Apuntes de Bioética
Vol. 2 No. 1 (2019): Apuntes de Bioetica, 76-84
Biolegal, Biopolitics and Human Rights

About the new human rights: Following the assumption of artificial fertilization of women alone

María Cruz Díaz de Terán Velasco Universidad de Navarra. Navarra, España

The article, following the thought of J. Ballesteros, carries out a reflection on the protection and the promotion of single maternity by assisted human reproduction, regulated by the Spanish Law. The reflection is made from a key aspect of legal anthropology, such as otherness, and the place it occupies in the task of finding the real meaning of Law.

Palabras claves: Derechos humanos, Reproducción asistida, Maternidad en solitario

Abstract

The article, following the thought of J. Ballesteros, carries out a reflection on the protection and the promotion of single maternity by assisted human reproduction, regulated by the Spanish Law. The reflection is made from a key aspect of legal anthropology, such as otherness, and the place it occupies in the task of finding the real meaning of Law.

Keywords: Human Rights, Assisted Human Reproduction, Single Motherhood

Introducción

Planteamiento de la cuestión

Jesús Ballesteros, en su brillante obra *Sobre el sentido del Derecho*, desarrolla un apartado, dentro del capítulo dedicado a la antropología jurídica, sobre la relación entre alteridad y Derecho. Para hacerlo, parte de Heidegger y de la distinción que éste establece entre "el plano ontológico, referente a la estructura esencial del ser del hombre, en el que aparece con claridad la exigencia del otro, y el plano óntico, que corresponde al modo efectivo de realizarse tal exigencia". Siguiendo al autor alemán, el profesor Ballesteros afirma que el plano ontológico de la alteridad (el *Mit-sein*) "es algo que no puede fallar, que acompaña siempre como realidad ontológica la existencia del hombre". Cosa distinta sucede con la exigencia del cuidado con los otros (*Fürsorge*), que "es algo que desgraciadamente suele fallar con demasiada frecuencia". Y, tras analizar estas realidades en el psicoanálisis y destacar sus aportaciones para la antropología jurídica, concluye que el contraste entre la necesidad que el hombre siente del hombre, y su ausencia en el trato concreto, justifica colmadamente la presencia del Derecho en nuestras vidas. Con sus palabras:

"Su fórmula, como ya dijimos, viene a ser la del respeto universal al otro, la vieja idea de *humanitas,* que reaparece con Kant: la exigencia de tratar al otro siempre como un fin, y nunca sólo como medio. Ello naturalmente supone que el Derecho no puede alcanzar el nivel de la caridad, de la donación de sí mismo y el perdón, pero impone rigurosamente al menos:

1. La exclusión de la discriminación, en lo que se refiere a la extensión del vínculo con los otros;
2. La exclusión de la violencia en sus diversas formas, en lo que se refiere a la intensidad del

mismo” .

Estas palabras del profesor Ballesteros venían a mi memoria tras una lectura pausada de algunas de las normas que recoge la legislación española concerniente a aspectos relativos a la atención y cuidado de la salud sexual y reproductiva de la mujer. Y es que, aunque es destacable, por lo que tiene de positivo, el que se haya buscado potenciar el libre desarrollo de su personalidad y su autodeterminación, en mi opinión, algunos aspectos de la actual normativa merecen una reflexión más sosegada. La razón principal es que de las palabras del profesor se infiere –y yo comparto- que la universalidad del respeto incondicionado al otro es fundamento del Derecho, y, a mi juicio, esta afirmación presenta serias dificultades para conciliarse con algunos de los planteamientos de la normativa citada.

Entre los aspectos que merecerían un estudio sereno, a lo largo de las páginas que siguen me voy a detener en uno concreto: la facultad que el artículo 6.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida otorga a la mujer sin pareja de acceder a la fecundación artificial con cargo a la sanidad pública.

En mi opinión, son varias las dudas y las dificultades que esta normativa plantea para la actividad jurídica, según se expondrá en la primera parte de este trabajo. Junto a ello hay añadir una cuestión más de fondo, como es su marcado carácter individualista, tema en el que querría detenerme de un modo especial. Dos son las razones principales que me han conducido a adoptar este enfoque. La primera radica en que, según estudié en mis años de Licenciatura con el libro del profesor Ballesteros, la alteridad es una nota esencial para el Derecho. Con otras palabras, el Derecho siempre tiene en cuenta a la persona en relación con su entorno, es decir, a la persona en sociedad. Sin embargo, en el supuesto mencionado apenas aparecen los terceros. Desde esta perspectiva, es llamativa la ausencia de cualquier referencia a los otros, tendencia que, además, se repite -a mi juicio de manera preocupante-, en muchas legislaciones nacionales en materia bioética. En esta regulación prima la libertad de elección y configuración de la propia vida de la mujer más que las repercusiones que esas decisiones puedan tener en su salud y más que otros intereses de terceros. Ni siquiera se contempla la posible colisión de intereses. Situación que podría darse, por ejemplo, en el supuesto de que el hijo quisiese investigar su origen biológico, posibilidad que la ley niega al nacido de mujer sola.

Por tanto, si como afirma Ballesteros, partimos de que, “la valoración positiva del Derecho aparece sólo donde se reconoce la paridad ontológica entre el yo y el otro, y no donde se potencia unilateralmente el yo”, y dado que la actividad que se comenta se caracteriza porque su principio rector es exclusivamente el libre juego de la subjetividad, podemos afirmar que, desde esta perspectiva, presenta un difícil encaje en el Derecho.

La segunda razón, en consonancia con la anterior, es que el artículo 6.1 apela al deseo de ser madre, es decir, se apoya en la dimensión sentimental de la persona, no en su dimensión, relacional, objetiva y universal. Pero el Derecho, como ya vieron los romanos, y repite lo mejor del pensamiento jurídico contemporáneo, no está al servicio de los sentimientos, que, por definición, son mudables, sino que está a disposición de la seriedad y la estabilidad de la voluntad. El Derecho desempeña el papel de estructura fundamental de la coexistencia. Por eso, en sus dimensiones más profundas, es duración, continuación, porque viene a establecer la fidelidad, el compromiso de las acciones humana que son relevantes para otros. Por tanto, una visión instantaneísta del Derecho, centrado en la satisfacción inmediata de deseos individuales, conduce a contemplar a los otros como instrumentos, como cosas que pueden ser utilizadas (el donante y el hijo son medios para satisfacer el deseo de ser madre) y por tanto implica una amenaza para la convivencia -y para el Derecho en cuanto su garante-, al atacar su fundamentación ontológica, en definitiva, su razón de ser.

Así pues, el amparo y la promoción de la maternidad en solitario por fecundación artificial que regula la normativa española, me ha dado pie para reflexionar de nuevo sobre este aspecto clave de

la antropología jurídica, como es la alteridad porque creo que vale la pena recordar el lugar que ocupan en la tarea de encontrar el sentido del Derecho.

Metodología

El llamado derecho a la maternidad en solitario por fecundación artificial

2.1. Aspectos generales

En España se ha buscado, con la conjugación del avance de las ciencias biomédicas y de una legislación de las más progresistas de nuestro entorno, que la mujer tenga el control de su sexualidad y capacidad reproductiva. El reconocimiento de la capacidad de decisión de la mujer en este contexto ha dado lugar a la creación de nuevos derechos. Surgen así los llamados *derechos sexuales y reproductivos* que van, a su vez, conectados con el concepto *salud sexual y reproductiva*. A través de estos nuevos términos se busca otorgar, principalmente a la mujer, la facultad de decidir sin límites sobre su vida sexual y las consecuencias que de ella se derivan refiere que, de este modo, se pretende que gestione, desde su plena autonomía individual, sus propios proyectos reproductivos (pág. 14). En este contexto se encuadra la posibilidad de que la mujer sin pareja acceda a la fecundación artificial con cargo a la sanidad pública.

Esta posibilidad es viable en España desde 1988, primero a través del artículo 6.1 de la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas Humana Asistida y hoy día recogida en el artículo 6.1. de la Ley 14/2006, de Reproducción Humana Asistida refiere que la discusión que desde los primeros momentos se planteó a nivel doctrinal -y vigente hoy día-, pivota en torno a dos cuestiones: si las técnicas de reproducción humana asistida deben o no estar alcance de la mujer sola; y si es conforme a Derecho su promoción por parte de los poderes públicos, planteándose, entre otras dudas, si su fomento pudiera contradecir el interés superior del menor amparado por el orden constitucional (pág. 339).

Por un lado, existe un sector de la doctrina favorable a reconocer el derecho de la mujer a adoptar individualmente sus propias decisiones reproductivas. Son argumentos que se centran, principalmente, en afirmar que el derecho a tener hijos forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho al ejercicio de la libertad personal y sexual (satisfacción del deseo de ser madre). Esta postura ha sido también defendida en las Conferencias Mundiales por determinados grupos feministas de género, que sostienen “que el fortalecimiento de la mujer descansa en el ejercicio individual de sus derechos, en particular, de sus derechos reproductivos”.

Por tanto, para estas posiciones, el derecho a controlar la propia fecundidad sería la mayor garantía para ejercer con plena libertad *los derechos sexuales*. Desde este particular punto de vista de la identidad femenina, el derecho a un hijo mediante el libre recurso de las técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna, se reivindica como un derecho reproductivo .

En sentido contrario, otro sector doctrinal defiende la inexistencia de un derecho subjetivo a la procreación, y considera que el recurso a los gametos donados por terceros en el caso de mujer sola no es un derecho, todo lo más un interés, que en cualquier caso, debería decaer frente al derecho del hijo a tener un doble vínculo filial.

Más recientemente han surgido voces que han alertado de que esta promoción de la maternidad en solitario, al partir de una visión individualista de la sexualidad humana, prescindiendo de su dimensión interpersonal, podría conllevar una dejación de responsabilidades por parte del hombre al convertirse sólo en donante de gametos. Situación que no sería compatible con el llamamiento a la corresponsabilidad y a la necesidad de implicar al hombre en las tareas reproductivas –educación, crianza de los hijos, etc.- que se exige desde instancias nacionales y europeas.

2.2. El libre juego de la subjetividad

Como he indicado desde las primeras páginas, el punto de partida para llevar a cabo esta reflexión es que la alteridad es una nota inherente al Derecho. Hablar de Derecho y alteridad implica poner el acento en que el Derecho no es una realidad ceñida a un sujeto sino que requiere como mínimo dos sujetos distintos: el titular del derecho lo tiene frente a otro u otros sujetos, los cuales deben obrar en justicia respecto al titular . Hablar de alteridad, por tanto, denota la condición de ser en relación con otro. El Derecho surge en el seno de una relación entre dos o más personas, dicho de otro modo, la relacionabilidad interpersonal está en la raíz antropológica de lo jurídico.

A sensu contrario, la simple atribución de la cosa al sujeto, abstracción hecha del deber de los demás de no interferencia, no genera el derecho. Así, el solitario incomunicado posee cosas y las domina, pero estas relaciones no son jurídicas hasta que no participa otro u otros sujetos . El Derecho implica "pluralidad de términos conectados, acoplamiento de igualdades, supuestos diferentes que entrañan, ineludiblemente, la alteridad. De hecho, no hay derecho consigo mismo –salvo que se quiera hablar en sentido metafórico-. Todo ello encarnado en personas humanas comunicantes, actuantes y responsables" . Por tanto, la vida social desarrollada conforme a al Derecho, no puede consistir en actividades egoístas centradas en el uso y reivindicación de derechos subjetivos; debe ser una vida social abierta a los demás, que mira a que cada uno tenga lo suyo –lo que le corresponde- y esté en el legítimo uso y disfrute de su derecho. La actividad jurídica representa la más básica dimensión de solidaridad entre los seres humanos . Desde este punto de vista, el Derecho es lo opuesto a potenciar unilateralmente el yo (el *ego*): frente al egoísmo, alteridad.

Así pues, siguiendo este hilo argumental y volviendo al caso que nos ocupa, en mi opinión, no es propio de la actividad jurídica el amparo de comportamientos individualistas, centrados en el uso y reivindicación de derechos subjetivos, como sucede en el supuesto comentado. Todo lo contrario, según vengo afirmando, la actividad jurídica debe proteger una vida social abierta a los demás, que vele porque cada uno tenga lo suyo sin que nadie quede desprotegido . Pero para que se de esta dimensión de solidaridad es necesario, como ya Aristóteles intuyó, reconocer al otro como un *alter ego*. La dimensión de reciprocidad, de respeto mutuo es un elemento fundamental para la existencia del Derecho. La idea del respeto universal al otro sin discriminación va a ser uno de los factores fundamentales en la toma de conciencia del sentido genuino de lo jurídico. Si no reconozco al otro como otro yo, lo que prevalece por el contrario es el narcisismo individual, que se caracteriza por fundar la relación de alteridad en el deseo de uso, dominación o goce .

Precisamente, frente a la voluntad aleatoria, Ballesteros muestra como incluso a través de la etimología, el Derecho implica la dimensión de compromiso y de fidelidad. El mismo concepto de Derecho habla de rectitud y fidelidad, de constancia. Esta dimensión de la constancia, de la permanencia de la voluntad está presente en la experiencia jurídica desde la Antigüedad, así lo prueba el énfasis en la dimensión de la *fides*, "constancia y verdad en el empleo de la palabra por parte de los que contratan", como base de la justicia, tal y como pone de relieve Cicerón, así como la definición de justicia propuesta por Ulpiano: "voluntad constante y perpetua de dar a cada cual lo suyo". En el supuesto que se analiza, el marco de apoyo lo da el deseo de ser madre, pero según venimos afirmando, el Derecho viene a establecer la fidelidad de las acciones humanas en cuanto que son relevantes para otros. Por eso la importancia de la promesa como fundamento de gran parte de las instituciones jurídicas. De ahí se desprende la incomprensión ante el Derecho de situaciones que vienen a responder al instante presente, porque de este modo el Derecho se convierte en expresión de pretendidos derechos a la satisfacción de los deseos e impulsos humanos; de este modo, los otros son vistos como simples instrumentos, simples cosas que pueden ser utilizadas (el donante, el hijo) con lo que convivencia queda amenazada en su misma fundamentación ontológica . Frente al instanteneísmo, el Derecho es compromiso.

Como indicaba al inicio de estas páginas, el supuesto de fecundación de mujer sola tal y como lo regula la legislación española, destaca por su espíritu individualista. El único objetivo de la norma

es garantizar y promocionar el *derecho* de la mujer a procrear. De este modo, se prima la libertad de elección y configuración de la propia vida en detrimento de, por un lado, los derechos del hijo (a quien, entre otras consecuencias, se le niega conocer la identidad de su progenitor y queda privado de crecer y desarrollarse en una familia biparental); y, por otro lado, del fomento de un modelo de corresponsabilidad de ambas partes de la relación.

Efectivamente, las repercusiones de la maternidad en solitario que promociona la Ley recaen de manera directa sobre el hijo o la hija, y, a mi juicio, coincido con quienes afirman que la solución legal adoptada lesiona su dignidad al negarle el ejercicio del derecho fundamental a conocer su propio origen; y anula el espíritu del artículo 39 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la obligación de velar y garantizar la protección integral de los hijos y de la familia.

Por último, la defensa que nuestro ordenamiento interno hace de la titularidad individual de este supuesto derecho reproductivo–siendo el titular exclusivamente la mujer- a mi juicio no casa bien con el modelo que está siendo impulsado por las políticas de conciliación que se están elaborando desde España y desde la Unión Europea. Políticas que hacen hincapié en que la cuestión de la natalidad y las tareas reproductivas no son sólo algo que compete a las mujeres, sino que existe un interés social en apoyar la educación y crianza de los hijos como tarea de corresponsabilidad entre los dos progenitores, en cuanto que se afirma que también es *cosa de hombres* .

Conclusiones

Valoraciones finales

Me proponía, al comenzar este trabajo, reflexionar sobre la alteridad como un elemento que está situado en la raíz de la antropología jurídica. Para ello, tomé como referencia el análisis de la promoción de la maternidad en solitario que hace nuestra legislación. Pues bien, una vez expuestos los argumentos, querría resaltar a modo de valoraciones finales, algunos aspectos que me parecen dignos de mencionar.

En primer lugar, como es sabido, el Derecho tiene un papel estelar en la estructura fundamental de la sociedad, siendo una herramienta para la mejor coexistencia. En las obras de los juristas clásicos se le reconoce al Derecho la función de conseguir no solo ciudadanos sino buenos ciudadanos.

Para que el Derecho pueda desempeñar esta labor es imprescindible el reconocimiento de la paridad ontológica entre los seres humanos: *sólo a través del reconocimiento del alter ego el ser humano afirma su racionalidad en la reciprocidad del reconocimiento* . Por tanto, consolidar como derecho un interés individual, por muy legítimo que éste que pueda ser, prescindiendo de los derechos de los terceros implicados o, cuanto menos, restringiéndoles sus derechos, no responde al genio del Derecho. A mi juicio, el derecho específico a recurrir a gametos anónimos para procrear en solitario presenta una base jurídica muy cuestionable. Pienso que es necesaria la adopción de un nuevo enfoque en esta materia, que tenga presente que los seres humanos somos seres en relación, no somos simples vivientes sino que somos convivientes. No olvidemos que con la alteridad, al referirla al Derecho, se pone la nota en la relación personal, entre yo (mi *ego*) y el otro (mi *alter ego*).

Por otra parte, según he venido argumentando, que el Derecho ordene la vida social implica que su actividad no puede ser individualista ni egoísta, centrada en el uso y reivindicación de intereses individuales. Todo lo contrario, debe ser una actividad abierta a los demás. Así contemplada, la actividad jurídica representa la más básica dimensión de solidaridad entre las personas, por eso la vida social ordenada por el Derecho conserva y refuerza la comunidad. Si el Derecho prescinde de la nota de alteridad, si se convierte en un medio al servicio de los intereses individuales, queda desvalorizado, desontologizado. La exaltación de los deseos conduce, inevitablemente, a la pérdida del sentido del Derecho como respeto universal al otro, como puede verse en el trato al donante y

al hijo como medios para alcanzar un fin. Por tanto, las exigencias que van íntimamente unidas a la dimensión del Derecho, como el compromiso, la solidaridad, la *humanitas*, la exigencia del respeto al otro, son desvalorizadas . En definitiva, olvidar la nota de alteridad –primar el *ego* en detrimento del *alter ego*-, no solo pone en juego el sentido del Derecho sino el sentido mismo del ser humano.

Bibliografía

Ballesteros, J. (1997). *Sobre el sentido del Derecho: Introducción a la Filosofía Jurídica* (Vol. II). Madrid: Tecnos.

Basave, A. (1980). Hacia una antropología jurídica integral. *Persona y Derecho*.

Cárcaba, M. (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las técnicas de reproducción humana.* Barcelona: Bosch.

Contreras, F. J. (2010). *La ideología de los derechos reproductivos.* Jaén: ANDOC.

Elosegui, M. (2002). *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos.* Madrid: EUNSA.

Fernández, E. (2003). *Igualdad y Derechos Humanos, Madrid*. Tecnos.

Godoy, M. O. (2014). *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario.* Madrid: Dykinson.

Hervada , J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho.* Pamplona: EUNSA.

Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. (2014 - 2016). *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.* (I. d. Oportunidades, Ed.) Obtenido de http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf

López Peláez, P. (1994). Relaciones civiles derivadas de la fecundación post-mortem. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 109-141.

Ocaña Rodríguez, A. (1993). *La filiación en España.* Granada: Comares.

Organización de la Naciones Unidas. (1994). *ICPD, A/CONF. 171/13.*

Organización de la naciones unidas. (1995). Conferencia mundial de la Mujer. *A/CONF. 177/20.* Pekín.

Pantaleón, F. (1993). Técnicas de reproducción asistida y Constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 129-160.

Romano , A. (1997). Derecho y racionalidad intersubjetiva. *Persona y Derecho*, 277-278.

Romeo Casabona, C. M. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

San Julián, V., & Díaz de terán, M. C. (2013). *Corps de la femme et Biomédicine. Approche internationale.*

Vega, A. M. (1998). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida.* Granada: Comares.

Vega, A., Vega, J., & Martínez, P. (1995). El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y médico-legales. *Cuadernos de Bioética*, 56.

Vidal, J., Benítez, J. I., & Vega, A. M. (1998). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada: Comares.

Vila-Coro, M. D. (1992). La reproducción asistida en la mujer sola. *Revista General del Derecho*, 3901-3935

References

1. Ballesteros, J. (1997). Sobre el sentido del Derecho: Introducción a la Filosofía Jurídica (Vol. II). Madrid: Tecnos.
2. Basave, A. (1980). Hacia una antropología jurídica integral. Persona y Derecho.
3. Cárcaba, M. (1995). Los problemas jurídicos planteados por las técnicas de reproducción humana. Barcelona: Bosch.
4. Contreras, F. J. (2010). La ideología de los derechos reproductivos. Jaén: ANDOC.
5. Elosegui, M. (2002). Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos. Madrid: EUNSA.
6. Fernández, E. (2003). Igualdad y Derechos Humanos, Madrid. Tecnos.
7. Godoy, M. O. (2014). Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario. Madrid: Dykinson.
8. Hervada , J. (1992). Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho. Pamplona: EUNSA.
9. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. (2014 - 2016). Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades. (I. d. Oportunidades, Ed.) Obtenido de http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf
10. López Peláez, P. (1994). Relaciones civiles derivadas de la fecundación post-mortem. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, 109-141.
11. Ocaña Rodríguez, A. (1993). La filiación en España. Granada: Comares.
12. Organización de la Naciones Unidas. (1994). ICPD, A/CONF. 171/13.
13. Organización de la naciones unidas. (1995). Conferencia mundial de la Mujer. A/CONF. 177/20. Pekín.
14. Pantaleón, F. (1993). Técnicas de reproducción asistida y Constitución. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 129-160.
15. Romano , A. (1997). Derecho y racionalidad intersubjetiva. Persona y Derecho, 277-278.
16. Romeo Casabona, C. M. (1994). El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
17. San Julián, V., & Díaz de terán, M. C. (2013). Corps de la femme et Biomédicine. Approche internationale.
18. Vega, A. M. (1998). Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Granada: Comares.
19. Vega, A., Vega, J., & Martínez, P. (1995). El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y médico-legales. Cuadernos de Bioética, 56.
20. Vidal, J., Benítez, J. I., & Vega, A. M. (1998). Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Granada: Comares.
21. Vila-Coro, M. D. (1992). La reproducción asistida en la mujer sola. Revista General del Derecho, 3901-3935.