

Técnicas de reproducción asistida para todas las mujeres e igualdad. ¿Cuestión de derecho o de justicia? Análisis del contexto francés

Assisted Reproductive Technology for all women and equality. A question of right or of justice? Analysis of the French context

*Maroun Badr**

<https://doi.org/10.36105/mye.2022v33n4.04>

Resumen

La nueva ley de bioética en Francia, propuesta en 2019 y aprobada por la Asamblea Nacional el 29 de junio de 2021, introduce en su artículo primero, relativo a las Tecnologías de Reproducción Artificial (ART por sus siglas en inglés), modificaciones al artículo L. 2141-2 y L. 2141-3 de la ley número 2011-814 de 7 de julio de 2011 relativa a la bioética. Abre así el camino a “cualquier pareja formada por un hombre o una mujer o por dos mujeres o cualquier mujer soltera”. Como resultado, se rompe el vínculo entre el derecho y la bioética. Mientras que el derecho debe proteger el interés individual, la bioética le recuerda al derecho que también debe protegerse el bien común. De ahí las siguientes inte-

* Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, Facoltà di Bioetica. Correo electrónico: contact@marounbadr.fr <http://orcid.org/0000-0001-9378-6273>
Recepción: 15/03/22 Aceptación: 13/06/22

rrogantes que surgen a raíz de esta nueva ley de bioética: ¿las ART son un derecho para todos? ¿Es legítimo reivindicarlo en nombre de la igualdad? ¿Qué pasa con la justicia? En este artículo se aborda el tema desde un punto de vista biojurídico, situando el problema en el marco de la filosofía del derecho.

Palabras clave: bioética, dignidad, derecho natural, derecho positivo, matrimonio.

Introducción

La nueva ley de bioética en Francia (Ley número 2021-1017 del 2 de agosto de 2021 relativa a la bioética) fue aprobada por la Asamblea Nacional el 29 de junio de 2021, otorgándose a favor 326 votos contra 115 y 42 abstenciones; se promulgó el 2 de agosto de 2021. Tal resultado nos lleva a reflexionar sobre el objetivo de la ley y su aplicación en el ámbito de la bioética. Posteriormente, surgen las siguientes preguntas: ¿cómo podemos abordar el derecho cuando se trata de cuestiones que afectan a la persona humana y a su dignidad?, en este caso, ¿es posible que el derecho sea éticamente neutral? Entre la ley y los derechos, se ancla el principio de “justicia”. En nombre de la igualdad, queremos justicia; en nombre de la justicia, pedimos un derecho; en nombre de la justicia, exigimos aplicar la ley para conseguir un derecho. Así, el primer artículo de la nueva ley de bioética, para dar la posibilidad a todas las mujeres en nombre de la igualdad, ha abandonado los dos criterios para acceder a las ART: infertilidad diagnosticada médicamente y pareja heterosexual (L. 2141-2 del Código de Salud Pública, 2021). Por eso, ya en 2002, Jean-François Mattei¹ se preguntaba:

¿Es legítimo legislar en el ámbito de la medicina reproductiva? ¿Puede entrar en la ley el hecho de tener hijos? [...] ¡No es un negocio! [...]

¹ Ministro de Sanidad, Familia y Discapacidad de Francia, 2002-2004.

El mero hecho de decir que vamos a legislar la bioética podría sugerir que no hay ética en otros lugares. Esto es muy peligroso (1).

Lo que dijo Mattei nos lleva a plantear la cuestión ética de la relación entre la ley, el derecho y la justicia.

El análisis del “derecho” y la “justicia” realizado por el filósofo del derecho Javier Hervada en su libro *Introducción crítica al derecho natural* (2), nos ofrece la posibilidad de evaluar, éticamente, las ART desde la perspectiva de la filosofía del derecho. En la actualidad, “el derecho es un conjunto de normas aplicadas por la autoridad gubernamental”; sin embargo, esta definición no es suficiente. Refiriéndose a Aristóteles (3), Hervada nos recuerda, porque parece que nuestra sociedad ha olvidado este hecho, que hay dos tipos de derecho: el derecho positivo y el derecho natural; el segundo debe incluirse en el primero. Por eso Tomás de Aquino hace una definición más completa del derecho: *ordenamiento de la razón para el bien común, hecho por quien tiene el cuidado de la comunidad, y promulgado*. Podemos identificar tres elementos en esta definición: 1) la ordenación de la razón como *Recta ratio*, “recta razón en el obrar”, 2) la autoridad legítima y 3) el bien común. A la luz de estos tres elementos, dirigiré mi reflexión sobre las ART para todas las mujeres.

1. La ley de las ART y el recto raciocinio en el actuar

Las cuestiones de bioética no pueden dejar de prestar atención al “recto raciocinio en el actuar”, ya que están relacionadas con el ser humano y con la ética, que se basan en valores fundamentales que no se pueden demostrar. Sin embargo, hay dos puntos de vista que se contradicen: El iusnaturalismo y el positivismo.²

² El iusnaturalismo es una teoría del derecho que favorece una visión dualista. Reconoce la existencia del derecho natural y del derecho positivo. El segundo debe se-

1.1. Las ART desde el punto de vista del iusnaturalismo

Entre los partidarios del iusnaturalismo, Tomás de Aquino considera que el derecho no puede separarse de la naturaleza humana que está naturalmente (innatamente) inclinada a sus propios fines. Se refiere a la “ley natural”³ que precede a toda ley positiva. Esta ley natural (4, q.94) tiene sus propios preceptos que vienen en forma de inclinaciones naturales que son específicas del hombre y que están inscritas en su ser. Estas inclinaciones son cinco (4, q.94a.2; 5, pp.410-414): al bien, a la conservación de la especie, al conocimiento de la verdad, a la vida en sociedad y a la sexualidad. Las ART pueden ser abordadas desde la inclinación natural a la sexualidad hasta la preservación de la especie.

Según el papa Benedicto XVI, para evitar que se acuse esta visión de la ley natural como una doctrina específicamente católica, que no merece la pena introducir en la discusión en un ambiente no católico (6), es importante recordar este hecho. Tomás de Aquino retoma esencialmente *las opiniones aristotélicas según las cuales el hombre encuentra su fin en responder a las exigencias fundamentales de su naturaleza, por lo tanto, en buscar la felicidad en armonía con las reglas recibidas y en tomar los medios adecuados para alcanzarla* (7, p.48). En este contexto de inclinaciones naturales, la procreación es considerada, por Aristóteles y por Tomás de Aquino (8, VIII, lect.12, n.1719-1725), como un fin del matrimonio. Aristóteles incluye el matrimonio en su tratado sobre la amistad. Así es como presenta su idea:

en cuanto al afecto conyugal, parece ser un efecto directo e inmediato de la naturaleza humana. Pues el hombre está inclinado por su natu-

guir al primero como un conocimiento humano universal. Por otro lado, el positivismo es una teoría del derecho que favorece una visión monista. Considera que las únicas fuentes legítimas del derecho son las normas, reglamentos y principios escritos, redactados por una única autoridad jurídica, el Estado.

³ El término *natural* no se refiere a la naturaleza biológica sino a la naturaleza humana. Además, hay que señalar que la noción de *derecho natural* no debe reducirse únicamente a conceptos jurídicos o morales. Tomás de Aquino la sitúa en la cuestión de la perfección del ser, que constituye el fin último. Así, la noción de ley en Tomás no es un mandato de la voluntad, sino una indicación de la inteligencia que pone de manifiesto cuál es la finalidad del hombre.

raleza a vivir con la mujer, incluso más que a vivir en sociedad política; tanto más (digo) cuanto, que la existencia de la familia es necesariamente anterior a la de la ciudad, y la propagación de las especies es una ley común a todos los seres vivos (3, VIII, c.12, 1162 a6-8).

Esta cita de Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* es importante para nosotros. A la luz de la visión aristotélica y del pensamiento tomista, la ley relativa a las ART debe respetar el orden natural de las cosas:

- a) El afecto conyugal se basa en el amor, que se expresa en la inclinación natural a la reproducción. No es un impulso sexual necesario (instintivo y obligatorio), sino una decisión libre que emana del amor entre un hombre y una mujer. Por lo tanto, abrir las ART a personas fuera del marco del matrimonio consiste en superar el amor conyugal, como piedra fundamental de la reproducción. Al suprimir los dos criterios de heterosexualidad e infertilidad diagnosticada médicamente, la justicia, como dice Hervada, se convierte en un ataque *a lo más íntimo del ser humano como persona*. Vacía al ser humano de algo que le pertenece por naturaleza (2, p.39).
- b) Citando a Étienne Bonnot de Condillac, Pinckaers afirma que *lo natural es propio para significar todo lo que no está obstaculizado, forzado, constreñido, artificial, disfrazado* (5, p.409). Las ART manipulan la naturaleza o incluso la sustituyen, especialmente cuando se trata de dos personas del mismo sexo. En cuanto al hecho de sus aplicaciones en una pareja heterosexual, Sgreccia (9, pp.534-537) afirma que podemos ayudar a la naturaleza, en una pareja casada en particular, a tener hijos, pero esto debe permanecer dentro de los límites del respeto al acto conyugal⁴ en su marco “natural”. En otras palabras, las ART, como técnicas que ayudan y no sustituyen al acto conyugal, se consideran

⁴ A este respecto, es importante recordar que la Iglesia no tiene problemas con las ART cuando se trata de inseminación artificial homóloga (entre cónyuges de sexo masculino y femenino) y cuando la técnica viene en ayuda del acto conyugal. La condición de aceptación depende de la forma en que se recolecte el esperma.

lícitas y no separan los aspectos unitivos y procreadores de la reproducción humana.

- c) La comunidad conyugal (matrimonio y familia) es anterior a la sociedad política, de ahí la necesidad de que ésta respete y proteja jurídicamente a la primera. El hecho es que las ART, tal y como se votan en la nueva ley de bioética, muestran lo contrario: la sociedad política no presta atención a la estructura familiar y no la protege de ninguna manera. Desprecia el derecho del niño a ser criado por su madre y su padre biológicos y no es una mercancía para producir.

Es evidente que la “ley natural”, tal como la presentan Aristóteles y de Aquino, no se refiere sólo al aspecto biológico en el ámbito de la sexualidad, sino también al humano y al político. Por ello, la autoridad que va a legislar en este ámbito está obligada a respetar lo que dicta la naturaleza. La procreación, como parte integrante de la sexualidad, encuentra su realización en la vida matrimonial entre un hombre y una mujer.

1.2. Las ART desde el punto de vista del positivismo

En cambio, el positivismo tiene otro enfoque. Por ejemplo, Hans Kelsen, el padre del positivismo conocido como la “teoría pura” del derecho, afirma que el derecho encuentra su fundamento en la separación (10, p.14) entre el “es” como hecho-naturaleza (*sein, essere*) y el “es-deber” como norma (*sollen, dover essere*). Así, introduce una dicotomía en el pensamiento jurídico. Para el filósofo del derecho, no se puede hablar de derecho natural en el ámbito jurídico. *El derecho es siempre positivo, y su positividad reside en el hecho de que es creado y anulado por los actos de los seres humanos, y es por tanto independiente de la moral* (11, p.115). En otras palabras, el derecho está completamente separado de la esfera de la naturaleza, la moral, la psicología, la sociología y la religión. El único objeto del derecho es el sistema jurídico y nada más. En este positivismo jurídico, la norma se impone simplemente

porque es la norma y porque se vota en función de un orden jurídico soberano, a saber, el Estado (12, p.17 y ss.).

La aprobación del primer artículo de la nueva ley de bioética forma parte de esta visión. Ni la naturaleza ni la ética tienen cabida en el positivismo. En este sentido, la diputada Emmanuelle Ménard lo expresó a su manera durante su intervención en la Asamblea Nacional el 9 de junio de 2021, dirigiéndose a quienes votaron por este proyecto, el cual lo compara con una caja de Pandora que no debe abrirse:

después de tres lecturas y a pesar de unas 1539 enmiendas presentadas, pero raramente defendidas [...], esta caja de Pandora está abierta, de par en par. ¿Por quién? Por vosotros mismos, aprendices de falsos dioses que os creéis por encima de todo, del sentido común, de la realidad, de nuestra naturaleza carnal y, sobre todo, y esto es lo más grave, del interés superior del niño (13).

Separada de la realidad, de la buena razón, de los riesgos y abusos que puede acarrear, esta ley —esta ley positiva— constituye un “naufragio ético”, en palabras de Madame Ménard, a causa de numerosas transgresiones que no se ajustan a la razón justa en la actuación, al sentido común. El contenido de esta ley ya no está determinado por la razón especulativa y práctica a través de su contacto con la realidad, lo verdadero y la vida. Su contenido está determinado sólo por una razón especulativa —una ley positiva— simplemente porque emana de una autoridad soberana. La procreación se vacía de su significado primario como fin del matrimonio; se suprime el interés del niño para ser sustituido por la instrumentalización del niño; la familia, la filiación y la paternidad experimentan un cambio fundamental en su identidad natural para satisfacer los deseos de unos pocos adultos. El orden moral y el orden social están excluidos de toda legislación.

Este tipo de derecho parece estar adscrito, según Hervada, a una “justicia moderna” (2, p.34) que priva a las parejas heterosexuales del derecho natural a la procreación, transformando este mismo derecho en un derecho accesible en cualquier momento por el derecho positivo. Esto constituye un ataque directo a la dignidad ontológica de la

persona, ya que la única medida de la justicia es la dignidad humana (2, p.65) que no debe ser traspasada. Por ello, Hervada escribió:

el positivismo ha olvidado el elemento civilizador por excelencia del derecho, que es el derecho natural. [...] El hombre no se presenta ante los demás como un ser que puede ser tratado según sus caprichos, sino como un ser digno y exigente, portador de derechos que son inherentes a su propio ser (2, p.9).

Evidentemente, parece que el derecho positivo en materia de bioética no tiene cabida en la razón de actuar. En consecuencia, parece que el derecho de la bioética no hace más que reducir al ser humano a un objeto.

1.3. ART y reduccionismo

No basar la ley en la *recta ratio* es simplemente desviarse de la realidad; y la que tratamos en esta ley es el ser humano, que es una de las realidades más complejas del universo. Por eso puede ser reducido por una perspectiva utilitaria (a) y debe ser tratado con un enfoque integral (b).

a) Interpretación utilitarista

La nueva ley de bioética reduce al ser humano a un cuerpo y a un deseo: un aspecto puramente biológico y un aspecto puramente psicológico. El primero está al servicio del segundo. Los diputados que votaron en contra de esta ley sí que expusieron las cuestiones sociológicas, psicológicas y jurídicas; enfocaron sus puntos y argumentos basándose en estudios científicos, filosofía, metafísica, ontología y ciencia.

En el debate sobre las ART en la Asamblea Nacional, estos diferentes puntos de vista no se tomaron en cuenta. Esto puede interpretarse como el paso a un registro de utilitarismo puro donde se unen el pragmatismo de la técnica y el deseo personal, y donde lo único que importa, según Sgreccia, es el *cálculo de las consecuencias de la acción en función de la relación costo-beneficio* y de la perspectiva agradable o desagradable. El utilitarismo reduce al ser humano; y la ley que

legisla en nombre del utilitarismo no cumple su función de buscar el bien común; simplemente porque se aplica *a sujetos que no pueden decidir (embriones) o en detrimento de la humanidad futura que debe sufrir las decisiones tomadas por otros* (9, p.318).

b) *Interpretación integral*

La procreación está ligada en su naturaleza a la “relación sexual”. Reducir la procreación a un único “problema técnico”, que necesitaría medios técnicos para ser resuelto, es ver en el ser humano sólo una máquina de hacer hijos. Dominique Folscheid, filósofo francés, advierte de este peligro de reduccionismo insistiendo en desconfiar de la forma en que se presentan las ART; para él, se disfraza de *antropológica y éticamente neutro* (14, p.68). De ahí la importancia de un retorno fundamental a una visión integral. Por un lado, no hay que abordar la técnica sólo desde su aplicabilidad sino también en su *radical insuficiencia, en su ambivalencia teleológica y en su dinámica de saber-poder* (9, p.823). La tecnología no debe separarse de una visión antropológica integral para un mejor desarrollo humano. Por otro lado, es imperativo considerar la sexualidad como parte integral de la persona humana como cuerpo y alma. Por ello, reducir la sexualidad al único sentido de la procreación es vaciarla de su significado. En esta perspectiva, el papa Benedicto XVI y el papa Francisco insisten en que la sexualidad no puede aislarse de otros aspectos como el medio ambiente, la vida, la familia y las relaciones sociales (15,§51;16,§6).

En este caso, ¿cómo entender que la ley de bioética se haya votado sin atender a todos estos aspectos? Parece que la razón detrás de este hecho radica en considerar a la autoridad legítima como suprema o incluso infalible.

2. La ley de las ART y la autoridad legítima

En un sistema democrático como el de Francia, la autoridad legítima puede enfrentar dos grandes riesgos, especialmente cuando se trata de la ley de bioética.

2.1. *El poder sobre los más débiles*

Quien tiene la autoridad legítima, tiene el poder y la responsabilidad que conlleva. El poder está ligado al éxito de un movimiento político, al éxito de sus representantes, que sigue siendo legítimo. Sin embargo, el poder es también gobernanza. Tiene la vocación de la búsqueda de la justicia, del cumplimiento de la *recta ratio*, de la búsqueda del interés general y del bien común, especialmente de los tres bienes fundamentales: la vida, la libertad y la salud. Por ello, el papa Benedicto XVI, apoyándose en San Agustín que en *La Ciudad de Dios* insiste en el vínculo entre el derecho y el Estado y expresa esta situación de separación entre el poder y el derecho. Asegura:

hemos visto cómo el poder se divorció del derecho, cómo el poder se opuso al derecho y lo aplastó, de modo que el Estado se convirtió en un instrumento para destruir el derecho [...] capaz de amenazar al mundo entero y llevarlo al borde del abismo. Servir al derecho y luchar contra el dominio del mal es y sigue siendo la tarea fundamental del político. [...] El hombre puede destruir el mundo. Puede manipularse a sí mismo. Puede, por así decirlo, hacer seres humanos y puede negarles su humanidad. ¿Cómo podemos reconocer lo que es correcto? ¿Cómo podemos discernir entre el bien y el mal, entre lo que es verdaderamente correcto y lo que puede parecerlo? (6).

En esta perspectiva, en lugar de defender el derecho a la vida del recién nacido, que en Francia no es un derecho constitucional, la nueva ley de bioética defiende el derecho a la libertad desvinculado de la responsabilidad. El más frágil de los seres humanos, el embrión-feto,⁵ queda excluido de la humanidad. Es cierto que el estatus jurídico del embrión-feto no está definido en el derecho francés (17,18) —que no lo sitúa en la categoría de “persona jurídica” como

⁵ Comúnmente, la denominación “embrión” se aplica al ser prenatal en los primeros 3 meses, después de lo cual se utiliza la denominación “feto”.

“persona física”—⁶ ni en la de “cosa” como objeto de derecho. Sin embargo, aunque este estatus no está oficialmente resuelto en los debates ético-jurídicos, la nueva ley de bioética, forzada por el poder político, cierra la puerta a cualquier jurisprudencia relativa al estatus del ser prenatal. Sin embargo, el legislador distingue, en el artículo 16 del Código Civil,⁷ entre persona y ser humano; y por “ser humano” se refiere al embrión, según Dhonte-Isnard (17, p.177). En el primer artículo del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*⁸ (1997), podemos encontrar la misma distinción y el mismo uso del “ser humano” aplicado sobre el embrión/feto, pero sin decidir sobre su calificación (19).

2.2. La falsa democracia

Además, si la ley fue votada por mayoría, esto demuestra la eficacia de una verdadera democracia. Pero el criterio de la mayoría es suficiente. El papa Benedicto XVI recuerda que:

⁶ En el derecho francés, existen dos categorías de personas jurídicas:

- a. Personas físicas: son los seres humanos vivos, sin distinción de sexo, raza o religión.
- b. Personas jurídicas: se trata de un conjunto de individuos que tienen la voluntad de asociarse y la voluntad de existir para un interés común.

La cuestión del estatuto del embrión/feto se refiere a la primera categoría. La legislación francesa indica que para adquirir personalidad jurídica hay que nacer vivo y viable (art. 318 y 725 del Código Civil). Sin embargo, el niño no nacido puede beneficiarse de ciertos derechos (sucesión, donación, testamento) cuando corresponde a su interés. El hijo concebido puede adquirir derechos mientras no haya nacido y no cumpla las dos condiciones de “vivo” y “viable”. Esta adquisición de la personalidad jurídica se hace excepcionalmente con referencia al *adagio Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, que significa “el hijo concebido se considera nacido siempre que pueda obtener una ventaja de él” (art. 725 y 906 del Código Civil).

⁷ “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a la dignidad de ésta y garantiza el respeto al ser humano desde el inicio de su vida”.

⁸ Conocido como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo.

es evidente que, en las cuestiones fundamentales del derecho, en las que está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no es suficiente: en el proceso de formación de la ley, cada persona que tiene una responsabilidad debe buscar por sí misma los criterios de su propia orientación (6).

Dado que la legislación francesa se basa en el sistema de bicameralismo (Asamblea Nacional como Cámara Baja y Senado como Cámara Alta), parece que, durante el estudio del proyecto de la nueva ley de bioética,⁹ no hubo consenso entre la Asamblea Nacional y el Senado. A pesar de las miles de enmiendas presentadas por los diputados que votaron en contra de esta ley, parece que no hubo un verdadero debate. A este respecto, el diputado Patrick Hetzel¹⁰ dijo en una entrevista el 14 de junio de 2021:

sistemáticamente, el gobierno y su mayoría han hecho todo lo posible para que la contribución del Senado sea rechazada, inexistente, arrastrada por el dogmatismo; [...] que esta mayoría de la Asamblea no haya entendido nada de lo que debería ser el espíritu mismo de las leyes de bioética. Tienen la gran responsabilidad de avanzar hacia una ley que ya no crea el consenso necesario para su aceptación colectiva. [...] ¿Dónde está el respeto por los vivos en todo esto? ¿Dónde está la aplicación del principio de precaución? Nos preguntamos realmente (20).

El mismo día, es decir, el 14 de junio, tras este voto mayoritario, la comisión especial del Senado decidió no continuar la tercera lectura del texto *por falta de diálogo constructivo entre las dos asambleas, sobre un proyecto de ley, sin embargo, con grandes apuestas sociales. [...] Los ponentes de*

⁹ El proceso legislativo pasa por exámenes/lecturas entre las dos cámaras: la Asamblea Nacional y el Senado, que son invitados a encontrar un consenso adecuado para aprobar tal o cual ley.

¹⁰ El diputado también explica las razones por las que hubo muchas ausencias tanto en la comisión como en el hemiciclo: la pandemia y sus consecuencias prioritarias, el calendario en época de elecciones departamentales y regionales, la realización de debates al mismo tiempo (el del proyecto de ley de bioética y el del proyecto de ley "Respeto a los principios de la República").

la comisión especial lamentan, en particular, que los diputados se hayan negado a todo debate (21). Al respecto, el senador Bruno Retailleau declaró que *la Asamblea Nacional hace lo que quiere, y siempre vuelve a su posición inicial. Estamos al final del diálogo. El gobierno no nos escucha* (21). En efecto, el informe de los senadores del 15 de junio de 2021 indica claramente que la Asamblea Nacional ha optado por restablecer, en lo que respecta a las ART, *en nueva lectura un texto casi idéntico al que había adoptado en segunda lectura* (22) mientras que el Senado lo había suprimido en sesión pública durante la segunda lectura del texto.

¿Cómo se puede hablar así de democracia cuando el objetivo del examen de esta ley entre la Asamblea Nacional y el Senado es encontrar, a través del diálogo, un consenso que respete los valores y principios éticos, que preserve a la sociedad de los excesos y que proteja la dignidad de la persona humana? A pesar de esta complejidad y sin entrar en los detalles de la política de lobby explicada por Sarton (23), el negocio según Folscheid (14) y los compromisos de esta ley, parece que la falta de democracia está relacionada con el artículo 45 de la Constitución. En este artículo, podemos encontrar el derecho a la «última palabra». El gobierno, para acelerar el proceso legislativo sin caer en otra “lanzadera” entre las dos Cámaras, puede pedir a la Asamblea Nacional —ya que es el resultado del sufragio universal directo— que se pronuncie definitivamente sobre los textos legislativos sin tener en cuenta lo que el Senado haya avanzado. Creo que, para dar un derecho y aplicar la justicia en el ámbito de la bioética, no se pueden imponer leyes sólo porque una mayoría lo haya dicho. La historia está llena de ejemplos en los que la mayoría fue la causa de algunos desastres humanos.

Por eso, para buscar el bien común, la autoridad debe entender lo que significa la verdadera justicia.

3. Las ART y el bien común entre el deseo y la igualdad

El jurista romano Ulpiano dio la famosa definición de Justicia: *Justitia est ius suum cuique tribuere*, lo que se traduce como *la justicia es dar a*

cada uno lo que le corresponde, en palabras de Hervada. En una sociedad en la que el fenómeno de la individuación está cada vez más asentado, el hecho de tener un hijo a toda costa se considera un bien, como un bien común, en el sentido de “aquello a lo que tiene derecho”. Por ello, el deseo y la igualdad son las dos principales razones para permitir las ART a todas las mujeres.

3.1. El deseo como derecho y la justicia como reparación

Para reclamar el derecho a un hijo en nombre de la justicia, el deseo de un hijo se presenta a menudo con una actitud de auto victimización. Olivia Sarton hace un interesante análisis de este deseo. Afirma que lo que mueve al ser humano es el deseo de tener lo que el otro tiene. Cuando uno no tiene lo que desea, actúa como víctima. En cuanto se es víctima, ésta puede reclamar e incluso exigir derechos. Además, el legislador sigue adoptando este prisma emblemático en el desarrollo del derecho. [...] *Quien se opone a estos derechos entra inmediatamente en la categoría de verdugo perseguidor* (23, p.34). A continuación, aplico a las ARS los cinco pasos del análisis del deseo de Sarton (23, pp.35-40) en una situación de autovictimización.

- a) El fomento de un deseo mimético: la mujer célibe o pareja de mujeres quiere tener un hijo y quiere ser madre como cualquier mujer en una pareja heterosexual.
- b) La imposibilidad de su realización: la mujer célibe o pareja de mujeres, que no quiera tener relaciones sexuales con hombres, no puede tener un hijo. Este hecho provoca una situación de sufrimiento.
- c) La creación de la condición de víctima: por no poder tener un hijo, se consideran discriminadas.
- d) La designación de los verdugos: por considerarse en situación de discriminación, consideran culpables a las parejas heterosexuales y a la naturaleza.
- e) Los que reclaman reparación de la injusticia: al haber parte culpable, reclaman justicia mediante la promulgación de nuevas

leyes. Así, el deseo personal se convierte en el primer motivo principal para acceder a las ART.

Así, las ART se convierten en una gran solución para tener un hijo basada únicamente en el deseo. Sobre este punto, el diputado Jean Leonetti —en un informe sobre el proyecto de ley relativo a la bioética en 2011 hablando en nombre de la comisión especial— afirma que *las ART son un procedimiento para reparar la infertilidad, no un vector legal que legitima uniones o modos de vida. No es una solución a todos los deseos de tener hijos ni a la infertilidad social* (24, p.14) y no se puede acceder a él por conveniencia personal (24, p.84). Por eso, en Italia en 2019 por ejemplo, Francesca Piergentili, doctora en Derecho, afirma que:

cualquier deseo o cualquier necesidad percibida por el individuo como necesaria no está bajo la protección que ofrece el derecho a la salud: este derecho no se basa exclusivamente en percepciones subjetivas, en particular en el campo de la procreación artificial (25).

Leonetti y Piergentili coinciden en que el derecho a la salud —las ART son una de ellas, ya que son accesibles en condiciones médicas— no siempre es compatible con un deseo personal. Basar este derecho en el deseo es ya desviar a la medicina de su vocación primaria: curar y prevenir (a veces predecir). Folscheid argumenta esta idea afirmando que *las ART cumplen otra misión: la de dar a luz a un niño, que es un tercero, no un paciente de la medicina, y cuya aparición no responde a ninguna cuestión vital para sus padres* (14, p.40).

3.2. Igualdad y derecho a un hijo

Además, se considera discriminatorio y contrario al principio constitucional de igualdad, no permitir las ART a todas las mujeres,¹¹ con

¹¹ En febrero de 2018, una pareja de mujeres presentó un recurso ante el tribunal administrativo de Toulouse tras serles denegada la ampa en el Hospital Universitario de Toulouse. El tribunal envió una orden al Consejo de Estado el 2 de julio de

base en la orientación sexual y la reivindicación de *un derecho a la niñez* (26).

Sin embargo,

a) En respuesta al tema de la discriminación, el Consejo de Estado, en decisión del 28 de septiembre de 2018 —que no fue acogida muy favorablemente por algunos juristas (27,28)— considera que:

el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de manera diferente situaciones diferentes ni a que derogue la igualdad por razones de interés general, siempre que, en uno y en otro caso, la diferencia de trato resultante esté directamente relacionada con el objeto de la ley que lo establece (29).

Diferentes situaciones significan diferentes formas de vida, como una persona célibe, una pareja heterosexual o una pareja homosexual. En este caso, la justicia no carece de su veracidad ni de su vocación ya que otorga a cada uno su derecho de acuerdo con la situación en que se encuentra. El derecho pertenece a quienes están en la misma situación y no en situaciones diferentes.

Según Hervada, cuando se trata de igualdad, dar a cada uno su propio derecho, no significa dar a todos lo mismo y tratar a todos de la misma manera (2, p.122); esto no significa dar o legislar un derecho de acceso a las ART para todos para que se haga justicia. Así, en un caso contra Francia tratado en 2015 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos leer que:

es desde la perspectiva del acceso igualitario a una técnica médica para todas las mujeres que el Defensor de los Derechos llama ahora a considerar la cuestión de la reproducción asistida: igualdad para todas las mujeres en el acceso a la procreación médicamente asistida (30).

2018 para que examinara la solicitud de anulación de la decisión por la que el centro de asistencia médica a la procreación rechazó la solicitud de las dos mujeres en cuestión.

La afirmación de que se sufriría una desigualdad al impedir el acceso a las ART es errónea (31, p.122) por dos razones principales.

- Aunque la terapia antirretroviral esté reservada únicamente a las parejas de distinto sexo, no constituye un derecho para ellas. Su acceso está limitado por el criterio de diagnóstico médico. Dicho esto, las parejas heterosexuales que no padecen infertilidad/esterilidad no tienen derecho a las ART y, por tanto, no experimentan ninguna desigualdad. En este caso, las parejas de mujeres o las mujeres solteras tampoco experimentan desigualdad.
- El Comité Consultivo Nacional de Ética (CCNE), en su dictamen número 126, afirma que *el hecho de reservar las ART sólo para los casos de infertilidad patológica puede considerarse como una violación de la igualdad entre los solicitantes de acceso a las técnicas de procreación. Por el contrario, esta diferencia de trato puede considerarse justificada por las diferencias de situación entre los solicitantes* (32).

De hecho, esta opinión es aprobada/reiterada por la decisión número 421899 del Consejo de Estado de 2018 citada anteriormente. La igualdad significa tratar de la misma manera sólo a las personas que se encuentran en situaciones iguales o equivalentes. Cuando se prohíbe las ART si no se cumplen los criterios exigidos por la ley, la justicia no carece de su veracidad ni de su vocación ya que otorga a cada uno su derecho de acuerdo con la situación en la que se encuentra. El derecho pertenece a los que se encuentran en la misma situación y que soportan naturalmente este derecho (2, p.36).

b) En cuanto al “derecho al niño”, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, no aprueba tal derecho. El niño es un sujeto de protección y no un objeto de deseo. En el preámbulo, la Convención insiste en la protección del niño incluso antes de su nacimiento:

el niño, debido a su inmadurez física y mental, necesita una protección y unos cuidados especiales, incluida una protección jurídica adecuada, tanto antes como después del nacimiento (33).

La protección significa también no cosificar al recién nacido en función de su deseo. Sobre este punto, en su dictamen de 18 de julio de 2019, el Consejo de Estado precisa:

ni el hecho de que la adopción ya esté abierta a las parejas femeninas y a las personas solteras, ni el derecho al respeto de la vida privada, ni la libertad de procreación, ni la prohibición de discriminación o el principio de igualdad no exigen la apertura de las ART. El Consejo de Estado precisa a este respecto que al no tener consistencia jurídica el concepto de 'derecho al niño', al ser éste un sujeto de derecho y no el objeto del derecho de un tercero, no puede invocarse por este motivo ninguna infracción del principio de igualdad (34).

En este punto, puede sorprender ver que incluso las personas homosexuales se adhieren a él y rechazan *servir de garantía moral a una visión arcaica y regresiva de lo humano* (35). Afirman que la procreación es un hecho natural y *las personas homosexuales no pueden reclamar una reparación al Estado para paliar la discriminación, ya que ésta no existe*. Consideran que el derecho a ser padre o madre encaja a primera vista en el marco natural ya que emana de esta inclinación natural fuera de la cual la imposibilidad de procrear es un hecho objetivo y no discriminatorio. El derecho positivo está obligado, en teoría, a respetar esta objetividad cuyo lugar de ejercicio es la familia natural formada por un hombre y una mujer.

Dar acceso a las ART a todas las personas que no son infértiles ni estériles, a las parejas homosexuales *que rechazan las relaciones sexuales con el otro sexo* (14, p.41), a las mujeres solteras que —en nombre de la igualdad— desean liberarse de la dominación masculina (9, p.114; 14, p.67), transforma las ART de una ayuda en una “procreación” según Folscheid. La técnica legalizada por la ley, para responder a los deseos personales, sustituye al acto natural de la procreación y a la vocación primaria de la medicina, la del remedio.

4. Conclusiones

Pensar en la procreación como un derecho individual es una actitud utilitaria. Lo que es un derecho, es casarse y realizar actos (9, p.424) —relaciones sexuales— que podrían ser fructíferos. Por lo tanto, tener un hijo no podría ser nunca un derecho; el hijo sigue siendo un sujeto y no un objeto, un fruto del acto de procreación realizado en el amor conyugal y un don. De ahí que las ART no pueda ser una cuestión de derecho, sino de justicia. Por justicia entiendo, según Hervada, dar a cada uno su propio derecho, el derecho natural que precede al derecho positivo. La justicia no pretende crear un derecho (2, p.25) aunque se pretenda esto último. De ahí las cuatro conclusiones siguientes:

- a) Dado que, en materia de bioética, donde la cuestión primordial se refiere a la persona humana, el derecho positivo tiene que encontrar apoyo en el derecho natural refiriéndose, como recomienda Elio Sgreccia, a la unidad y a la totalidad de la persona. Por unidad, entiende el vínculo intrínseco entre matrimonio y procreación, sexualidad y procreación, sexualidad y persona. Por totalidad, subraya los tres componentes fundamentales del ser humano: el cuerpo, el espíritu y el alma (9, pp.107-133,399-442,582-585). De ahí la importancia de tener en cuenta el aspecto meta-ontológico del ser humano antes de promulgar cualquier ley de bioética. De lo contrario, corremos el riesgo de que se produzca una “ruptura ontológica” que eche por tierra todos los valores sobre los que se construye la sociedad. Por ello, es urgente aplicar el principio constitucional de precaución¹² para salvaguardar estos valores a fin de responder a las cuestiones sociales y éticas.

¹² El artículo v de la Carta del Medio Ambiente se incorporó a la Constitución en 2005. El texto especifica que “los poderes públicos velarán, mediante la aplicación del principio de precaución y en el ámbito de sus competencias, por la aplicación de los

- b) En un dictamen de 2015, el Consejo Superior para la Igualdad entre Mujeres y Hombres insistió en que la apertura de las ART a todas las mujeres constituye un paso importante hacia la igualdad entre todas y todos (36, p.23). Sin embargo, esta apertura del acceso a las ART, en nombre de la justicia y la igualdad, sólo para la “pareja formada [...] por dos mujeres o cualquier mujer soltera”, no hace más que cavar el pozo de la desigualdad entre hombres y mujeres. Está claro que esta ley está al alcance del feminismo, del que el sexo masculino está ausente. En nombre de la igualdad, creamos más desigualdades. La igualdad de género se ve sustituida por el poder de exclusión de los hombres que exige una nueva legislación en nombre de la igualdad. ¿Qué pasa con los hombres solteros que tienen el deseo de tener un hijo? ¿Qué pasa con las parejas de hombres homosexuales que desean ser padres? ¿Abriríamos entonces la posibilidad de acceder a la gestación subrogada a pesar de todos los problemas éticos y legales? ¿En qué quedaría todo esto? La legislación debe estar al servicio del bien común de cada uno, incluido el bienestar del niño nacido, y todo ello para un mejor desarrollo sostenible e integral. El centro de este tipo de desarrollo es la persona humana.
- c) La igualdad jurídica no puede ser una igualdad matemática y aritmética que reduzca al ser humano a un modo de funcionamiento cuantitativo, como explica Alain Supiot (37, pp.9-13, 287-288,304). Al transformarse en un sistema de distribución cuantitativa de “cosas”, el derecho positivo hace desaparecer el derecho como protector del bien común. *No basta con proclamar la igualdad para que ésta exista. [...] Su consagración por el derecho comunitario ha servido principalmente para justificar la supresión de las normas que protegían la vida familiar* (37, pp.315-316).

procedimientos de evaluación de los riesgos y la adopción de medidas provisionales y proporcionadas para evitar que se produzcan los daños”. Este principio se aplica en los ámbitos de la ética medioambiental, la ética científica, la ética económica, la bioética, etcétera.

- d) Basar el derecho sólo en la técnica y en las ciencias biológicas y médicas, en nombre del “todo es posible”, corre el riesgo de un fundamentalismo jurídico: el cientificismo. En nombre de (a) la Ciencia, eliminamos al ser humano como sujeto de derecho cayendo en el sistema totalitario. A este respecto, Alain Supiot no duda en recordar que *la referencia política a las leyes llamadas científicas implica la liquidación de la función antropológica de las leyes positivas* (37, p.107). La ley debe humanizar la técnica protegiendo al ser humano de la peligrosidad que crea. Parece que, con el derecho positivo en marcha, transponemos lo normativo sobre la técnica. Sin embargo, todo lo que es técnicamente posible no debe convertirse en algo legalmente permitido.

Referencias

1. Mattei JF. Audition sur le projet de loi relatif à la bioéthique. 2002 dic [consultado 12 de junio de 2021]. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/102-128/102-12862.html>
2. Hervada J. Introduction critique au droit naturel. Bordeaux: Bière; 1991.
3. Aristote. Éthique à Nicomaque I [Internet]. 2021 [consultado 17 de junio de 2021]. Disponible en: <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/morale8.htm>
4. D'Aquin T. Somme théologique I-II. Paris: Le Cerf; 1984. 825 p.
5. Pinckaers S theodore. Les sources de la morale chrétienne. Sa méthode, son contenu, son histoire. Paris: Le Cerf; 2007. 529 p.
6. Benedict XVI. Visit to the Bundestag. Address of His Holiness [Internet]. 2011 [consultado 28 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/en/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html
7. Valadier P. L'Anarchie des valeurs: Le relativisme est-il fatal? Paris: Albin Michel; 1997. 202 p.
8. D'Aquin T. Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote [Internet]. 2021 [consultado 3 de julio de 2021]. Disponible en: <http://docteurangelique.free.fr/livresformatweb/philosophie/commentaireethiquenicomaque.htm>
9. Sgreccia E. Manuel de bioéthique. Les fondements et l'éthique biomédicale. Paris: Mame-Edifa; 2004. 912 p.
10. Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssatze. Tübingen, JB. Trad. it. Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, Napoli (Italy): ESI; 1997.

11. Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Teoria Trad. it. *Generale del diritto e dello stato*, con prefazione di E. Gallo e con introduzione di G. Pecora. Milano: ETAS libri; 1994.
12. Kelsen H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1920. Trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*. Un contributo ad una teoria pura del diritto. Milano: Giuffrè; 1989.
13. *Loi bioéthique: un naufrage éthique!* [Internet]. 2021 [consultado 17 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.facebook.com/emenard34/videos/loi-bio-%C3%A9thique-un-naufrage-%C3%A9thique-/497801668338999/>
14. Folscheid D. *Made in Labo. De la procréation artificielle au transhumanisme*. Paris: Le Cerf; 2019. 430 p.
15. Benoît XVI. *Caritas in veritate*. Pierre Téqui; 2009. 191 p.
16. François. *Laudato si*. Paris; Perpignan: Artège; 2015. 192 p.
17. Dhonte-Isnard E. *L'embryon humain in vitro et le droit*. Paris: L'Harmattan; 2004. 208 p.
18. Tsarapatsanis D. *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*. Nanterre: Presses universitaires de Paris Ouest; 2010. 344 p.
19. *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine* [Internet]. 1997 [consultado 12 de marzo de 2022]. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>
20. *Génétique. Projet de loi de bioéthique: "On s'est moqué de nous et donc aussi des Français"*. Interview de Patrick Hetzel, député Les Républicains du Bas-Rhin. [Internet]. Genethique; 2021 [consultado 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.genethique.org/projet-de-loi-de-bioethique-on-sest-moque-de-nous-et-donc-aussi-des-francais-interview/>
21. Robin YM. *Projet de loi bioéthique: le Sénat décide de clore définitivement les débats*. Ouest-France [Internet]. 2021 Jun 15 [consultado 17 de junio de 2021]; Disponible en: <https://www.ouest-france.fr/politique/institutions/senat/projet-de-loi-bioethique-le-senat-decide-de-clore-definitivement-les-debats-8ffe4-cd-df-11eb-baa9-ef1451863c79>
22. Henno O, Imbert C, Jomier B, Jourda M. *Projet de loi relatif à la bioéthique. Rapport n. 683* [Internet]. Paris: Sénat; 2021 Jun [consultado 22 de junio de 2021]. Report No.: 683. Disponible en: <https://www.senat.fr/rap/l20-683/l20-683.html>
23. Sarton O. *PMA: ce qu'on ne vous dit pas*. Business, lobbying et compromissions, risques pour la santé, faibles taux de réussite... Paris: Pierre Téqui; 2020. 180 p.
24. Leonetti J. *Projet de loi relatif à la bioéthique. Rapport n. 3403* [Internet]. Paris: Assemblée nationale; 2011 may. p. 290. Report No.: 3403. Disponible en: <https://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3403.pdf>
25. Piergentili F. *Procreazione assistita: il testo della sentenza 221/2019 della Corte Costituzionale e un primo commento*. [Internet]. 2019 [consultado 3 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.centrostudiliviatino.it/procreazione-assistita-il-testo-della-sentenza-221-2019-della-corte-costituzionale-e-un-primo-commento/>

26. Tribunal Administratif de Toulouse. Ordonnance n. 1802013 QPC [Internet]. [consultado 2 de julio de 2018]. Disponible en: <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/07/doc110718-11072018120321.pdf>
27. Dumortier T. Le principe d'égalité et l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Rev Droit Public [Internet]. 2019 [consultado 12 de junio de 2021];(1). Disponible en: <https://www.labase-lextenso.fr/revue-du-droit-public/RDP2019-1-005>
28. Kalogirou M, Langlais C. Le principe constitutionnel d'égalité, un obstacle (sérieux) à l'égalité des couples en matière de PMA. Commentaire de la décision CE, 28 septembre 2018, n° 421899. Rev Droits L'homme Rev Cent Rech D'études Sur Droits Fondam [Internet]. 2018 dic [consultado 12 de junio de 2021]; Disponible en: <http://journals.openedition.org/revdh/5082>
29. Conseil d'État. Décision n. 421899 [Internet]. [consultado 28 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2018-09-28/421899>
30. Marie Charron et Ewenne Merle-Montet c. France [Internet]. 2017 [consultado 20 junio 2020]. Disponible en: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFCOM/COMMUNICATEDCASES/2017/CEDH001-171223>
31. Mirkovic A. La PMA: un enjeu de société. Va-t-on enfin prendre les droits de l'enfant au sérieux? Paris: Artège; 2018. 176 p.
32. CCNE. Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) [Internet]. 2017. Disponible en: <https://www.ccne-ethique.fr/node/177?taxo=74>
33. UNICEF. Convention on the Rights of the Child [Internet]. 1989 [consultado 12 marzo 2022]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/crc.pdf>
34. Conseil d'État. Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique [Internet]. 2019 [consultado 12 junio 2021]. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique>
35. Sargologos JM, De Crèvecoeur S, Duffourg-Müller J. «En tant qu'homosexuels, il est de notre devoir de prendre position contre la PMA et la GPA». Figarovox [Internet]. 2018 Jan 26 [consultado 22 junio 2021]; Disponible en: <https://www.lefigaro.fr/vox/societe/2018/01/26/31003-20180126ARTFIG00197-en-tant-qu-homosexuels-il-est-de-notre-devoir-de-prendre-position-contre-la-pma-et-la-gpa.php>
36. Contribution au débat sur l'accès à la PMA [Internet]. Paris: Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE); 2015 May p. 32. Report n. 2015-07-01-SAN-17. Disponible en: https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_avis_no2015-07-01-san-17-2.pdf
37. Supiot A. Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Points; 2009. 336 p.

Esta obra está bajo licencia internacional Creative Commons Reconocimiento-No-Comercial-CompartirIgual 4.0.

