

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white, sans-serif font centered within a solid blue rectangular background.

El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos [The bioethical language in the legislation and case law on issues biojurídicos]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	Corral García, Eduardo
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-07-08 22:31:38
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/203348



EL LENGUAJE BIOÉTICO EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA SOBRE PROBLEMAS BIOJURÍDICOS

BIOETHICAL LANGUAGE IN THE LAW AND JURISPRUDENCE ABOUT BIOETHICAL PROBLEMS

EDUARDO CORRAL GARCÍA

Departamento de Derecho Privado - Universidad de Cádiz

E-mail: eduardo.corral@uca.es

RESUMEN

Palabras clave:

embrión humano,
derecho a la
vida, derecho a
la maternidad,
reproducción
artificial,
gestación por
sustitución.

Recibido: 16/07/2013

Aceptado: 29/08/2013

Se analiza el impacto que sobre el Derecho español relativo a cuestiones bioéticas —como la Ley sobre reproducción artificial, la Ley sobre investigación biomédica, y la Ley sobre salud sexual y reproductiva— puede tener la concepción de embrión humano enunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 18 de octubre de 2011, considerándolo como todo óvulo fecundado con independencia del grado de desarrollo alcanzado.

ABSTRACT

Keywords:

human embryo,
right to life,
right to the
maternity,
artificial
reproduction,
surrogacy
maternity

The impact is analyzed that on the Spanish Law relative to questions bioethics —as the Law on artificial reproduction, the Law of biomedical investigation, and the Law on sexual and reproductive health— can have the conception of human embryo enunciated by the Court of Justice of the European Union in his judgment of October 18, 2011, considering it to be any ovum fertilized with independence of the degree of reached development.

1. Introducción: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el embrión humano

Desde la aparición del término preembrión en el Informe Warnock hasta la definición de lo que es ser hu-

mano para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay una larga cadena de precisiones lingüísticas en la normativa y jurisprudencia españolas que no siempre han sido acordes con los conceptos científicos y los juicios bioéticos. Es más, de modo análogo a lo que ocurre

con los derechos humanos, que no son creados por los Estados, sino reconocidos por éstos en sus Constituciones, el Derecho debería recoger lo que la Ciencia permite conocer y la Bioética considera razonable hacer en el campo de la Biomedicina y de la Biotecnología; pero en nuestro país ha sido más bien al contrario. Ha sido el legislador —y la jurisprudencia quien ha conformado sus decisiones— el que ha impuesto unas concepciones ideológicas divergentes con la evolución en el conocimiento de la embriología humana.

En España, la más clara manifestación de lo anterior ha sido el catálogo de definiciones incluida en la Ley de Investigación Biomédica de 2006 —Ley 14/2007, de 3 de julio (LIB)—, orientado a dar carta blanca a la investigación y selección de embriones, y que permitió posteriormente introducir el aborto libre durante las primeras 14 semanas de embarazo, una vez que ya había calado en la sociedad la idea de que el embrión no es más que un conjunto de células. Asimismo, la consideración de que la píldora del día después es un anticonceptivo de urgencia sin ninguna traba ética —de ahí que ni siquiera se exija la previa dispensación de receta médica— responde al concepto de preembrión, recogido en dicha Ley y que ha sido ampliamente rechazado por la comunidad científica¹; y la previsión legal de la realización de un diagnóstico preimplantacional también descansa sobre el desprecio de la vida humana existente en los primeros días de vida del embrión.

La sentencia ya citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2012², que resuelve el caso *Brüstle v. Greenpeace*, obliga a reconsiderar todos los planteamientos anteriores, porque supone un torpedeo en la línea de flotación en el punto de partida común a todos ellos: la desconsideración del embrión humano —tanto natural como *in vitro*— como ser humano, viviente³ y, por tanto, con derecho a la vida de modo incondicional, por encima de cualquier otra consideración.

¿A qué consideraciones nos referimos? A los supuestos derechos o libertades, que, basados en una visión reductiva y relativista del ser humano, y mediante el uso hábil de expresiones ambiguas encaminadas a favorecer un pretendido derecho al aborto y a la eutanasia, amenazan el derecho fundamental a la vida: en concreto, el pretendido derecho a la maternidad, tanto en su vertiente negativa —el aborto y la eutanasia— como en su vertiente positiva, que comprende el derecho a ser madres por parte de mujeres solas o de una pareja de lesbianas, así como de una pareja de hombres, mediante la fecundación artificial heteróloga, con donantes de semen o de óvulos, e incluso con el recurso a la maternidad subrogada o por sustitución. Mediante dichas técnicas los hijos, que hasta ahora eran sujeto jurídico por sí, se convierten ahora necesariamente en objeto, al cual se tiene derecho y que, se puede adquirir mediante las técnicas de reproducción artificial⁴.

Efectivamente, en fechas recientes hay quienes han manifestado que “en nuestro país son necesarios cambios legales que recojan los derechos de filiación de aquellas parejas de lesbianas que acceden a la maternidad de manera conjunta y no lo hacen a través del modelo médico. Más aún, es necesario el reconocimiento de los derechos de filiación de ambas mujeres cuando estas parejas de lesbianas pretenden incorporar la figura de un padre genético no exclusivamente como donante, sino como un referente particular en la vida de la niña/niño, teniendo así en cuenta tanto los sentimientos del donante como la mejora en las relaciones humanas de la niña o niño.

En resumen, el Derecho debe responder a un momento histórico de intenso cambio en las familias y en la esfera de la reproducción; un cambio social, cultural y científico que obliga a analizar casos particulares y a plantear soluciones nuevas. Son necesarias nuevas normativas y una aplicación de las existentes con sensibilidad hacia la realidad de las partes”⁵.

1 Pastor, L. M.; Colomer, I.: “La vida breve del preembrión. Historia de una palabra”, *Cuadernos de Bioética* 2012, Vol. XXIII, nº 3, pp. 677-694.

2 RJTCE 2011\316.

3 Cfr. López Moratalla, N.; De Santiago, E.; Herranz Rodríguez, G.: “Inicio de la vida humana: ¿qué hace humano el cuerpo del hombre?”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXII, nº 2, mayo-agosto 2011, pp. 283-308.

4 Probablemente la concreción legislativa más evidente de este derecho a la maternidad la encontramos en el art. 35 de la Ley rusa nº 5487-1, sobre la protección de la salud de los ciudadanos: “toda mujer mayor de 18 años que se encuentre en edad fértil tiene derecho a la fecundación *in vitro*, ya la implantación del embrión”.

5 La maternidad lesbiana y sus derechos, *El País*, 14 de diciembre de 2012.

Éste es uno de los desafíos que debe afrontar la Bioética y del Derecho: ¿debe darse carta de naturaleza a las técnicas que alteran no ya la biología humana, sino el modo de reproducirse de la especie? En una época donde el ecologismo está fuertemente arraigado en la sociedad, ¿debe rechazarse la idea de naturaleza humana que permita rechazar aquellos procedimientos técnicos contrarios a la dignidad del ser humano?

En nuestra opinión, la cuestión clave radica en si el embrión humano, tanto natural como *in vitro*, es sujeto de derechos desde el momento de su fecundación —y, por tanto, portador de la dignidad humana, al igual que cualquier otro ser sea cual sea su desarrollo o edad—, lo que impediría que fuera un objeto destinado a satisfacer los deseos, por muy nobles que sean, de otros seres humanos. De hecho, el art. 2.d) de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos reconoce la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, pero siempre que respete la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. ¿Respetan la dignidad humana las técnicas abortistas y eugenésicas? ¿Respetan la dignidad humana la maternidad subrogada o de alquiler? ¿Respetan la dignidad humana el que un niño venga al mundo sin padre conocido por virtud de la ley?

Es más, el art. 3 de la misma Declaración señala solemnemente que “*los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad*”. Pero que si se rechaza que el embrión humano sea persona, se echa por tierra el argumento, como hábilmente ha maniobrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 28 de noviembre de 2012 —que resuelve el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en cuanto que en ese país está prohibida la fecundación *in vitro*—, que, tras resaltar que en el caso *Vo. vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 8 de julio de 2004⁶, indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad

humana, sin convertirlo en una persona con derecho a la vida, concluye que las tendencias de regulación en el Derecho Internacional no llevan a la conclusión de que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

Pero la STJCE sobre el caso *Brüstle* tiene una visión distinta acerca de la protección del embrión humano. En definitiva, debía decidir el Tribunal si permitía o no la patentabilidad de la investigación con células madre embrionarias, de acuerdo con la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Como premisa que se señala significativamente antes de entrar en el fondo del asunto, se advierte que el Considerando decimosexto de dicha Directiva destaca, en especial, que “el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas”, y que “es preciso reafirmar el principio según el cual el cuerpo humano, en todos los estados de su constitución y de su desarrollo, incluidas las células germinales, no son patentables”, lo que se recoge en el art. 5.1; y como consecuencia, se establece la prohibición de patentar, expresada en el art. 6.1.c), las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

Ahora bien, ¿están comprendidos en ese concepto de embrión humano todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo, o deben cumplirse requisitos adicionales, como por ejemplo alcanzar un determinado estadio de desarrollo? Desde un punto de vista jurídico, no médico ni ético, “el contexto y la finalidad de la Directiva revelan que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de embrión humano debe entenderse en sentido amplio”, de tal forma que “todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá ser considerado” como tal embrión. ¿Se le está confiriendo el carácter de persona? No se afirma claramente; pero es obvio que es un ser dotado de dignidad suficiente como para no ser utilizado como un mero objeto. En ese sentido, el Tribunal también

6 TEDH 2004/52.

rechaza que pueda patentarse una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que estos se utilicen”.

2. La STJCE sobre el caso *Büstle* y el Derecho español sobre el embrión

¿Qué consecuencias tiene el pronunciamiento del TJCE en el Derecho español? Desde un punto de vista terminológico, es evidente que supone una desautorización en toda regla al legislador español, en concreto respecto a las definiciones y estatuto jurídico del embrión humano existentes en la Ley de técnicas de reproducción humana asistida —Ley 14/2006, de 26 de mayo (LRA)— y en la Ley de investigación biomédica (LIB).

Respecto a las definiciones contenidas en el art. 3 de la LIB, entra en contradicción con la titulada como *pre-embrión* —el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde—, que recoge el concepto formulado por primera vez en el Informe Warnock, y que señala un antes y un después de esos 14 días, de modo arbitrario. Asimismo, si embrión humano es el óvulo fecundado desde el momento de la fecundación, no puede ya sostenerse la definición de embrión contenida en dicho artículo —fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener—, que deja fuera al embrión no anidado en el útero de la madre, y al embrión in vitro no implantado en el útero de la mujer que quiere ser madre mediante una fecundación in vitro.

a) *Embrión humano e investigación científica*

Ambas definiciones están al servicio de lo que se permite hacer en la LRA: utilizar como materia prima los embriones sobrantes, realizar el diagnóstico preimplan-

tacional para seleccionar el embrión más idóneo, desechando el resto, que puede ser objeto de investigación con fines supuestamente científicos, cuando realmente lo que se hace es una reducción embrionaria, que considera como desecho de tintera a los embriones que no superan el control de calidad, lo que supone dar carta legal a técnicas eugenésicas de dudosa catadura ética.

Efectivamente, a la vez que se prohíbe en el art. 13.2.c) de la Ley 14/2006, cuando se intervenga terapéuticamente sobre los preembriones in vitro, buscar la selección de los individuos o de la raza, en el artículo anterior —12.1.a—, se permite “practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia”. ¿Estamos o no estamos ante una selección de los individuos? ¿Es o no es una técnica eugenésica?⁷

Hay que tener en cuenta que el TJCE, en la misma sentencia ya citada, advierte que solo puede ser objeto de patente “la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil”⁸, luego el diagnóstico preimplantatorio encaminado a efectuar dicha selección y reducción embrionaria —aunque sea útil para una persona adulta enferma, en el caso del “bebé medicamento”⁹— debe ser rechazado porque no es útil a los embriones desechados, más bien todo lo contrario¹⁰.

7 En nuestra opinión, el diagnóstico preimplantacional vulnera el art. 3.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000 —conocida como la Carta de Niza—, que garantiza que en el marco de la medicina y de la biología se respetará “la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tiene por finalidad la selección de las personas”

8 Así lo establece el art. 13.1 de la Ley italiana n.º 1514 en materia de procreación medicamente asistida, de 10 de febrero de 2004, que admite la investigación clínica y experimental sobre cada embrión solo si se persigue finalidades terapéuticas para el propio embrión.

9 El núm. 2 del citado art. 12 también permite aplicar las técnicas de diagnóstico preimplantacional para “la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros.

10 Sin embargo, desde el sector de la reproducción artificial se insiste en la bondad de dicha técnica: según informó el diario ABC el 13 de diciembre de 2012, la directora de la Unidad de Reproducción Asistida de la Fundación Jiménez Díaz, Cora Hernández,

Además, la terminología utilizada por la ley para referirse a los posibles destinos de los embriones que no llegan a ser implantados en el útero de la mujer que se somete a la FIVET indica claramente la consideración del embrión como objeto y no como sujeto, lo cual es totalmente contrario a la dignidad a la que se refiere el TJCE. Así, el art. 11.4 de la LRA indica que, entre otros, los destinos de los preembriones criopreservados pueden ser la “donación” con fines reproductivos —letra b)— o con fines de investigación —letra c)—, así como el cese de su “conservación” sin otra utilización (letra d). En este último caso, el eufemismo no puede ser más trágico; si el embrión *in vitro* es un ser humano dotado de dignidad, ese cese implica su muerte, sin más, y no la mera destrucción de un conglomerado de células¹¹.

Precisamente la investigación con los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida es una de las piruetas lingüísticas más clamorosas efectuadas por el legislador. Aunque se proclama solemnemente en el art. 33.1 LIB que “se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación”, ya previamente, como hemos visto, la LRA permite destinar esos embriones sobrantes a la investigación. Y ello es así porque se derogó el deber introducido en la reforma de 2003 de implantar todos los embriones “producidos” en el útero de la mujer usuaria de las técnicas. Si se permite de nuevo fecundar

declaró solemnemente que el diagnóstico preimplantacional “es el futuro de la Medicina”, a pesar de que, como ella misma reconoce, es una técnica con una baja eficiencia: la tasa tras una FIV con DGP es alrededor del 20%, menos de la mitad de las FIV habituales. “Se necesitan muchos embriones y muchos ciclos”; claro está que como es material de desecho, no importa el coste si se consigue el éxito.

11 EL día 3 de enero del presente año el diario *Daily Mail* informó que el Ministro de Salud del Reino Unido dio a conocer en el Parlamento británico que desde 1991 se han desechado más de 1,7 millones de embriones humanos, lo cual supone el 48% de los 3,6 millones producidos desde esa fecha mediante fecundaciones *in vitro*. Según el diario, el parlamentario que solicitó dicha información manifestó, tras conocer esos datos, que “no se pueden llevar a cabo hoy día tratamientos de fertilidad sin fabricar un gran número de embriones que luego se destruyen. Aquí es donde la tecnología tiene que dar un paso”, ya que es inadmisibles que para cada mujer que se somete a esa técnica se “fabriquen” 15 vidas humanas de media. “La mayoría de las personas no saben que se llevó esta destrucción absoluta de embriones humanos a cabo en tal escala; y no tienen ni idea sobre el número de embriones que se crean en este proceso, y también se sentirían muy incómodos si supieran que se está experimentando con ellos.” La noticia completa se encuentra disponible en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2255107/1-7-million-embryos-created-IVF-thrown-away-just-7-cent-lead-pregnancy.html>.

in vitro más “preembriones” de los necesarios, la verdadera intención es doble: por un lado, efectuar la selección embrionaria ya comentada; y por otro, permitir que el “material” sobrante se utilice precisamente con lo que en aquel entonces iba a ser la gran esperanza de la Ciencia, la obtención de células madre embrionarias que servirían para curar enfermedades tales como la diabetes o el párkinson, ya que éstas eran las únicas que, debido a su carácter totipotente, iban a permitir ser manipuladas para dar lugar a tejidos sanos que reemplazaran a los enfermos, lo que luego se ha visto irreal, a pesar de la enorme presión ejercida sobre la opinión pública, encaminada a descalificar a quienes se oponían a dicho procedimiento, que implicaba la destrucción pura y dura de los embriones asignados a tal fin, ya que dichos opositores se movían por motivos ideológicos o religiosos y no puramente científicos. De hecho, la sentencia del TJCE aborda precisamente “la patentabilidad de una invención relativa a la producción de células progenitoras neuronales, que supone la utilización de células madre obtenidas a partir de un embrión humano en un estado de blastocisto”, y concluye que la extracción de una célula madre mediante ese proceso “implica la destrucción de dicho embrión”.

Visto lo anterior, ¿se puede sostener que no se está incumpliendo la prohibición de crear embriones humanos para la investigación? En nuestra opinión, mediante el subterfugio de volver a abrir la espita para que haya embriones sobrantes, aunque sea de modo indirecto pero igualmente torticero, el legislador español se saltó esa prohibición impuesta por sí mismo, al permitir en el art. 32 de la LIB “la investigación o experimentación con ovocitos y preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o de sus estructuras biológicas, con fines relacionados con la obtención, desarrollo y aplicación de líneas celulares troncales embrionarias o con otros fines no vinculados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida”.

La doble pirueta —considerar que la utilización de los embriones sobrantes de la FIVET no supone la constitución de los mismos con fines de investigación, y ca-

lificar a dichos embriones como preembriones o meras estructuras biológicas sin ninguna entidad-, ha quedado también desautorizada por el TJCE, que en su núm. 2 de la declaración final de la sentencia de 18 de octubre de 2011 establece que “la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 1998/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica; y de modo más claro, en su núm. 3 se excluye también la patentabilidad de una invención cuando ésta “requiera la destrucción previa de embriones o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que estos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos” -que es lo que hace la normativa española al utilizar el término preembrión—, ya que la ausencia de dicha mención permitiría al solicitante de una patente eludir la prohibición del art. 6, apartado 2, letra c), “mediante una redacción hábil” de la solicitud.

Sin embargo, la doctrina emanada de la STJCE sobre el caso Brüstle puede ser fácilmente burlada mediante el recurso a un viejo conocido de la legislación española, cual es el concepto de viabilidad como justificación para negar al embrión el respeto a su condición de sujeto de derechos. En concreto, ya la Ley de reproducción asistida de 1988 introdujo la noción de embrión no viable para así permitir la investigación con los embriones y fetos abortados, lo que fue amparado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 212/1996, de 12 de noviembre, al entender que se pueden donar, y utilizarlos con fines de investigación o experimentación, embriones que sean “incapaces para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una <<persona>> en el fundamental sentido del art. 10.1.CE”. Esa nomenclatura aparece de nuevo en la LIB, en concreto en el art. 28.1, según el cual “los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos”. Y más recientemente, en la sentencia del Tribunal alemán

que planteó la cuestión prejudicial sobre el caso Brüstle v. Greenpeace, de fecha 27 de noviembre de 2012, vuelve aparecer el concepto de viabilidad, en concreto a la hora de decidir, a la luz de la STJCE ya conocida, si obtener células madre embrionarias de embriones no viables impediría la patentabilidad de los resultados obtenidos tras la investigación con dichas células madre. La respuesta proporcionada por el Tribunal es negativa: como no son viables, realmente no son embriones, luego no se destruye ningún embrión al obtener dichas células madre¹². El empeño por justificar mediante subterfugios lingüísticos y legales la investigación con células madre embrionarias, en cualquier caso, ha quedado en entredicho con la concesión del Premio Nobel de Medicina en 2012 a Gurdon y Yamanaka, los investigadores que han descubierto la reprogramación celular y, con ella, la obtención de células madre adultas de un modo que no plantea ningún problema ético al no destruirse ningún embrión humano. Nos preguntamos con M. ALBERT¹³ ¿por qué no se opta definitivamente por un procedimiento de obtención de células madre que, con toda seguridad, no produce la muerte de ningún ser humano, desechando de una vez los intentos de obtenerlas de los embriones? Nos atrevemos a dar una respuesta: estamos ante un intento de las clínicas de reproducción asistida de dar una imagen solidaria, de preocupación por la curación de enfermedades neurodegenerativas muy extendidas en la sociedad actual, que pretenden ocultar mediante la donación “altruista” del “material sobrante” de su actividad con fines tan loables como la investigación para curar dichas enfermedades, lo que es su intención real: permitir alcanzar la maternidad tan deseada por parte de mujeres y parejas heterosexuales u homosexuales a cambio de satisfacer su único afán, el puramente lucrativo.

12 M. Albert —en “Embriones no viables, ¿embriones patentables? Comentario a la sentencia del *Bundesgerichtshof*, de 27 de noviembre de 2012, en el asunto Brüstle v. Greenpeace”, *Diario La Ley*, nº 8084, 16 de mayo de 2013— opina que, si se tiene en cuenta que el TJCE no ha exigido al embrión humano alcanzar ningún requisito adicional a la fecundación, como haber alcanzado un determinado estadio de desarrollo, “la sentencia del Tribunal Federal Alemán en el asunto Brüstle excluye sin justa causa a los embriones no viables procedentes de fecundación artificial del concepto amplio de embrión no patentable”.

13 Ibid.

b) Embrión humano y píldora del día después

Otra derivada del concepto de preembrión tiene que ver con la dispensación de la conocida como píldora del día después, en cuanto que se afirma por su fabricante —y se defendió por las autoridades sanitarias que aprobaron que comenzara a distribuirse en España— que es un “anticonceptivo de urgencia”.

Evidentemente, en coherencia con lo que se ha afirmado respecto al óvulo fecundado en el apartado anterior, dicha afirmación es cuando menos discutible, en cuanto que la usuaria, si ingiere la píldora después de haber mantenido relaciones sexuales, nunca sabrá si estaba embarazada o no, esto es, si se había producido o no la fecundación; pero el que se desconozca ese hecho no equivale a que no se produzca. Por tanto, si realmente se produjo la fecundación, la píldora sí tendrá efectos abortivos, aunque el embrión no tenga más que unas horas de vida.

De hecho, tal y como señala la Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en *la queja 10/6503, respecto a la información contenida en el folleto divulgativo de la píldora de anticoncepción de urgencia elaborada por la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía*, “en septiembre de 2011 se publicaron los resultados del estudio poblacional sobre uso y opinión de la píldora objeto de esta queja, promovida por la Sociedad española de contracepción, y realizado por la entidad Sigma Dos, del que resultó que el 33,3% de las mujeres entre 14 y 50 años considera que este fármaco es un método anticonceptivo habitual y que el 53,4% cree que es abortiva”.

Continúa diciendo la resolución citada que “en las fechas actuales acaban de ser publicados los datos estadísticos referidos al consumo de la píldora anticonceptiva de urgencia en el ámbito nacional, conforme a los cuales, desde la vigencia de su libre dispensación se ha producido un incremento notable de su uso. Específicamente revelan estos datos cuantitativos que se ha doblado su consumo pasando de 30.000 a 60.000 unidades mensuales”, lo cual se debe evidentemente al mensaje de banalización de las relaciones sexuales en general y del uso de la píldora en particular, máxime cuando en

dicho folleto se indicaba que *¿Cuántas veces puedo tomarla? No hay un número máximo. Podrías usarla cada vez que te hiciera falta. Pero recuerda: Es un método de urgencia. No es recomendable que lo uses como método anticonceptivo habitual.*

Por tanto, se toma la parte por el todo con el fin de tranquilizar la conciencia de la mujer que ingiera la píldora, mensaje destinado sobre todo a la población más joven, incluso menores de edad, que no necesitan ni el conocimiento ni el consentimiento de sus padres para acceder a tal “medicamento”, lo cual es totalmente discutible e incoherente con la falta de plena madurez y responsabilidad de la que adolecen los menores, no sólo legalmente, sino también fácticamente. Alcohol y drogas, no; píldora, sí. ¿Por qué?

c) Embrión humano y aborto

Y lo anterior nos remite al tema más polémico: la consideración del aborto no ya como un método anticonceptivo más —si fallan todos los anteriores—, sino como una manifestación del derecho a la salud de las mujeres, en cuanto que el embarazo “no deseado” puede suponer la ruptura del bienestar psíquico al que se tiene derecho; de ahí la estrategia de camuflar el aborto dentro del concepto de “derechos sexuales y reproductivos”, así como de denominar la acción abortiva, desde un punto de vista médico, de “interrupción voluntaria del embarazo”, tal y como actuó el legislador español al aprobar la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

Con independencia de que el actual Gobierno elabore o no un proyecto de ley de reforma de la citada Ley, ¿qué influencia podría tener la ya comentada STJCE en la decisión del Tribunal Constitucional español acerca de la constitucionalidad de dicha Ley orgánica, en cuanto que puede vulnerar el art. 15 de la CE de 1978 al instaurar el aborto libre en las primeras 14 semanas de vida del embrión, desprotegiendo de modo absoluto al *nasciturus* durante ese plazo de tiempo, contraviniendo así al mismo TC en la doctrina expuesta en la STC 53/1985?

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010 recuerda que la sentencia 53/1985 estableció la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que

entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo, lo que obliga a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos; pero a continuación añade que “la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumento estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada”. Aquí el legislador ya da un paso en falso, en nuestra opinión: la negación del carácter absoluto de los derechos del nasciturus hace posible la constitucionalidad de los supuestos en los cuales la muerte del feto no constituye una conducta punible como excepción al delito de aborto, mientras que la Ley Orgánica 2/2010 va a partir del derecho a la maternidad libremente decidida como regla general salvo en supuestos excepcionales que supuestamente protegerán la vida del nasciturus. Por eso, “la ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación”.

Ahí es donde la STJCE tiene mucho que decir. Si la consideración del óvulo fecundado como ser humano impide que sea objeto de patente, rechazando la diferencia entre preembrión y embrión, lo que significa que la implantación en el útero del embrión —tanto de modo natural como artificial— no es contemplada como un salto cualitativo con efectos jurídicos sobre su protección, también podrá servir de justificación para rechazar que haya un antes y un después en el cumplimiento del plazo de 14 semanas “en el que la Ley Orgánica 2/2010 garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo”. Si en la normativa sobre reproducción artificial la frontera de los 14 días ha dejado de tener sentido, con mucho más motivo debe criticarse la de las 14 semanas, máxime si tenemos en cuenta que, al configurarse una

decisión libre sin condición alguna por parte de la mujer, se está absolutizando uno de los intereses en conflicto, el de la mujer embarazada, vulnerando así lo establecido por la STC 53/1985.

Análogamente, la consideración como ser humano del embrión echa por tierra la siguiente frontera, la de las 22 semanas de embarazo, que señala la Ley Orgánica 2/2010 como el umbral de la viabilidad fetal, esto es, el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre.

Ese plazo de 22 semanas es el que se contempla para permitir el aborto en el supuesto de “que exista riesgo de graves anomalías en el feto”, que es el conocido como supuesto eugenésico, aunque el art. 15 hable de “interrupción por causas médicas”. En nuestra opinión, es insostenible seguir defendiendo este supuesto de aborto, pues resulta claramente incompatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 —ratificada por España el 21 de abril de 2008, de tal forma que entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año—, que considera como propósito fundamental “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esta definición ha sido trasladada literalmente al nuevo art. 1.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tras la modificación de dicha norma producida por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que adapta la normativa española a la Convención; evidentemente, esas deficiencias son las que puede sufrir el feto, por lo que permitir su muerte es una violación flagrante de la Convención, que en su art. 4.b) señala que los Estados Parte se com-

prometen a “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

El legislador español, por tanto, está obligado a derogar el supuesto regulado en el art. 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010, máxime si tenemos en cuenta que el art. 10 de la Convención citada —titulado “El derecho a la vida”—, establece que “los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Es evidente que hay que proteger al feto —en cuanto ser humano— que sufra esas deficiencias físicas o psíquicas ya durante su gestación, porque si no su protección una vez producido el nacimiento llegaría tarde. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención incumplió ese compromiso de derogación, por lo que habrá que esperar bien al TC, bien al Gobierno, a que tomen la iniciativa para expulsar al citado precepto del ordenamiento jurídico español.

Para concluir, vemos cómo de nuevo la terminología es decisiva: para la Convención, tienen derecho a la vida todos los seres humanos; y para el TJCE un embrión, desde la fecundación, lo es¹⁴; ¿eso quiere decir que son personas, o que hay que seguir reservando el término “persona” al ser humano no nacido? Una reciente sentencia de la Corte Suprema del Estado de Alabama tuvo que examinar el caso de un niño fallecido minutos después del nacimiento debido a que su madre había in-

halado metanfetamina tres días antes, con el fin de determinar si se había o no cometido el delito de poner en peligro a un *niño* mediante la exposición a una sustancia químicamente peligrosa. Mientras que los abogados de la mujer argumentaron en su defensa que un no nacido no es el sujeto protegido por esa norma penal, la Corte desestimó esa argumentación, señalando que “el único caso en que a los niños no nacidos se les niega protección legal es el aborto”, y que dicha negativa es debida a las consecuencias del caso *Roe vs. Wade*, concluyendo que hay “un amplio reconocimiento legal de que los niños no nacidos son personas con derechos que deben ser protegidos por la ley”¹⁵.

En definitiva, es hora de plantearse si hay que llevar a sus últimas consecuencias el art. 29 CC, y considerar que el efecto más favorable para el concebido no nacido, si se le considera titular de personalidad jurídica, es ser sujeto del derecho a la vida, como señaló J. GABALDÓN en su voto particular a la STC 1996/212¹⁶.

3. El supuesto derecho a la maternidad: el hijo como objeto

Otra de las corruptelas que se han introducido en el lenguaje jurídico es considerar que existe un derecho a la maternidad por parte de la mujer —que no existe como tal en ninguna carta de derechos fundamentales, ni en ninguna Constitución—, interpretando de modo unilateral el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad de las mujeres. Derecho cuyo contenido “esencial” incluye tanto su vertiente positiva —derecho a tener un hijo, normalmente a través de la

14 J. Ballesteros —en Megias Quiros, J. (coord.), *Manual de Derechos Humanos*, Cizur Menor, 2006, p. 145— ya se pronuncian en términos muy similares: “hay que establecer la continuidad del ser humano desde su constitución como organismo en la primera célula totipotente o cigoto. La razón de la defensa del embrión desde que posee el fenotipo cigoto es que ahí comienza la identidad personal; ahí hemos comenzado todos a ser quienes somos, aunque no tuviéramos capacidad de sentir, de pensar, ni tuviéramos forma humana. Se trata de una continuidad del organismo, no de una continuidad física, debido al proceso constante de la mitosis o división de células y de la apoptosis o muerte de las mismas. Como dice ZUBIRI, es *el mismo*, aunque no sea *lo mismo*. Es la misma personaeidad o persona como ser del sujeto, aunque se modifique la personalidad, como tener del sujeto. Por ello, el ser humano desde el cigoto es un *quien*, y no un simple *bien*, como dice erróneamente la STC 53/1985 sobre el aborto”.

15 La noticia completa está disponible en <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=13715>.

16 “A la vida en gestación, a pesar de que corresponde a un ser vivo que no puede ser otra cosa que hombre, no le está atribuido en nuestro Derecho positivo la vestidura formal de la personalidad jurídica de la cual, según la norma de Derecho Privado contenida en el Código Civil, no es investido hasta veinticuatro horas después de haber nacido, a pesar de que en nuestros días se sepa perfectamente que la persona humana y su entera organización la tiene el feto mucho antes de nacer. Y si ese ser vivo ha de ser protegido de modo efectivo, le serán en primer lugar atribuibles todos los efectos que le sean favorables (art. 29 del Código Civil), pero no solo los efectos civiles, sino cuando menos la consideración de que, en relación con el derecho fundamental a la vida, mantiene una situación asimilable a la que la doctrina ha denominado derechos sin sujeto y, en todo caso, la efectiva atribución a un tercero de su representación y defensa en orden a aquel derecho”.

reproducción asistida; pero también mediante la adopción, especialmente en el caso de parejas de lesbianas— como negativa: derecho a no tener un hijo, canalizado a través del acceso a los anticonceptivos, a la píldora del día después y, por último, mediante el aborto¹⁷.

Además, el sujeto legitimado para ejercer tal derecho debe interpretarse de modo amplio: en concreto, el recurso a las técnicas de reproducción asistida no debe permitirse solo a las parejas infértiles, sino a una mujer que no vive en pareja pero que desee ser madre, así como a dos mujeres que vivan en pareja —o casadas—, que biológicamente están impedidas para mantener relaciones sexuales que puedan originar el nacimiento de una nueva vida humana.

Ejemplo palmario de lo anterior es el art. 35 de la Ley rusa nº 5487-1, sobre la protección de la salud de los ciudadanos: toda mujer que se encuentra en edad fértil tiene derecho a la fecundación “in vitro” y a la implantación del embrión. Y en esa misma línea, la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida considera como usuaria de las mismas a toda mujer mayor de edad, sin más precisiones, lo cual permite acceder a dichas técnicas, como ya se ha dicho, a una mujer, mantenga o no una relación de pareja o marital con varón, o incluso con otra mujer.

La cuestión que desborda ya lo lingüísticamente para adentrarse en el terreno de la fantasía es trasladar las prerrogativas al varón, pariendo del postulado radical de que el sexo es una realidad cultural, no biológica, y que por tanto no debe servir de cortapisa para ningún tipo de discriminación.

Nos estamos refiriendo, evidentemente, al hecho de que ya es posible que dos varones se conviertan en padres —o progenitores masculinos— no solo por la vía de la adopción, permitida en España desde el punto y hora en que contraigan matrimonio, sino también mediante la fecundación “in vitro”, acudiendo a la maternidad subrogada o de alquiler.

¹⁷ El Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva indica que la misma “reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada.

Pero ¿no es una práctica no admitida en nuestro país? El art. 10 de la LRA considera nulo el contrato; pero no está prohibida expresamente por el ordenamiento. Es más, ya un juez ha admitido que tenga efectos un contrato nulo —algo incoherente desde el punto de vista jurídico— al permitir la inscripción de un niño nacido mediante una maternidad de alquiler, en virtud del principio superior de interés del menor: nos referimos al Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón de 28 de junio de 2012¹⁸. Si esta decisión judicial se reiterara y fuera admitida por los órganos judiciales superiores¹⁹, estaríamos asistiendo a una derogación de facto del precepto y a una admisión encubierta de la maternidad subrogada en nuestro país, no a que se realice dentro de nuestras fronteras, pero sí a que, efectuada en países extranjeros donde sí es legal su práctica, tenga plena eficacia jurídica una vez que los niños han sido entregados al varón, pareja de varones o pareja heterosexual que ve así colmado su deseo de ser padres.

Así pues, la legislación —y últimamente la jurisprudencia— favorece en nuestro país que los deseos de maternidad o paternidad que la biología —la naturaleza— no puede satisfacer no por enfermedad, sino por

¹⁸ Tomado del nº 8104 del *Diario La Ley*, de 13 de junio de 2013. El auto concede el exequátur a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de California de 28 de febrero de 2010, que reconoce la filiación de un menor a una española que acudió a una clínica de dicho estado norteamericano para satisfacer su “derecho” a ser madre mediante una madre de alquiler. L. Bonillo Gallardo —*Diario La Ley*, nº 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013— celebra que, a pesar de la prohibición de la maternidad por sustitución en nuestro país, “en nuestros juzgados y tribunales se esté comenzando a homologar las sentencias extranjeras relativas a la filiación de menores que han sido concebidos utilizando las técnicas de maternidad por subrogación, en atención a que, según los tribunales, lo que realmente debe primar en estos supuestos es el favor filli, o interés superior del menor”.

¹⁹ La única sentencia existente hasta el momento en la jurisprudencia menor es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que rechaza inscribir la filiación de un menor nacido en California mediante una gestación por sustitución a solicitud de una pareja de varones. Expone que no es suficiente la alegación del interés del menor para justificar la inscripción solicitada, ya que “la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (artículo 10 de la Ley 14/2.006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil). Además, también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio”.

imposibilidad natural, sean colmados por la vía de la reproducción asistida. Y se puede plantear las mismas objeciones que se hicieron durante la tramitación de la reforma de la regulación del matrimonio civil en 2005: permitir a las parejas homosexuales la adopción de menores ¿ayuda a encontrar una familia al menor que ha sufrido la pérdida de su familia biológica, por la razón que fuera, o ayuda a canalizar el deseo de llegar a la plenitud de las relaciones familiares? En definitiva, ¿se trata de encontrar una familia para el niño o un niño para la “familia”? ¿quién tiene el derecho: el menor o la pareja, tanto si la relación paterno filial se constituye mediante la adopción o tras el nacimiento del niño a través de las técnicas de reproducción asistida?

El hecho de que se hayan saltado ya los diques de la penúltima frontera, que es la maternidad subrogada —porque la última puede ser la elección del sexo del bebé que se quiere tener a través de la reproducción artificial²⁰—, nos permite afirmar que se está favoreciendo el derecho al hijo, y no el derecho del hijo a tener una familia. E inevitablemente surge la preocupación de que se considere, en todas las discusiones legales y en las batallas judiciales, al menor como un objeto que satisface los anhelos de los futuros padres, tanto adoptivos como *in vitro*²¹.

4. Maternidad y paternidad intercambiables

Otra derivada de la derogación de facto del art. 10.1 de la Ley de reproducción asistida es la legitima-

20 La excusa o justificación vuelve a ser bienintencionada: la prevención de las enfermedades ligadas al sexo, como la hemofilia. Pero, al igual que ha ocurrido con la fecundación artificial en general, la finalidad terapéutica —que tiene una innegable dimensión eugenésica, ligada a la idea cada vez más extendida del *enhancement* o mejora de la especie— daría paso a la elección del sexo sin necesidad de alegar causa alguna, modo de proceder conocido como *family balancing*, con el fin de equilibrar la cifra de niños y de niñas en una misma familia. Por ello, en contra de una posible elaboración de una Iniciativa Legislativa Popular, auspiciada por clínicas de reproducción asistida, que persigue que se permita la libertad de elegir el sexo del bebé, debe seguirse manteniendo inalterado el art. de la LRA que la prohíbe expresamente

21 Decía J. Ballesteros —cit., p. 143— que la nueva categoría de derechos reproductivos —consolidada en las Conferencias de El Cairo y Beijing— contempla claramente que “solo los adultos son personas y sujetos de derechos, mientras que los embriones y los niños son reducidos a la categoría de objetos que pueden crearse o destruirse según el deseo de los adultos”. Por eso es muy oportuna la precisión del manifiesto “Perloccidente”, cuyo autor intelectual es M. PERA, al afirmar que debe considerarse al *nasciturus* como “alguien”, y no “algo” fácilmente sacrificable por fines diversos.

ción para solicitar el permiso de maternidad derivado del nacimiento de un hijo mediante maternidad subrogada.

Ese problema ha sido abordado por la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2012. Los hechos son los siguientes: dos varones acuden a la gestación por sustitución en una clínica de California, naciendo una niña, que es inscrita en el Registro civil consular de Los Ángeles (California), apareciendo dichas personas como progenitor A y progenitor B. Uno de ellos obtuvo del Instituto Nacional de la Seguridad Social el permiso de paternidad; el otro solicitó el permiso de maternidad, solicitud que fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, porque el solicitante no ha aportado el documento legal que pruebe su maternidad; el Juzgado de lo Social, en primera instancia, rechazó la demanda y confirmó la resolución denegatoria del INSS.

El tema objeto de examen por el TSJ de Madrid es que la normativa prevé conceder una prestación contributiva de maternidad por parto, esto es, por maternidad biológica; sin embargo, dentro de las personas legitimadas para solicitar dicha prestación están las madres adoptivas y las mujeres que acojan a un menor, que lo son sin parto previo. A partir de ese dato, se plantea que si en el art. 133 de la Ley General de la Seguridad Social los casos que dan lugar al permiso son la maternidad (biológica), la adopción y el acogimiento, es evidente que el estado o cualidad de madre no exige ineludiblemente el previo hecho del parto de esa madre, por lo que no podría rechazarse el permiso solicitado por un varón por ese motivo: la igualdad entre mujeres y hombres provoca que la finalidad de la concesión del permiso de paternidad —mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral, así como favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, *lo que es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea*, incluida las parejas de personas del mismo sexo (tanto femenino como masculino).

Evidentemente, el TSJ tiene que obviar —es de proterro— que no se puede conceder el permiso de

maternidad al solicitante por la vía de favorecer a la madre gestante una vez producido el parto —“el actor no es mujer y no ha sufrido un proceso de gestación ni ha parido”—; pero a continuación expone que “la licencia por maternidad, aunque derive del parto, no tiene como única beneficiaria a la madre, sino que, como ya se ha indicado, ese beneficio puede extenderse a otros sujetos distintos, aunque relacionados con aquella”, como la adopción y el acogimiento, como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en donde “ambos progenitores” podrán disfrutar del período de suspensión, simultánea y sucesivamente.

Y ya estamos preparados para leer lo increíble: que los sujetos beneficiarios de esa protección proporcionada mediante la licencia de maternidad serán los trabajadores que disfruten de los períodos de suspensión del contrato de trabajo, “cualquiera que sea su sexo” conforme al precitado art. 133 ter de la LGSS.

Así pues, la maternidad no es una cualidad que se predica de la madre, sea biológica o adoptiva —porque la “madre” de acogimiento realmente no lo es, ya que no se crea ninguna relación de filiación—, sino que cualquier progenitor “A” ó “B” puede ser considerado como tal.

Por tanto, vemos cómo se fuerza la letra de la ley —es decir, el sentido de las palabras— para que, sin modificar ni la Ley de reproducción asistida ni la Ley general de la Seguridad Social, las parejas de varones o de mujeres, o las mujeres solas que han acudido a la maternidad subrogada van obteniendo reconocimiento jurisprudencial a la satisfacción de su deseo de ser padres, contraviniendo todo tipo de lógica jurídica, y mediante el recurso a principios generales que, interpretados de modo amplio, justifican dicho reconocimiento. Así ocurre con el interés del menor —utilizado en el auto ya citado del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón, de 25 de junio de 2012, que permite la inscripción en el Registro Civil la filiación de un menor fecundado in vitro de una madre de alquiler en California a favor de dos varones—, y con el principio de no discriminación por sexo, enunciado en el art. 14 de la

Carta Magna, al que se acude en la STSJ de Madrid a la que acabamos de hacer referencia.

Sin embargo, ¿dónde queda protegido el interés del menor respecto a su derecho a conocer los orígenes biológicos? Ese derecho, que sigue estando vedado por la legislación vigente sobre fecundación asistida —no así por la normativa sobre adopción—, debería llevar a la persona reproducida artificialmente, cuando llegue a la mayoría de edad, a conocer la identidad de su madre, aunque sea una mujer que prestó su útero para que allí se alojara el embrión producido a partir de material genético de terceros; pero parece que a los legisladores y a las clínicas no les importa demasiado que pueda haber diversos hijos de una misma madre en distintas partes del mundo; la intimidad de la mujer que se ofrece a participar en un procedimiento de maternidad subrogada parece tener un mayor rango que el derecho a la identidad de los seres que han venido de ese modo al mundo²².

22 En un mundo feliz, quizá la siguiente frontera a derribar sea la penalización del incesto, es decir, de las relaciones que pueden producirse entre madres e hijos o entre hermanos tras conocerse al final de la búsqueda de la identidad desconocida.