencia aquí a otras novedades introducidas por la LTRHA 2006[2], sino que la exposición se centra en el debate que se produjo en torno a la necesidad o no de incluir una referencia a la esterilidad en el texto de la ley.

La primera ley española de reproducción asistida, en 1988, estableció que el principal objetivo de las técnicas de reproducción asistida es

2. La LTRHA 2006 introduce dos novedades importantes respecto a la regulación anterior. En primer lugar, intenta resolver el problema del destino de los preembriones sobrantes de los procesos de fertilización *in vitro*; en segundo lugar, autoriza el uso del diagnóstico genético preimplantacional para seleccionar un embrión compatible con un hermano que padece una enfermedad hereditaria incurable. De este modo, se permite la creación de bebés para que puedan ser donantes de tejidos para sus hermanos. Junto a estas dos innovaciones, que han sido ampliamente destacadas en los medios de comunicación, existe otra modificación que ha pasado más desapercibida y que, sin embargo, tiene un fuerte impacto en la reproducción asistida, cual es la eliminación de la finalidad de la reproducción asistida de combatir la infertilidad.

proporcionar una respuesta médica de esterilidad humana a fin de facilitar la procreación cuando otras medidas terapéuticas han sido descartadas debido a su insuficiencia o ineficacia (artículo 1.2). Estas técnicas también pueden utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades hereditarias y para la investigación, dentro de los límites establecidos por la ley (artículos 1.3 y 1.4). El artículo 6, dedicado a las usuarias de las técnicas de reproducción asistida, centraba la atención en las mujeres, no en las parejas, generó un debate sobre la necesidad de que esa mujer sola tuviese alguna dificultad médica para poder acceder a la inseminación de donante. Si la ley exigía a las parejas tener una condición médica (relacionada con la infertilidad o una enfermedad hereditaria), surgía la duda de si este presupuesto era aplicable también a las mujeres solas.

Es interesante señalar que el primer proyecto de ley sobre reproducción asistida introdujo una distinción que de alguna manera ha estado presente en el debate desde entonces. Siguiendo las recomendaciones del Informe Palacios de 1987[3], el proyecto de ley estableció que podrían acceder las parejas así como las mujeres solas a la reproducción asistida, distinguiendo en cuanto a éstas entre las que padecen una esterilidad irreversible, en cuyo caso las técnicas de reproducción asistida serían abonadas por el sistema de salud pública, y las que no la sufren, que tendrían que pagar por el proceso ellas mismas. La distinción legal fue eliminada del texto definitivo, pero no está claro si esa supresión fue intencionada o fue un descuido de los parlamentarios. Tal vez fue un «error calculado»[4] para evitar temas controvertidos a fin de asegurar la aprobación de la ley[5]. Lo que sí se puede decir es que el debate parlamentario se llevó a cabo precipitadamente.

La discusión sobre el papel que desempeñaba la infertilidad en la reproducción asistida generó un debate considerable. Por un lado, cabía

3. Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas, siendo Presidente de la comisión Marcelo Palacios, Madrid, 1987, recomendación 118 y 120.
4. Como opinaba Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 237.
5. El problema fue el siguiente: el artículo 6 y la disposición adicional 1ª tenían un texto similar. En el Senado, el Partido Socialista introdujo algunas «mejoras técnicas» en el artículo 6 que eliminaban la distinción entre las mujeres solas fértiles y las infértiles en cuanto a la cobertura de atención de salud pública (enmienda 111), pero luego procedieron a eliminar la disposición adicional 1ª, alegando que su contenido quedaba incluido en el artículo 6 (enmienda 120). ¡Pero el artículo 6 había sido eliminado! Cuando la mayoría votó a favor de estas enmiendas, cabe dudar de si se produjo un auténtico descuido, o si fue intencional.

pensar que la infertilidad era un requisito que legitimaba todo el proceso de reproducción asistida; por otro, cabía pensar que (únicamente) servía para determinar las prioridades en el sector público. La interpretación conjunta del artículo 6 en relación con el artículo 1 permitía concluir que las mujeres solas podían beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida si tenían problemas de infertilidad o una grave enfermedad hereditaria. El derecho a la reproducción asistida, por tanto, podía derivarse del derecho a la protección de la salud, amparado en el artículo 43 de la Constitución española. Fuera de esos objetivos médicos se discutía si a una mujer sola se le iba a denegar el acceso por completo, o sólo en el sector sanitario público. En este caso, las puertas de las clínicas privadas quedaban abiertas. Si eso era así, resultaba que, paradójicamente, las mujeres solas estaban en una mejor posición que las parejas, ya que éstas tendían que probar la existencia de una condición médica, pero aquellas no.

El Proyecto de Ley de 13 de mayo de 2005 señalaba en el artículo 1.1.a) que la ley tiene por objeto «regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, para facilitar la procreación en casos de esterilidad».[6] Se presentaron varias enmiendas para eliminar esta referencia a la esterilidad. El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-IzquierdaUnida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó una enmienda (núm. 18) al art. 1.1.a) para sustituir la coletilla final por una referencia a su uso «para facilitar el derecho a la maternidad y paternidad»[7], y el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana proponía «para facilitar el derecho a la maternidad» (enmienda núm. 29)[8]. En ambos casos, la eliminación de la referencia a la esterilidad se proponía en reconocimiento al derecho a la maternidad no vinculado a situaciones de patología. Por otro lado, se apuntaba que no siempre una patología implica esterilidad, y que la declaración médica de esterilidad es compleja y extrema. Incluso la mujer casada podrá solicitar el acceso a esas técnicas aunque, sin consentimiento de su cónyuge, «no se vinculará la filiación matrimonial» (enmienda núm. 22)[9] o «no se presumirá la filiación matrimonial»

6. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 13 de mayo de 2005, núm. 39-1.
7. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 28 de septiembre de 2005, núm. 39-8, p. 33.
8. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 28 de septiembre de 2005, núm. 39-8, p. 36-37.
9. Esta enmienda fue retirada con posterioridad. Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Sanidad y Consumo, año 2005, VIII Legislatura, núm. 462, sesión núm. 23, de 21 de diciembre de 2005, p. 16.

(enmienda núm. 33), respectivamente, pues lo contrario es discriminatorio y contrario a la autonomía de la mujer, alegaban los grupos proponentes.

Para reforzar aún más el derecho a la maternidad de todas las mujeres, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana propuso añadir un nuevo apartado 5 al artículo 6, con la siguiente redacción: «Las mujeres tienen derechos a ser usuarias o receptoras de las técnicas reguladas en esta ley sin que puedan hacerse distinciones por motivo de su opción sexual o estado civil» (enmienda núm. 35)[10]. Y es que algunos mantenían como requisito o condición preferente el hecho de que se tratara de mujeres casadas con un hombre, con problemas de esterilidad, lo cual excluye a las mujeres solteras, o que tienen como pareja a otra mujer, o incluso otros casos en los que la reproducción asistida no está motivada por la esterilidad.

La Ministra de Sanidad y Consumo de entonces, Elena Salgado, señalaba que el objetivo principal de la ley era «facilitar al máximo que parejas con problemas de fertilidad o mujeres solas puedan tener hijos biológicos»[11], plantando así una disyuntiva: o bien problemas de fertilidad en el contexto de la pareja, o bien mujeres solas sin entrar a analizar su fertilidad u orientación sexual. Con la ley anterior, existía una discusión en torno a la justificación del acceso a las técnicas de reproducción asistida cuando la mujer no era estéril.

La LTRHA 2006 elimina cualquier referencia a la esterilidad. El artículo 1 ahora declara que la finalidad de la legislación sobre reproducción asistida es regular a) la aplicación de técnicas de reproducción asistida, b) su utilización para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, y c) la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados. Por lo tanto, una mujer sola puede buscar claramente inseminación de donante sin necesidad de alegar o justificar causa alguna relacionada con la salud. Si bien la LTRHA 1988 ya permitía prácticas heterólogas, pudiendo acceder a ellas mujeres sin pareja, la LTRHA 2006 consagra expresamente que la mujer puede ser usuaria o receptora de una técnica «con independencia de su estado civil y orientación sexual» (artículo 6.1).

---

10. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 28 de septiembre de 2005, núm. 39-8, p. 38.
11. Dictamen de la Comisión sobre el Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2006, VIII Legislatura, núm. 151, sesión plenaria núm. 140, de 16 de febrero de 2006, p. 7568.

Pero si la infertilidad es, en España, jurídicamente irrelevante, la cuestión sobre si la reproducción asistida debe ser financiada por los servicios públicos permanece abierta. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización contempla en su Anexo III, Cartera de servicios comunes de atención especializada, lo siguiente: «Reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; transferencia intratubárica de gametos.» (5.3.8). El Grupo parlamentario Popular propuso una enmienda (la núm. 61) para introducir una nueva disposición adicional quinta para que las técnicas de reproducción asistida quedasen incorporada a la cartera de servicios del SNS con garantía de tiempos máximos[12], ya que, por un lado, el éxito de las técnicas radica en la edad de la mujer, y, por otro, para asegurar mayores tasas de embarazo deben evitarse las largas esperas actuales para acceder al tratamiento[13], pero no fue aceptada. El Estado ¿debería tener la obligación de suministrar material genético heterólogo (no sólo esperma de donante, sino también óvulos, en su caso) a todas las mujeres que desean ser madres? Teniendo en cuenta la situación acuciante del sistema de salud pública, creo que no[14]. La respuesta negativa supone un obstáculo en la satisfacción de su deseo de tener hijos, pero no es un obstáculo irrazonable o injustificado.

La normativa española, por tanto, no especifica ningún criterio de elegibilidad vinculado a la infertilidad; varían de centro a centro y generalmente giran alrededor de problemas médicos. En la práctica, la sanidad pública cubre a las parejas con problemas de infertilidad (de más de un año) y entre los factores médicos considerados para establecer las prioridades está la edad de la mujer (ya que las posibilidades de quedar embarazada disminuyen con la edad) y las posibilidades de implantación embrionaria (que dependen del diagnóstico). Generalmente a las mujeres se les ofrecen tres ciclos en los hospitales públicos. Entre los

12. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 28 de septiembre de 2005, núm. 39-8, p. 47.
13. Como explica la representante del Grupo popular. Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Sanidad y Consumo, año 2005, VIII Legislatura, núm. 462, sesión núm. 23, de 21 de diciembre de 2005, p. 10.
14. Igualmente, Alkorta Idiakez, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva,* Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 357-358.

factores sociales, se da prioridad a las parejas que no tienen ya un menor sano. Por tanto, cabe concluir que España sigue directrices utilitarias para aumentar las posibilidades de éxito. Las personas que no estén cubiertas siempre pueden acudir al sector privado, aunque el coste del proceso puede ser elevado y generar desigualdades de acceso, llegando a vedar el acceso a las personas con menor poder económico.

2.2. LA LEGISLACIÓN ITALIANA

Frente a la regulación española, que ha abandonado el inicial enfoque exclusivo en cuestiones de infertilidad, Italia se ha movido en la dirección opuesta, permitiendo la reproducción asistida sólo como una solución a problemas reproductivos derivados de la esterilidad humana y la infertilidad. El único objetivo legal de la reproducción asistida en Italia es facilitar la procreación humana cuando las parejas heterosexuales no pueden lograrlo de forma natural.

La Ley 40/2040 impone numerosas restricciones: el acceso está limitado a las parejas adultas heterosexuales casadas o en pareja estable, en edad potencialmente fértil y estando ambas vivas (artículo 5). La pareja heterosexual tiene pues un reconocimiento superior a cualquier otro modelo familiar. La pareja debe tener problemas de esterilidad o infertilidad (artículo 1.1), excluyendo así las parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas. Las dificultades reproductivas deben existir, son indispensables, pero no pueden ser excesivas, puesto que el material genético debe ser propio, no procedente de donante, ya que la ley prohíbe la reproducción heteróloga (artículo 4.3) para garantizar que el menor está genéticamente relacionado con sus padres. El consentimiento es revocable únicamente hasta el momento de la fertilización del óvulo (artículo 6.3), por tanto parece que existe la obligación de continuar con el proceso tras la fertilización. Se prohíbe la experimentación con los embriones y la selección eugenésica de embriones (artículo 13.3), lo cual impide el diagnóstico genético preimplantacional. Está prohibida la crioconservación y la supresión de los embriones (artículo 14.1), la creación de más de tres embriones (artículo 14.2), y la reducción embrionaria (artículo 14.4). La única excepción a la prohibición de crioconservación es la causa de fuerza mayor relativa al estado de salud de la mujer, no previsible en el momento de la fecundación, con la finalidad de ser implantados, cuando sea posible (artículo 14.3).

El debate en Italia[15] tiene como punto de partida la protección legal

15. Para conocer las causas del viraje italiano entre 1978 (año de aprobación de la ley del aborto), y 2004 (año de aprobación de la ley reproducción asistida), véase HANAFIN,

al embrión. El artículo 1 Ley 40/2004 exige tener en consideración «los derechos de todos los sujetos implicados, incluido el concepturus». De este modo, la ley implícitamente está declarando que el no nacido tiene derechos de algún tipo, que merece una protección legal. Parece que la ley establece esos derechos del concepturus desde el momento en que la mujer acepta la fertilización de sus óvulos.

En cuanto al diagnóstico genético preimplantacional para evitar enfermedades hereditarias, las parejas podían conocer el estado de salud del embrión antes de su transferencia al útero (artículo 14.5), pero la práctica resultaba inútil, puesto que si su finalidad era un argumento para decidir en contra de la implantación, o para decidir la selección de otro embrión que no estuviese afectado por una determinada enfermedad, estas opciones estaban prohibidas. Según la legislación italiana, una pareja puede revocar su consentimiento a la reproducción asistida únicamente antes del momento de la fertilización (artículo 6.3), tras la cual, la conservación del embrión o su destrucción están prohibidas (artículo 14.1), así como cualquier forma de selección eugenésica de los embriones (artículo 13.3.b)). Esto lleva a dos consecuencias: por un lado, no cabe fertilizar más de tres óvulos porque no se admite la crioconservación de embriones; por otro, parece que existe una obligación de implantar todos los embriones producidos, aunque tengan una enfermedad congénita. Esta obligación lleva a resultados irracionales (¿acaso no sería un supuesto de violación o agresión forzosa?), e incongruentes, pues la protección legal del embrión resultaría superior que la protección del feto (éste se puede abortar, pero aquél no se puede destruir). La regulación de la reproducción asistida protege al embrión desde el momento de la fertilización, pero la ley del aborto[16] permite interrumpir el embarazo dentro del plazo de tres meses. La aplicación conjunta de estas ideas tan opuestas lleva a una «pesadilla legal»[17], pues conduce a la necesidad de implantar el embrión para después poder abortar.

Cuando el artículo 1 establece que los derechos del embrión se han de tener en cuenta, ello no debe suponer que deba ser preponderante en todas y cada una de las situaciones en las que se vea afectado. Como

---

Conceiving Life. Reproductive Politics and the Law in Contemporary Italy, Ashgate, 2007, pp. 59-80. Para conocer detalles sobre el debate parlamentario de la ley, LALLI, *Libertà procreativa,* Liguori editori, Nápoles, 2004, pp. 129 y ss.

16. Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, que aprueba las normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo.
17. BENAGIANO Y GIANAROLI, «The New Italian IVF Legislation», *Reproductive BioMedicine Online*, 2004, vol. 9, núm. 2, pp. 117-125, en p. 118.

mínimo, los derechos de la mujer también deben ser tenidos en cuenta. La *Corte Costituzionale*, en el contexto del aborto, ya había señalado que los intereses del embrión o feto no son superiores al derecho a la salud de la madre[18]. Lo contrario supone reducir la condición de la mujer al de una incubadora[19]. Algunos autores[20] intentan evitar esta conclusión diciendo que el artículo 1 no es más que una declaración de principios, una guía ideológica, sin ningún efecto vinculante.

Pero la rígida implementación de la ley quedó patente con la sentencia del Tribunal de Catania de 3 de Mayo de 2004, en la que una pareja, ambos sanos aunque portadores de beta-talasemia solicitaron la autorización para llevar a cabo un diagnóstico genético preimplantacional para asegurar que el hijo nacido a través de las técnicas de reproducción asistida no sufriese esa enfermedad. Y la conclusión del tribunal fue que resulta imposible conceder esa autorización con base en la ley, pues el médico tiene la obligación legal de implantar todos los embriones que haya creado, aunque estén afectados de alguna enfermedad genética. Resulta, por tanto que no existe un derecho a formar una familia, sino la obligación de tenerla (una vez iniciado el proceso de reproducción asistida) con independencia de las consecuencias negativas que pueda tener para los padres o el futuro hijo. La sentencia reconoció que la obligación no era coercible, y aunque esta declaración pueda ser técnicamente correcta (la existencia de una obligación legal y las dificultades posteriores de ejecución son dos temas independientes), resulta legalmente absurdo[21].

---

18. En la sentencia núm. 27, de 18 de febrero de 1975.
19. Fenton, «Catholic Doctrine versus Women's Rights: the New Italian Law on Assisted Reproduction», *Medical Law Review*, 2006, vol. 14, pp. 73-107, en p. 83, destaca cómo la posición italiana es un ejemplo apabullante de cómo, cuanto más se preocupa la legislación de la protección del embrión, más tiene que perder la mujer en términos de autonomía corporal.
20. Gazzoni, «Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale», en *http://www.judicium.it/news/ins_31_03_05/Gazzoni%20dir.%20civ..html* apunta que la ley italiana se encuentra entre la utopía y la irracionalidad, pero en definitiva no dejan de ser «palabras muertas». Casonato, «Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazoine d'impatto normativo», en *Procreazione medicalmente assiststitta: ombre e luci*, Università degli studi di Trento, 2005, p. 25, señala que es mera retórica, no es alcanzable.
21. Un caso similar fue resuelto por la sentencia del tribunal de Cagliari de 16 de julio de 2005, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 13, aunque el Tribunal Constitucional la inadmitió. Cfr. *Ordinanza* 369/2006, de 24 de octubre. Para una crítica a esta inadmisión, sin entrar en el fondo del asunto, véase Morelli, «Quando la Corte decide di non decidiré. Mancato ricorso all'illegitimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, en *www.forumcostituzionale.it/*.

Esta situación llevó al Ministerio de la Salud italiana a aprobar un protocolo de actuación mediante Decreto de 21 de julio de 2004[22] para intentar paliar algunas de las tensiones y absurdidades a las que lleva la aplicación estricta de la ley, permitiendo la no transferencia de los embriones, siempre que la pareja muestre su conformidad[23]. Las parejas italianas pueden solicitar información sobre la ausencia de enfermedades congénitas del embrión y, con base en esa información, decidir abandonar el embrión. Por tanto, la inicial rigidez de la legislación italiana se ha ido flexibilizando a medida que se va reconociendo que sus disposiciones no se pueden imponer. La guía de 2004 ha resucitado, por tanto, la viabilidad del diagnóstico genético preimplantacional[24].

El sector opuesto a las restricciones introducidas por la Ley 40/2020 promovió la reforma de la misma mediante el mecanismo del referéndum (*referendum abrogativo*), que exige que los solicitantes obtengan 500.000 firmas de ciudadanos con derecho de voto. Una vez obtenidas, las propuestas de referéndum se someten al Tribunal Constitucional, que examina su admisibilidad. La solicitud de un referéndum para derogar la ley en tu totalidad fue declarada inadmisible por la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 45/2005, de 13 de enero. Las SSTC 46/2005, 47/2005, 48/2005 y 49/2005 admitieron los cuatro temas sobre los que debía versar la consulta de derogación parcial: la eliminación de la prohibición de la congelación de embriones y de la experimentación con los embriones; la eliminación de la necesidad de limitar a tres los embriones que se pueden trasferir simultáneamente, y la exigencia de limitar el acceso a las parejas estériles o infértiles (para permitir el acceso a los portadores de enfermedades genéticas); la supresión de todo reconocimiento legal del embrión; la eliminación de la prohibición de la inseminación con material genético de donante.

---

22. Decreto de 21 de julio de 2004, aprobando el protocolo con las indicaciones del procedimiento y de las técnicas de procreación médicamente asistida.
23. Gazzoni, *supra*, puso en duda la legalidad del Decreto por introducir modificaciones *contra legem* en la regulación. En sentido similar, Veronesi, «Le «linee guida» in material di procreazione assistita. Nuovi dubbi di ligittimità all'orizzonte», *Studium Juris*, 2004, vol. XI, pp, 1356, accessible online *www.forumcostituzionale.it*.
24. El Decreto de 21 de julio de 2004 permite la crioconservación de los embriones en dos casos: cuando están a la espera de una futura implantación, y cuando se abandonan. Este estado de abandono tendrá lugar cuando la pareja rechaza la implantación y cuando el centro autorizado no ha podido ponerse en contacto con la pareja en el plazo de un año. El Estado tienela obligación de conservar los embriones «abandonados», aunque no se especifica el plazo máximo. El Decreto de 4 de agosto de 2004 establece que los embriones sobrantes deben ser transferidos a la *Biobanca Nazionale* en Milán donde se puede llevar a cabo investigación sobre las técnicas de crioconservación.

El referéndum se convocó para el 12 de junio de 2005, y hubo una fuerte oposición del Vaticano, que creó una comisión anti-referéndum llamada *Scienza e Vita,* que incentivó no el voto negativo, sino la abstención, para evitar así el quórum necesario del 50% de los votantes más 1, sin el cual el referéndum resulta inválido. La campaña consiguió el resultado deseado, pues sólo votó el 25,9% de los italianos (de éstos, tres cuartas partes votaron a favor de la abolición de la ley). La amplia abstención no es imputable sólo al boicot de la Iglesia Católica, sino que hay que tener en cuenta que la reproducción asistida se percibe como una cuestión que afecta a una minoría de la población, y que la propia técnica del referéndum puede no ser la más adecuada. Los antecedentes demuestran que de los dieciocho referéndums celebrados en Italia entre 1997 y 2003 ninguno consiguió el quórum necesario, lo cual se puede atribuir a la fatiga del electorado ya que sólo en el año 2000 se convocaron siete referéndums[25].

El Tribunal Constitucional italiano se ha pronunciado finalmente sobre la constitucionalidad de la ley, en la sentencia 151/2009, de 31 de marzo de 2009, declarándola parcialmente inconstitucional (artículos 6.3 y 14). Cabe destacar dos ideas fundamentales de esta sentencia. La primera afirmación importante es que declara que la Ley 40/2004 no ofrece una protección ilimitada del embrión. El TC finalmente ha tenido en cuenta un hecho biológico incontestable: sólo unos pocos embriones producen fetos viables, resulta imposible procrear sin perder ningún embrión. El límite de crear sólo tres embriones expone a la mujer a múltiples ciclos de estimulación ovárica, y la obligación de trasferir simultáneamente todos los embriones con los riesgos que conllevan los partos múltiples, resultan contrarios a la protección de la salud de la mujer. Los preceptos que imponen estas restricciones resultan contrarias a la Constitución italiana, concretamente al artículo 3 (igualdad) y 32 (protección de la salud). La protección del embrión se ve limitada por la necesidad de asegurar que el embarazo concluya con éxito. La segunda idea destacable de la sentencia es que restituye el criterio médico como el más eficaz para evaluar cuántos embriones crear y cuántos transferir[26]. Por tanto, la prohibición de conservación de embriones,

25. Cfr. Hanafin, *op. cit.,* p. 66.
26. En España la Ley 45/2003, 21 noviembre, introdujo una modificación en el artículo 4 de la LTRHA 1988 para establecer un límite máximo de tres preembriones que pueden ser transferidos a una mujer en cada ciclo y un máximo de tres ovocitos que puedan ser fecundados. La LTRHA 2006 eliminó la referencia a un máximo de óvulos que se pueden fecundar, por entender que los límites «deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso», como destaca la Exposición de motivos de la ley, pero mantiene el límite de transferencia de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo (artículo 3.2).

aparte de la excepción legal de fuerza mayor (basada en el estado de salud de la mujer, no previsible en el momento de la fecundación), tendrá otra excepción: cuando el médico, después de evaluar la situación, adopte la decisión terapéutica de no transferir todos los embriones[27].

3. MODELOS DE FAMILIA: LEGISLACIÓN LIBERAL ESPAÑOLA VERSUS LEGISLACIÓN RESTRICTIVA ITALIANA

La protagonista principal de la reproducción asistida en España es la mujer, no la pareja, sea casada o sola, heterosexual o no. Esto contrasta con la situación en Italia, donde pervive fuertemente el modelo heteropatriarcal. La legislación italiana permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida únicamente a las parejas formadas por personas de distinto sexo, casadas o no, de edad potencialmente fértil y vivas, excluyendo así tanto la fecundación de las mujeres solas y las parejas de mujeres, como la fecundación *post mortem*. Me centraré ahora en estas tres situaciones, que han sido reguladas en España desde 1988.

3.1. LA MUJER SOLA

El acceso a los servicios de reproducción asistida española está abierto a cualquier mujer mayor de 18 años con plena capacidad, independientemente de su estado civil y orientación sexual (artículo 6.1 LTRA). Su consentimiento es necesario, y debe constar en forma escrita. No se exige que la mujer esté casada o conviva en pareja. La referencia al consentimiento del cónyuge o pareja estable se hace a efectos de la paternidad, para establecer una relación jurídica entre padre e hijo, no como una limitación de acceso.

El debate doctrinal en España ha estado bastante dividido entre los que sostenían que la mujer sola no debería poder acceder a las técnicas

27. Para más detalles, Benagiano y Gianaroli, «The Italian Constitutional Court modifies Italian legislation on assisted reproduction technology», *Reproductive BioMedicine Online,* 2010, 20, pp. 398-402, en p. 400; Penasa, «La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento», *Revista de Bioética y Derecho,* 2010, núm.18, pp. 17-25, p. 22. Para conocer los efectos sobre el diagnóstico genético preimplantacional, véase Mancini, Boada y Barri, «Considerazioni etiche sulla procreazione medicalmente assistita», *Revista de Bioética y Derecho,* 2011, núm. 23, pp. 35-44.

de reproducción asistida[28], los que admitían el acceso en todo caso[29], y los que consideraban que el acceso esa admisible siempre que existiese alguna necesidad médica[30], haciendo una interpretación conjunta de los artículos 1 y 6 de la LTRHA 1988.

La LTRA fue impugnada ante el Tribunal Constitucional español, tanto en su totalidad como en preceptos concretos, entre ellos el artículo 6 que permitía el acceso de la mujer sola. Los demandantes deducían que era contrario a varios preceptos constitucionales, entre ellos, el artículo 39.1 de la Constitución española, que protege a la familia («los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»). La STC 116/1999, de 17 de junio, declaró que el precepto no vulnera ningún precepto constitucional, e hizo varias declaraciones con respecto a la familia que conviene destacar. En concreto, que la protección constitucional de la familia no se limita a la tradicional familia basada en el matrimonio heterosexual[31]. La Constitución «no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio», ni existe «ninguna constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura (...) esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural» (FJ 13). De manera que, aunque

28. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 94; Pantaleón Prieto, «Procreación artificial y responsabilidad civil» en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana,* Trivium, Madrid, 1988, pp. 245-317, en p. 262; Romeo Casabona, *op.cit.*, p. 216; Bustos Pueche, *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética,* Dykinson, Madrid, 1996, pp. 130 y ss; Bellver Capella, «El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica», *Rev.Der.Gen.Hum.,* 1999, núm. 11, pp. 119-144, en p. 139.
29. De León Arce, «La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana,* Trivium, Madrid, 1988, pp. 407-416, en p. 415; Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana,* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 72; Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana,* Bosch, Barcelona, 1995, p. 136; Cámara Águila, «Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida», *Derecho Privado y Constitución,* 1999, núm. 13, pp. 117-148, en p. 148.
30. Montés Penadés, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana,* Trivium, Madrid, 1988, pp. 171-199, en p. 182, y Roca Trías, «Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 116/1999», *Revista Jurídica de Cataluña,* 2000, núm. 2, pp. 413-432, en p. 426.
31. Como ya había declarado en sentencias anteriores, como las STC 222/1992 y 47/1993.

cultural y socialmente sea el modelo familiar en el que tendemos a pensar, otros tipos de familia también están protegidos en el artículo 39 CE, como las parejas de hecho, los progenitores solteros y sus hijos, y las parejas sin hijos. Así, la preocupación por la ausencia de padre, sentida por algunos grupos de interés no fue compartida por el Tribunal Constitucional español, que declaró que la disposición legal no vulnera la Constitución española.

El Tribunal Constitucional no ofrece ningún criterio relacionado con las condiciones de acceso. La mujer sola ¿debe tener problemas de fertilidad para acceder a la reproducción asistida? ¿O es suficiente con no tener una pareja, o con tener una pareja que no quiera compartir su proyecto reproductivo? Algunos consideran que una mujer sola no ofrece el marco adecuado para tener hijos. Aparte del hecho de que el problema con las madres solteras no es que estén solas, sino que sean pobres, la legislación admite la adopción por una persona sola[32], por lo que no es inadecuada para la crianza y educación del menor. Se ha argumentado que la posibilidad de adopción no puede compararse con la situación de una mujer sola que desea tener un hijo a través de la reproducción asistida, ya que la adopción se permite con el fin de resolver un problema ya existente (menores desprotegidos o abandonados) mientras que en esta última situación, se crearía un problema nuevo por la ausencia de padre.

Lo que necesita el menor no es tanto un padre *per se*, sino una familia que le atienda, que cuide de sus necesidades no sólo materiales, sino emocionales, espirituales y sociales. Resulta discriminatorio creer que una familia tradicional siempre puede garantizar el bienestar del menor mientras que una familia distinta a la convencional no puede hacerlo. La realidad demuestra que no es así. Cuando en el Reino Unido se planteó la necesidad de eliminar la referencia incluida en la *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990 a la necesidad de un padre («*the need for a father*») al valorar el interés del menor, se hizo precisamente para evitar discriminaciones injustificadas. Creer que el bienestar del menor debe abarcar el examen de la necesidad de un padre resulta «injustificablemente ofensiva para muchos. Una legislación que implica una discriminación injustificada de «las familias no convencionales» es inaceptable»[33]. La legislación inglesa fue modificada en 2008 para susti-

32. Artículo 175 CC.
33. El quinto informe de la *House of Commons Science and Technology Committee «Human Reproductive Technologies and the Law»*, presentado en marzo de 2005. En respuesta a este informe el *Department of Health* publicó un Libro Blanco en diciembre de 2006 recogiendo esta propuesta de modificación legislativa, entre otras.

tuir la referencia a la necesidad de un padre por la necesidad del hijo de recibir suficiente apoyo parental («*the need of that child for supportive parenting*»), valorando así el rol de todos los progenitores. Antes de la entrada en vigor de la última modificación legal, la necesidad de un padre, siendo imperativa, parece que había de tener el efecto de prohibir por completo el acceso a la reproducción asistida de las mujeres solas, pero en la práctica no era así. El *Code of Practice* de la *Human Fertilisation and Embriology Authority* ya decía que las personas que buscan tratamiento reproductivo tienen derecho a una evaluación justa, y que cuando el menor no haya de tener un padre legal, las clínicas deberán evaluar la capacidad de la madre para hacer frente a las necesidades del menor y la capacidad de otras personas de su círculo familiar o social dispuestas a compartir la responsabilidad frente a las necesidades del menor[34]. Ahora es la ley, y no un órgano regulador, la que resuelve sobre la admisibilidad de acceso de las mujeres solas.

El primer proyecto español sobre reproducción asistida exigía que los centros autorizados evaluasen a las mujeres solas para ver si podían garantizar el mantenimiento y la educación del menor con dignidad, y si ella podría proporcionar un bienestar adecuado para el menor, especialmente a fin de evitan la discriminación social, pero pronto abandonó esta exigencia. La LTRHA 2006 al eliminar del artículo 1 la exigencia de la condición médica para acceder a las técnicas de reproducción asistida, permite el acceso a las mujeres solas sin necesidad de tener que acreditar necesidad médica alguna. La pregunta, en el fondo, es si el deseo de ser madre debe ser sufragado con fondos públicos o no, a la que creo que hay que dar una respuesta negativa, como he apuntado en el epígrafe anterior.

3.2. LAS PAREJAS DE MUJERES

Algunos de los argumentos utilizados en contra de que la mujer sola acceda a la inseminación de donante estaban dirigidos principalmente a evitar que las parejas formadas por mujeres tuviesen hijos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida. Durante la aplicación de la LTRHA 1988, las parejas de mujeres que querían iniciar un proyecto reproductivo acudían al centro autorizado no como pareja, sino individualmente como mujeres solas. Desde 2005, las parejas de mujeres han podido presentarse como tales en los centros autorizados, teniendo en cuenta que España ha aprobado una ley que permite los matrimonios

34. *Code of Practice*, 7ª edición, 2007, epígrafe G.3.3.3.

entre personas del mismo sexo, atribuyéndoles los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios heterosexuales tradicionales (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

La LTRHA 2006 fue modificada en 2007[35] para adecuarla a la Ley 13/2005, añadiendo un párrafo al precepto dedicado a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Ahora el artículo 7.3 dice que «cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta 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». El Código civil de Cataluña también contempla esta nueva realidad legislativa en los artículos 235-8 (matrimonio entre mujeres) y 235-13 (pareja de hecho) CCCat, derivando la filiación del consentimiento[36]. Desde la aprobación de la Ley 13/2005, cualquier referencia en nuestro sistema jurídico a la pareja o cónyuge deberá ser neutra desde la perspectiva de género (*gender-neutral*). El cónyuge o pareja de la mujer que concibe un hijo mediante técnicas de reproducción asistida, y que da su consentimiento, será el progenitor legal, así que el menor tendrá dos progenitores legales ninguno de los cuales será un padre.

En Italia, las parejas de mujeres no pueden concebir mediante técnicas de reproducción asistida ya que la Ley 40/2040 exige que la pareja esté formada por personas de distinto sexo (artículo 5) y prohíbe la reproducción de tipo heterólogo (artículo 4.3). Italia no es el único país que impide a las mujeres solas o las parejas de mujeres acceder a las técnicas de reproducción asistida. Tampoco pueden acceder en Austria, Francia, Portugal o Eslovenia.

La falta de aceptación de que las mujeres solas o las parejas de mujeres puedan formar una familia a través del uso de estas técnicas genera un debate sobre si la ley puede expresar desaprobación de decisiones personales sobre las relaciones. En la práctica, el Estado y los médicos desempeñan un papel en la determinación de los modelos de

35. Por la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
36. Rivero Hernández, «Comentario al artículo 235-8», en *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Roca Trías y Ortuño Muñoz, Coord.), Ed. Sepín, Madrid, 2011, pp. 1017-1023, en p. 1018, considera que la filiación derivada de la fecundación asistida es en realidad un *tertium genus*, entre la filiación por naturaleza y la adoptiva.

familia, a través del control de acceso a la reproducción asistida. La prohibición de acceso a las mujeres solas les lleva a contemplar acuerdos privados para su inseminación, en lugar de utilizar centros acreditados. La existencia, además, de kits de autoinseminación, disponibles en internet, incrementa los riesgos de salud dada la ausencia de controles de seguridad (estado de salud del donante), en comparación con la relación que se pueda tener con un amigo, o con un extraño a quien la mujer tiene al menos ocasión de ver. Prohibir a las mujeres solas o a las parejas de mujeres el acceso a las clínicas autorizadas no les impide llevar a cabo su proceso reproductivo, sino que les impide el acceso a inseminación de donante en condiciones seguras y supervisadas, o las conduce al llamado «turismo reproductivo». O, según la terminología más neutra propuesta por la ESHRE (*European Society of Human Reproduction and Embriology*), las conduce a los «cuidados reproductivos transfronterizos» (*cross-border reproductive care*)[37].

3.3. LA FERTILIZACIÓN POST-MORTEM

En España, la fecundación *post-mortem* con el esperma del marido o pareja de hecho es legal, siempre que concurran ciertos requisitos formales y límites temporales establecidos en el artículo 9.2 LTRHA 2006[38]. El consentimiento para la utilización de su material genético deberá constar en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, y su material reproductor podrá ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento. El consentimiento se presume cuando el marido o pareja supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. En Cataluña, el proceso de fecundación se ha de iniciar en el plazo de nueve meses a partir del fallecimiento, plazo que podrá ser prorrogado tres meses más, cuando exista justa causa, con autorización judicial (artículo 235-8.2.c) CCCat).

En ausencia de consentimiento, la utilización de técnicas de reproducción asistida no tiene ningún efecto sobre la filiación jurídica, a menos que el material genético del hombre ya esté en el útero de la mujer

37. Cfr. Shenfield, De Mouson, Pennings, Ferraretti, Nyboe Andersen, De Wert, y Gossens, «Cross Border Reproductive Care in Six European Countries», *Human Reproduction,* 2010, vol. 25, núm. 6, pp. 1361-1368.
38. Para una redacción alternativa del precepto, que resulta intrincada, véase Atienza, «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», en *Revista de Bioética y Derecho,* 2008, núm. 14, pp. 4-9, en pp. 8-9.

en el momento de la muerte del hombre. Por lo tanto, cuando hay consentimiento, el menor tendrá los mismos derechos legales que el hijo póstumo tradicional, concebido antes de la muerte de padre pero nacido después. Dado que la relación entre padre e hijo se establecerá legalmente, surgen los derechos sucesorios correspondientes. Sin embargo, parece necesario introducir una limitación de tiempo para evitar nacimientos tardíos que podrían poner en peligro los derechos hereditarios de los otros.

Muchos de los argumentos contrarios a la fecundación *post mortem* en España son comunes a los ya mencionados respecto a las mujeres solas: el menor nace sin padre. Sin embargo, existe una diferencia evidente: el menor no tendrá un padre vivo al nacer, pero no carece totalmente de padre: podrá saber de él, averiguar cómo era, y los familiares del padre impiden que quede desprotegido. Aunque la jurisprudencia española sobre reproducción asistida es muy escasa, una cuestión que ha generado reclamaciones judiciales es precisamente la fecundación *post mortem*. Cuando el cónyuge o pareja de hecho da su consentimiento a la reproducción asistida y fallece antes de inseminación, ¿puede la mujer (esposa o pareja de hecho) continuar con el proceso en caso de ausencia de cualquier indicación sobre sus deseos? La jurisprudencia, en aplicación de la legislación anterior, había rechazado tales reclamaciones por falta de consentimiento expreso del marido, que debe ser personal y no puede ser suplido por el consentimiento de otros parientes o autorización judicial[39].

La LTRHA 2006 ha puesto fin a esta controversia, al permitir el consentimiento presunto cuando el embrión ya ha sido creado (artículo 9.2). Y aunque la ley sólo se refiere al consentimiento presunto en el caso de transferencia de embriones, no hay razón para excluir el uso de esperma por la viuda, si ya ha sido extraído. En cambio, la obtención de semen del varón tras su fallecimiento o en estado de coma constituiría una falta penal, tipificado en el artículo 526 Código penal. Este supuesto también ha llegado a los tribunales: una mujer solicitó autorización para ser inseminada con el esperma del marido, en un estado vegetativo persistente desde hacía once años. El Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de 13 Mayo de 2003 desestimó el expediente de jurisdicción voluntaria solicitando autorización para la obtención de material genético del esposo. El tribunal apuntó la posibilidad

39. Cfr. SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2000, SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004, STSJ Madrid de 16 de junio de 2003.

de acceder a las técnicas de reproducción asistida con semen de donante anónimo, como mujer sola, ya que estaba separada de hecho de su marido, pero no con los gemetos del esposo, dada la falta de consentimiento de éste[40].

En Italia, la reproducción póstuma está prohibida, ya que el artículo 5 Ley 40/2040 exige que ambos progenitores estén vivos. Sin embargo, no proporciona una solución para el caso del padre que fallece durante el proceso de reproducción asistida, antes de la implantación. Esa implantación resulta contraria al artículo 5[41] pero, al mismo tiempo, los embriones no pueden ser congelados, suprimidos o donados (artículos 14.1 y 4.3). Antes de la Ley 40/2004, los tribunales fallaban a favor de las mujeres que desafiaban la oposición de la clínica para tratamiento adicional, después de la muerte del esposo o compañero. En este sentido, se puede consultar la sentencia del Tribunal de Palermo de 8 de enero de 1999.

4. CONCLUSIÓN. ¿EXISTE UN DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Los avances en la reproducción asistida han llevado a la ampliación de la autonomía en el ámbito reproductivo, pero no está claro si esa autonomía puede ser configurada como un derecho (no moral, sino jurídico), y cuál sería su alcance y extensión. Existe un derecho a la reproducción entendido como libertad para planificar la propia vida reproductiva libre de interferencias externas, lo cual incluye la decisión de tener hijos (sin limitaciones por parte del Estado en cuanto a número o sexo de los mismos) y la decisión de no tener hijos no deseados (aborto en determinadas circunstancias, legalidad de medidas anticonceptivas, incluyendo la esterilización voluntaria). Esta libertad procreativa sería una faceta de la genérica libertad humana, que en España deriva de la cláusula general de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE)[42]. La libertad entendida como autonomía

40. Véase el comentario de M. Pérez Monge, «Límites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida», *Anuario de Derecho Civil*, 2004, núm. 1, pp. 179-256.
41. La mujer italiana no sería castigada por tal infracción (artículo 12.8), pero el profesional de la salud podría ser multado (entre 200.000 y 400.000 euros, conforme al artículo 12.2) y suspendido del ejercicio profesional durante 1 a 3 años (artículo 12.9). El centro donde se haya llevado a cabo esa práctica sería sancionado con la suspensión de la práctica durante un año (artículo 12.10).
42. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, 3ª edición, 2008, Madrid, p. 66.

en el diseño y ejecución del proyecto vital personal no está protegido en el artículo 17 CE, que se refiere a la libertad física o deambulatoria, sino que en está implícita en el artículo 10 CE. La autonomía decisoria permite oponerse o impugnar actos legislativos o regulatorios que afectan a decisiones personales de forma injustificada o desproporcionada[43].

La protección de este ámbito de autonomía personal tiene un especial significado para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas. La protección de su salud sexual y reproductiva ha sido objeto de diversos textos internacionales. Por parte de las Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; la Conferencia internacional de las Naciones Unidas sobre la población y el desarrollo, celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, y la Plataforma de Acción de Beijing, acordada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995. En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se recomienda una serie de acciones en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación sexual.

Por destacar sólo algún dato, el programa de acción de la Conferencia internacional de El Cairo de 1994 señalaba que los derechos reproductivos «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 momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios de los adolescentes con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable» (capítulo VII, A). En este ámbito podemos situar la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[44]. Igualmente, el artículo

43. Impediría, por ejemplo, la adopción de una política de hijo único que actualmente rige en China.
44. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2010 reconoce «el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres

41 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que establece que los poderes públicos velarán para que la libre decisión de la mujer sea determinante en todos los casos que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, en particular por lo que hace referencia al propio cuerpo y su salud reproductiva y sexual, idea que recoge también el artículo 212-7 del Código civil de Cataluña[45].

Mayor discusión genera el derecho a la procreación *asistida*, que puede ser entendido, por un lado, como libertad de acceso a las técnicas de reproducción asistida, sin que el Estado pueda imponer restricciones irracionales o indebidas que dificulten ese acceso y, por otro, como obligación por parte de terceros (el Estado) de participar en las técnicas de reproducción asistida, suministrando los gametos o embriones necesarios a toda mujer que quiera ser madre, incluso en ausencia de los presupuestos que habitualmente la justifican (infertilidad o enfermedad genética). En ninguna de sus dos facetas podemos decir que existe un derecho a la reproducción asistida, ni en su aspecto negativo o de abstención de obstaculizar el acceso (derecho a exigir del Estado la adopción de normas o políticas que favorezcan o faciliten el acceso a las técnicas de reproducción asistida) ni en su aspecto positivo, como obligación, particularmente del Estado, de contribuir a la consecución del deseo de tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida. Así lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma 1950) reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8), y el derecho a casarse y fundar una familia (artículo 12). Estos preceptos no admiten un derecho absoluto a tener hijos o a recibir asistencia para tener-

---

puedan tomar su decisión inicial sobre su embarazo y que esta decisión, consciente y responsable, sea respetada» (E. de m. II, 7). Específicamente para la reproducción asistida, el preámbulo de la LTRHA 1988 afirmaba que el respeto al derecho a la procreación y el derecho de una mujer a fundar su propia familia implican la eliminación «de cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente» (III, 2). Pero no se puede olvidar que lo que hay que eliminar son los obstáculos irrazonables, pero no todas las limitaciones resultan injustificadas. La LTRHA 2006 no contiene una referencia al «derecho de procreación», aunque de hecho amplía los supuestos de acceso. Es cierto que el preámbulo de una ley no es vinculante; pero es como una antorcha que ilumina el texto normativo con un particular color, de ideología o explicación de la preocupación subyacente que lo justifica.

45. Para un comentario, véase Navarro Michel, «Comentario al artículo 212-7», en *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Roca Trías y Ortuño Muñoz, Coord.), Ed. Sepín, Madrid, 2011, pp. 125-128.

los, no imponen la obligación de proporcionar tratamiento o asistencia por parte de terceros. Históricamente, el derecho a la reproducción fue desarrollado en el contexto de las esterilizaciones forzadas[46], como un argumento para oponerse a la limitación no consentida de la capacidad de procrear. El artículo 12 CEDH permitía amparar ese derecho a la procreación para exigir el respeto a la capacidad reproductiva, mantenerla intacta y protegerla. El lenguaje ha evolucionado, desde el derecho a evitar interferencias externas, a la búsqueda del reconocimiento de amplias opciones y decisiones en el ámbito personal (en este sentido se habla de libertad reproductiva, autonomía reproductiva). Este derecho no garantiza la descendencia que uno quiere[47]; la reproducción asistida no es un medio alternativo de procreación, financiada por el Estado y disponible para todo el que la solicita.

El TEDH ha destacado la importancia del derecho a la reproducción, como un derecho que debe ser respetado, basando la argumentación en el artículo 8 CEDH y no en el artículo 12 CEDH[48]. Así, en el caso *Evans v. The United Kingdom*[49], el TEDH señaló que el derecho a la vida privada incluía el derecho de respetar tanto la decisión de ser padre como la decisión de no ser padre; en el asunto *Dickson v. The United Kingdom*[50], el TEDH destacó que la decisión de ser un progenitor genético era más importante que ciertos intereses estatales (en evitar que el preso concibiese un hijo con su esposa); y en el asunto *S.H. y otros v. Austria*[51], destaca «el deseo de las parejas de tener hijos como una de

46. Como una reacción contra las prácticas eugenésicas Nazis que obligaban a los enfermos mentales a ser esterilizados.
47. Warnock, «The Limits to a Rights-based Discourse», en *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice,* de Spencer y du-Bois Pedain (eds.), Hart, Oxford, 2006, p. 3.
48. Para un análisis de las diferencias entre ambos preceptos, véase Eijkhoit, «The right to found a family as a stillborn right to procreate?», *Medical Law Review,* 2010, núm. 18, pp. 127-151, en p. 142.
49. Dio lugar a STEDH de 7 de marzo de 2006, y posteriormente a un pronunciamiento de la Gran Sala, en STEDH de 10 de abril de 2007, coincidiendo argumentos y votos particulares disidentes. Se discutía si la mujer podía utilizar los embriones tras la crisis matrimonial, en contra de la voluntad del varón, que había revocado su consentimiento. Se cuestionaba la validez de la inglesa que permite al varón retirar su consentimiento en cualquier momento previo a la implantación de los embriones. El fallo no dio la razón a la reclamante. Entre los muchos comentarios, véase Alkorta Idiakez, «El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev.Der.Gen.Hum.*, 2006, núm. 24, pp. 129-153; Farnós Amorós, «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida», *Indret*, 1/2007, pp. 1-16, y Navarro Michel, «Crisis de pareja y destino de los embriones», *Revista Jurídica de Cataluña,* 2008, núm. 1, pp. 155-182.
50. STEDH 4 de diciembre de 2007.
51. STEDH de 3 de noviembre de 2011.

las formas esenciales de expresión de la personalidad como seres humanos». En este último caso se planteó si la legislación austríaca de reproducción asistida vulneraba el CEDH al prohibir ciertas técnicas, pues las dos parejas reclamantes necesitaban gametos de donante. El TEDH insiste en que no hay una obligación por parte de un Estado de permitir ciertas formas de reproducción asistida, y que la prohibición legal de fecundación heteróloga es una opción legislativa válida que entra dentro del margen de apreciación del Estado.

La conclusión que se puede extraer de todos estos argumentos, como marco dentro del cual ha de moverse la legislación de los diferentes Estados, es que en España existe una normativa que regula la reproducción asistida de manera liberal, por el protagonismo asumido por la mujer en la ley (más incluso que en otros países donde la referencia legal siempre se hace a la pareja), pero no debe llevarnos a concluir que existe un derecho a la reproducción asistida en todo caso, como un derecho público subjetivo. En Italia, la aplicación estricta de la Ley 40/2040 llevaba a que las parejas que cruzaban las puertas de un centro de reproducción asistida y conseguían la fertilización de un óvulo, tuvieran que abandonar sus derechos reproductivos, incluso en su aspecto central de libertad frente a las interferencias externas (por la imposibilidad de revocar el consentimiento, y la obligación legal de implantar el embrión, como ya hemos visto). La autonomía decisoria quedaba enterrada en un mar de restricciones, pero finalmente se ha restablecido en cierta medida desde el Decreto del 2004, primero, y con la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 2009, después. Aunque, eso sí, la restitución (aún mínima) de esa autonomía reproductiva no se ha hecho alegando un hipotético derecho reproductivo, sino con base al derecho a la protección de la salud.

Por tanto, de la existencia de esa libertad reproductiva no se deriva necesariamente la existencia de un derecho a la procreación asistida, que implicaría que el Estado está obligado a proporcionar gametos de donante a toda mujer que lo solicite. Si la respuesta fuese afirmativa, algunas mujeres tras la menopausia querrían reclamar la satisfacción del derecho de ser madres (para no ser discriminadas frente a los hombres, que pueden ser fértiles hasta su fallecimiento), o incluso las parejas de hombres podrían reclamar el derecho a celebrar contratos de maternidad subrogada (para no ser discriminados frente a las parejas de mujeres, que sí pueden concebir). Y en cuanto fuera viable, mediante la ectogénesis[52]. No se puede olvidar que el argumento de la discriminación

52. Esta posibilidad (uso de un útero artificial) aún no es posible, pero tal vez lo sea en un futuro no lejano.

no entraría en juego en estos supuestos, ya que la discriminación es tratar de forma desigual casos que son iguales, pero no tratar de forma desigual a supuestos que no son iguales. Las leyes que son neutras desde la perspectiva de género no permiten tener en cuenta las diferencias sexuales (que existen y a veces son ineludibles).

Piénsese en el siguiente caso israelí, que desborda el alcance del derecho a la reproducción asistida[53]. El sargento Keivan Cohen, de 19 años, recibió una herida mortal en la franja de Gaza en 2002, y murió en el hospital. Sus padres solicitaron a los médicos que procedieran a la extracción de semen, petición que éstos atendieron. La intención de los padres del joven soldado era encontrar una mujer que quisiera ser inseminada, pues ellos serían sus abuelos. La autorización para utilizar el esperma congelado no resultó tan fácil de conseguir, pero finalmente ganaron la batalla legal en el tribunal de Tel Aviv en 2007, cuya sentencia declaró no sólo la posibilidad de utilizar ese material genética, sino que Keivan Cohen sería el padre legal del hijo que naciera, y éste su heredero legal. Los Sres. Cohen iniciaron una campaña nacional para encontrar a una madre potencial, y finalmente la seleccionaron después de hacer unas doscientas entrevistas. Este caso plantea múltiples conflictos de tipo legal, ético y social. Keivan no había dejado ningún documento que acreditara su consentimiento a la extracción de gametos o a la fecundación *post mortem*; la solicitud de la extracción y posterior utilización no procedía de su esposa o pareja (carecía de ella), sino de sus padres (abuelos del potencial *concepturus*); la mujer que sería madre de su hijo era una mujer a la que nunca conoció. Aunque el dolor de los Cohen por la pérdida de su único hijo resulta evidente y humanamente comprensible, no parece que el derecho a la reproducción asistida pueda alegarse para permitir a los Cohen convertirse en abuelos para perpetuar la memoria genética de su hijo. Si existe un derecho a la reproducción asistida, no debe servir para la satisfacción de cualquier deseo de tener descendencia.

53. Caso divulgado por Fischbach y Loike, «Postmortem fatherhood: life after life», *The Lancet*, 2008, vol. 371, n. 9631, pp. 2166-2167.

9

El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL ANONIMATO EN LAS LEGISLACIONES QUE REGULAN LAS TRA. 2. EL CONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LOS DONANTES: UNA NUEVA FORMA DE INTERACCIÓN EN LOS PROCESOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. *2.1. Las donaciones de gametos y embriones. 2.2. Diferencias entre las donaciones masculinas y femeninas. 2.3. Las relaciones de cooperación que subyacen a las técnicas. 2.4. El control del mercado de la reproducción.* BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La regulación legal de las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) garantiza en muchos países el anonimato de las donaciones de gametos y embriones. Esta opción legislativa ha sido cuestionada sobre todo porque vulnera el derecho que toda persona debe tener a conocer sus orígenes. Por ello algunas legislaciones permiten que pueda conocerse la identidad de los donantes. Sin embargo, el anonimato de las donaciones es discutible no sólo porque priva de un derecho a las personas nacidas de las TRA. También lo es desde una perspectiva feminista y que ponga especial énfasis en las relaciones de vinculación y cuidado más que en las de separación y autonomía. Una regulación que permita conocer la identidad de los donantes es mas satisfactoria porque: a) tiene en cuenta la especificidad de este tipo de donaciones; b) no unifica las donaciones femeninas y las masculinas; c) otorga un estatus significativo a las relaciones personales de cooperación que subyacen a las técnicas; d) facilita el control del mercado de la reproducción.

1. EL ANONIMATO EN LAS LEGISLACIONES QUE REGULAN LAS TRA

Las técnicas de reproducción asistida posibilitan procesos reproductivos que difícilmente tendrían cabida en el marco de las relaciones familiares tradicionales. Es cierto que también sin la ayuda de las TRA pueden darse disonancias entre los padres biológicos y los legales, más allá de los casos de adopción, y que las mujeres constituyan unidades familiares gracias a la colaboración de «donantes» que no gozan de tal estatus legal. Pero la práctica médica y la aceptación jurídica de la donación de gametos y embriones, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, y la crioconservación de gametos y embriones no sólo han posibilitado y legitimado la reproducción sin sexualidad, sino que pueda desarrollarse a gran escala, fuera de la intimidad familiar, con tasas de éxito satisfactorias, y con enormes beneficios económicos en un mercado globalizado.

La ley española de TRA de 1988, una de las primeras leyes europeas que regularon estas técnicas, permitió la donación de gametos y optó por el principio del anonimato de los donantes, tanto para los receptores como para los nacidos de la donación. Algunos sectores de la sociedad española la criticaron duramente por acoger este principio, pero también por no respetar la vida embrionaria y por ser especialmente abierta, comparada con otras legislaciones europeas, respecto al tipo de prácticas permitidas y las personas que podían utilizarlas.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 17 de junio de 1999, resolvió el recurso de inconstitucionalidad que se había presentado contra ella. En relación al anonimato de las donaciones estableció que éste no era contrario al art. 39.2 de la Constitución que reconoce a los hijos el derecho a investigar su paternidad. Tres razones justificarían en este caso la restricción: a) en los supuestos de las TRA la investigación no tiene la finalidad que persigue el texto constitucional: establecer vínculos jurídicos comprensivos de derechos y obligaciones recíprocas; b) en casos excepcionales en los que la vida del hijo esté en peligro o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, la ley impugnada permite revelar la identidad; c) debe garantizarse la protección del derecho a la intimidad de los donantes.

A pesar de las críticas que recibieron estos argumentos por parte de la doctrina jurídica (ALKORTA 2003: 268ss), la vigente ley española de 2006, que sustituyó a la de 1988, sigue garantizando el anonimato, igual que lo hacen otras muchas legislaciones europeas en las que se permite

la donación de gametos. En Estados Unidos muchos de sus Estados han promulgado normas que incorporan la cláusula del anonimato. En aquellos otros en los que no se ha regulado esta cuestión la decisión depende de las propias clínicas de reproducción.

Otras legislaciones europeas que admiten la donación de gametos permiten que la persona nacida de fecundación asistida con ayuda de donante pueda conocer la identidad de éste cuando llegue a una determinada edad. La ley sueca de 1984 lo vincula a la madurez suficiente, la ley austríaca de 1992 a los catorce años, la ley alemana de 1991 a la mayoría de edad, el art. 119 de la Constitución helvética, desarrollado por los artículos 24 y siguientes de la ley federal de procreación asistida de 2001, también a la mayoría de edad, criterio que también acoge la legislación inglesa, en vigor a partir de 2005 (ALKORTA 2003: 264 ss). La mayoría de edad es, a su vez, el punto de referencia de la ley noruega de 2003 y la finlandesa de 2006. En algunas legislaciones el anonimato no es absoluto. En Bulgaria la donación de ovocitos puede no ser anónima cuando las donantes tengan relaciones de parentesco con las receptoras, según datos de la European Society of Human Reproduction and Embriology.

Que debe acabarse con el anonimato de los donantes es una opción que cada vez goza de más adeptos. Como ha señalado THÉRY, en Estados Unidos los investigadores han constatado una correlación entre el aumento de la tendencia a cuestionarse el anonimato de las donaciones y el uso de las técnicas por parte de mujeres solas y parejas del mismo sexo a las que resulta más difícil ocultar el recurso a las donaciones que a las parejas heterosexuales (THÉRY 26). En el año 2008 en Cataluña, de las 11.933 usuarias de una RHA in vitro, 978 (8,2%) eran solteras, 5.859 (49,1%) casadas, 11 (0,1%) viudas, 166 (1,4%) separadas/divorciadas, y del resto, 4.919 (41,1), no hay constancia (FIVCAT.NET 2008: 45). En el año 2005, de 7.563 usuarias, 339 (4,4%) eran solteras, 5.108 (67%) casadas, 6 (0,1%) viudas, 44 (0,6%) separadas/divorciadas, y del resto 2.072 (27,4%), no hay constancia (FIVCAT.NET 2005:45).

Sin duda, es más probable que sean los hijos/as de mujeres solas o de parejas del mismo sexo que han recurrido a una donación quienes se pregunten acerca de sus orígenes biológicos, igual que sucede con la adopción cuando los adoptantes son parejas del mismo sexo o personas solas. Por ello algunas asociaciones de personas que han recurrido a la donación consideran conveniente que se hable de ello a sus hijos/as en edades tempranas y de la forma más natural posible. El interés que muestran estos/as niños/as por conocer la identidad de los donantes

y/o por establecer contactos con aquellos con los que comparten un donante común, se ha materializado gracias a una base de datos mundial en la que al pinchar el número del donante se puede encontrar a los hermanos y hermanas (el mundo.es/ suplementos/ magazine 398).

Para los defensores del mantenimiento del anonimato, una información general sobre el donante es suficiente para satisfacer de forma razonable el interés de estos niños/as por conocer su propio origen. Las razones aducidas a favor de esta información genérica son diversas: a) en la mayoría de los casos les basta con dicha información y no tienen interés en conocer la identidad concreta del donante; b) desvelar la identidad del donante podría introducir distorsiones en el ámbito de las relaciones familiares, lo que repercutiría de forma negativa en el propio bienestar de los hijos/as; c) si no se preserva el anonimato disminuirá el número de donantes y muchas personas no podrán satisfacer su deseo parental lo que afectará también a su derecho a la salud; d) si los donantes no son anónimos muchas personas no recurrirán a la reproducción asistida; e) conocer la identidad del donante no es significativo porque lo relevante en las relaciones paterno-filiales son los lazos afectivos y de cuidado y no los componentes genéticos.

Estos argumentos pueden ser empíricamente ciertos y/o normativamente aceptables. Pero es indudable que el anonimato de las donaciones establece una diferencia significativa entre las personas según hayan sido concebidas: las que nacen a través de las técnicas de reproducción asistida no pueden conocer sus orígenes biológicos, las demás sí. ¿Está justificado este trato diferenciado por el peso de los argumentos anteriores?

Para los defensores del anonimato de las donaciones este trato desigual no es discriminatorio porque está justificado por alguno o algunos de los argumentos mencionados. Por el contrario, aquellos que se oponen al anonimato consideran que el derecho de las personas a conocer su origen biológico debe prevalecer frente a cualquiera de los posibles derechos y/o intereses que puedan verse afectados en caso de que se prohíba el anonimato de las donaciones.

Pero el anonimato de las donaciones no es sólo una opción que pone fin al conflicto existente entre los derechos de las distintas personas que intervienen en un proceso de reproducción asistida. Lo que caracteriza a esta solución es que es la más idónea para preservar un modelo de relación familiar tradicional, pese a que aparentemente es contraria a los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado, y para

favorecer el individualismo y el mercado como formas de interacción personales.

Por ello creo que el anonimato de las donaciones es insatisfactorio no sólo porque priva a alguien del derecho a conocer sus orígenes, obligando, en lo que atañe a la donación, a que el nacido no pueda ir en la historia de su vida «más allá de sí mismo» (THÉRY 31), sino también porque con él se intenta reconducir la complejidad de nuevas realidades sociales a esquemas de interacción individualistas y tradicionales. Una perspectiva feminista que quiera transformar las estructuras y normas sociales hasta ahora existentes para poner fin a las situaciones de desigualdad y discriminación, debe propiciar aquellas soluciones legales que, sin desconocer los derechos y la autonomía personal, favorezcan la cooperación, la responsabilidad y el cuidado. El mantenimiento del anonimato no me parece la forma más apropiada de satisfacer estas exigencias.

2. EL CONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LOS DONANTES: UNA NUEVA FORMA DE INTERACCIÓN EN LOS PROCESOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Permitir el acceso a la identidad de los donantes garantiza a los nacidos por medio de la reproducción asistida el derecho que tienen los demás hijos a conocer su origen biológico y con él su historia. Pero tiene, además, un alcance mucho mayor ya que con ello: 1) se reconoce la especificidad de las donaciones de gametos y embriones; 2) se valoran separadamente las donaciones femeninas y masculinas; 3) se otorga un estatus significativo a las relaciones personales de cooperación que subyacen a las técnicas; 4) se facilita el control del mercado de la reproducción.

2.1. LAS DONACIONES DE GAMETOS Y EMBRIONES

El anonimato de las donaciones es actualmente uno de los principios básicos en el ámbito de las relaciones sanitarias. Como la procreación asistida se constituyó en sus inicios como una práctica médica orientada a ayudar a las personas estériles, parecía razonable extender a las donaciones de gametos las mismas pautas utilizadas para donar otras partes del cuerpo: la gratuidad y el anonimato. ¿Pero son equiparables estas donaciones?

La donación de sangre u órganos no puede compararse a la donación de gametos. En ésta no se establece sólo una relación entre un do-

nante y un receptor sino que de ella emerge un tercero, la persona nacida de la donación. Excepto que los gametos se donen con fines de investigación, donantes y receptores han de presuponer necesariamente que la donación podrá tener como consecuencia la generación de un nuevo ser y que éste se haga preguntas acerca de sí mismo que merecen ser contestadas. Por ello, cuando se aplica a la donación de gametos el principio del anonimato se está infravalorando la relevancia de un hecho totalmente diferencial.

Lo que sí privilegia el anonimato son las relaciones entre los donantes y el centro donde se donan los gametos, y entre éste y los receptores. Son los equipos médicos, que sí conocen la identidad de los donantes, los que hacen la selección de los donantes y gametos que consideran más apropiados para los distintos receptores. Se evita con ello una relación directa entre el receptor y el donante, ya que ésta viene mediada y cortocircuitada por el centro y el equipo médico. Esta estructura relacional ayuda a que el donante no perciba emocionalmente las consecuencias esperables de su donación, el nacimiento de un nuevo ser, pero también a que el acto de la donación y la persona del donante sean poco relevantes para los beneficiarios. El foco de atención es para éstos la actividad médica que se practica con el material biológico donado. Los gametos y embriones depositados y manipulados en los centros quedan totalmente desvinculados de las personas que los han donado para convertirse en mero «material terapéutico» que será utilizado en un acto médico para satisfacer su proyecto parental.

Pero, además, tampoco es cierto que las donaciones de gametos tengan finalidades estrictamente terapéuticas como es el caso de la donación de sangre, órganos, tejidos u otras células. Aunque se inscriben en el contexto de las TRA y éstas debutaron como una actuación médica ante la esterilidad humana y para evitar la transmisión de una enfermedad grave a la descendencia, lo cierto es que cada vez más recurren a las TRA y a la donación de gametos personas que no tienen problemas de esterilidad ni el peligro de transmitir una enfermedad. En estos casos aún es más patente que la donación de gametos no tiene una función terapéutica, sino que es un procedimiento que permite a muchas personas satisfacer su proyecto de parentalidad biológica sin sexualidad o una forma alternativa de adopción.

Es cierto que, aun en los casos en los que las TRA no tengan una finalidad estrictamente terapéutica, la intervención de los médicos es especialmente relevante. No sólo porque son los que aplican las técnicas sino también porque realizan los controles para seleccionar a los donan-

tes y para evaluar la idoneidad de los gametos y embriones. Selección y evaluación que en España, según el Decreto 1301/2006, Anexo IV, 1 y 2 debe realizarse a todos los donantes de células reproductoras excepto cuando se trate de miembros de una pareja para su uso directo y sus células reproductoras no vayan a ser almacenadas o procesadas para su uso diferido. En este punto sí hay coincidencia con las donaciones de sangre u otros órganos, tejidos o células. Pero que los exámenes médicos rigurosos deban ser comunes a todo tipo de donaciones que pueden incidir en la salud de las personas no significa que la regla del anonimato deba ser igualmente común a todas las donaciones.

2.2. DIFERENCIAS ENTRE LAS DONACIONES MASCULINAS Y FEMENINAS

Como hemos subrayado, las técnicas reproductivas surgieron como una práctica médica destinada a ayudar a las parejas estériles, y no como una forma alternativa a la reproducción natural. La inseminación artificial con esperma de la pareja es una técnica que tiene una larga historia y también la tiene la inseminación con semen de donante. La inseminación de donante, sin embargo, se ofrecía de forma clandestina debido al rechazo social que generaba. No sólo porque suponía una intromisión médica en el ámbito más íntimo del matrimonio, sino porque podía dar lugar a una transferencia de afecto de la receptora hacia el donante.

La aceptación de la inseminación artificial con semen de donante requirió que dejase de verse la intervención del tercero como una especie de «adulterio», una practica también utilizada por muchas mujeres en casos de infertilidad del marido, y que la selección de los donantes la hiciese el médico y no la pareja. El anonimato del donante cuya identidad sólo conoce el médico impide que la mujer pueda tenerle un afecto especial y, a su vez, facilita que aquél se sienta más predispuesto a donar (ALKORTA 30 y ss).

La donación de óvulos, a diferencia de la de semen, ha exigido un mayor desarrollo de las TRA y de los procesos de crioconservación. El nacimiento, en 1978, de la primera niña fruto de una fecundación in vitro evidenció que la fecundación de óvulos fuera del útero de la mujer era eficaz. En 1984 tuvo lugar el primer nacimiento a partir de un óvulo donado y en 1996 se conocieron los primeros embarazos con óvulos crioconservados.

Cuando se debate sobre el anonimato en la donación de gametos y

embriones no suelen tomarse en cuenta las enormes diferencias que existen entre las donaciones masculinas y las femeninas. Como las donaciones de semen fueron las primeras, éstas se constituyeron en el modelo de referencia. Y desde él se visualizaron las donaciones femeninas. Pero no son iguales. A diferencia de los espermatozoides, el número de óvulos, aunque amplio, es limitado y su extracción puede causar daños a la salud de la mujer, ya que debe someterse a estimulaciones hormonales y a una intervención quirúrgica, actividades que no son siempre inocuas a corto y largo plazo. Esta mayor dificultad justifica que las compensaciones económicas que reciben las donantes de óvulos sean más altas que las que reciben los donantes de semen.

Muchas legislaciones permiten la donación de semen pero no la de óvulos. Podría pensarse que las diferencias mencionadas son las que determinan la prohibición. Lo hacen para proteger la salud de las mujeres y evitar que las que tienen pocos recursos se conviertan en donantes por el incentivo que supone la mayor compensación económica que recibe esta donación. Aunque tales razones podrían considerarse paternalistas, lo cierto es que la prohibición responde a otro motivo. La donación de óvulos permite el desdoblamiento de la maternidad biológica al hacer posible la existencia de una madre «genética» y otra «gestante». Con ello se pone en entredicho una creencia hasta ahora indubitada: que la madre gestante es también siempre la madre genética, lo que se expresaba de forma popular como «madre no hay más que una». Mientras que la paternidad biológica siempre podía ser discutible la maternidad biológica no.

Las donaciones de óvulos, al disociar la maternidad genética de la maternidad gestante, permiten que muchas mujeres puedan gestar y ser madres de una criatura con la que no tienen ninguna relación genética. Pero también gracias a ello se ha impulsado de forma considerable el crecimiento del mercado global de la subrogación.

Es cierto que la maternidad subrogada, prohibida en la mayoría de legislaciones, no necesita de la donación de óvulos. Es el caso de la subrogación plena, cuando la mujer que gesta un hijo por encargo de otros aporta sus propios óvulos además del embarazo y el parto. Pero esta práctica suscita fuertes críticas y tiene menos ventajas que la subrogación parcial, aquella en la que la mujer gestante no aporta sus óvulos.

Uno de los argumentos con mayor consenso entre los sectores no feministas que se oponen a la maternidad subrogada es que se trata de una compraventa del hijo (PUIGPELAT 2001:122). Dejando de lado que la

filiación materna viene determinada legalmente por la gestación, esta objeción es mucho más discutible en el caso de la subrogación parcial. En ella lo que oferta la mujer subrogada es sólo su «capacidad de gestación», su útero sin que comparta identidad genética con el embrión. Además, si una mujer sólo aporta su capacidad de gestación es probable que sienta menos apego por la criatura y se le planteen menos problemas emocionales cuando haya de entregarla a los comitentes. También tiene a su favor que los comitentes pueden optar por unas características genéticas concretas de la donante de óvulos y escoger otros rasgos de personalidad o unas circunstancias económico-sociales favorables en relación a la mujer gestante (SANDEL 2011: 117ss). Esta disociación favorece un mayor distanciamiento tanto de la donante de óvulos como de la gestante respecto del embrión y de los comitentes en relación con la mujer donante y la mujer gestante.

Si en el anonimato de las donaciones tomamos en cuenta las diferencias entre las donaciones de los hombres y las de las mujeres, no podemos desconocer las implicaciones que derivan de los dos tipos de donaciones. Para una persona nacida de un proceso de reproducción asistida y una subrogación sin limitaciones el anonimato de las donaciones comporta que la misma no pueda conocer ni la identidad de los donantes de gametos ni la de la mujer que lo ha gestado (PUIGPLEAT 2010).

2.3. LAS RELACIONES DE COOPERACIÓN QUE SUBYACEN A LAS TÉCNICAS

Las TRA han dado lugar a una situación bastante paradójica. Nacieron para contribuir a que parejas con problemas de infertilidad pudieran satisfacer un proyecto parental biológico que tenía como punto de referencia un modelo familiar basado en el matrimonio, la verdad biológica y la indisponibilidad de estado. Y gracias a ellas se pueden constituir relaciones familiares totalmente alejadas de este modelo (BIRKE, HIMMELWEIT, VINES 1992:244).

El grado de incompatibilidad con dicho modelo familiar está en función de si se aceptan o no las donaciones de semen, de óvulos y de embriones y de la significación que éstas tienen para determinar la filiación legal. Cuanto mayor sea la aceptación de las donaciones y cuanto menor peso tengan éstas en orden a la determinación de la filiación, tanto mayor será la distancia respecto del modelo tradicional de familia basada en el principio de verdad biológica e indisponibilidad de estado.

Las legislaciones que quieren preservar este modelo admiten sólo la inseminación con semen de la pareja y la fecundación in vitro con óvulos y esperma de la pareja. Las más alejadas son las que permiten las donaciones de gametos y óvulos, a parejas casadas o no, heterosexuales u homosexuales, a mujeres solas y la subrogación. Pero la existencia de esta realidad reproductiva compleja queda diluida y encubierta cuando se la reconduce a esquemas tradicionales. Y esto es lo que se persigue con la regla del anonimato de las donaciones.

Con ella no sólo se impide que la persona nacida de las técnicas pueda conocer la identidad de las personas implicadas en el proceso reproductivo y con ello poder reconstruir su historia biológica, sino que despoja a las donaciones de su carácter cooperativo y relacional e impide consolidar de forma transparente un estatus nuevo, que debería ser positivamente valorado, como el de, en palabras de THÈRY, donante de engendramiento (THÈRY 27). Este nuevo tipo de donantes tienen un estatus propio claramente diferenciado del estatus de padre o madre respecto al cual, sin embargo, son complementarios.

La regla del anonimato presupone, por el contrario, que las relaciones plenas de filiación entre los receptores y los nacidos de las técnicas sólo pueden constituirse a expensas de la desaparición de los donantes, puesto que éstos podrían disputarles a aquéllos el «verdadero» estatus de padres. En cierta forma parece admitir que existe una correspondencia necesaria entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación. Esta correspondencia es la que podían mantener de forma ficticia las donaciones se semen en el seno de una pareja, matrimonial o no. Pero, precisamente, las donaciones femeninas en las TRA han posibilitado que ni tan solo haya una única verdad biológica que sirva para asentar la relación materno-filial (LORA/GASCÓN 2008: 84) y que las relaciones paterno-filiales se puedan atribuir a dos mujeres o a dos hombres.

La supresión del anonimato, en la medida en que institucionaliza y hace visibles también para los nacidos de las TRA los dos estatus complementarios, el de donantes y el de padres, se adscribe a una concepción no esencialista sobre la paternidad/maternidad. El derecho a conocer la identidad del/a donante no debe entenderse, por tanto, como el reconocimiento de un derecho de filiación que se le ha escamoteado al nacido de las TRA. Debe interpretarse, como sugiere THÈRY, como una forma de liberar al hijo de la representación por la que existirían forzosamente dos rivales para un mismo y único lugar: el «padre biológico» y el «padre psicológico» (THÈRY 30), puesto que el derecho a cono-

cer no ha de comportar que la identidad biológica deba ser una parte obligatoria de la filiación (THÈRY 33). Abogar por la supresión del anonimato supone simplemente reconocer que cuando hay donaciones de engendramiento un conjunto de personas concretas contribuyen intencionalmente a que otras personas puedan satisfacer un proyecto parental, que aceptan que la filiación de la criatura se atribuya a los receptores de la donación pero de modo que aquélla deba poder conocer la identidad de estas personas y el proceso que dio lugar a su nacimiento.

La normalización de las técnicas lleva aparejado que en el imaginario infantil la figura del donante empiece a ocupar un estatus propio y diferenciado de los padres legales de igual forma que la normalización de los divorcios y las recomposiciones familiares ha dado lugar a que las nuevas parejas de los padres/madres no puedan asimilarse a las figuras tradicionales de padrastros y madrastras, ya que antes eran sustitutivas y ahora son adicionales (THÈRY 37).

Evitar la visibilidad de los donantes en el seno de una relación familiar podía ser coherente con un modelo de familia basado en el matrimonio heterosexual e indisoluble y unas relaciones de filiación y parentesco construidas y legitimadas según estos parámetros. En la actualidad, sin embargo, este modelo familiar tradicional está profundamente transformado, y no sólo por las nuevas formas de familia que posibilitan las TRA. Así la ley española 13/2005 autoriza el matrimonio de parejas homosexuales. Seguir manteniendo la regla del anonimato puede ser en este contexto más bien un obstáculo para la aceptación de ciertas formas de cooperación que con la ayuda de las TRA pueden dar lugar a la creación de una relación familiar como en el caso de la subrogación (PUIGPELAT 2010: 60).

2.4. EL CONTROL DEL MERCADO DE LA REPRODUCCIÓN

En un contexto social pretendidamente liberado de prejuicios es incongruente que se apele al altruismo y a la ayuda interpersonal cuando se trata de reclutar donantes de semen y óvulos pero sin que tales cualidades se ponderen positivamente en relación al mantenimiento o no del anonimato de las donaciones. La creencia que el levantamiento del velo provocará un descenso en tales donaciones presupone más bien una conducta poco altruista de los donantes. Poner fin al anonimato sería un mecanismo útil para alcanzar una correspondencia razonable entre las motivaciones alegadas a favor de las donaciones y las motivaciones reales de los donantes.

También parece razonable asumir el riesgo de que con el levantamiento del anonimato algunos receptores no quieran utilizar las técnicas. Cuando alguien quiere satisfacer un proyecto parental que requiere la colaboración de otras personas pero no está dispuesto a asumir que el hijo mayor de edad conozca sus orígenes biológicos, tal vez lo más conveniente sea que no recurra a las técnicas. No puede crearse un entorno familiar saludable para el menor si la aportación y la identidad del donante se convierten en un «secreto» que no le puede ser desvelado. Y más en un momento en que la sociedad y los niños saben de la existencia de las técnicas, de su uso generalizado y de que con ellas es posible que participen varias personas en el acto de engendrar.

En un momento en el que las TRA gozan de aceptación social y se han convertido en un negocio transnacional floreciente, lo más importante no es incentivarlas sino someterlas a un cierto control. La mayoría de legislaciones consideran que las donaciones deben tener ciertas restricciones también en lo que se refiere a su número. Para ello consideran necesaria la creación de registros de donantes. Así lo ha hecho también la legislación española, tanto la ley de 1988 como la actual de 2006, que establece que no pueden nacer más de 6 criaturas por donante de semen aunque no diga nada sobre la donación de óvulos. Pese a ello estos registros no existen y menos con carácter transnacional.

Una forma de control eficaz podría ser la supresión del anonimato. A ello cabe objetar que el acceso a la identidad de los donantes sólo servirá para desincentivar a las personas más responsables pero no influirá en las menos altruistas, y que el tipo de control no es muy distinto del que ya ofrece el acceso a la información general sobre los donantes. Creo, sin embargo, que tendría efectos positivos. Si se parte de que el hijo/a puede conocer a las ***personas concretas*** que hay tras las donaciones y que han cooperado en el engendramiento con ello se facilita la creación de vínculos personales y afectivos con ellas por lo que es más probable que los receptores sean más reacios a aceptar a los donantes que provienen de colectivos socialmente desaventajados y que se ven impelidos a donar por necesidades económicas u otras presiones. Y no sería por ello tan ventajoso para los centros y las agencias de intermediación recurrir a ellos.

Igual que en materia de adopción se abriría una vía para la transparencia en un mercado global en el que cada país tiene un marco regulatorio diferenciado. Con independencia de la valoración que pueda merecer que la procreación se convierta, también para los donantes, en un negocio lucrativo en un mercado global, y ante la dificultad de erradi-

carlo, la regla mínima de funcionamiento de un mercado no degradado debería ser la de la máxima transparencia y ésta no satisface con el mantenimiento del anonimato de los donantes (PUIGPELAT 2010: 63).

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA, I. (2003) *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado,* Navarra: Thomson-Aranzadi.

BIRKE, L., HIMMELWEIT, S., VINES, G. (1992) *El niño del mañana. Tecnologías reproductivas en los años 90,* Barcelona: Pomares-Corredor.

DE LORA, P., GASCÓN, M. (2008) *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid: Alianza Editorial.

PUIGPELAT, F. (2001) «Feminismo y maternidad por sustitución», en *Zona Franca. Revista Universidad Nacional de Rosario,* pp. 121-128.

PUIGPELAT, F. (2010) «Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada»,en *Debates constitucionales sobre los derechos humanos de las mujeres* (J. A. CRUZ PACERO y R. VÁZQUEZ, eds.) México: Fontamara, pp. 159-183.

PUIGPELAT, F. (2010b) «La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?» en *La subrogació uterina:análisis de la situación actual,* Barcelona, Interrogants 03, Fundació Víctor Grífols Lucas.

SANDEL, M. J. (2011) *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Random House Mondadori.

THÉRY, I. (2009) «El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento», *Revista de Antropología social,* 2009, 18, 21-42.

10

Reproducción asistida, género y derecho: de la maternidad subrogada a los conflictos sobre los embriones

ESTHER FARNÓS AMORÓS

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS CONFLICTOS SOBRE LA DISPOSICIÓN DE EMBRIONES. *2.1. Planteamiento. 2.2. Tendencias jurisprudenciales. 2.3. Implicaciones genéticas y de género.* 3. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN. *3.1. Acuerdos previos. 3.2. Reglas aplicables en ausencia de acuerdo.* 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Mientras a partir de los años sesenta la proliferación de los métodos anticonceptivos permitió desvincular por primera vez sexualidad y reproducción, haciendo posible la primera sin la segunda, desde los setenta las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) hicieron posible esta disociación en sentido inverso. En 1978, los primeros experimentos en humanos que tenían por objeto la recuperación o extracción de óvulos, la fertilización de los gametos «in vitro« con uso de medios mejorados de cultivo y la transferencia de cigotos o preembriones al útero culminaron en el nacimiento, en Oldham (Inglaterra), de Louise Brown, el primer bebé concebido mediante fecundación «in vitro» con transferencia de embriones (FIVTE)[1].

La aplicación de las TRA sobre la mujer, en calidad de receptora de las mismas, explica por qué sus implicaciones de género siempre han despertado el interés de los movimientos feministas. Durante los años

1. STEPTOE, P. C.; EDWARDS, R. G., «Birth after the reimplantation of a human embryo», *The Lancet* Vol. 312, Issue 8085, 1978, p. 366. Este hito le valió al Doctor Edwards la concesión del Premio Nobel de Medicina en 2010: «Nobel de Medicina para el padre de la fertilización in vitro», *ElPaís.com*, 4 octubre 2010.

ochenta, coincidiendo con la generalización y desarrollo de estas técnicas, varios trabajos ya permitieron constatar la falta de un punto de vista común sobre sus implicaciones para las mujeres. A grandes rasgos, los posicionamientos pueden dividirse entre los que conciben las TRA como un instrumento que otorga más poder a las mujeres, y los que las consideran una nueva forma de control sobre las mismas[2].

Las primeras corrientes, en la actualidad ligadas al discurso internacional de los «derechos reproductivos«[3], las conciben como un instrumento de liberación de las mujeres, que dejan de verse relegadas a la biología[4]. Por el contrario, las corrientes críticas, más comunes a medida que las TRA se generalizan, denuncian su poder para someter a las mujeres y perpetuar, con ello, las asimetrías de género inherentes a la reproducción[5]. Según estas tesis, las TRA persiguen el deseo construido socialmente del «hijo biológico»[6], lo que relega la adopción a un segundo plano[7]. Estas tesis también denuncian el potencial de las TRA para intensificar las desigualdades de género, clase y raza, en especial respecto de las mujeres de clases más desfavorecidas[8]. El negocio creado

2. En relación con esta dicotomía, vid. «Reproductive Technology: Boon or Bane for Women?», en Becker, M.; Bowman, C. G.; Nourse, V. F., *et alii*, *Cases and Materials on Feminist Jurisprudence. Taking Women Seriously*, Third Edition, Thomson-West, St. Paul MN, 2007, pp. 516 y ss. En España, vid. Alkorta Idiakez, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 77 y ss.; y Fernández Ruiz-Gálvez, E., «Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?», en Ballesteros, J. (Coord.), *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002, pp. 159 y ss.
3. Sobre el particular, vid. mi trabajo *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 45-50.
4. Birke, L.; Himmelweit, S., and Gail Vines, *Tomorrow's Child: Reproductive Technologies in the 90's*, Virago Press, London, 1990; y Lacey, L.J., «O Wind, Remind him that I have no child": infertility and feminist jurisprudence», 5 *Mich. J. Gender & L.* 163, 1998, pp. 169-171.
5. Dickenson, D. L., «Property and Women's Alienation from Their Own Reproductive Labour», 15:3 *Bioethics*, 2001, pp. 207 y ss.; y Franklin, S., *Embodied Progress. A cultural account of assisted conception*, Routledge, London and New York, 1997, pp. 88 y ss.
6. Tubert, S., *Women Without a Shadow. Maternal Desire and Assisted Reproductive Technologies*, Free Association Books, London, 2004; y Franklin, S., «The Social Construction of Infertility», en Mcneil, M.; Varcoe, I., and Yearley, S. (Eds.), *The New Reproductive Technologies*, MacMillan, London, 1990, pp. 200-229.
7. Así, en Catalunya, entre 2006 y 2007 un 35,64% de los núcleos familiares solicitantes de adopción antes habían accedido sin éxito a las TRA: «Perfil de les famílies adoptants a Catalunya», *Butlletí dels professionals de la infància i l'adolescència*, nº 16, abril-mayo 08. Con carácter general, vid. Bartholet, E., *Family Bonds. Adoption, Infertility, and the New World of Child Production*, Beacon Press, Boston, 1999, pp. 30 y ss., 228-229 y 232; y Storrow, R. F., «Marginalizing Adoption Through the Regulation of Assisted Reproduction», 35 *Capital University Law Review* 479, 2006-2007.
8. Becker; Bowman; Nourse, *et alii*, *Cit.*, p. 525; y Roberts, D., *Killing the Black Body: Race, Reproduction and the Meaning of Liberty*, Pantheon Books, New York, 1997, pp. 250-254.

a partir de la comercialización de las TRA, y en particular de la FIVTE, así como las dificultades para obtener un verdadero consentimiento informado[9], son otros de los blancos de las voces críticas con la llamada «industria de la fertilidad»[10].

Si bien durante los años ochenta se plantearon ante los tribunales norteamericanos los primeros litigios sobre maternidad subrogada[11], que en ningún caso podían prescindir de sus evidentes implicaciones de género, el avance y generalización de las TRA proporciona nuevos temas de debate, como la posible explotación resultante de la «donación» de óvulos[12], o las distintas consecuencias que presentan para mujeres y hombres los conflictos sobre el destino de los embriones tras la separación o divorcio de la pareja que los creó[13].

En las páginas que siguen la atención se centra en estos últimos conflictos, respecto de los cuales la mayoría de ordenamientos no prevén respuestas legislativas y los tribunales no llegan a soluciones uniformes. Las elevadas tasas de divorcio en los países de nuestro entorno, la acumulación de embriones en los centros de reproducción asistida y el retraso de la maternidad reclaman una respuesta jurídica para este grupo de casos[14]. A partir del análisis crítico de las respuestas de los tribunales,

---

9. Vid. Tubert, *Cit.*, pp. 121-122, 148-150; y De Melo-Martín, I., *Making Babies: Biomedical Technologies, Reproductive Ethics, and Public Policy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1998.
10. Ikemoto, L. C., «Eggs as Capital: Human Egg Procurement in the Fertility Industry and the Stem Cell Research Enterprise», *Journal of Women in Culture and Society* 2009, vol. 34, no. 4, p. 766. En España, vid. Alkorta Idiakez, I., «Innovación tecnológica y nuevos derechos reproductivos: ¿avance o retroceso?», *Space and time for equality*, Vitoria-Gasteiz, 2008.
11. Las posiciones alrededor de la práctica no son pacíficas, ni dentro del feminismo, ni entre los distintos ordenamientos: para un análisis de las posiciones más significativas y una reflexión sobre los problemas actuales que plantea, con especial atención al mal llamado «turismo reproductivo», me remito a mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida..., Cit.*, pp. 120-125.
12. Al respecto, vid. mi trabajo «European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting (Roma, 27-30 de junio de 2010)», *InDret* 3/2010, pp. 12-14, y las obras allí citadas.
13. Para una aproximación al tema, vid. mi trabajo «Crisis de pareja y conflictos sobre los embriones: propuestas de solución desde una perspectiva de género», en López de la Cruz, L. / Otero Crespo, M. (Coords.) y García Rubio, M. P. / Valpuesta Fernández, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 517-545.
14. Esta última circunstancia, que se explica en parte por la incorporación masiva de la mujer al ámbito laboral y por la difusión de los métodos anticonceptivos, se considera una nueva causa de infertilidad o «infertilidad social»: vid. Hardy, E., Makuch, M. Y., «Gender, infertility and ART», en Vayena, E.; Rowe P. J., and Griffin, P. D. (Eds.), *Current practices and Controversies in Assisted Reproduction* WHO, Geneva,

el presente trabajo formula propuestas de solución que toman en consideración las ineludibles implicaciones de género de estos conflictos.

2. LOS CONFLICTOS SOBRE LA DISPOSICIÓN DE EMBRIONES

2.1. PLANTEAMIENTO

A diferencia de los conflictos que pueden plantearse en el contexto de la reproducción sexual, como los que tienen por objeto la esterilización forzosa, la anticoncepción o el aborto, los que aquí nos ocupan se refieren a embriones creados «in vitro» o extracorpóreos. La falta de incidencia en la integridad corporal y la intimidad de la mujer reduce, en principio, la asimetría existente entre sus intereses y los del hombre en sus gametos ya fertilizados. Pese a ello, los conflictos sobre la disposición de embriones conforman un nuevo grupo de casos que permite discutir sobre el poder emergente de los hombres en el control de la reproducción.

Desde principios de los años noventa alrededor de unas quince sentencias, en su mayoría dictadas por tribunales norteamericanos, tienen por objeto los conflictos sobre la disposición de embriones con motivo de la separación o divorcio de la pareja que los creó. Cada vez con más frecuencia, durante la relación las parejas acuerdan el destino de los embriones, en previsión de circunstancias sobrevenidas, en los mismos formularios de consentimiento informado a la FIVTE[15]. Así, de los aproximadamente diez casos resueltos por los tribunales norteamericanos sólo el primero, *Davis v. Davis*, decidido por el TS de Tennessee en 1992, no contenía un acuerdo de estas características. En España, donde no consta que los tribunales se hayan tenido que pronunciar sobre alguno de estos conflictos, la práctica de las parejas que acceden a la FIVTE es la misma, a juzgar por el contenido de los formularios de consentimiento

---

2002, p. 272. Sobre la incidencia de este fenómeno en España, vid. ALKORTA IDIAKEZ, I., «Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida», *Derecho y Salud*, Vol. 11, Nº 2, 2003, pp. 169, 171-172.

15. Así sucede en Europa, según resulta de la praxis habitual de los centros de reproducción asistida y del informe del STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), *The Protection of the Human Embryo «in vitro»* (Strasbourg, Council of Europe, 19 June 2003, pp. 19-20). En EE.UU., donde la práctica aún está más generalizada, la mayoría de centros procuran que las partes firmen un «embryo disposition document» adjunto al documento de CI: vid. AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE PRACTICE COMMITTEE, *2008 Guidelines for gamete and embryo donation*, Vol. 90, Supp. 3, Nov. 2008, S40-41.

informado de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)[16]. La práctica encuentra reconocimiento legal en el artículo 11.4 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), que permite a los individuos que acceden a las técnicas con crioconservación de embriones, semen, ovocitos o tejido ovárico escoger entre destinarlos a «su utilización por la propia mujer o su cónyuge», «la donación con fines reproductivos», «la donación con fines de investigación» o «el cese de su conservación sin otra utilización»[17].

Ni en los ordenamientos que se caracterizan por la cuasidesregulación en materia de TRA, entre los que destacan los EE.UU., ni en los que sí que las regulan existe consenso sobre el alcance y la fuerza vinculante de los acuerdos sobre la disposición de embriones en caso de materializarse la contingencia prevista. Asimismo, son pocos los ordenamientos que ofrecen una solución para el caso de ausencia de acuerdo. Este vacío legal explica la heterogeneidad de los argumentos utilizados por los tribunales que se han tenido que enfrentar a los conflictos sobre la disposición de embriones con motivo de la separación o divorcio de la pareja que los creó.

2.2. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Con la mayor acumulación de embriones crioconservados a nivel mundial y una tasa de divorcio superior a la de la UE[18], los tribunales

16. La SEF es una entidad privada que integra la mayoría de centros de reproducción asistida públicos y privados del país. Vid. el documento de consentimiento nº 10, en su web: http://nuevo.sefertilidad.com/consentimientos/pdf2008/10.pdf (última visita: 22 enero 2012).
17. Con esta última paráfrasis el legislador alude a la destrucción, una vez finalizado el plazo máximo de crioconservación (art. 11.3.2º LTRHA). La destrucción se configura, además, como la regla de defecto, puesto que también opera cuando las partes no previeron ningún destino alternativo para el material crioconservado. Estas reglas se complementan con la posibilidad de modificar de mutuo acuerdo el destino escogido para los embriones o gametos crioconservados «en cualquier momento anterior a su aplicación». Además, en el caso de los embriones, si durante dos renovaciones bianuales consecutivas es imposible obtener el consentimiento de la mujer o de la pareja progenitora, aquéllos quedarán a disposición del centro (art. 11.6 LTRHA). Para una lectura crítica del citado art. 11 LTRHA, vid. mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida..., Cit.,* pp. 150-160 y 233-234.
18. En 2003 ya se contabilizaban en los centros norteamericanos cerca de 400.000 embriones, que representaban una tasa de acumulación anual del 18,8%: RAND LAW AND HEALTH, *How Many Frozen Human Embryos are Available for Research?,* 2003. Pese a la falta de registros oficiales, en países como España también se aprecia la misma tendencia al alza: vid. mi trabajo *Consentimiento a la reproducción asistida..., Cit.,* pp. 171-173. Por lo que respecta a la tasa de divorcio, en EE.UU. ésta ha oscilado entre los 4,7 divorcios por mil habitantes de 1990 y los 3,4 de 2009, alcanzando su punto álgido en los noventa, cuando afectaba a la mitad de matrimonios: vid. mi

norteamericanos ya se han enfrentado a unos diez casos de este grupo[19]. Fuera de sus fronteras, al caso resuelto por el TS de Israel en 1996[20] le han seguido dos casos británicos –uno de los cuales accedió al TEDH en 2006–, uno irlandés y un último, acaso el más reciente, argentino[21].

De estos quince litigios se desprende que los embriones crioconservados durante la relación no acostumbran a ser fuente de conflicto a su ruptura. Sin embargo, el conflicto se presenta como inminente cuando la capacidad reproductiva de una de las partes se ve afectada por alguna circunstancia que convierte los embriones en su última oportunidad de tener un hijo genético. Así, al menos en cuatro de los casos resueltos (*Davis v. Davis*, *Nahmani v. Nahmani*, *Roman v. Roman* y *Evans v. The UK*) las mujeres solicitaban expresamente la disposición de los embriones, alegando que éstos representaban su «última oportunidad de tener un hijo biológico». La «excepción de la última oportunidad de procrear» puede invocarla la parte que ha tenido que someterse a una operación quirúrgica que elimina su capacidad para tener hijos (p.e., la extirpación de sus órganos reproductivos como consecuencia de un cáncer), ha recibido ciertos tratamientos contra la misma (p.e., radioterapia o quimioterapia) que han afectado su capacidad reproductiva, o que por razón de su edad ve antes afectada dicha capacidad. La incidencia de esta última circunstancia es mayor en las mujeres, puesto que su fertilidad disminuye antes y de forma mucho más acusada que en los hombres con el paso del tiempo[22].

---

trabajo, citado en esta misma nota, pp. 173-174; y el *abstract* estadístico de nacimientos, muertes, matrimonios y divorcios para 2012, en la página oficial del U.S. CENSUS BUREAU: *http://www.census.gov/compendia/statab/cats/births_deaths_marriages_divorces.html* (última visita: 23 enero 2012).

19. Estos casos son *Davis v. Davis* [842 S.W. 2d 588 (Tenn. 1992)]; *Kass v. Kass* [673 NYS.2d 350 (NY 1998)]; *A.Z. v. B.Z* [725 NE 2d 1052 (Mass. 2000)]; *J.B. v. M.B* [783 A.2d 707 (NJ 2001)]; *In re the Marriage of Litowitz v. Litowitz* [48 P.3d 261 (Wash. 2002)]; *In re Marriage of Witten* [672 NW 2d 768 (Iowa 2003)]; *Roman v. Roman* [193 S.W.3d 40 (Tex. App. 2006)]; *In the Matter of the marriage of Laura Lee Dahl and Darrell Lee Angle* [194 P.3d 834 (Or. App. 2008)]; *Karmasu v. Karmasu* [2009 WL 3155062 (Ohio App. 5 Dist.)]; y «*In re Marriage of Nash*» [P.3d, 2009 WL 1514842 (Wash. App. Div. 1, 2009)].
20. *Nahmani v. Nahmani* (CFH 2401/95, [1995-6] IsrLR1).
21. En Reino Unido, vid. *Lorraine Hadley v. Midland Fertility Services, Wadley Hadley, the Secretary of State for Health, the Human Fertilisation and Embriology Authority* [2003] EWHC 2161 (Fam), y *Evans v. The UK,* resuelto por la Sala 4ª del TEDH el 7 marzo 2006, y cuya sentencia desestimatoria confirmó la Gran Sala el 10 abril 2007. En Irlanda, vid. *Mary Roche v. Thomas Roche* [App. nº 469/2006, 59/2007 (15 diciembre 2009)]. El caso argentino fue resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, de la provincia de Buenos Aires, el 13 septiembre 2011.
22. Veiga, A., *El miracle de la vida. De la fecundació in vitro a les cèl·lules mare*, La Magrana, Barcelona, 2011, pp. 120-123.

En EE.UU., en ausencia de una regulación completa en materia de TRA, los tribunales han fallado a favor de la parte contraria a la implantación (típicamente, el hombre) en ocho de los diez casos planteados. En la mayoría de estos casos, entre los que destaca *A.Z. v. B.Z.*, resuelto por el TS de Massachusetts en el año 2000, los tribunales han recurrido a la ponderación de los derechos enfrentados, otorgando preferencia a un derecho a no ser forzado a procrear basado en razones de orden público («public policy»)[23].

Fuera de EEUU, los tribunales también han otorgado preferencia al interés de la parte contraria a la implantación. Sin embargo, estos tribunales se han basado en la legislación nacional que permite a cada parte revocar su consentimiento a las TRA en cualquier momento previo a la implantación de los embriones, como sucedió en los casos británicos *Hadley* (2003) y *Evans* (2007), o bien en la falta de acuerdo sobre el destino de los embriones y en la doctrina del cambio de circunstancias acaecido con la separación o el divorcio, como ocurrió en el caso irlandés *Roche* (2009). Entre estos casos, por su acceso a una de las máximas instancias judiciales, por sus implicaciones y por sus circunstancias particulares destaca *Evans v. The UK* En él, pese a la empatía manifestada hacia la recurrente, cuyos ovarios le fueron extirpados como consecuencia de un cáncer antes de la fertilización de sus últimos óvulos con esperma de su entonces pareja, el TEDH confirmó las decisiones previas de los tribunales británicos que, en aplicación de la legislación nacional, impedían a la mujer disponer de los embriones. Con ello, el TEDH otorgó un peso decisivo al hecho que ambas partes habían firmado los formularios que indicaban que, de acuerdo con la *Human Fertilisation and Embriology Act* (HFEA) de 1990, en términos muy similares a la vigente HFEA (2008), cada parte podía revocar su consentimiento a la técnica «en cualquier momento previo a la implantación de los embriones». En contra de lo que pretendía la Sra. Evans, el TEDH consideró que la posibilidad que ofrecía la legislación británica de revocar el consentimiento a la fecundación quedaba dentro del margen de apreciación de cada Estado Miembro, pues «(...) la «vida privada» es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, (...) el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo.»[24]. Sin embargo, dado que el propio

23. Según el tribunal, estas razones impiden que «(...) los individuos puedan ser obligados a constituir ciertas relaciones familiares, y que la ley pueda ser utilizada como mecanismo para forzar relaciones indeseadas. (...) (p. 1059).
24. Sentencia de la Sec. 4ª del TEDH, de 7 marzo 2006 (FJ 57), confirmada por la de la Gran Sala, de 10 abril 2007.

TEDH reconoció que la solución de la ley británica no era la única que tenía cabida dentro de los límites del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), es lícito explorar otras soluciones que no confieren a la decisión del hombre un poder absoluto de veto. Además de otorgar más peso a las circunstancias del caso concreto, estas soluciones son más respetuosas con la garantía de un verdadero consentimiento informado que debe guiar el acceso a las TRA.

2.3. IMPLICACIONES GENÉTICAS Y DE GÉNERO

Pese a los distintos argumentos utilizados por los tribunales para resolver los conflictos que tienen por objeto embriones crioconservados, la mayoría de los casos resueltos hasta la fecha parecen descansar en un derecho de creación jurisprudencial a no ser forzado a procrear, que no encuentra reconocimiento en ningún texto legal. Si bien el recurso a tal derecho puede estar justificado en los conflictos que surgen en el contexto de la reproducción sexual, en que la integridad corporal y la intimidad de una parte pueden verse seriamente comprometidas, aludir a tal derecho resulta problemático en los conflictos que tienen por objeto embriones. Además de prescindir del carácter extracorpóreo de los mismos, el derecho a no ser forzado a procrear parte de la esencialidad del vínculo genético. Esta premisa, cada vez más cuestionada en lo relativo a la constitución de nuevas familias[25], es aún más controvertida en el contexto de las TRA, en especial desde que las técnicas heterólogas o con gametos de donante anónimo ya permiten desvincular filiación genética y legal[26].

La preferencia de los tribunales por la pretensión del hombre, en general contraria a la implantación de los embriones, tiene un impacto mayor en las mujeres por varios motivos[27]. En primer lugar, porque

25. Con carácter precursor, vid. el trabajo de CHARO, R. A., «Biological determinism in legal decision making: the parent trap», 3 *Texas Journal of Women and the Law*, 265, 1994, p. 272. Vid. también MILLBANK, J., «Unlikely fissures and uneasy resonances: lesbian co-mothers, surrogate parenthood and fathers' rights», *Feminist Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2008, p. 41.
26. Para una crítica a la primacía otorgada por los tribunales norteamericanos a los vínculos genéticos en la resolución de los litigios sobre el destino de los embriones, vid. COHEN, I.G., «The Right Not to Be a Genetic Parent?», *Harvard Public Law Working Paper* No. 08-31, pp. 101-184; y WALDMAN, E., «The Parent Trap: Uncovering the Myth of «Coerced Parenthood» in Frozen Embryo Disputes», 53 Amer. U. L. Rev 102, 2004.
27. Los pocos casos en que los tribunales han estimado la pretensión de la mujer son *Nahmani v. Nahmani*, *J.B. v. M.B.*, *Dahl v. Angle*, *Karmasu v. Karmasu* y *P.A. v. S., A.C.*, aunque en *J.B. v. M.B.*, *Dahl v. Angle* y *Karmasu v. Karmasu* ello se explica porque, de

en once de los quince casos aquí analizados las mujeres solicitaban la disposición de los embriones para utilizarlos con fines reproductivos. Esta apreciación coincide con las diferentes actitudes de mujeres y hombres al prever la disposición de los embriones para el caso de circunstancias sobrevenidas, ya que mientras las primeras prefieren la implantación, los segundos se inclinan más a menudo por la destrucción[28]. En segundo lugar, estas decisiones inciden mucho más en las mujeres por razones biológicas asociadas a su vida fértil. Además, las mujeres normalmente solicitan la disposición de los embriones para implantación a ellas mismas, mientras que los hombres siempre precisan que una mujer lleve a cabo la gestación. Finalmente, las repercusiones de esta tendencia jurisprudencial son mayores en las mujeres dada la mayor facilidad de crioconservación y posterior utilización de esperma frente a la crioconservación de óvulos[29].

---

forma poco común, era el hombre quien solicitaba su utilización con fines reproductivos. Excepcionalmente, en los casos *Nahmani* y *P.A. v. S., A.C.* los tribunales israelí y argentino, a partir del recurso a la ponderación de derechos, resolvieron a favor de la mujer, que en el primer caso solicitaba la implantación de los embriones a una madre subrogada, y en el segundo a sí misma. *In re the marriage of Litowitz v. Litowitz* y *In re Marriage of Nash* son casos atípicos. En el primer caso, ambas partes pretendían destinar los embriones a fines reproductivos (la mujer para implantación a una madre subrogada y el hombre para donación a otras parejas), por lo que el TS de Washington optó por declarar válido el acuerdo que preveía su destrucción. En el segundo caso, si bien la mujer solicitaba la destrucción de los embriones y el hombre su implantación a una madre subrogada, el tribunal de apelaciones de Washington acabó ejecutando el acuerdo que remitía la resolución del conflicto a los tribunales, que en una decisión excepcional acabó otorgando preferencia a la pretensión del hombre.

28. Vid. Klipstein, S.; Reindollar, R. H.; Regan, M. M., *et alii*, «Gender bias in the disposition of frozen embryos», *Fertility and Sterility* Vol. 76, No. 6, Dec. 2001, pp. 1181-1184; y Becker, G., *The Elusive Embryo. How Women and Men Approach New Reproductive Technologies*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles – London, 2000, pp. 20 y ss., y 248.

29. Sin embargo, los avances experimentados por esta técnica desde principios del siglo XXI, en especial gracias a la vitrificación, que permite extraer humedad del óvulo y evitar su rotura al descongelarse, así como el desarrollo de la crioconservación de tejidos ováricos, muy indicada en pacientes que tienen que someterse a ciertos tratamientos contra el cáncer, ya permiten considerarla como una opción: vid. Fabbri, R.; Porcu, E.; Marsella, T., *et alii*, «Human oocyte cryopreservation: new perspectives regarding oocyte survival», *Human Reproduction*, Vol. 16, No. 3, 411-416, 2001; y Donnez, J., Dolmans, M. M.; Demylle, D., *et alii*, «Livebirth after orthotopic transplantation of cryopreserved ovarian tissue», *Lancet* 2004, 364: 1405-10. Vid. también el *Documento sobre congelación de ovocitos para la reproducción humana* (2002) del GRUPO DE OPINIÓN DEL *OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET*, que ejerció una influencia decisiva en la LTRHA: en la actualidad puede consultarse en Casado, M. (Coord.), «Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del *Observatori de Bioètica i Dret* sobre reproducción asistida», Observatori de Bioètica i Dret (Universitat de Barcelona), Parc Científic de Barcelona, 2008, pp. 185-201.

En este contexto, la decisión del hombre se impondrá más a menudo sobre la de la mujer de seguir adelante con el proceso de FIVTE. Ello sitúa a las mujeres que desean procrear en una situación de dependencia que la legislación debería corregir[30]. El mayor impacto de esta jurisprudencia en las mujeres explica por qué muchas de las propuestas de solución formuladas proceden de los movimientos feministas y, en particular, de las llamadas teorías de «sweat equity». Además de la mayor inversión de las mujeres en los procesos de gestación y parto, dichas teorías enfatizan las mayores repercusiones de la aplicación de las TRA sobre las mismas. Ello resulta especialmente visible en el contexto de la FIVTE, que requiere que la mujer se someta a un proceso de estimulación ovárica, seguido de una fase de monitorización y punción del óvulo, que culmina con su extracción por laparoscopia o guía por ultrasonido. La naturaleza invasora de esta técnica, unida a sus costes personales y económicos, así como a sus riesgos físicos (p.e., el síndrome de hiperestimulación ovárica), deben ponerse en relación con su tasa de éxito, que normalmente requiere varios ciclos de tratamiento antes de lograr un embarazo con nacido vivo. Para las teorías de «sweat equity», este conjunto de circunstancias justifica una presunción de control de los embriones a favor de la mujer, con independencia de su localización dentro o fuera del útero materno[31].

3. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

3.1. ACUERDOS PREVIOS

La proliferación de los acuerdos previos sobre la disposición de

30. Desde la resolución del caso *Evans* varios autores han destacado las consecuencias especialmente negativas para las mujeres que tienen las normas que permiten a cualquiera de las partes del proyecto parental revocar el consentimiento a la FIVTE antes de la implantación de los embriones: vid. LIND, C., «Evans v United Kingdom – judgements of Solomon: power, gender and procreation», *Child and Family Law Quarterly* 18 4 (576), 2006; ALGHRANI, A., «Deciding the Fate of Frozen Embryos», *Medical Law Review* 13, 2005, pp. 252-253; y SHELDON, S.: «Gender equality and reproductive decision-making», *Feminist Legal Studies* 12: 303-316, 2004, pp. 314 y ss., y «Evans v Amicus Healthcare; Hadley v Midland Fertility Services – Revealing cracks in the twin pillars?"», *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4, 2004, pp. 450-452. En España, vid. ALKORTA IDIAKEZ, I.: «El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev Der Gen Hum* 24/2006, pp. 129-153, p. 149; y «Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho Privado y Constitución* Nº 20, 2006, pp. 55 y 59.

31. Vid., entre otros, DAAR, J., «Assisted Reproductive Technologies and the Pregnancy Process: Developing an Equality Model to Protect Reproductive Liberties», 25 *American Journal of Law & Medicine* 455, 1999, p. 466; APEL, S. B., «Disposition of frozen embryos: are contracts the solution?», *Vermont Bar Journal*, March 2001; PACHMAN, T. S., «Disputes Over Frozen Preembryos & the Right Not to be a Parent"», 12 *Columbia*

embriones entre los formularios de consentimiento informado de acceso a la FIVTE explica que desde finales de los años noventa los tribunales ya se hayan tenido que enfrentar a la cuestión de su eficacia con motivo de la ruptura de la pareja. En la práctica, los tribunales acostumbran a condicionar la ejecución de dichos acuerdos al destino que prevén para el caso de separación o divorcio, de modo que les otorgan eficacia si ordenan la donación de los embriones con fines de investigación o su destrucción y, por el contrario, los consideran ineficaces cuando contemplan su utilización con fines reproductivos. En ausencia de regulación específica sobre el valor de estos acuerdos, las resoluciones de los tribunales son un desincentivo a celebrarlos o, cuanto menos, a cumplirlos, en particular cuando prevén la disposición de los embriones con fines reproductivos.

Sin embargo, en un contexto como el de los embriones extracorpóreos, en que resulta difícil determinar por qué la paternidad o la maternidad forzosa es más perjudicial que la pérdida de la oportunidad de tener un hijo genético, los acuerdos previos se convierten en los instrumentos idóneos para dar respuesta a los posibles conflictos. Al maximizar la autonomía reproductiva de las partes, que son las que se encuentran en mejor posición para tomar una decisión, los acuerdos previos resultan decisivos en el contexto de las TRA, caracterizado porque la reproducción siempre tiene lugar de forma planificada[32]. En contraposición a cualquier respuesta legislativa o judicial impuesta una vez surge el conflicto, una solución previamente negociada permite otorgar eficacia a la opción que ambas partes asumieron en un momento determinado[33]. La atribución de eficacia vinculante a los acuerdos que permiten disponer de los embriones a una de las partes con fines reproductivos una vez producida la ruptura actúa, además, como un incentivo para que la pareja negocie «ex ante» su atribución «ex post» a aquel de sus miembros que más los valora o más ha invertido en ellos.

Si bien la ejecución de estos acuerdos no está exenta de inconve-

---

Journal of Gender and Law 128, 2003; ALGHRANI, *Cit*., pp. 249-250, 252 y ss.; y WALDMAN, E., y HERALD, M., «Eyes wide shut: erasing women's experiences from the clinic to the courtroom», 28 *Harvard Journal of Law & Gender* 285, 2005, pp. 310-311.

32. SOZOU, P. D.; SHELDON, S., HARTSHORNE, G. M., «Consent agreements for cryopreserved embryos: the case for choice», *J. Med. Ethics* 2010, 36: p. 231; y CAHN, N. R., *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, New York and London, New York University Press, 2009, pp. 211-214.

33. STRASSER, M. P., «You Take the Embryos but I Get the House (and the Business): Recent Trends in Awards Involving Embryos Upon Divorce», 57 *Buff. L. Rev.* 1159, 2009, p. 1224; y COHEN, «The Right Not To Be...», *Cit*., p. 170.

nientes, en especial dadas las dificultades de prever «ex ante» las emociones o contingencias futuras, las soluciones negociadas son preferibles a las casuísticas que han aplicado hasta ahora la mayoría de tribunales. La invalidación de los acuerdos previos una vez surge la contingencia pactada conduciría a la paradoja de desconsiderar la circunstancia en atención a la cual las partes previeron un destino concreto para los embriones. A diferencia de los contratos de maternidad subrogada, en los acuerdos que aquí nos ocupan el conflicto surge cuando la gestación aún no se ha iniciado. Por ello, los posibles cambios de opinión de las partes no merecen la misma protección. La posible influencia de las emociones y, con ella, de los cambios de opinión respecto del momento de la firma del acuerdo previo no es relevante para considerarlo nulo «per se», sino que tan sólo es un aspecto más que el legislador debería tener en cuenta a fin de garantizar que las partes que acceden a las TRA han prestado libremente su consentimiento informado a las mismas[34].

A diferencia de la donación de gametos, esencialmente revocable por el donante[35], la naturaleza compleja del embrión, determinada por la fusión de gametos masculinos y femeninos, impediría la revocación unilateral de los acuerdos sobre su disposición. Ahora bien, el carácter vinculante de estos acuerdos sólo puede justificarse si los ordenamientos prevén salvaguardias para asegurar que en el momento de su firma se observaron unas garantías mínimas para la obtención de un verdadero consentimiento informado. La aprobación de normas que garanticen este consentimiento resulta esencial para proteger los intereses de los individuos que acceden a las TRA.

En la práctica, las parejas que acceden a la FIVTE con crioconservación de embriones se encuentran con multitud de formularios de consentimiento informado que deben firmar en unidad de acto[36]. La plas-

34. En este sentido, vid. Robertson, J. A., «Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos», 51 *Ohio St. L.J.* 407, 1990, p. 422; y Cohen, I. G.: »Supreme Court of New Jersey Holds that Preembryo Disposition Agreements Are Not Binding When One Party Later Objects – J.B. v. M.B.», 115 *Harvard Law Review* 701, 2001, pp. 705-706; y «The Constitution and the rights not to procreate», 60 *Stanford Law Review* 1135, 2008, p. 1170.
35. En España, vid. art. 5.2 LTRHA.
36. En España, p.e., el documento tipo acostumbra a incluir una cláusula en que las partes autorizan la crioconservación de los embriones sobrantes, otra en que escogen el destino que quieren darles en caso de no poder hacer realidad el proyecto parental y un anejo para la variación de dicho destino. Vid. el documento de consentimiento nº 8, en la web de la SEF: *http://nuevo.sefertilidad.com/consentimientos/pdf2008/08.pdf* (última visita: 22 enero 2012).

mación, en un único documento, del consentimiento a la FIVTE, a la crioconservación de embriones y a la autorización de su destino ha sido objeto de críticas, ya que dificulta la toma de decisiones realmente informadas[37], se asimila más a una directiva anticipada con la clínica que a un verdadero contrato entre las partes del proyecto parental[38] y fomenta que éstas se desentiendan de los embriones que siguen crioconservados[39].

Los acuerdos sobre la disposición de los embriones, constituidos por declaraciones bilaterales, deben distinguirse de los actos de prestación del consentimiento informado a la técnica en cuestión, que son declaraciones unilaterales y, por tanto, revocables por cualquiera de las partes antes de su aplicación. Dadas las diferencias sustantivas entre ambos actos, los mismos deberían formalizarse en documentos separados y cumplir con los respectivos períodos de reflexión. Ello garantizaría la correcta obtención de la información para cada acto en concreto y, por tanto, la correcta formación del consentimiento en cada caso.

Con el fin de mitigar los defectos cognitivos en la prestación del consentimiento, la configuración de los acuerdos sobre la disposición de los embriones como verdaderos documentos contractuales aconseja que las partes puedan recibir asesoramiento jurídico o, al menos, tengan la posibilidad de revisar legalmente dichos acuerdos antes de su firma.

3.2. REGLAS APLICABLES EN AUSENCIA DE ACUERDO

El análisis de un sistema como el norteamericano, caracterizado por la cuasidesregulación, pone de manifiesto los problemas de la falta de reglas específicas cuando surgen conflictos sobre la disposición de los embriones. En este contexto, el legislador debería otorgar eficacia a los acuerdos previos celebrados con unas mínimas garantías y ofrecer soluciones uniformes para el caso de ausencia de acuerdo o invalidez del mismo. Una legislación clara es la mejor respuesta a una jurisprudencia confusa que, como se ha puesto de relieve, en ocasiones ha considerado

37. WALDMAN, E. A., «Disputing over Embryos: Of Contracts and Consents», 32 *Arizona State Law Journal* 897, 2000, pp. 900-901, 932.
38. COHEN, «The Constitution...», *Cit.*, pp. 1180-1181.
39. Al respecto, vid. MOUTEL, G.; GREGG, E.; MENINGAUD, J. P., *et alii*, «Developments in the storage of embryos in France and the limitations of the laws of bioethics. Analysis of Procedures in 17 storage centres and the destiny of stored embryos», 21 *Medicine and Law* 587, 2002; y PENNINGS, G., «What are the ownership rights for gametes and embryos? Advance directives and the disposition of cryopreserved gametes and embryos», *Human Reproduction* Vol. 15, No. 5, 2000, pp. 979-986, en pp. 983-984.

válidos los acuerdos previos y en otras los ha invalidado a partir del recurso al derecho a no ser forzado a procrear.

El recurso a la ponderación de derechos para resolver estos conflictos puede conducir a resultados más justos de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, aunque no es un método previsible que otorgue una respuesta equitativa a las pretensiones de las partes. Las soluciones casuísticas son incoherentes con las circunstancias que rodean el acceso a las TRA por dos personas adultas, caracterizado por su interés en delimitar sus derechos y obligaciones desde el momento mismo de la prestación del consentimiento informado.

Aunque el recurso a reglas claras para resolver estos conflictos siempre conducirá a primar el interés de una parte por encima del de la otra, como sucede con la ponderación de derechos, la garantía de un verdadero consentimiento informado pretende asegurar que las partes aceptaron un determinado resultado al consentir al proceso. Otorgar cierto poder de veto a una parte y valorar un interés por encima de otro es inherente a los conflictos que son objeto de este trabajo[40].

En ausencia o invalidez del acuerdo sobre la disposición de los embriones operarán las normas que cada ordenamiento prevea al respecto. El cuestionado alcance del derecho a no ser forzado a procrear en este contexto debería comportar la atribución de los embriones a la parte que solicita su disposición con fines reproductivos, con independencia de su contribución genética a los mismos. Lo verdaderamente relevante es haber formado parte del proyecto parental de su creación. Sólo en caso de que ambas partes pretendan utilizar los embriones con fines reproductivos los ordenamientos deberían favorecer el interés de la que contribuyó genéticamente a los mismos. Si ambas aportaron sus gametos deberá prevalecer el interés de la parte infértil o con mayores dificultades para tener un hijo genético en el futuro. Esta regla, en principio neutra desde un punto de vista de género, puesto que puede favorecer indistintamente a mujeres y a hombres, toma en consideración la posición especial de las primeras en estos conflictos. Además, la regla es

40. En estos términos lo expresó la Gran Sala del TEDH, en relación con el citado caso *Evans*: «(...) each person's interest is entirely irreconcilable with the other's, since if the applicant is permitted to use the embryos, J will be forced to become a father, whereas if J's refusal or withdrawal of consent is upheld, the applicant will be denied the opportunity of becoming a genetic parent. In the difficult circumstances of this case, whatever solution the national authorities might adopt would result in the interests of one or the other parties to the IVF treatment being wholly frustrated (...)» (FJ 73).

coherente con la circunstancia según la cual son las mujeres quienes más a menudo solicitan la implantación de los embriones, las que ya han soportado uno o varios ciclos de FIVTE y deberán llevar a cabo la gestación, quienes tienen más probabilidades de percibir los embriones como su última oportunidad de tener un hijo genético, y las que por el momento disponen de menos alternativas a su crioconservación. En último término, los ordenamientos deberían contemplar un destino alternativo para el caso en el que las partes mantuvieran intereses contrapuestos respecto de los embriones y ninguna pretendiera utilizarlos para sí con fines reproductivos. Este destino, que podría ser la donación a otras parejas o con fines de investigación, el mantenimiento de la crioconservación o la destrucción, dependerá del estatus que cada ordenamiento otorgue al embrión. En estas circunstancias, los individuos contrarios a que en caso de conflicto opere la solución legal tienen un incentivo poderoso para recurrir a la autonomía privada en el momento de optar por la crioconservación de los embriones sobrantes de la FIVTE.

Finalmente, los ordenamientos deberían incluir una norma de cierre para el caso que los embriones acaben siendo implantados tras la separación o el divorcio de la pareja que los creó. La desvinculación entre las diferentes esferas de la filiación que las TRA hace posible y el papel esencial del elemento volitivo en la determinación de la filiación derivada del recurso a las mismas debería impedir que se estableciera un vínculo legal de filiación entre el nacido y quien renunció a la implantación de los embriones tras la ruptura del proyecto parental.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALGHRANI, A., «Deciding the Fate of Frozen Embryos», *Medical Law Review* 13, 2005.

ALKORTA IDIAKEZ, I., «Innovación tecnológica y nuevos Derechos Reproductivos: ¿avance o retroceso?», *Space and time for equality*, Vitoria – Gasteiz, 2008: *http://www.sare-emakunde.com/pags2/s03_07_01.asp*.

«Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho Privado y Constitución* Nº 20, 2006, pp. 9-61.

«El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev Der Gen Hum* 24/2006, pp. 129-153.

Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

«Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida», *Derecho y Salud*, Vol. 11, Nº 2, 2003.

ALTA CHARO, R., «Biological determinism in legal decision making: the parent trap», 3 *Texas Journal of Women and the Law*, 265, 1994.

APEL, S. B., «Disposition of frozen embryos: are contracts the solution?», *Vermont Bar Journal*, March 2001.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE PRACTICE COMMITTEE, *2008 Guidelines for gamete and embryo donation*, Vol. 90, Supp. 3, Nov. 2008, S40-41: *http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Guidelines_and_Minimum_Standards/2008_Guidelines_for_gamete%281%29.pdf*.

BALLESTEROS, J. (Coord.), *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002.

BARTHOLET, E., *Family Bonds. Adoption, Infertility, and the New World of Child Production*, Beacon Press, Boston, 1999.

DE BEAUVOIR, S., *Le deuxième sexe*, Vol. I, Paris, Gallimard, 20e ed., 1949.

BECKER, M.; BOWMAN, C. G.; NOURSE, V. F., *et alii*, *Cases and Materials on Feminist Jurisprudence. Taking Women Seriously*, Third Edition, Thomson-West, St. Paul MN, 2007.

BECKER, G., *The Elusive Embryo. How Women and Men Approach New Reproductive Technologies*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles – London, 2000.

BIRKE, L.; HIMMELWEIT S., and VINES, G., *Tomorrow's Child: Reproductive Technologies in the 90's*, Virago Press, London, 1990.

CASADO, M. (Coord.), «Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del *Observatori de Bioètica i Dret* sobre reproducción asistida», Observatori de Bioètica i Dret (Universitat de Barcelona), Parc Científic de Barcelona, 2008, pp. 105-211:

http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD13_Reedicion.pdf.

COHEN, I. G., «The Right Not to Be a Genetic Parent?», *Harvard Public Law Working Paper* No. 08-31, pp. 101-184.

«The Constitution and the rights not to procreate», 60 *Stanford Law Review* 1135, 2008.

«Supreme Court of New Jersey Holds that Preembryo Disposition

Agreements Are Not Binding When One Party Later Objects – J.B. v. M.B.», 115 *Harvard Law Review* 701, 2001.

DAAR, J., «Assisted Reproductive Technologies and the Pregnancy Process: Developing an Equality Model to Protect Reproductive Liberties», 25 *American Journal of Law & Medicine* 455, 1999.

DE MELO-MARTÍN, I., *Making Babies: Biomedical Technologies, Reproductive Ethics, and Public Policy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1998.

DICKENSON, D. L., «Property and Women's Alienation from Their Own Reproductive Labour», 15:3 *Bioethics,* 2001.

DONNEZ, J.; DOLMANS, M. M.; D. DEMYLLE, *et alii*, «Livebirth after orthotopic transplantation of cryopreserved ovarian tissue», *Lancet* 2004, 364: 1405-10.

FABBRI, R.; PORCU, E.; MARSELLA, T., *et alii*, «Human oocyte cryopreservation: new perspectives regarding oocyte survival», *Human Reproduction*, Vol. 16, No. 3, 411-416, 2001.

FARNÓS AMORÓS, E., «European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting (Roma, 27-30 de junio, 2010)», *InDret* 3/2010, pp. 1-17: *http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf*.

«Crisis de pareja y conflictos sobre los embriones: propuestas de solución desde una perspectiva de género», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / OTERO CRESPO, M. (Coords.) y GARCÍA RUBIO, M. P. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 517-545.

– *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

– FRANKLIN, S., *Embodied Progress. A cultural account of assisted conception*, Routledge, London and New York, 1997.

GUNNING J., and SZOKE, H. (Eds.), *The Regulation of Assisted Reproductive Technology,* Ashgate, Hampshire, 2003.

INSTITUT CATALÀ DE L'ACOLLIMENT I L'ADOPCIÓ, «Perfil de les famílies adoptants a Catalunya», *Butlletí dels professionals de la infància i l'adolescència*, núm. 16, abril-maig 08:

http://www.gencat.net/benestar/publica/butlletiDGAIA/num16/article.html.

IKEMOTO, L. C., «Eggs as Capital: Human Egg Procurement in the

Fertility Industry and the Stem Cell Research Enterprise», *Journal of Women in Culture and Society* 2009, vol. 34, no. 4, pp. 763-781.

KLIPSTEIN, S.; REINDOLLAR, R. H.; REGAN, M. M., *et alii*, «Gender bias in the disposition of frozen embryos», *Fertility and Sterility* Vol. 76, No. 6, Dec. 2001, pp. 1181-1184.

LACEY, L. J., «'O Wind, Remind him that I have no child': infertility and feminist jurisprudence», 5 *Mich. J. Gender & L.* 163, 1998.

LIND, C., «Evans v United Kingdom – judgements of Solomon: power, gender and procreation», *Child and Family Law Quarterly* 18 4 (576), 2006.

MCNEIL, M.; VARCOE I., and YEARLEY. S. (Eds.), *The New Reproductive Technologies*, MacMillan, London, 1990.

MILLBANK, J., «Unlikely fissures and uneasy resonances: lesbian comothers, surrogate parenthood and fathers' rights», *Feminist Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2008.

MOUTEL, G.; GREGG, E.; MENINGAUD, J. P., *et alii*, «Developments in the storage of embryos in France and the limitations of the laws of bioethics. Analysis of Procedures in 17 storage centres and the destiny of stored embryos», 21 *Medicine and Law* 587, 2002.

PACHMAN, T. S., «Disputes Over Frozen Preembryos & the Right Not to be a Parent"», 12 *Columbia Journal of Gender and Law* 128, 2003.

PENNINGS, G., «What are the ownership rights for gametes and embryos? Advance directives and the disposition of cryopreserved gametes and embryos», *Human Reproduction* Vol. 15, No. 5, 2000, pp. 979-986.

RAND LAW AND HEALTH, *How Many Frozen Human Embryos are Available for Research?*, 2003:

http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9038/RB9038.pdf.

ROBERTS, D., *Killing the Black Body: Race, Reproduction and the Meaning of Liberty*, Pantheon Books, New York, 1997.

ROBERTSON, J. A., «Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos», 51 *Ohio St. L.J.* 407, 1990.

SHELDON, S., «Gender equality and reproductive decision-making», *Feminist Legal Studies* 12: 303-316, 2004.

«Evans v Amicus Healthcare; Hadley v Midland Fertility Services – Revealing cracks in the twin pillars?"», *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4, 2004, pp. 437-452.

SHELDON, S., & THOMSON, M. (Eds.), *Feminist Perspectives on Health Care Law,* Cavendish, London – Sydney, 1998.

SOZOU, P. D.; SHELDON, S., HARTSHORNE, G. M., «Consent agreements for cryopreserved embryos: the case for choice», *J. Med. Ethics* 2010, 36: 230-233: *http://jme.bmj.com/content/36/4/230.full.pdf*

STEPTOE, P. C.; EDWARDS, R. G., «Birth after the reimplantation of a human embryo», *The Lancet* Vol. 312, Issue 8085, 1978, p. 366.

STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), *The Protection of the Human Embryo «in vitro», Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus* (CDBI-CO-GT3), Strasbourg, Council of Europe, 19 June 2003, pp. 1-42:

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf.

STORROW, R. F., «Marginalizing Adoption Through the Regulation of Assisted Reproduction», 35 *Capital University Law Review* 479, 2006-2007.

STRASSER, M. P., «You Take the Embryos but I Get the House (and the Business): Recent Trends in Awards Involving Embryos Upon Divorce», 57 *Buff. L. Rev.* 1159, 2009:

http://www.buffalolawreview.org/past_issues/57_4/Strasser%20-Web%2057_4.pdf.

TUBERT, S., *Women Without a Shadow. Maternal Desire and Assisted Reproductive Technologies*, Free Association Books, London, 2004.

VAYENA, E.; ROWE P. J., and GRIFFIN, P. D. (Eds.), *Current practices and Controversies in Assisted Reproduction*, WHO, Geneva, 2002, pp. 1-404:

http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/9241590300.pdf.

VEIGA, A., *El miracle de la vida. De la fecundació in vitro a les cèl·lules mare*, La Magrana, Barcelona, 2011.

WALDMAN, E., «The Parent Trap: Uncovering the Myth of «Coerced Parenthood» in Frozen Embryo Disputes», 53 Amer. U. L. Rev 102, 2004.

«Disputing over Embryos: Of Contracts and Consents», 32 *Arizona State Law Journal* 897, 2000.

WALDMAN, E., and HERALD, M., «Eyes wide shut: erasing women's experiences from the clinic to the courtroom», 28 *Harvard Journal of Law & Gender* 285, 2005.

11

Y pasó un decenio: reproducción asistida y «sabor local». Contexto y mujer en Latinoamérica

FLORENCIA LUNA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO. 3. SECRETO Y EMBRIONES A TRANSFERIR. 4. LOS LÍMITES Y SUS CRITERIOS. 5. MANDATOS Y PRÁCTICAS EFECTIVAS. 6. DOBLE MORAL Y ESTERILIDAD SECUNDARIA. 7. EMBRIONES Y PERSONAS. 8. UN PROBLEMA DE SALUD REPRODUCTIVA. 9. ***POSTSCRIPTUM***: DIEZ AÑOS MÁS TARDE.

Este artículo fue escrito hace diez años y publicado en la revista brasileña *Bioética (Revista de Bioética e Ética Médica publicada pelo Conselho Federal de Medicina – Brasil)*. Parte de mis planteos de aquel momento surgieron luego de una reunión organizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) para evaluar la situación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) luego de 20 años de práctica. Al releer lo escrito encontré que gran parte de mi análisis continuaba siendo válido, quité algunas referencias por considerarlas pasadas y corregí algunos detalles menores. Así decidí republicar este artículo tal como fue escrito y, al final del mismo, he incorporado algunos comentarios actuales que establecen las semejanzas y diferencias que se presentan en este último decenio.

1. INTRODUCCIÓN

En diversos ámbitos de la bioética, se considera que hay problemas específicos para países específicos. Así, se señala que los países industrializados deben preocuparse por los «avances de la ciencia», por ejemplo el uso de células madres o de embriones en investigación; mientras que los denominados países en desarrollo deben estudiar problemas de

distribución de recursos o la falta de respeto de ciertos derechos básicos. Se señala que cada uno de estos corresponde con la «realidad» de tales países.

Efectivamente, se puede hacer una distinción entre diferentes tipos de cuestiones en las que trabaja la bioética. Sin embargo, la división de problemas por países resulta controvertida. En un artículo que publicamos con Arleen L.F.Salles en 1996 en la revista *Perspectivas Bioéticas*[1] señalamos la existencia de estos dos tipos de asuntos. Y los denominamos como «problemas *sexies*» y «problemas aburridos»[2].

Un primer tipo de problemas corresponde, por ejemplo, a las técnicas de reproducción asistida, el proyecto genoma humano o la clonación de embriones humanos. Son cuestiones que seducen, que inmediatamente atraen y llevan a una toma de decisión a favor o en contra. Tienen una especial conexión con la ciencia, la tecnología y sus últimos adelantos. Están inmersas en el hechizo de las realizaciones científicas: de un lado, generan fascinación y curiosidad y, del otro, asustan. No sucede lo mismo con el segundo tipo de problemas, éste encuadra cuestiones tales como la relación médico-paciente, los comités y los códigos de ética, la noción y práctica del consentimiento informado, el respeto a los derechos reproductivos o la distribución de recursos. Son problemas «aburridos». Se trata de planteos comunes, no rimbombantes, problemas que se presentan a diario, como lo es la falta de camas para atender a una persona o un médico o médica que engaña o no da el diagnóstico a su paciente. Estos son problemas que están alejados de la ciencia y representan la vulnerabilidad de las relaciones humanas, las dificultades para mejorarlas, las fragilidades humanas. Nos muestran el flanco débil del ser humano y nos enfrentan con nuestros límites.

Como se intentará mostrar en este trabajo, lo más cuestionable de este tipo de propuesta no es la distinción entre problemas, sino identificar cada conjunto de problemas con el grado de desarrollo de ciertos países así como negar que existen fuertes interacciones entre ellos.

Un primer punto a considerar es que no es cierto que los desarrollos tecnológicos no tengan impacto en países en vías de desarrollo. La tecnología no reconoce fronteras y sus desarrollos son rápidamente adoptados por todo el mundo. Un claro ejemplo de esto se puede encontrar en

1. F. Luna, A. L. F. Salles, «Develando la bioética: sus diferentes problemas y el papel de la filosofía», *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, Año 1, Nº 1, 1996, pp. 10-22.
2. Éstos no surgen de una clasificación taxativa o exhaustiva, sino de ordenar dos tipos de características que se asocian con ellos.

las tecnologías de reproducción asistida. Por ejemplo, el ICSI (*Intracytoplasmatic sperm injection*) fue exportado a Latinoamérica en sólo tres años. Por lo tanto, pensar que nuestros países están exentos de ciertas problemáticas tecno-científicas es ilusorio.

Aún si se concediera tal división de problemas por países, y se concediera que los países que desarrollan la tecnología son aquellos que deben brindar pautas éticas, la propuesta falla porque la respuesta de determinados países no es aplicable a otros. Así, la respuesta e implementación que se brinda en EEUU o Europa al problema de las tecnologías de reproducción asistida difieren de las de otras sociedades. Es imposible «transplantarlos ascepticamente». En este sentido, tanto problemas «*sexies*» como «aburridos» deben estudiarse a la luz del contexto en el que se insertan y los problemas que allí surgen.

En este trabajo, entonces, me propongo analizar la influencia sutil del contexto social a la hora de *implementar* las nuevas técnicas de reproducción asistida[3]. Supondré que la justificación moral de estas técnicas ya ha sido dada.

Mi objetivo es mostrar la interrelación entre problemas «sexies» y «aburridos» para evaluar las consecuencias que esto tiene en nuestras sociedades. Tendré, particularmente en cuenta la prevalencia de la infertilidad secundaria debido a infecciones y a una mala salud sexual y reproductiva en la región y sus principales causas. A la luz de esta situación, defenderé la importancia de considerar a las técnicas de reproducción asistida como parte integrante de la salud reproductiva, en la cual prime una actitud totalizadora y de respeto hacia la mujer.

2. CONTEXTO

Esta propuesta toma como marco de referencia la experiencia de la autora en la Argentina, aunque gran parte de lo que aquí se presenta es válido para varios de los países de Latinoamérica.

Sin embargo, se debe comenzar con una aclaración y advertencia. América Latina abarca una amplia variedad de países que difieren en diversos sentidos, desde el tamaño y los recursos naturales que poseen (considérese la situación de Brasil y Uruguay) hasta la configuración de su población (con mayoría indígena, con una gran influencia de población africana y origen multi-étnico o principalmente con inmigración

3. Entenderé por éstas, a las técnicas más simples de inseminación artificial (homólogas y heterólogas) y a las más complejas como la fertilización *in vitro*, el ICSI.

europea). Éstas son diferencias que determinan a cada cultura e influyen en las concepciones de fertilidad e infertilidad. América Latina no constituye una región homogénea. Así pues, las generalizaciones que se formulen en este trabajo deben considerarse como sujetas a estos límites.

Por otro lado, algunos aspectos relevantes son compartidos por estos países: la amplia brecha que existe entre aquéllos sin recursos y los sectores medios o altos de la población, así como una fuerte presencia de la religión católica. Aunque la Iglesia varíe de un país a otro, la religión ha tenido siempre una fuerte influencia política en los temas relacionados con la reproducción. Y, como se verá, las tecnologías de reproducción asistida no son la excepción.

3. SECRETO Y EMBRIONES A TRANSFERIR

Antes de comenzar con los problemas con mayor impacto local, es importante señalar que existen una gran cantidad de puntos en la implementación de estas técnicas que todavía son discutibles y que tienen suma relevancia. Sólo me detendré en dos de ellos con el objetivo de exhibir algunos de tales planteos.

Una primera cuestión es si se debe mantener el secreto en las técnicas que implican material genético heterólogo. Por ejemplo, cuando se utiliza semen, óvulos o embriones donados. Existe una tradición basada en el secreto y el silencio. «En países como Chile, menos del 10% de las parejas con bebes nacidos como resultado de las técnicas de reproducción asistida desean expresar públicamente sus visiones de la tecnología que les permitió ser padres. Más aún, *ninguna de las parejas que fueron padres con la asistencia de donantes de gametos les informó esto a sus hijos*»[4]. Esto puede resultar problemático para el niño, no sólo por la inclusión del secreto en la familia, o por el descubrimiento inesperado del niño de cierta información que se le ha negado, sino también por posibles diferencias genéticas con sus padres (suponer o descartar ciertas enfermedades de base genética). Más aún, con el avance y popularización de los tests de ADN hasta resulta una actitud anacrónica que posiblemente deberá ser reconsiderada. Así existen varios países que cuestionaron este tipo de política y favorecen la información veraz, rechazando el anonimato de los donantes. Mientras Suecia (1984), Austria (1992) y el

4. F. Zegers-Hoschchild, «Cultural Diversity in AttitudesTowards Intervention in Reproduction», *Current Advances in Andrology (Proceedings of the VI International* Congress *of Andrology)*, ed. M. H. Geoffrey, J. Waittes et al., Monduzzi Editors, Italy, 1997, pp. 411-417. (El énfasis es mío).

Estado de Victoria en Australia (1995) adoptaron una legislación que permite el acceso a esta información, Noruega (1987) y España (1996) legislaron el anonimato[5].

Otro punto que genera fuertes controversias es la cantidad de embriones a transferir por ciclo. Mientras EEUU privilegia el éxito en el logro de embarazos y para ello sostiene la política de transferir alrededor de cuatro embriones por ciclo[6], obtiene con ello el altísimo índice del 38% de embarazos múltiples[7]. Esto es analizado con horror por los especialistas europeos que abogan por la transferencia de uno o a lo sumo dos embriones dentro del marco de medicinas socializadas que proveen gratuitamente este tipo de procedimiento. Los porcentajes de embarazo múltiple son muy diferentes en cada país. Característicamente son muy bajos en Europa del Norte, Australia y Nueva Zelandia y altos en Latino América, Estados Unidos y Europa del Sur y del Este. Los especialistas europeos no sólo apuntan a las dificultades de un embarazo múltiple, a la morbimortalidad neonatal[8] y a la crianza de dos o más bebés en sociedades en las que es muy difícil tener una infraestructura de ayuda mínima o cuando ésta es posible resulta sumamente cara. Sino que también consideran los costos económicos y sociales para el sistema de salud[9] y para las familias en los casos de nacimientos múltiples de niños prematuros o con serios problemas de salud. Problemas relativamente frecuentes en los embarazos múltiples sobre todo a medida que aumenta la cantidad de bebés gestados[10].

---

5. F. Luna, «Assisted Reproduction Technology in Latin America: Some Ethical and Socio-Cultural Issues», Meeting on Medical, Social and Ethical Aspects of Assisted Reproduction, WHO, Geneve, 2001 (en prensa).
6. No se trata de una política explícita ya que EEUU no tiene una regulación legal única al respecto.
7. SART (Society for Assisted Reproductive Technology), «The American Society for Reproductive Medicine. Assisted reproductive technology in the United States: 1996 resultados generados por la American Society for Reproductive Medicine./ Society for Assisted reproductive technology Registry. *Fertility and Sterility*, 71, 1999, pp. 798-807.
8. Se trata de embarazos de alto riesgo, a los que se les suma luego nacimientos prematuros (con edad gestacional de menos de 37 semanas), de bajo peso, con una mayor mortalidad perinatal. Véase T. Bergh, A. Ericson, T. Hillensjo, K. G. Nygren et al., «Deliveries and children born after in-vitro fertilization in Sweden 1982-1995: A retrospective cohort study», *The Lancet* 354(1999): 1579-85.
9. Es significativa la cantidad de días de internación hospitalaria que estos bebes requieren.
10. En el 2011 debe reconocerse que la actitud 'prudente' de los países europeas está teniendo mayor influencia y que, por la menos, la visión anterior de que con un embarazo se pueda armar una familia (al tener dos o más bebés a la vez), está siendo seriamente cuestionada por los médicos de fertilización asistida ya que se percibe como una mala práctica del arte.

Estos y otros cuestionamientos generan encendidas polémicas que forman parte del debate internacional. Sin embargo, los problemas recién mencionados, conviven con otro tipo de problemas básicos que se vinculan todavía más directamente con el contexto local. Este contexto en algunas circunstancias produce respuestas adaptativas que pueden resultar nocivas para algunos de sus miembros. Intentaré mostrar esto en los próximos apartados.

4. LOS LÍMITES Y SUS CRITERIOS

En muchos países de Latinoamérica estas tecnologías casi no están reguladas. Esto hace que la práctica «de hecho» de los médicos que trabajan en reproducción asistida, tenga mucho peso. Una primera influencia del contexto se percibe en una posición, al menos pública, de autolimitación de quienes practican estas técnicas con el objetivo de evitar resquemores o críticas sociales.

Una excepción es Costa Rica. Este país, a través de una Enmienda Constitucional prohibió todas las prácticas de la reproducción asistida *in vitro* y también la inseminación artificial con donante. Sólo permite la inseminación homóloga. Una de las técnicas más simples y menos eficaces. Los problemas de infertilidad deben ser muy leves para que esta técnica brinde buenos resultados lo cual genera «turismo reproductivo» fundamentalmente hacia Colombia. Esto fue cuestionado por médicos y pacientes que llevaron el caso en el 2000 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien sancionó a este país.

La mayoría de los países de la región cuentan con una regulación de tipo «informal» (esto es, no hay una regulación legal). Al no haber una prohibición explícita, estas técnicas están permitidas, éste, por ejemplo, es el caso de la Argentina y de la mayoría de los países de la región. Uno de los desafíos que enfrentan los médicos de estos países –en el nivel de la práctica privada– son dificultades relativas a la *imposición de límites*. ¿Cuáles son los límites en las intervenciones médicas? ¿Deben los médicos proveer las técnicas de reproducción asistida a mujeres solteras? Y ¿a las parejas de lesbianas u homosexuales? ¿La edad debe determinar el límite? ¿Las mujeres post-menopáusicas deben tener acceso a estas técnicas?

La falta de una ley que establezca los usos admitidos y los usos prohibidos de estas técnicas implica una presión para los «proveedores». Ellos deben tomar decisiones al respecto, sin una regla externa que fije los límites...

Y más relevante aún, en sociedades en las cuales la Iglesia Católica ejerce una gran influencia, cualquier mínima intervención que se aleje de lo normalmente aceptado corre el riesgo de ser criticada. La Iglesia Católica está en contra de estas técnicas. Pero, incluso católicos que no son tan estrictos y aceptan estas nuevas técnicas, pueden llegar a tener problemas con algunos de sus procedimientos y con quiénes sean los que las utilicen (por ejemplo, mujeres solteras, post-menopáusicas, etc.). Por lo tanto, en la práctica los médicos tienen que «autorizar» estas prácticas, deben decidir lo que se debe hacer basándose en la consideración de cada caso particular... En este contexto, la fuerte presencia de ciertas ideologías genera una actitud de auto-restricción en los médicos, cuya gran mayoría desea ejercer su profesión sin perturbar el *status quo*. Establecer límites es una tarea difícil.

Lo que deseo destacar es que debido a la presión del contexto y de un *status quo* conservador, la estipulación de pautas y reglas no se realiza de manera racional, con criterios o razones transparentes, claramente especificadas. Existe una sutil influencia de la religión en los *límites que se presentan al acceso* que no se hace explícita.

5. MANDATOS Y PRÁCTICAS EFECTIVAS

La religión generalmente se percibe como una barrera para ciertos usos de las tecnologías de reproducción asistida. Sin embargo, sólo las vertientes religiosas más conservadoras comparten esta concepción. Los representantes de esta posición extrema son los católicos apostólicos romanos practicantes que se oponen a cualquiera de estas técnicas por la artificialidad que implican (incluido el caso de la inseminación homóloga u heteróloga). Una de las razones que ofrecen es la inseparable conexión entre el significado unitivo y procreativo del matrimonio. A los católicos practicantes no les está permitido disociar estos dos sentidos. Otro de los problemas que señalan las posiciones religiosas es la manipulación de embriones humanos. Estos son considerados personas y por lo tanto se cuestiona la criopreservación, la pérdida de embriones durante los diferentes procesos y, sobre todo, el descarte de los mismos.

Parece una verdad de perogrullo que la religión no debería ser un obstáculo para la práctica de las técnicas de reproducción asistida. Los religiosos, sin duda, deben seguir las enseñanzas y dogmas de su fe, pero esto no implica que todos los ciudadanos de un país deban regirse por tales mandatos. El problema surge cuando existe la presión de imponer el dogma religioso en la legislación de un país secular, como es

el caso de los países de Latinoamérica[11]. En este sentido, es comprensible que el modelo de prohibición total de Costa Rica genere aprensión. En el caso de Argentina, algunos proyectos de ley son tan restrictivos que habrían hecho imposible la implementación de estas técnicas.

En relación con este rechazo radical y absoluto de las técnicas de reproducción asistida es interesante señalar el amplio uso de un «doble standard moral». Una cosa es lo que dice la religión y otra, lo que la gente hace. La gran mayoría de la población educada en el catolicismo (el 84.4% afirma ser católica) no sigue las enseñanzas del catolicismo. Este fenómeno no sólo se observa en el caso de las tecnologías de reproducción asistida; las actitudes son las mismas con respecto a la anticoncepción y el aborto. Por ejemplo, en la Argentina, la legislación sobre el aborto es muy restrictiva. No se acepta el aborto por serios problemas genéticos, ni en la mayoría de los casos de violación[12]. A pesar de ello constantemente se realizan abortos ilegales. En Argentina, se llevan a cabo entre 350.000 y 500.000 abortos por año. Proporcionalmente, este país quintuplica la cantidad de abortos que se realizan en Francia, en donde la práctica está largamente legalizada y se provee una adecuada educación sexual a la población.

Con respecto a las técnicas de reproducción asistida, la situación parece ser la misma. El Dr. Zegers-Hochschild señala lo siguiente:

«Instrucciones específicas dirigidas a legisladores, agentes de salud y pacientes que contienen éstas y otras directivas (las enseñanzas de la Iglesia Católica) han sido ampliamente diseminadas. Sin embargo, es difícil entender cómo la anticoncepción, la inseminación artificial con donación de esperma y la reproducción asistida constituyen prácticas tan ampliamente realizadas en Latinoamérica. Durante 1995, 7000 ciclos

11. En la Argentina, hay una relación estrecha entre la Iglesia y el Estado, pero la Constitución sostiene la libertad religiosa. Algo semejante sucede en Bolivia, Perú y Colombia. Las Constituciones de Chile, Ecuador y México únicamente hablan de libertad de conciencia y Brasil y Uruguay proponen, directamente, un Estado laico. Véase CLADEM, «Investigación sobre el tratamiento legal del aborto en América Latina y el Caribe» en *http://www.derechos.org/cladem/aborto* (17/01/99).
12. A pesar de que el Código Penal (artículo 86) admite tres excepciones: cuando corre riesgo la vida y la salud de la madre y este peligro no puede evitarse por otros medios, si el embarazo se debe a una violación o a un atentado al pudor de mujer demente; estas excepciones son interpretadas conservadoramente como dos: riesgo a la vida de la madre y violación de mujer demente. Y esta última es boicoteada por médicos y jueces. Véase F. Luna, 2000, «Commentary on Reproductive Biology and Technology», *Biomedical Research Ethics: Updating International Guidelines* (ed. Levine, Gorovitz and Gallagher), CIOMS, Geneve, 2000, pp. 226-227.

de reproducción asistida que incluyen 351 ciclos con ovocitos donados se practicaron en 59 centros en Latinoamérica»[13].

En el año 2000 se incrementó el número de centros registrados en Latinoamérica a 95. En el 2011 esta tendencia ha continuado creciendo en toda la región. Podría pensarse, entonces, que la solución a la presión ideológica está dada por el ejercicio de esta doble moral. Pareciera que si bien hay una supuesta condena social, ciertas técnicas reproductivas se practican sin mayores problemas. Sin embargo esta respuesta es engañosa y no carece de serios problemas éticos.

6. DOBLE MORAL Y ESTERILIDAD SECUNDARIA

La condena social y ciertas ideologías tienen influencia en la práctica e implementación de estas técnicas. Aceptar o promover una doble moral tiene efectos nefastos en la salud reproductiva en general y la reproducción asistida en particular. Tal es el caso de la infertilidad secundaria debida a secuelas por infecciones o abortos inseguros. Este tipo de infertilidad se diferencia de la infertilidad secundaria *strictu sensu* que es la que se da cuando la mujer queda embarazada pero tiene abortos espontáneos. En esta sección intentaré mostrar ciertas cuestiones básicas relacionadas con el primer tipo de infertilidad que habitualmente se pasan por alto al analizar la implementación de las técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, la falta de una adecuada educación y provisión de técnicas anticonceptivas tiene como consecuencia una gran cantidad de embarazos no deseados y abortos ilegales. Particularmente preocupante es la cantidad de embarazos adolescentes o madres-niñas. Y en algunos países como Brasil, se suma a lo anterior, la sesgada difusión de las ligaduras tubarias muy precoces, que luego generan la necesidad de tratamientos para superar la infertilidad. Esto es lo que se denomina infertilidad secundaria.

En segundo lugar, debe considerarse la gran cantidad de abortos ilegales realizados en muy malas condiciones con serias consecuencias en la salud de las mujeres. Por ejemplo, en la Argentina, el 40% de las camas de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos están ocupados por las complicaciones de tales abortos. En México, se calcula que 600.000 mujeres requieren hospitalización por esta causa. En América Latina se estima que se realizan 4 millones de abortos clandestinos

13. F. Zegers-Hoschchild, op. cit., pág. 412.

por año[14]. Tampoco deben olvidarse las altas tasas de mortalidad materna relacionadas directamente con esta causa. Finalmente, y en relación al tema que nos concierne, tales abortos en malas condiciones no resultan un hecho aislado e independiente, constituyen gran parte de las causas de los problemas de infertilidad en la región.

En tercer lugar, la falta de educación sexual y prevención conlleva también a una gran cantidad de enfermedades de transmisión sexual. Este tipo de enfermedad es una de las causas más importantes de la infertilidad secundaria. Este es el caso de la gonorrea no tratada. La investigadora María Yolanda Makuch cita un estudio brasileño en el cual el 42% de las mujeres que consultan por infertilidad padecen de obstrucción tubaria debido a infecciones del tracto reproductivo[15].

Sumado a esto hay que contabilizar también los tabúes, los problemas ideológicos así como los recursos escasos en el sistema público de salud implican una mala atención de la salud y complicaciones posteriores que repercuten en serios problemas de infertilidad. Makuch describe los problemas de información inadecuada en el área de las enfermedades de transmisión sexual. En su estudio señala que las mujeres entrevistadas eran incapaces de entender la relación que existe entre las infecciones del tracto reproductivo previas y su infertilidad tubaria presente. Y todavía peor, había coincidencias cuando se comparaba la información que recordaban las mujeres con la que los médicos reportaban haber provisto[16]. Esto sugiere que los mismos médicos no brindaban la información relevante.

Este tipo de infertilidad no es el prevalente en los países industrializados. Nótese que tanto América Latina como África comparten altos índices de infertilidad secundaria, a diferencia de Europa y Estados Unidos. Mientras éstos últimos tienen sólo un 24% de infertilidad secundaria, en África corresponde a un 55% y en Latinoamérica a un 40%[17]. Indudablemente las causas de este tipo de infertilidad están relaciona-

---

14. C. Olivares, «Dilemas éticos de la interrupción del embarazo», *Elementos para un análisis ético de la reproducción*, Figueroa, J. G. (comp.), UNAM, México, 2001, pp. 218-226 (véase p. 225).
15. M. S. Fernández, L. Bahamondes, «Incidência dos fatôres etiológicos de esterilidade conjugal nos hospitais universitários de Campinas, », *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetricia* 18(1996): 29-36.
16. M. Makuch, N. Botega, L. Bahamondes, «Physician –Patient Communication in the Prevention of Female Reproductive Tract Infections: Some Limitations», *Cadernos Saude Publica 16 (1),* Rio de Janeiro, 2000, pp. 249-253.
17. W. Cates, Farley et al., Worldwide Patterns of Infertility: Is Africa different? *The Lancet* 2 (1985), pp. 596-598.

dos con la falta de recursos y la falta de respeto del derecho a la salud reproductiva.

Así pues, la solución no se encuentra en una doble moral. Aun si dejamos de lado el invalorable respeto por las decisiones informadas de las mujeres y las parejas respecto de cuando concebir un hijo; las prácticas actuales de «supervivencia» tienen altos costos en la vida y salud de nuestras mujeres, altos costos en el sistema de salud público y en la sociedad en general.

La falta de conciencia de este tipo de problemas y su interrelación con la reproducción asistida creo que surge a raíz de una mirada que desconoce el contexto y se obnubila con los aspectos científicos y tecnológicos a incorporar. Nótese como situaciones que, a primera vista, parecen alejadas, como es una adecuada educación y salud reproductiva inciden en los problemas de la reproducción asistida. Y, como nuevamente la resolución y respuesta a uno de los «problemas aburridos» (la salud reproductiva) tiene incidencia en los «problemas *sexies*» (las técnicas de reproducción asistida). En este sentido, creo que se puede comenzar a ver más claramente de qué manera estos problemas están íntimamente relacionados y que si efectivamente se desea lograr modificaciones de base, éstas no dependerán únicamente de implementar sofisticadas técnicas, sino de prevenir, respetar, educar y cuidar la salud reproductiva.

7. EMBRIONES Y PERSONAS

A partir de aquí querría señalar ciertos puntos que aparecen específicamente en la implementación de las técnicas de reproducción asistida. Así como en el apartado anterior se destacaba la falta de respeto a las mujeres y sus parejas en sus decisiones reproductivas al no dar una adecuada educación así como métodos efectivos para ejercer estos actos. Ahora querría centrarme en otro aspecto íntimamente relacionado y éste es el estatus que se brinda a los embriones en la región. Un elemento que no se debe pasar por alto es la importancia que se otorga a los embriones, muchas veces en detrimento de las mismas mujeres. Esta «prioridad» de los embriones está sutilmente presente en algunas actitudes, en la terminología utilizada y en ciertas prácticas que determinan y limitan disimuladamente las opciones que pueden ofrecérsele a una mujer o a una pareja. Tomaré como ejemplo cuatro actitudes y prácticas que ponen esto de manifiesto y que se planteado en centros de reproducción asistida en la Argentina:

1) el rechazo a criopreservar embriones cuando no existe ninguna ley que lo prohíba;

2) la obligación de donar embriones;

3) la terminología que se utiliza: «adopción prenatal»;

4) y la paradoja de introducir el diagnóstico genético prenatal cuando no se acepta el descarte de embriones.

Las primeras cuestiones están relacionadas con posibles límites o daños del bienestar de las mujeres para proteger a los embriones.

Para evaluar el primer punto es necesario aclarar la lógica del procedimiento. Las técnicas más complejas como el *in vitro* o el ICSI necesitan fertilizar los óvulos *ex útero* para luego transferirlos a la mujer. Este proceso involucra una hiperestimulación hormonal (estimulación ovárica controlada) con el fin de obtener a través de una laparoscopía o una técnica vaginal varios óvulos con los que luego se crearán embriones. Para evitar someter a la mujer a este proceso se incorporó la técnica de criopreservación por la cual se «congelan» los embriones (los óvulos resultan muy lábiles y todavía no se maneja adecuadamente el proceso de criopreservación). De esta manera se seleccionan los mejores embriones y se los transfiere a la mujer. Como se señalaba, la tendencia europea actual es a limitar la cantidad de embriones a transferir debido a los altos porcentajes y los serios problemas de embarazos múltiples. Así actualmente se está proponiendo transferir uno o dos embriones. Hay que tener en cuenta que el éxito de estas técnicas no es alto y que frecuentemente hay que repetir el proceso durante varios ciclos para lograr el embarazo.

A pesar de que existe consenso acerca de la importancia y los beneficios de la criopreservación, algunos centros argentinos dedicados a la fertilidad se plantean límites en la cantidad de embriones que se congelan. Existe una tendencia según la cual los centros están criopreservando cada vez menos embriones con el objeto de tener menos embriones y evitar problemas con el *status quo*. Esto tiene como consecuencia que las mujeres deban someterse más frecuentemente a tratamientos de hiperestimulación con hormonas y medicamentos, con los inconvenientes y daños que ello implica. Los cuales si bien no son sumamente frecuentes, son lo suficientemente severos como para evitarlos cuanto sea posible. Este es el caso del Síndrome de hiperestimulación ovárica así como el posible aumento del riesgo de cáncer de ovario[18].

18. P. C. Nasca, P. Greenwald et al., An epidemiologic case-control study of ovarian cancer and reproductive factors, *American Journal of Epidemiology* 119 (1984) pp. 705-713.

Al releer este párrafo en 2011, pensé que quizás este tipo de restricción ya no ocurría en la región. Para mi sorpresa encontré un argumento similar por parte de un comité de ética chileno, que a fines de 2010 se opuso a la criopreservación de embriones[19].

Una segunda cuestión es que en general en Latinoamérica, a diferencia de la mayoría de los países industrializados, no se ofrece la posibilidad de descartar los embriones supernumerarios. La única alternativa disponible en los centros argentinos –cuando una persona no quiere utilizar los embriones restantes– es la de donarlos a otra pareja. De modo que esta «donación inducida» prácticamente es una obligación, que puede acarrear serios daños psicológicos. Y puede resultar especialmente dolorosa en el caso en que la donante no pueda quedar embarazada.

Una tercera consideración surge con esta práctica de la «donación de embriones» y su actual denominación: «adopción prenatal». La terminología tiene mucho peso, implica una determinada manera de interpretar los hechos. La expresión «adopción prenatal» es engañosa y conlleva la idea de una «adopción real». No se trata de un término neutral, menos aún en una región en la que el embrión muchas veces está más protegido que la mujer. Con esta denominación, los embriones son tratados como «huérfanos», analogía que conduce a ciertas paradojas: si le concediéramos a los embriones la condición de personas, el proceso de criopreservación resultaría, por lo menos, extraño –¿cómo podríamos congelar personas? Es más, la fertilización *in vitro* podría ser vista como una masacre, debido a la pérdida de embriones cuando se los transfiera al útero de la mujer; y la misma práctica de «darlos en adopción» (con la evidente intención de protegerlos) podría implicar su muerte o destrucción por las posibles pérdidas y las dificultades en la implantación. De modo que esta terminología resulta muy problemática y debería ser abandonada.

Un último problema está relacionado con el estado de salud del embrión y la prohibición del aborto. Mientras que la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad estimulan el control de enfermedades graves que pudieran significar una amenaza para la salud del niño, gran parte de los países de Latinoamérica no acepta la eliminación de los

19. Dr. Zegers-Hochschild (en prensa) «Algunas consideraciones éticas en ala práctica de la reproducción asistida en Latinoamerica», en Casado, M.; Luna, F., en *Cuestiones de Bioética desde Latinoamércia*.

embriones sobrantes ni la práctica del aborto. Brasil, en este sentido, es la excepción[20].

Los países que no permiten descartar embriones, incluso en el caso de anomalías genéticas, enfrentan otra paradoja y ése es el caso de Chile y Argentina. Aún en el caso en que los embriones hayan sido investigados y se haya probado que poseen serios problemas genéticos, igualmente deberían ser transferidos (porque no pueden ser descartados). Los centros informan que no descartan embriones. De modo que esto conduciría a la «pesadilla» de que una mujer deba aceptar la transferencia del embrión y llevar adelante un embarazo con el conocimiento de que su futuro hijo padecerá una grave enfermedad, que incluso podría ser fatal.

Por consiguiente, o se prohíbe el diagnóstico genético preimplantatorio –lo cual puede resultar penoso para la pareja y la futura descendencia, especialmente si están siguiendo este procedimiento para evitar la transmisión de una enfermedad genética– o bien se permite su realización, junto con la posibilidad de descartar los embriones con problemas genéticos. Sin embargo, la mayoría de los centros de fertilidad niegan que ofrecen esta última opción –lo cual constituye otro ejemplo de hipocresía y doble standard y supone un daño para la pareja y la descendencia, debido al estatus que se le da al embrión en esta cultura–.

Los casos mencionados muestran como sutilmente se privilegia el bienestar de embriones por encima de las mujeres y sus parejas. Algunas de estas prácticas pueden incrementar el riesgo de la salud de las mujeres, pueden dañarlas psicológicamente, fomentar malentendidos o limitar la posibilidad de gestar hijos sanos a parejas con problemas genéticos.

8. UN PROBLEMA DE SALUD REPRODUCTIVA

A la luz de lo que se estuvo examinando, vale la pena finalizar este análisis reflexionando sobre la estructura de atención en el cual se insertan estas técnicas.

Generalmente se piensa que se trata de un problema que únicamente atañe a las clases sociales medias y altas, a mujeres profesionales que dilatan la formación de una familia. Éste es el modelo predominante en las sociedades industriales. Sin embargo, como ya se mencionara, en

20. Véase el artículo de D. Guilhem y M. Machado do Prado, «Bioética, legislacao e tecnologias reprodutivas», en este mismo número.

Latinoamérica tiene fuerte prevalencia lo que se denomina «esterilidad secundaria». Este tipo de esterilidad, por el contrario, no está asociado a las clases pudientes sino a aquellas carecientes.

¿Qué implica esto? Que la población que puede necesitar estas técnicas es muy diferente de la que mayoritariamente se encuentra en los países industriales ligados y que el modelo de atención a trazar debería ser distinta. Como se ha señalado, existen serios problemas de educación y falta de atención de la salud reproductiva que llaman a una política de prevención previa. Es necesario combatir ese 40% de infertilidad secundaria y esto se puede lograr, en gran parte, con una adecuada prevención. En este sentido no se puede pensar únicamente en imitar clínicas sumamente sofisticadas. El tipo de respuesta que debe brindarse en Latinoamérica debe ser más amplio, debe comenzar con una adecuada prevención de la enfermedad de transmisión sexual y en una adecuada educación sexual para evitar la gran cantidad de abortos ilegales y sus complicaciones, debería también ampliar el rango de abortos legalmente permitidos, como mínimo, a aquellos que implican graves enfermedades genéticas o malformaciones, si efectivamente se va a permitir incorporar diagnósticos pre-implantatorios.

Este acercamiento al tema aboga por un enfoque abarcativo que incluya la prevención de la infertilidad para evitar mayores perjuicios a las mujeres pobres que ya están excluidas de todo tipo de tratamiento. Esta concepción tiene en cuenta los costos de los procedimientos, la falta de recursos en la región y el porcentaje de esterilidad que surge de la falta de servicios o la atención insuficiente en el área de la salud reproductiva. Si volvemos a nuestro planteo inicial podemos ver como la resolución de los problemas «sexies» involucra tener seriamente en cuenta como se interrelacionan con los problemas aburridos recién mencionados.

Pero, fundamentalmente esta propuesta significa un compromiso con una respuesta comprehensiva: considerar las tecnologías de reproducción asistida en Latinoamérica como un tema completamente diferente de la salud reproductiva básica parece continuar con un modelo esquizofrénico. Si se niega el servicio de anticoncepción, si las enfermedades de transmisión sexual de mujeres y varones no se curan adecuadamente, si los embriones son objeto de adoración, si se rechazan los abortos por serios motivos genéticos y sólo nos centramos en proveer las últimas tecnologías de reproducción asistida estamos perdiendo de vista un punto importante. Las tecnologías de reproducción asistida no pueden conceptualizarse como procedimientos ascépticos, independien-

tes del contexto en el que se insertan. Se presentan como un esfuerzo científico, sin embargo rápidamente se puede percibir como se adaptan para evitar la presión que implican ciertas ideologías o como hay una búsqueda de eufemismos para evitar críticas pseudo morales o religiosas y preservar el «*status quo*». No es saludable mantener semejante postura hipócrita. En este sentido considero que aquellos o aquellas que trabajan en reproducción asistida deberían proponer un acercamiento amplio e integral a las tecnologías de reproducción asistida, con un fuerte compromiso con la salud reproductiva de mujeres y varones como cuestión prioritaria.

9. *POSTSCRIPTUM*: DIEZ AÑOS MÁS TARDE

Ahora querría volver sobre algunas de las cuestiones señaladas. Las técnicas de reproducción asistida indudablemente forman parte de la vida «cotidiana» de los latinoamericanos, y existe una práctica extensa de la misma en la región; pero los planteos éticos no cambiaron sustancialmente. Para una mirada desde la práctica misma, vale la pena leer el artículo del Dr. Zegers-Hochschild, quien describe y comenta la situación en Chile desde la negación por parte de un comité de ética de permitir la criopreservación de embriones para evitar la multigestación (otorgando mayor importancia al embrión y a la operatoria de cada institución frente al bienestar de la mujer). También explicita el dilema de brindar diagnóstico cuando no se descartan embriones. Por ejemplo, al respecto señala: «Existe una nebulosa respecto de lo que se hace con los embriones remanentes portadores de aneuploidias o defectos genéticos específicos». Es decir, se continúa privilegiando al embrión por encima de las personas, y continúa sin haber criterios claros respecto de qué hacer en estos casos.

Por otra parte, en la región sigue habiendo resistencia a tomar las técnicas de reproducción asistida como parte de la salud integral de las mujeres (no se quiere mezclar el problema del aborto, por ejemplo, con las TRA). Se conceptualizan como problemas totalmente diferentes y, en general, los médicos de reproducción asistida no se involucran ni apoyan una defensa más integral de la salud reproductiva y del aborto en ciertas situaciones.

También sigue existiendo el ejercicio de una gran hipocresía y una falta de «compromiso» por parte de los médicos de las TRA para que se deje de lado la supuesta «embriolatría» y se llamen a las cosas por su nombre (por ejemplo, se explicite claramente que se realizan descar-

tes de embriones). Pero no es sólo la resistencia de los médicos de las TRA los que no desean «mezclarse» con cuestiones más abarcativas como la salud de la mujer en general, sino que también muchas veces sucede todo lo contrario: desde posiciones feministas se ve con desagrado las TRA, ya sea porque continúa con el rol reproductor tradicional de la mujer, o porque implica medicalizar aún más el embarazo, entre otras razones. En este sentido, resulta difícil encontrar posiciones convergentes al respecto.

Finalmente, también los aspectos legislativos siguen padeciendo de similares falencias. No sólo se tuvo en la región un caso como el de Costa Rica, que al prohibir prácticamente todas las técnicas de reproducción asistida, terminó involucrando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que la legislación supuestamente «progresista» como la ley 14.208 que se formuló a fines del 2010 en la provincia de Buenos Aires, Argentina, con el fin de cubrir estos tratamientos, ni siquiera especifica claramente el tipo de tratamiento que financia, sólo hace referencia a las «técnicas de fertilización homólogas, reconocidas por la OMS[21]. Podría pensarse en una estrategia para quedar vinculado a las pautas científicas establecidas por la OMS y presentar mayor flexibilidad. Sin embargo, en el anexo aclara que la ley implica la utilización de las gametas propias de cada integrante de la pareja (sin nombrar técnicas conocidas como el in vitro, ICSI, la criopreservación de embriones, etc...). Llama la atención la no mención de embriones ni las técnicas de fecundación a realizar y que la ley haya sido sancionada el 29 de diciembre. Necesariamente, pareciera que se teme mencionar embriones, criopreservación o alguna técnica en particular.

Así, a diez años de haber escrito la versión original de este artículo, lamentablemente la situación de Latinoamérica no parece haberse modificado sustancialmente.

21. Ley 14.208. Reconocimiento de la Infertilidad Humana como enfermedad.. Artículo 1. Provincia de Buenos Aires.

12

¿Debe el Estado cubrir los tratamientos de fertilización asistida? Análisis a la luz de la bioética

CLAUDIA BROLESE

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA SALUD. 3. DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA. 4. LEGISLACIÓN SOBRE FERTILIZACIÓN ASISTIDA. 5. LA JUSTICIA FRENTE A LA INFERTILIDAD. 6. PRINCIPIOS DE BIOÉTICA EN PUGNA. 7. CONCLUSIONES. 8. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

La reproducción del ser humano ha causado fascinación a lo largo de la historia, quizás en ningún otro campo de la ciencia se percibe con tal claridad la perfección de la naturaleza. Pocas áreas en la medicina han experimentado en los últimos tiempos un avance tan marcado como lo relacionado con el estudio y tratamiento de los procesos reproductivos (2). Los principales avances biotecnológicos en el campo de la medicina han estado orientados a encontrar remedio a la esterilidad e infertilidad humanas (3). Las técnicas de reproducción humana asistida han sido definidas como el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o a sustituir las primeras fases del proceso biológico de la procreación natural humana (1) (4).

El término esterilidad o infertilidad se utiliza indistintamente para referirse a la incapacidad de reproducirse, aunque esto no es exacto, pues desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto de esterilidad, que indica imposibilidad de efectuar la fecundación e implica que esta alteración es irreversible, del de infertilidad, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, aunque sí sea posible la fecundación y, por tanto, el desarrollo del embrión o feto (5).

Son varias las causas por las cuales no se puede concebir: así, encontramos causas femeninas, masculinas, factores mixtos de origen desconocido, y dependiendo del tipo de dificultad será necesaria la utilización de una o varias técnicas para favorecer la concepción. Existen varias técnicas de reproducción humana asistida a partir de las cuales derivan innumerables variaciones:

La inseminación artificial se define como el procedimiento mediante el cual se introduce el esperma masculino en la vagina, el canal cervical o el útero de la mujer sin recurrir a relación sexual. Tiene como objetivo facilitar un medio para que la fecundación tenga lugar de una manera natural (6).

La reproducción asistida o artificial se ha desarrollado en biomedicina a partir de tres técnicas: la reproducción asistida *in situ* o intracorpórea, que se refiere al proceso de reproducción que se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer; la reproducción asistida in vitro o extracorpórea, que se refiere al proceso de reproducción que cuya fecundación se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer seguido de la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer; y la clonación, entendida con fines reproductivos artificiales. Por otra parte, homóloga es cuando se realiza con semen del esposo o del hombre que conviva con la mujer, mientras que en la heteróloga se utiliza semen de un donante. El objetivo primordial que persiguen estas técnicas consiste en promover la salud de aquellas personas que por cualesquiera circunstancias no pueden tener hijos de manera natural (7).

A su vez, puede definirse la infertilidad como la imposibilidad de una pareja de alcanzar la concepción o de concretar un embarazo después de un año o más de mantener relaciones sexuales normales. En esos intentos no deben haber sido usados uno o algunos métodos anticonceptivos (OMS, 1990).

La infertilidad es, sin duda, un problema con repercusión social, que llega a afectar no sólo al rendimiento laboral e intelectual del ser humano sino también a la integridad de la familia y las relaciones interpersonales de la pareja y, consecuentemente, a su salud mental y física, si tenemos en cuenta la definición de salud dada por la OMS: «...un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad».

Generalmente se parte de la base que toda persona adulta tiene derecho a procrear y, por lo general, la gente hace uso de este derecho sin requerir asistencia de terceros. Pero no ocurre lo mismo cuando se

trata de personas infértiles, que deben apelar a las técnicas de reproducción asistida. Durante la última década del siglo XX se explicita un concepto de salud sexual y reproductiva basada en la definición de salud aceptada por la OMS. La Organización Mundial de la Salud ha definido la salud reproductiva como «el estado general de bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedad o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos» (Naciones Unidas, documento A/CONF: 171/13: informe de la CIPD).

En el año 1994 se celebró La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) cuyas recomendaciones fueron recogidas en un Informe Final. El apartado 7.2 del documento establece:«La salud Reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia la salud reproductiva 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». (A/CONF.171/13). Asimismo, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) y la de El Cairo «permitieron acordar una plataforma de acción entre los países signatarios que catalizó el surgimiento de instrumentos legales y programáticos que consagran y promueven estos derechos» (8).

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, y acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. El derecho fundamental a la protección de la salud no es un derecho «de» sino «a», es decir un derecho prestacional que da lugar a una prestación exigible al Estado, que ciertamente va más allá de un derecho a la salud como ausencia de enfermedad, porque apunta a la promoción del bienestar de la persona y al derecho a una mejor calidad de vida(10).

El Derecho a la salud constituye un derecho personalísimo, como

se estableció en las Declaraciones sobre Derechos Humanos que, con jerarquía constitucional, se plasmaron en el art. 75 inc. 22 de la Constitución en los cuales la salud ha sido reconocida como valor y como derecho humano fundamental (11).

«El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su carácter trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental». Doctrina de Fallos 323:3229, 325:292 (12).

Con la reforma de la Constitución del año 1994, el derecho a la salud se encuentra formulado en los arts.41 (medio ambiente) 42 (consumo y usuario de servicio público), y 75, inciso 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) e inciso 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr igualdad real).

Derecho a la Salud en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires:

El art. 36, inc.8, de esta Constitución Provincial, se reconoce como derecho social: «A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas toxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de su producción y comercialización».

3. DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

No cabe duda que dentro del derecho a la salud se encuentra el derecho a la salud reproductiva; el mismo se halla reconocido en la ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, cuyo objetivo es: «Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y

Procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación coacciones o violencia. Garantizar a toda la población el acceso la información, orientación métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable.»

4. LEGISLACIÓN SOBRE FERTILIZACIÓN ASISTIDA

La ley no ha avanzado a la par que el desarrollo de la ciencia médica, muchos tratamientos no están regulados y generan conflictos éticos y jurídicos, no sólo a los pacientes sino también a los profesionales que llevan adelante éstas prácticas. Los descubrimientos científicos y sus aplicaciones técnicas avanzan más de prisa que la regulación jurídica de los mismos.

La ética y el derecho se enfrentan a realidades nuevas que desbordan sus ámbitos de conocimiento y que cuestionan la esencia misma del hombre. Los progresos biotecnológicos conllevan logros espectaculares, pero enfrentan a los operadores del derecho con situaciones inéditas que cuestionan las categorías jurídicas elaboradas por la dogmática y promueven su revisión mediante soluciones actualizadas.

En Argentina no existe una Ley nacional de técnicas de reproducción asistida, falta únicamente que nuestros legisladores evalúen el costo-beneficio de hacer que la salud reproductiva, tal y como hoy conocemos, abarque no solo los métodos de anticoncepción sino los de reproducción en su totalidad, brindando cobertura en la utilización de la biotecnología reproductiva para quienes, por su infertilidad, no pueden concebir. En nuestro país, el PMO (Programa Médico Obligatorio) excluye de cobertura el tratamiento de la infertilidad en una situación de desamparo legal similar a otras enfermedades. Aunque existen proyectos en danza en el Congreso Nacional, hasta la fecha no se ha sancionado ninguna Ley.

El acceso a las técnicas de fertilización asistida constituye un aspecto del derecho a la salud, por lo que este derecho no puede estar reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad, y resulte vedado para quienes carecen de recursos suficientes. El objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos –igualitarismo–, sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud, dentro de un sistema universal y solidario (12).

Por ello, se debe tener en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de la pareja además de su derecho a procrear. Si bien la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad, en el derecho argentino no sólo no está definido qué se entiende por trastorno de fertilidad, sino que además falta determinar previamente cuáles serían los tratamientos médicos indicados a los supuestos clínicos que la norma individualice. Puede afirmarse entonces «que el acceso a las técnicas de fertilización asistida se alza como una de las múltiples aristas que conforman el derecho a la Salud y más puntualmente el derecho a la salud sexual y procreación responsable» (13).

Varias provincias de nuestro país (Buenos Aires, Río Negro y Córdoba) han promulgado la cobertura de estas técnicas. En efecto, la Provincia de Buenos Aires reconoce la infertilidad como enfermedad a través de la Ley 14.208 siendo reglamentada mediante el decreto 2980 (BO de 3 de enero de 2011), lo cual ha sido un avance muy importante para el derecho a la salud. Los puntos fundamentales son: el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la OMS. Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha organización; define el significado de infertilidad como la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa; establece la incorporación de las prestaciones a la Obra Social Estatal Provincial a fin de garantizar la cobertura gratuita de tratamientos de reproducción asistida para todas aquellas parejas que padecen algún trastorno que les impide concebir de manera natural. Las obras sociales y prepagas que brindan cobertura en la Provincia quedan así obligadas a brindar la prestación de estos procedimientos a sus afiliados, al tiempo que quienes no gozan de dicho servicio pueden someterse al tratamiento necesario en alguno de los siguientes hospitales públicos: Güemes, de Haedo; San Martín, de La Plata; Allende, de Mar del Plata, Penna, de Bahía Blanca; y Eva Perón, de San Martín.

En la Ley no se establece un límite de edad, pero el decreto Reglamentario 2980/10 determina que «Accederán a los tratamientos de fertilidad asistida aquéllas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los 30 y 40 años». Se dará prioridad a las parejas que no tengan hijos producto de dicha relación brindando la posibilidad de un trata-

miento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos. Para dar cobertura a los pacientes, la Ley exige una residencia de dos años en la Provincia.

5. LA JUSTICIA FRENTE A LA INFERTILIDAD

Desde hace unos años, la Justicia se ha ido expidiendo en un sentido ampliamente favorable con respecto a los recursos legales interpuestos por quienes padecen problemas de gestación y/o infertilidad que exigen que las obras sociales y empresas de medicina prepaga cumplan con la obligación de contemplar, proveer y cubrir integralmente los tratamientos, procedimientos y medios necesarios para tratar y superar dicha situación, pues la infertilidad es una enfermedad que, si bien no existe riesgo de vida o peligro de muerte, incide seriamente en la salud de las personas afectadas. Es decir, que el derecho a la salud reproductiva incluye el deber de cubrir tratamientos de fertilización artificial, por lo que se habría lesionado el derecho a procrear que garantiza la Constitución y los tratados internacionales.

Existe una línea jurisprudencial que, afortunadamente, se ha abierto camino en los últimos años, tendiente a incluir las técnicas de fertilización asistida dentro de las prestaciones obligatorias de los servicios de salud. El activismo judicial se alza entonces como generador de respuestas para garantizar el acceso a los derechos fundamentales (14).

Definida la infertilidad como un funcionamiento anormal del sistema reproductivo, que priva a las personas de todos los niveles socioeconómicos de crear una familia, se trata de una enfermedad que puede originar depresión, ansiedad y angustia que contaminan la vida de relación de la pareja, que advierte con desasosiego la frustración en procrear e integrar su núcleo familiar con su descendencia. No es una condición dada, sino que implica una alteración en el ciclo natural de la vida de nacer, crecer, reproducirse y morir. Como tal merece ser tratada, en la medida que existen modernamente técnicas médicas que pueden procurar el fin deseado con el resguardo de la salud de ambos progenitores.

Nuestros tribunales han oscilado entre el reconocimiento y el rechazo de la cobertura médica de éstas técnicas, algunas han limitado los montos, otras han determinado que cantidad de intentos se debían realizar, etc. Hemos analizado más de 153 declaraciones judiciales, entre amparos y medidas autosatisfactivas iniciadas por afiliados de la Obra Social Estatal Provincial, que cuenta con más de dos millones de afiliados, con el objeto de que sean cubiertas las técnicas de fertilización asitida.

Esta casuística fue relevada antes de la vigencia de Ley de Fertilización Asistida en el período comprendido entre febrero a noviembre de 2010, en toda la Provincia de Buenos Aires y sus distintos Departamentos Judiciales.

La mayoría de las sentencias y/o medidas cautelares se inclinaron por aceptar la cobertura del 100% de las distintas técnicas y medicamentos en su totalidad (92 casos). Los fundamentos para aceptar dichas técnicas han sido:

1. El acceso a técnicas de reproducción humana asistida constituye un derecho humano, pues el art. 17 de la Convención Americana protege el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia, lo cual constituye la base para garantizar el acceso a dichas técnicas de fecundación, derecho que también se encuentra reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Es procedente la acción de amparo tendiente a obtener de parte de la empresa de medicina prepaga una cobertura total en la realización del tratamiento de fertilización asistida, pues, la falta de cobertura de la técnica de fecundación artificial que permite la procreación a la mujer estéril es una decisión que atenta contra el derecho a la vida familiar, ya que deja sin la oportunidad de fundar una familia y de tener hijos a la mujer que, por razones de salud, no puede engendrar naturalmente, en tanto que las limitaciones a los derechos humanos no pueden ser arbitrarias ni restringir el derecho a la vida familiar y a la procreación en razón de las condiciones económicas.

3. El derecho a no ser discriminado, contemplado en los arts. 1º y 24 de la Convención Americana, abarcan la situación de las personas con problemas de infertilidad, para las cuales las técnicas de fertilización asistida son la única opción para tener un hijo y concretar su planificación familiar.

4. La infertilidad es un problema de salud, porque se debe a un problema físico concreto que justamente la técnica requerida permite sortear, y siendo que, cuando la realización de otros derechos reconocidos como el de la dignidad humana, acceso a la vida familiar, la no discriminación y la equidad– dependen de la provisión de un tratamiento de salud en particular, tal como lo es la FIV para responder a una infertilidad, el Estado está obligado a brindar estos tratamientos y

a garantizarlos, en forma progresiva, también lo están las empresas de salud, que tienen la obligación de cubrir las prestaciones básicas.

5. Derecho a la salud. Los derechos anteriores deben ser complementados con el derecho a la salud y, específicamente, con el derecho a la salud reproductiva.

Tal como se señala en el segundo párrafo de la Observación Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existen numerosos instrumentos de derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a la salud. De ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1º del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2º del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas «medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho ».Si bien en la Observación Nº 14 mencionada se aclara el historial, la elaboración, la redacción expresa del párrafo 2º del artículo 12, reconoce que el derecho a la salud, abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana.

6. La infertilidad es un problema de salud, porque se debe a un problema físico concreto, que justamente la técnica requerida permite sortear. Así pues, en todos estos sentidos, el derecho a la salud tiene directa relación con las técnicas de reproducción asistida.

7. Dentro del derecho a la salud se encuentra el derecho a la salud reproductiva. Este se halla reconocido en la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, cuyo objetivo es: «Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia».

8. El derecho a las técnicas desde la óptica de la ley 26.485. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y específicamente, señala que se garantiza a la mujer el derecho a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

9. El PMO (Programa Médico Obligatorio) constituye un estándar mínimo de protección, mas no una enumeración taxativa.

Los fundamentos para rechazar la cobertura (63 casos) han sido:

1. Uno de los argumentos de los fallos que rechazan las coberturas de fertilización asistida es que las mismas no se encuentran incluidas en el PMO.

En primer lugar, el PMO cubre las prestaciones destinadas a determinar la situación de fertilidad de las personas. Lamentablemente, en el caso de determinarse problemas de fertilidad no cubre ninguna de las prestaciones de fertilización asistida, pese a que el Programa debe ser adecuado a las normativas vigentes como se explica a continuación.

El Programa Médico Obligatorio señala que la infertilidad no está en la legislación nacional como una enfermedad o patología que las obras sociales deban cubrir centrándose los argumentos en torno de la falta de normativa expresa que imponga a las obras sociales o al sistema de medicina prepaga la cobertura de tales tratamientos, por lo que la negativa no resulta irrazonable ni arbitraria. Además, no se trataría de situaciones en las que la vida de los amparistas se encuentre en riesgo. A ello debe sumarse que la incorporación de las técnicas de fertilización asistida impone la necesidad de arribar a consensos sociales sobre las opciones bioéticas involucradas, así como la previsión de su financiación. Si bien el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales, ello no autoriza a enunciar el principio contrario, esto es, que los mencionados entes deban satisfacer todos y cada uno de los pedidos que sus beneficiarios pudieran formular, aun cuando estén relacionados con la atención de la salud de las personas y sin limitación alguna (15).

Otros fallos hacen hincapié en que, tratándose de una práctica de alto complejidad y alto costo, generaría un desbalance económico en la Obra Social.

Con respecto a la fertilización no se encuentra dentro de las obligaciones legales su cobertura, porque en este caso se encontraría dentro del PMO, brindando asistencia en los tratamientos. Tratándose de prestaciones de alto costo y con potencial incidencia para repercutir en el resto de necesidades de salud a cubrir en favor del resto de los asociados, es necesario que concurra una concreta previsión normativa al res-

pecto que asuma con la debida previsión la distribución equitativa y solidaria de los recursos.

6. PRINCIPIOS DE BIOÉTICA EN PUGNA

En el ejercicio de los derechos reproductivos las personas ejercen el principio de autonomía. Ese libre campo de autodeterminación, donde todo individuo puede ejercer sus elecciones personales conforme a sus propios valores y principios sin intromisión ajena, que garantiza el propio proyecto de vida sin interferencias arbitrarias de terceros, es inclusive mucho más amplio que el concepto bioético de autonomía, entendido este último como el derecho de todo individuo a tomar las decisiones en orden al cuidado de la salud, luego de ser informado de manera adecuada, completa y veraz por el profesional.

El principio de justicia, que implica imparcialidad en su distribución, se puede concebir como aquél que obliga a tratar a los iguales igualitariamente. Otra cuestión se refiere a los criterios éticos en la asignación y distribución de los recursos y al reconocimiento de la salud como Derecho Humano fundamental y, en caso de conflictos de valores, se debe «priorizar el que respete a la dignidad inherente al ser humano» (16).

Además, sabemos que los recursos en salud son limitados y no es justo que existan desigualdades. Como bien lo establece la Comisión de Determinantes Sociales de Salud de la OMS, reducir las desigualdades es un imperativo ético. Las cuestiones de justicia distributiva deben ser resueltas a través de políticas públicas. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha determinado en numerosos fallos que ni las Obras Sociales ni las prepagas pueden alegar excusas de costos para ofrecer la cobertura de salud de las personas.

Por este motivo es importante que la distribución de los recursos y la financiación de estas técnicas sea elaborada en forma metódica y programada a través de políticas públicas de salud con el objeto de disminuir la inequidad Es muy importante la Ley de Fertilización Asistida en la Provincia de Buenos Aires, en la cuál las técnicas se desarrollan con efectores públicos de salud (4 centros), con el objeto de que la gente que no cuente con cobertura de Obras Sociales, prepagas etc., pueda acceder gratuitamente a las técnicas de fertilización.

A todo esto hay que sumarle que la mayoría no puede acceder a estas técnicas por carecer de medios económicos, por lo que existe un

problema de igualdad y de inequidad. Es necesario que el Estado establezca las políticas públicas en salud sexual y reproductiva armonizando los derechos e intereses en juego, pues no existe duda alguna de que el ejercicio de los derechos reproductivos, tanto en su faz positiva (concepción) como en su faz negativa (contracepción), se enmarca en el ámbito de señorío que le es reconocido a todo sujeto por nuestro ordenamiento constitucional, en su art. 19. Entendemos, por consiguiente, que el Estado debe hacerse cargo de los tratamientos de reproducción asistida, y que no es lógico que a través de amparos y medidas autosatisfactivas se pueda acceder a las prestaciones, ya que esto genera costos innecesarios (peritos, costas, etc) que podrían ahorrarse y ser utilizados en políticas públicas en salud.

No estamos hablando de resolver una mera confrontación entre derechos patrimoniales de los particulares, sino de armonizar el derecho que tiene toda persona para procrear responsablemente con el principio de solidaridad (17). En salud los recursos siempre son escasos y las necesidades crecientes y, además, es indudable que el Estado está obligado a velar por la salud de la población. En Argentina hay muchos niños nacidos por las técnicas de fertilización asistida; sería ideal que las mismas sean incluidas en el PMO, y que la infertilidad sea considerada una enfermedad en todo el país y no sólo en algunas provincias. La fertilización asistida es parte de la salud reproductiva, está englobada en el concepto integral de salud y, por ende, en relación a la distribución de recursos debería basarse en los siguientes principios éticos:

Universalidad: la salud es un derecho humano fundamental y nadie puede quedar excluido del goce integral del mismo.

Igualdad: no hay salud reproductiva de mínimos y salud reproductiva de máximos.(18) Es decir, que toda persona tiene derecho a la mejor calidad de atención a su salud reproductiva más allá de su condición económica (19)

7. CONCLUSIONES

El acceso a las técnicas de fertilización asistida es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todas las personas.

La exigibilidad de las técnicas de fertilización asistida halla su fundamento en el Derecho a la Salud, pues la infertilidad ha sido considerada por la OMS como una enfermedad, y en el derecho a la privacidad y libertad, como derechos personalísimos, que se constituyen como el marco del «derecho a procrear».

El contenido del derecho a la salud es amplio. La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha señalado que el derecho a la salud ostenta rango constitucional y que el acceso a las técnicas de fertilización asistida se alza como una de las múltiples aristas que conforman el derecho a la salud.

Corresponde, pues, al Estado afrontar los gastos que genera el tratamiento de fertilización asistida. Si bien en la Provincia de Buenos Aires está legislado, no se deben olvidar los compromisos internacionales que ha asumido el país.

Cualquier persona debería acceder a las técnicas de fertilización asistida sin la intervención judicial. Con respecto al impacto económico que puede incidir en la Obras Sociales, no resulta lógico como argumento debido a que otros tratamientos médicos más onerosos sí son cubiertos.

Estas técnicas son de alto costo, por lo que el poder ejecutivo debe establecer las políticas públicas de salud y establecer las prioridades, y no debe administrar los recursos el Poder Judicial. No cabe duda que si una persona con infertilidad tiene derecho a recurrir a estas técnicas para poder tener hijos, las Obras Sociales deben cubrir estos costos, como cualquier enfermedad, debido a que están involucrados derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución.

Por último, debe recordarse que el derecho a la procreación es una realidad del reconocimiento de otros principios constitucionales, como son: la Constitución Nacional; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto de San José de Costa Rica; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Deseamos que nuestros legisladores regulen esta técnicas para todos los argentinos sin distinciones.

8. REFERENCIAS

(1) SERRANO, D., Análisis de las Nuevas técnicas de Reproducción Asistida. Una perspectiva de Género. *htpp://www.paho.org/spanish/DD/PUB/PC541-234-241 pdf*.

(2) MARTÍNEZ, A., El derecho frente a la procreación artificial. La infertilidad y sus tratamientos. Ed. Abaco Depalma, p. 38.

(3) LOYARTE, D., El Pre-nacimiento de la Fecundación Asistida. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ed La Ley, 2002, p. 529.

(4) TOMÁS Y GARRIDO, G.M., Cuestiones actuales de Bioética, EUNSA Pamplona, 2006, p. 63.

(5) VEGA GUTIÉRREZ, J., VEGA GUTIÉRREZ, M.L., BAZA, P., Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1993, p. 27.

(6) ANDERSON GARCÍA, S., Reproductive Technology. Rights and seting limits. Jleg.med II (1), 14, 1990.

(7) Diccionario Latinoamericano de Bioética. Ed Unesco, 2008, p.545.

(8) PÉREZ ÁLVAREZ, S., Avances del Derecho ante los Avances de la Medicina. Ed.Thomson Aranzadi, 2008, p. 607.

(9) GARCÍA RUIZ, Reproducción humana asistida: Derecho, Conciencia y Libertad. Comares 2004, Granada, p. 246.

(10) HOFF, P., Bioética Derecho y Ciudadanía. Ed Temis, 2005, p. 56.

(11) MACKINSON, G., FARINATI, A., Salud Derecho y Equidad. Ed Ad Hoc, 2001, p.36.

(12) CHARTZMAN BIRENBAUM, A., Una visión holística del Derecho a la Salud y la política de Gestión, HOLOGRAMÁTICA – Facultad de Ciencias Sociales – UNLZ – Año IV, núm. 7, V5 (2007), pp. 69-8.

(13) ROMEO CASABONA, C. M., El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 119-123.

(14) CIFUENTES, S., Derechos personalísimos Ed Astrea 1995, p. 449.

(15) CHARTZMAN BIRENBAUM, A., Una visión holística del Derecho a la Salud y la política de Gestión, HOLOGRAMÁTICA – Facultad de Ciencias Sociales – UNLZ – Año IV, Número 7, V5 (2007), pp. 69-8.

(16) HOFF, P., Bioética Derecho y Ciudadanía. Ed. Temis, 2005, p.40.

(17) FAMA, M.V., La Infertilidad y el Acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida como un Derecho Humano. La ley (T 2009-D), p. 84.

(18) FRANCISCO MAGLIO, «Ética y justicia en la distribución de la salud». En: Perspectivas Bioéticas, Ed. Gedisa, núm. 13, 2002.

(19) DELLACQUA, M., Un problema de Etica Aplicada: La fertilización asistida a la luz de la ética convergente. Revista Científica UCES Vol.XI, núm. 1, p. 85.

13

¿Retadas por no ser madres? Lectura crítica de las nuevas tecnologías reproductivas desde el feminismo

SANDRA FODOR

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DIVORCIO DE LA SEXUALIDAD Y LA FECUNDIDAD: NUEVAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN. *2.1. El manejo de la reproducción y la sociedad.* 3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS [RE]INTERPRETADAS DESDE EL FEMINISMO. 4. INFERTILIDAD E INFECUNDIDAD: ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS. 5. MATERNIDAD SUBROGADA. *5.1. Determinación de la maternidad.* 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la modernidad los clásicos ideales de libertad, igualdad y ciudadanía iniciaron un proceso de redefinición. En este proceso se hicieron presentes las reflexiones feministas, básicamente a través de la denuncia de falsas ideas imperantes en relación a una supuesta neutralidad acerca de las implicancias del sexo y género en nuestras vidas.

En este proceso, en donde se redefinen los límites entre el público y lo privado, los feminismos han puesto de relieve la necesidad de pensar los derechos reproductivos a partir del análisis de nuestras concepciones y prácticas culturales sobre la sexualidad, la maternidad, el trabajo o la participación en lo público[1].

Con respecto al debate sobre la justicia reproductiva, compartimos con Bergallo[2] la idea de que es una demanda incumplida de las transi-

1. BERGALLO, Paola, *Justicia, género y reproducción.*
2. *Ibídem.*

ciones democráticas latinoamericanas, del cual no está ajeno la República Argentina. Ello es así porque los procesos de democratización de los países latinoamericanos mantienen grandes deudas con las mujeres. Estas deudas en materia de salud reproductiva se materializan en el conjunto de factores que constriñen sus [nuestras] decisiones reproductivas, obligándolas a una maternidad no deseada, o no planeada, o sometiéndolas a los riesgos de un aborto clandestino. La imposición de la maternidad –y del aborto inseguro– resultarían de la interacción o ausencia de diversas prácticas, reglas y políticas.

Los sistemas educativos que podrían dar luz sobre este problema, presionados por una doble moral y por la iglesia católica, se resisten a una incorporación plena de la educación sexual de tal forma que se carece de políticas públicas que garanticen información y consejería y el acceso efectivo a un menú de opciones anticonceptivas;...y si existen algunas políticas, éstas carecen de la diversidad necesaria para garantizar su adaptación a las distintas circunstancias de las mujeres: adultas, adolescentes, niñas, discapacitadas, privadas de libertad, etc. En muchas oportunidades la maternidad forzada es el resultado de violencia sexual, violación o simplemente censura masculina al uso de preservativos. Paradójicamente, mientras a las mujeres se les impone como destino ineludible el ser madres, las madres y las mujeres embarazadas reciben tratos discriminatorios especialmente en el área laboral. La falta de políticas de cuidado determina las condiciones de supervivencia de quienes tienen hijos/as y afecta de forma desproporcionada a las mujeres pobres, y entre ellas especialmente a las que están a cargo de hogares monoparentales.

Los sistemas jurídicos latinoamericanos se caracterizan por la estabilidad y resilencia de muchas de las reglas restrictivas en materia de derechos reproductivos, con la paralela convivencia de bolsones de eficacia e ineficacia que afectan desigualmente a las mujeres, según su posición identitaria y de clase.

Las mujeres deberíamos tener derecho a elegir libremente la maternidad. Si hacemos un análisis lineal del amparo de este derecho, no faltaran voces que digan que la mujer puede ejercerlo libremente. Creemos que no es así.

2. EL DIVORCIO DE LA SEXUALIDAD Y LA FECUNDIDAD: NUEVAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN

El impacto de la contracepción médica (píldora y dispositivos in-

trauterinos) consistió en forzar la disyunción entre el acto sexual y la procreación. Con la contracepción se puede realizar el acto sexual sin correr el riesgo del embarazo, y por lo tanto la idea de las consecuencias bajo la forma del hijo/a se desprendió cada vez más de aquel.

La contracepción, con la imagen simbólica de *la píldora*, permite hacer el amor por placer, y poder desear tener hijos/as. Al decir de Marie Chatel, la contracepción médica es *una especie de esterilización temporaria*, que permite mantener en reserva, esperar, postergar la cuestión para más adelante,...congelarla. La contracepción médica se convirtió en segura y femenina. La generalización de la contracepción con éstas características entrañó una revolución consistente en un desplazamiento de la causa del nacimiento del/a niño/a. Ahora se encuentra invertido el orden de consecución lógica: antes la concepción de un niño/a era considerada como una consecuencia posible del acto sexual; hoy se la puede programar voluntariamente[3].

A principios de los años ochenta del siglo pasado, la contracepción era un hecho, y actuaba sobre las mujeres. El proyecto de una medicina científica al servicio de una gestión racional del anhelo de un/a hijo/a se había realizado. Pero esta medicina que se desarrolló sosteniendo a las mujeres en su lucha de liberación no se quedó allí, sino que abrió un nuevo campo de investigación científica y técnica: de una medicina de las mujeres destinada a aumentar su bienestar (contracepción, abortos no punibles, parto sin dolor, presencia del padre en el parto) se pasó a una medicina prescriptiva.

Decimos esto porque, poco a poco, en las consultas gineco-obstétricas apareció discreta y progresivamente la infecundidad, con embarazos cada vez más tardíos, mujeres cada vez más exigentes y urgidas a quedar embarazadas sin demora. El temor a la esterilidad sobrevolaba éstas consultas. La infertilidad se convirtió en el objeto de preocupaciones en aumento, de obsesiones... en un verdadero síntoma. El anhelo de tener un hijo se convirtió en el niño programado y muy pronto en uno hecho por la técnica. La sensación de fracaso que da la infertilidad puede transformarse entonces en éxito, con la ayuda de la medicina triunfante. Se volvió posible hacer un hijo al margen del sexo, el hijo alucinado, imposible, con toda legitimidad[4].

Así fue como el uso de las Nuevas Tecnologías Reproductivas[5] –en

3. Chatel, Marie-Magdeleine, *El malestar en la procreación*.
4. *Ibídem*.
5. Las NTR son todos los actos médicos dirigidos a *asistir* la procreación, y engloban tanto la ingestión de un estimulante de la ovulación como la cirugía tubaria reparadora, la inseminación artificial, o las diversas formas de fecundación in vitro. De estos

adelante NTR– comenzó justificándose en las «esterilidades comprobadas médicamente», es decir aquellas que de conformidad con la definición médica de esterilidad, se presentará ante la ausencia de embarazo al cabo de dos años de relaciones sin tomar precauciones[6]. Nos enfrentamos así a una definición «no médica», y basada en un criterio subjetivo pues lo «médicamente comprobado», seguramente variará de un galeno a otro.

Pero lo paradojal es que frente a la demanda concerniente a algo que se induce en carácter de síntoma (no tener el hijo cuando se quiere tenerlo) la respuesta médica consiste en tratarlo somáticamente, cuando en realidad no hay síntoma somático alguno[7].

Clásicamente la medicina separa de manera dualista lo somático de lo psíquico, y se ocupa del cuerpo enfermo. Pero las NTR constituirán una práctica novedosa también en éste sentido, puesto que rompen con el proceder médico clásico, al tratar una cuestión puramente subjetiva mediante una respuesta somática. Parecería que no hay acto médico más generoso que dar un hijo a quienes se creen privados de él y dicen quererlo. Pero ¿es conveniente poner en práctica manipulaciones biológicas sobre cuerpos que no son patológicamente estériles, sino probablemente infecundos?[8] Estas cuestiones se tornan delicadas, sobre todo cuando se constata que los límites que se dan los médicos pueden ser diferentes de uno a otro[9].

Una vez involucrada la sociedad en esta lógica de las NTR, ofrecidas a quien las solicita de manera insistente porque hay un lamento por la falta de hijos, los límites se corren constantemente con la aparición de nuevos «casos récords». Y así, en Argentina, cotidianamente, cualquier pareja o persona que sufra la falta de hijos, encontrará en algún

---

actos médicos, podemos distinguir aquellos que son reparadores o acompañantes, de los que son paliativos, en tanto y en cuanto sustituyen las funciones inhibidas.

6. La Provincia de Buenos Aires, a fines del año 2010 promulgo la ley 14.208, a través de la cual se reconoce a la infertilidad como una enfermedad. En virtud de ello, tanto obras sociales, prepagas, como hospitales públicos, están obligados a cubrir los tratamientos de infertilidad bajo las condiciones que determina la ley.
7. Chatel, Marie-Magdeleine, *ob. cit.* nota 3.
8. Y ello en el mejor de los casos, porque cuando los problemas de infertilidad los presenta –en una pareja heterosexual– el hombre, a los efectos de logar mayores porcentajes de éxito, la mujer que, a los efectos de definir si es infértil o no, está sana, será sometida a una serie de prácticas invasivas, como por ejemplo la hiperestimulación ovárica.
9. Máxime en la Argentina cuando el vacío legal frente a las NTR es casi total, y lo que se puede o debe hacer es decidido por el director de cada clínica.

circuito un galeno generoso que intente hacer realidad su sueño de un hijo a medida...

2.1. EL MANEJO DE LA REPRODUCCIÓN Y LA SOCIEDAD

La reproducción asistida se enfrenta con valores fundamentales de la sociedad donde es utilizada: la frontera de lo predictible se ha tornado invisible. Frente al surgimiento de nuevos interrogantes, algunos dilemas no tan recientes como si ¿se debe mantener anónima la identificación de los donantes?, ¿cuál es la importancia de los vínculos genéticos?, ¿qué características determinan la exclusión de una pareja para este tratamiento?, ¿si una mujer soltera o una pareja homosexual, tienen derecho a ser sujetos elegibles de éstas técnicas?, o ¿en qué momento se le dice a una pareja o a una persona que debe «parar», que no vale la pena seguir adelante con los tratamientos? Y lo mas importante, ¿quién tiene el derecho a tomar estas decisiones?, siguen sin ser respondidos.

Algunos de los problemas que se plantean ponen de manifiesto que si bien hay un derecho a procrear, éste no es absoluto[10], ya que la defensa de ciertas técnicas parece olvidar la perspectiva del niño/a (el impacto físico, psicológico y social) y otras parecen no tener en cuenta a la mujer, que en ocasiones puede llegar a ser sujeto de experimentación, o simplemente «cosificada« en tanto y en cuanto es tomada como medio para lograr un fin: el nacimiento de un niño/a.

A todos estos interrogantes traducibles en dilemas bioéticos, debemos agregar el hecho de que no es sencillo evaluar las consecuencias y riesgos que los avances de las distintas áreas científicas producen en la reproducción. De la mano de la ciencia se ha medicalizado las distintas etapas de la vida de la mujer desde la menarca hasta la menopausia, con especial incidencia en el embarazo y el parto.[11]

En general, las parejas o las personas que inician un tratamiento de reproducción asistida (ya sea para solucionar sus problemas de esterilidad o infertilidad, o para acceder a la maternidad o paternidad que por no tener pareja o por tener pareja del mismo sexo, les sería imposible acceder por métodos naturales) saben muy poco sobre los detalles del tratamiento. La falta de información adecuada, afecta en mayor medida a las mujeres, quienes son [somos] las que se someten a un mayor número de procedimientos, generalmente invasivos.

---

10. LUNA, Florencia y Arleen SALLES, *Decisiones de Vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*.
11. SOMMER, Susana E., *Avances científicos y tecnológicos, ¿cómo nos afectan?*

Hay médicos que piensan que no les corresponden preocuparse de los sentimientos de sus pacientes y trabajan exclusivamente en la solución física del problema. Ésta es una conducta ingenua por parte de los galenos, quienes deben entender que más allá de su pericia técnica, su manera de hablar, de mirar, de escuchar e inclusive de tocar a la paciente es determinante de su satisfacción, lo que influirá decididamente en los resultados del tratamiento.

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS [RE]INTERPRETADAS DESDE EL FEMINISMO

Podríamos decir que los enfoques feministas se enfrentan en general a toda la bioética estándar, tanto por su ceguera ante el factor social del género que actúa como vector institucional de discriminación y desigualdad, como por su androcentrismo constitutivo, en tanto y en cuanto las experiencias masculinas ante la enfermedad y la práctica médica se postulan como experiencias universales.

El movimiento feminista tuvo en los años sesenta y setenta del siglo pasado una especial sensibilidad para situar en el centro de la agenda política los derechos reproductivos, la libertad sexual y la propia vivencia corporal, ligada a la crítica de la medicalización de lo femenino. La enfermedad y el modo de enfermarse de las mujeres eran aspectos de la vivencia repotenciada del propio cuerpo femenino dada la asunción básica que había alentado el discurso científico patriarcal: la complicación entre enfermedad y patología. *La medicalización de la vida «natural» de la mujer se convierte, en clave foucaultiana, en un disciplinario para mantener el papel social relegado de las mismas en el ámbito privado-doméstico y al servicios de los otros*[12].

En la ruptura del otrora «idilio entre las mujeres y los expertos» tendrá un papel decisivo el movimiento feminista y aquellas demandas de los años sesenta y setenta del siglo pasado. Es así como de a poco, desde sectores de la medicina, la psicología, la antropología y la sociología, se irán diseñando análisis y respuestas a nuevas y viejas demandas biosanitarias de las mujeres.

La obviedad de que mujeres y hombres no enfermamos de la misma manera, de que la enfermedad está condicionada socialmente por los papeles sociales que ambos desempeñamos, poco a poco comenzará a ser explicada. Se empezará a prestar atención a las condiciones ambien-

12. PALMERO, María José, *Apuntes sobre bioética y feminismo: el caso español.*

tales y sociales del trabajo de las mujeres. Asimismo se desarrollará una escucha en relación a los síntomas particulares de las mujeres[13].

El feminismo de la segunda ola[14] se centrará en la crítica al ideario maternal. Podemos decir que esta problemización sobre la maternidad preludiará el tratamiento bioético de la tecno-reproducción interpretada como una nueva colonización del cuerpo femenino.

Verena Stolcke[15], desde su formación antropológica, había aludido a las nuevas tecnologías como la manera de asegurar la filiación paterna en consonancia con las prioridades del patriarcado. Desde el psicoanálisis, Sylvia Tubert[16] desgrana la complejidad simbólica de estas nuevas formas tecno-reproductivas que a su entender reforzaban el imaginario patriarcal de la entrega de la mujer a la maternidad y de la identificación casi absoluta entre mujer y madre, pues la mujer que no es madre representaría una anomalía del sistema.

Es así como con el advenimiento de las NTR tristemente se comenzó a desandar gran parte del sendero ganado frente a la no identificación de la salud de la mujer como la salud para ser madre. Entendemos consecuentemente que las NTR refuerzan la perspectiva que el rol primario de las mujeres es tener hijos, puesto que parecería que solo se es mujer cuando se ha tenido descendencia. Esto contribuye a reforzar los estereotipos y a que las mujeres permanezcamos socialmente subordinadas pues el valor radicaría en la biología. Ser mujer y ser o devenir madre son virtualmente utilizados como sinónimos[17].

Por ello, desde el punto de vista de la ética feminista, la cuestión fundamental a considerar es si ésta y otras formas de tecnologías reproductivas amenazan con reforzar la falta de autonomía que las mujeres experimentamos hoy en nuestra cultura, aún cuando parezca a primera vista que aumentan nuestra libertad.

---

13. Sobre el tema ver Carme VALLS-LLOBET, *Mujeres y hombres. Salud y diferencia* citada por PALMERO, María José, *ob. cit.* nota 12.
14. Décadas de los '80 y '90 del siglo pasado.
15. Sobre el tema ver Verena Stolcke, *El sexo de la biotecnología* citada por PALMERO, María José, *ob. cit.* nota 12.
16. Sobre el tema ver Sylvia Tubert, *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología* citada por PALMERO, María José, *ob. cit.* nota 12.
17. Aunque en determinados trabajos el «no ser madre» y el «no estar embarazadas» (requisitos altamente discriminatorios) aumentan las posibilidades de obtenerlos.
Por otro lado, la ideología del amor romántico estima que el mayor deseo de la mujer es «obsequiar» al marido con su descendencia, y el sistema de valores genera presiones materiales y simbólicas que contribuyen a reforzar la necesidad de cumplimiento del rol maternal.

4. INFERTILIDAD E INFECUNDIDAD: ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS

El tema del acceso a las NTR está estrechamente ligado a los criterios de elegibilidad de los beneficiarios de dichas tecnologías. En el discurso biomédico inicial sólo las mujeres y los hombres infértiles es decir quienes tenían restricciones físicas de fertilidad podían recurrir a la medicina reproductiva.

Pero al volverse populares, estas técnicas provocaron un doble fenómeno: por un lado, parejas homosexuales y mujeres sin pareja comenzaron a requerirlas, generando un debate moral sobre los patrones vigentes de parentalidad y conyugalidad. Por otro lado, y como ya lo hemos manifestado, la medicalización de la infecundidad, en lugar de potenciar la reproducción biológica como un instrumento de cambio moral para la reproducción social, ha resultado ser una poderosa herramienta de refuerzo de la moral heterosexual y de patrones de constitución de familia asentados en premisas naturalistas de lo femenino y lo masculino[18].

En consecuencia, nos preguntamos: ¿qué hace a una mujer elegible para las NTR, la infertilidad o la infecundidad? ¿el deseo de un hijo es razón suficiente para garantizar el acceso a éstas técnicas? ¿es necesaria una explicación médica para la infertilidad como condición de posibilidad de acceso?

En un principio se consideró que el discurso biomédico era suficiente para definir los criterios de elegibilidad. También se presumió ingenuamente que sólo mujeres y hombres infértiles recurrirían a la medicina reproductiva para procrear.[19]

Es dable aclarar que infertilidad e infecundidad son expresiones de distintos fenómenos, aunque en el campo de las NTR se trate de dos conceptos que están íntimamente relacionados. La infecundidad es la ausencia de hijos. Cuando es involuntaria, generalmente se traduce en términos biomédicos como sinónimo de infertilidad. Ahora bien, no siempre una mujer, un hombre o una pareja involuntariamente infecundos presentan restricciones clínicas de infertilidad, ni siempre se descubren las causas de la infecundidad involuntaria.

Esta frontera entre infecundidad e infertilidad es de especial impor-

18. Diniz, Débora y Rosely Gomes Costa, *Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías de reproducción asistida*.
19. *Ibídem.*

tancia para la comprensión de cualquier debate legislativo en torno al alcance que deben tener las NTR en relación a los criterios de elegibilidad de los/as usuarios/as. La otrora tranquilidad médica basada en que solamente personas infértiles serían elegibles para utilizar estas técnicas implicaba la premisa de que solo personas heterosexuales en relación de pareja recurrirían a la medicina reproductiva[20].

Es así que, por ejemplo, en Brasil, Holanda y Egipto los servicios públicos establecen criterios de inclusión para el tratamiento de la infertilidad que pueden consistir en una edad límite para la mujer (alrededor de 38 años) o la exigencia de una relación estable. Esto se basa en que según la definición de la Organización Mundial de la Salud[21], la esterilidad es la incapacidad de una pareja para lograr el embarazo después de un período de un año de relaciones sexuales sin métodos anticonceptivos.

Consecuentemente con esta definición de esterilidad, mujeres y hombres solos independientemente de su orientación sexual , o parejas homosexuales, estarían impedidos de tener acceso a los servicios públicos por no estar comprendidos en la definición de esterilidad adoptada.

Como se produce ya se ha dicho una sobreposición entre infertilidad e infecundidad, la ausencia de hijos habría llevado a una investigación médica que terminaba por justificar el uso de las técnicas reproductivas. En consecuencia, el objetivo de las NTR no será directamente el de solucionar la restricción de la fertilidad, el deseo del hijo sería motivo suficiente para el acceso a ellas.

Con este cambio de perspectiva la medicina reproductiva se consolidó como una nueva especialidad médica, que constituía más que un tratamiento de salud, un servicio. En este contexto ambiguo que asimila servicio a tratamiento, la categoría de «pareja infértil» resultaría estratégica. Ello así porque en la mayoría de los casos, la infertilidad no es una condición física de la pareja, sino de la mujer o del hombre. Ahora bien, independientemente del origen de la infertilidad, recordemos que las mayorías de las intervenciones se realizan en el cuerpo de la mujer, por ello transformar la infertilidad en una condición familiar y no en un problema de salud individual fue una estrategia que facilitó el compromiso de quien no presentaba problemas de fertilidad en el tratamiento médico[22].

---

20. *Ibídem.*
21. En adelante OMS.
22. Diniz, Débora y Rosely, Gomes Costa, *ob. cit.* nota 18.

Con la creación de esta categoría se ignora la diferencia que resulta de la manipulación del cuerpo de la mujer en los distintos pasos de la fertilización, que no solamente incorpora maniobras dolorosas, sino que la paciente deberá ingerir medicamentos que resienten su metabolismo y su estética[23]. Es así que con la perspectiva errónea de «tratar a la pareja» queda autorizado el pasaje del cuerpo real de la mujer al cuerpo simbólico e imaginario del varón, reiterando la pretensión homologante de la frase «pareja embarazada».

Por otro lado, es interesante observar que a pesar de que las NTR tienen el poder de propiciar diversas maternidades y paternidades[24] el pensamiento euro-americano[25] resignifica este fenómeno, adecuándolo al binomio madre/padre. Así, conforme a Souza[26], las tecnologías reproductivas conservan el modelo considerado natural de procreación, pues las sustancias o personas involucradas tomarían los roles *de* o sustituirían *a* otras sustancias o personas consideradas «naturales». La intervención tecnológica sustituiría a la relación sexual, la madre de alquiler sustituiría a la madre «verdadera», lo que se dona sustituiría el óvulo de la madre o el semen del padre; y, de esta manera, siempre habría una sustitución que permitiría la preservación del modelo asumido como natural, mientras que la intervención solamente ajustaría las condiciones físicas.

Ahora bien, aunque la infecundidad y la infertilidad se hayan superpuesto en el proceso de institucionalización de las NTR, la infertilidad de una relación heterosexual se configura como la presuposición natural que legitima la demanda para la solución de la infecundidad: la pareja infértil es la representación de la reproducción natural estéril por antonomasia que busca auxilio de la tecnología para solucionar la infe-

23. Como por ejemplo el «engordamiento» que sufrirán las mujeres a las que se les suministran determinadas drogas durante la preparación de la inseminación que constituirá un efecto traumático de compleja asimilación psíquica, porque esa mujer no estará exenta del dictamen de la moda que nos exige, además de una eterna juventud, un cuerpo anoréxicamente esbelto.
24. Como en el caso de inseminaciones heterólogas, mujeres u hombres solos, parejas homosexuales, maternidad de alquiler.
25. Marilyn Strathern enumera que los hechos considerados naturales de la procreación son la relación sexual, la transmisión de los genes y el parto. Las NTR permiten que uno o más de esos elementos sea evitado o sustituido, pero no modificado o suprimido. Con ello queremos significar que aunque no sea necesaria la relación sexual para la reproducción asistida, el parentesco euro-americano presupone que ésta ha existido y que también se haya instituido la relación heterosexual para establecer el parentesco. Citado por Diniz, Débora y Rosely Gomes Costa, *ob. cit*. nota 18.
26. Érica Sousa, citada por Diniz, Débora y Rosely Gomes Costa, *ob. cit.* nota 18.

cundidad involuntaria. En este cuadro lógico de complementariedad entre tecnología reproductiva y naturaleza, hay poca amenaza a las moralidades vigentes sobre la reproducción biológica y social con el avance de las tecnologías conceptivas.

Pero, ¿se consideran con el mismo derecho a todas las personas infértiles o infecundas? Abstrayéndonos de la posible legislación de cada país, seguramente en los servicios públicos la garantía de acceso y elegibilidad se centrará en parejas. Pero en el servicio privado no creemos que se presente la misma restricción del acceso a mujeres solas, hombres solos y parejas homosexuales, en virtud que en las clínicas privadas lo que impera es la lógica de mercado.

5. MATERNIDAD SUBROGADA

Cuando hablamos de maternidad substituta, subrogada o tambien llamada alquiler de vientres, nos estamos refiriendo a la combinación de NTR con un *nuevo tipo de contrato social:* la gestación de un feto por parte de una mujer que, después del nacimiento, no será su madre social.

Antes de continuar con el abordaje del tema, quisiéramos detenernos en la diferente terminología utilizada: subrogada, delegada, incubadora o sustituta. Veamos que significan cada una de estas palabras:

- «Subrogar» es «subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra»;
- «Delegar» es «dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación»;
- «Incubar» es «ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos»;
- «Sustituir o «substituir» es «poner a una persona o cosa en lugar de otra[27]

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método complejo de reproducción asistida, pues el mismo consiste –en la mayoría de los casos– en implantar en el útero de una mujer, un embrión para su desarrollo, quien deberá llevarlo en su seno durante todo el embarazo hasta el parto.

27. López Faugier, Irene. *La prueba científica de la filiación.*

Para LÓPEZ FAUGIER, la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque *gestar* significa: «llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto»[28].

Toda reproducción requiere colaboración, ya que nadie –aún– puede reproducirse solo/a. Pero la provisión de esperma, de óvulos, la transferencia embrionaria, y la maternidad substituta hacen de la reproducción un acto colaborativo de otra manera.[29] En la maternidad subrogada, una mujer está proporcionando la gestación del embrión durante los nueve meses, y además, en algunos casos, también su material genético.

Adentrándonos en su análisis, advertimos consecuentemente que pueden presentarse básicamente dos tipos de situaciones: que la mujer geste un embrión provisto por quienes tuvieron la voluntad procreacional y serían los padres, en cuyo caso será –en principio – solo la madre gestacional; o que la madre gestacional, además aporte su material genético, en cuyo caso tambien será la madre biológica. Producido un alumbramiento merced a un vientre de alquiler, ese niño/a tendrá –al menos– dos madres: la que lo dio a luz (madre gestacional) y otra de crianza (que es además quien ha tenido la voluntad procreacional). Puede existir una tercera mujer participe, si las gametas femeninas no son ni de la madre gestacional ni de la madre procreacional.

A pesar que la maternidad subrogada es una figura que está siendo utilizada en diversas partes del mundo, su estudio no ha dejado de presentar una alta complejidad. Es que a medida que estas prácticas se desarrollan, se plantean nuevos temas bioéticos y jurídicos.

Frente al aspecto pecuniario del contrato –cuando a la madre portadora se le paga por sus «servicios»– debe señalarse la explotación que implican éstas prácticas para las mujeres de escasos recursos. Esta crítica lleva ínsito el posible vicio del consentimiento de la mujer.

Otra crítica que se le hace a esta técnica es la posibilidad que sea utilizada por mujeres o parejas que no tienen un problema de infertilidad, y su decisión esté motivada por el hecho que las mujeres no quieren atravesar por los inconvenientes que pueden producir el embarazo.

Los problemas jurídicos no son pocos. El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la prueba de la maternidad y

---

28. Diccionario de la Real Academia Española.
29. ROBERTSON, John A. *Madres sustitutas: no tan novedoso después de todo.*

la paternidad. La primera de acuerdo con la máxima romana *mater semper certa est*[30], se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad del hijo o hija; la paternidad en cambio se funda en la maternidad cierta y se identifica jurídicamente mediante presunciones que parten de la certeza de maternidad y de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí dentro del matrimonio. En consecuencia, el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa: el parto de la madre y la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo o la hija es realmente el que la mujer dio a luz.

Ahora bien, con la aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, en el proceso de la procreación y en un mismo escenario irrumpen diversas mujeres, quienes pueden participar con su material genético, a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido[31]. A diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre e hija/o durante el periodo de la gestación. Por ello mismo, el gran interrogante es si es éticamente aceptable escindir la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico.

5.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Ahora bien, ante la aparición de las diversas formas de maternidad subrogada, la doctrina civil, especialmente en aquellos regímenes jurídicos que no admiten estos contratos, mantienen inalterable la determinación de la maternidad, partiendo del presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, el cual será criterio fundamental para designar legalmente a la madre.

Se afirma que la labor de la mujer gestante no debería ser una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo/a. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido opinan debería ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener valor alguno los acuerdos celebrados con otras personas. La maternidad, consecuentemente, es una figura que no debería ser desdoblada, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la veracidad, que

30. La madre resulta siempre cierta.
31. Moran de Vicenzi, Claudia, *El Concepto de filiación en la fecundación artificial*.

se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre.

Sin embargo, ante la aparición de las distintas formas de maternidad que nos enfrenta la existencia de los «vientres de alquiler», una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. En aquellas legislaciones que expresa o tácitamente aceptan la maternidad sustituta y contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja con voluntad procreacional seria –para esta postura– el criterio más favorable a los intereses del niño/a, tomando en cuenta quienes han tenido esa voluntad.

En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción –al margen de su participación genética o biológica– no se habría dado inicio al proceso que originó el nuevo ser humano y que quiere al hijo/a para sí[32].

Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, sería reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen quienes realizan los actos que originan el nacimiento; en otras palabras, la responsabilidad por la procreación. Asimismo –insistimos en la aclaración, según está postura–, la aplicación del nuevo criterio evitaría una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer: si el marido o compañero se convierte en padre por que dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad.

Ahora bien, aun situándonos en esta postura, en aquellos supuestos de lo que se ha dado en llamar maternidad subrogada propiamente dicha, es decir cuando una mujer brinda además de su útero sus óvulos, ¿la maternidad también quedará determinada por la voluntad procreacional? ¿Cuál de las dos mujeres ejercerá mayor influencia en la formación del niño/a?

La disociación entre maternidad genética y maternidad obstétrica o de gestación trae al Derecho una nueva perspectiva, porque así como en la paternidad, no puede darse en el plano jurídico una maternidad múltiple. La tendencia generalizada sigue inclinándose por la seguridad

32. No obstante, dadas las posibles variantes a que puede dar lugar la intervención de diversas mujeres en el proceso procreativo esta solución puede ser insuficiente, porque este requisito puede cumplirse en cabeza de hasta tres mujeres (la madre genética, la madre gestante y la madre comitente).

del parto como dato de referencia para el concepto jurídico de madre. Es una decisión perfectamente comprensible, incluso ajustada a la necesidad práctica, pero la concurrencia del evento de las madres sustitutas y de una legislación que permite la investigación de la maternidad más allá de la realidad del parto provocan un desajuste social y biológico.

Es así como las práctica de las NTR alteran la otrora seguridad de la máxima romana, aunque paradójicamente aportan mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica. La donación de gametos permite que no siempre quien da a luz coincida con la que aporte su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gesta el hijo/a es el progenitor. Esa posibilidad unida al secreto con el que se suelen realizar las prácticas –con el objeto de dar a conocer lo menos posible el problema de fondo: la esterilidad– provocan hoy la consagración de auténticas ficciones.

Ante esta situación el Derecho, que se ciñe a comportamientos clásicos, se valdrá de interpretaciones amplias o de modificaciones legales, para así recobrar la seguridad jurídica frente a éstos nuevos presupuestos. Sin embargo, la solución no puede ser tan simplista como sustituir una regulación por otra adaptada a los nuevos tiempos. Mientras tanto, como sucede en Argentina, serán los magistrados quienes ante el caso concreto deberán llenar los vacíos[33].

La determinación filial tiende a asegurar la identidad personal, hoy básicamente en referencia a la realidad biológica. Responde a un interés familiar que durante años el derecho de familia reputó prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el Estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde[34]. ¿Cederá esa prevalencia frente a la maternidad subrogada?[35]

---

33. Los que van más allá de la determinación de la maternidad. Pueden enumerarse otros tantos problemas que pueden llegar a judicializarse tales como: quien tiene derecho a interrumpir el embarazo; el derecho de la madre gestante a no entregar al niño/a; el derecho a repetir lo pagado cuando la madre portadora se niega a entregar al niño/a; la posible revocabilidad del contrato; la aplicabilidad –o no– de las presunciones de paternidad; la posible necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante; la posibilidad de impugnar la maternidad; los posibles derechos hereditarios de niño/a, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación, etc., etc.
34. Bigliardi, Karina y Estivariz, María Soledad, *Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida.*
35. Al respecto, Farnós Amorós (en *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*) nos ilustra que de acuerdo con un informe del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en veintisiete ordenamientos la regla era que en caso de conflicto de intereses entre la madre comitente y la madre subrogada, la filiación materna debía establecerse a favor de la segunda, en base al

Finalmente, queremos resaltar que, a nuestro entender, ante la falta de legislación general que regule la práctica de la maternidad subrogada, los conflictos han sido resueltos, caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y al menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los «mejores intereses» del niño/a gestado/a, se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca[36]

En Argentina, no hay aún regulación nacional sobre las NTR en general, ni sobre subrogación en particular, con lo cual no hay patrones definidos sobre sus usos, con excepción de los consensos médicos. Sólo hay normativa en relación a la procreación en general, a través de la ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable. Mediante ella se crea precisamente el Programa de Salud sexual y procreación responsable. Sus objetivos son «alcanzar el nivel de salud sexual y procreación responsable más elevado para toda la población, disminuir la morbi-mortalidad materno-infantil, prevenir los embarazos no planificados, promover la salud sexual de los adolescentes, contribuir a la detección precoz de infecciones transmitidas sexualmente, garantizar el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable y potenciar la participación de las mujeres en la toma de decisiones relativas al tema». En esta ley hay una coincidencia respecto de la elección de utilización de métodos anticonceptivos para realizar una decisión autónoma, el derecho a tener hijos, a decidir libre y responsablemente su número y el espacio de tiempo entre los mismos, entre otros temas. Sin embargo, nada dice acerca de los alcances del derecho a la reproducción en su aspecto positivo, es decir el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear incluido el recurso a las técnicas de fecundación asistida o la maternidad subrogada.

Recientemente, la Provincia de Buenos Aires ha dictado la ley 14.208 ley de reproducción asistida de la Provincia de Buenos Aires, norma por demás simplista en su aproximación a las cada vez más complejas biotecnologías que se aplican a la procreación humana. La referida

---

principio del derecho romano según el cual la maternidad biológica es siempre cierta, ya que la propia naturaleza la hace pública tanto por el embarazo que la anuncia, como por el parto que la confirma. Sólo algunos estados de los EE.UU. permitían establecer la filiación materna a favor de la madre comitente, si ésta era también madre genética.

36. Arámbula Reyes, Alma – Investigadora Parlamentaria, *Maternidad Subrogada,* 2008, Centro de Documentación, información y análisis de la Cámara de Diputados, Distrito Federal, México.

norma contempla a la infertilidad como enfermedad y la consiguiente cobertura de los tratamientos. En realidad es una ley que busca la cobertura asistencial[37] de la infertilidad a través de las NTR, sin ahondar y mucho menos resolver ningún dilema bioético[38]. Va de suyo que nada dice sobre la maternidad subrogada.

Precisamente en virtud de todos estos interrogantes, así como de las implicaciones contractuales, penales y éticas derivadas de la maternidad subrogada, y particularmente por la incertidumbre que se genera en cuanto a la determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse si se privilegiará el nexo biológico o el nexo bio-psíquico del embarazo con la madre gestante, quien suscribe se inclina por su prohibición en una futura ley argentina.

Fundamento mi postura en el hecho de que además –y sobre todo– se está cosificando a la mujer, reduciéndola a la calidad de portadora, a un útero. Frente a la postura liberal que destaca como un derecho reproductivo de las mujeres el decidir ser o no madre portadora, relacionándolo con el derecho a controlar su propio cuerpo y hacer con éste lo que desee –suponiendo legítima esta actividad como opción económica[39]–, creo que las críticas provenientes del feminismo son las más acertadas.

Si bien las feministas en general no objetan las NTR, se preocupan por el control y posible explotación en las mujeres. Se cuestionan por la falta de autonomía y la presión del rol materno que las lleva a someter a su cuerpo a un uso mercantil. La madre portadora se disocia de sus sentimientos y de su propio cuerpo al que reduce a un medio que deviene en una máquina. La mujer que ofrece su cuerpo y está obligada a

37. Esta ley significa un alto costo para el sistema público de salud, pues la pretensión de cobertura casi universal de estas técnicas por las obras sociales y entidades del sistema de salud podría generar situaciones injustas ante la realidad socioeconómica de la Argentina, que presenta un amplio espectro de necesidad básicas de salud insatisfechas.
38. La Ley cubre el tratamiento a quienes no cuenten con los recursos económicos necesarios pudiendo acceder a técnicas de reproducción asistida, de alta y baja complejidad en diversos Hospitales Públicos. A la fecha, en la Provincia de Buenos Aires hay cuatro hospitales públicas que realizan las técnicas: Güemes de Haedo, Alende de Mar del Plata, San Martín de La Plata y Penna de Bahía Blanca.
39. Estos argumentos, para Sommer, son análogos a los que se utilizan para legalizar la prostitución. Y así como en el mercado de la prostitución los clientes eligen en catálogos a las mujeres, los intermediarios de más portadoras tienen catálogos con sus fotos y los hijos que ya han tenido, a fin de mostrar que tipo de «mercadería» producen. Sommer, Susana E., *De la cigüeña a la probeta. Los peligro de la aventura científica.*

negociar una parte de sí misma queda disociada y reducida a lo manipulable. Tiene que deshacerse de algo de cuerpo que «por contrato» no le pertenece: el/la hijo/a; y todo ello como si no tuviera consecuencias, ni se movilizaran conflictos psicológicos[40].

Como ya manifestáramos supra, entendemos que las NTR en general y la maternidad subrogada para la mujer gestante en particular, constituyen hoy un nuevo modo de presión sociocultural para la mujer en relación con la maternidad.

Y aún quienes están a favor de la legalización de la maternidad subrogante, temen la instrumentalización de la mujer gestante, reducida a una tabula rasa, a un mero recipiente de ingredientes genéticos. El uso mercantil del cuerpo de la mujer, sustentado en transacciones lucrativas, transforma a las madres y a los niños/as en meros bienes de compra y venta –a excepción de que haya mediado una gestación altruista en ayuda de algún familiar–, lo que conlleva otros dilemas éticos.

En los países de América Latina, donde importantes sectores de la población tienen sus necesidades básicas insatisfechas por el aumento de la pobreza, la relación contractual, entre la madre portadora y la pareja que alquila su vientre puede llevar a peligrosas situaciones de explotación, y frente a ella la mujer quedaría imposibilitada de ejercer sus decisiones con autonomía.

Además, si la subrogación se convierte para la madre gestante en una opción laboral y una oportunidad para lograr una estabilidad económica para ellas y sus familias, la libertad reproductiva pensada como un derecho a la autodeterminación es nula. En tanto las mujeres deban ofrecer sus cuerpos y su útero, y sean empujadas a convertirse en «fabricantes de bebés» para paliar sus necesidades básicas, la libertad reproductiva estará viciada desde sus inicios.

Se entiende que la libertad reproductiva como derecho humano implica igualdad de expectativas y oportunidades basadas en ayudar a mitigar las desventajas de género que sufren las mujeres en relación con la reproducción. Pero si la subrogación genera mayores inequidades sociales y representa daños y reducciones al bienestar emocional de la mujer gestante, la libertad reproductiva no es posible pensarla para amplios sectores de mujeres latinoamericanas como el ejercicio autónomo de un derecho.

---

40. Mir Candal, Leila, *La «maternidad intervenida»: reflexiones en torno a la maternidad subrogada.*

Desde otro punto de vista, y como lo enuncia Sommer, habría que debatir si las mujeres tendrían derecho moral a usar sus cuerpos para gestar un hijo/a para otra mujer, y si al hacerlo violan o no sus obligaciones hacia el niño/a como madre natural[41]. Es que este fenómeno además de la mercantilización de la mujer incluye podría incluir además la mercantilización de los niños/as gestados.

Con respecto a quienes propician esta técnica diciendo que en su seno está ínsito el más alto altruismo, y que con ella se permite tener un hijo/a a quien le está negado, quizás las palabras de Jacques Testart, padre científico del primer niño de probeta francés, a tan solo cuatro años de dicha experiencia, les sirvan para reflexionar: «*...Creo que ya llegado el momento de pedir una pausa; de que el propio investigador fije sus limites. Porque el científico no es un ejecutor obligado de cualquier proyecto salido de una lógica inherente a su propia técnica... Y un experto en procreación asistida he decidido parar*»[42]. A ello debemos agregar el principio de que el derecho de tener un hijo, no es un derecho absoluto.

Finalmente debemos tener en cuenta que de sancionarse leyes en aquellos países que no las poseen[43], sin duda alguna, habrá usuarios/as que además de creerse con derecho a utilizar un contrato de maternidad subrogada, reclamen su cobertura médico-asistencial[44], y ante ello se nos presenta el nuevo dilema bioético: los recursos escasos y la justicia distributiva.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El espectacular avance de la medicina, la biología y la genética han tenido una relación directa en relación al auge y desarrollo de la diversas NTR.

Los derechos sexuales y reproductivos son los derechos que toda persona tiene para decidir con quién, cuándo y cómo tiene o no hijos y

41. SOMMER, Susana E., *ob. cit.* nota 39.
42. TESTART, Jacques, *El embrión transparente.*
43. Que, como manifestáramos, creemos necesaria, pues lo que se puede hacer, no puede depender de la clínica de fertilidad elegida. Jacques Testart, al respecto ha dicho: *En este mundo reglamentado, en el que los permisos –de trabajo, de residencia, de viaje, de conducir– son armas restrictivas en manos del Estado, cualquier institución, cualquier médico, pueden jugar con el patrimonio genético de la humanidad, sin otra cortapia que la opinión* [a lo sumo] *de un Comité de Ética.* TESTART, Jacques, ob. cit. nota 42.
44. Como sucede ahora con las prácticas de NTR en la Provincia de Buenos Aires, merced a la Ley 14.208.

relaciones sexuales. Son derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva.

Los derechos sexuales incluyen el derecho humano de la mujer a tener control respecto de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y a decidir libre y responsablemente sin verse sometida a coerción, discriminación o violencia. Supone unas relaciones igualitarias entre hombre y mujeres, que garanticen la integridad de ambos y el respeto mutuo, asumiendo de manera compartida, las responsabilidades y consecuencias que se deriven de sus comportamientos sexuales.

Los derechos reproductivos hacen referencia a ciertos derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. GIL DOMÍNGUEZ[45], nos dice que en los últimos años, bajo distintas denominaciones tales como salud reproductiva, derechos reproductivos, derechos sexuales o libertad reproductiva, los textos constitucionales han incorporado enunciados normativos que establecen una orientación de la sexualidad distinta de la concebida en el pasado. Para este autor la «aparición positiva» de éstos derechos en las normas, especialmente en los textos constitucionales, posibilita que desde la Ley las personas tengan nuevas alternativas u opciones de tránsito a la constitución subjetiva, pues hasta el advenimiento de los derechos reproductivos como categoría cultural, la sexualidad estaba limitada a la procreación.

¿A qué aspectos de la vida concreta se refieren estos derechos, se preguntan Susana CHECA y Martha ROSENBERG[46] ? Se refieren, nos dicen, al derecho al conocimiento sobre el cuerpo y el sistema reproductivo, al derecho a la procreación en las circunstancias que la mujer o la pareja así lo determinen, al acceso a la información sobre todos los métodos de anticoncepción y a los servicios médicos de manera universal y gratuita, al derechos a no ser objeto de coacción y violencia por las elecciones o decisiones sexuales y reproductivas, a la protección eficaz contra las enfermedades de transmisión sexual y el HIV/sida, a una adecuada prevención y tratamiento de las enfermedades genitomamarias, pero sobre todo a la libertad de disfrutar la sexualidad sin asociarla obligatoriamente a la reproducción y a un futuro de maternidad no elegido, al derecho al uso del propio cuerpo.

Ya hemos expresado, como luego de la liberación que significó el desarrollo de la anticoncepción en manos de las mujeres, la aparición

45. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley 25.673. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación*.
46. CHECA Susana y Martha ROSENBERG, *Aborto Hospitalizado*.

de las NTR vuelven hacia atrás caminos andados, presionando[nos] a las mujeres para ser madres, quienes no pueden detenerse ni siquiera ante la menopausia...

Creemos que el derecho a la reproducción o procreación es un derecho con rango constitucional, al menos en Argentina, en tanto y en cuanto forma parte o es una derivación del derecho a la salud. El nudo gordiano estaría dado por establecer si la utilización de NTR lo conforma; y de ser así, si todas las personas y todas las técnicas estarían amparadas constitucionalmente.

Entendemos que si bien en principio el derecho a la reproducción engloba la utilización de las NTR, ello no implica que todas y cada una de las técnicas que la ciencia ofrezca en un momento determinado, deban automáticamente y por ese solo hecho integrarse en el contenido protegido por el Derecho. En ciertos casos la protección de otros bienes o valores, o de derechos de terceros, puede imponer la prohibición o limitación de uso de ciertas técnicas. Ejemplo de ello son las legislaciones que prohíben la maternidad subrogada o que limitan los efectos jurídicos de la aplicación de NTR respecto de la paternidad del varón fallecido, cuando no se cumplen determinados plazos.

Además, desde una perspectiva ética, quienes trabajan en reproducción asistida deberían proponer un acercamiento amplio e integral a esas tecnologías, con un fuerte compromiso con la salud reproductiva de mujeres y varones como cuestión prioritaria. Esta propuesta significaría un compromiso con una propuesta comprensiva, pues considerar las NTR en América Latina como un tema completamente diferente de la salud reproductiva básica fomenta un modelo esquizofrénico, pues: si se niega el servicio de anticoncepción, si las enfermedades de transmisión sexual de mujeres y varones no se curan adecuadamente, si los embriones son objeto de adoración –mientras miles de niñas y niños viven desnutridos y crecen analfabetos– si se insiste en judicializar abortos no punibles, y sólo nos centramos en proveer y endiosar las NTR, estamos perdiendo de vista cuestiones vitales[47].

7. BIBLIOGRAFÍA

ANDORNO, Roberto, «Pasos hacia un bioderecho internacional:la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de 2005», Confe-

47. LUNA, Florencia, *Reproducción asistida y contexto local* en «Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos».

rencia pronunciada en la Universidad del Museo Social Argentino, el 8/8/2006 en *www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Andorno.htm*, página web consultada 8/4/2010.

AZPIRI, Jorge O., «Juicios de Filiación y Patria potestad», 2001, Ed. Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

BERGALLO, Paula, «Justicia, género y reproducción», compiladora, 2010, Ed. Libraria, Buenos Aires, Argentina.

BIDART CAMPOS, Germán J., «Manual de la Constitución reformada», Tº 3, 1997, Ed. Ediar. Buenos Aires, Argentina.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., «Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional», ED 128-330/332;

BIGLIARDI, Karina y ESTIVRIZ, María Soledad; «Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida»; ponencia presentada en las *1º Jornadas Nacional de Bioética y Derecho* , organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires y la Cátedra Unesco de Bioética. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en *www.aaba.org.ar*, página consultada 7/7/2010.

BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI, «Dos cuestiones relativas al reconocimiento del hijo y a la presunción de paternidad», LL 1986-D-1083.

CHATEL, Marie-Magdeleine, «El malestar en la procreación», 1996, Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina.

CHECA Susana y Martha ROSENBERG, «Aborto Hospitalizado», 1996, Ediciones El cielo por asalto, Buenos Aires, Argentina.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, «Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e internet ante la Constitución», 2009, Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

DINIZ, Débora y Rosely GOMES COSTA, «Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías de reproducción asistida», en *Perspectivas bioéticas*, Nº 21, Año 11, 2006, Ediciones del signo, Buenos Aires, Argentina.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», en

INDRET, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, España, página consultada 18/09/2010 *http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf*.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «European Society of Human Reproduction and Embriology 26 Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010» en INDRET, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, España, página consultada 18/09/2010 *http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf*.

GIBERTI, Eva, Gloria BARROS y Carlos PACHUK, «Los hijos de la Fertilización Asistida», 2001, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, «Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley 25.673. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación», 2003, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMÁ y María HERRERA, «Derecho Constitucional de Familia», 2006, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.

GORDON, Linda, «La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo», *Justicia, género y reproducción*, Paula Bergallo compiladora, 2010, Ed. Libraria, Buenos Aires, Argentina;

HARDY, Ellen, «Reproducción asistida: Aspectos psicológicos y Sociales», en *Perspectivas bioéticas en las Américas*, Nº 5, Año 3, 1998, Primo Editora, Buenos Aires, Argentina.

LÓPEZ FAUGIER, Irene, «La prueba científica de la filiación», 2005, editorial Porrúa, México.

LUNA, Florencia, «Problemas en torno a nuevas formas de procrear» en *Decisiones de Vida y Muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica,* Florencia LUNA y Arleen SALLES (introducciones y selección de artículos), 1995, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.

LUNA, Florencia y Arleen L. F. SALLES, «Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos», introducción, 2008, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina.

LUNA, Florencia, «Reproducción asistida y contexto local» en «Problemas en torno a nuevas formas de procrear» en *Decisiones de Vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica,* Florencia LUNA y Arleen SALLES (introducciones y selección de artículos), 1995, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.

MIR CANDAL, Leila, «La maternidad intervenida: reflexiones en torno a la maternidad subrogada», en *http://www.unesco.org.uy/shs/red-*

bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf, página web consultada 10/08/2010;

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, «La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario», página web consultada 25/07/2010, *http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7smrcbmRP8cJ:www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm+derecho+comparado+%2B+fecundaci%C3%B3n+post+mortem&cd=16&hl=es&ct=clnk&gl=ar.*

MORÁN DE VICENZI, Claudia, «El Concepto de filiación en la fecundación artificial», 2005, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú.

MORO ALMARAZ, María de Jesús, «Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial» en *Boletín de Información del Ilustre Colegio de Ahogados de Salamanca*. Nº 5, 1984, España.

PALACIOS, Marcelo, «Bioética y temas científicos de interés mediático, en Revista de Derecho y Genoma Humano», Carlos ROMEO CASABONA, director. Nº 26: Enero-Junio 2007, página web consultada 2/7/2011, *http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpRevistaDerGenHumano.pdf*.

PALMERO, María José, «Apuntes sobre bioética y feminismo: el caso español», en *Perspectivas bioéticas*, Nº 21, Año 11, 2006, Ediciones del signo, Buenos Aires, Argentina.

ROBERTSON, John A., «Madres sustitutas: no tan novedoso después de todo», en *Decisiones de Vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica,* Florencia LUNA y Arleen SALLES (introducciones y selección de artículos), 1995, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina;

SHERWIN Susan, «Ética feminista y fertilización in vito (FIV)» en *Decisiones de Vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica,* Florencia LUNA y Arleen SALLES (introducciones y selección de artículos), 1995, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.

SOMMER, Susana E., «De la cigüeña a la probeta. Los peligro de la aventura científica», 1994, Planeta, Buenos Aires, Argentina.

SOMMER, Susana E., «Avances científicos y tecnológicos, ¿cómo nos afectan?», en *Perspectivas bioéticas*, Nº 18, Año 10, 2005, Ediciones del signo, Buenos Aires, Argentina.

TESTART, Jacques, «El embrión transparente», 1986, Editorial Granica, Barcelona, España.

14

Problemática bioética y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VALORES ÉTICO-SOCIALES PROTEGIDOS. 3. LUCES Y SOMBRAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 4. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LA PRUEBA Y APLICACIÓN DEL DELITO DE «MALOS TRATOS FAMILIARES». 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica no es un problema que afecte exclusivamente a España, ni tan siquiera es un problema de países en los que la democracia es relativamente joven sino que es global. La única diferencia entre unos países y otros surge cuando una sociedad pasa a considerar intolerable la violencia de género y doméstica, considerando que se trata de una cuestión de orden público no exclusivamente privada[1] y, por consiguiente, no como algo que se tolera o incluso se potencia, por entender que responde a los usos y costumbres tradicionales y como tal debe defenderse. Desde las instancias internacionales ya hace muchos años que se está llamando la atención sobre este problema sin que de momento se hayan conseguido los resultados pretendidos. Al respecto,

1. En este sentido la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, comienza la Exposición de Motivos diciendo: «La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia dirigida contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

en la «Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres», de 18 de diciembre de 1979 (ratificada por España en 1983), se evidenciaba que la violencia de género se mantiene, entre otros motivos, por la pervivencia de valores patriarcales que alimentan unos estereotipos diferenciados en función del sexo y que colocan a las mujeres, expresa o tácitamente, en situación de subordinación. En la Declaración de Naciones Unidas sobre «Eliminación de la Violencia contra la Mujer»[2], se afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que le impide, total o parcialmente, ejercer esos derechos y libertades. En esta declaración se establecen pautas de actuación de la política legislativa de los Estados miembros, pautas de carácter preventivo, penal, educativo, asistencial..., cuyos enunciados, en gran medida, se recogen en la LO 1/2004.

Respecto de la denominación que se adopta existe una gran confusión puesto que se utilizan en el mismo contexto términos tales como: «violencia doméstica», «violencia familiar», «violencia intrafamiliar», «violencia de género» o «violencia contra la mujer». La IV Conferencia Mundial de Pekín, 1995, apostó por el término «violencia de género» y «perspectiva de género» por entender que este era el elemento esencial en el cambio del rol tradicional de la mujer en la sociedad. En el mismo sentido, la LO 1/2004, se decanta por esta terminología, aun cuando en su redacción final introduce la referencia a «personas especialmente vulnerables», lo que desvirtúa la finalidad inicial de la ley, su propia exposición de motivos y el contenido de muchas de las medidas previstas. Por otra parte, independientemente de que en la referida LO 1/2004 se proteja, junto a la mujer, a personas especialmente vulnerables, es criticable que en ella no se contemplen todos los supuestos de violencia contra la mujer. En este sentido, hay que señalar que no se hace referencia alguna a supuestos tan evidentes de violencia de género como son las agresiones sexuales de todo tipo, incluido el acoso sexual[3].

Cuando se analiza desde los poderes públicos la violencia de género se advierte que se trata mucho más de la violencia derivada de situaciones de convivencia, más o menos estables, que de agresiones a

2. Resolución 48/104, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1999.
3. Sí contempla estos supuestos de violencia contra la mujer, la Resolución del Consejo de Europa sobre «Violación y Agresiones sexuales a las mujeres», de 1993, adoptada tras la III Conferencia Europea sobre «Igualdad entre mujeres y hombres», celebrada en Roma.

mujeres que se producen por el mero hecho de serlo. Por el contrario, entiendo que el concepto de violencia de género debería corresponderse con este segundo planteamiento. Se trata de contemplar los supuestos en los que la violencia ejercida, cualquiera que sea su naturaleza, tiene su origen en el desprecio, odio y/o miedo hacia la mujer. Cuestión diferente es que, lógicamente, muchas de estas situaciones se produzcan en el ámbito doméstico. Por ello creo que está equivocada la STC 59/2008, 14 de mayo, sobre la que volveremos, cuando afirma que se comete un delito de violencia de género, previsto en el art. 153 del Código penal, siempre que objetivamente se produzca la situación de violencia entre una pareja o en el ámbito doméstico. Creo, por el contrario, que lo correcto es la línea jurisprudencial, que se había ido consolidando, en las resoluciones de varias Audiencias, en el sentido de que la aplicación de este precepto requiere que realmente la violencia se haya ejercido por razón del género, con intención de dominación o/y desprecio.

La LO 1/2004 (LOVG), pese a su título y el contenido de la mayoría de los preceptos, pretende abarcar como sujetos a proteger, junto a las mujeres, a personas vulnerables. Planteamiento que también se ha seguido en las diferentes instancias europeas y americanas[4]. Así, por ejem-

4. En Chile, la Ley núm. 20.066, de Violencia Intrafamiliar, plantea una situación análoga puesto que, aun cuando parte de que la voluntad de la ley es «*erradicar la violencia contra la mujer y realzar el respeto a su dignidad*», en su artículo 5º, al referirse al concepto de «Violencia intrafamiliar», se afirma que: «*Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.*
También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.» Lo que supone que las personas especialmente protegidas no son las mujeres sino las personas vulnerables en el ámbito doméstico, en la misma línea que se contempla en el art. 173.2 CP español.
Así mismo, en el artículo 14, de la Ley 20.066, define las conductas que pueden constituir lo que denomina «delito de maltrato habitual», estableciendo que: «*El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.*
Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.
El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley Nº 19.968.»

plo, la Decisión del Parlamento Europeo, 293/2000, de 24 de enero, aprueba el Programa Daphne, de acción comunitaria, para establecer medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres[5]. Pese al arraigo institucional de esta concepción amplia de violencia de género, creo que desvirtúa el objetivo y el fundamento de la ley y que, siendo, desde mi punto de vista, igualmente reprochables unas conductas que otras, es necesario diferenciar, especialmente, si se parte de la idea de la especificidad del «género». Término que, por otra parte, pienso que es confuso porque debería hablarse de «sexo», ya que en esa cuestión está el origen del problema. Del mismo modo, entiendo que no puede disgregarse la violencia física y psíquica de la sexual, en sentido estricto, ya que todas ellas, si realmente requieren un tratamiento diferenciado, es precisamente por su origen común de voluntad de dominación de un sexo sobre el otro.

En este sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre «*Eliminación de la violencia contra la mujer*» (Resolución 48/104, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2003), sí que contempla todos los supuestos de violencia contra la mujer, tanto en la esfera privada como en la pública y limita su objeto al problema del sexo femenino. En esta resolución se reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente consolidadas entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación y discriminación de la mujer, siendo la violencia contra ésta uno de los mecanismo para mantener esta situación.

Atendiendo a la regulación española, y valorando todos los aspectos de la LOVG, 1/2004, considero más adecuado utilizar el término violencia doméstica, puesto que en nuestra legislación «especial» no se contemplan todos los casos de violencia contra la mujer y *a sensu contrario* se incluyen supuestos en los que la víctima no necesariamente es

---

Por último se modifica el Código Penal, que en su Artículo 400, aumentando las penas de las lesiones en un grado: «Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5o de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1o del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado». Lo que no es muy diferente de la agravante establecida en el art. 148.4º del Código Penal español, respecto de las lesiones.

5. Este programa continúa a través de la Decisión 803/2004, que aprueba el programa Daphne II, con una duración prevista de cuatro años, para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo.

mujer. Término que, por otra parte, es el más generalizado en España, integrando la idea de convivencia con la de relación familiar[6], en ambos casos con una comprensión de la convivencia y de la relación familiar muy amplia, por no decir indeterminada. Dadas las diferentes relaciones abarcadas por la ley como integrantes de esta violencia, considero que no es adecuado el término «violencia intrafamiliar», utilizado en algunos países sudamericanos y propuesto aquí por algunos autores[7].

La lucha contra la violencia de género está actualmente en la agenda política de los países occidentales, en mayor o menor medida. No obstante, frente a esta relativa homogeneidad nos encontramos con el hecho de que no existe un criterio común acerca ni de lo que se quiere evitar ni cómo se debe hacer. En el origen de este problema nos encontramos con la existencia de posturas muy diferentes que, por poner un ejemplo, llegan a negar la relevancia del sexo en este contexto, considerando que el género no es una cuestión en ninguna medida biológica sino exclusivamente cultural. Concepción sociológico-cultural, defendida por un sector del feminismo, que pretende negar los conocimientos biológicos actuales y especialmente la influencia que la biología tiene en el comportamiento humano. Sin entrar en un determinismo biologicista, que en los últimos años defienden desde la neurociencia, no puede negarse que a lo largo de la historia el sexo ha sido determinante en la concreción de los valores culturales y religiosos. Durante siglos, con contadas excepciones, se ha construido una sociedad machista en la que la mujer tenía un papel secundario y siempre supeditada al varón. Valores que se sustentaban en la importancia que la fuerza física ha tenido en la sociedad hasta que se han producido los grandes avances tecnológicos y de la medicina. El problema es que los cambios científicos, tecnológicos y sociales han ido más deprisa que los valores culturales, interiorizados durante siglos. Ello conlleva que el hombre se resista a renunciar a su posición dominante, que en ocasiones incluso se siento atemorizado y perdido antes esta nueva mujer. Por su parte, muchas mujeres, unas conscientemente y otras inconscientemente, aceptan que pueden y deben ser dominadas por el hombre.

---

6. MONTALBÁN HUERTAS, «La interpretación de las leyes como factor de eficacia», en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para los operadores jurídicos* (Coord. RUBIO, Ana), Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003, p. 144.
7. MAZA MARTÍN, «La violencia intrafamiliar y la nueva ley de violencia de género», Derecho y Jueces núm. 23, 2003, considera que el término más adecuado es «violencia intrafamiliar», lo que no se compadece con relaciones como, por ejemplo, la «análoga relación aun sin convivencia» o la de personas que convivan sin ser familiares.

2. VALORES ÉTICO-SOCIALES PROTEGIDOS

La legislación en un Estado Social y Democrático de Derecho debe responder a los valores ético-sociales dominantes en una determinada sociedad. Es lo que en términos jurídicos se denomina bien jurídico, que configura la norma de valoración como presupuesto de cualquier norma imperativa o de determinación[8]. En ocasiones, como puede ser en materia de violencia de género, el Derecho no sólo pretende recoger valores ya asentados en la sociedad sino que trata de promocionarlos. Es precisamente en esos casos cuando es más difícil que se logren los objetivos pretendidos sin que por ello deba renunciarse a esta función. No obstante, en estos casos, para lograr una cierta eficacia del Derecho, es esencial que las sanciones incorporadas a las normas imperativas vayan acompañadas de medidas de apoyo, especialmente educativas. Formación que debe dirigirse no solo a las víctimas sino también a los autores.

Las dificultades que afronte este Derecho, que podríamos denominar «promocional», quedan perfectamente reflejadas en lo sucedido con la entrada en vigor de las diferentes leyes que se han promulgado para tratar de solucionar el problema de la violencia de género. Para la doctrina penal, con la promulgación del denominado delito de violencia de género se pretendía proteger no ya la salud o la integridad corporal sino la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano y degradante[9]. No obstante, durante años, en la práctica se seguía viendo como una agravante de los delitos de lesiones, es decir, se entendía que se protegía la salud, y más concretamente la salud física, la integridad corporal. Esta interpretación llevada a efecto por un sector minoritario de la doctrina y por la jurisprudencia, venía avalada, entre otras razones sociológicas, por la ubicación del delito entre los delitos de lesiones. La

8. En este trabajo no puedo entrar a detallar las distintas posiciones doctrinales acerca de la relación entre la norma de valoración y la norma de determinación ni acerca de las posturas relativas a si las leyes son normas valorativas o imperativas. Parto de que las normas que conforman las leyes son normas imperativas que tratan de determinar al ciudadano a actuar o no actuar pero que deben responder a la existencia de una norma de valoración en cuanto lo que se pretende que el sujeto haga o no haga sea conforme con los valores ético-sociales en un determinado momento histórico.
9. En este sentido, por ejemplo, CARBONEL MATEUC/GONZÁLEZ CUSSA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia 1996, p. 801; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Dir. QUINTERO OLIVARES/ Coord. VALLE MUÑIZ), Pamplona 2004, p. 745; en el mismo sentido se expresa la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, donde además se extiende el ámbito de protección a la paz y orden familiar, la normal convivencia y las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar.

interpretación de la doctrina mayoritaria fue recogida, en parte, por el legislador que introduce, por LO 11/2003, un apartado segundo en el art. 173 CP, entre los delitos contra la integridad moral, en los que se entiende que se protege la dignidad de la persona. No obstante, mientras en el art. 173.1 CP el único elemento típico son «los tratos degradantes que menoscaben la integridad moral», sin que se precise requisito adicional alguno, en materia de violencia de género, el art. 173.2, califica como tratos degradantes del párrafo 1º, la violencia física o psíquica cuando se desarrolla en el ámbito de la pareja o de la familia –que abarca a situaciones fácticas de convivencia o de vinculación personal– y, además, que estos hechos violentos se reproduzcan habitualmente.

Resulta, cuanto menos discutible que, desde la doctrina penal[10], a partir de concebir los «malos tratos familiares» como delito contra la integridad moral, se considere que el consentimiento de la víctima es eficaz, lo que determina la impunidad de los hechos si la víctima declara que ha consentido en esa violencia. Esta afirmación es doblemente peligrosa en este caso, puesto que, como se ha dicho, uno de los problemas graves a los que se enfrenta el aparato judicial a la hora de enjuiciar la violencia familiar es la falta de testigos, incluida la víctima, o su retractación.

Otra crítica a la comprensión del delito de «malos tratos familiares» como una conducta de tratos inhumanos o degradantes se fundamentaba, por un sector de la doctrina[11], en que los tratos inhumanos o degradantes requieren un umbral de intensidad muy elevado, en el cual ni tan siquiera entrarían las palizas brutales. Personalmente no comparto esta interpretación de los tratos inhumanos o degradantes y pienso, por el contrario, que en el ámbito de los malos tratos familiares se dan, simplificando, cuatro clases de situaciones: 1) las agresiones físicas graves que constituirán lesiones o tentativa de homicidio o asesinato; 2) las agresiones psíquicas continuadas que constituirán lesiones; 3) los atentados contra la libertad o intimidad que podrán calificarse, según el caso, como amenazas, detenciones ilegales, allanamiento de morada...; y 4) los tratos vejatorios físicos o/y psíquicos que, cuando tienen una cierta continuidad e intensidad, constituyen un trato inhumano y degradante, porque lesionan gravemente la dignidad de la persona, afecta-

10. En este sentido, Tamarit Sumalla, *Comentarios*..., op. cit. p. 746.
11. En este sentido, entre otros, Barquín Sanz, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid 1992, pp. 83 ss.; De la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, Barcelona 1990, pp. 39 ss; Maqueda Abreu, «La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes», ADPCP 1986, p. 429 ss.

ción/lesión que un psiquiatra puede constatar en la mayoría de víctimas de estos «malos tratos familiares«[12]. «Lesión» que, por otra parte, está en el origen de muchos de los problemas que surgen en la persecución de estos hechos ya que las víctimas sufren el llamado síndrome de la «mujer maltratada» o al menos, una autoestima tan baja que se convierten en la práctica en incapaces, carentes de autonomía. La LO 11/2003, al regular los «malos tratos» habituales en el art. 173.2. CP, viene a apoyar esta interpretación y su justificación se puede ver en reforzarla y facilitar con ello la calificación. En este supuesto de trato inhumano y degradante, al exigir otros requisitos, el umbral para que una conducta pueda ser calificada como trato degradante es menor.

Con la entrada en vigor de la primera versión del art. 153 CP, se pensó que la única posibilidad de dotar de autonomía y, por consiguiente, de legitimidad a la existencia del delito de «malos tratos familiares» es entender que protege la salud y concebirlo como un delito de peligro abstracto de lesiones, en el que no es necesaria la existencia de un menoscabo físico o psíquico efectivo, en otras palabras, en una tentativa de lesiones expresamente tipificada[13]. En consecuencia, para apreciar la existencia del delito de «malos tratos familiares» sería suficiente con un juicio sobre la idoneidad o probabilidad de que con la reiteración de las agresiones –lo que explicaría la exigencia de habitualidad– se provoque en las víctimas estados de desequilibrio grave psíquico y emocional[14]. Sin embargo, lo cierto es que la experiencia clínica demuestra que el maltrato crónico provoca estados de desequilibrio, con lo que si exigimos la habitualidad de las agresiones no es que concurra un riesgo de lesión sino que efectivamente ésta se produce, con lo que volvemos a la ineficacia de este delito, porque la constatación de un problema psíquico de estas características supone la concurrencia de un delito de lesiones psíquicas graves consumadas que permite castigar esos hechos, en principio, de acuerdo con los artículos 147 y 148 del Código Penal o incluso a través del tipo cualificado del artículo 149, cuando se diagnostique una enfermedad psíquica grave[15]. Todo ello permite apreciar como

12. Desde otras perspectivas, se critica que el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes sea el bien jurídico protegido en estos delitos lo que supondría una confusión entre el concepto de bien jurídico y de derecho fundamental, en este sentido, Barquín Sanz, *Los delitos de tortura*..., op. cit. p. 223.
13. En este sentido, Gracia Martín, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I* (Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello), Valencia 1997, pp. 423 s.
14. Gracia Martín, *Comentarios*..., op. cit. p. 428.
15. Conforme al art. 147 CP la pena puede ir de 6 meses a 3 años de prisión y si concurren las agravantes del art. 148, por ejemplo que la víctima sea pareja o persona vulnerable, la pena puede ir de 2 a 5 años. Si se entiende que la enfermedad

estas leyes, presuntamente novedosas, finalmente, desde la perspectiva estrictamente penal, son únicamente simbólicas, con finalidades de promoción política.

3. LUCES Y SOMBRAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Para comprender la primera reforma importante en este ámbito, operada por LO 11/2003, es necesario ponerla en relación con la evolución legislativa en materia de la llamada «violencia doméstica» o también «violencia de género». La Circular 1/1998, de la Fiscalía General del Estado, sobre «Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico», tras enumerar las diferentes figuras delictivas que son aplicables a los concretos actos llevados a cabo, dice textualmente: «*De otro lado, en atención no ya al concreto acto concreto producido sino a la repetición habitual de actos de estas características, el legislador introdujo en el ya derogado CP de 1973, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, el art. 425, hoy ya derogado, y que constituye el precedente inmediato del actual art. 153 CP...*». Ello supone afirmar expresamente que la «repetición» de actos delictivos va a servir para favorecer al autor, ya que en lugar de aplicarle la figura delictiva que le correspondería, de no concurrir la «repetición», se le aplicara la más benigna creada por el legislador, en teoría para castigarle más precisamente por la «repetición». Un castigo mayor en el caso de «repetición» de actos delictivos se debería determinar, a través de la figura del concurso real de delitos, que posibilita sumar las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, con unos ciertos límites materiales y jurídicos.

Por consiguiente, como punto de partida, quiero llamar la atención sobre la demagogia que ha existido en este ámbito desde el momento en que, alegando falta de regulación legal, se califican unos hechos de forma mucho más benévola a la que resultaría si nos atuviéramos a los delitos realmente cometidos y previstos, en el llamado Derecho Penal nuclear, como pueden ser las detenciones ilegales, amenazas, allanamiento de morada, agresiones sexuales (violación, abusos deshonestos, corrupción...), lesiones (cualificadas, graves...), lesiones al feto, aborto, inducción al suicidio, tentativas de homicidio o asesinato.... En otras palabras, el legislador, aparentando una voluntad de mayor protección

psíquica diagnosticada es grave, conforme al art. 149, la pena sería de prisión de 6 a 12 años, casi como el homicidio (de 10 a 15 años).

y en base a la presunta existencia de lagunas de punibilidad, crea unas construcciones legales nuevas de difícil aplicación práctica cuando existen delitos clásicos, como los mencionados, que sirven perfectamente para perseguir estas conductas denominadas «malos tratos» o «violencia familiar«[16].

La «novedad» de la LO 11/2003 es la de «convertir» en delito del art. 153 CP todas las faltas contra las personas. Es decir, no ya los malos tratos, en plural, sino que el mal trato, en singular, pasa a ser delito. Entiendo que, de no concurrir algún elemento más, que justifique el mayor desvalor del hecho, esta calificación no está justificada. En su caso, la «transformación» de falta en delito debería hacerse, en general, respecto de las faltas de lesiones, es decir, cuando se requiera asistencia médica y no en unos supuestos concretos. Por el contrario, como decía, no es proporcional hacerlo respecto de un malo trato o una vejación aislada. La mayor gravedad que puedan revestir unos hechos cuando se cometen contra la mujer o entre familiares puede tomarse en consideración a través de la circunstancia mixta de parentesco y, en su caso, también por la agravante de alevosía o de abuso de superioridad y si hay un ánimo de discriminación, en principio en estos casos por razón de sexo, la agravante prevista en el art. 20.4º CP.

4. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LA PRUEBA Y APLICACIÓN DEL DELITO DE «MALOS TRATOS FAMILIARES»

Las críticas al requisito de «habitualidad», por dificultar la persecución de estos hechos, ha propiciado diversas reformas y finalmente, ha llevado al legislador, por LO 11/2003, a eliminar el requisito de la habitualidad en el art. 153 CP, de forma que la habitualidad determina la existencia de tratos inhumanos y degradantes, previstos en el art. 173.2. CP. La situación anterior conducía a un callejón sin salida puesto que, para poder condenar por violencia familiar, se interpretaba que eran necesarias cinco condenas previas, cada una de las cuales requería a su vez la condena previa, exigiéndose además que los actos violentos cometidos fuesen de la misma naturaleza o análogos, lo que implica que aun cuando un sujeto hubiera sido condenado por una agresión sexual, unas detenciones ilegales, un allanamiento de morada, unas lesiones y

16. Corcoy Bidasolo, «Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones», en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, CDJ V 2001, p. 151 s., se pone de manifiesto la posibilidad práctica de castigar estas conductas a través de tipos «clásicos» como son las lesiones, coacciones, amenazas o tentativa de homicidio.

unas amenazas no concurriría habitualidad. La reforma del Código Penal, por LO 14/1999, tuvo en cuenta este problema incluyendo en la redacción legal de la violencia familiar un concepto propio de «habitualidad». Concepto que, por LO 11/2003, se reproduce en el art. 173.3. CP, donde se define la «habitualidad» como acreditación de diversos actos de violencia con una cierta proximidad temporal, sin que sea necesario que esos actos hayan sido enjuiciados previamente. Así mismo, se computan como actos de violencia habituales aun cuando las víctimas sean diferentes, siempre que, por supuesto, se encuentren todas ellas en el entorno familiar.

En la misma dirección, tras la reforma, no es discutible que, en teoría, para que concurra el requisito de la habitualidad no es necesaria la existencia de condenas previas, siendo suficiente con «acreditar» que se han cometidos un cierto número, no determinado, de actos de violencia. El problema sigue siendo, no obstante, cómo se pueden «acreditar» esos actos de violencia, es decir, qué clase de pruebas sobre la existencia de violencia familiar son válidas, ¿la denuncia en Comisaría?, ¿la denuncia ante el Juzgado?, ¿los certificados médicos?, ¿denuncia en Comisaría o en el Juzgado y certificado médico? Estas preguntas, con independencia de las buenas intenciones del legislador en la LO 11/2003, no tienen respuesta porque, en primer lugar, la mera denuncia, ya sea de la víctima o de terceros, no puede acreditar la existencia de unos hechos; en segundo lugar, los certificados médicos pueden acreditar la existencia de unas lesiones pero no quién las haya causado; en tercer lugar, puede existir violencia sin que se produzcan resultados físicos o psíquicos acreditables médicamente. En la actualidad, la presión social, mediática y del propio Consejo General del Poder Judicial lleva a los jueces a abrir diligencias, e incluso a dictar orden de protección, que incluye alejamiento y régimen de visitas, por la mera denuncia de la víctima, sin ninguna otra prueba concluyente. Estas posturas están poniendo en peligro las garantías: la presunción de inocencia salta por los aires. La falta de prueba de la existencia de violencia, desde el momento en que en la mayoría de casos la única prueba es la testifical de la víctima o de sus familiares, conlleva, de acuerdo con el principio constitucional de presunción de inocencia, la absolución del autor.

Sin embargo, es bien cierto que lo anterior, siendo una de las causas de la ineficacia que tuvo este precepto, no es la única y ni tan siquiera es la fundamental, que podría radicar en la existencia de una enorme reticencia, por parte de la Administración de Justicia y de la policía, a intervenir en el ámbito de la pareja y la familia, reticencia que tiene a

su vez diversos orígenes. Por un lado, la creencia, en base a razones religiosas y culturales, de que el amor y cariño familiar existen siempre y que en el fondo estas actuaciones son manifestaciones de este «amor». Creencia errónea que pienso tiende a ir debilitándose, aun cuando más lentamente de lo que sería deseable. Los avances y retrocesos en la presunción de amor familiar –la «llamada de la sangre»– se demuestran, por ejemplo, en el empecinamiento de muchos asistentes sociales, psicólogos... en mantener a toda costa a los menores bajo la custodia de sus padres biológicos.

Sin embargo, las campañas realizadas han surtido efecto y en la actualidad, tanto en la policía como en la Administración de Justicia, se ha producido una clara sensibilización que está surtiendo efecto. En esta dirección se han arbitrado diversos mecanismos, incluso antes de la entrada en vigor y de la implantación LOVG, 1/2004. Así por ejemplo, en Alicante y Elche se modificaron las normas de reparto de los asuntos de forma que todos los casos de violencia familiar, o relacionados con ella, recaigan siempre en los mismos juzgados. En otros casos, se facilita a las víctimas un soporte continuado a través de equipos técnicos de ayuda a la víctima, desde la denuncia hasta el juicio oral. Muchos de estas iniciativas se encuentran expresamente reguladas en la LOVG, 1/2004, aun cuando todavía no contamos con datos relevantes sobre su eficacia. Las estadísticas con las que contamos se refieren, casi exclusivamente, a los casos de asesinatos de mujeres por su pareja.

Es cierto que pretender evitar la violencia ejercida dentro del entorno familiar, de la que esencialmente son víctimas las mujeres y los menores, a través de su represión por la intervención del Derecho penal, plantea graves dificultades y, dentro de éstas, un problema de difícil solución como es la prueba de los hechos[17]. Para que los hechos objeto de juicio se consideren probados en el contexto de un juicio oral, atendiendo a las garantías constitucionales que presiden el proceso penal, es necesario que se produzca una previa sensibilización de todas las partes implicadas. En particular, los principios de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva, o de defensa, adquieren un protagonismo indiscutible en este ámbito. De acuerdo con el principio de presunción de inocencia, la comisión de unos hechos delictivos debe ser

17. Esta dificultad se advierte en algunas sentencias en las que se han tenido que probar los hechos a través de indicios por haber cambiado la testifical la víctima, negando en el juicio la realidad de los hechos que en su momento denunció, así por ejemplo, dos sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 6ª, ponente Mª Dolores Balibrea, de 26 de julio de 2003 y de 30 de junio de 2003.

probada positivamente por quien acusa y en el caso de que, tras practicar todas las pruebas propuestas, subsistan dudas en el ánimo del juzgador, éste debe absolver –principio *in dubio pro reo*–. Esta prueba fehaciente de la comisión de un delito requiere que las víctimas no se retracten de sus denuncias y mantengan su testimonio, sin vacilaciones ni modificaciones durante los diferentes trámites del proceso, puesto que estos cambios pueden determinar la absolución al hacer surgir dudas en el ánimo del juzgador[18].

Ratificándome en la importancia que tiene el testimonio de las víctimas para poder condenar por esta clase de hechos, no quiero obviar las dificultades que la testifical suscita debido al temor e indefensión en que éstas se encuentran. Por consiguiente, es necesario buscar apoyos de distinta índole para facilitar la actuación coherente y contundente de los testigos. Esta ayuda implica la colaboración de los demás intervinientes en el proceso, desde la policía a los fiscales, pasando por los jueces de instrucción, que deben actuar con una especial sensibilidad en atención a los condicionantes que se suscitan en estos casos de violencia. Así, por ejemplo, hasta épocas muy recientes, no se contaba con documental consistente en fotografías, no sólo para acreditar el estado en que se encontraba la víctima sino también, por ejemplo, el estado del domicilio, o de certificados médicos, testifican de los vecinos... En el mismo sentido, en el acto del juicio oral se debe propiciar una especial protección de aquellos testigos para los que el testimonio puede resultar más gravoso de lo que representa la condena que puede recaer sobre el acusado.

En todo caso, pese a las retractaciones en el acto del juicio oral por parte de la presunta víctima, y pese a que solo tiene rango de prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia aquélla que se práctica ante el Tribunal, cumpliendo los requisitos de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad (art. 714 LECrim), subsiste la posibilidad de que el Tribunal forme su convicción con las versiones relatadas por el testigo en fase de instrucción, cuando se han respetados las formalidades legales requeridas para estas declaraciones: presencia del Letrado del procesado y sometimiento de sus palabras a la debida contradicción. A ello hay que sumar un cambio en las intervenciones policiales en el sentido de realizar actuaciones que puedan servir con posterioridad en

18. AAP de Barcelona, sección 10ª, ponente, Santiago Vidal, de 16 julio 203, confirma la prisión provisional pese al retractamiento de la víctima por no considerar creíble la segunda versión de los hechos.

la prueba de los hechos, como puede ser un reportaje fotográfico del estado en que estaba la vivienda cuando llegaron, fotos de la víctima...[19].

Unido a lo anterior existe un factor previo que es necesario poner de manifiesto puesto que, desde un punto de vista ético y sociológico, ni la actuación de las víctimas en este sentido, ni de la policía ni del poder judicial, tiene posibilidades de éxito mientras no se produzca un cambio de mentalidad acerca de la valoración de esta clase de conductas. En este sentido es necesario admitir claramente no sólo la posibilidad sino también la conveniencia de intervenir judicialmente en el seno de familias de hecho o de derecho como única forma de evitar situaciones de convivencia que son negativas para todos. No puede presumirse la existencia de cariño familiar, ni que la familia es algo sagrado que no debe destruirse en ningún caso, sino partir de que las situaciones de convivencia pueden ser coyunturales y no necesariamente de por vida y de que lo esencial es defender los bienes jurídicos fundamentales –vida, salud, dignidad, libertad– de los miembros de ese núcleo familiar.

Así mismo, es imprescindible arbitrar mecanismos de ayuda para las personas que, como consecuencia de la intervención penal, se encuentran desamparadas, especialmente, desde una perspectiva económica[20]. Sin embargo, no se pueden adoptar posturas simplistas, en el sentido, de que estas situaciones de violencia familiar se soportan, exclusivamente, por motivaciones económicas, en base a carecer las «víctimas» de medios propios de subsistencia que les permitan independizarse, puesto que en muchas ocasiones la causa de la situación es la dependencia psíquica en que se encuentran las víctimas. Por consiguiente, una correcta actuación en este ámbito debe pasar por comprender cuáles son los motivos por los que se ha llegado a la violencia. En este contexto, también hay que tener claro que lo peor no es siempre la violencia física sino la psíquica y, en consecuencia, no minusvalorar la concurrencia de la segunda.

El problema es muy complejo desde el momento en que, como decía, las situaciones de dependencia se reproducen en contextos en los

19. La modificación del art. 13 LECrim por L 27/2003, parece estar orientado en este sentido, al considerar como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.
20. En este sentido la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, trata de solucionar este aspecto posibilitando al juez penal, previa audiencia de las partes, acordar medidas cautelares de naturaleza civil, que pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda, régimen de custodia y visitas de los hijos, prestación de alimentos...

que no existen razones económicas para ello, por ser las «víctimas» independientes, desde un punto de vista profesional o laboral. El hecho de que hayan existido vínculos afectivos, muchas veces no superados pese a la violencia ejercida por la pareja, o/y la existencia de hijos comunes, conlleva que sean situaciones que difícilmente puedan romperse sin que ello conlleve problemas psicológicos graves. La ayuda psicológica a las víctimas, junto a la ayuda económica o laboral en su caso, puede servir para superar satisfactoriamente la ruptura y sólo entonces la intervención del Derecho penal puede ser eficaz y estar legitimada. La imposición de penas al culpable, ya sean privativas de libertad, privativas de derechos o de multa, cuando no van acompañadas de actuaciones paralelas en los ámbitos referidos sólo contribuyen a un deterioro mayor de la situación de convivencia y, en consecuencia, propician la continuidad en la violencia.

Si partimos de la premisa de que el Derecho penal sólo se legitima en cuanto cumple finalidades preventivas y ostenta una función de exclusiva protección de bienes jurídicos[21], la intervención penal no estaría legitimada y, en todo caso, no es eficaz cuando no cumple su finalidad preventiva y la función que se le atribuye, tal y como sucede cuando la condena penal no va acompañada de actuaciones paralelas en el ámbito de la llamada «violencia familiar». Por el contrario, desde la perspectiva de la retribución como legitimación de la intervención penal[22], sería posible castigar sin tomar en consideración ni las consecuencias negativas ni la ineficacia de la intervención penal, puesto que la condena, desde la perspectiva retribucionista, tiene como única finalidad el castigo por unos hechos desvalorados por el Derecho. Sin profundizar en esta discusión, lo que escaparía con mucho del objeto de este artículo, lo que es innegable es que la legislación penal española vigente, y la Constitución, responde a criterios preventivos no retributivos, lo que se demuestra

21. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. Barcelona 2011, p. 49 s., en relación con las distintas teorías de la prevención según las cuales la finalidad de prevenir delitos es un medio de protección de determinados intereses sociales. En general, la que puede considerarse doctrina mayoritaria, identifica, en mayor o menor grado, utilitarismo y prevención de delitos.

22. Las teorías de la retribución, con fundamentos éticos (Kant) o jurídicos (Hegel), atribuyen al Derecho Penal la función de realización de la Justicia. En la actualidad estas teorías, que se habían considerado superadas, están adquiriendo un renovado auge, especialmente en Alemania. En este sentido, Von Hirsch, *Censurar y castigar*, (trad. Larrauri), 1998, defiende este nuevo retribucionismo, que ha recibido el nombre de «doctrina del merecimiento», por lo que sigue la misma línea de utilización del Derecho penal con el fin de restablecer el equilibrio roto por el delito, en resumen, por el fin de realización de la justicia.

por la existencia de instituciones como la condena condicional, con las posibilidades de perdón o indulto, con el hecho de requerir denuncia o querella del perjudicado para perseguir determinados delitos...

En consecuencia, se puede afirmar que la intervención del Derecho penal en el ámbito de los «malos tratos familiares», como en cualquier otro caso, no se justifica por la mera realización de la Justicia, sino que requiere legitimarse a través de su eficacia y utilidad y requiere, así mismo, cumplir con las garantías constitucionales, en especial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Existe una peligrosa tendencia del actual Derecho penal en el sentido de crear ámbitos a los cuales, por la presión de la opinión pública o por otras razones, se les considera «libres de garantías» en base a un peligro real, pero exacerbado por diversas razones, y en aras de una pretendida eficacia. En este sentido es discutible afirmar la eficacia de estas medidas por el aumento exponencial del número de denuncias, puesto que tendríamos que preguntarnos si realmente se están denunciando las situaciones más graves o si, en algunos casos, no se está haciendo un uso fraudulento con miras a conseguir unas mejores condiciones en un proceso de separación o divorcio.

Por último, sorprende que, como ya decía en la Introducción, una legislación que pretende proteger a la mujer y, en su caso, a las personas vulnerables que, especialmente, serán los menores, no contemple conjuntamente la violencia sexual. Violencia sexual que, en muchos casos, es inescindible de la física y psíquica. No es posible aquí entrar a analizar los delitos contra la libertad sexual, por lo que me voy a limitar a señalar dos aspectos que, desde la perspectiva de este trabajo, son esenciales. En primer lugar, el hecho de que no se diferencien, en el ámbito sexual, los supuestos en los que la violencia tiene su origen también en la voluntad de dominio a la que me he referido. La segunda cuestión, tiene un alcance más general, pero conectado con el anterior. Se trata de que en los delitos contra la libertad sexual, tanto de agresión como incluso de abusos, no se diferencian supuestos que, desde mi punto de vista, revisten una especial gravedad. Esta cuestión tiene luego reflejo en la alarma social que provocan ciertas agresiones sexuales y que tiene como consecuencia, otra vez, un aumento generalizado de las penas y/o de su aplicación efectiva, sin tener en cuenta las diferencias a las que me refiero. Diferencias que estriban, esencialmente, en las circunstancias concretas concurrentes puesto que no es discutible que cualquier acto de naturaleza sexual sin el consentimiento de la víctima supone una agresión ilegítima y, en consecuencia, un ilícito penal, no todas ellas

tienen el mismo significado, o deberían tenerlo. En este punto puede ser muy interesante una encuesta de victimización para valorar la gravedad del injusto en unos u otras casos. A las dos críticas anteriores, hay que sumar, aun cuando como decía, sólo lo menciono, la desastrosa técnica legislativa utilizada que da lugar, entre otros problemas, a concursos de leyes irresolubles y a penas que no se corresponden con la verdadera gravedad del injusto.

5. CONCLUSIONES

Las modificaciones del Código Penal, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras, operadas por la LO 1/1996, LO 14/1999, LO 11/2003, Ley 27/2003, LO 15/2003 y LO 1/2004, desde una perspectiva jurídica, no sirven para solucionar los problemas que existen para la adecuada intervención del Derecho en la represión de los «malos tratos familiares» o «violencia de género». No obstante, desde una perspectiva sociológica y político criminal, han sido eficaces para lograr la deseada sensibilización de las instituciones implicadas en la persecución y el castigo de estas conductas y han servido para reafirmar la valoración negativa de cualquier clase de violencia, aun cuando ésta se produzca en el ámbito familiar.

En definitiva, el hecho de que la violencia no cese pese a las últimas reformas legislativas y a la mayor sensibilización de los órganos encargados de administrar justicia demuestra que el problema es sociológico y que la ley no puede evitarlo. Ello no implica que no sea necesaria la intervención del Derecho penal sino que no es suficiente ni puede serlo. Observando nuestro entorno y el número de casos que se producen en países como Suecia, Noruega, Finlandia, Inglaterra..., se advierte que España, pese a lo que pueda parecer, es una «privilegiada» en materia de violencia doméstica puesto que las cifras demuestran que estadísticamente tenemos una décima parte de violencia que esos países teóricamente mucho más avanzados.

Soluciones prácticas y factibles, como ya se ha puesto de manifiesto, serían la promulgación de protocolos para la actuación conjunta de las fuerzas de seguridad y dotar efectivamente a las víctimas de dispositivos de alarma. Así mismo, la creación de tribunales especializados en materia de familia y violencia doméstica, tal y como está previsto en la LOVG, 1/2004, puede servir para evitar abusos, como los que actualmente se están produciendo de utilización del sistema penal para conse-

guir mejores condiciones en separaciones y divorcios. Otra medida que podría ser positiva, desde una perspectiva político criminal, que busque la proporcionalidad entre la prevención y la resocialización sería la posibilidad sustituir, en algunos casos, la medida de alejamiento por la de localización permanente, prevista como pena en la LO 15/2003 pero de forma tan limitada que impide su aplicación en relación con la medida de alejamiento. Así mismo, en determinados supuestos la mediación es una posibilidad que no debería olvidarse.

15

Una manifestación de la violencia de género: el acoso femenino en la Administración

ANA RUBIO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL ACOSO EN LA ADMINISTRACIÓN Y SU IMPACTO SOBRE LAS MUJERES. 2. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS. 3. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA LA REFLEXIÓN.

INTRODUCCIÓN

Los cambios socioeconómicos y políticos en curso, hacen presagiar duros ataques a los logros, hasta el momento alcanzados, en la lucha por la igualdad efectiva de las mujeres. La década de los noventa simbolizó una etapa de auge del principio de igualdad, en la que se creyó que los cambios sociales eran posibles de alcanzar sin revisar las estructuras, relaciones, ejes o categorías que habían construido la desigualdad y la discriminación de las mujeres. Los últimos años están evidenciando el error de dicha creencia y la necesidad de incidir en contextos estructurales relevantes como es el ámbito laboral.

A la sociedad le cuesta imaginar que las personas que trabajan en la Administración, dado que han demostrado un alto nivel de formación y méritos, pueden ser víctimas de acoso o personas acosadoras. Se suele creer de forma errónea que las personas inteligentes y con formación no pueden ser víctimas de acoso, en cualquiera de sus tipologías, puesto que se presuponen que tienen recursos suficientes para oponerse y frenar dichas conductas. Por este motivo, es importante recordar que aunque no puede establecerse un perfil de persona acosadora –y sí personalidades proclives–, ni tampoco un perfil de víctima –aunque sí el predominio entre personas jóvenes, por su vulnerabilidad laboral, y entre personas de 46 a 55 años–, sí cabe sostener que en la mayoría de los

casos de acoso moral, éste tiene un componente sexuado, cuando en la sociedad existe un alto grado de machismo o sexismo, como es el caso de la sociedad española, a pesar del esfuerzo que se está realizando a nivel legislativo, político y social, por erradicarlo.

En esta reflexión nos hemos centrado en el ámbito contencioso administrativo, por las siguientes razones:

En primer lugar, el desarrollo normativo realizado en los últimos años respecto a la igualdad trato y la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres no ha sido capaz de desestructurar las relaciones de dominio y de opresión que existen contra las mujeres y que el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo desvelan. Aunque los nuevos neomitos construidos sobre las mujeres, como reacción a este cambio normativo, tratan de demostrar el carácter injusto de las políticas y leyes de igualdad de género, y los privilegios que las mismas proporcionan a las mujeres, lo cierto es que la violencia de género se hace visible por múltiples vías socialmente, y el acoso es una de ellas.

En segundo lugar, a pesar de continuar siendo, en España, el ámbito laboral un contexto muy masculinizado en sus prácticas, esquemas de organización y modelos de profesionalidad[1], los hombres viven la incorporación masiva de las mujeres al trabajo como una situación de riesgo para su permanencia y promoción en el trabajo y con desconfianza respecto a las demandas laborales de las mujeres. Esta situación, se agrava aun más en el contexto de la Administración al ser «objetivable»[2] el sistema de acceso al empleo y demostrarse cada año los mejores resultados obtenidos en las pruebas, por las mujeres. Una situación que sienten les obliga a competir para restituir la posición de superioridad que les corresponde en el grupo de trabajo.

En tercer lugar, cada vez son más las mujeres se integran en las plantillas de las diferentes administraciones, siendo en algunas de ellas mayoría. Este es curiosamente el caso de la Administración de justicia.

En cuatro lugar, la estabilidad laboral y económica que proporciona el estatus funcionarial hace muy difícil el abandono del puesto de trabajo. Por este motivo las denuncias por acoso se realizan después de un largo proceso, que lleva aparejado bajas médicas sucesivas. En algunas ocasiones, esta distancia del centro del trabajo y de la persona que acosa permite a la víctima percibir la violencia a la que está siendo sometida.

1. Basta poner como ejemplo el desarrollo de la normativa en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.
2. Que no objetivo, por los motivos que acabamos de mencionar.

No son la depresión, estado de angustia o estrés situaciones previas al acoso, sino situaciones producto del acoso sufrido. Este error de valoración lo encontramos en gran parte de las sentencias, y es un error que no sólo se comete en las situaciones de acoso, también en otros supuestos de violencia de género.

En quinto lugar, el hecho de que el acoso por razón de sexo se oculte en la Administración y sólo salga a la luz el acoso moral, debe ser denunciado, por la gravedad que esta ocultación encierra en la lucha contra la violencia de género.

1. EL ACOSO EN LA ADMINISTRACIÓN Y SU IMPACTO SOBRE LAS MUJERES

Para comenzar, debemos exponer aquellas singularidades que caracterizan al acoso, con respecto a otros conflictos violentos. Estas cuestiones son necesarias para comprender y valorar de forma adecuada el impacto que el acoso tiene sobre las víctimas, especialmente si son mujeres. M.F. Hirigoyen declara que lo que singulariza a los cuadros de acoso en relación a otras formas de violencia en el trabajo es el predominio en la víctima de vergüenza y humillación, unos sentimientos que paradójicamente se acompañan de ausencia de odio hacia el agresor[3]. En la mayoría de los casos las personas sometidas a acoso sólo quieren ser rehabilitadas y recuperar el honor herido. Una situación que también observamos en otros supuestos de violencia de género.

La vergüenza que siente la mujer acosada ante la violencia sufrida explica la dificultad que le implica relatar lo sucedido, especialmente cuando el acoso ha sido individual. ¿Cómo explicar a los demás las humillaciones y comentarios denigrantes soportados? ¿Cómo explicar la falta de reacción, cuando es incomprensible incluso para la propia víctima? Esta falta de reacción se vive como una nueva humillación, porque todo el mundo parece tener claro qué se ha debido hacer y cómo repeler este tipo de conductas. Sin embargo, no es fácil la respuesta.

Cuando la víctima ha desarrollado ante el acoso algún tipo de reacción defensiva, aunque sea tardía, las secuelas y la humillación son menores. Lo que hace enfermar a las personas sometidas a acoso, en cualquiera de sus tipologías, es la falta de sentido de las agresiones recibidas y lo incomprensible de su pasividad. La pregunta que surge cuando se

3. Esto sucede también en los casos de violencia de género, a pesar de afirmarse erróneamente que las mujeres buscan con la denuncia la venganza contra el maltratador.

es consciente de todo el proceso padecido es: ¿cómo lo he permitido? Pero la falta de comprensión es parte del proceso. En el inicio, el acoso es difícil de percibir[4], no se tiene experiencia, ni conocimiento para comprender. Antes las cosas eran diferentes, se dice a sí misma la propia víctima. ¿Qué ha cambiado? Esta es una cuestión para la que no tiene respuesta, por este motivo decide: quizá lo más correcto y prudente sea esperar, puede ser que yo me lo estoy imaginando todo[5].

Como en toda situación de violencia, la primera medida de protección que adopta la víctima es tratar de comprender las razones de esos comportamientos hostiles, descalificadores y denigrantes; y para lograrlo revisa y analiza lo ocurrido, y reconstruye en su mente los antecedentes y hechos acaecidos, buscando causas que justifiquen la violencia de la que es objeto, pero en raras ocasiones las causas se harán explicitas. Lo que si suele ocurrir durante este proceso de análisis es que algo sí queda claro: el proceso de hostigamiento había comenzado hacía tiempo aunque con actuaciones tan sutiles al inicio que no se fue consciente de ellas hasta que los hechos se agravaron o se multiplicaron. Pero, ¿por qué? ¿Por qué ella? Esas son algunas de las preguntas que toda víctima de acoso se hace. ¿Qué he hecho mal? ¿Qué situación o hecho desencadenó todo este proceso? ¿Por qué otras situaciones conflictivas con otros compañeros no han derivado hacia una situación de acoso? ¿Qué diferencias existen entre una mala relación de trabajo y esta violencia a la que se está sometida? La víctima centra toda su reflexión en sí misma y en el entorno, pero las respuestas a todas sus preguntas no están en ella, sino en quien acosa. ¿Qué se persigue con el acoso? ¿Qué hechos fueron los detonantes?[6]. En la mayor parte de los casos, los elementos desencadenantes del acoso laboral u hostigamiento son los celos, la envidia y la rivalidad. En los supuestos de acoso sexual o por razón de sexo, el sexismo o la misoginia.

La rivalidad y la división que la competitividad produce en los

4. Salvo en algunas de las situaciones de acoso sexual, donde desde el inicio se hace muy evidente la presión sexual.
5. M. F. Hirigoyen, *El acoso moral en el trabajo,* Paidós, 3ª impresión, 2010, pp. 151-152.
6. Aunque los estudios sobre el acoso en el trabajo son relativamente recientes y más aún las legislaciones y políticas puestas en marcha para prevenirlo y sancionarlo, lo cierto es que el síndrome que se describe ya había sido analizado en los supuestos de violencia de género en la pareja. Si bien en el contexto familiar, al estar la víctima implicada emocionalmente con el agresor, las consecuencias alcanzan niveles más altos. De todas formas, en todo proceso violento las víctimas salen dañadas en mayor o menor medida y la intensidad y cronificación del daño depende del tiempo del permanencia, de la intensidad de la agresión y, en el caso del acoso en el trabajo, de lo implicada que estuviera la persona en su trabajo.

equipos humanos de las empresas o servicios, resultado de una errónea política de empresa o mala organización de los equipos de trabajo, favorece el control y el dominio de los superiores jerárquicos frente a sus subordinados o de quienes dentro del grupo tratan de imponerse con respecto al resto o destacarse. La forma de contrarrestar estas situaciones de desconfianza, cuando se producen, es construir alianzas, afinidades y lealtades a través de proyectos o propuestas en común, promoviendo todo aquello que el acoso trata de destruir: buenas relaciones de trabajo que favorezcan el desarrollo del trabajo en equipo, reducción a mínimos del estrés, establecimiento de objetivos posibles y en plazos razonables, transparencia en la información y liderazgo horizontal. Estas prácticas y modelo de liderazgo compactan los equipos, genera promoción para todos los componentes del grupo humano sin rivalidad y fomenta el diálogo y la buena comunicación. Unas bases organizativas y un estilo de trabajo que dificultarán la adopción de acciones o decisiones arbitrarias y violentas.

Se sabe también que en toda situación de acoso el objeto del ataque es siempre eliminar a una persona o grupo de personas, y ejercer poder y control sobre ellas. Por este motivo, lo primero que se trata de destruir por quien acosa es la comunicación de la persona acosada con el grupo y con el propio acosador, lo que favorecerá su aislamiento y vulnerabilidad. La incomunicación incrementará en la víctima el miedo y la desconfianza ante los propios compañeros o compañeras. Cuando las personas acosadas tratan de ocultar su desconcierto y las debilidades que el acoso ha hecho aflorar, se produce un efecto contrario al que pretenden, porque lejos de ocultar sus debilidades las hacen visibles, con lo cual ya ha obtenido el acosador su primer triunfo: conocer el núcleo de vulnerabilidad hacia el que debe dirigir sus ataques.

Las desavenencias o conflictos laborales que pueden confesarse, rara vez son el origen de un acoso laboral. Por consiguiente, debe tenerse siempre presente que quien acosa no sigue más lógica que la del dominio, el control y la destrucción de la autoestima y el prestigio profesional de la persona o grupo afectado[7]. Es más, se busca que los nexos entre hechos y consecuencias no tengan lógica, para que parezcan malas interpretaciones de la víctima ante actos inocentes sin relevancia por

7. En algunas situaciones, no sólo la persona acosada se ve afectada profesionalmente por la estrategia de descrédito, también el equipo que lidera, pues a través de éste se trata de influir en la víctima. Este es el caso de una situación de acoso vivida por una investigadora. Los miembros de su grupo de investigación fueron aislados de tribunales y programas.

parte de quien los realiza. Con esta estrategia se consiguen dos objetivos claves: destruir la credibilidad profesional de la persona acosada frente a los demás y, además, debilitar su propia autoestima y capacidad racional, al hacerla dudar de su propio criterio. Es relevante observar cómo una de las calificaciones más frecuentes cuando la persona acosada es una mujer es: «se está volviendo loca». Este tipo de descalificaciones pone de relieve la desconfianza que aún persiste hacia la racionalidad y la lucidez de las mujeres, así como la permanencia de la discriminación por razón de sexo, en el ámbito laboral. En raras ocasiones se atacaría laboralmente a un hombre con semejante calificativo[8].

Cuando el acosador ha creado una situación de duda respecto a la credibilidad de la víctima, ésta se impone el silencio y el aislamiento, lo que incrementa su vulnerabilidad y su desconfianza en encontrar una solución para afrontar de forma adecuada el problema que padece. Por este motivo, se afirma que «el acoso es la patología de la soledad»[9]. Una patología que le es impuesta a la víctima mediante el aislamiento de las decisiones relevantes o de las reuniones de trabajo, al no ser convocada, ni tenida en cuenta su opinión, y que ella misma también se impone, al creerse de este modo protegida del ambiente hostil en el que se encuentra.

Todo lo expuesto nos permite afirmar que el acoso tiene graves consecuencias en todas las personas que lo padecen, tanto a nivel profesional, como de salud mental, aunque la cronificación de estas consecuencias depende del tiempo de permanencia en la situación y del carácter y personalidad de las víctimas. No todas las víctimas tienen los mismos recursos psicológicos o sociales (diferente nivel de resiliencia), y no todas han experimentado situaciones anteriores de violencia, que estos sucesos reproducirán, incrementándose el daño.

Del mismo modo que hoy se conocen los ciclos de agresión, indiferencia o luna de miel, como los denomina la doctrina, en los supuestos de violencia de género en la pareja[10], también han sido objeto de análisis

8. Cuando se analiza el pensamiento misógino del siglo XIX construido como reacción a los avances de las mujeres en materia de derechos, poco se ha variado con respecto al presente en materia de descalificaciones.
9. M. F. Hirigoyen, ob. cit., p. 48.
10. En algunas situaciones extremas en las que las personas han estado sometidas a acoso durante un largo periodo de tiempo, como es el caso de las situaciones vividas en el ámbito de la Administración, la destrucción profesional es en parte irreversible, y la recuperación de la autoestima de la víctima dependerá de su nivel de resiliencia y de los recursos afectivos y sociales de los que disponga. El impacto del acoso será grave en aquellas personas que han construido su identidad adulta en estrecha relación con el trabajo y el reconocimiento en el mismo.

los actos y estrategias que habitualmente desencadenan el inicio y la evolución de un proceso de acoso. Los ataques, descalificaciones o humillaciones, comienzan con la crítica a la profesionalidad de la persona o a la calidad de su trabajo. Para aquellas personas para las que el trabajo es una parte muy importante de su identidad, el daño de este proceso de descalificación es grave y difícil de restituir. La auto-confianza y la confianza de los demás se construyen a lo largo del tiempo, es un proceso largo y lento, pero su deterioro puede producirse rápidamente. Si se piensa en las dificultades que han tenido y aun tienen las mujeres para incorporarse al mundo del trabajo y, en especial, a altos puestos de decisión y responsabilidad, y el esfuerzo en formación que los mismos les han supuesto, es fácil constatar que en los supuestos de acoso sexual o acoso moral por razón de sexo se hace algo más que atacar la honorabilidad profesional de una mujer o grupo de mujeres, para eliminarlas de la empresa o servicio, o someterlas a poder y control. En el acoso sexual o por razón de sexo, el objetivo último es descalificar laboralmente a las mujeres, o situarlas en el lugar que se presupone les corresponde: como objeto sexual o en una posición subordinada.

Una vez cuestionada la profesionalidad o la calidad del trabajo realizado por la víctima, el paso siguiente en el proceso del acoso es atacar la imagen o la personalidad de la misma. Se comenta que está rara, nerviosa, que debe tener dificultades familiares o personales, o que algo debe sucederle puesto que no cumple adecuadamente en el trabajo, reacciona mal ante las críticas o no tiene sentido del humor ante comentarios inocentes de compañeros o superiores. Estos ataques personales que se suman a las descalificaciones profesionales, previamente realizadas, hacen difícil a las víctimas llevar a cabo su trabajo, lo que servirá de fundamento a las descalificaciones profesionales previamente realizadas. Una vez debilitado el estatus laboral y deteriorado el reconocimiento profesional, que obstaculiza cualquier promoción o reconocimiento, a las víctimas sólo les quedan dos opciones: enfrentarse a esta situación superando las dudas y desconcierto inicial y denunciar, o huir.

La huida puede adoptar diferentes formas: pedir traslado, creyendo que la distancia solucionará el problema, despedirse de la empresa[11] o callar esperando que todo pase. Cualquiera de estas decisiones afectará a la autoestima y a la dignidad de la persona. Normalmente las personas

11. Estas situaciones se dan muy poco en la actualidad. La crisis económica ha hecho del trabajo un bien escaso, del que no es posible desprenderse. Por este motivo, las situaciones de acoso presentan mayor virulencia y acaban afectando a la salud de las personas que lo padecen.

acosadas psicológicamente en el trabajo se deciden a pedir ayuda cuando ya están en tratamiento psíquico o de baja por depresión. En la mayoría de los casos, la duración de estas bajas suele ser superior a 12 meses (Hirigoyen). En los ejemplos que analizaremos a continuación se verá que la situación ha perdurado durante años.

Cuesta comprender, en los casos de acoso vertical, que quién debiera promover buenas condiciones de trabajo y favorecer óptimos resultados sea precisamente quién los impida o los boicotee. Pero se debe siempre tener presente, sobre todo en los supuestos de acoso sexual y acoso moral por razón de sexo, que no hay lógica en los actos que dan forma al acoso, o no más lógica que la de lograr el poder y el control sobre una persona, para eliminarla o someterla. En otras ocasiones, el acoso tiene como objetivo llevar a cabo una demostración de poder frente a las y los otros, empleando la fuerza frente a una persona concreta, para demostrar el poder o la superioridad intelectual.

Frente a estas situaciones destructivas a nivel humano e institucional, es necesario promover el trabajo en equipo, alianzas y estructuras laborales en red, en las que cada individuo –mujer u hombre– puedan verse reconocidos y valorados en su trabajo, al tiempo que promocionados. Crear unas buenas condiciones de trabajo es clave para prevenir y detectar de forma precoz el acoso moral laboral. Por este motivo, el empresariado o la administración pueden ser responsables del acoso experimentado en sus empresas o servicios si no adoptan las medidas organizativas y las estructuras laborales que lo impidan, o en caso de producirse, lo detecten precozmente y lo sancionen de forma adecuada.

Hemos dicho con anterioridad, que los celos, la envidia y la rivalidad pueden ser magníficos detonantes de una situación de acoso laboral. Ahora bien, esta afirmación debe matizarse desde el punto de vista del establecimiento de la responsabilidad. Ha de ser indiferente que el sujeto o sujetos que acosen sea conscientes o no de la gravedad de su conducta o de las consecuencias que sus acciones generarán en la víctima o víctimas, también que el acoso sea más o menos planificado. En este sentido, debemos diferenciar entre responsabilidad y culpabilidad. Debe ser responsable toda persona que produce un daño a otra, pudiendo evitarlo. Si trasladamos estos argumentos al acoso cabe sostener que se debe ser responsable del daño causado al margen de la intencionalidad y del grado de planificación o espontaneidad de las decisiones denigrantes, hostiles o descalificadoras que se promuevan o realicen[12].

12. En otras ocasiones, puede ocurrir que el acosador sea también acosado. Estas situaciones se producen cuando las víctimas son un grupo y se organizan. Recientemente,

Ahora bien, ¿dónde situar el grado de conciencia para que se pueda hablar de acoso, sobre todo cuando éste es uno de los elementos objetivos que han sido establecidos por la jurisprudencia para separar las malas relaciones de trabajo del acoso? ¿Hasta qué punto las estructuras laborales o los sistemas perversos y fuertemente jerárquicos que aún perduran en las empresas o en la Administración pueden estar ayudando a disolver las responsabilidades individuales de quienes acosan? ¿Cómo probar la intención en estructuras laborales jerarquizadas y autoritarias, donde sus miembros han normalizado el empleo de la violencia y los ataques personales como estrategia de dinamización laboral y eje organizativo? La normalización de la violencia en el ámbito del trabajo no puede encubrir o dejar en la impunidad situaciones de violencia y de violencia de género como son el acoso moral, el acoso sexual y el acoso moral por razón de sexo. La responsabilidad de las empresas no concluye con la aprobación de un protocolo sobre la materia. El protocolo no puede ser utilizado para eximir de responsabilidad a quienes tienen, por su función, la responsabilidad de crear dignas e igualitarias condiciones de trabajo. Algunas estructuras empresariales o administrativas no pasarían el control de una auditoria de igualdad, pero no debe olvidarse que las estructuras no acosan, lo hacen las personas, y son ellas las responsables al utilizar estas estructuras para encubrir, justificar o legitimar actos deplorables. La responsabilidad que debe exigirse en el acoso no se agota en los responsables directos del acoso, se extiende a quienes silencian o respaldan a quien acosa[13], ya sea en beneficio propio o para eludir posibles ataques contra su persona, así como en última instancia la empresa o la administración por omisión[14].

---

en las universidades se están dando casos de este tipo, utilizado la persona presuntamente acosada los cauces institucionales de comunicación colectiva como son los e-mailes corporativos, para denunciar el acoso sufrido. En la actualidad, el poder de los medios lleva, en ocasiones, a las víctimas a acudir a ellos para dar a conocer públicamente su situación. En estos casos, Hirigoyen propone que se sea prudente frente a este tipo información, puesto que, a veces, las presuntas víctimas utilizan esta estrategia para desacreditar a ciertas personas o superiores jerárquicos, deformando los hechos u ocultando elementos relevantes respecto a la situación padecida. M. F. Hirigoyen, *El acoso moral en el trabajo* cit., pp. 64-65.

13. Esta extensión de la responsabilidad sólo se aplicaría en aquellas personas que por su rol o función en la empresa o en la administración podrían haberlo evitado y no lo han hecho. Somos conscientes de que en algunas ocasiones el silencio de compañeras o compañeros, ante una situación de acoso, desvela también su vulnerabilidad.
14. En la mayoría de las sentencias sobre acoso moral en la Administración, forma parte de la demanda una petición de indemnización patrimonial por daño moral.

2. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS

Sirva como ejemplo de lo que no debería de suceder en una situación de acoso, la sentencia del Tribunal Superior de las Islas Canarias, 1159/2010, de 9 de marzo, Ponente Alfonso Rincón González-Alegre. El juzgado de lo Contencioso– administrativo de las Palmas de Gran Canaria, estima parcialmente el recurso presentado por la Universidad, condenando a la Administración a indemnizar por daño moral y a que se restituya a la mujer acosada en «un puesto fijo retribuido con el salario correspondiente a su categoría, antigüedad y no incluido en los departamentos con los que había tenido conflicto». De esta sentencia interesa, en primer lugar, el reconocimiento del acoso que lleva a cabo y, en segundo lugar, la revictimización que el tribunal produce en la víctima, al argumentar que ella es responsable, en parte, de lo ocurrido, justificando a los directores de los departamentos y presuponiendo que sólo les movía el interés por el buen servicio. Creo que nada mejor para demostrar la revictimización producida que relatar los argumentos utilizados por el tribunal: «hay que apreciar una parcela de culpabilidad por parte de la recurrente. De manera que si bien es cierto que hubo hostigamiento y persecución moral sobre la recurrente por parte de ciertos integrantes de los departamentos indicados, no es menos cierto, que ello se debió, también en parte a la actitud de la Sra. J. en el desarrollo de su actividad, con lo que en ningún caso se está justificando aquella inaceptable conducta sobre el trabajador[15].

La sentencia critica que la actora no desempeñó sus funciones como auxiliar administrativo con la diligencia y la eficacia que el buen funcionamiento de los diferentes departamentos en los que prestó sus servicios requería, ya fuera porque el volumen de asuntos que tenía que despachar era elevado, o por la dificultad de las tareas...pero lo cierto es que desembocó en una especie de pulso psicológico entre la Sra. J y los responsables de los departamentos, quienes presionaron para que fuera sustituida. Ese propósito de buen funcionamiento de los distintos departamentos llevó a sus responsables a traspasar la barrera, derivando en persecución laboral, haciéndole la vida muy difícil, con permanente y continuos cambios de puestos de trabajo e incluso comentarios y actos de desprecio. Ahora bien, como ya se ha indicado, la conducta de la recurrente es igualmente censurable. (FJ 1º). Según la propia sentencia recoge, la recurrente prolongaba injustificadamente el tiempo de des-

15. Se nombra en masculino, a pesar de conocerse que la sentencia está dirigida a una mujer. Encontramos en este abuso del masculino, un claro ejemplo de sexismo en el lenguaje jurídico.

canso, causó repetidas bajas, ausencias y protestas ante la dirección. Recordemos que la situación comenzó en 1997, generándose la primera sentencia en 2009. Los testigos que declararon en el proceso fueron propuestos por la Universidad, y en la prueba pericial se afirma que: «ciertamente una situación de acoso conduciría a una situación laboral traumática que podría desembocar en una patología. El malestar patológico que sufre la recurrente puede deberse a un acoso». Cuando el tribunal compara la prueba pericial con el informe psiquiátrico presentado, en el que se dice que «la recurrente ha sido atendida durante años con un cuadro de ansiedad o angustia, preocupación, sentimiento de minusvalía, incapacidad para afrontar diversas situaciones, sentimientos de amenaza, indecisión, falta de concentración, etc., e incluso que la situación detonante había sido el continuo enfrentamiento laboral en el que se encontraba», concluye: «La existencia de una situación continuada de enfrentamiento laboral, que si ha quedado evidenciada (...) no puede equipararse, sin más, a una sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad con el fin de conseguir, que perturbada su vida laboral, se aleje de ella provocando su autoexclusión» (FJ 2º) Con estos argumentos se desestima el recurso y, para persuadir en el futuro a nuevas víctimas, se la sanciona en costas.

Este caso es un buen ejemplo de cómo quien acosa puede adoptar de forma eficaz la postura de víctima, generando denuncias cruzadas. Cuando se utiliza esta estrategia por parte de quien acosa, el objetivo es sustraerse de la responsabilidad, un objetivo cumplido en esta sentencia; o cuando la responsabilidad no puede evitarse, banalizar los actos realizados, o culpar, en parte, a la víctima de todo lo acontecido. En esta sentencia se revictimiza a la persona acosada, no sólo por parte de la Universidad que se pone a favor, justificando el acoso, de cierto grupo de personas para eludir la indemnización, también por parte de la Administración de justicia al culpabilizarla, en parte, de todo lo acontecido. Aunque la jurisdicción cuenta en España con instrumentos técnicos para subsanar las incorrectas interpretaciones normativas, mediante el sistema de recursos y la unificación de doctrina que lleva a cabo el Tribunal Supremo, los problemas subsisten cuando la incorrección de la decisión deriva de la falta de comprensión de los hechos objeto de valoración y calificación. De ahí el interés de habernos detenido, en la primera parte de esta reflexión, en exponer la complejidad que encierra un proceso de acoso.

La sentencia desvela la confusión que a nivel jurisdiccional se viene realizando entre, por un lado, los factores relevantes a nivel psicológico y psiquiátrico –gravedad de la violencia psicológica, permanencia y reiteración– para determinar el impacto y las secuelas de ciertas situaciones conflictivas que se generan en el ámbito del trabajo y que tienen impacto sobre la salud psicológica y física de una persona e intervenir de modo adecuado en su restauración y, por otro lado, la lesión de bienes jurídicos fundamentales, que ponen en riesgo la dignidad de una persona, consecuencia de una situación de acoso. En Derecho, la permanencia y reiteración tendrán valor para determinar el daño producido y su reparación, pero no para determinar qué bienes jurídicos han sido objeto de ataque, ni tampoco la gravedad de dicho ataque. Un solo ataque puede ser lo suficientemente grave como para atentar contra la dignidad de una persona y su integridad moral. Tras las exigencias de reiteración y permanencia impuestas a la calificación del acoso existe el interés de su objetivización. Pero esta pretendida objetivización no hace visibles otros factores importantes, el contexto y la personalidad o resiliencia de la persona objeto del acoso.

Las personas deben estar protegidas de sufrir violencia en su trabajo cualesquiera que sean sus niveles de resiliencia. El mantenimiento en el ámbito laboral de violencia normalizada, que es lo que evidencia la aceptación de lo que se califican como meras «malas relaciones de trabajo», es hoy absolutamente incompatible con la lucha que tanto Europa como España llevan desarrollando en las últimas décadas por instauran una condiciones dignas e igualitarias de trabajo. La dimensión igualitaria de las condiciones de trabajo no se agota en la igualdad de salarios ante trabajos iguales o de igual valor, tampoco en la lucha contra la discriminación por maternidad, raza o edad. La igualdad exigida se extiende a considerar a todas las personas que trabajan como sujetos que merecen el mismo respeto y valor. Por consiguiente, cualquiera que sea el nivel de reiteración o de permanencia de los actos producidos, se estará hablando de acoso cuando la dignidad y la integridad moral de la persona es objeto de ataque.

Del mismo modo que se ha eliminado la habitualidad para determinar la existencia de una situación de violencia de género en la pareja, al entender la gravedad de dicha conductas y su impacto sobre las personas afectadas, debemos eliminar la reiteración y permanencia reglada del ámbito del trabajo, a la hora de determinar si existe o no acoso. Entre otras razones, este cambio es importante porque permitirá afrontar de forma adecuada la violencia de género en el ámbito del trabajo. Una

violencia que se incrementará a medida que las mujeres accedan en mayor número al mercado de trabajo y traten de promoverse a los puestos de responsabilidad y dirección. Cuando la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece en el artículo 7 qué debe entenderse por acoso sexual y acoso por razón de sexo, calificando ambos como discriminación en el artículo 7.3, está poniendo de relieve dos cuestiones muy importantes: por un lado, que la calificación jurídica de acoso sexual y acoso por razón, en atención a este precepto, no exige las condiciones de reiteración y temporalidad que la doctrina jurisdiccional viene imponiendo, siguiendo obsoletos estudios psicológicos, y sin atender a las nuevas definiciones normativas; y, por otro lado, que no puede el intérprete del Derecho imponer exigencias más duras que aquellas que la norma establece. Recordemos el contenido del artículo 7:

> «1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual *cualquier comportamiento, verbal o físico*[16], de naturaleza sexual que *tenga el propósito o produzca el efecto* de atentar contra la dignidad de una persona, *en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*
>
> 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
>
> 3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
>
> 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

El precepto es claro: cualquier comportamiento que tenga como propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. No se impone en ningún momento las exigencias que la jurisdicción establece para calificar a una determinada actuación como acoso. Es cierto que este precepto no alude al acoso moral, pero entiendo que cabe deducirlo de dicha definición, sobre todo si ponemos este precepto en relación con la exposición de motivos de la ley y aquellos preceptos que establecen su objeto y ámbito de regulación.

Respecto a la permanencia que existe en los supuestos de acoso, en el seno de la Administración y su impacto sobre la salud, hemos tomado como ejemplo la sentencia 4480/2010, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, 11 de octubre de 2010. La parte actora suplica que se

16. La cursiva es mía.

dicte sentencia por la que se declare la existencia de acoso laboral y vulneración de derechos fundamentales, condenando a la Administración por daños de carácter moral por desprestigio profesional, al haber sido cesada como directora del Museo C. y perdida su plaza como conservadora, con el fin de que se restaure su imagen personal y profesional. La resolución de cese que se impugna es de noviembre de 2007. Aunque el puesto que desempeñaba era de libre designación, el cese fue declarado nulo, por STSJ de Madrid, el 13 de febrero de 2007, exigiéndose que se la reponga en la plaza a la que accedió por concurso específico de méritos y con todos los efectos administrativos y económicos. Un día antes de esta sentencia, la actora presentó ante el Ministerio de Cultura una reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los daños de carácter moral y el deterioro de salud sufrido durante la prestación de servicios, cuantificando ambos y probando la enfermedad psiquiátrica sufrida. En noviembre de 2007, ya había realizado una reclamación por responsabilidad patrimonial que fue desestimada, al afirmarse que no se había probado la relación causal entre la situación psicológica manifestada por la denunciante y el funcionamiento de la Administración, lo que motivó el recurso contencioso. En esta nueva demanda, y esto es lo que nos interesa para el tema tratado, la actora diferencia dos etapas, una a partir de 2001, en la que empezó a ser objeto de malos tratos y vejaciones, las cuales se han mantenido y reiterado en el tiempo; y otra que comienza a partir del primer semestre de 2007, en la que el cuadro psicoclínico había sufrido una notable mejoría como consecuencia de la sentencia favorable del TSJ, produciéndose a posteriori un empeoramiento en su salud, con la aparición de cuadros psicoclínicos y enfermedad psiquiátrica, consecuencia de la conducta acosadora y vejatoria que venía sufriendo por parte de la Subdirección General de Museos Estatales. Aporta para probar este empeoramiento en su salud diferentes informes médicos (FJ 2º).

Aunque la legislación trata de proteger frente a posibles represalias, éstas se producen con demasiada frecuencia. El respaldo institucional a las decisiones y actuaciones incorrectas de ciertas personas, para evitar las consecuencias económicas que su comportamiento podría causar en las arcas de la Administración, no es excusa para semejante comportamiento, que aparece denunciado por la demandante. Aunque toda situación de acoso es grave, cuando ésta se genera en el seno de las instituciones de un Estado democrático y Derecho, se lesiona algo más que un bien jurídico individual: se lesiona a todas las instituciones y se ataca al propio Estado de Derecho. El comportamiento de las Administraciones

debería ser ejemplarizante, y esto significa aceptar la responsabilidad, aunque no culpabilidad, que tiene ante tales situaciones. Esta responsabilidad se elude en la sentencia, al afirmar que la declaración de acoso se dirige hacia unos funcionarios concretos. Del mismo modo que el empresariado tiene responsabilidad cuando no fomenta y establece condiciones, estructuras y relaciones que impidan y obstaculicen ese tipo de prácticas, debe tenerla la Administración. Con demasiada frecuencia, la Administración exige a los particulares condiciones que ella incumple de forma sistemática. El Estado de Derecho impone a todos los poderes del Estado el respeto a la legalidad y a los valores de justicia constitucional. Por consiguiente, la Administración no sólo está obligada a aplicar y hacer cumplir la legalidad vigente, también está obligada a crear las condiciones para que sea eficaz, produciendo de este modo los cambios estructurales y prácticos necesarios para que los valores constituciones impregnen toda la actuación de la Administración. En resumen, existen responsabilidades individuales e institucionales que deben ser asumidas.

De esta sentencia nos interesa destacar otra cuestión más: los hechos habituales de acoso que recoge del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 9ª, de 27 de noviembre, de 2006. Como el propio Tribunal reconoce son acciones habituales contra la reputación o la dignidad de la persona trabajadora en el ejercicio de su trabajo: que se le encomiende una cantidad excesiva de trabajo, trabajo difícil de realizar o innecesario, se le priva de los medios adecuados para su realización, se manipula la información que recibe, no se le informa sobre distintos aspectos de su trabajo, funciones, responsabilidades, métodos o calidad del trabajo, se hace caso omiso de sus opiniones, se ignora su presencia, se le reprende o amonesta, nunca se le felicita, se le ignora. De manera expresa, este tribunal alude a: «acciones de iniquidad mediante las cuales se establecen diferencias de trato, distribución no equitativa del trabajo o desigualdades remunerativas. Se defiende que el mobbing es una forma característica de estrés laboral ocasionada por las relaciones interpersonales que se establecen en el centro de trabajo, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador afectado que percibe que sus hostigadores tienen la intención de causarle daño o mal, lo que convierte a la situación en especialmente estresante, sin que el individuo sepa cómo afrontar estas situaciones para modificar el entorno social, ni cómo controlar las reacciones emocionales que le produce dicho proceso. El fracaso en el afrontamiento de las situaciones y en el control de la ansiedad

desencadena una patología propia de estrés, que se va cronificando y agravando progresivamente« (FJ 4º). Es relevante destacar cómo este tribunal comprende el proceso y el efecto que el mismo genera en las víctimas, a la hora de valorar de forma adecuada la situación vivida. Lástima que esta argumentación y comprensión no se acompañara de la reparación del daño y de la declaración de responsabilidad institucional. La sanción disciplinaria a quien acosa es imprescindible, pero también lo es restituir el daño de forma disuasoria. La legislación reciente desarrollada por España sobre la restitución y reparación del daño no permite que la Administración se inhiba de su responsabilidad en el establecimiento y garantía de unas condiciones dignas de trabajo, en las que debe existir ausencia de violencia. Observamos en esta sentencia y en la actitud de la Administración el predominio del interés económico, sobre la justicia que debería de imperar.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA LA REFLEXIÓN

Después de analizar estas dos sentencias, tomadas como simple ejemplo, debemos reflexionar sobre lo siguiente: qué mensaje se les está trasmitiendo a las futuras víctimas de acoso desde la Administración de justicia ¿Qué impacto está teniendo en la jurisdicción, la Ley de Igualdad Efectiva 3/2007 y el esfuerzo de conceptualización realizado en materia de acoso?

La habitual calificación de las situaciones de violencia en el trabajo como simples malas relaciones de trabajo, y el escaso reconocimiento, por la dureza de sus exigencias, del acoso en cualquiera de sus tipologías, trasmite a las futuras víctimas un mensaje claro de aceptación de la violencia como natural y normal. Respecto al impacto de la ley de igualdad en la calificación y argumentación del acoso, debemos decir, que es nulo en el ámbito contencioso administrativo, pues han desaparecido las sentencias de acoso sexual y por razón de sexo; y, en el ámbito laboral, continúan aplicándose a los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo las exigencias del acoso moral elaboradas por la doctrina jurisdiccional con anterioridad a la ley de igualdad, lo que es incorrecto.

Lo curioso es que a comienzo del 2000, cuando nacen las primeras sentencias en España en materia de acoso, si aparecen casos de acoso sexual en la Administración. Resulta ilusorio pensar que tan sólo una década después éste tipo haya desaparecido, a pesar de haberse mejorado los instrumentos normativos de calificación. En el último año no

hemos encontrado ninguna sentencia sobre acoso sexual o por razón de sexo, al menos en la base de datos del Cendoj, aunque sí una durante el periodo 2008-2009.

¿Qué desvela la ocultación del acoso sexual y por razón de sexo en la Administración? En el diagnóstico realizado sobre la Administración general del Estado en 2011, para establecer su plan de igualdad, se reconoce la existencia de discriminación contra las mujeres en los puestos de libre designación y en los niveles altos de la administración. Por este motivo, en el plan de igualdad se recoge la necesidad de elaborar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, pero curiosamente cuando la Administración elabora dicho protocolo, estas tipologías se olvidan, y la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso, sólo menciona el acoso laboral. Al principio podríamos pensar que al utilizar el término acoso laboral en esta Resolución se está incluyendo a todas las tipologías de acoso. Pero nada más lejos de la realidad. Cuando se define el acoso laboral, en el apartado II, punto 2.1, se aclara que «cuando se utiliza la expresión acoso laboral se suele hacer referencia a lo que en términos algo más concretos se conoce como acoso moral o psicológico en el trabajo». Motivo por el cual se exige que la violencia psicológica sea intensa, reiterada y prolongada en el tiempo. Estas exigencias abren la puerta a la doctrina jurisprudencial que hemos criticado y va más allá de lo establecido en el articulo 7 de la Ley de igualdad efectiva, donde dichas exigencias han sido eliminadas. Además, debe criticarse el término empleado acoso laboral. Esta expresión induce a confusión, pues da a entender que el acoso que se produce en el seno de la Administración es sólo acoso moral, o peor aún ofrecer una imagen segmentada de las diferentes tipologías, cuando la realidad demuestra que en ocasiones se puede pasar de uno a otro tipo, al modificarse las circunstancias personales o laborales de víctima y acosador[17].

Interesa también destacar la preocupación que existe en la Administración por establecer qué no es acoso. Entre las conductas recogidas como no acoso se afirma que «puede tratarse de auténticas situaciones de maltrato psicológico en el trabajo, similares a la incluidas en el «mob-

17. El famoso caso Nevenka en España es un claro ejemplo de esta evolución y de la ceguera de la víctima en el inicio del proceso.

bing», pero sin el componente de repetición y duración que se requiere en aquél, ya sea porque son realmente esporádicas o porque sean denunciadas en una fase precoz». Aclarándose a continuación en la Resolución que: «Asimismo, no se considerarán conductas de acoso aquellas que, aún pudiendo incluirse aparentemente en la definición, se concluya que por sus características no constituyen comportamientos violentos...o bien, cuando las pruebas presentadas no sean consistentes, sin ser falsas».

Creo que estos hechos responden a la pregunta que antes nos hacíamos sobre las razones que conducen a la ocultación del acoso sexual y por razón de sexo en la Administración. La Administración no está dispuesta a reconocer la existencia del acoso sexual o por razón de sexo, o al menos no está interesada en garantizar de forma adecuada su prevención y detección precoz, porque hacerlo implicaría reconocer la existencia de violencia de género en el seno de la propia Administración General del Estado. El reconocimiento del acoso laboral como acoso moral permite ocultar esa violencia y poner el acento en el carácter asexuado del acoso que sufre el personal de la Administración, cualquiera que sea su sexo. Esto se observa bien cuando nos centramos en el análisis de las pruebas y en la consistencia exigida. Si recordamos los hechos que habitualmente se producen y que deben ser probados sin margen de duda (asignación de trabajos sin valor o utilidad, asignación de trabajos por debajo de la capacitación de la persona trabajadora, ejercer una presión indebida o arbitraria respecto a los objetivos a cumplir, desvalorizar sistemáticamente el esfuerzo o éxito atribuyéndolo a otros factores que no era el valor profesional de la persona trabajadora, privarla de un reconocimiento que sí se asignaba a otros, evaluar el trabajo de forma no equitativa o de forma sesgada, ampliar y dramatizar de manera injustificada ciertos errores pequeños o sin trascendencia, menospreciar o menoscabar al profesional, restringir las posibilidades de comunicación o reunión con los superiores, ninguneo, exclusiones o vacío, fingiendo olvidar a la persona trabajadora o intentando hacerla invisible ante los demás, interrumpirla constantemente impidiéndole que se exprese o avasallándola, intentar desmoralizarla o desanimarla), podríamos concluir que probar el acoso será una heroicidad.

Tampoco debe olvidarse que, en el contexto de la Administración, el organigrama y la distribución de funciones deja amplios márgenes de discrecionalidad, por lo que se hace difícil de probar e incluso percibir el acoso por las propias víctimas, hasta que no alcanza la violencia psicológica o física[18] niveles elevados.

18. La violencia física se produce en los casos de acoso sexual.

El acoso sexual y acoso moral por razón de sexo que existe en el ámbito del empleo, aunque se trate de ocultar, para situar la centralidad en la lucha contra el acoso exclusivamente en el acoso laboral o moral, desvela la existencia de la violencia de género en el ámbito laboral y la complicidad de la Administración en su mantenimiento.