

Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos

Ascensión Cambrón
Universidad de A Coruña

1. El cuerpo femenino centro de aplicación de la fecundación in vitro
 - 1.1. La justificación de las técnicas reproductivas
 - 1.2. Acerca de la definición de infertilidad
 - 1.3. La aplicación de las técnicas reproductivas: usuarias, métodos y consecuencias

2. Los prejuicios del sabio y la calificación de “lesiones” corporales.
 - 2.1. Alcance y limitaciones de la medicina moderna
 - 2.2. La definición médico-legal de agresión
 - 2.3. El ojo del médico ante las lesiones corporales

3. El discurso jurídico y las lesiones al cuerpo femenino en la FIVTE
 - 3.1. Análisis del contenido de la Ley 35/88
 - 3.2. ¿Cómo ven este asunto las normas sancionadoras?
 - 3.3. El derecho a la vida y a la integridad *versus* la obligación de parir

4. El discurso de los derechos y la especificidad de género
 - 4.1. Las diferencias de género en la óptica jurídica
 - 4.2. La “maternidad” lugar privilegiado de violencia simbólica
 - 4.3. Los derechos de la mujer en serio. A modo de conclusión.

1. El cuerpo femenino, centro de aplicación de la fecundación *in vitro*¹

Si bien las primeras tentativas de fecundación *in vitro* realizadas con gametos humanos fueron llevadas a cabo por los biólogos Rock y Merkin en 1944, no fue hasta 1978 cuando los científicos británicos Steptoe y Edwards lograron el nacimiento de la primera “bebé probeta”, Louise Brown, en el Gran Hospital de Oldham (Inglaterra). En España el primer nacimiento por este método aconteció en la Clínica Dexeus (Barcelona) en 1984.

Es sorprendente el veloz desarrollo y difusión que estas técnicas han alcanzado y la rápida transición que se produjo desde la experimentación con animales a la experimentación con mujeres. Si se considera el tiempo transcurrido entre el inicio de las investigaciones sobre FIV y el nacimiento de Louise Brown, se puede constatar que había mediado un tiempo breve, excesivamente corto en la experimentación de la técnica con animales antes de ser aplicada a las mujeres. Fue en función de este dato que el *Britain's Medical Research Council* denegó la financiación a los experimentos realizados por los doctores Steptoe y Edwards, considerando que uno de los pasos imprescindible entonces para la obtención de óvulos, la laparoscopia, era un requisito terapéutico demasiado arriesgado para aplicar ya a las mujeres. En la misma línea de argumentación se asentó la oposición del *Ethics Advisory Board* (1979) norteamericano para permitir la fecundación *in vitro* en mujeres.

El siguiente paso de importancia en la consolidación de estas técnicas lo representa la crioconservación de embriones previamente fecundados *in vitro*. En 1984 nace Zoe Leyland en Melbourne (Australia) fruto de los experimentos de los doctores Trounson y Mohr. Poco después (1.10.87) los medios de comunicación dieron a conocer el parto de una mujer surafricana que había gestado embriones fecundados *in vitro*, cuyos óvulos fueron proporcionados por su propia hija. A partir de esas fechas los embarazos y partos polémicos se han sucedido en los EEUU y en Europa y, como es de todos conocido, por los efectos de la fecundación *in vitro* deja de tener sentido aquello de “madre no hay más que una”.

El desarrollo y alcance de las técnicas de reproducción artificial humana está ampliamente divulgado y ha dado lugar a interpretaciones doctrinales diversas a tenor de las diferentes premisas de que se parte y de los múltiples problemas que su aplicación plantea: de naturaleza ética, jurídica, social y política. En torno a la reproducción artificial se han tejido variados discursos de alcance normativo y con objetivos diversos. Se puede pensar que en alguno de ellos prevalece el interés de la mujer en tanto sujeto de derecho, racional y libre; incluso cabe pensar la posibilidad de que se haya formulado algún otro sobre la maternidad “capaz de resquebrajar el orden patriarcal y cuestionar los valores imperantes sobre las mujeres y sobre la maternidad” (Costa-Lascoux, 1994:607). Sin embargo, por paradójico que parezca, la tendencia general es la contraria. Los diferentes discursos éticos, médicos y jurídicos elaborados con “autoridad” en torno a la reproducción asistida ignoran a las mujeres como sujetos autónomos y “sus voces sólo son recogidas parcialmente y articuladas a través de otros sujetos” (C. Lema, 1999: 130). En consecuencia sus intereses no aparecen en la consideración y elaboración de estándares, que se siguen elaborando acordes con los tópicos sexistas incrustados en el modelo cognitivo y en las normas sociales desde las que se interpreta el rol de la maternidad.

¹ El sueño de crear la vida es antiguo aunque hasta la primera mitad del siglo XX había sido sólo fabulación, tal como lo prueban abundantes obras literarias como: *Frankeestein or de Modernn Phrometheus* (M. Shelley, 1818), y *Out of the Night, a Biologist's Wiew of the Future* (Aldane, 1925). Sin embargo ese gran sueño empezó a hacerse realidad a partir de los descubrimientos de Ogino y Knaus (1932) y, poco más tarde, el del ADN. Combinando el conocimiento de los mecanismos reproductivos humanos y los de la biogenética, la lucha médica contra la esterilidad animal y humana ha dado pasos extraordinarios a partir de los años 80.

1.1 La justificación de las técnicas reproductivas.

El problema de la esterilidad humana y su representación simbólica es un asunto antiguo en nuestra cultura, tanto que se remonta a Sara quien dice a Abraham “He aquí ahora Yavé me ha vedado parir; ruegote que entres a mi sierva; por ventura tendré hijos de ella” (Génesis, 16, 1-2). A esta tradición remota sobre la esterilidad y la maternidad se ha añadido, sin interrupción hasta tiempos recientes, la idea de que la esterilidad era debida siempre a la condición femenina y en tanto tal causa de pecado, vergüenza social y marginación. Esta leyenda aún perdura a pesar de los sofisticados conocimientos de que dispone la ciencia médica y de los recursos inmensos disponibles para superar la esterilidad cuando se produce en hombres y/o en mujeres. En la cultura social dominante la esterilidad masculina se ha relacionado unívocamente con simples anomalías físicas y la experimentada por las mujeres, por el contrario, se la relaciona con algún tipo de transgresión, indistintamente sea de carácter moral, religioso o social. En la actualidad pese al “progreso” esos prejuicios negativos sobre el género femenino perduran aunque encabalgados funcionalmente por los conceptos nuevos que proporciona el discurso científico-médico y que estimulan a las parejas estériles o infértiles a recurrir a la reproducción artificial para tener descendencia.

Las mujeres no viven ya la esterilidad tanto como “vergüenza social” cuanto como una quiebra existencial, un obstáculo que dificulta su proyección individual y conyugal (S. Vegetti-Finzi, 1989: 273). La componente de fertilidad en la mujer es una exigencia cultural asentada y muy extendida y, cuando una mujer o pareja no la experimenta, ella es vista como incompleta, irrealizada en tanto ella es incapaz de aportar “lo esperado” a la unidad familiar (F. Héritier, 1996: 86). Desde esta perspectiva el deseo de tener hijos es sobre todo un deseo social de realización y la imposibilidad (por esterilidad o infecundidad) para ver realizado ese deseo será vivida como una “desgracia” biológica suprema. A la vez que ese deseo se convierte en una obsesión, la reproducción deviene casi un deber que se presenta como símbolo de la perennidad de la especie, de la identidad sexual y de la integridad física e integración social del individuo y de la pareja (G. Delaisi de Parceval et A. Janaud, 1983). A la extensión de estos sentimientos individuales han contribuido los medios de comunicación de masas movidos por el sensacionalismo y, tal vez, interesadamente por destacados exponentes de la profesión médica, por equipos de investigadores y por los responsables políticos de las sociedades del Norte preocupados por los bajos índices de natalidad en esas sociedades.

Estadística y médicamente la esterilidad se presenta como indeterminada y, no obstante, sobre esa indeterminación se asienta la base de la justificación de las técnicas reproductivas. En la actualidad investigadores y médicos han tejido un discurso nuevo sobre la esterilidad que si bien se encabalga en su consideración como patología, no obstante esa caracterización amplia tiene un alcance diferente en la medida que pretende *legitimar* el uso de las técnicas mismas y contribuir indirectamente a fomentar la demanda para conseguir descendencia. En este sentido J. Testart ha escrito que ante la difusión de la reproducción artificial “las parejas que casi habían olvidado su esterilidad recuperan viejos deseos procreativos y se inscriben en listas de espera rápidamente saturadas”(J. Testart, 1988:30). Pero también es el discurso médico el que articula esa demanda, enlazando con pulsiones preexistentes sin articular y generando expectativas en las parejas con problemas, trazando las prioridades, las formas de tratamiento y lo que es también importante, definiendo lo que sea la “esterilidad”. Obviamente la definición de qué sea la esterilidad es convencional, imprecisa y arbitraria aunque de ella se sigan consecuencias psicológicas y normativas de gran relevancia para el caso (C. Lema, 1999:171).

La definición de esterilidad proporcionada por la ciencia médica es ambigua como se verá y, aunque se pretende sólo “descriptiva” este rasgo es a lo sumo un *desideratum* porque de esa definición se siguen necesariamente los criterios para el tratamiento legislativo en materias de filiación, determinación del universo de usuarios/as, las obligaciones de la Administración sanitaria y también la legitimación social de dichas técnicas reproductivas.

En esta línea de actuación —a pesar de que estrictamente se puede distinguir entre “infertilidad” y “esterilidad”— el Comité de Nomenclatura de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) ha impuesto para calificar ambas situaciones el término médico “infertilidad” que indica “un período con actividad sexual sin concepción” (T. Beauchamp y L. Walters, 1994: 207). En cualquier caso, la infecundidad ha sido considerada eficazmente como patología a partir de la definición adoptada por el Comité de Nomenclatura de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia y por la OMS que ha definido la *infertilidad* como el resultado de “dos años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir”.

Este mensaje, adecuadamente transmitido por los *mass media*, ha fomentado la extraordinaria sensibilización de la sociedad hacia el *sufrimiento* que genera la infecundidad en las parejas y que naturalmente conduce a justificar del deseo de *L'enfant à tout prix*, el hijo a cualquier precio. Pero realmente ¿es la infecundidad una enfermedad?

De la respuesta que se proporcione a esta pregunta dependerá, primero, la determinación de si la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida se emplea para vencer patologías, o bien para satisfacer deseos y, en segundo lugar, naturalmente para especificar el marco jurídico y su legitimidad moral,² así como, por último, para determinar a quién corresponde financiar dichas prácticas sanitarias. Hay autores que sostienen que la esterilidad no es una enfermedad y por ello no estaría indicado un tratamiento médico para paliarla ((L. R. Kass, 1989:343-348); otros sostienen lo contrario, por lo cual sí estaría justificado su tratamiento médico y la financiación por la sanidad pública (*Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro* del Congreso de Diputados español, 1986: 51). En esta línea de argumentación M. Warnock también ha sostenido que la esterilidad es una disfunción que debe ser socorrida médicamente.

De la definición misma, proporcionada por los “expertos” se sigue que la infertilidad se produce tras un período de actividad sexual sin concepción; sin precisar que de ese dato no se colige necesariamente que exista esterilidad sino que, por el contrario, ese dato denota una parte de la población que tiene problemas para concebir (T. Beauchamp y L. Walter, 1994:207). Por ello se ha de convenir que la definición de esterilidad es *convencional* y como cualquier otra no está exenta de arbitrariedad.

La definición médica se asienta en rasgos imprecisos lo que favorece “otros” intereses ligados a la ciencia misma y no precisamente el respeto a los derechos de las mujeres. Y es que sucede que de esa *definición* se siguen consecuencias terapéuticas, psíquicas, morales y sociales de gran envergadura, como pueden ser la determinación del sujeto pasivo que se somete al tratamiento médico, la legitimidad de las técnicas y la determinación o indeterminación de los sujetos que legalmente pueden reclamar dicha intervención en el marco de la sanidad pública. Se puede afirmar que las técnicas de reproducción humana representan un avance importante, que permite satisfacer la demanda del hijo. Pero ignorar que tienen otras implicaciones prácticas y simbólicas problemáticas para las mujeres supone, también, avalar la justificación política que subyace a la norma: “el derecho de la mujer a la reproducción”.

1. 2. Acerca de la definición de infertilidad

Sobre la citada definición de *infertilidad* el colectivo científico-médico ha tejido un discurso pretendidamente *descriptivo* pero con consecuencias normativas evidentes como veremos. Este discurso sobre la infertilidad se asienta en tres proposiciones fundamentales: a) existe un porcentaje creciente de parejas con problemas de esterilidad y fecundidad que solicitan ayuda a la medicina; b) la respuesta médica más adecuada es la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; y c) incidentalmente estas técnicas tienen la ventaja de responder de manera óptima a las demandas de los pacientes a la vez que abren horizontes interesantes para la investigación (F. Bimbi, 1989:318). Esta autora señala que bajo esta factura “descriptiva” el discurso médico

² De cara a interpretar la génesis de nuevos derechos puede resultar interesante en relación a este tema hacer un seguimiento del supuesto “derecho a la reproducción” y de quienes lo vindican como tal.

se presenta como objetivo y avalorativo y por ello ajeno a la construcción social de los modelos culturales y jurídicos vigentes, por lo que se derivaría necesariamente de él que las prácticas han de ser realizadas atendiendo *sólo* a las reglas deontológicas de los profesionales sanitarios.

Bimbi propone considerar en el interior de la descriptividad del discurso médico los aspectos de la construcción simbólica de la reproducción artificial y su relevancia para la sociedad. A este objetivo se añadiría otro aspecto complementario, “el modo en que el discurso médico crea significados sociales con relación a las nuevas tecnologías y que incide en la modificación de las costumbres. O quizás sería más oportuno no separar ambos aspectos, ya que se podría considerar la hipótesis de que la influencia entre ambos es mutua y de que el discurso médico supera ampliamente su ámbito interno y coloniza los significados sociales de la esterilidad y la reproducción, por lo menos en cuanto éstos intentan escapar de un paradigma mágico y religioso de explicación de la esterilidad” (C. Lema, 1999: 161). La descriptividad del discurso médico, como supuesto epistemológico, se desvanece cuando se contempla con perspectiva histórica la construcción de las prácticas de la medicina moderna como se ilustrará más adelante al describir cómo actúa el “ojo del sabio”.

Es obvia la importancia de este discurso acerca de la esterilidad que, asentado en la autolegitimación de la ciencia, se presenta como meramente descriptivo y que, no obstante, adquiere un gran alcance social y con incidencia directa en la regulación jurídica de esta materia. Y es que el discurso científico-médico es también *normativo* como ha demostrado Evellyn Fox Keller y C. Lema en el trabajo aquí citado. Esta pretensión del discurso médico puede parecer un defecto atribuible al carácter novedoso, “inmaduro”, de las técnicas o, incluso debido a la prudencia de los profesionales de la salud ante una enfermedad de causas todavía desconocidas. Estas pudieran ser las razones y, no obstante, nos inclinamos a dar otro tipo de explicación acerca de esa consustancial ambigüedad. Es decir, así definido el parámetro de la esterilidad por la comunidad científica es tomado para su regulación jurídica y esto, en el caso concreto que aquí tratamos, no sólo contribuye a la legitimación de las técnicas mismas —no limitando su uso a los casos concretos en que la esterilidad está causada por una patología que puede tener origen muy diverso, no siempre congénito sino debido a hábitos conductuales, como por ejemplo a determinadas pautas sexuales, a tratamientos clínicos previos, al uso de dispositivos intrauterinos, a cesáreas o al uso de fórceps— sino que extiende la posibilidad de recurrir a ellas en otros muchos supuestos que sólo responden al “deseo” de acceder a la maternidad sin necesidad de mantener relación coital previa.

La ambigüedad con que desde la ciencia se define el concepto de esterilidad y los efectos sociales que de esa definición se derivan manifiesta que el discurso médico no es sólo “descriptivo”, en tanto de la definición misma se sigue si ese recurso médico está disponible para cualquier pareja, mujer sola, menopáusica, o previamente esterilizada que quiera optar a él para tener descendencia. De la imprecisa definición de la esterilidad se deriva, obviamente, un universo abierto de posibles usuarias de las técnicas reproductivas. Este proceder muestra que, aunque se lo considere indirectamente, el discurso médico no es meramente descriptivo sino objetivamente normativo. Pero, además, esa forma de definir una patología incide directamente en la actividad de los legisladores que, obligados a delimitar lo *legítimo* de lo *ilegítimo* para la ciudadanía, se ven abocados a normar esta materia a partir de esas imprecisiones, desde las cuales además se decide a quién corresponde financiar dichos recursos biomédicos.

La radical ambigüedad con la que médicamente se ha definido la infecundidad condiciona la actividad legislativa y traslada a sus actores un conjunto de problemas, con frecuencia insalvables, mediante las refinadas técnicas jurídicas disponibles. Estas son algunas de las circunstancias complejas que parecen desconocer determinados críticos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre las Técnicas de Reproducción Asistida cuando se limitan a considerar dicha norma desde la sola ciencia jurídica; y esto porque la materia a regular, respecto a los “sujetos de derecho”, tiene implicaciones simbólicas, éticas, jurídicas y económicas de difícil regulación

en sí mismas, y más aún si se pretende promocionar con ellas el crecimiento demográfico y el tradicional orden simbólico en el que se inscribe la “maternidad”. A lo que se añade, en este caso que la materia a regular se manifiesta una vez más como el punto crucial en el que se da cita el viejo tema de Antígona: la relación entre derecho y moral.

Inicialmente el discurso científico-médico y después el jurídico presentan, justifican y regulan las técnicas de reproducción asistida fundamentalmente encaminadas a combatir la *esterilidad*. Sin embargo, como se ha apuntado anteriormente, esta es una verdad a medias; primero, porque la esterilidad no es siempre una patología que pueda apreciarse a partir de los solos hechos fisiológicos que identifica el profesional de la salud, ni esa conclusión se puede extraer de los datos estadísticos, ni de la definición por ellos avanzada. Para que la esterilidad fuera significativa tendría que ser reclamada como patología por la persona que la sufre: las personas que no tienen hijos, deseando tenerlos. En esta línea de razonamiento se han manifestado voces que afirman: “en realidad la esterilidad no es una enfermedad, será salud (o desconocimiento, o indiferencia) para quien no quiera tener hijos y enfermedad para quien los desee. Las distintas definiciones que se manejan sobre la “esterilidad” no tienen otro elemento que permita distinguir entre “patología” y, por ejemplo, “anticoncepción” —o indiferencia— que no sea la voluntad de las personas afectadas”. Por ello puede afirmarse que “fertilidad” y “esterilidad” no son cuestiones de salud, “datos de la naturaleza”, sino de alguna forma características de las personas (M. Mori, 1989).

Y, en segundo lugar, de la imprecisa definición de la esterilidad se siguen consecuencias sociales de gran importancia que tienen, al menos, un efecto evidente: la ambigüedad en la definición de la “enfermedad” conduce necesariamente a la imprecisión del universo de usuarias/os de las técnicas reproductivas, lo que permite acogerse a esos recursos médicos para satisfacer el deseo de tener un/a hijo/a en un tiempo y condiciones precisas, indistintamente existan fundamentos patológicos o no.

A partir de la valoración subjetiva de la esterilidad como problema se pueden avanzar ya algunas conclusiones según afecten al orden simbólico en el que se inscribe la maternidad, al orden científico-médico o al jurídico-político.

En el *orden simbólico* es asunto indiscutido que a partir de los años 60 los recursos contraceptivos que hicieron posible distinguir entre sexualidad y fecundidad representaron un medio liberalizador para las mujeres, en tanto les permitieron superar su pretendido destino biológico. Sin embargo, no han ido en la misma línea los métodos de reproducción artificial cuyas consecuencias han ahondado la escisión entre la dimensión biológica, corporal y psíquica de las mujeres. Y ese efecto lo realizan en la medida que los nuevos recursos se justifican a costa de reforzar el ideal cultural de la maternidad/paternidad biológica; por esta razón las mujeres y sus parejas solicitan su socorro para dar cumplimiento al deseo no tanto de traer una nueva criatura al mundo cuanto para cumplir con un deber culturalmente impuesto. El discurso médico contra la infertilidad refuerza en las mujeres la búsqueda, el cumplimiento, de una identidad ilusoria: “ser madres” a toda costa; identidad neutralizada que reduce a las mujeres a una existencia paradójica; y esto porque si “las mujeres se definen contra la maternidad primigenia, pierden la sacralidad de la función generativa, su dimensión transindividual, su promesa de perennidad, su autoridad intrínseca. La función materna, reducida a su mera dimensión fisiológica, está destinada a entregarse pasivamente, al dominio impersonal que requiere erróneamente de la técnica” (S. Vegetti-Finzi, 1996: 121).

El nuevo modo de reproducirse la especie humana tiene pues en el orden simbólico dos consecuencias de importancia para la mujer. En primer lugar implican una ruptura con la tradicional forma de concebir y de vivir la maternidad, en tanto altera su identidad y la priva de la autoridad que la sustenta en origen; pero además, el recurso a estas técnicas médicas conduce a las mujeres a “entregarse” al poder de la medicina. Mediante estos mecanismos las mujeres y sus parejas entran en conflicto consigo mismas y con las tradicionales relaciones de familia.

En el *orden profesional* los cambios no son menos problemáticos. Si ya las mujeres no le piden el hijo a la divinidad o a la naturaleza, las nuevas posibilidades técnicas potencian el saber/poder de los profesionales sobre ellas, en tanto los obstetras ven ahora a las mujeres más como el “nicho del feto” que como un sujeto integral, moral y social. En este sentido las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (TRHA) manifiestan una dualidad paradójica a la luz de los principios bioéticos de autonomía de los pacientes, consentimiento libre e informado, etc. principios que obligan a los profesionales a atender a los pacientes como sujetos libres y autónomos. Pero ante los problemas sanitarios relacionados con la reproducción las mujeres siguen siendo tratadas por los profesionales de la medicina antes como “futuras madres”, objetos, destinados por la naturaleza a la reproducción.

Por lo que se puede afirmar que estos nuevos recursos la corporación médica ha aumentado los conocimientos biogenéticos y los recursos técnicos, pero a la vez se mantiene deudora de la tradicional concepción que da prioridad a la “madre” frente a la mujer, a la que se sigue viendo destinada por “naturaleza” a esa exclusiva función. Sobre esta realidad social y cultural actúa la corporación médica para obtener sobre ellas más saber y poder.

En el *orden político-jurídico* la incidencia de las NTRHA no es menor para los intereses de las mujeres. La imposibilidad para determinar siempre la esterilidad como *enfermedad* y el hecho de que tenga que ser la propia valoración y deseo de la persona lo que establezca la distinción entre lo que se considera patológico o no, tiene importantes consecuencias en la regulación jurídica de esta materia (C. Lema:1999: 293). Y por otro lado, así caracterizada la ausencia de fecundidad, se favorece el recurso voluntario a los tratamientos de reproducción asistida y se privilegian indirectamente los intereses profamilia y profesionales y los de la industria biogenética. Estos intereses menos explícitos y legítimos desde el postulado de los derechos fundamentales, pero quizás acordes con el “orden público” actual, que no hay que confundir con el orden social deseable.

1.3. La aplicación de las técnicas reproductivas: usuarias, métodos y consecuencias

El que las organizaciones médicas internacionales identifiquen discursivamente la esterilidad con la infecundidad incurre en un vicio lógico que merece consideración desde la teoría de la ciencia en general y desde la ciencia médica en particular. Pero aquí no es de ese defecto lógico del que me ocuparé —aunque obviamente esa deficiencia epistémica afecta a la naturaleza y consistencia de la Medicina como ciencia- sino que vamos a dirigir nuestra atención a las consecuencias sociales, materiales, que se derivan de la aplicación de las nuevas TRHA. Para llevar a cabo ese objetivo distinguiremos analíticamente tres aspectos interrelacionados de las prácticas mismas: el relativo al universo de los usuarios/as, los métodos terapéuticos y clínicos que se emplean para corregir la infecundidad y, por último, los efectos que pueden causar en las mujeres que se someten a esas técnicas reproductivas.

Universo de usuarios/as

A nadie puede sorprender que de la imprecisa definición médica de la esterilidad se siga igual consideración respecto a la determinación de los individuos que pueden acogerse a ellas para remediar o satisfacer el deseo de tener descendencia. Si se interpreta estrictamente el contenido de la definición de la esterilidad: “una pareja debe ser considerada estéril cuando después de mantener regularmente relaciones sexuales durante dos años, persiste involuntariamente sin tener hijos”. Se puede entender que estos métodos reproductivos están al alcance de cualquier pareja que tras dos años seguidos de relaciones coitales no consigue el embarazo y ello indistintamente de que la mujer o su pareja tengan problemas anatómicos, fisiológicos o psicológicos. No obstante ésta no es la única interpretación posible.

Desde esta interpretación restrictiva de la definición cabe atribuirle bastante indeterminación, en tanto de ella no se sigue necesariamente si las parejas que pueden beneficiarse de ese recurso

médico han de ser casadas, convivientes, de hecho, la edad de ellas o la causa de la infertilidad para acceder al tratamiento. Pero además cabe interrogarse si la definición excluye a las mujeres solas o a las parejas homosexuales.

Ante esta apertura del discurso médico respecto a los recursos que proporcionan las TRHA se podría argüir que ese rasgo es intrínseco a la ciencia misma que sólo tiene una función teórica, descriptiva y otra práctica, curativa. Aún se puede ir más lejos con el razonamiento y afirmar que “lo otro”, los límites, corresponde establecerlos a la ley positiva: la que *debe* determinar el marco legal para su uso. Este supuesto razonamiento llevaría implícita la convicción de que la ciencia necesita a la norma positiva para su aplicación e, inversamente, sin norma que regule estas prácticas médicas sería imposible su aplicación. Este sería un argumento contrafáctico, pues es evidente que la utilización de las técnicas están implantadas en todo el mundo y que no todos los países han legislado al respecto. Un ejemplo cercano lo constituye el estado italiano, conocido como “el far west de la reproducción”, sin que exista ley alguna sobre esta materia. Mientras que en otros países, como España, se cuenta con una norma específica y en otros, como Alemania, las normas las ha “dictado” la Organización Médica Colegial.

Métodos clínicos y terapéuticos que se emplean para combatir la infecundidad

Si la esterilidad de una pareja es atribuida al hombre puede ser que a éste le sea necesaria una intervención quirúrgica, como es el caso si existe la obstrucción de los canales espermáticos, o si la esterilidad se debe a problemas funcionales —oligospermia o astenospermia—, entonces, en este caso, se hace necesario recurrir a tratamientos hormonales no sólo del hombre, sino también de la mujer con la que aquel desea tener descendencia.

Si la esterilidad o infecundidad es atribuida a la mujer, puede ser que la deficiencia o incapacidad sea para ovular, fecundar o gestar y que a su vez la causa de esa imposibilidad sea congénita, sobrevenida o idiopática. En este caso las intervenciones médicas sobre la mujer pueden ser quirúrgicas y terapéuticas. Las primeras (cirugía reparadora) se aplican si la imposibilidad de procrear de la mujer se ubica en las trompas de Falopio. Las segundas consisten fundamentalmente en tratamientos hormonales (en la fase de preparación a la ovulación) combinados con otras intervenciones.

Los tratamientos hormonales se aplican *sólo a las mujeres*: si tienen dificultad para ovular, fecundar y gestar y constituyen un capítulo complejo —en muchos sentidos todavía experimental— de la aplicación de las TRHA en la lucha contra la infecundidad. Se utilizan tratamientos hormonales para la estimulación ovárica, cuando la infertilidad se atribuye a la falta de ovulación, o a la calidad de la misma. En este caso se recurre a estimular el circuito hipotalámico que interviene directamente en la regulación de la ovulación o, si aquel no responde, se actúa directamente sobre los folículos ováricos mediante dos hormonas: la gonadotropina menopausica humana (HMG) que permite alcanzar la maduración folicular y la gonadotropina coriónica humana (HCG) que desencadena la ovulación.

Si la mujer tiene además de dificultad para ovular, imposibilidad de fecundar se recurre a la fecundación *in vitro* (FIV) para, en un momento posterior, transferir el embrión así conseguido al útero (FIVTE). Esta técnica está indicada en casos de esterilidad tubárica en aquellas mujeres cuyas trompas no se pueden reparar quirúrgicamente y que, no obstante, cuentan con un aparato reproductor normal. Pero esta técnica se emplea también en el caso de la esterilidad inmunológica; es decir: cuando los espermatozoides son destruidos por el medio vaginal y en casos de esterilidad idiopática. Parte de la literatura médica manifiesta que esta técnica se ha extendido peligrosamente, pues se aplica también en casos de hipofertilidad masculina —es decir, cuando los espermatozoides no son suficientes en número o en movilidad— e incluso en esterilidades de origen desconocido o idiopáticas.

En la aplicación de la FIVTE se distinguen a grandes rasgos cuatro pasos o momentos:

a) *Estimulación hormonal*. Consiste en aplicar un tratamiento semejante al anterior, sólo que en estos casos se aplican altas dosis de la hormona de la fertilidad que contiene clomifeno, uno de los elementos inductores de la ovulación. En la actualidad se estudia la similitud de esta droga con el Diethylstilbestrol (DES), cuyo uso está prohibido aunque los laboratorios farmacéuticos la siguen produciendo para su venta en el Tercer Mundo (R. Klein y R. Rowland, 1988).

A lo anterior se añade que las sustancias que se utilizan para lograr la maduración folicular son fundamentalmente antiestrógenos y gonadotropinas. Estas hormonas se suelen aplicar en combinación con el clomifeno, aplicándolas a través de la pared abdominal entre el cuarto y el octavo día del ciclo. Cuando el folículo principal alcanza más de dieciocho milímetros se induce la ovulación mediante la HCG para obtener los ovocitos con los cuales realizar la fecundación *in vitro*.

b) *La extracción de los ovocitos*. El segundo paso de la aplicación de la FIVTE consiste en extraer del cuerpo de la mujer, sometida a tratamiento hormonal los ovocitos madurados para la reproducción. Este paso tiene lugar cuando los folículos han alcanzado el tamaño adecuado y secretan suficientes estrógenos; es entonces cuando los óvulos tienden a expandirse fuera del ovario —entre las 34 y 36 horas a partir de la ovulación—. Para la recogida de los óvulos se suelen emplear dos modalidades o técnicas que requieren simultáneamente la introducción de una gran aguja en cada uno de los folículos maduros para sacar su contenido y enviarlo al laboratorio. La primera modalidad consiste en identificar los folículos aptos, para lo cual es necesario practicar a la mujer una laparoscopia bajo anestesia general. Es decir, se introduce en el vientre de la mujer un instrumento óptico (laparoscopio) que permite guiar la aguja hasta el folículo, mientras por otra incisión abdominal se introduce un fórceps con el que se sujeta el ovario. La segunda modalidad no requiere anestesia general y consiste en introducir la aguja a través de la pared abdominal hasta el folículo guiada mediante un ecógrafo introducido, a la vez, por la vagina o la uretra.

c) *La fecundación de los ovocitos*. En este momento la operación técnica no se realiza sobre el cuerpo de la mujer, sino en el laboratorio, donde se mezclan los óvulos extraídos con el semen hasta obtener los embriones para ser transferidos al útero dos días después. En este momento el cuerpo de la mujer pasa a ser de nuevo el centro de las intervenciones médicas para trasladar el embrión o embriones a su útero. La operación consiste en introducir un catéter por la vagina a través del cual se depositan los embriones en el útero acompañados de una pequeña dosis de líquido de cultivo. Se trata de una intervención simple, sin anestesia, pero que requiere pericia profesional y gran relajación de la mujer. Finalizada la operación y comprobada la anidación de los embriones en el útero, entonces la mujer recibe el alta médica. No obstante, la mujer así fecundada tiene que visitar con frecuencia el centro hospitalario para que le practiquen sucesivas pruebas analíticas cuyos resultados permitirán comprobar que los embriones siguen vivos.

Según los informes proporcionados por los centros de reproducción más prestigiados en los que se realiza la FIVTE la tasa de éxitos oscila entre el 15 y el 20 %; sin embargo diversos autores, entre ellos J. Testart, advierten que esos datos deben ser leídos con prudencia porque omiten la totalidad de las intervenciones realizadas. Así por ejemplo en Francia, durante 1985, se realizaron 6.000 intervenciones (ciclos de punción de folículos) que permitieron fecundar *in vitro* 11.000 embriones humanos que a su vez originaron 800 embarazos (S.Tubert, 1991:239). En España las cifras son similares como muestra en este texto el trabajo de Diego López de Lera.

d) *El embarazo y el parto*. El último momento de la aplicación de la FIVTE viene representado por el embarazo y el parto. Si a base de medicación e intervenciones se consigue que los embriones aniden en el útero, entonces dará comienzo un embarazo que sólo convencionalmente será considerado normal; esto no sólo porque habitualmente se trata de embarazos múltiples, sino porque a lo largo de los nueve meses el cuerpo de la mujer estará sometido a continuos

“controles de calidad” de los embriones que lleva en su seno y que transforman su cuerpo en el “ecosistema del feto” (B. Duden, 1994:61). A ese embarazo “vigilado” le seguirá el alumbramiento casi siempre por cesárea para asegurar así la sobrevivencia de los infantes generados por este método.

Todo lo anterior ilustra que los cuerpos de las mujeres que se someten a la reproducción asistida se convierten en “lugares de intervención pública”, en este caso no con fines eróticos o sexuales, sino para dar cumplimiento de lo que se dice está inscrito en la naturaleza femenina: “la maternidad”.

Consecuencias indeseadas de estas prácticas para las mujeres.

A pesar del denso manto de silencio y opacidad que cubre a las unidades sanitarias de reproducción asistida y de la escasa atención que les presta la Administración Sanitaria y los medios de comunicación, en la actualidad se sabe que los métodos empleados para conseguir descendencia conllevan altos riesgos, o efectos indeseados, para la integridad física y para la vida de las mujeres que se someten a estas prácticas.

En primer lugar están los riesgos derivados a los tratamientos hormonales. Según algunos expertos estos están indicados sólo para un pequeño número de mujeres, cuya actividad ovárica es prácticamente nula. Sin embargo los textos consultados indican que muchos médicos los aplican con el objeto de mejorar el rendimiento de las mujeres que ovulan espontáneamente, por lo que su uso ha sido calificado de “encarnizamiento terapéutico” (Janaud, A. y G. Delaisi de Parceval, 1983). Los éxitos que proporcionan son en cambio escasos: se obtiene la ovulación en un 80% de casos y el embarazo en un 30 o 40%, a lo que hay que añadir que, paralelamente, aumenta el riesgo de abortos espontáneos que se producen en un 25% de los casos (S. Tubert, 1991: 227).

El problema consiste en que si bien el 90% de las mujeres responde bien a la dosis estándar de hormonas de la fertilidad (FSH) que se les administra para obtener más ovocitos, hay otro 5% de mujeres que no responde si no se incrementan las dosis y otro 5% que reacciona al tratamiento produciendo demasiados ovocitos. El efecto indeseado de los medicamentos empleados para estimular el ovario e inducir la poliovulación consiste en que una vez extraídos los óvulos, los ovarios expulsan líquidos corporales al abdomen que pueden provocar trombosis o fallos renales, puesto que los vasos sanguíneos pierden sangre. La estimulación hormonal provoca en las mujeres efectos secundarios, que aunque son todavía parcialmente conocidos, ya se saben algunas graves complicaciones como por ejemplo la *hiperestimulación ovárica*. Este síndrome afecta de forma grave al 1% de las pacientes y de forma moderada a 5 de cada 100 mujeres sometidas a tratamiento.

Ese 1% de mujeres a las que afecta de forma grave el síndrome de la hiperestimulación ovárica suelen ser jóvenes menores de 30 años, cuyos ovarios presentan a menudo aspecto poliquísticos.³ El prestigioso biólogo francés Jean Testart ha cuestionado la utilización del clomifeno, una de las sustancias más empleadas para estimular la ovulación. Existen pruebas de la peligrosidad de esta sustancia que puede provocar altos riesgos para la salud de las mujeres sometidas a FIVTE. Cuando se produce ese síndrome la mujer precisa hospitalización y si se produce oliguria o anuria, entonces es preciso someterlas a diálisis. El síndrome que puede provocar el tratamiento hormonal puede dar lugar a hemorragias intraperitoneales y a torsión y ruptura ovárica; en estos casos es imprescindible una intervención quirúrgica (T. Rabe y B. Runnebaun, 1987).

Pero la estimulación ovárica puede dar lugar también a la aparición de quistes que a su vez ocasionen la esterilidad irreversible e incluso “aunque las hormonas no inician directamente la formación de tumores, pueden actuar como inductores en el proceso de carcinogénesis. Hay

³ Al estudio de este síndrome han dedicado su atención los doctores A. Pellicer y C. Simón en el Instituto Valenciano de Infertilidad, según informe de C. Navarro en El País del día 14 de diciembre de 1999.

referencias concretas sobre el desarrollo de tumores cancerosos en mujeres que tomaban clomifeno (S. Tubert, 1991:234).

La literatura médica también le atribuye -a las altas dosis de estrógenos, gonadotropinas y clomifeno- otros efectos perniciosos para la salud de las mujeres: el aumento del tamaño de los ovarios (en el 13,6 %) de mujeres tratadas, reacciones vasomotoras (en un 10,4%), molestias abdominales y visuales.

Si se consigue la ovulación en la mujer sometida a tratamiento, entonces el equipo médico extrae los óvulos producidos para su posterior fecundación *in vitro*. Se considera que este es el momento más peligroso del proceso. Y, a pesar del secretismo que envuelve a estas prácticas en los centros sanitarios, se sabe que en esta fase de la FIVTE han muerto algunas mujeres: Zenaida María Bernardo (Brasil), Andrea Domínguez Llanes (Sevilla) y Alzira Eisemberg (L. Taboada, 1986: 46). Más recientes (1999) son las muertes de cuatro mujeres: dos en Madrid, una en Zaragoza y otra en Lugo por el efecto de la combinación de dos fármacos usados en estos tratamientos como son: la prostaglandina y la oxitocina. De estas muertes la prensa diaria ha dado cumplida información, aunque si nos atenemos a la opinión vertida en la prensa por la ginecóloga Dra. Carmen Echave, que actúa de perito en el caso a instancias del Colegio de Médicos de Madrid: “el caso no le interesa” ni al presidente, Dr. Cavero, del Congreso de Ginecología celebrado en Zaragoza, ni al responsable del Ministerio de Sanidad “que no actuó con diligencia, ya que teniendo conocimiento de algunos casos anteriores se queda mudo, o no sabe nada. Esto es grave porque, si no hubiera salido en la prensa, nunca hubieran enviado las cartas de advertencia que dicen van a enviar a los ginecólogos” (La Voz de Galicia, 19.12.99, página 36). Las 18 muertes de mujeres sometidas a FIVTE que se conocían hasta 1991 aparecen relacionadas con este momento (S. Tubert, 1991:237).

Pero no es sólo el riesgo de muerte lo que se presenta en este momento del tratamiento, también la recuperación de los ovocitos mediante laparoscopia puede ocasionar daños en los ovarios y adherencias que a su vez pueden obliterar las trompas. La punción guiada ecográficamente, en la que los equipos médicos pusieron sus esperanzas, no presenta menores riesgos: lesiones en la vejiga y en la uretra seguidas de hemorragias que hacen necesarias las transfusiones de sangre.

No obstante aquí no acaban los riesgos. Si se supone que el embrión anida en el útero de la mujer y se inicia un embarazo, los riesgos continúan en forma de abortos (de dos a tres veces más frecuentes que en los embarazos normales), de embarazos extrauterinos (de dos a cinco veces más frecuentes) y de los embarazos múltiples; éstos últimos son los más frecuentes porque proporcionan un porcentaje mayor de éxito de la FIVTE. Y si el número de embriones que consiguen anidar en el útero materno son excesivos, lo que a su vez pone en riesgo la viabilidad de todos ellos y la salud de la propia madre, entonces el equipo médico le sugiere a la mujer o pareja la conveniencia de efectuar “una reducción embrionaria”. Este es el nombre eufemístico que técnicamente utiliza el equipo médico para llamar en este caso al aborto terapéutico; evidentemente si la mujer no acepta esa “reducción” de los embriones entonces tendrá lugar un embarazo múltiple con los consiguientes riesgos para la salud de la mujer y problemas para los embriones que tras el embarazo pueden nacer como criaturas no viables. En este caso, a la mujer obstinada en “ser madre” le queda el recurso de repetir todo el ciclo de nuevo, salvo que en el descrito proceso se hayan crioconservado otros embriones sobrantes de la FIV y entonces el ciclo se acorte repitiendo sólo el momento del traslado de los embriones al cuerpo de la mujer.

Por último cabe señalar que si un embarazo de estas características alcanza su tiempo, el alumbramiento tendrá lugar mediante cesárea. Sin olvidar que a lo largo de los nueve meses que dura el embarazo, éste es sólo aparentemente *normal* porque la mujer estará sometida a continuos “controles de calidad” del hijo que lleva en su seno y que transforma el cuerpo de la mujer en “el ecosistema del feto” (B. Duden, 1994: 61). De la aplicación de las técnicas de re-

producción se sigue asimismo una profunda transformación *simbólica* respecto al hecho de la “maternidad” y que ha transformado el cuerpo de las mujeres en un lugar “público”.

Todo lo anterior hace evidente que son fundamentalmente las mujeres las que sufren los tratamientos e intervenciones para combatir la infertilidad. Ellas son las que experimentan los riesgos de esas intervenciones: enfermedades iatrogénicas, el síndrome de hiperestimulación ovárica, las infecciones pélvicas, los embarazos ectópicos, los embarazos múltiples, la reducción embrionaria y, por último las cesáreas. Sus cuerpos se convierten en “lugares de intervención pública” para tener descendencia y también para otros fines como, por ejemplo, es el perfeccionamiento de las técnicas reproductoras mismas. Son además las mujeres las que específicamente sufren las presiones psicológicas que acompañan dichos tratamientos. Son riesgos físicos y psíquicos reales como reconoce el mismo *Informe* emitido por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida CNRHA (1998) que para justificar la “gratificación” a las donantes afirma: “la donación de ovocitos es un acto sanitario que produce molestias y que puede tener complicaciones, tanto por el acto en sí mismo, como por los tratamientos añadidos que conlleva” (*Informe* de la CNRHA, punto 16, pág. vi). Y añade “la donante debe someterse a una importante intervención (punción folicular por vía vaginal) que no tiene nada de placentera, ni por supuesto, ninguna connotación sexual. Por otra parte la donante debe someterse a los procedimientos de estimulación ovárica, con los riesgos añadidos que ello conlleva y, a fin de hacer el seguimiento de ese proceso y llevar a cabo la intervención en el momento adecuado, debe realizar un número de desplazamientos al centro correspondiente que se ha calculado en promedio que varía de 25 a 30 según los casos” (*Informe*: 1998: 53). Asimismo en los protocolos que acompañan al anterior documento (Apéndices II. 1, 2 y 3), indicativos de cómo obtener el consentimiento de la mujer y de su pareja, contienen la información de los riesgos físicos y psíquicos indeseados que dichos tratamientos pueden ocasionar.

Estos son algunos de los riesgos *admitidos* en el marco de las prácticas reguladas y aceptadas socialmente; aunque también en aquellas otras ilegítimas, como son los casos de intervenciones que se realizan sobre sus cuerpos sin su consentimiento, por ejemplo para la obtención de óvulos (G. Corea, 1988:101), e incluso para transferirle a la mujer un número elevado de embriones sin su consentimiento a fin de aumentar las posibilidades de embarazo. Con frecuencia se trata de decisiones que toma el equipo médico sin la intervención de las afectadas a pesar de ser su salud e integridad física la que está en peligro.

La realidad relativa a la aplicación de las técnicas de reproducción, manifiesta que las aspirantes a la maternidad a través de estos métodos, además de aceptar conscientemente un resultado incierto respecto a su objeto último tienen que asumir inconscientemente (por falta de la necesaria información médica, o con ella) las contrafinalidades inseparables todavía a estos métodos, o sea: los riesgos de lesiones corporales que dichos tratamientos implican; indeseados sí, pero inseparables de la técnica reproductiva misma.

Sorprende, pues, que las disposiciones legislativas que regulan el acceso a la reproducción humana artificial en nuestro país, y en los de nuestro entorno cultural, no contemplen ese riesgo de lesiones al cuerpo de las mujeres que se someten a la FIV y a la FIVTE cuando, por el contrario, la legislación abunda en las tipificaciones de las supuestas “lesiones” en general y de las específicas que pueden afectar a los embriones y fetos.

2. Los prejuicios del sabio y la calificación de “lesiones” corporales.

Una posible justificación de esta importante omisión —que puede ocasionar incluso la muerte de una mujer— podría justificarse alegando que dichas intervenciones son “voluntarias”. Es decir, se trataría de una intervención médica de fines —lo que estrictamente no es el caso— y

por lo tanto asentada en el *consentimiento* explícito de las afectadas (Art. 155 del Código Penal). Se diría entonces que la intervención es solicitada por la paciente en pleno ejercicio de su *libertad* lo que permite a un individuo cualquiera enfrentarse a las consecuencias, posibles riesgos, derivadas de la adopción de determinados modos de vida y que las prácticas de riesgo, que cada quién quiera realizar, sólo tienen la limitación de la no causación de daños a terceros. Estos supuestos pueden ser aceptables en la práctica para quienes realizan prácticas de riesgo (deportivas fundamentalmente) pero, en la teoría habrían de ser inaceptables para quienes tienen la función social de dictar normas de obligado cumplimiento. A éstos deberíamos exigirles la coherencia necesaria a fin de que las normas jurídicas, así como la jurisprudencia, establecieran el mismo marco de actuación ante supuestos semejantes y que de acuerdo a los principios constitucionales permitiera la libre elección individual de acuerdo con sus preferencias morales, sin dejar por ello de proteger bienes de interés general, que como en este caso afectan a la vida e integridad; bienes que en el caso de las mujeres que acceden a las NTRHA no están suficientemente garantizadas.

Sorprende pues la falta de atención del legislador a las específicas lesiones que pueden ocasionar las técnicas de reproducción artificial a los cuerpos de las mujeres. Quizás se pueda argüir que los legisladores han experimentado un lapsus, justificado por la cualificación técnica que exige la materia a regular. Ésta bien pudiera ser la razón de tan grave omisión y, sin embargo el asunto se nos manifiesta algo más complejo; es decir, consideramos que el problema no es cuestión de técnica legislativa, sino que afecta a la naturaleza del discurso científico, del político y jurídico y a la relación de ambos con el modelo simbólico desde el cual en nuestra cultura se interpreta y regula las funciones atribuidas al género femenino.

2. 1. Alcance y limitaciones de la medicina moderna.

En las sociedades modernas junto al modelo político que se instala tras la revolución francesa se generaliza también una idea optimista de la ciencia y de sus funciones. Esa idea va unida a la convicción de que este modo de saber constituye un instrumento indispensable para controlar los fenómenos naturales, aumentar la riqueza de las naciones y el bienestar de los individuos y de los pueblos. Es pues un discurso optimista y estimulante al que sus autores añaden la idea de que la ciencia es “libre”, “neutra” y avalorativa.

La ciencia moderna dice elaborar proposiciones descriptivas acerca de la naturaleza, pero éstas contrariamente a lo que se supone no son sólo descriptivas sino a la vez normativas aunque sólo sea porque están cargadas de eticidad. Este proceder de la ciencia moderna lo ejemplifica perfectamente el modelo ilustrado de describir la “naturaleza” misma como: manipulable, fuente de riqueza, apropiable privadamente, etc. Desde esta descripción se *autoriza* la explotación y expolio de la misma, sin otra limitación que la necesaria fuerza humana y la capacidad técnica para conseguirlo. En este ejemplo se observa que la norma subyace como supuesto tácito (autorización, limitación o prohibición) a la descripción de la idea moderna de naturaleza.

Así caracterizada la ciencia y apoyada en principios epistemológicos más o menos consistentes, la comunidad científica consigue su autorregulación. A la vez la sociedad tiende a despreocuparse del control de la actividad científica porque, en suma, su finalidad se presume fundamentada y siempre *buena*. Esa es la perspectiva que manifiestan los escritos de múltiples autores desde el siglo XVIII hasta que posteriormente la sociedad comprueba el inmenso poder que la ciencia otorga a quienes la desarrollan y aplican; capacidad que la ciencia aumenta exponencialmente cuando se identifica con el poder del Leviatán. Esta percepción mueve a sostener que la ciencia, siendo desde el punto de vista epistemológico el mejor instrumento del que disponemos, es al mismo tiempo la más peligrosa de las actividades humanas desde el punto de vista moral (F. Fernández Buey, 2000: 274). Porque desde mediados del siglo XX se sabe que el peligro ligado a este tipo de conocimiento no se sigue ya de la “mala ciencia” o del fraude que se pueda hacer con ella, sino de la *buena ciencia*, de la que en la actualidad llamamos tecno-

ciencia, y que dispone de recursos poderosos para alterar e incluso hacer desaparecer a la especie humana misma. Perspectiva que ha llevado a decir a E. Morin que “nuestras vidas están amenazadas, no sólo por lo que las amenaza, sino también por lo que las protege: la ciencia y la medicina”.

Los rasgos de la ciencia moderna se extienden también a la medicina. El nacimiento de esta se sitúa a finales del siglo XVIII, momento en el que centra su positividad más que en la teoría en “lo percibido”, aunque conviene precisar que de ese empirismo no se sigue la identificación nuda de la patología con lo “visible”, localizado, en el cuerpo. Y es que el “cuerpo” sobre el que opera la medicina no es un hecho biológico, sino una construcción histórica nueva (re)elaborada con las contribuciones de variados escritores, como por ejemplo J. J. Rousseau. La medicina construye una nueva idea sobre el cuerpo a partir de los nuevos conocimientos anatómicos y acorde con las necesidades sociales de la época, pero se constata que esa nueva visión corporal es deudora de la construcción simbólica androcentrica: ella sigue sosteniendo que el destino *natural* de las mujeres es la maternidad.

Ese prejuicio lo sostienen también los profesionales de la medicina para los que: el cuerpo femenino tiene una realidad material, biológica, pero carece de significación cultural independiente de los discursos de la maternidad (S. Vegetti-Finzi, 1996:125). Y es por todo esto que, cuando los profesionales de la salud se enfrentan a las patologías que afectan al cuerpo de la mujer, lo hacen siempre orientando sus recursos cognoscitivos y técnicos, a privilegiar la maternidad (como procreación de ciudadanos para el estado) de ahí que ellos consideren el cuerpo de la mujer antes como objeto que como sujeto.

Si se contempla con perspectiva histórica la trayectoria de la medicina moderna se detectan en esta ciencia dos importantes limitaciones. Una consiste en que específicamente “La práctica médica no se refiere a toda la realidad corporal sino a un aspecto de esta y opera sobre los objetos que observa una abstracción, desentendiéndose de ciertos rasgos de ella para construir con otros el correspondiente “objeto abstracto”. Las técnicas derivadas del hacer científico, sin embargo, no manipulan objetos formales, sino objetos reales y al hacerlo jamás toman en consideración todos los aspectos de la realidad que manejan. Por eso hacen su aparición las “contrafinalidades”: las consecuencias no previstas o —si alguna vez fueron previstas— no deseables” (J. R. Capella, 1999:42). Ignoramos si los científicos de la medicina son conscientes de esta “debilidad” epistémica pese a la cual la medicina es postulada como descriptiva y avalorativa, con el único objetivo de “restaurar la salud”. Con esta perspectiva los operadores sanitarios dicen atender sólo a este objetivo y siempre de acuerdo con el estado de desarrollo de sus conocimientos. Esto es teoría que no siempre coincide con las prácticas como es de casi todos conocido. La otra limitación consiste en que estos profesionales son “hombres” de su tiempo, es decir comparten con los demás contemporáneos los mismos prejuicios, los mismos valores y coordenadas culturales.

Esa asepsia discursiva resiste poco el contraste con las prácticas médicas de los dos últimos siglos —como aquí se ilustra en el punto 2.3 a partir de los escritos de los médicos “legistas”, forenses de principios del siglo XIX— que si bien han contribuido a disminuir el sufrimiento humano, en absoluto se puede decir que la medicina haya concedido la misma importancia a las específicas afecciones que afectan a los hombres y a las mujeres;⁴ ni mucho menos que la actividad de la corporación médica haya contribuido a quebrar o a hacer inoperante el modelo androcéntrico que permea nuestra cultura. Esa epistemología y la forma de hacer —poder— de la corporación médica no es de hoy ni de ayer, sino que remite a los comienzos de la medicina moderna cuya contribución a la clasificación y control de los cuerpos ha sido tan importante en el pasado como lo es en la actualidad respecto al control de los cuerpos socializados.

⁴ Este hecho lo ejemplifica todavía el hecho significativo de la vigencia en nuestra cultura de expresiones como “parirás con dolor” que tiene fiel reflejo en el medio sanitario donde abundan los profesionales reacios a la aplicación de la anestesia epidural ante el parto.

Desde los orígenes de nuestra cultura el discurso médico aparece como *kráxis*, entretegiendo los conocimientos anatómicos y fisiológicos con otras tramas: “voces” que recogen la tradición mítico-religiosa y los presupuestos andróginos. Razón por la cual el discurso médico tradicional “ve” las diferencias anatómicas entre hombres y mujeres como si fueran dos variantes de una misma fisiología, la una: superior y positiva y la otra: inferior y negativa. No es por azar que fue en la Edad Media cuando por primera vez un cirujano describió “la vagina como un falo invertido” (M.C. Pouchelle, 1983).

De este modo de ver a los hombres y mujeres, a la especie humana, como dos variantes de la misma fisiología, se colige que hasta el Renacimiento no se dispusiera de un termino anatómico específico para describir detalladamente el sexo de la mujer que hasta entonces se representaba como semejante al del hombre aunque “organizado de otra manera” (T.W. Laqueur, 1987). Los prejuicios que subyacen a esa manera científica de ver se han prolongado hasta el presente, pasando por un momento, el del nacimiento de la anatomía moderna, que alargando el discurso de los moralistas, intentan encontrar en el cuerpo femenino la justificación del estatuto social que le atribuyen a la mujer en nombre de las oposiciones tradicionales: lo exterior/interior, la sensibilidad/la razón, la pasividad/la actividad (Y. Knibiehler, 1976). La lógica de la concepción patriarcal asimilada a la caracterización de los órganos sexuales femeninos se prolonga en la historia del descubrimiento del clítoris (T. W. Laqueur, 1989) y en la teoría freudiana del desplazamiento de la sexualidad femenina del clítoris a la vagina. Todo esto prueba que así establecidas las diferencias entre los órganos sexuales, masculino y femenino, responden a una construcción social que tiene su génesis en los principios de la división androcentrica y que la ciencia médica moderna retoma sin cuestionarla. ¿Cómo interpretar si no las afirmaciones de los *naturalistas* cuando afirman: “Las mujeres están dotadas providencialmente de un himen” que es “guardián de su castidad” y “vestíbulo de su santuario”?

Que el discurso médico no es ajeno al modelo androcentrico es algo contrastable para cualquiera que se detenga en la historia de la medicina. De esa lectura se colige además que el alcance de ese discurso es obviamente *prescriptivo* puesto que la ciencia médica “dice” lo que se puede y lo que se *debe* hacer. Y esto porque, como ya se ha apuntado, la mirada del sabio está permeada por la concepción androcéntrica vigente en la sociedad y de ella participa como individuo y como científico que comparte con sus contemporáneos los mismos prejuicios respecto a las diferencias de género. Prejuicios ineliminables cuando tiene que “explicar” hechos anatómicos y fisiológicos que afectan a los modos de vida y a las conductas individuales. Estas actitudes profesionales se hacen especialmente visibles cuando el médico tiene que interpretar patologías relativas a la reproducción y a la sexualidad femenina como han mostrado diferentes autores desde la psicología, la antropología y la psiquiatría.

2. 2. La definición médico-legal de “agresión”

En lo que sigue se harán algunas precisiones acerca de la manera de interactuar la medicina y el derecho. En esa línea se incluyen unas puntualizaciones previas para ilustrar esa interacción entre la medicina y el derecho moderno.

Empezamos precisando que, frente a lo que puede parecer, la calificación médica de qué sea una “lesión” no se sustenta sólo en el nudo conocimiento anatómico. Desde una aproximación intuitiva comúnmente se identifica una lesión con alguna herida o padecimiento ocasionada por algún tipo de agresión voluntaria o accidental y causado por sí mismo o por otro individuo; esta intuición puede mover a pensar que el hecho de lesionar el propio cuerpo o el de otro siempre ha sido y es calificado de la misma manera.

Y sin embargo, las cosas no son tan simples y no sólo porque el concepto de “agresión” es histórico (F. González Vicén, 1979: 207), sino también porque dicho concepto representa una ficción médica y jurídica. En este sentido si se toma el diccionario de la lengua española para definir este término encontramos que dice de la agresión: “acto que lesiona o infringe el dere-

cho de otro”. Esta definición basta para corroborar que la definición de qué sea una lesión presenta algunas dificultades y no precisamente lingüísticas. Y ello porque desde B. Spinoza se sabe que un concepto no tiene por función ser la imagen de su objeto: “La idea de círculo no es otra cosa que una periferia, un centro”.⁵ Las dificultades para definir el término ‘agresión’ tampoco proceden del uso diferente que le pueden atribuir los moralistas, médicos o juristas. Mas bien la dificultad está en función de que esa definición constituye una “ficción” estrechamente relacionada con otros tópicos y con los principios epistémicos, éticos y políticos desde los que se describen, normativizan e interpretan los comportamientos individuales y las relaciones sociales.

Así de la expresión “provocar una lesión” se puede colegir que “Pedro con su acción causa un daño físico a María” pero, también que “la actuación de Pedro es contraria al *derecho* de María”. De este modo pues se delimitan dos niveles de actuación diferenciados, uno, *material* que consiste en el hecho de provocar un daño físico en el cuerpo de otro individuo y que identifica el médico, y otro nivel *decretado*, construido a la vez por médicos, moralistas y juristas y desde el cual se determina si el acto realizado es contrario al derecho de una persona. Este proceder muestra que el concepto de “lesión” se construye a partir de una realidad y de un valor, aspectos interrelacionados que es preciso elucidar cuidadosamente para evitar sofismas y, más aún, las injusticias que se dicen combatir.

Desde las anteriores precisiones pasamos ahora a ocuparnos de las interrelaciones existentes entre el *hecho* de la lesión física, la *definición* decretada y los *derechos* de las mujeres que se someten a reproducción artificial. Centramos el análisis en la intervención de los médicos forenses a principios del siglo XIX en la Francia postrevolucionaria.

2. 3. *El ojo del médico ante las lesiones corporales*

La intervención del sabio sobre el cuerpo manifiesta desde el mismo momento que éste se enfrenta a observar una lesión corporal dos momentos o niveles inexcindibles: uno empírico que muestra la herida, o patología, que el profesional tiene que curar y otro *discursivo* consistente en clasificar el resultado de la lesión. En el primero, el médico aplica sus conocimientos y técnicas al individuo en su corporeidad y, en el segundo, *abstrae* y *valora* el hecho observado de acuerdo con su mentalidad y con las pautas de moralidad positiva vigentes en la sociedad de su tiempo para proporcionar una interpretación de lo ocurrido.

Desde finales del siglo XVIII la contribución de la ciencia médica a la identificación de las lesiones corporales en general y a las sexuales en particular ha sido determinante para el control de los cuerpos de las mujeres.

Los médicos forenses de principios del siglo XIX se esfuerzan en describir minuciosamente los órganos del cuerpo humano en general y los sexuales en particular. Con ese fin categorizan las señales que en los órganos producen los atentados y las agresiones causados con violencia en las mujeres y en los infantes. El médico empieza a realizar exámenes anatómicos precisos: observa y describe detalladamente los órganos sexuales de las mujeres agredidas (la forma y tamaño del himen) y sobre esas apreciaciones establece una taxonomía desde la que determina lo normal y lo patológico. Pero cuando el médico contrasta la lesión observada con el parámetro de “normalidad” establecido el profesional construye o “fabrica” los estigmas físicos que constituyen la agresión. “Esta construcción de indicios físicos con sus características anatómicas y fisiológicas perfila alrededor de las agresiones a las mujeres y a los menores una serie de entidades patológicas nuevas que supuestamente sirven para calificar las lesiones a mediados del siglo, elaboradas hasta la ilusión para definir mejor el delito y a veces también para sospechar mejor de la víctima” (Vigarello, 2000:222). Es en esa explicación en la que el profesional

⁵ “L'idée du cercle n'est pas quelque chose qui a une périphérie, un centre ...” B.Spinoza. “De la réforme de l'entement” (1677). *Oeuvres*. Gallimard-La Pleiade, Paris, 1954.

mezcla sus convicciones morales con las observaciones, dejando traslucir en los enunciados sus juicios de valor sobre las costumbres y sobre el orden público deseable.

La contribución de la medicina moderna a la calificación de las lesiones corporales puede justificarse en función del aumento de los conocimientos de la ciencia médica, del número y visibilidad de las agresiones sexuales en la sociedad francesa de la primera revolución industrial — tan bien caracterizada por G. Sand en *Le Diable à Paris*—, mas también por la necesidad de *vigilar y castigar* (M. Foucault, 1975) de los poderes públicos modernos. En ese intento de catalogar las agresiones corporales han sido pioneros en Francia: Vigné (1805), F. Foderé, J.D. Metzger A. Duvergie, Claude Bernard, J. Capuron y sobre todo Ambroise Tardieu.

Este último en sus prácticas médicas realiza un esfuerzo tenaz para describir pormenorizadamente las lesiones en los cuerpos de las mujeres y de los infantes provocados por agresiones sexuales. Estos profesionales de la medicina, desde Vigné a Tardieu, buscan hacer definiciones en las que apoyar la determinación de los umbrales de violencia ante ese tipo de agresiones. Con ese fin aplican los nuevos conocimientos taxonómicos y anatómicos a las lesiones provocadas con violencia sobre las mujeres y sobre los infantes de ambos sexos. En los escritos de éste último autor, reflejadas en el libro *Les attentats aux moeurs* (1857), se encuentran descripciones pormenorizadas de las lesiones de los órganos sexuales de las víctimas, así como también la construcción de una tipología y estadística acerca de las edades de las víctimas, de los agresores y de las profesiones de éstos. Y al resultado de “mirar las heridas” ínsitas en los cuerpos les aplica, o no, la categoría de “agresión”, “fabricando” de este modo una explicación de lo ocurrido en la que apoyar la determinación de culpabilidad y de la mayor o menor colaboración de la víctima con el agresor. Con este fin Tardieu multiplica los signos visibles del atentado a fin de graduar mejor las *lesiones*.

Pero Tardieu, en esas descripciones, no se limita a lo que sus conocimientos anatómicos le permiten verificar, sino que para calificar esos hechos anatómicos de “atentados sexuales al pudor y a las costumbres”, se inventa cavidades en los órganos femeninos, interpreta las diferencias en tamaño de los órganos de los agresores y de las víctimas, descarta que una mujer deflorada pueda ser violada sin su consentimiento, etc. Y todo ello para proporcionar a los jueces una *descripción* de los hechos sobre los cuales éstos asentarán su veredicto. Su libro contiene descripciones anatómicas precisas, milimétricas de los órganos sexuales de las víctimas y sobre esas construcciones evalúa el grado de intensidad y gravedad de las agresiones. La comprensión de este asunto movió a Taylor a escribir: “¿Cómo sería posible reprimir lo que la sociedad está de acuerdo en considerar como un crimen odioso, si aceptamos que los peritos médicos discutan sobre los grados de la penetración para la calificación del delito?”.

Y es con los datos que proporciona la ciencia médica sobre los que actúa el derecho como se refleja de manera especial en el Derecho Penal a lo largo del siglo XIX. En esa línea aparece por primera vez recogido en las materias criminales y en el código penal francés de 1810 el “delito de violación” sustituyendo la anterior expresión “raptor de violencia” que se utilizaba para nombrar el mismo hecho delictivo. Es decir, frente al significado que se le atribuía al raptor de violencia como “la reparación del daño causado a la mujer, en sus propietarios legítimos, ascendientes o maridos” el que es sustituido por el término “violación” que pasa a designar la violencia sexual causada directamente a la persona; o lo que es igual, el delito de “violación” pasa a ser considerado un “atentado” cometido a la intimidad de un “sujeto” antes que al honor o autoridad del padre o marido.

De ello no se deduce que las penas impuestas a los agresores fueran muy distintas a las que se les imponían anteriormente, ni que los jueces cambiaran de mentalidad tras las sucesivas reformas del código penal ni, mucho menos, que de ambas calificaciones se siguiera distinta consideración social o jurídica acerca de las mujeres. Como se ha encargado de mostrar M. Foucault, la medicina moderna contribuye a clasificar a los individuos para identificar a los delin-

cuentes; en esa línea de actuación los médicos manifiestan más inquietud en identificar al sospechoso —para Tardieu los toneleros, zapateros y otros menestrales— que en proteger a las víctimas. Esa aportación de la medicina hace que el cuerpo se transforme en un signo continuamente vigilado puesto que, para identificar a los individuos, no basta ya con atender a las costumbres que revelan su origen social y el estado de cada uno.

Y es que Tardieu, como sus contemporáneos científicos, son continuadores de una tradición exótica y engañosa que los liga a su tradición y que manifiesta un prolongado trabajo colectivo de socialización de lo biológico y de biologización de lo social; aspectos que se conjugan para invertir la relación entre las causas y los efectos y hacer aparecer una construcción social naturalizada como el fundamento natural de la división arbitraria que está en el principio tanto de la realidad como de la representación de la realidad que se impone a veces a la propia investigación (P. Bourdieu, 1999:14).

Todo lo anterior ejemplifica cómo el ojo del sabio contribuye a determinar a qué se llama “lesión” y a su vez a modificar la tipicidad de los delitos; pero de esa lectura se sigue también la modificación que experimentó el discurso político y jurídico a mediados del siglo pasado: la nueva calificación de violación manifiesta la extensión discursiva, formal, de la condición de “sujeto de derechos” a otros colectivos hasta entonces excluidos.

3. El discurso jurídico y las lesiones al cuerpo femenino en la FIVTE.

Para especificar la intervención del derecho actual ante las lesiones corporales es necesario hacer algunas consideraciones previas, unas analíticas, relativas a la especificidad del discurso normativo jurídico y otras relativas a los contenidos de la Ley 35/88 que regula el acceso y la aplicación de las TRHA. Es característica diferencial del normativismo la afirmación de que “La juridicidad de un ente (el hecho de que una cosa, un sujeto, un acontecimiento, tenga, adquiera, o pierda carácter jurídico) depende del hecho de que él es objeto de una norma cualquiera que en su contenido se refiere a ello” (Kelsen, 1934).

El discurso del derecho es pues un discurso normativo específico que apoyado en la *autoridad* obliga, prohíbe y permite determinados comportamientos a los/as ciudadanos/as. Este tipo de normas prescriptivas adopta la modalidad *deóntica* del lenguaje y se diferencia de las restantes normas por su dimensión pragmática. Mas también, por un segundo rasgo, consistente en que la contravención de este tipo de normas implica una *sanción*; por ello las normas jurídicas se hallan impuestas por la autoridad jurídico-política y recursivamente están en *conexión* con otras normas sancionadoras; es decir que, por lo común, las normas jurídicas aparecen como cerezas: no suelen tener una existencia singular, sino que se hallan interconectadas recursivamente (H. Kelsen, G.H. von Wright, J.R. Capella, 1999: 80). Este tipo de discurso normativo atribuye a la autoridad la facultad de dictar normas e implica, también, la institucionalización de tribunales encargados de enjuiciar los comportamientos tipificados en el contenido de las normas, así como también especifica las condiciones de aplicación de las mismas.

Precisando algo más este lenguaje normativo se observa que la estructura de la norma jurídica contiene tres elementos fundamentales: a) un generador normativo que puede ser ‘Obligatorio’, ‘Prohibido’ y ‘Permitido’; b) una descripción de actuación o contenido de la norma en cuestión y c) la descripción de las condiciones de aplicación.

3. 1. Análisis del contenido de la Ley 35/88

Si en una primera aproximación se toma la norma que en el estado español regula la reproducción humana asistida (TRHA) se puede afirmar que es plenamente una norma legal, en tanto que cumple el requisito fundamental de toda norma jurídica: su dictado procede de la *autoridad* legitimada para tal fin.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, fue aprobada en el pleno del Congreso de 20 de octubre de 1988. Mas si abordamos el análisis formal de esta norma se puede convenir que se adecua también a las exigencias del discurso jurídico en tanto su contenido fundamental (aunque tiene otras finalidades: “complementaria y derivada o de oportunidad”, en términos de C. M. Romeo, 1994: 235), en relación a las mujeres infecundas, consiste en autorizar “la actuación ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o eficaces” (art. 2.2). La norma no prohíbe u obliga sino que ‘permite’ a las mujeres acogerse a las TRHA para tener descendencia; es decir la autoridad se compromete a no interferir en la decisión de las mujeres que precisen someterse a ese modo de reproducción. La exposición de motivos de la ley explicita que la razón de esta permisión se halla en el respeto de los derechos de la mujer a fundar su propia familia, en los términos que establecen los Pactos y Acuerdos Internacionales garantes de la igualdad. De momento dejaremos la apelación a los “derechos” y seguiremos con el análisis de la ley. Considerado formalmente, el contenido de esta norma autoriza, pues, a las “mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica” (art. 1. 6) a recurrir a las técnicas reproductivas para superar la esterilidad.

El permiso dado a tales mujeres por la norma exige unas condiciones genéricas: “que estén científicamente y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados y por Equipos especializados” (art. 1. 1.) y, otras, específicas: “Las TRHA se realizarán: a) Cuando haya posibilidades de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia (art. 1. a) y b) “Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente un embarazo” (art. 4). La ley contempla asimismo otros requisitos necesarios para la aplicación de las TRHA: como por ejemplo la cláusula que garantiza la intimidad de las personas que se someten a ellas y la de los donantes (art. 2.5), a la vez que expresa la necesidad de obtener el *consentimiento informado* “de manera libre, consciente, expresa y por escrito” (art. 6.1), de la mujer y de su marido o compañero.

En este punto del análisis cabe interrogarse acerca de si esta ley puede ser interpretada *prescriptivamente*; o dicho de otro modo: se trata de averiguar si a través de esta norma permisiva queda vinculado, obligado, el comportamiento de “otro” sujeto distinto de la mujer que opta a la permisión contenida en la descripción de actuación.

Para responder a esta pregunta en lo que sigue trataremos de dilucidar: a) si a través de estas proposiciones prescriptivas queda vinculado el comportamiento de “alguien” distinto en relación a las usuarias de las TRHA y b) si a tenor de esta norma permisiva la mujer puede hacer u omitir algo según su voluntad (y no meramente lo puede hacer porque, por ejemplo, tenga la obligación de hacerlo) sin que por ello incurra en violación normativa alguna (J. R. Capella, 1999: 71). O dicho de otro modo: ante esta proposición normativa cabe preguntarse, primero, si esta ley reconoce “derechos” a las mujeres y, si es el caso, quién queda “obligado” por el contenido de la norma. Y no obstante, para completar el análisis habremos de tomar en consideración el contenido del artículo 15 de la Constitución Española que *garantiza* “el derecho a la vida y a la integridad física y moral”. Este recorrido por las normas permitirá visualizar la respuesta al interrogante central de esta reflexión: si se deduce del contenido de la norma que regula las TRHA que la mujer puede recurrir a los medios técnicos disponibles en el ejercicio de un derecho o, más bien *puede hacerlo porque se le presupone esa obligación* sin importar que en el intento de tener descendencia, la mujer ponga en riesgo su propia vida e integridad física y moral.

En lo que sigue se trata de identificar primero quién queda obligado a garantizar el supuesto derecho a la reproducción, o lo que es lo mismo se trata de determinar quién tiene el deber de poner los medios para que las potenciales usuarias puedan satisfacer ese derecho.

Una primera aproximación sugiere que es la autoridad política la que tiene esa obligación, cuya actualización pasa por proporcionar los medios materiales, sanitarios, precisos para satisfacer la posible demanda, pero a la vez la autoridad ha de disponer también las medidas sancionadoras para los contraventores de la citada norma. Parece necesario también que la autoridad considere las consecuencias no deseadas que la aplicación de dichos medios puedan ocasionar a las usuarias, a tenor del precepto constitucional que obliga a proteger la vida y la integridad de los ciudadanos/as.

Considerar estos asuntos sin dejarse llevar por la subjetividad, hace recomendable el método de “dejar hablar” a las normas mismas; para lo cual realizaremos el análisis de la Ley 35/88 y de otras normas con ella relacionadas. A tenor de este objetivo nos remitiremos, primero, al concreto Capítulo VI de la misma ley dedicado a las “infracciones y sanciones”, cuyo artículo 20 remite en esta materia, en concreto a los arts. 32-37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) que en lo esencial dicen: “Las infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin otro perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir” (art. 32.1), y sigue “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dictamine sentencia firme” (art. 32.2). A lo que se añade específicamente un catálogo de lo que se consideran “infracciones graves”: “El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos biomédicos” (art. 20.2 de la ley 35/88), la “vulneración de lo establecido por la LGS, la presente ley y las normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de trabajo” (art. 20.2 b), la “omisión de datos, el consentimiento y las condiciones exigidas por la presente ley” (art. 20.2 c). También considera “infracciones muy graves”: “fecundar óvulos con otros fines que la procreación, mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos más allá de los catorce días, manipular y comercializar embriones humanos, la selección de sexo, la clonación” etc. (art. 20.2 B, letras de la a a la x).

Se comprueba pues que la norma que regula la reproducción asistida no contempla la posibilidad de sancionar las probables lesiones que —aunque sólo puedan ser efectos indeseados de la aplicación de las técnicas médicas— pueden afectar a la integridad corporal y a la vida de la mujer. No obstante, sin desesperar de entrada, se podría justificar esta omisión en la ley, argumentando que existen además, en segundo lugar, otras normas sancionadoras relativas a las “lesiones” corporales que satisfacen las condiciones de aplicación de la ley como, por ejemplo, la LGS que en su artículo 32.2 remite en casos de infracción grave a la jurisdicción competente y que, si en el asunto que tratamos hay que descartar la jurisdicción civil, nos induce a considerar la jurisdicción penal. Para ello tomamos la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en sus Títulos II y III sobre “lesiones” y el Título V, “De los delitos relativos a la manipulación genética” para comprobar si estas normas sancionadoras contemplan el específico daño que puede ocasionar al cuerpo femenino la aplicación de las TRHA.

3. 2. ¿Qué “dicen” las normas sancionadoras?

El análisis de estas normas sancionadoras (arts. 159-162) da como resultado que sólo el artículo 162.1 indica lo siguiente: “Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de dos a seis años, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años”; a lo que dicho artículo añade: “para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”. El condicional introducido por el adverbio ‘cuando’ es cuanto menos un recurso retórico puesto que, como se sabe, los sujetos a los que alude están expresamente excluidos del uso de las TRHA. Del tenor literal del discurso penal se colige que

“Las técnicas de reproducción asistida por sí mismas quedarán excluidas del ámbito de los delitos contra la vida o la integridad de las receptoras”. Salvo que se utilicen para producir la muerte o un menoscabo en la integridad de la mujer. Pero, aún produciéndose el resultado de muerte o menoscabo de la integridad de la mujer receptora que voluntariamente acepta la intervención, la conducta del personal sanitario, que actúa de acuerdo con la *lex artis* de la profesión ginecológica en la aplicación de una IA, una FIVTE o una TIG, deberá considerarse atípica” (Benítez de Ortuzar, 1997:296). De acuerdo con la interpretación de este penalista la lesión que se produzca en la aplicación de las TRHA, sólo tendría relevancia penal cuando la mujer no haya prestado su consentimiento y/o cuando la actuación profesional no sea conforme a la *lex artis*.

La inexistencia de una norma sancionadora específica que tipifique el tipo de lesión que puede ocasionar en el cuerpo de la mujer la aplicación de las TRHA obliga a remitirse a las reglas de la Parte General del Código Penal, en cuanto a las sanciones relativas al delito de “lesiones” y al de “homicidio”. Respecto al primero, el Título III del C. P., dice que ‘lesiona’: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad [...] será castigado [...] siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad [...] asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia [...] no se considerará tratamiento médico” (art. 147.1 del C.P.).

A simple vista la existencia de esta norma penal puede parecer garantía suficiente para la protección de la vida e integridad de las mujeres que se someten a las TRHA y, sin embargo, esa apreciación nos parece incorrecta por dos requisitos que la misma norma precisa: a) que la lesión requiera *objetivamente* para su sanidad asistencia facultativa y b) que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión *no se considerará* tratamiento médico. Parece pues que la garantía que prevé la norma es condición necesaria pero no suficiente para sancionar a los profesionales que aplican las TRHA cuando se producen lesiones a la mujer. Si más no porque dicha proposición contiene un defecto insuperable: los dos requisitos citados hacen depender la calificación de que hubo imprudencia por parte de los mismos agentes que la habrían producido. Si a esta “debilidad” discursiva se añade el contenido de otra norma sancionadora que dice: “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados” (art. 155 del C. P.), o lo que es igual: si ha mediado el consentimiento válido de la víctima, entonces se pueden colegir las dificultades formales y materiales para perseguir y castigar estos delitos de lesiones en el caso de que se produzcan. El análisis anterior permite afirmar que estas normas sancionadoras, en la práctica, devienen *ineficaces* respecto al bien jurídico que dicen proteger (la integridad corporal) ante las aplicaciones de las TRHA, aunque quizás no lo sean respecto a otros supuestos no explícitos en la ley 35/88.

En cualquier caso, todavía nos restaría considerar el contenido más general del Código Penal en relación al caso que consideramos. Al respecto se ha dicho que “probada la realización del tipo de injusto (...) la conducta podrá ser reprochable a título de dolo o de simple negligencia profesional (...). En el primer caso, cuando la conducta es considerada dolosa, el someter a una mujer a estas técnicas de reproducción asistida, no será más que una forma anecdótica de llevar a cabo algunos de los tipos de delitos contra la vida o la integridad física o psíquica del individuo. Cuando la conducta se ha realizado de modo imprudente, es decir cuando la conducta se ha producido por mala praxis profesional, será aplicable el artículo 142.3 o el 152.1 y 3, cuando el resultado sea de muerte o de lesiones respectivamente” (Benítez de Ortuzar, 1997:297).

De este modo y consecuentemente con el contenido de la norma que regula la reproducción humana asistida se ‘permite’ a la mujer optar a las nuevas técnicas para satisfacer un supuesto “derecho a la maternidad” y de esta configuración discursiva se sigue que el *deber* correlativo a ese derecho tendría que asumirlo otro sujeto distinto (la autoridad) promoviendo las garantías para su ejercicio. Y así lo hace efectivamente la autoridad en cuanto se refiere a proporcionar “los medios materiales exigidos por dichas prácticas (equipos profesionales e instalaciones)”

que son financiados por la sanidad pública. Sin embargo, la actuación de la autoridad es deficiente en lo que afecta a la disposición de medidas sancionadoras respecto a quienes pueden atentar contra la integridad y la vida de las usuarias. Y esto porque, como se ha mostrado anteriormente, las normas existentes son insuficientes por *inaplicables*. Se puede argüir que siendo esas lesiones efectos colaterales, indeseados, a las prácticas terapéuticas, el legislador ha tendido a obviarlas ante el “derecho a la maternidad” y ante la asunción de los riesgos por la paciente que ha otorgado su consentimiento. Ante este posible razonamiento lo que cabe preguntarse entonces es: si la actuación de la autoridad, que tiene el *deber* velar por el respeto de los derechos fundamentales a la vida y la integridad de *todos* los ciudadanos, puede inhibirse de tamaña responsabilidad alegando que respeta el derecho a la libertad de la mujer, en ejercicio de la cual ella está decidida incluso a morir para tener un descendiente.

La conclusión es obvia, así a pesar de la atribución del derecho a la vida e integridad física y moral a todos los ciudadanos, explícita en la C.E (art. 15) resulta que en las mujeres que se someten a la FIV o FIVTE ese derecho no está garantizado en la medida que, ante la reproducción artificial, ese derecho carece de la necesaria protección y garantía porque las normas actuales no vinculan el comportamiento de otros sujetos distintos —ni a la autoridad, ni a los profesionales— a quien tiene el “derecho” a la integridad corporal. Se puede argumentar que el legislador se ha inhibido considerando que en el caso de que el equipo profesional que aplica esas prácticas incurra en un delito, o sea la conducta lesiva afectaría sólo a un “interés” privado. No obstante esta justificación es discutible porque afectando el contenido de la norma a un derecho fundamental —un bien jurídico como la vida e integridad— de carácter personalísimo, irrenunciable, es obligada la intervención del Ministerio Fiscal, pues resulta obvio que no se puede confiar en que la afectada denuncie el atropello posible, en tanto esta intervención le exige que se someta a otra violencia más que afecta a su intimidad y, a la vez, la somete a un proceso público de victimización psicológica.

3. 3. *El derecho a la vida e integridad versus la obligación de parir*

En la actualidad resulta incuestionable que los recursos que la biomedicina pone al alcance de las mujeres para superar su infecundidad tienen efectos indeseados, agresivos para su salud y sus vidas. Si se contempla abstractamente este supuesto desde el discurso de los derechos se observa que el recurso a las TRHA afecta a dos derechos fundamentales. De modo especial al derecho a la *libertad* (art. 14 de la C.E.) y al derecho a la *vida e integridad física y moral* (art. 15 de la C.E.). En relación al primero la ley 35/88 dice que se aplicarán las técnicas “si las han solicitado y aceptado libremente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas” (art. 2.1. b). Abstractamente consideradas las garantías objetivas que protegen este derecho parecen ser suficientes y, no obstante, se puede dudar de que en todos los casos quienes recurren a esos métodos terapéuticos lo hagan con plena libertad por razones psicológicas obvias. También cabe descartar, en principio, el uso de la fuerza para obligar a una mujer a someterse contra su voluntad a una fecundación artificial y no porque sea materialmente imposible, sino porque esa actuación exigiría, además del uso de la fuerza por los familiares, la colaboración coactiva del equipo médico que la realizara.

Sin embargo es más que probable que en todo proceso de reproducción artificial medie otro tipo de violencia, la *simbólica*, que envuelve en nuestra cultura todo lo relativo a la “maternidad” y no sólo motivada por deseos narcisistas en ambos miembros de la pareja. De todos es conocido, primero, que la coerción sentimental es un tipo de violencia difícil de perseguir y castigar mediante el derecho positivo y, segundo, por la carga de violencia simbólica que acompaña al discurso sobre la *maternidad biológica* en la cultura occidental tradicional. Discurso que se ve reforzado en la actualidad cuando la baja tasa de crecimiento de la población constituye una preocupación social. En estas circunstancias se puede afirmar que la mujer que se somete a las técnicas de reproducción asistida se encuentra en una situación de “libertad re-

lativa” porque las presiones sociales y psicológicas que la mueven a la búsqueda del hijo son constantes y variadas; a pesar de que en este punto la legislación es clara: *nadie puede obligar a una mujer a intentar tener descendencia contra su voluntad*.

En relación al derecho a la vida y la integridad física y moral la situación de la mujer es bien otra —o según se mire, parte de lo mismo—. Desde la doctrina jurídica tradicional se dice que *todos* los ciudadanos tienen iguales derechos en general y, ante el caso de género que aquí se trata, las mujeres en particular. Mas aquí se ha mostrado que la norma que regula el acceso a las TRHA introduce una “permisión” que autoriza a la mujer a utilizar a ese recurso médico si lo necesita; también se ha analizado el contenido prescriptivo de la norma que *obliga* a la autoridad a cumplir con el *deber* correlativo con ese derecho reconocido a las usuarias; deber que la autoridad cumple en su aspecto material: proporcionando los medios necesarios (instalaciones y equipos profesionales) que posibilitan abstractamente la satisfacción del derecho reconocido. Pero por el contrario, la obligación de la autoridad queda insatisfecha, o falla, en la adopción de medidas que garanticen suficientemente la vida y la salud de las mujeres que se someten a esos medios terapéuticos. Dicho de otro modo: ellas carecen del amparo institucional suficiente para exigir el cumplimiento de la obligación de la autoridad respecto al derecho subjetivo a la integridad y a la vida. En todo ello se manifiesta, pues, que para la autoridad y para otros “poderes” fácticos el fin (la maternidad) justifica los medios, aunque estos puedan ocasionar graves riesgos para la vida e integridad de quienes optan a esos métodos para superar la infecundidad. Este proceder manifiesta una paradoja frecuente en cuestiones de género: se ‘dice’ que la mujer tiene un “derecho a la maternidad”, cuando lo que realmente se oculta es una imposición: que ellas tienen la *obligación* de parir, de prolongar la especie, aún a costa de perder su salud y su vida.

Esta realidad manifiesta que existe un doble rasero para proteger los derechos fundamentales, pues si bien la Constitución Española afirma: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (artículo 15). El derecho a la *vida e integridad física y moral* constituye, pues, un derecho fundamental de las mujeres y hombres, ciudadanos del estado español, cuyo *contenido* consiste en que todos los sujetos, indistintamente de su sexo, posición jerárquica y económica, tienen derecho a exigir que se respete su integridad física y moral frente a la intervención de terceros; este es un derecho *personalísimo* mediante el cual: “se toma en consideración y se protege [...] la persona en sí, como tal persona, con independencia de la vida social y de sus relaciones con los demás” (G. Peces-Barba, 1999:454). Este fundamental principio se incumple respecto a las mujeres que optan a la reproducción asistida y lo que resulta el más grave sarcasmo: bajo el discurso del “derecho a la maternidad” se esconde la sutil (re)afirmación del *deber* de parir que otros atribuyen a las mujeres.

El anterior análisis de la situación de las mujeres que recurren a las TRHA manifiesta claramente: a) los riesgos materiales que han de asumir las mujeres que desean un hijo a “cualquier precio”; b) los valores andróginos que subyacen al discurso médico y jurídico y c) la paradoja que encubre el discurso jurídico-político de los derechos “iguales” cuando el ordenamiento positivo tiene que regular estas materias: sacrificar la protección de los sujetos de derechos de género femenino o negar los valores patriarcales desde los que culturalmente se asigna a las mujeres la función reproductora en el marco de la familia tradicional.

Además de manifestar una paradoja, el discurso jurídico-político esconde la incapacidad para alcanzar una igualdad homologante si a la vez no cuestiona los valores andróginos que promociona, siquiera sea instrumentalmente.

4. El discurso de los derechos y la especificidad de género⁶

Para visualizar históricamente el reconocimiento efectivo de los derechos hemos de remitirnos a la constitucionalización de los mismos, es decir a la instalación de lo que conocemos como el modelo moderno de organización política, de “estado de derecho liberal”. Este modelo predica el “imperio de la ley”, la “separación de los poderes” y el “reconocimiento de los derechos individuales” los tres pilares en que se asienta la legitimidad del Estado democrático moderno. *Derechos fundamentales* que recoge la Constitución Española de 1978. De este modo discursivo se reconocen derechos *iguales* a todos los ciudadanos y se establece el fundamento de legitimación de la actuación política, así como la posibilidad de vindicar la libertad y el respeto a las decisiones individuales; recíprocamente el poder político se obliga a proporcionar a los ciudadanos los necesarios mecanismos de garantía y protección para el ejercicio de los derechos.

Este modelo paradigmático de organización político-jurídica (en lo esencial fundamentado filosóficamente por T. Hobbes, J. Locke e I. Kant) se asienta en la ficción lógica del “estado de naturaleza” desde la que se afirma que todos los individuos son por *naturaleza* iguales y tienen los mismos derechos a la libertad, la vida y la propiedad e idénticos poderes. El modelo se configura como opuesto al aristotélico y permite eliminar las jerarquías sobre las que se organizaban las sociedades políticas anteriores. La operación teórica que se esconde tras el “estado de naturaleza” permite romper con los presupuestos de las anteriores formaciones sociales e introduce un nuevo concepto de “género humano universal”; es decir, discursivamente todos los seres humanos aparecen como libres e iguales, capaces de establecer mediante un *pacto* la forma de organizarse políticamente. Esta operación *o reductio ad unum* también permite neutralizar, abstrayéndolas —esto es, marginándolas del discurso— las diferencias y desigualdades materiales existentes entre los individuos que viven en la sociedad. El modelo considera a los individuos *como si* fueran absolutamente libres, sin otros vínculos que los derivados de su libre voluntad (Kant) y capaces de autodeterminarse políticamente mediante el *pactum societatis*. De este modo se instituyen los principios y el léxico de la teoría política democrática; pero generalmente entendida como *procedimiento* y como el único mecanismo posible para alcanzar mediante el consenso una voluntad política común. El modelo no contempla las diferencias de género, ni las desigualdades materiales existentes entre los individuos. Las diferencias existentes entre quienes forman la población: de género, capacidad, poder, etc. son ignoradas y neutralizadas por lo cual aparecen como irrelevantes discursivamente. Lo único importante son las “formas” y los procedimientos que configuran a las instituciones sociales y a las relaciones entre los particulares. La fuerza del modelo se asienta en esa “igualdad” y “libertad”, abstracta y universal, atribuida a los seres humanos y desde la cual se proclaman primero los derechos humanos y que, posteriormente, recogerán las constituciones modernas como *derechos fundamentales* acompañados de los suficientes mecanismos, procesales y penales, de garantía.

4.1. Las diferencias de género en la óptica jurídica

Este modelo político, aplicado en los inicios del siglo XIX, bien puede parecer revolucionario si se lo considera desde la sola vertiente del ejercicio de las libertades individuales y políticas.

⁶ La atribución discursiva de “derechos” a los seres humanos tiene precedentes antiguos que se remontan al siglo XIII recogidos en la Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215), seguidos por la *Declaración de Virginia* (1776), la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) a las que se añaden otras más recientes: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Estos textos contienen un catálogo de derechos y libertades asignadas a los individuos por el sólo hecho de ser tales, seres humanos, y que así caracterizados podrían considerarse derechos morales; cosa distinta es considerar la constitucionalización de los mismos y su garantía, o sea las posibilidades de ejercer esos derechos y libertades y la protección y respeto hacia los sujetos que pretenden ejercerlos.

Pero la perspectiva histórica que nos proporciona su aplicación permite afirmar que el paradigma adolece de graves defectos constitutivos; “defectos” necesarios o inevitables según se mire el asunto, pero manifiestos en las sociedades contemporáneas en las que se espera que el género femenino ejerza sus derechos *como si* fueran hombres. Esa identificación cultural, abstracta y universalista, coincide en la práctica sólo con quienes son: *varones, propietarios y pater familias*, lo que inevitablemente conduce a ignorar y a excluir, por lo menos, a la mitad del género humano: *las mujeres*, con graves consecuencias para éstas en la esfera privada y en la pública.

Se puede afirmar que en el imaginario de los pensadores políticos modernos se produjo el “síndrome de la universalización” (A. Cavarero, 1990:228) cuyo análisis evidencia dos niveles de consideración. El primero, *elemental*, consiste en que para dichos teóricos las mujeres no existen; en sus discursos ellas no son “vistas” y a lo sumo constituyen un apéndice de madre y de esposa. Y es que el nuevo discurso político-jurídico se complementa implícitamente, respecto a las diferencias de género, con el tradicional orden social patriarcal, por lo cual la teoría y la práctica “ven” al género humano como individuos de sexo masculino: hombres que caminan compactos hacia la libertad y el progreso. Las mujeres son excluidas por no vistas y sus demandas de igual consideración aparecen como un impedimento ilógico respecto a la teoría. Y esto en tanto el modelo político-jurídico moderno presupone que “todos los hombres son iguales en libertad y derechos” (T. Hobbes). *Leviatán*, 1651. Capítulo XIII), pero ese presupuesto discursivo se desvanece cuando se confronta con la realidad social que vive el género femenino. Esa confrontación denota una reducción inconsistente con el modelo político propuesto y de ahí que, en este nivel elemental, ese desplazamiento no resista la prueba de la necesaria justificación de la exclusión. Este primer nivel se asienta en una contradicción manifiesta porque, así como en la doctrina aristotélica la diferencia sexual femenina era racionalmente justificada y consecuentemente excluida de la política —en tanto su autor suponía que la mujer adolecía de inferioridad racional—, en cambio los autores modernos no aportan razones para la exclusión de éstas. Las mujeres no aparecen en sus discursos, es decir: no son “visibles”. La historia del estado moderno contiene datos reveladores de ese desplazamiento y exclusión. Y buena prueba de ello es la sorpresa que embarga al poder político cuando, en un momento histórico concreto, las mujeres exigen al estado el reconocimiento efectivo de la plena ciudadanía en igualdad de condiciones con los varones.

El segundo aspecto, *complejo* de la historia tiene mucho que ver con el derecho moderno y con su evolución, en tanto éste se ha tenido que enfrentar, por un lado, a la asunción de las diferencias de género desde la doctrina heredada. Esta sigue sin “ver” a las mujeres y centra su objetivo en privilegiar las categorías tradicionales de “familia”, “persona”, “obligación”, “sujeto de derecho” y “libertad” homologadas con la valencia de “varón” y conjugadas con otros principios “neutros” y abstractos para extender la *universalidad* del derecho y superar la finitud y la especificidad de la sexuación, irreductibles en cualquier sociedad humana. En la actualidad, sin embargo, el derecho tiene que enfrentarse a una realidad social cada vez más cambiante y en la que esa mitad del género humano, las mujeres, exigen no sólo pleno reconocimiento de la libertad atribuida a “todos” sino también que la legislación recoja las diferencias de género. Si se atiende a las profundas reformas constitucionales experimentadas respecto a la extensión y reconocimiento de los derechos fundamentales se puede afirmar que para el derecho actual el desplazamiento de la diferencia sexual no se manifiesta ya en forma de *exclusión*, como en el nivel elemental citado, sino enteramente como *inclusión homologante*.

Conforme a la letra de la Constitución Española vigente, en especial al Título Primero, se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y garantiza la igualdad entre los sexos (art. 14 de la C.E.). Mas si bajamos la mirada de la teoría a los hechos comprobamos que la realidad se manifiesta pertinaz y, si bien la actual desigualdad legal entre los sexos no se manifiesta en forma de *exclusión*, es evidente que las iniciativas legislativas contemplan a las mu-

jeros desde esa óptica de *inclusión homologante* —operación política difícil y, como se ha mostrado aquí, con resultados cuanto menos paradójicos. Esta perspectiva es rechazada activamente por un sector del feminismo que exige el reconocimiento político y jurídico de las “diferencias” de género.⁷

Y es que, a pesar de los esfuerzos realizados por los legisladores para adaptar el contenido de la ley a la presupuesta “igualdad” universalizante, hay situaciones relativas a la familia, a la reproducción y al libre ejercicio de la sexualidad cuya regulación se manifiesta irreductible a dicha homologación. Más aún el esfuerzo se vuelve contradictorio si se desea proteger el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres sin cuestionar así mismo determinados valores andróginos en los que se asienta la división sexual existente que, obviamente, el derecho consagra y que al mismo tiempo (re)produce la familia, la enseñanza, la ciencia en general y la medicina en particular.

Para que esa inclusión homologante se produjera *de facto* sería necesario eliminar algunas de las dificultades existentes que, aunque de naturaleza diversa, actúan en la sociedad de forma interactiva y complementaria, relativas a la *construcción social*, simbólica, de los cuerpos. La primera dificultad afecta al conjunto de hombres y mujeres que componen la sociedad y que se manifiesta a través del modelo cognitivo mediante el cual son socializados los seres humanos y que desde hace miles de años hasta el presente los habilita para interpretarse a sí mismos y a los otros bajo la forma dual que parece estar inscrita *naturalmente* en el orden de las cosas. Con esta lógica se tiende a identificar la sexuación natural con el género cultural y por ello se atribuye al sexo lo que es sólo cuestión de género.

De este modo los individuos asumen inconscientemente una sexualidad “construida” según el modelo patriarcalista, que fue teorizada, primero por Aristóteles y después por los escolásticos: todos describen e interpretan al hombre como principio activo y superior y a la mujer pasiva e inferior. Construcción cognitiva que expresan a diario todavía los hombres y mujeres concretos, indistintamente ejerzan de trabajadores manuales o intelectuales y de “mujeres de su casa”. Asunto que ilustra la *Historia de las mujeres* (G. Duby y M. Perrot. 1991-94) y que contemporáneamente constata la vigencia de la idea de que el destino “natural” de las mujeres es la *maternidad*.

Las segundas dificultades son de orden distinto y las expresan las mismas instituciones existentes en la sociedad, la familia, la escuela, la ciencia y la iglesia. Instituciones que actúan persistentemente reforzando esos valores sobre el inconsciente de los seres humanos que (re)producen funcionalmente las estructuras de dominación androcéntrica, producto de un trabajo continuado de reproducción inserto desde hace miles de años en las estructuras sociales y en las estructuras cognitivas de los individuos particulares, hombres y mujeres.

En estas instituciones el proceso de aprendizaje escolar sigue anclado en esa visión dicotómica que iguala lo femenino con la maternidad y ésta relacionada con el mundo de los sentimientos, de las emociones, de la inmediatez en la acción. O dicho de otro modo, la escuela contribuye a configurar lo “maternal” en las antípodas del pensamiento; éste connotado como lo racional, abstracto, repetible, separado del cuerpo, de las emociones y de las situaciones contingentes.

⁷ La llamada *gender perspective* (perspectiva de género) sostiene que es incorrecto seguir empleando el concepto de *sexo* para diferenciar a los hombres de las mujeres. Y esto porque el término “sexo” se viene empleando para definir y reducir a las mujeres a sus características sexuales físicas. Esa forma de clasificar implica una falsa naturalización de lo que no es más que un rasgo biológico que limita la identificación de las mujeres a madre y esposa, o lo que es igual: limita su destino a la actualización de *una* sola facultad biológica. Frente a este tradicional modo de ver a las mujeres la *gender perspective* sostiene que los roles y las relaciones entre hombres y mujeres están definidas por las sociedades; son construidas e incorporadas a un sistema de dominación simbólica, controlado por los hombres sobre las mujeres que es necesario reconsiderar y, obviamente, destruir. Esta línea de pensamiento es defendida por autoras como S. Firestone, D. O’ Leary y la ONG WEDO (Women’s Environment and Development Organization).

Del mismo modo la iglesia ha contribuido activamente a la transmisión de los valores patriarcales imponiendo una moral pro familiar enteramente dominada por la filosofía de la inferioridad de las mujeres, añadiendo además el mensaje de que la responsabilidad de la degradación moral en la sociedad es culpa del género femenino, y por esto a ellas les corresponde el sufrimiento derivado de la necesidad de expiar los pecados de la humanidad (W. A. Christian, 1997).

Pero además, al mantenimiento y transmisión de esos presupuestos culturales patriarcales han contribuido también los estados modernos y no sólo reproduciendo en su misma estructura organizativa la división arquetípica entre lo masculino y lo femenino —como lo ilustra hasta el presente la polaridad entre ministerios: Economía, Industria e Interior (asuntos masculinos) y Educación, Asuntos Sociales, Secretaría de la Mujer, (lo femenino). El estado ejerce también esa función a través de su capacidad normativa y mediadora que, por paradójico que parezca, continúa hasta el presente. Esta intervención se encamina a ratificar las prescripciones del patriarcado regulando específicamente las instituciones encargadas de gestionar la existencia cotidiana de la unidad doméstica: a través del derecho de familia y el estado civil de los ciudadanos. Es mediante esa normativización de lo cotidiano que el estado desarrolla además una labor *mediadora* entre hombres y mujeres, “oscureciendo” con esta intervención el ejercicio del poder masculino directo sobre las mujeres en el ámbito más privado. Por todas estas funciones se puede decir que en los estados modernos el orden patriarcal ha seguido vigente, si bien por razones históricas varias, contemporáneamente ha pasado de combinar el *patriarcado privado* con el *patriarcado público*.

Las anteriores dificultades subjetivas y sistémicas permiten colegir la naturaleza y complejidad de los obstáculos que ha de superar la teoría jurídica para conseguir esa inclusión homolante ante los problemas de género. Y es que esta bienintencionada iniciativa legislativa ha de enfrentarse a un problema metajurídico fundamental, presente ya en la regulación de la reproducción asistida: la falta de reconocimiento de *autonomía moral* a las mujeres, indistintamente de la función que voluntariamente puedan desempeñar en la reproducción y en la institución familiar. O dicho de otro modo: el poder legislativo justifica el contenido de la Ley 35/88 diciendo proteger “el respeto de los derechos de la mujer a fundar su propia familia”. Tanta magnanimidad del legislador podría conmover si no fuera porque para garantizar ese supuesto “derecho” tiene que dejar sin la protección debida el derecho personalísimo a la vida y a la integridad física y moral. Se puede suponer que ese lapsus normativo se debe a que para el legislador la posibilidad de que la mujer alumbrase un “hijo”, es la condición de que ella actualice, en términos aristotélicos, la potencia que hace que la mujer sea lo que *debe ser*: madre.

4. 2. *La maternidad como tópico y la violencia simbólica*

Para comprender el alcance de la discriminación de las mujeres, asentada en la actual división sexual, en el ejercicio de sus legítimos derechos se habrían de reconstruir las relaciones que a partir del siglo XVII se dan entre la medicina (los médicos), el derecho (legisladores y jueces) y el discurso de los derechos. Ese análisis mostraría la discriminación real padecida por las mujeres y el intento histórico de negarla por parte de los hombres y de las instituciones, pero ese análisis mostraría también la colaboración consciente e inconsciente que ellas han prestado al mantenimiento de la violencia de género, física y simbólica. Las discriminaciones de género han permanecido en la sombra, negadas, hasta tiempos recientes y por ello fuera de la historia construida por los discursos médicos y político-jurídico; sólo después de los trabajos de M. Foucault, de J. Lacan y otros, junto con las aportaciones de la antropología y del movimiento feminista, esa multiforme discriminación se ha hecho visible; visibilidad que permite afirmar que la mujer y sus problemas han entrado en la historia.

La documentación antropológica disponible y los múltiples mitos presentes en nuestra cultura relativos al nacimiento de la Tierra y de los seres humanos mueven a pensar que la “maternidad” no se refiere sólo a la potencialidad reproductora de los seres humanos. A través de esa tradición cultural se refleja que en la reproducción la participación de la pareja es condición necesaria pero no suficiente para que nazca un nuevo ser. Esto revela que el nacimiento no afecta sólo a la aparición de un nuevo ser viviente, sino que ese nacimiento alcanza un valor en tanto se inscribe en una genealogía. Este rasgo ayuda a comprender que la maternidad no es meramente una relación privilegiada de la mujer con lo real a través de la reproducción y la gestación que tiene lugar en su cuerpo sino, al mismo tiempo, su inscripción como “madre” en un orden simbólico dado. Por todo lo anterior se puede decir que el cuerpo femenino tiene una realidad material, pero no un significado intrínseco, ajeno a la sexuación; tiene una realidad biológica pero carece de significación cultural independiente del discurso sobre la maternidad. Indistintamente se aborde desde el saber, las regulaciones sociales, las manipulaciones ideológicas, etc.

Las representaciones que configuran el imaginario colectivo respecto a la maternidad tienen gran poder reductor, como lo prueba que un gran número de mujeres puedan sustituir todos sus otros deseos a uno: tener un hijo. Cómo explicar si no que cantidad de mujeres decidan “voluntariamente” someterse a todo tipo de riesgos con esa finalidad. Y cómo interpretar también el gesto altruista de muchas mujeres donando óvulos para que otras puedan acceder a la maternidad. La explicación más plausible es que el género femenino interioriza la función de la maternidad, el deseo del hijo, no tanto como objeto de apropiación de un nuevo ser, cuanto como la vía para cumplir un deseo de realización que es, a la vez, cumplir con un deber para con ella misma y con la colectividad. “El deseo y el deber de descendencia son también deseo y deber de realización” individual (F. Héritier, 1996: 258).

Si se toma en consideración la realidad en que son socializadas las mujeres y los hombres se puede colegir respecto a las primeras que ellas se someten voluntariamente a las TRHA; es decir: es innecesaria la violencia física, porque es suficiente la violencia simbólica que acompaña al modelo androcéntrico vigente en nuestra cultura.

Este tipo de violencia no es “espiritual”, o lo que es igual: no es opuesta a la violencia física, sino que es violencia material y con consecuencias reales para todos los que están implicados en dicha relación. Es una violencia suave, invisible para las propias víctimas y esto porque esa violencia forma parte del modelo cultural desde el cual las mujeres aprenden a identificarse y a representarse su relación con los demás. Es un tipo de violencia que se ejerce fundamentalmente a través de las redes simbólicas de la comunicación y del conocimiento; o más exactamente. A través “del desconocimiento, del reconocimiento o, en último término del sentimiento” (P. Bourdieu, 1999:12).

La violencia simbólica que envuelve el tópico de la “maternidad” consiste en una especial relación social desde la cual se puede entender la lógica de la dominación ejercida en nombre de un principio simbólico conocido y admitido tanto por el dominador como por el dominado (...), un estilo de vida (...) y, más habitualmente una característica, emblema o estigma, cuya mayor eficacia simbólica es la característica corporal absolutamente arbitraria e imprevisible” (P. Bourdieu, 1999:12). Por esto la mayoría de mujeres que demandan el recurso de las técnicas reproductivas justifican su necesidad con frases como las siguientes: “un niño me llena mucho”, “el vacío de que da cuenta la menstruación cada mes”, “se me hace insoportable no quedar embarazada”, “yo no busco a un hombre. Yo lo que quiero es un hijo”.

“En el pueblo mi familia, la gente, empezaban a preguntarme por qué no tenía un niño, me decían que fuera al médico. No fui por iniciativa mía. Hice lo que me decían, para que el día de mañana no pensarán que no había tenido hijos por miedos o por dejada”.

“Tantas pruebas y cosas te traumatizan un poco, te cansan. Cuando la naturaleza no lo da, no hay que obligarla. Había decidido dejarlo, pero la doctora tuvo la gentileza de llamarme, he vuelto”.

“Me hubiere gustado no ser mujer. Lo único bonito que tiene es tener un hijo, y si encima tampoco puedo ...”

“Todos me dicen: vete a por todas, porque si no te vas a arrepentir algún día pensando que podías haberlo hecho y no lo has hecho”. (S. Tubert, 1991:48).

Estas solas manifestaciones ponen de manifiesto la forma en que se instituye la violencia simbólica: es a través de la *adhesión* que el dominado (la mujer) se siente obligado a conceder al marido y a la sociedad su prestación: el hijo. Y es que ellas no disponen de otros medios para imaginar su relación con los demás. Las mujeres carecen de otros instrumentos de conocimiento que aquellos que comparten con los dominadores (los hombres) y que “al no ser más que la forma asimilada de la relación de dominación hace que esa relación parezca natural” (P. Bourdieu, 199. :51).

Sobre estas coordenadas es sencillo comprender la complejidad que envuelve el tema de la maternidad y también las inmensas dificultades existentes para lograr que las mujeres sean vistas por los otros y por ellas mismas como verdaderos sujetos autónomos y libres.

4. 3. *Los derechos de la mujer en serio. A modo de conclusión*

Todo lo expuesto anteriormente es suficiente para confirmar la necesidad de tomarse en serio los “derechos” de las mujeres. Si nos comprometemos con ese objetivo, obviamente, no pude dejar de sorprender que se estimule y regule el acceso de ellas a las técnicas reproductivas diciendo que así se protege “el derecho de la mujer a crear su propia familia”, dejando sin la debida protección su vida y su integridad, bienes que ceden ante el imperativo de “ser madre”. Desde este punto de vista queda claro que en la vindicación de ese “derecho” han confluído más los intereses corporativos y el prestigio reproductor masculino más que los intereses de género.

Pero este análisis muestra también que el intento del legislador por alcanzar la inclusión homologante a los problemas “difíciles” de género, tropieza con profundas dificultades teóricas, irreductibles a la actual concepción del derecho y a la refinada técnica jurídica. Esto lo ilustra suficientemente el hecho de que el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral (art. 14 de la C. E.) no esté suficientemente protegido ante las NTRHA. Y no se puede afirmar que la causa de esa desprotección sea el “vacío” de derecho. A tenor de lo aquí expuesto más bien se produce la ineficacia de las normas punitivas, en tanto las condiciones de aplicación que manifiesta son materialmente ineficaces para el caso.

Y sin embargo no acaban aquí los problemas, porque en la regulación de esta materia de género puede detectarse también otro defecto que puede calificarse de lógico de importancia – aunque más bien lo considero doctrinal- como es el caso de la antinomia que subyace al tratamiento punitivo que recibe el caso de la reproducción asistida y el del aborto. En el primer caso, el precepto (art. 162.1 del C. P.) contempla la posibilidad de reprimir penalmente el comportamiento de quienes apliquen las TRHA sólo si estas técnicas no cuentan con el consentimiento de la mujer afectada. Para proceder por este delito se requiere: *denuncia de la persona agraviada* (art. 162. 2 del C. P.). En el caso del aborto, en cambio, la norma punitiva considera que se trata de un “delito perseguible de oficio” (art. 417 bis del antiguo Código Penal vigente). Según estas prescripciones se desvela que la autoridad considera que si en el proceso de la reproducción asistida se produce una agresión a una mujer, este tipo de intervención no tiene carácter “público”; es decir que se considera la actividad del profesional como una conducta lesiva, en relación a la afectada, teniendo en cuenta un interés privado: *la decisión libre y voluntaria de una mujer que decide ser madre tiene carácter privado*. Y, por el contrario, en el caso del aborto libre y consentido por la mujer tiene un carácter público. Este tipo de actuación ma-

nifiesta claramente dos varas de medir: cuando la integridad de una mujer se arriesga para ser “madre” todos los poderes se olvidan del supremo valor “vida” y cuando se trata de la voluntad de una mujer que no quiere o no puede ser “madre”, entonces todos los poderes interactúan para proteger la vida del *futuro* ser.

Aquí se ha tratado de ilustrar la complejidad que acompaña a la iniciativa legislativa para conseguir una “igualdad homologante” entre hombres y mujeres; que tal como se manifiesta al hilo del análisis de la norma concreta esa iniciativa no sólo es insuficiente para proteger los derechos de las mujeres, sino que resulta paradójica ante lo que podríamos llamar “casos difíciles” como son los asuntos específicos de género. Si esa iniciativa se muestra incapaz de aportar mayor seguridad jurídica tal vez habremos de atender a la propuesta de L. Ferrajoli cuando afirma que, para enfrentarse a los problemas de género, es preciso diferenciar entre *desigualdades* que el derecho debe eliminar y *diferencias* que deben ser reconocidas y protegidas por la ley. Cualquier iniciativa en esa dirección no estará exenta de dificultades, pero “será una práctica política que puede ser compatible, en muchas materias, con políticas inspiradas en el principio de igualdad. Esta práctica puede ser reforzada, cuando sea posible, mediante la introducción de normas que concedan derechos a las mujeres en tanto tales” (T. Pitch, 1992).

Bibliografía

- Beauchamp, T. y L. Walters. *Contemporary Issues in Bioethics*. Wadsworth Publishing C. Belmont-California, 1994.
- Benítez de Ortuzar, I. F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. EDERSA. Madrid, 1997.
- Bimbi, F. “La riproduzione artificiale come costruzione artificiale” en D. Meo-C. Mancina. *Bioetica*. Laterza. Roma-Bari, 1989.
- Bourdieu, P. *La dominación masculina* (1998). Edit. Anagrama, Barcelona, 1999.
- Cambrón, A. “A filosofia inerente à posição oficial de Espanha perante as novas técnicas de reprodução humana” en *Revista de Ciência, Tecnologia, Sociedade*, nº 18 (abril), Lisboa, 1989.
- Cambrón, A. (coord.). *Entre el nacer y el morir*. Edt. Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo. Granada, 1998.
- Cambrón, A, y C. Susanne. “A mesterséges megtermékenyítésre vonatkozó szabályozás és az Európai társadalmi szabályozás”, en C. Susanne (Szerk.), *Bioetika*. Dialog Campus Kiadó. Pécs-Budapest, 1999, (pp.292-308).
- Capella, J. R. *Elementos de análisis jurídico*. Edt. Trotta, Madrid, 1999.
- Cavarero, A. “Il modello democratico nell’orizzonte della differenza sessuale”, en *Democrazia e Diritto* (marzo-aprile), 1990 (pp. 221-241).
- Christian, W. A. Jr. *Visionnaires: The Spanish Republic and the Regime of Christ*. University of California Press, Berkeley, 1997.
- Corea, G. *The mother machine. Reproductive technologies, from Artificial Insemination to Artificial Wombs*. The Women’s Press. London, 1988.
- Costa-Lascoux, J. “Mujer, procreación y bioética”, en Duby, G. y M. Perrot (direc.). *Historia de las mujeres en Occidente*. Círculo de Lectores. Barcelona, 1994.
- Delaisi de Parceval, G. y A. Janaud. *L’enfant à tout prix. Essai sur la médicalisation du lien de filiation*. Edt. Du Seuil. Paris, 1983.
- Duby, G. y M. Perrot (Directs.) *Historia de las mujeres en Occidente*. Taurus. Madrid, 1991-94.
- Duden, B. *Il corpo della donna come luogo pubblico*. Bollati-boringhieri. Torino, 1994.
- Fernández Buey, F. *Ética y filosofía política*. Edicions Bellaterra. Barcelona, 2000.
- González Vicén, F. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Univ. De La Laguna. Tenerife, 1979.
- Héritier, F. *Masculin/Femenin. La pensée de la différence*. Édit. Odile Jacob. Paris, 1996.
- Kass, L. R. “‘Making Babies’ Revisited” en J. Arras y N. Rhoden. *Ethical Issues in Modern Medicine*. Mayfield Publishing. Mountain View-California, 1989 (pp.343-348).
- Keller, E. F. *Reflections on Gender and Sciences*. New Haven. Yale University Press, 1986.
- Klein, R. y R. Rowland. “Women as test-sites for fertility drugs: clomiphene citrate and hormonal cocktails” en *Reproductive and Genetic Engineering*, col. 1, nº 3, 1988.

- Knibiehler, Y. "Les médecins et la 'nature féminine' au temps du Code civil", en *Annales*, 31 (4), 1976 (pp.824-845).
- Laqueur, T. W., "Orgasm, Generation and the Politics of Reproductive Biology", en C. Callagherand y T. W. Laqueur (eds.). *The Marking of the Modern Body: Sexuality and Society in the Nineteenth Century*. Berkeley, University of California Press, 1987.
- Lema Añón, C. *Reproducción, poder y derecho*. Edt. Trotta. Madrid, 1999.
- Lema, C., C. Pereira, A. Cambrón y C. Susanne, "Women and new reproductive technologies", en *Global Bioethics*, Vol. 10, nº 11-4, 1997 (pp.129-1379).
- Mori, M. *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*. Guiffre. Milano, 1988.
- Peces-Barba, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III. Madrid, 1999.
- Pitch, T. "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexué, droit sexué" en *Déviance et Societé*, vol 16, nº 3, 1992 (pp.263-270).
- Pouchelle, M. C. *Corps et Chirurgie à l'apogée du Moyen Âge*. Flammarion. Paris, 1983.
- Rave, T. y B. Runnebaun, "Enfoques terapéuticos de la paciente estéril" en *Revista Iberoamericana de la Esterilidad*, vol.IV, nº 21, sept-octubre, 1987.
- Romeo Casabona, C. M. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Edt. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994.
- Spinoza, B. "De la réforme de l'entement", en *Oeuvres*. Gallimard-La pleiade. Paris, 1954.
- Taboada, L. *La maternidad tecnológica*. Icaria. Barcelona, 1986.
- Tardieu, A. *Les attentas aux moeurs* (1857). Reedité par Jérôme Millon. Grenoble, 1995.
- Testart, J. *El embrión transparente*. Granica. Barcelona, 1988.
- Tubert, S. *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*. Siglo XXI. Madrid, 1991.
- Vegetti-Finzi, S. "Tecnologie del desiderio, logiche dell' immaginario", en Di-Meo, A. y C. Mancina. *Bioetica*. Laterza. Roma-Bari, 1989.
- Vegetti-Finzi, S. "El mito de los orígenes" en S. Tubert. *Figuras de madre*. Cátedra. Madrid, 1996, (pp.121-154).
- Vigarello, G. *Le sain et le malain. Sainté et mieux-être depuis le Moyen-Âge*. Seuil. Paris. 1993.
- Vigarello, G. *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*. Cátedra. Madrid, 2000.
- Willians, J. C. "Deconstructing Gender" en P. Smith (edit.). *Feminist Jurisprudence*. Oxford University Press. New York/Oxford, 1993.