



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



# Revista de Bioética y Derecho

## Perspectivas Bioéticas

[www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu) - ISSN 1886-5887

## EDITORIAL

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

La forma en la que hablamos implica conceptualizar de una determinada manera la realidad, expresa como la pensamos y la estructuramos. El lenguaje no es ingenuo: denominar a cierta entidad embrión, feto o persona inocente no es inocuo... como ya sabemos desde la bioética. El lenguaje que utilizamos tiene relevancia, hace mucho tiempo hemos tomado conciencia de ello. Sin embargo, como en muchas cuestiones vinculadas a las mujeres, existen ciertos planteos que no se registran y se minimizan (tal como, desde hace décadas, señala el feminismo en sus diferentes versiones). Así, el lenguaje sexista ha penetrado y nos sigue permeando como sociedad; a todas y a todos nos cuesta en muchos casos utilizar el femenino o buscar otras palabras para definir a los géneros sin hacer mención exclusiva de lo masculino. Por ejemplo, una estrategia que puede ser utilizada es el empleo del femenino como genérico en lugar del masculino, como hacen en inglés (de hecho una de nosotras lo hacía, pero los manuscritos volvían corregidos porque no se entendía por qué todo estaba escrito en femenino, por qué siempre se hablaba de médicas y no de médicos). Tal como lo señala la Dra. Ana Rubio en el artículo que abre este número de la Revista, cuesta más desaprender algo que aprender algo nuevo. Sin embargo, es importante realizar este esfuerzo: un lenguaje sexista implica de una manera sumamente sutil no dar lugar a una mayoría silenciosa que son las mujeres.

Sabemos que el lenguaje es vital y flexible y ha ido cambiando, ha ido adaptándose a los nuevos inventos y a las nuevas modalidades, y creamos nuevas palabras para hacer referencia a nuevas realidades. No obstante, en algunas sociedades hay mucha reticencia para utilizar los términos “presidenta” o “ingeniera”, aunque no cuesta nada hablar de “enfermera”... la cuestión es que en el siglo XXI tenemos presidentas e ingenieras y las mujeres no son ya solamente enfermeras. Debemos poder referirnos adecuadamente a ellas. Y así como hablamos de genes, de criopreservación o de ordenadores, debemos poder hablar de las mujeres y sus roles e incorporarlas relevantemente al discurso. La humanidad no consiste ni está hecha sólo por los varones, las mujeres tenemos roles activos y debemos poder estar presentes y mencionadas.

Así como en el pasado ambas directoras de esta Revista hemos investigado y trabajado en cuestiones de género y bioética, publicando y compilando artículos sobre la cuestión; siguiendo esta misma línea deseamos incentivar el esfuerzo de escribir con un lenguaje no sexista a través de diferentes estrategias y recursos lingüísticos. Por ello, recogemos indicaciones al respecto en las instrucciones para los autores, siguiendo las pautas internacionales que proporciona UNESCO.

El contenido de este número se abre con el mencionado artículo de la Dra. Ana Rubio (Catedrática de Universidad, Directora del Aula Francisco Suárez de Ciudadanía y Derechos Humanos y del Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada) quien, en su texto “Lenguaje jurídico e igualdad efectiva”, señala la responsabilidad en el uso de lenguaje en tanto tiene una función performativa y prescriptiva muy importante; el fin de su artículo es analizar normativa internacional y nacional que impone el deber y la responsabilidad de utilizar un lenguaje no sexista. Este esfuerzo de corrección lingüística debe

acompañarse de la eliminación del androcentrismo en los conceptos y en las categorías jurídicas como paso ineludible para construir tanto formal como materialmente la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A continuación el artículo “Discursos de profesionales de la salud y de mujeres sobre el aborto voluntario” de María José Miranda Lucas y Dolors Comas d'Argemir (Profesora Asociada de Medicina y Catedrática de Antropología Social, respectivamente, ambas afiliadas a la Universidad Rovira y Virgili) indagan los significados del aborto voluntario desde el discurso de los y las profesionales sanitarios involucrados en ello y de mujeres que han experimentado una interrupción voluntaria del embarazo. Sigue el trabajo sobre “Los conceptos de lo bio en los discursos antropológicos en pacientes con cáncer” de Leonardo Xavier Brito Alvarado (Profesor de la Universidad Central del Ecuador) que trata sobre los conceptos de bioética, biopolítica y biopoder foucaultianos como pilares fundamentales en los debates sobre la vida y la muerte. Posteriormente, en “Trasplante de Órganos en Brasil y España: ¿cómo los criterios ético-legales protegen el donante vivo en ambos los países?”, Sonia Maria Marinho y Fermin Roland Schramm (respectivamente doctoranda del Programa en Bioética, Ética Aplicada y Salud Pública, e investigador titular en Bioética y Filosofía de la Ciencia del PPGBIOS y del PPGSP en la Escuela Nacional de Salud Pública – ENSP – FIOCRUZ, Brasil) llevan a cabo un estudio de comparación entre las legislaciones específicas de trasplantes de órganos de España y Brasil. Inmediatamente, Noelia Igareda (profesora asociada Universidad Autónoma de Barcelona) en “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos” describe la existencia de cuestiones que convierten a España en un destino privilegiado de la medicina reproductiva.

Seguidamente figuran dos artículos en portugués que tratan sobre “Cultura e ética na formação familiar: a poligamia e a sua repressão no ocidente” y “Um outro eu\_o caso das quimeras humanas”; el primero de R. Rotondano (Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Gama Filho, Brasil) y el segundo de Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos y Lorena Rodrigues Belo da Cunha (ambas de Escuela Superior de Derecho Dom Helder Câmara, Brasil).

La Sección Bioética en los tribunales de este número está a cargo de María José Plana, quien analiza una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera que “Los profesionales de la salud corren el riesgo de transmitir, de buena fe, información errónea relativa a los alimentos objeto de la comunicación comercial a los consumidores finales con los que se relacionan. Ese riesgo es todavía mayor si se tiene en cuenta que tales profesionales pueden, gracias a la relación de confianza que generalmente existe entre ellos y sus pacientes, ejercer una influencia significativa sobre éstos.”

Finalmente se encuentra la Sección “Desde el Master”, que estudia los “Conflictos bioéticos en la relación sanitaria derivada de las bajas laborales” trabajo a cargo de Mónica Ballesteros Polo (médica del trabajo, especialista en Salud Ocupacional, investigadora y analista de absentismo laboral). El presente número cierra con la sección bibliográfica: “Biblioteca de Bioética”.





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

[www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu) - ISSN 1886-5887

## PERSPECTIVAS BIOÉTICAS

**El lenguaje y la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

**Language and effective equality of women and men**

**ANA RUBIO \***

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Ana Rubio. Catedrática de Universidad, Directora del Aula Francisco Suárez de Ciudadanía y Derechos Humanos y del Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada. E-mail: [arubioc@ugr.es](mailto:arubioc@ugr.es)

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto: Tradición y constitución: problemas constituyentes de la España Constitucional. DER 2014-56291-C3-3-P.

## Resumen

El fin de este artículo es analizar la legislación internacional y nacional que impone a las y los operadores científico-técnicos el deber y la responsabilidad de utilizar un lenguaje no sexista. Además tiene la pretensión de mostrar que no es una cuestión teórica menor, sino exigida por la calidad en la comunicación y la exigencia de certeza que demanda tanto la creación del derecho como su correcta aplicación. Este esfuerzo de corrección lingüística debe acompañarse de la eliminación del androcentrismo en los conceptos y en las categorías científico-técnicas como paso ineludible para construir tanto formal como materialmente igualdad efectiva de hombres y mujeres, tal y como establece la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 14.11. Para finalizar se analizan, con datos, los esfuerzos realizados por los distintos tribunales y jurisdicciones en España en los últimos años, por erradicar el sexismo en el lenguaje jurídico, evidenciando la pluralidad de recursos que ofrece la lengua española para poner fin el abuso del masculino como falso genérico e introducir un lenguaje inclusivo.

**Palabras clave:** sexismo jurídico; igualdad efectiva; principio de no discriminación; androcentrismo científico-técnico; responsabilidad del poder judicial; *soft law*.

## Abstract

The essential purpose of this article is to analyze the international and national legislation that imposes on operators a duty and responsibility to use non-sexist language. It further aims to show that we are not dealing with a minor theoretical question, but rather one that is demanded by the quality of communication and the requirement of certainty that both science-making and its correct application involve. This effort at linguistic correctness must be accompanied by the elimination of androcentrism in concepts and categories scientific-technique as an essential step in building the effective equality of men and women both formally and materially, as established by Organic Law 3/2007 of 22 March for the effective equality of women and men, art.14.11. Finally, it analyses, giving data, the efforts made by the various courts and jurisdictions in Spain in recent years to eradicate sexism in legal language, showing the plurality of resources offered by the Spanish language to end the abuse of the masculine as a false generic.

**Keywords:** legal sexism; effective equality; the principle of non-discrimination; androcentrism; responsibility of the Academy; the technique of soft law.

## Presentación

Aunque ha sido mucho el esfuerzo realizado por eliminar del conocimiento científico y académico la asimetría que en él existía entre mujeres y hombres, erradicando las discriminaciones por razón de sexo, aún queda pendiente una cuestión, que en modo alguno es menor, la corrección lingüística. Una demanda de calidad en la comunicación y en la certeza que no siempre es bien interpretada, a pesar de contar con una larga tradición a nivel teórico y práctico.

Resulta interesante mencionar que las cuestiones relacionadas con el no sexismo en el lenguaje sólo generan interés para los medios cuando son objeto de crítica. En la mayor parte de los artículos publicados se exalta el nivel de experticia de quienes critican la ausencia de sexismo en el lenguaje y se oculta que el mismo nivel de conocimiento existe en quienes lo defienden. En estos debates no aparece mención alguna a los documentos jurídicos y políticos, internacionales y nacionales, que imponen la obligación de erradicar el sexismo en el lenguaje como una exigencia para desarrollo del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así como tampoco se menciona que esta corrección lingüística la encontramos ya demandada en documentos de siglos pasados, desde Roma a la Ilustración. Sirva como ejemplo mencionar que Ulpiano recomendaba desdoblarse a nivel jurídico entre mujeres y hombres para evitar malas interpretaciones de la norma; y que en la etapa postrevolucionaria en Francia se solicita por las mujeres que no exista ningún sexo en el gramática que sea más digno que otro, porque ambos sexos son igualmente nobles (Rubio, 2013).

## El silencio y el ser

Del mismo modo que el simple hecho de hablar no garantiza que se hable con una voz propia, tampoco el silencio implica ausencia de comunicación. El lenguaje al ser expresión y reflexión sobre lo propio a nivel individual y el vehículo a través del cual expresamos nuestro ser y nuestra identidad, en muchas ocasiones se convierte en un obstáculo, que impide ver o ser vistas las personas, si no se encuentra la palabra o el término adecuado.

¿Podemos entender el abuso del masculino como falso genérico como el modo mediante el cual se silencia otra voz, o se oculta a otros *yo*? Si pensamos que a través de la palabra el *yo* se construye como sujeto, el no ser llamado, el no ser nombrado por los otros en la comunicación académica obstaculiza la construcción de la subjetividad y con ello de la propia identidad. El silencio elegido tiene un diferente valor, rompe uno de los propósitos esenciales del lenguaje, la comunicación con otras personas, y también construye lenguaje, al expresar el monólogo que lleva a cabo la persona consigo misma.

A través del lenguaje como comunicación buscamos incansablemente la aprobación, el reconocimiento y la conformación o consolidación de códigos comunes de racionalidad y razonabilidad, los cuales ayudan a comprender la realidad y a los diferentes sujetos.

Cuando se estudia el sexismo en el lenguaje científico técnico no cabe ignorar el giro teórico que se produjo en la década de los años sesenta respecto a la comprensión de los discursos y las representaciones sociales, de la mano de la semiótica y del estructuralismo, al exigirse que para captar el sentido y el funcionamiento de las categorías y representaciones sociales que existen en el interior de un discurso era necesario atender a la lógica que estas poseen en cada momento histórico. En otras palabras, las prácticas discursivas y los sistemas de representación social, entre los que la ciencia y el derecho se encuentran, conforman el significado de las categorías personales y sociales que utilizamos en el lenguaje ordinario, en nuestra comunicación con los otros, pero también la forma en que comprendemos y explicamos lo real.

Con base en esta argumentación, cabe decir que no podemos analizar las palabras y expresiones científico técnicas en términos de logro o de imperfección en relación con una realidad preexistente, sino de objetivos. ¿Qué se pretende con el abuso del masculino como genérico?, ¿por qué se emplea la mayoría de las veces el masculino como falso genérico y no un concepto genérico, abstracto o una perífrasis? Lo que pretendemos desvelar al hacernos estas preguntas es que las categorías científico-técnicas y las representaciones humanas que se utilizan en los discursos científicos no responden objetivamente a una determinada realidad, sino que la construyen y la conforman, al condicionar la forma en que la percibimos y la analizamos. Por este motivo, desde los años setenta la filosofía de la ciencia reconoce que analizamos e investigamos inmersos en obstáculos y cegueras cognitivas que producen las propias categorías y los términos que utilizamos en la investigación (Popper, Kuhn, Morin).

Los estereotipos sexistas con los que interpretamos los conceptos y las categorías responden a una función social, por tanto debemos juzgarlos en relación a los efectos que producen en la sociedad. El sexismo existente en el lenguaje académico interviene en la realidad, no es un mero reflejo de ella. El carácter reiterativo de este lenguaje técnico fortalece su carácter preformativo y su dimensión de sistema de representación del mundo y de las personas, haciéndonos olvidar su carácter artificial e histórico.

## Nivel de obligatoriedad y de responsabilidad en el cumplimiento del art. 14.11 de la L: O. 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y hombres (LOIEMH)

¿Cuándo existe sexismo lingüístico? Se entiende que existe sexismo lingüístico cuando el lenguaje reproduce una imagen sobrevalorada de lo masculino que invisibiliza las aportaciones o experiencias de las mujeres o representa de forma sesgada y poco objetiva la diversidad humana. Los frenos a una comunicación humana correcta que el sexismo lingüístico desarrolla, se acentúan en el lenguaje académico.

Se ha pretendido minimizar la responsabilidad de la academia en la erradicación del sexismo jurídico respecto al mandato contenido en el art. 14.11 de la LOIEMH, en el que se establecen criterios generales de actuación para todos los poderes públicos, alegándose que este mandato está referido de modo exclusivo a la rama ejecutiva de la administración (Villegas Fernández, 2011)<sup>1</sup>.

Tras este tipo de argumentación subyace el deseo de diferenciar la igualdad de derechos, del lenguaje. De ahí que se concluyera en el Seminario que “el juez” debe velar por garantizar la igualdad

---

<sup>1</sup> “Las innovaciones lingüísticas propuestas, en ocasiones, ignoran la dinámica natural de la lengua. El empeño en añadir morfemas flexivos a las raíces de las palabras para feminizarlas redundante a menudo en efectos cacofónicos. Dícese “el físico”, mas no “la física”, pues entonces se confundiría con el nombre de la disciplina; por análogos motivos está tan extendida la expresión “mujer policía. Cabe añadir, ex abundancia, las consideraciones relativas a la ideología de género. Si de lo que se trata es de propugnar la igualdad entre los sexos, es casi una perogrullada, ya que esa aspiración está constitucionalizada en el artículo 14 de la Carta Magna. Pero, si por el contrario, lo que se pretende es la difusión de los postulados del movimiento de género tal como lo despliegan algunos en bandería de corrientes radicales, la respuesta ha de ser rotundamente negativa. Más aun, atentaría contra la independencia judicial. Y es que, de alguna manera, esta historia entraña una paradoja. El impulso de la ideología de género, en sus estrictos términos, obedece en muy buena medida a la defensa de los derechos de los transexuales, antes que de las mujeres. Basta leer, de todos modos, los textos legales españoles, para percatarse de que nuestro Legislador ha reinterpretado esa nomenclatura anglosajona de una manera mucho más respetuosa con los valores tradicionales. Quizá por ignorancia. El caso que lo que nuestro Derecho Positivo busca no es acabar con los sexos, sino suprimir las discriminaciones injustas. Cuestión ésta, incontrovertida, por cierto”. A lo que añade: “el manual dirigido por Fernando Román García (véase bibliografía) dedicado el comentario exhaustivo de la citada norma, artículo por artículo, especifica que en la ley se contienen “principios” así como “derechos y deberes de las personas” destinados a combatir la discriminación (2007, 18). Sin embargo, en opinión de los analistas de dicha obra, en el citado artículo 11 sólo hallamos “pautas” (2007, 47). Si se hubiera querido consagrar un derecho subjetivo, habría sido necesario formularlo con mayor claridad. Además, la literal redacción del precepto mueve a una interpretación contraria, ya que el encabezado del referido artículo 14 reza ad pedem litterae: “Criterios Generales de actuación de los Poderes Públicos”. El destinatario, por tanto, no es el órgano judicial, sino más bien la rama ejecutiva del Estado”. “Villegas, 2011, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4715-retorica-de-genero-y-lenguaje-judicial/> Consultada el 3 de septiembre de 2015.

de derechos entre el hombre y la mujer y evitar cualquier discriminación por razón de sexo. No existiendo la obligación de cambiar los usos tradicionales del lenguaje, salvo que se utilicen con una finalidad discriminatoria. Este Seminario elude toda referencia a las fuentes jurídicas que imponen este deber y también la reiteración con la que la Comisión de Igualdad del CGPJ distribuyó a todos los Tribunales Superiores de Justicia la denominada circular “Normas mínimas para evitar la discriminación de la mujer en el lenguaje administrativo”, en 2009, así como el Informe sobre el lenguaje no sexista que en 2008 elaboró el Parlamento Europeo, con orientaciones específicas para el español.

El error en este tipo de argumentación es triple, por un lado se introduce una exigencia de intencionalidad, para poder hablar de discriminación, que en modo alguno está recogida en la definición universal de discriminación que la CEDAW recoge y que es la aplicable a los sistemas jurídicos de todos aquellos países que ratificaron este Convenio y su Protocolo. Además, la exigencia de intencionalidad dejaría fuera del concepto de discriminación todas aquellas situaciones de discriminación indirecta, las más numerosas en la actualidad. Recordemos la definición de discriminación indirecta, contenida en la LOIEMH, art. 6.2: *“Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”*. La igualdad en derechos no puede limitarse a su dimensión de derecho subjetivo. La igualdad posee en la constitución española un contenido complejo, tal y como viene reconociendo la doctrina del TC desde los años ochenta. Este contenido complejo exige tomar en consideración que la igualdad demandada constitucionalmente es la igualdad de resultados, la igualdad real en el uso y disfrute de los derechos, la cual exige que las mujeres al igual que los hombres sean nombradas y reconocidas por la Academia a través del lenguaje.

También se alega que la técnica legislativa empleada por la LOIEMH para imponer la obligación de un lenguaje no sexista deja un amplio margen de discrecionalidad a los actores para ir adecuando sus expresiones científico-técnicas a esta demanda. Cuando se hace tal afirmación se ignora la doctrina desarrollada a nivel internacional y nacional respecto a la obligatoriedad de las normas de *soft law*, técnica a la que pertenece el art. 14.11 LOIEMH (Rubio, 2015).

## La obligación de un lenguaje no sexista mediante la técnica normativa de *soft law*

Cuando se utiliza la técnica normativa de *soft law*, como es el caso que nos ocupa art.14.11 LOIEMH<sup>2</sup>, ésta no puede interpretarse como la introducción de un simple mensaje programático, puesto que tiene efectos jurídicos y fuerza vinculante, aunque en su exigencia deban tomarse en consideración aspectos diferentes a aquellos valorados en una norma vinculante. Las normas de *soft law* dejan abiertos los supuestos de hechos, para que puedan interactuar con el resto del ordenamiento jurídico, de ahí la relevancia, en estos supuestos de la hermenéutica frente al psicologismo y la subsunción; y la relevancia de decidir y argumentar en atención al contexto concreto, en el que la norma se está aplicando y los actores tomando la norma como guía de conducta de sus decisiones y acciones. El fin de esta técnica jurídica es alcanzar la mejor decisión posible, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista de la eficacia. Se trata de lograr la mínima conflictividad con la máxima legitimidad, por esta razón se hace a los propios actores (o usuarios de la norma) copartícipes, a través de su adhesión, y responsables de su desarrollo.

Llegados a este punto podemos afirmar que todos los actores, especialmente los académicos, tienen el deber y la obligación de cumplir y desarrollar el proyecto de justicia que establece la constitución. Un ideal de justicia que se conecta inexorablemente a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en todos los contextos de la vida, también en el de la comunicación y el lenguaje<sup>3</sup>. Esto hace que tome un protagonismo indiscutible el artículo el 9.2 CE, un precepto constitucional que al tiempo que impone un claro mandato respecto a la igualdad real y efectiva también establece un sistema de control con respecto a la ciudadanía y los poderes del estado, al exigirles que justifiquen, dada la dimensión directiva de esta norma, por qué no se avanza en la erradicación de la discriminación. Esto implica la exigencia de responsabilidades por omisión. Si ponemos en relación este precepto constitucional con el art. 14.11 de la LOIEMH, cabe defender la exigencia de responsabilidad y sanción por omisión a quienes teniendo la obligación de cumplir con este mandato legal no lo hacen. Entendemos que la academia y el lenguaje científico-técnico, como voces con autoridad e influencia,

---

<sup>2</sup> Políticas Públicas para la Igualdad. Principios generales, Título II, Capítulo I. Art. 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos. Punto 11. *La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas*, LOEIMH.

<sup>3</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal constitucional 100/2008, de 24 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 1-2008 y 1 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid respecto al artículo 153.1 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Supuesta vulneración del principio de igualdad: STC 59/2008. Votos particulares. La ponente de la sentencia fue la magistrada Elisa Pérez Vera.

tienen una clara responsabilidad individual y colectiva en la lucha contra la no discriminación. Lo que deja abierto el art. 14.11, es la forma en que este fin puede ser satisfecho. El lenguaje científico no puede actuar al margen de los valores y los fines que establece la legalidad.

Si a todo lo expuesto unimos el mandato constitucional del art. 2 CE: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, no puede ignorarse que estamos obligados a tomar en consideración el concepto de discriminación recogido en la CEDAW (arts. 1) El espíritu de la CEDAW tiene su génesis en los objetivos de Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Por este motivo define el significado de la igualdad efectiva de mujeres y hombres e indica cómo lograrla. Con este fin se recoge una declaración internacional de derechos para la mujer y un programa de acción para los Estados. En el seno de este programa hay que destacar el art. 3, donde se pide a los Estados firmantes de la Convención, entre los que está España, que tomen *“todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”*. En los 14 artículos subsiguientes se detalla el programa de acción y las obligaciones contraídas por los Estados en pro de la igualdad y en la lucha contra la discriminación, mencionándose la necesidad de modificar los patrones socioculturales de conducta para eliminar de ellos prejuicios y prácticas consuetudinarias sexistas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cabe destacar, para el tema que nos ocupa los siguientes preceptos: Art. 2.a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; Art. 5. a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. El comité de la CEDAW ha sancionado recientemente a España por omisión. Dictamen aprobado por el Comité de la CEDAW en su 58º período de sesiones sobre el caso presentado por Ángeles González Carreño (España), septiembre 2014. En este informe se argumenta que la pervivencia de estereotipos obstaculiza y en algunos supuestos impide el derecho a la imparcialidad en el proceso, lo que implica obstaculizar la obtención de justicia. Para el desarrollo del art. 2 CEDAW, hay que atender a lo expuesto en la Recomendación General del Comité de la CEDAW, 2010, punto 10, en el que se dice: *“Los Estados partes tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión; además, están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer, independientemente de que esas acciones u omisiones sean cometidas por el Estado o por actores privados. La**

La utilización de un lenguaje híbrido en la legislación, como es el caso del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, la utilización de las barras para nombrar al mismo tiempo a mujeres y hombres, cuando se conoce perfectamente el sexo de la persona a la el documento se dirige, o el abuso del masculino como falso genérico en los textos académicos promueven o invitan a pensar que nos hallamos ante una cuestión meramente panfletaria y no relevante. La relevancia de la cuestión que nos ocupa es doble, tal y como hemos tratamos de argumentar, existe un mandato legal, que no puede ignorarse, pero también existe la responsabilidad individual y colectiva de comunicar con la máxima precisión y certeza, y sin discriminar. Una comunicación que, en los supuestos del conocimiento académico y científico técnico, va más allá del momento histórico en el que el conocimiento se elabora, puesto que a través de los textos se deja un rastro histórico de los valores en la ciencia y en la sociedad y de quienes somos. No nombrar adecuadamente fomenta una imagen distorsionada del presente y promueve ceguera epistemológica sobre lo real (Morin).

Quienes explican y analizan la realidad científicamente son muy conscientes de que lo simple no existe, como sostenía Gastón Bachelard, sólo lo simplificado. En esta simplificación se ha incurrido cuando hemos introducido la categoría género y el enfoque de género, desconectados del marco discursivo y teórico que les aporta sentido y contenido, el feminismo. Dar cumplimiento a las obligaciones que la LOIEMH y la Constitución imponen a los múltiples actores sociales en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres exige conocer la tradición filosófico-política que las defiende y promueve. Sin este marco teórico es difícil asumir la responsabilidad individual y colectiva que imponen las leyes de igualdad de mujeres y hombres, o captar el impacto discriminatorio del sexismo lingüístico. El sexismo en el lenguaje no es un silencio elegido, sino un silencio impuesto por la tradición y por la ausencia de formación en materia de igualdad de género y feminismo.

## La legislación en materia de no discriminación en el lenguaje y su evolución

Una vez expuestas las cuestiones conceptuales que considerábamos imprescindibles, el paso siguiente será detenernos en mostrar los esfuerzos realizados. En 1987, la UNESCO encomendó: “evitar, en la

---

*discriminación puede ocurrir cuando los Estados no adoptan las medidas legislativas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos de la mujer, no aprueban políticas nacionales para alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer y no dan cumplimiento a las leyes pertinentes. Además, los Estados partes tienen la responsabilidad internacional de crear y mejorar constantemente sus bases de datos estadísticos y profundizar el análisis de todas las formas de discriminación contra las mujeres en general y, en particular, contra las mujeres de determinados grupos vulnerables”.*

*medida de lo posible, el empleo de términos que se refieren explícita o implícitamente a un solo sexo, salvo si se trata de medidas positivas favor de la mujer*". En 1989, en la Resolución 109, se enuncia la voluntad de continuar *"elaborando directrices sobre el empleo de un vocabulario que se refiera explícitamente a la mujer, y promover su utilización en los Estados miembros"*. En 1991, este mismo organismo publicó una serie de *Recomendaciones donde se invita "a adoptar, en la redacción de todos los documentos de trabajo de la Organización a evitar el empleo de términos que se refieran explícita o implícitamente a un solo sexo, salvo si se trata de medidas positivas en favor de la mujer"*<sup>5</sup>. En su vigesimoquinta reunión, la Conferencia general de la UNESCO aprueba la Resolución 109, cuyo párrafo 3 de la parte dispositiva, establece: *"b) seguir elaborando directrices sobre el empleo de un vocabulario que se refiera explícitamente a la mujer, y promover su utilización en los Estados Miembros; y c) velar por el respeto de esas directrices en todas las comunicaciones, publicaciones y documentos de la Organización"*. Y en su vigesimosexta reunión, celebrada en 1991, la Conferencia General de la UNESCO volvió a exigir, en su párrafo 3 f) de su Resolución II. 1 titulada *"La mujer"*, a prestar atención *"a las recomendaciones sobre un uso no sexista del lenguaje, a fin de que los documentos y tribunas de la UNESCO no contribuyan a difundir connotaciones tendenciosas y estereotipadas"*.

En este marco, los servicios de traducción de la Oficina de Conferencias, Lenguas y Documentos (COL), en asociación con la Coordinadora de las Actividades relativas a la Condición de la Mujer, prepararon un folleto con pautas o Recomendaciones para la utilización de un lenguaje no sexista en la UNESCO, con el título *"Para un lenguaje no sexista/guía para su uso"*, que, inicialmente, se aplicó únicamente al francés y el inglés. Como resultado de la favorable acogida que dicho documento tuvo, se estimó útil y oportuno formular pautas o recomendaciones semejantes para las demás lenguas oficiales de la Organización, empezando por el español.

Unido a este esfuerzo aparece en un texto de gran valor jurídico a nivel universal, la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ya citada (CEDAW) cuyo artículo 1 dice: *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado **menoscabar** o anular el **reconocimiento**, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*. Es en el seno de esta definición, donde el sexismo lingüístico adquiere el carácter de discriminación, y se fijan deberes a todos los actores públicos y privados.

---

<sup>5</sup> El apartado 1 del párrafo 2º de la Resolución 14.1, aprobada por la Conferencia General en su vigesimocuarta reunión.

Cuando ponemos en relación esta definición con lo establecido en el artículo 5 (CEDAW), lo expuesto queda más claro: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*”. Esta exigencia impide la utilización del masculino como la forma gramatical con capacidad para representar a todo lo humano, ocultando las diferencias existentes en su interior, así como exige la adopción de medidas de acción positiva —para erradicar el sexismo—, tal y como establece el art.4.1 CEDAW. Entre estas acciones positivas es necesario, tal y como destacan las leyes de igualdad autonómicas y nacional, una formación apropiada en igualdad y no discriminación, concretamente en igualdad de género y en el sistema sexo-género, para luchar adecuadamente contra la discriminación contra las mujeres.

La Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1.art.4 CEDAW, detalla que:

*“Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir este derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto de jure como de facto respecto del hombre. La Convención va más allá del concepto de discriminación utilizado en muchas disposiciones y normas legales, nacionales e internacionales. Si bien dichas disposiciones y normas prohíben la discriminación por razones de sexo y protegen al hombre y la mujer de tratos basados en distinciones arbitrarias, injustas o injustificables, la Convención se centra en la discriminación contra la mujer, insistiendo en que la mujer ha sido y sigue siendo objeto de diversas formas de discriminación por el hecho de ser mujer. Una lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24, que constituyen el marco interpretativo general de todos los artículos sustantivos de la Convención, indica que hay tres obligaciones que son fundamentales en la labor de los Estados Partes de eliminar la discriminación contra la mujer. Estas obligaciones deben cumplirse en forma integrada y trascienden la simple obligación jurídica formal de la igualdad de trato entre la mujer y el hombre. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta<sup>1</sup> contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las*

*relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales”<sup>6</sup>.*

Ya en el ámbito europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó a comienzos de 1990 una Resolución en la que se demandaba la eliminación del sexismo en el lenguaje, mediante la adopción de las siguientes medidas:

*“1. Promover la utilización, en la medida de lo posible, de un lenguaje no sexista que tenga en cuenta la presencia, la situación y el papel de la mujer en la sociedad, tal como ocurre con los hombres en la práctica lingüística actual;*

*2. Hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos;*

*3. Fomentar la utilización de un lenguaje libre de sexismo en los medios de comunicación”.*

La expresión “en la medida de lo posible” no abre la puerta a la inaplicación, sino a tomar en cuenta el contexto a la hora de dar cumplimiento a este mandato.

Unos años más, tarde el Parlamento Europeo aprobó, por decisión del Grupo de Alto Nivel, un *Informe sobre el Lenguaje no Sexista*, en febrero de 2008, dirigido a impulsar el uso del lenguaje no sexista. En dicho *Informe* se señala: *“La finalidad del lenguaje no sexista o lenguaje neutral en cuanto al género es evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes, al implicar que cada uno de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los conceptos el sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante. La utilización de un lenguaje no sexista es algo más que un asunto de corrección política. El lenguaje influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones. El Parlamento como institución respalda plenamente el principio de igualdad de género, y el lenguaje que utiliza debe reflejar este hecho. Para este fin, es importante establecer orientaciones que aseguren en la medida de lo posible que el lenguaje no sexista es la norma, en lugar de ser la excepción, sea la norma en los documentos parlamentarios”.*

Asimismo este *Informe* aportaba algunas orientaciones específicas para el español, entre las que cabe destacar una serie de técnicas de redacción tales como la utilización de sustantivos genéricos y colectivos, perífrasis, construcciones metonímicas, imperativos, la forma pasiva, estructuras con el

---

<sup>6</sup> Recomendación elaborada y adoptada por el Comité sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, en su trigésima sesión realizada entre el 12 y el 30 de enero de 2004. [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf).

pronombre “se” (impersonal o pasivo reflejo), formas no personales del verbo, determinantes sin marcas de género o la omisión del determinante.

A nivel nacional, en 1995, la Orden Ministerial de 22 de marzo, (BOE nº 74, de 28 de marzo), estableció la adecuación de la denominación de los títulos académicos oficiales a la condición masculina o femenina de quienes los soliciten. Esta adecuación se sustenta dice la orden ministerial en *“la importancia que tiene el lenguaje en la formación de la identidad social de las personas y en sus actitudes... Asimismo, la preocupación por evitar discriminaciones por razón de sexo y de representar adecuadamente a las mujeres”, ha llevado a sectores significativos de la sociedad española y a las autoridades educativas a la idea de que, en coherencia con la política de propiciar un uso adecuado del lenguaje, se adopten las medidas necesarias a fin de que los títulos académicos oficiales se adecuen en su expresión a la naturaleza masculina o femenina de quienes los obtengan”*.

Unos años más tarde, las leyes de igualdad continuaron con este esfuerzo igualitario. Así, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, recoge en el artículo 9, *Lenguaje no sexista e imagen pública. La Administración de la Junta de Andalucía garantizará un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus políticas”*. Otro ejemplo es el de la ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento Vasco, en cuyo artículo 18.4 se indica: *“Los poderes públicos vascos deben hacer un uso no sexista de todo tipo de lenguaje en los documentos y soportes que produzca directamente o a través de terceras personas o entidades”*. Pero, sin duda, los dos instrumentos jurídicos determinantes son: la Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno, en donde la atención al lenguaje es esencial; y la LOIEMH.

En abril de 2009, y siguiendo lo indicado en el artículo 14.11 de la LOIEMH, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó, mediante una circular titulada *“Normas mínimas para evitar la discriminación de la mujer en el lenguaje administrativo”*, concienciar a todas las personas pertenecientes a la carrera judicial de la necesidad de servirse de un lenguaje no sexista en sus documentos. Esta decisión se basa, entre otras razones, en: *“La importancia que tiene el lenguaje en la formación de la identidad social de las personas y en sus actitudes, motiva la necesidad de erradicar el sexismo lingüístico del lenguaje administrativo, tanto en las relaciones internas como en las relaciones con la ciudadanía. Los usos sexistas del lenguaje hacen invisibles a las mujeres e impiden ver lo que se esconde detrás de las palabras. Puesto que deseamos que se instaure una política de igualdad, nuestro lenguaje debe ser igualitario”*. Por estas razones, acordó: *“evitar el uso sistemático del masculino, en singular o plural, para referirse a los dos sexos”, proponiendo como alternativas una serie de directrices, que deben conocerse y difundirse entre el personal dependiente de todos los servicios, secciones y*

*unidades administrativas, así como tenidas en cuenta en la redacción de los documentos*". En concreto, esta circular recogía las siguientes directrices:

- ◆ Insistir en la diferenciación del uso del masculino y del femenino en la designación de profesiones y actividades.
- ◆ Evitar en la designación de cargos la identificación de las mujeres a través de los hombres.
- ◆ Insistir en el uso del género gramatical femenino y masculino en formularios, impresos y documentos administrativos tipo en los que se conoce de antemano el sexo de la persona. Cuando no se posee esta información se propone nombrar en femenino y masculino mediante el sistema de barras.
- ◆ Intentar evitar todas aquellas expresiones, en ocasiones innecesarias, que llevan a uso excesivo del masculino.

Debe señalarse, que esta preocupación no era nueva, concretamente en 2007, la Comisión de Igualdad del Consejo instó a los servicios pertinentes del CGPJ a que adoptaran unas normas mínimas comunes para evitar la discriminación de la Mujer en el lenguaje administrativo, respondiendo a las exigencias que la ley de igualdad le imponía. En el mismo sentido, en 2008, al constatar *"una vez más la irregular aplicación"* de un lenguaje no sexista en sus distintos servicios y secciones, la Comisión de Igualdad reiteró su preocupación respecto al incumplimiento y volvió a recordar *"el compromiso que tiene el Consejo General del Poder Judicial, como órgano institucional (...) ejemplarizante en esta materia, y es su responsabilidad impulsarlo"*. Una vez presentados los fundamentos y las normas que explican la necesidad de utilizar un lenguaje no sexista, el paso siguiente es comprender por qué no se siguen. Estamos ante discrepancias ideológicas o existen en realidad razones técnicas que frenan su aplicación.

## Resistencias y contraargumentación

Se afirma desde ciertos sectores doctrinales, algunos ya referidos, que no se puede obligar a la doctrina y a los poderes del estado a utilizar un lenguaje diferente al de la sociedad, y que el sexismo lingüístico desaparecerá cuando lo haga de la sociedad a la que refleja y regula. Pero esto no es cierto, el lenguaje y menos aún los lenguajes técnicos y académicos no reflejan la realidad, sino la regulan y preforman. Pero hay otra razón más que se opone a este argumento, el lenguaje académico tiene un elevado nivel técnico, con el fin de introducir la máxima certeza y la menor ambigüedad posible en el discurso. Por esta razón no evoluciona de forma espontánea, sino a impulsos de la legislación, la doctrina y la práctica. Esto significa que la responsabilidad recae en primer lugar en quienes legislan y en las

comisiones técnicas encargadas de controlar la corrección del lenguaje empleado; y, en segundo lugar, en la doctrina, que debe denunciar los efectos perversos que ciertas incorrecciones lingüísticas, a nivel de la igualdad de género, pueden generar en la interpretación y aplicación de la norma o en la comprensión de la realidad social. En estos niveles de responsabilidad, que no de culpa, hay que distinguir entre un nivel personal y otro institucional. En mi opinión, es muy importante aceptar la responsabilidad individual que en todo fenómeno discriminatorio (como injusticia estructural) existe, en sociedades democráticas (Young, 2011).

Quienes ridiculizan o menosprecian este esfuerzo de corrección en materia de igualdad, afirmando que las palabras no discriminan, que la injusticia social no se construye con palabras, distorsionan la verdad o la cuentan de forma sesgada. Es cierto que las palabras por sí mismas no discriminan, ni las relaciones o estructuras sociales tomadas como cosas, lo hacen las personas, y las personas discriminan cuando tras un falso genérico se oculta la imagen de una mujer o la existencia de un conflicto marcadamente femenino. Tampoco puede ponerse el acento discriminatorio en la intencionalidad del sujeto que habla, puesto que la mayoría de las veces el uso de un lenguaje sexista se hace de forma inconsciente o normalizada. La discriminación existe con independencia de la intencionalidad del sujeto que habla, y se prueba por el impacto negativo que tiene. El hecho de que las mujeres desde el siglo XVIII estén denunciando el sexismo en el lenguaje y los estereotipos presentes en él, evidencia su relevancia e impacto social.

## El rol normalizador del lenguaje jurídico

Un sector del poder judicial afirma, no sin razón, que la corrección en el lenguaje jurídico se producirá cuando quienes legislan lo hagan de forma correcta, pues el poder judicial se limita a aplicar y a interpretar las normas jurídicas tal y como han sido redactadas. Sin duda, el empleo de un lenguaje híbrido (resultado de emplear unas veces el masculino como genérico, otras como singular, o desdoblamientos) a lo largo del texto normativo, es la mejor forma de introducir ambigüedad y de presentar la erradicación de la discriminación en el lenguaje como una simple cuestión de estilo. Cuando esto ocurre, en mi opinión, los efectos negativos son mayores que los producidos por el abuso del masculino, como falso genérico.

La gramática y las recomendaciones realizadas para la lengua española en los textos citados nos ofrecen recursos suficientes para erradicar el sexismo en el lenguaje, pero no sin esfuerzo, dados los usos adquiridos durante la socialización y la formación técnica. Desaprender siempre tiene un mayor grado de dificultad con respecto al aprendizaje de algo nuevo y diferente. Un desaprender que exige

en el caso del personal técnico y académico un mayor nivel esfuerzo, dada la aparente imparcialidad del lenguaje técnico y académico.

Aceptar quienes hacen ciencia la parte alícuota de responsabilidad individual en el mantenimiento y reproducción del sexismo en el lenguaje, no implica reducir lo más mínimo la responsabilidad institucional, ni la de otros colectivos implicados, sólo nos sitúa en la posición correcta, la de no exonerarnos de responsabilidad con respecto a la discriminación contra las mujeres. Cuando se exige intencionalidad o dolo para poder hablar de discriminación se pretende centrar toda la atención en los otros, en la culpa, en el pasado, no en mí, en el futuro. No somos culpables de la incorrección lingüística, nos decimos. Tenemos la obligación de aplicar la ley, no de corregirla en sus términos. No se nos puede exigir tal corrección lingüística Pero esto es sólo cierto en parte. En atención a todo lo expuesto cabe decir que todas y todos tenemos la responsabilidad de promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres y de erradicar la discriminación en el lenguaje que empleamos tanto a nivel cotidiano como técnico.

Para responder al epígrafe se hace necesario mostrar además cómo están los operadores jurídicos adoptando los cambios lingüísticos exigidos. La Comisión de Igualdad, del CGPJ promueve una investigación cuyo fin es constatar el grado de cumplimiento de las recomendaciones y normas citadas respecto a la ausencia de sexismo en las sentencias (Rubio, Bodelón, 2011). El número de sentencias analizadas fueron 177.584, número que creció a lo largo de la búsqueda como resultado de trabajar con un fondo vivo como es el del CENDOJ (buscador fondo documental-jurisprudencial, utilizado por el poder judicial español), lo que hizo necesario la realización de un análisis estadístico y matemático que permitiera un muestreo aleatorio estratificado. La selección final fue de 525 sentencias. Cada una de estas sentencias fue objeto de un análisis pormenorizado. El estudio concluyó que pese a observarse un cierto proceso de cambio, permanecía el abuso del masculino como falso genérico. Un abuso, que dada la influencia de las sentencias (testimonio escrito del tráfico jurídico y la conflictividad social) y su relevante valor para la memoria histórica de una sociedad, se evaluó como grave.

El masculino como genérico en el lenguaje escrito cuando no se conoce el contexto induce a confusión, y representa lo real de manera uniforme, no dando cuenta de la diversidad. Únicamente, en el 6.7 % de las sentencias analizadas no se encontró este abuso, en el lado opuesto algunas de ellas utilizaron más de 125 veces esta incorrección. Así como también se observó el uso arbitrario de las barras. El empleo de las barras sólo está indicado en formularios o documentos en los que no se conoce el sexo de la persona a quién va dirigido. Como dato positivo hay que destacar que no se encontraron asociaciones lingüísticas peyorativas respecto a las mujeres en el 99.6% de las sentencias analizadas, aunque sí errores en el uso del sustantivo de doble forma y en la concordancia (en el 74.1% se hace un uso correcto de la concordancia, así como de los sustantivos de doble forma). Tampoco ejemplos

de asimetría de trato, en el 97.9 de los casos, o denominaciones sexuadas. Sí poca tendencia a utilizar genéricos, colectivos o abstractos, determinantes sin marca de género o eludir el sujeto, lo que introduciría economía de lenguaje. Por el contrario se observa el uso frecuente de perífrasis, como por ejemplo: la parte demandante, el personal administrativo, las fuerzas del orden público, etc. Se usa muy poco el desdoblamiento, en el 98.7 de las sentencias no lo utilizan.

El órgano que menos abusa del masculino como genérico es la Audiencia Nacional, los que más los TSSJ en el 99.1 % de los casos. El Error en el uso del sustantivo de doble forma es más frecuente en las audiencias provinciales y TSJ, 37.5% y 33.6%, respectivamente, frente al 9.1 TS o 11.1% de la Audiencia Nacional. Ningún órgano utiliza denominaciones sexuales de las mujeres. Los sustantivos epiceno (la víctima, la persona, la parte, etc.) son utilizados en mayor proporción por la Audiencia Nacional y el TS 25.6% y 33.6%. Los nombres colectivos son usados con mayor frecuencia por el TS y las Audiencias Provinciales. Las perífrasis son utilizadas por todos los órganos, pero especialmente por el TS.

El abuso del masculino es muy alto, un 93.3%, y se detecta en todas las jurisdicciones. El error en el sustantivo de doble forma se produce en mucha menor medida en el ámbito contencioso-administrativo, y es más frecuente en la jurisdicción penal. La denominación sexuada se utiliza muy poco, pero es la jurisdicción penal la que más la emplea. Los genéricos se usan muy poco en la jurisdicción contencioso administrativa. Los colectivos se emplean sobre todo en la jurisdicción social duplicando a cualquier otra opción de corrección lingüística. Los abstractos los utiliza más la jurisdicción civil, las perífrasis en la jurisdicción social, y la simetría la emplea con más frecuencia la jurisdicción civil.

Por territorios, el abuso del masculino se produce en todos los ámbitos geográficos, alrededor del 90%, pero hay ámbitos específicos que llegan al 100% por ej. Rioja, Extremadura, Murcia, Islas Canarias, Galicia. Las asociaciones lingüísticas peyorativas se han detectado en la Audiencia Nacional y el TS 0.5%, y en Cataluña un 2.9%. El error en el uso del sustantivo de doble forma y en la concordancia de género son algunas de las construcciones sexistas que más se aprecian en todos los ámbitos geográficos. Aunque su incidencia es muy variada. Por debajo del 50% tan sólo Cataluña. El uso de las barras se ha empleado en todos los ámbitos, excepto Navarra. El porcentaje más alto se ha encontrado en Castilla-La Mancha. En Andalucía se utiliza muy poco, sólo en un 7.7% de los casos. Cuando se emplean las barras nunca el femenino precede al masculino. Como cabe deducir de estos datos, el sexismo está presente en todas las jurisdicciones, ámbitos geográficos y órganos. Lo positivo es que se percibe un cierto cambio y preocupación, sobre todo desde el último trimestre de 2011.

El lenguaje académico es, a diferencia del lenguaje ordinario, un cuerpo formal, fijo, técnico, que no se modifica de forma espontánea, como ya hemos expresado. Esto no significa que el lenguaje

académico no sea evolutivo, sino que su evolución está sometida al control académico y doctrinal, y de la sociedad como usuaria última de las normas y del lenguaje. Si en el pasado términos como el científico, el técnico, el operador, el ciudadano, los derechos del hombre, el juez, el abogado del Estado, etc., eran representativos de la realidad social, hoy se muestran incorrectos, pues proyectan una representación falseada de la realidad social y de la diversidad humana que interviene en el mundo de la Ciencia y del Conocimiento.

## Conclusiones

1. Ante los argumentos expuestos se ve la necesidad de revisar los términos técnicos, y la adecuación de los puestos de la Administración, para mostrar la condición sexuada de lo humano en la ciencia y en el mundo del conocimiento.
2. El esfuerzo de adecuación del lenguaje jurídico al principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres y de no discriminación, no concluye con las propuestas lingüísticas aquí presentadas, todo lo contrario. Este documento abre la puerta a la competencia de todas y todos los operadores científico-técnicos para establecer y acuñar las fórmulas que consideren más adecuadas para representar la realidad humana y el conocimiento de modo no sesgado.
3. Con este fin, el análisis aquí presentado trata de favorecer la reflexión sobre la experiencia respecto a los usos sexistas en el lenguaje académico y técnico. Nadie ignora que los términos y las categorías científico-técnicas son resultado de un modelo antropológico parcial y masculino que la realidad actual evidencia discriminatorio y disfuncional.
4. Si en el pasado los términos derechos del hombre, los científicos, los médicos, los ciudadanos, el técnico, resultaban apropiados en tanto representaban una determinada realidad en España, hoy se evidencian claramente discriminatorios, por su limitada representatividad. La incorporación de las mujeres como plenos agentes activos y pasivos al mundo del conocimiento y de la ciencia, hace necesario inventar o innovar los términos y denominaciones tradicionales.
5. Estos cambios son imprescindibles en el lenguaje cotidiano, pero se hacen especialmente relevantes en el lenguaje académico y científico-técnico, por la necesidad de certeza y de reducción a mínimos de las incertidumbres o zonas de penumbra en la representación de quienes hacen ciencia y son doctrina. La falta de representación simbólica de las mujeres en el lenguaje académico las hace invisibles como sujetos con autoridad y poder social; refuerza el tradicional androcentrismo de la ciencia jurídica y neutraliza los logros alcanzados por las mujeres.

## Referencias bibliográficas

- ◆ Balaguer Callejón, Francisco (2004): “La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea”, *ReDCE*, nº 1, enero-junio, pp. 307-320.
- ◆ Balaguer Callejón, M<sup>a</sup> Luisa (2008): “Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, *Revista de derecho político*, n.º 73, septiembre-diciembre, pp. 71-100.
- ◆ Bengoechea Bartolomé, Mercedes (2011): “El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI”, *Anuario Facultad de Derecho*, IV, págs. 15-26.
- ◆ Bosque Muñoz, Ignacio (2012): “Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer”, *Boletín de Información Lingüística (BILRAE)*, RAE. <[http://www.rae.es/sites/default/files/Bosque\\_sexismo\\_linguistico.pdf](http://www.rae.es/sites/default/files/Bosque_sexismo_linguistico.pdf)>.
- ◆ Centenera Sánchez-Seco, F. (2010): “Desdoblamientos, sustantivos genéricos y otros recursos perceptibles en el ordenamiento jurídico español: ¿Una moda de hoy o un cambio con mañana?” *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 11, enero, pp. 59-78.
- ◆ De Barbieri, T., (1994): “Sobre la categoría género. Una introducción teórico metodológica”, *Debates en Sociología*, nº 18, pp. 145-169.
- ◆ Fernández García, M. (2008): “Reseña sobre el desatino lingüístico de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Diario La Ley*, n.º 7073, 10 de diciembre.
- ◆ González Salgado, J. A. (2009): “El lenguaje jurídico del siglo XXI”, *Diario La Ley*, n.º 7209, 2 de julio, pp. 1-6.
- ◆ González Salgado, J. A. (2011): “La elección lingüística como fuente de problemas jurídicos”, *Revista de llengua i Dret*, núm. 55, pp. 57-79.
- ◆ Guerrero Salazar, S. (2007): “Esbozo de una bibliografía crítica sobre recomendaciones y guías para un uso igualitario del lenguaje administrativo (1986-2006)”, en A. M<sup>a</sup> Medina Guerra (coord.), *Avanzando hacia la igualdad*, Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer, Diputación de Málaga y Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer, pp. 109-122.
- ◆ Guerrero Salazar, S. (2012): “La feminización del lenguaje en la sociedad de la información”, en A. Larrondo Ureta y K. Meso Ayerdi (eds.), *IV Jornadas Mujer y Medios de Comunicación*, Bilbao, Universidad del País Vasco, pp. 57-78.

- ◆ Guerrero Salazar, S. (2013): “Las guías de uso no sexista del lenguaje editadas en castellano por las universidades españolas (2008-2012)”, en R. Palomares Perraut (coord.), *Historia(s) de mujeres en homenaje a M<sup>a</sup> Teresa López Beltrán*, Perséfone, Málaga, vol. I, pp. 118-132.
- ◆ Joung, I., (2011): Responsabilidad por la Justicia, Morata.
- ◆ Moreno Cabrera, J. C. (2012): “«Acerca de la discriminación de la mujer y de los lingüistas en la sociedad». Reflexiones críticas de J. C. Moreno Cabrera”. <<http://www.infoling.org/informacion/IG28.html>>.
- ◆ Morin, E., (1995), *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona, 1995.
- ◆ Oliva, A., (2005), “Debates sobre el género”, en *Teoría feminista de la ilustración a la globalización*, Vol. 3., Minerva ediciones.
- ◆ Peraile Martínez, E. (coord.) (2010): “Conclusiones del *Seminario argumentación jurídica de la sentencia*”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid. <<https://www.google.es/#q=conclusiones+del+seminario+sobre+argumentaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica+de+la+sentencia>>.
- ◆ Rubio, A., (2015) “La eficacia de la legislación española en materia de igualdad de género”, *Revista Género & Direito*, Vol 4, No 1, (Año 2015). <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/24674>>.
- ◆ Rubio A., (2013): Las innovaciones en la medición de la igualdad, Dykinson.
- ◆ Rubio, A., y Bodelón, E., (2011): *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. <[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad\\_de\\_Genero/Actividades\\_de\\_la\\_Comision\\_de\\_Igualdad/Estudios\\_y\\_otros\\_documentos/Lenguaje\\_juridico\\_y\\_genero\\_Sobre\\_el\\_sexismo\\_en\\_el\\_lenguaje\\_juridico#bottom](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad_de_Genero/Actividades_de_la_Comision_de_Igualdad/Estudios_y_otros_documentos/Lenguaje_juridico_y_genero_Sobre_el_sexismo_en_el_lenguaje_juridico#bottom)>.
- ◆ Villegas Fernández, J. M. (2011): “Retórica de género y lenguaje judicial”, *Noticias jurídicas*, ponencia presentada en el *Seminario argumentación jurídica en la sentencia contencioso-administrativa*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, en 2010. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201111-287825441333.html>>.

**Fecha de recepción: 8 de junio de 2016**

**Fecha de aceptación: 30 de julio de 2016**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

**Los conceptos de lo Bio en los discursos antropológicos en pacientes con cáncer**

**Bio concepts in the anthropological speeches in patients with cancer**

**LEONARDO XAVIER BRITO ALVARADO \***

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Leonardo Xavier Brito Alvarado. Profesor de la Universidad Central del Ecuador. E-mail: [xavibrial@yahoo.com.ar](mailto:xavibrial@yahoo.com.ar)

## Resumen

Los conceptos de bioética, biopolítica y biopoder foucaultianos constituyen pilares fundamentales en los debates sobre la vida y la muerte, de manera especial, en el mundo occidental. No obstante, esto ha conllevado, a una pérdida de su originalidad conceptual desembocando en una banalización de sus principios, quedando incapaces al momento de describir determinadas situaciones en pacientes terminales, especialmente los que padecen de cáncer. Desde un análisis bibliográfico, se afirma que las vinculaciones entre enfermedad, pacientes y servicios médicos no se pueden sostener exclusivamente desde los discursos foucaultianos, sino que hay que abrirse a nuevos conceptos y autores como Agamben, Baihl, Esposito, Petryna, Rabinow, Rose, entre otros.

**Palabras clave:** bioética; biopolítica; biopoder; cáncer.

## Abstract

The concepts of Bioethics, biopolitics and biopower are fundamental pillars in discussions about life and death, especially in the Western world. However, this has led, to a certain extent, to a loss of originality leading to a dilution of its principles, being unable at the time to describe situations in cancer patients.

**Keywords:** bioethics; biopolitics; biopower; cancer.

## 1. Introducción

La etapa final de la vida, en condiciones altamente precarias y dolorosas como el caso de pacientes con cáncer, ha motivado un debate sobre las alternativas médicas y tecnológicas para enfrentar a este periodo de vida. En la actualidad la bioética es la disciplina que ha asumido, en gran medida, este debate interdisciplinario surgido, de manera especial, en las últimas décadas. Sin embargo, la Antropología médica, en los últimos años, ha reclamado un lugar para el debate, debido a que, como lo expone Vásquez Roca “su núcleo de interés constituye un cambio de paradigma a partir del cual deben replantearse cuestiones cruciales, entre las que se cuentan el desarrollo de una cultura y sensibilidad en torno al planeamiento de la limitación del esfuerzo terapéutico”. (Vásquez Roca, 2009).

Antropológicamente existe una serie de estudios sobre los discursos y las prácticas médicas al final de la vida en pacientes, especialmente oncológicos, que han proporcionado una serie de argumentos metodológicos, cualitativos y cuantitativos, que exponen determinados discursos en que las desigualdades sociales y las diferencias culturales son concluyentes al momento de tomar medidas jurídicas y médicas sobre la vida y la muerte.

No obstante, hay conceptos que denominan el panorama de las investigaciones, como el biopoder, la biopolítica y la propia bioética, que se enclaustran, muchas veces, en la esfera teórica que no permite cartografiar las prácticas cotidianas de los sujetos inmersos en el drama médico de las enfermedades.

## 2. Panorama teórico

Los cambios tecnológicos en la medicina especialmente desde el siglo XIX influyeron en la forma de ver, sentir y pensar los procesos de la vida y la muerte. “Durante este periodo el desarrollo de la ciencia médica y la muerte terminaron por encontrarse frente a frente” (Méndez, 2002: 18). La percepción cultural de la vida y de la muerte en las sociedades contemporáneas gira alrededor del conocimiento científico, de manera especial, desde el empoderamiento biológico y tecnológico como los únicos constructos verdaderos. “A través de sus intervenciones, muchas veces se puede posponer la muerte o mejorar el destino de quienes padecen enfermedades.” (Luna, 2008:16). Estos nuevos avances han posibilitado lo que Ariés denominó como el modo tecnológico de la muerte. Méndez retomando estas ideas conceptualiza:

*En el modo tecnológico de morir, la muerte ya no suele estar en la casa, como en el modo tradicional sucedía, sino que está junto a la técnica médica, en el hospital. Este cambio de escenario trae importantes consecuencias. El moribundo no preside, ahora, la ceremonia a la manera antigua. En lugar de un señor moribundo en casa, es un paciente ingresado en una institución médica. Se encuentra rodeado de personal sanitario y sometido a la lógica hospitalaria. Las relaciones sociales que se establecen, en este medio, entre los asistentes a la muerte son bien diferentes. El acontecimiento afecta de similar manera a unos y a otros” (Méndez, 2002:13).*

Las nuevas tecnologías médicas han traído una serie de cuestionamientos éticos sobre la asistencia sanitaria a pacientes terminales. Por lo general, estos cuestionamientos se refieren a la pertinencia de la aplicación de determinados tratamientos médicos que implican, en ciertos casos, una serie de conflictos sociales.

Las causas de la muerte han cambiado, para Ariés las enfermedades crónicas degenerativas y las condiciones de envejecimiento han comenzado a sustituir, en gran medida, a las enfermedades infecciosas como las principales causas de mortalidad. Así, como ejemplo, en Ecuador las principales causas de mortalidad, en el año 2013, según las estadísticas del Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos corresponden a:

*Se registraron 4.695 muertes a causa de Diabetes mellitus, convirtiéndose en la principal causa de mortalidad general con un porcentaje de 7,44% y una tasa de mortalidad de 29,76. Enfermedades hipertensivas, es la segunda causa de muerte con un porcentaje de 6,64% y una tasa de 26,56. En el mismo año, la Neoplasia maligna de la mama se registran como una de las causa de menor ocurrencia con un porcentaje de 0,83% y una tasa de mortalidad de 3,30. (INEC: 2015).*

La calidad de vida, en pacientes terminales, constituye uno de los dilemas más importantes en los discursos sanitarios, que implica las decisiones de los pacientes sus familias y del personal sanitario. Esta coyuntura, presenta al debate temas ampliamente controversiales como: la eutanasia, el suicidio asistido, los cuidados paliativos, entre otros, que en países como Ecuador son temas que han sido acorazados en la esfera de la religión cristiana católica.

### 3. Los debates de la bioética, biopolítica y biopoder

Los nuevos entornos médicos y tecnológicos hacen necesario una nueva teorización sobre la vida y la muerte en los seres humanos, es así que en 1970 Van Renseelaer Potter, bioquímico de la

universidad de Wisconsin, acuña el concepto de bioética que puede ser conceptualizada como. “La disciplina encaminada a tender puentes entre las ciencias médicas y las ciencias sociales, con el fin de encontrar soluciones a las complejidades relacionadas a la toma de decisiones éticas sobre conflictos sociales resultantes de prácticas médicas”. (Casado, 2006:4).

Carlos Ribero alega que el concepto de bioética ha cambiado con el tiempo y que hoy puede ser argumentada como “el estudio sistemático e interdisciplinario de las cuestiones morales teóricas y prácticas de las ciencias de la vida y de la relaciones de la humanidad con la biosfera.” (Ribero, 2007:47).

Los principios filosóficos de la bioética elaborados, en 1979, por Tom Beauchamp y James Childress, que se engloban bajo la teoría denominada “Principlismo”, principios que se han extendido a todo el campo del accionar bioético. “El deber de respetar la autodeterminación del paciente, (autonomía), el deber de hacer el bien (beneficencia), el deber de evitar el mal (maleficencia) y el deber de promover la igualdad (justicia)” (de Lora, Gascón, 2008: 124). La teoría del Principlismo admite concebir a la bioética como un método encaminado a debatir sobre los problemas que se presentan al final de la vida.

Otro concepto utilizado para describir la vida y la muerte, en un contexto político, es la biopolítica que se ha convertido en uno de los debates filosóficos y políticos más recurrentes en el mundo contemporáneo. Michel Foucault<sup>1</sup>, uno de sus exponentes más conocidos, distingue varias dimensiones de la biopolítica.

La primera “el poder sobre la vida” donde la tecnología política ha sido desarrollada bajo mecanismos de poder, centrándose en el “cuerpo como máquina” destinado a la potencialización de la fuerza física, tanto para la utilidad laboral como la docilidad corporal, que da paso a una nueva esfera la “anatomopolítica”<sup>2</sup> del cuerpo humano. La segunda dimensión se concentra en el “cuerpo como especie” retornando a la idea de especie humana anclada en la biología (nacimiento, mortalidad, nivel de salud, duración de la vida y otros), condiciones indispensables para entender a la biopolítica como una serie de intervenciones, controles y reguladores sociales de la vida. (Pedraza, 2001:3).

---

<sup>1</sup> Las referencias de la biopolítica en Foucault se remontan a su libro la “Historia de la sexualidad” tomo I “La voluntad del Saber” publicado en 1974. Otros autores que trabajaron los conceptos de bios: *Hannah Arendt, Giorgio Agamben, Roberto Esposito, Antonio Negri, Nikolas Rose, Paul Rabinow, entre otros.*

<sup>2</sup> Constituye una tecnología individualizante de poder, que constituye en controlar a los sujetos tanto en su cuerpo y comportamiento.

En el escenario trazado por Foucault existe una “tecnología de poder” que reemplaza al viejo derecho de “dejar vivir” por el poder de “hacer vivir”, como un modelo social de la administración política de la vida.

Para entender a la biopolítica hay que remitirse a los procesos históricos de su consolidación social, tomando el sendero propuesto por Foucault, en el siglo XVIII, se produce un importante cambio político al que denominó la “gran mutación tecnológica” que hace referencia a las relaciones de poder y a las emergencias de un gobierno económico sobre la vida de las sociedades (poblaciones) que ejerció esta tecnología mediante “dispositivos de seguridad”.

La transformación social surgida en este siglo produjo una incursión de la política sobre la vida, concentrándose los esfuerzos para controlarla, en este punto la vida fue pensada por fuera de lo divino, escenario en el cual el soberano extiende su autoridad y acción política sobre la población. En este sentido, la vida se convierte en algo producido, gestionado y administrado por el poder soberano del Estado, lo que hoy se entiende como planificación social. En palabras de Foucault: “Los dispositivos de poder y de saber tienen en cuenta los “procesos de la vida” y la posibilidad de controlarlos y modificarlos. El hombre occidental aprende poco a poco lo que significa ser una especie viviente.” (Foucault, 2003).

Por tanto, la biopolítica para Foucault es colocar la vida en un espacio de poder, un giro epistemológico jurídico del viejo “derecho soberano” a un nuevo derecho insertado en “gobierno de las poblaciones”, el control de la vida. Este quiebre epistemológico, permite al soberano (rey)<sup>3</sup> como representante de la divinidad aplicar la fuerza para apropiarse de la vida de sus súbditos bajo el imperativo de “hacer morir y dejar vivir” permitiendo la sujeción a la voluntad del soberano.

Bajo la biopolítica se pretende, y a base de la tecnología, la acción de prolongar la vida eliminando las causas de mortalidad. Todos estos mecanismos están relacionados no solo al mejoramiento de la “calidad de vida”, sino dominarla. Todo este nuevo espacio de poder se lleva a cabo bajo una lógica dominante del capitalismo industrial.

En la economía política las fuerzas expresan nuevas relaciones de poder para entenderlas y reflexionarlas, pero Foucault necesitaba de una nueva teoría política que conduzca la articulación de las relaciones de obediencia y mando de la multitud ante el soberano, y encontró en la biopolítica la explicación de este entramado social.

En el capitalismo industrial la biopolítica se acomoda a las tecnologías disciplinarias creando cuerpos dóciles, pero a la vez útiles para la fuerza de trabajo propia de las fábricas del siglo XVIII

---

<sup>3</sup> En contexto histórico del siglo XVIII.

donde “se aplica a la vida de los hombres, o mejor, no enviste al hombre cuerpo, sino al hombre viviente” (Foucault, 2003).

La biopolítica permite la coordinación estratégica de las relaciones de poder para que los vivientes produzcan más fuerza productiva. Para Foucault las funciones de la Biopolítica son: coordinar y dar una finalidad social, lo que llamó biopoder.

La idea del biopoder para Foucault posee una importancia central en sus debates, para lo cual retoma la categoría “anatopolítica”, como antecedente de la tanto de la biopolítica y del biopoder, que representa el control del “cuerpo-máquina”. El surgimiento de este poder está marcado en la idea de la “Medicina Social” que surge en el siglo XVII, pero que se consolida en los siglos XVIII y XIX, la idea de esta medicina basaba en las utilidades prácticas que poseía el pueblo para trabajar, la primera de ellas, constituir una gran e importante fuerza productiva y la segunda, formar parte de la defensa de los territorios.

Este entramado condujo a políticas de salubridad pública destinadas a cuantos sujetos se disponía para las prácticas laborales, dando paso a la llamada “estadística médica” que durante el apogeo de la Revolución Industrial abrió aún más la brecha entre pobres y ricos. Las esferas de aplicación de la “medicina social” implicaron, entre otras cosas, el ordenamiento del espacio, la interferencia de manera directa en los cuerpos, lo que, a su vez, se puede entender como una gestión de la vida de las poblaciones.

El “biopoder” puede entenderse como un territorio teórico y práctico en el campo del quehacer político, destinado a una administración política de estos por parte del poder del Estado y sirve como clasificador de las distintas formas de poder instaurados por los Estados en determinados momentos históricos. Desde esta idea se puede conceptualizar al biopoder como el “poder sobre la vida”.

Para Foucault el derecho de vida solo puede ejecutarse de una manera total y positiva junto a la muerte. “cuando el poder soberano hace la guerra a sus enemigos y expone la vida de los súbditos para sostener su existencia” (Foucault, 2004), en este sentido existe un ejercicio de poder indirecto sobre la vida y la muerte.

Frente a estos postulados expuestos por Foucault, existen nuevas categorías para entender la estrecha relación entre medicina y sociedad, categorías como la denominada “Ciudadano biológico” contextualizado por Nikolas Rose, quien lo define como:

*...Una evolución de la ciudadanía desde el siglo XVIII en Europa, Norteamérica y Australia: los derechos civiles concedidos en el siglo XVIII hicieron necesaria la extensión de la ciudadanía política en el siglo XIX y de la ciudadanía social en el siglo XX. Esta*

*perspectiva es útil, en la medida en que se rompe con la política-filosófica de consideraciones de la ciudadanía. Como proyectos de ciudadanía, nos referimos a las formas en que las autoridades pensaban en (algunos) los individuos como ciudadanos potenciales y las formas en que trataron de actuar sobre ellos. Por ejemplo: la definición de los que tenían derecho a participar en los asuntos políticos de una ciudad o región, la imposición de un solo sistema jurídico nacional, a través de un territorio, los ciudadanos que obliga a hablar un idioma nacional único, el establecimiento de un sistema nacional de educación obligatoria y universal, el diseño de edificios y la planificación de espacios públicos en la esperanza de que alentaría a ciertas maneras de pensar, sentir y la actuación, el desarrollo de sistemas de seguridad social para vincular los temas nacionales para desarrollar el reparto de riesgos. (Ross, 2004: 8).*

En este panorama la atención a la salud pública queda atada a los dilemas económicos, es por esto que los conflictos al final de la vida, en muchos casos, están delimitados por las condiciones de las clases sociales, que hacen, en muchos casos, la diferencia en las decisiones sobre el tratamiento, el vivir y el morir.

Autores como Sharp describen a estos procesos a modo de elementos que reflejan la importancia que se le da al cuerpo y la vida. “dice mucho acerca de nosotros mismos, ya que revela los valores culturales que asignamos al cuerpo. A su vez, se destapa un nuevo terreno para la comprensión de los límites que definen las relaciones sociales”. (Sharp, 2008).

## 4. El cáncer como metáfora de guerra

El cáncer es una enfermedad agresiva con relación al crecimiento del número de pacientes, su patología se caracteriza por ser muy cruel, dolorosa, y además encierra muchas fases desconocidas que ocasionan reacciones que influyen en las decisiones, médicas, sociales y culturales, en el debate sobre el final de la vida.

Susan Sontag argumenta que influye en todo el entramado de la sociedad “las imágenes que describen el cáncer resumen el comportamiento negativo del homo economicus del siglo XX: la imagen del crecimiento anómalo; la de la contención de la energía, es decir, la del negarse a todo consumo o gastos” (Sontag, 2003:19).

El cáncer para la autora, quien murió de esta enfermedad, representa el horror de una invasión generalizada con escaramuzas imprevisibles y terapias brutales que representan una suerte de contraofensiva militar donde el cuerpo se concibe como un campo de batalla; el cuerpo

libra frente al cáncer un combate encarnizado del que con frecuencia sale vencido. Hasta hace pocos años era una enfermedad considerada tabú, la que persistía en su malignidad y encono a pesar de las múltiples victorias que ofrece la ciencia médica. Sontag resume así: “Se pensaba en la tuberculosis como una muerte decorativa, a menudo lírica. El cáncer es un tópico extraño y todavía escandaloso para la poesía; y se antoja inimaginable volver estética esta enfermedad” (Sontag, 2003:18).

El miedo sobre el cáncer se debe a la idea de que la ciencia médica puede curar, casi, cualquier enfermedad, no obstante, para esta la posibilidad de sanación depende más por lo oportuno de su descubrimiento, que por la aplicación de medicamentos o de artilugios tecnológicos, paradójicamente estos avances tecnológicos han provocado que el cáncer se haga más visible.

El cáncer se ha convertido en una amenaza para Latinoamérica debido a los altos índices de morbilidad en la etapa avanzada de la enfermedad. El informe “*The Lancet Oncology*”, 2013, describe un panorama muy complejo en la región, donde se enfatiza que las políticas de salud, muchas de ellas caducas, se enfocan hacia una atención deficiente en los pacientes de cáncer.

## 5. Discursos y prácticas médicas al final de la vida

Existe una amplia literatura que ha comenzado a explorar las actitudes, prácticas y discursos del personal sanitario (médicos, enfermeras), los pacientes y sus familias, en relación al final de la vida. “Mucho de esta literatura se concentra mayoritariamente en la pérdida del control y de autonomía del paciente que conlleva a perder la independencia y la dignidad humana” (Geppert, 2011:3).

Bajo un concepto foucaultiano “dan lugar a una práctica donde las personas han llegado a pensar, sentir y actuar en el final de la vida, este enfoque permite una introducción sobre las experiencias hospitalarias de esta situación”. (Foucault, 2003). El concepto de Foucault sobre el discurso no es solo sobre el lenguaje o la estructura del mismo, se trata de formas discursivas y prácticas basadas en las reglas de exclusión que permiten o no la participación de los sujetos individuales.

*Foucault considera el saber médico como una ciencia política, dado que a través de su práctica se ha ocupado en resolver técnica o científicamente problemas eminentemente políticos, estableciendo, entre otras cosas, una presencia generalizada de médicos en el espacio social, cuyas miradas cruzadas forman una red y ejercen en todo lugar y en todo tiempo una vigilancia constante, móvil y diferenciada. (Pedraza, 2006:5).*

Pierre Bourdieu (2001), argumenta que los discursos en las sociedades es el resultado de intercambio de los capitales sociales y culturales, los cuales se definen como todo aquello que tenga valor simbólico en una sociedad determinada. En este sentido, los individuos por medio del capital cultural y social pueden formar intercambios discursivos. En el hospital, el entorno plantea a los médicos y a los pacientes terminales, dilemas y contradicciones sobre la vida y la muerte.

## 6. Conclusiones

Las conclusiones son quizás el trabajo más tedioso en la elaboración de un artículo o investigación, debido a que se puede caer en fatalismo, facilismo y estigmatización conceptual.

La Antropología médica en Ecuador, con escasa presencia en el debate, ha sido asumida, casi exclusivamente, desde los discursos del biopoder, biopolítica y la bioética. Este aferramiento teórico ha imposibilitado, en muchas ocasiones, ver otras categorías como la biosociabilidad, la ciudadanía biológica y la economía política de la esperanza, debates más contemporáneos.

No se puede alegar que estas categorías de análisis no sean fértiles para el debate social, pero son insuficientes para comprender desde lo social a las enfermedades y el entorno de salubridad.

Para poder entender y explicar las estrechas vinculaciones entre la enfermedad, los pacientes y los servicios médicos, no se puede sostener, exclusivamente desde los discursos foucaultianos, sino que hay que abrirse a nuevos conceptos y autores como: Agamben, Baihl, Esposito, Petryna, Rabinow, Rose, entre otros.

Las relaciones existentes entre los pacientes y médicos, muchas veces se aleja de los discursos del biopoder, la biopolítica y la bioética, y se basan más en la confianza entre médicos, enfermeras, pacientes y familiares.

Es tiempo en Ecuador de pensar o replantearse los conceptos sociales para describir los procesos de salud, enfermedad, como un diálogo más que una imposición exclusivamente médica.

## 7. Bibliografía

- ◆ BOURDIEU, Pierre, "Poder, derecho y clases sociales" Desclée De Brouwer, Bilbao, 2011.
- ◆ FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Paidós, México 1994.
- ◆ Tecnologías del yo, Paidós, Barcelona, 1990.

- ◆ GESSERT, Charles, BAINES Barry, KUROSS, Steven, CLARK, Cinda, haller, Irina, "Ethical Wills and Suffering in Patients with Cancer: A Pilot Study" *Journal of Palliative Medicine*, Volume 7, Number 4, 2004. Disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15353095>.
- ◆ GEPPERT, Cynthia, RABJOHN, Patrick, VLASKOVITS, Joseph, "To Treat or Not to Treat: Psychosis, Palliative Care, and Ethics at the End-of-Life: A Case Analysis" disponible en: <https://www.ethicshare.org/node/757905>.
- ◆ LUNA, Florencia, SALLES, Arleen, "Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos" Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- ◆ MÉNDEZ, Baiges, Víctor, "Sobre Morir, eutanasias, derechos, razones", Trotta, Madrid, 2002.
- ◆ MILELKE, Mithscherlich A, "Documentos del juicio de Nurmberger", 1947, Tecno, México, 1978.
- ◆ MORGAN Jane, "End-of-life care in UK critical care units a literature review" Disponible, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-5153.2008.00274.x>, fecha de consulta, 12/06/2013.
- ◆ PEDRAZ, Miguel Vicente, "el cuerpo preso de la vida saludable" disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=10649110>, fecha de consulta: 21/06/2012.
- ◆ SONTAG, Susan, "Las enfermedades y sus metáforas, Tauros, Bogotá, 2003.
- ◆ VÁSQUEZ Roca, Adolfo, "Bioética y Antropología Médica, los límites al tratamiento médico" disponible en: [http://www.tendencias21.net/La-asistencia-medica-descubre-sus-limites\\_a\\_2857.html](http://www.tendencias21.net/La-asistencia-medica-descubre-sus-limites_a_2857.html), fecha de consulta: 12/07/2012
- ◆ The Lancet Oncology Commission, 2013. Disponible en: [http://press.thelancet.com/latinamericacancer\\_spanish.pdf](http://press.thelancet.com/latinamericacancer_spanish.pdf). Fecha de consulta. 16/03/2013.
- ◆ TOVERUD, Kirsten, "Dying Cancer Patients: Choices at the End of Life" *Journal of pain and symptom Management*, 4 No, 2, 1997, disponible en: [www.jpsmjournal.com/article/S0885...3/](http://www.jpsmjournal.com/article/S0885...3/), fecha de consulta: 01/07/2012.

**Fecha de recepción: 5 de marzo de 2015**

**Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2015**





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

[www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu) - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

**Discursos de profesionales de la salud y de mujeres sobre el aborto voluntario**

**Discourses of health professionals and voluntary women about abortion**

**MARIA JOSE MIRANDA LUCAS\***

**DOLORS COMAS D'ARGEMIR\***

## OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Maria Jose Miranda Lucas. Profesora Asociada Grado de Medicina y Cirugía, Universidad Rovira i Virgili, Hospital Universitario de Tarragona Joan XXIII. E-mail: [mjmirandalucas@hotmail.com](mailto:mjmirandalucas@hotmail.com)

\* Dolors Comas d'Argemir. Catedrática de Antropología Social de la Universidad Rovira y Virgili. E-mail: [dolors.comasdargemir@urv.cat](mailto:dolors.comasdargemir@urv.cat)

## Resumen

El presente artículo indaga los significados del aborto voluntario desde el discurso de los profesionales sanitarios involucrados en ello y de mujeres que han experimentado una interrupción voluntaria del embarazo. Se toma como referencia la ley aprobada en España en el año 2010 y el objetivo es conocer como los sujetos implicados en este proceso social y de salud resignifican la ley con sus propios discursos en función de sus parámetros culturales y su rol en dicho proceso. Surgen así nomenclaturas, adjetivos y condicionantes sociales variados a pesar de encontrarnos ante un proceso que parece estar unificado, consensuado y aceptado ante la legislación, la sociedad y el modelo médico hegemónico.

**Palabras clave:** aborto voluntario; discursos; modelo médico hegemónico; legislación aborto.

## Abstract

This article examines the different meanings of voluntary abortion which are given not only by the health professionals but also by women who have been involved in this situation. In this way, the last law approved in Spain in 2010 is taken as a reference. The aim is to know how the subjects involved in this social and health process resignify the law via their own point of view related to their cultural parameters and their role in the abortion process. For instance, it seems to be unified and approved by consensus with the legislation, society and the hegemonic medical model. However, although this matter is involved in a standard process, this issue arises many nomenclatures, adjectives and varied social conditions.

**Keywords:** voluntary abortion; discourses; hegemonic medical model; abortion legislation.

## Introducción

La palabra aborto proviene del latín "arborior" que significa morir antes del nacimiento (Jiménez Garrote, 2006: 1). Desde la perspectiva biomédica es la interrupción de la gestación a la que según la participación de los profesionales, de la mujer o el embrión se le atribuye un determinado adjetivo: así hablamos de aborto espontáneo cuando se interrumpe la gestación de forma natural, clínicamente se puede manifestar como aborto completo o incompleto en función de si se expulsa de forma total o parcial el contenido de la cavidad uterina.<sup>1</sup> Cuando el aborto es inducido como consecuencia de la voluntariedad de la mujer se habla de aborto voluntario, con lo cual el aborto espontáneo sería equiparable a involuntario. No obstante, en términos jurídicos, el aborto voluntario se denomina interrupción voluntaria del embarazo, es decir, por voluntad expresa de la mujer.

Tratar sobre el aborto voluntario es bastante complejo puesto que este proceso está sometido a criterios médicos, datos científicos, aspectos éticos, análisis sociológicos, valoraciones religiosas, interpretaciones jurídicas e intereses políticos que son variables en el espacio y en el tiempo y que afectan a ciertos valores del sujeto, lo que genera cierta dificultad de realizar una interpretación que resulte rigurosamente exacta y uniforme. Nuestra perspectiva es la de entender el significado del proceso del aborto voluntario tanto para los profesionales de la salud como para las mujeres teniendo en cuenta el contexto social y político existente.

En la lógica del modelo médico hegemónico, el hecho de tratar el aborto voluntario como un acto médico lo sitúa en algo equivalente a una enfermedad o a una patología que requiere diagnóstico y tratamiento, lo que contribuye a su legitimación. Con connotaciones muy distintas, es algo parecido a lo que ha sucedido con los partos y su medicalización. Se trata sin embargo de un proceso social de salud vinculado a las políticas de salud sexual y reproductiva, con fuertes componentes culturales, sociales y políticos. La mirada antropológica nos permitirá explorar las percepciones sobre el aborto desde la observación y la comprensión de las experiencias de los profesionales sanitarios y de las mujeres implicadas en este proceso.

El marco legal vigente en España hace posible la realización de abortos voluntarios y es en este contexto que se realiza la práctica médica. Este marco jurídico es resignificado en

---

<sup>1</sup> Protocolo Aborto Espontáneo de la SEGO 2010. <http://blog.utp.edu.co/maternoinfantil/files/2012/04/Aborto-espontaneo-1-trimestre.pdf> (consultado 02/02/2014).

su aplicación y en las experiencias directas de los actores implicados. Nuestra hipótesis es que las situaciones que en el marco legal se consideran como abortos voluntarios son objeto de diferenciación en terminología, conceptualización y legitimidad en los actos médicos. Estas diferencias son las que queremos explorar en este artículo a partir de las estrategias discursivas de los profesionales sanitarios y de las mujeres que han practicado un aborto, en las que influyen las dimensiones legales pero también las religiosas o morales.

Este artículo forma parte de una investigación sobre el aborto voluntario. Los datos que contiene están basados en la búsqueda bibliográfica, la observación participante y las entrevistas en profundidad realizadas a mujeres que han pasado por la experiencia del aborto (6 mujeres: 3 interrupciones por diagnósticos médicos y las otras tres bajo otro supuesto) y a profesionales sanitarios (5 profesionales: tres comadronas y dos ginecólogas). Para poder ser entrevistados se precisó de la conformidad de un comité de ética e investigación clínica del Hospital Universitario Joan XXIII de Tarragona, así como del consentimiento informado de las personas participantes. La muestra de la que se ha partido no pretende ser representativa, sino que desde una metodología cualitativa se aportan elementos de comprensión acerca del significado del aborto voluntario por parte de los actores directamente implicados.

## Estado actual legal y ético-religioso

En España el aborto inducido estuvo penalizado durante la dictadura franquista y años posteriores<sup>2</sup>. En 1985 se aprobó una ley que permitía abortar en determinados supuestos.<sup>3</sup> Fue sustituida por la ley 2/2010, que es la actualmente vigente, y que permite el aborto libre en ciertos plazos.<sup>4</sup> La diferencia fundamental entre ambas leyes, cuya distancia en el tiempo

---

<sup>2</sup> En 1937, el gobierno de la República aprobó una ley que despenalizaba el aborto, aunque tuvo una vigencia muy corta pues fue derogada por el régimen franquista. Catalunya se había adelantado a esta iniciativa con la aprobación del aborto libre en el año 1936, ley que también fue derogada.

<sup>3</sup> *Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 147bis del Código Penal*. URL: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>.

<sup>4</sup> *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. URL: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514>. Esta ley fue parcialmente modificada en el año 2015 por la *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*. URL: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/09/22/pdfs/BOE-A-2015-10141.pdf>.

es nada menos que de 25 años, está en el reconocimiento del derecho a planificar la gestación y la libre elección de la maternidad por parte de las mujeres. La Ley Orgánica 9/1985 no reconocía este derecho, pero otorgaba cierta permisividad al aborto en ciertos supuestos, teniendo en cuenta que el aborto se consideraba un acto penado tanto para la mujeres como para la persona que lo realizara, fuera profesional sanitario o no. Los tres supuestos que contemplaba son: grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, violación denunciada hasta las doce semanas de gestación y feto con graves taras físicas o psíquicas. De forma aclaratoria podríamos decir que en esta ley del año 1985 el aborto voluntario quedó despenalizado en el caso de un aborto terapéutico (en cuyo caso y según la urgencia no se establecían límites de semanas de gestación), embarazo por violación (se establece el límite en 12 semanas) y aborto eugenésico (dentro de las primeras 22 semanas de embarazo).

La Ley Orgánica 2/2010, que es la ley vigente en materia de aborto, permite abortar según plazos de gestación. Se puede así abortar libremente hasta las 14 semanas de gestación y pasadas dichas semanas se daría la posibilidad de abortar bajo un diagnóstico médico, en caso de existir grave riesgo para la salud o vida de la embarazada o graves anomalías en el feto, sin que se superen las 22 semanas de gestación. Más allá de dichas semanas de gestación, la ley considera además dos supuestos excepcionales para la interrupción del embarazo: anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable que se detecte en el momento del diagnóstico y se confirme por un comité clínico.

Si se comparan ambas leyes llama la atención que aunque el aborto se despenaliza y es reconocido en la práctica como un derecho, sigue estando sujeto a ciertas restricciones, tanto desde el punto de vista legal como cultural, ya que no es totalmente libre, aunque sí esté cubierto desde el punto de vista médico (Rubio, 2005). Independientemente de los juicios morales, la regulación tendría como objetivo atender a razones de sanidad pública y ofertar los recursos pertinentes para ello.

La interrupción del embarazo, de acuerdo con la ley, debe realizarse en centros acreditados ya sean públicos o privados. La Tabla 1 muestra la evolución del número de centros que notifican Interrupciones Voluntarias del Embarazo y los abortos realizados. Destacamos de estas cifras que el número de abortos se mantiene relativamente estable en los últimos diez años y que la aprobación de la Ley 2/2010, que amplió los supuestos de despenalización, no significó un incremento del número de abortos como predecían quienes se oponían a la reforma legal, e incluso tienden a disminuir.

<b>Año de la intervención</b>					
	<b>2006</b>	<b>2008</b>	<b>2010</b>	<b>2012</b>	<b>2014</b>
<b>Nº de centros que han notificado IVE</b>	135	137	146	189	191
<b>Nº de abortos realizados</b>	101.592	115.812	113.031	113.419	94.796
<b>Tasas por 1.000 mujeres de 15 a 44 años</b>	10,62	11,78	11,71	12,12	10,46

Tabla 1. Centros que han notificado, abortos realizados y tasas de abortos. España.  
 Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2014).

En cuanto al tipo de centro en que se realizan las interrupciones llama la atención la existencia de un gran desequilibrio numérico a expensas de los centros privados, tal como puede comprobarse en la tabla 2. En el año 2014, un 89,91% de los abortos se realizan en centros privados, pero antes de la aprobación de la Ley 2/2010, el porcentaje se eleva hasta el 98,16%, y el escaso 1,84% que se realizaban en centros públicos eran en su totalidad de carácter hospitalario. Los centros privados, en cambio, acumulan las intervenciones extrahospitalarias, asociadas a las interrupciones hechas a petición de la mujer, que son las mayoritarias. Cabe señalar que la ley vigente establece la garantía de acceso a la prestación, lo que contribuye a reconocer el aborto como algo aceptado y normal, alejándolo de la penalización: el hecho de darle visibilidad, aunque sea desde el ámbito médico, ya es una forma de acercamiento social, pasando de ser un delito a un diagnóstico.

<b>Tipo de centro</b>	<b>2010</b>		<b>2014</b>	
	<b>Núm. interrupciones</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Núm. interrupciones</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>PÚBLICO</b>	2.080	1,84	9.565	10,09
Hospitalario	2.080	1,84	4.379	4,62
Extrahospitalario	0	0	5.185	5,47
<b>PRIVADO</b>	110.951	98,16	85.231	89,91
Hospitalario	10.862	9,61	7.432	7,84
Extrahospitalario	100.089	88,55	77.799	82,07

Tabla 2. IVE. Distribución según tipo de centro. España.  
 Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

En la tabla número 3 incluimos los datos correspondientes a las semanas de gestación en que se interrumpe el embarazo y los motivos. Destaca claramente la voluntariedad del proceso, ya que en el año 2014 un 88,91% de los abortos se hacen a petición de la mujer, y solo un 11,09% responden a causas relacionadas con el riesgo de la mujer o las anomalías fetales. Esto se relaciona a su vez con el predominio de las fases tempranas en que se efectúan las interrupciones (70,18% antes de las 8 semanas; 19,20% entre las 9 y las 12 semanas).

Semanas de gestación	Nº interrupciones	Porcentaje
8 ó menos semanas	66.528	70,18
9-12 semanas	18.201	19,20
13-16 semanas	5.924	6,25
17-20 semanas	2.721	2,87
21 ó más semanas	1.422	1,50
<b>Motivos de la interrupción</b>		
Petición de la mujer	84.283	88,91
Grave riesgo para la vida o salud de la embarazada	6.778	7,15
Riesgo de graves anomalías fetales	3.422	3,61
Anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable	303	0,32
Varios motivos	10	0,01
<b>Total</b>	<b>94.796</b>	<b>100</b>

Tabla 3. IVE. Semanas de gestación y motivo de la interrupción. España. Año 2014.  
 Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2014).

Resulta prácticamente imposible tratar el tema del aborto sin hacer mención a la religión y, aunque no queremos extendernos en esta cuestión, sí hay que resaltar la influencia de la doctrina católica en España, por lo que respecta al menos a las concepciones morales sobre el aborto y su influencia, que van en la línea pro-vida (Dworkin, 1994), pues se reconoce el derecho fundamental a la vida del no nacido ya de forma completa desde el momento de su concepción. Tres elementos fundamentan la postura cristiana frente al *nasciturus*: la consideración del aborto como un asesinato; el culpable o el cómplice tendrá que rendir cuentas a Dios, y el feto es un ser vivo del que Dios se cuida (Burgués, Bedouelle y Becquart, 2007: 120). Así, en contextos distintos, ideologías diferentes y cronologías variadas el hecho de abortar no es algo libre, no lo decide el sujeto, siempre está ceñido a condicionantes morales o sociales. Y siempre es punible, ya sea desde el cielo o desde la tierra.

Este substrato religioso está fuertemente arraigado en el imaginario social y ha influido en la regulación existente, de manera que las leyes sobre el aborto que se han aprobado en España no lo hacen reconociendo un derecho de las mujeres, sino que despenalizan ciertos supuestos y el aborto sigue siendo punible y bajo la vía penal.<sup>5</sup> Sigue sin reconocerse la desvinculación de la mujer a la obligación de la maternidad, en lugar de considerar el derecho a la elección de la maternidad como una opción (Campos, 2009; Tietjens, 2001). La mujer no tiene pues derecho a decidir sobre sí misma y sobre su propio cuerpo. Estas convicciones han generado durante años un conjunto de prejuicios y leyes moldeadas en base a dicho adoctrinamiento, influyen en la percepción social del aborto y generan sentido de culpa en las mujeres que han tenido que recurrir a él. El aborto es aún hoy un tema en disputa, con intentos de contrarreforma impulsados por la Iglesia católica, sectores políticos conservadores y las organizaciones pro-vida (Casado, 2014).<sup>6</sup>

## El aborto desde el paradigma corporal

El aborto puede ser analizado desde la biopolítica de Foucault ([1976] 2005), como la capacidad del poder de incidir sobre la vida, administrarla, regularla e inhibirla. También forma parte de lo que Ginzburg y Rapp (1991) denominan como “política de la reproducción”, o de lo que más recientemente Morgan y Roberts (2012) consideran como “gobernanza reproductiva”, entendida como los mecanismos a través de los cuales distintos actores (como gobiernos, iglesias, organizaciones, etc.) utilizan instrumentos legislativos, incentivos económicos, principios morales o éticos, y/o coerción directa, para orientar y controlar el comportamiento y prácticas reproductivas. En este contexto, nos interesa analizar cómo los sujetos sociales implicados en el proceso del aborto y, más en concreto, los profesionales sanitarios y las mujeres, generan unas estrategias discursivas propias, que asumen, negocian o combaten los principios hegemónicos existentes. A su vez, estos principios no son homogéneos, sino que se hallan en disputa, confrontando visiones contrapuestas.

Desde el punto de vista médico, el aborto se trata como una entidad ligada al cuerpo de los sujetos, y a pesar de los tratamientos que se realizan desde la biomedicina sobre los cuerpos como ocurre en este caso, el aborto nos oferta la posibilidad de ser analizado desde el cuerpo como

---

<sup>5</sup> En Latinoamérica la regulación es mucho más restrictiva, aunque esto no impide que cada año haya más de 4 millones de abortos ilegales (Piekarewicz, 2015).

<sup>6</sup> También la ley vigente sufrió un fuerte debate antes de ser aprobada, como reseñan el artículo de Casado (2008) y el de Atienza y González-Meneses (2009).

fenómeno cultural. La dialéctica entre las percepciones sociales y los instrumentos de la biopolítica se hallan bien reflejados en la teoría del cuerpo descrita por Scheper-Hughes y Lock (1987): las autoras proponen que desde las experiencias de enfermedad, dolor y salud emergen características culturales que muestran formas de ordenamiento social.

Según esta teoría, el concepto de *cuerpo político* englobaría las políticas sobre sexualidad y planificación familiar referentes al aborto. La legislación vigente que permite abortar sin incurrir en un delito condicionada a ciertas semanas de gestación y ciertos supuestos, los recursos establecidos por las políticas sanitarias y las opciones que ello ofrece quedarían circunscritos en realidad bajo la normativa. El acceso de las mujeres al sistema sanitario para satisfacer su demanda bajo la legislación sin incurrir en un delito y en condiciones seguras quedaría definido bajo el cuerpo político.

No obstante el análisis del aborto como proceso sociocultural no sólo precisa de unas normas y una mujer con test de embarazo positivo que decide abortar, también hay que tener en cuenta el contexto en el que se va a desarrollar. Es aquí donde el *cuerpo social* tiene su significado. El aborto se representa y se narra desde diferentes perspectivas en función de los actores implicados. Esta variabilidad que se da en la realidad, en cuanto a legitimar el aborto voluntario en base a las causas de la interrupción es la que nos permite tratar el aborto como un proceso social además de precisar de un tratamiento médico. Esta dimensión no solo incluye a las mujeres que deciden abortar por las diferentes causas que se puedan dar, personales o sociales o causas médicas, también incluye a los profesionales sanitarios con sus nomenclaturas propias. Y también es importante la red social más cercana y cotidiana de las mujeres. Hay que resaltar que la mujer para legitimar su decisión no sólo precisa de una ley y de un sistema sanitario, resulta de gran relevancia la aceptación y la conformidad por parte de su entorno más cercano, ya sea familiar o cotidiano.

Por último el *cuerpo individual* nos aportaría la representación del aborto desde la parte más corporalizada del sujeto, descripciones como dolor, culpa, estigma, miedo son reproducidas por las mujeres para definir sus experiencias, producidos por el propio modelo médico hegemónico que es la vez el que trata el aborto, constituyendo la herramienta elegida y formando parte del *cuerpo político*. Es decir es una decisión que acaba por recordarse bajo vocablos que denotan estar ante una experiencia negativa que podríamos explicar el tomar el aborto como un acto contranatura en contraposición a la maternidad naturalizada tanto desde perspectivas socioculturales, religiosas o éticas y económicas (Martínez, 2013).

## El aborto desde el paradigma médico

En el contexto actual el aborto es tratado como un acto médico, y así lo podemos considerar al centrarnos en los sujetos que se hallan directamente implicados en el proceso, como son las propias mujeres y los profesionales sanitarios. El aborto es cuantificado y tratado desde las instituciones y las políticas sanitarias bajo un diagnóstico y como un procedimiento médico. El propio itinerario a seguir ante la decisión por parte de la mujer queda circunscrito al sistema sanitario independientemente de las causas o motivos de la decisión, por lo que se establece una relación con los profesionales de la salud que a la vez forman parte del sistema biomédico. Cuando una mujer decide abortar debe acudir a su centro de salud, allí será informada por el profesional sanitario y después de un periodo de reflexión de tres días se establecerá el tratamiento más adecuado para la interrupción en función de las semanas de gestación. Lo anteriormente referido estaría en consonancia con gestaciones de hasta 14 semanas, pero cuando se toma la decisión en base a un diagnóstico de enfermedad materna o fetal, entonces se incrementa el plazo en que se puede realizar hasta las 22 semanas o incluso en un plazo superior cuando se trata de enfermedades graves e incompatibles con la vida, consensuados por un comité clínico.

En nuestra investigación hemos querido conocer justamente cómo los distintos supuestos que reconoce la ley son percibidos por los profesionales de la salud y también por las mujeres que experimentan directamente el aborto en sus cuerpos, y a ello nos referiremos en el próximo apartado. Queremos constatar a través de las entrevistas realizadas que la medicalización del aborto influye en su legitimación social, pues lo deriva hacia un campo que se aleja de dimensiones morales o religiosas.

Para explicar la consideración jurídica, política y social del aborto como una cuestión médica, nos parece útil recurrir a los modelos explicativos de Kleiman (1980): patología (*disease*), padecimiento (*illness*) y enfermedad (*sickness*). Estos términos distinguen respectivamente la dimensión biológica y psicológica de la enfermedad, la dimensión cultural y la social. Aplicados al aborto, la patología (*disease*) es el diagnóstico médico necesario para incluir el aborto bajo los supuestos o los plazos de la ley vigente, quedando inscrito en los antecedentes médicos de la mujer que ha pasado por el proceso. A la vez es necesario un sistema de salud que lleve a cabo dicha acción, así como una legislación que lo haga posible, y que sitúa al Estado como un actor decisivo como hacedor de políticas públicas. Cómo gestionar este proceso es lo que nos lleva a hablar de la enfermedad (*sickness*), y entonces hay que hacer referencia a ciertos supuestos (que se pueden considerar metafóricamente como enfermedad) para llevar a cabo el aborto, puesto que la carga cultural, política e ideológica que envuelve el procedimiento es de difícil consenso. El sistema médico en este caso sería la herramienta tanto para categorizarlo como para

materializarlo, pues es la medicina la que, en cierta manera y amparada por la legislación vigente, legítima el aborto voluntario, le otorga cierta visibilidad desde la categoría de enfermedad y disuade la carga de culpabilidad que pesa sobre él. Esta transferencia del aborto al campo médico, tanto por parte de las mujeres, los profesionales sanitarios y los políticos, hace que el significado del aborto se despoje de su clandestinidad, ilegalidad, inmoralidad y vergüenza, para ser resignificado metafóricamente como enfermedad. Finalmente está la mujer con su experiencia y su padecimiento individual ante el acontecimiento, la carga tanto física como emocional que vive ella en primera persona (*illnes*) y esta última dimensión es quizás la que ha podido variar más en el tiempo a causa de la evolución cultural. Esta resignificación del aborto supone cambios importantes en la vivencia del proceso por parte de las afectadas, pues podríamos suponer que lo que en tiempos de ilegalidad se sufriría y viviría con cierto remordimiento, en épocas actuales de legalidad se padecerá de una forma más tranquila y sosegada; lo que antaño sería un sufrimiento individual por un delito, en la actualidad se transformaría en una decisión legitimada, lo que permitiría restarle dramatismo y compartir el padecimiento.

Kleinman, en sus conceptos, se refiere a enfermedades y el aborto voluntario no es realmente una enfermedad. Pero sí es un acto médico reconocido como tal, un procedimiento que permite interrumpir una gestación, independientemente de las causas que lleven a ello y por ello consideramos que el poder de los conceptos de Kleinman es el de su paralelismo con la significación que se otorga al aborto, tanto por parte de las políticas sanitarias, modelo médico hegemónico y mujeres.

Por otra parte, cuando se habla de aborto surge el aspecto del derecho, es decir el aborto no como algo médico, sino como un derecho de las mujeres. El derecho a elegir no procrear (contracepción y aborto libres) ha sido una de las reivindicaciones feministas, ampliamente asumida en la práctica cotidiana de las mujeres. Consideramos sin embargo que el derecho al aborto actualmente se encuentra bajo el amparo de la medicina. Esto se evidencia cuando existe la amenaza de la falta de tratamiento médico o el intento de penalizar nuevamente el aborto, resurgiendo el activismo que defiende el derecho de las mujeres a su propio cuerpo. Y es que el aborto, como un aspecto esencial de la gobernanza reproductiva o de la biopolítica, es un terreno en disputa que se encuentra en permanente dialéctica entre el estado, el mercado, las instituciones médicas, las organizaciones religiosas y las demandas de derechos.

## Discursos de las mujeres y de los profesionales

En este apartado queremos analizar hasta qué punto el aborto concebido como un acto médico impregna los discursos de los profesionales y de las mujeres que experimentan el aborto directamente en sus cuerpos.

Dentro del ámbito médico hemos observado dos denominaciones y discursos informales, pero estandarizados en la práctica médica, en que se utilizan acrónimos (IVE e ILE) para distinguir dos tipos de aborto. El IVE (interrupción voluntaria del embarazo) designa el aborto realizado sin ningún diagnóstico médico, mientras que el ILE (interrupción legal del embarazo) se refiere a los abortos realizados según criterios diagnósticos. Debemos aclarar que todos los abortos inducidos se realizan según el marco legislativo actual que establece la interrupción del embarazo de forma voluntaria, según el artículo 14 a petición de la mujer y según el artículo 15 por causas médicas.

Así, dentro de los modelos explicativos profesionales se establecen dos categorías muy diferenciadas en base a la causa que motive la toma de decisión del aborto. Mientras la legislación actual considera todos los casos de aborto inducido como abortos voluntarios, los profesionales de la medicina distinguen dos modalidades y aplican el término “legal” solo a una de ellas, la que se realiza por causas médicas. Esta diferenciación jerarquiza las dos modalidades en la medida en que una de ellas (la que se realiza a petición de la mujer) es sospechosa de contener componentes arbitrarios que la convierten en menos legítima aunque sea legal. Hay que tener en cuenta además, los propios objetivos de un acto médico, que son indiscutibles cuando existe un diagnóstico de malformación o peligro para la salud de la madre o del feto, pero que en cambio no aparecen cuando es la propia mujer quien decide por distintas razones si puede llevar adelante un embarazo o no. Al diagnóstico médico, como criterio profesional, se le otorga más valor que a la decisión de la mujer sobre su cuerpo. Efectivamente, las entrevistas realizadas muestran que los profesionales sanitarios valoran más su labor profesional en las interrupciones bajo un diagnóstico que en los casos en que el aborto se solicitó por causas personales o sociales, en que se sienten meramente facilitadores de algo que está legislado. Entraría en este apartado el diagnóstico prenatal dentro de la práctica especializada de la Obstetricia, que incluye programas de screening de detección de ciertas enfermedades, controles y seguimientos durante la gestación que están inscritos en las políticas sanitarias. Uno de los informantes dentro del grupo de sanitarios lo explicaba de esta manera:

*“Tú, medicamente, no puedes decir nada, no hay ningún factor médico que influya en nada. Una paciente que está embarazada decide voluntariamente interrumpir aquel embarazo por el motivo que sea y no hay ningún factor médico, ni ningún diagnóstico,*

*ni nada. Quiero decir, es una paciente que no tiene nada que ver con nada médico. Y yo creo que aunque sea voluntario, que evidentemente lo es, y aunque que sea legal, que evidentemente lo es, yo creo que hay un diagnóstico por medio, una implicación médica por medio, es más, quizás una recomendación médica. Después la paciente a lo mejor te dirá que sí o te dirá que no, lo hará o no lo hará o lo que sea pero yo creo que hay una implicación médica que en la otra no existe”.*

Las mujeres que hemos entrevistado desconocían esta diferenciación entre el IVE y el ILE, pero ahondando en sus discursos acaban por expresar sentimientos y sensaciones diferenciadas según la causa que motivó la interrupción de su embarazo. Las mujeres que interrumpieron por causas personales y/o sociales destacaban el dolor como término común entre ellas. Dolor que en su discurso se reflejaba no solo en el plano biológico, es decir dolor abdominal como eje corporal en el caso del aborto, sino que se representa más allá de lo biológico implicando el plano corporal en toda su extensión (Csordas, 2002). Así es como definía el dolor una de las informantes que abortó por motivos personales:

*“Como una regla muy fuerte... además yo no soy de tener reglas dolorosas. Mucho, mucho dolor... Me agarraba a la enfermera y, nada, dolía mucho y cuando se acabó me seguía doliendo mucho, yo estaba como encogida y me dieron un ibuprofeno me parece y poquito a poco se me fue pasando. Yo lloraba un montón, lloraba mucho porque no me explicaba ese dolor... En ese momento por el dolor, luego pude llorar por sí,...en ese momento el dolor. Me asusté un montón también pensaba que me podía pasar algo”.*

Y añade más adelante:

*“Y también me daba cierta vergüenza por haberme quedado embarazada, sin haberlo planificado; tenía cierta sensación de no haber hecho bien las cosas. Y a día de hoy no lo saben (se refiere a sus padres) y espero que no se enteren”.*

No sólo se refleja el dolor entendido y cuantificado desde el plano más biológico, el que se trata habitualmente desde la farmacología, también nos refleja como ese dolor se amplía al plano más cultural según el propio simbolismo que tendría en este caso para la mujer el hecho de interrumpir un embarazo para ella y para su entorno familiar.

En el caso de los abortos cuya causa se remitía a un diagnóstico médico, es decir una enfermedad fetal, las mujeres describían la culpa como elemento común en sus discursos. Culpa centrada en su propia decisión individual de tener que elegir, y a pesar de estar legitimada por un diagnóstico médico y por la legalidad, les resulta difícil redimirse de ese sentimiento de culpa. Es más, estas mujeres a la hora de tomar la decisión y firmar el consentimiento informado tal y como marca la ley, lo hacen arropadas por su pareja y familiares más cercanos, especialmente por la

madre que es un legitimador de primer orden. Sin embargo, el sentimiento de culpa resulta imborrable.

Las mujeres entrevistadas que abortaron bajo un supuesto eugenésico (dos de las informantes bajo el diagnóstico de síndrome de Down y otra con el síndrome de Edwards) tomaron su decisión en base a evitarle un futuro padecimiento a su hijo. Reproducimos dos fragmentos de entrevistas que expresan este sentimiento de culpa:

*"...lo razonamos los dos pero yo me sentía más culpable. Lo sientes, lo notas... es que eres tú, es tu cuerpo, es que no sé cómo explicarlo y es que es involucrar y padecer igualmente y llorar igualmente, pero pienso que aquí el quebradero de cabeza y lo fuerte es per la que lo tiene que hacer, porque, si no hubiese querido, pues no lo hago, evidentemente".*

*"Y piensa que también es la mujer la que lo lleva dentro y al final la mujer es la que lo está matando".*

Al preguntar a los profesionales por las causas que motivan estas decisiones en los diagnósticos de malformaciones, ellos defienden que dichas decisiones se basan en estándares preconcebidos, es decir, pesa más el hecho de ajustarse a un estándar preconfigurado de normalidad, que plantearse el padecimiento del futuro hijo. En los casos de abortos por causas personales y/o sociales los profesionales pensaban que podría darse un uso alternativo a la contracepción, idea que no fue constatada en ningún discurso por parte de las mujeres debido a la dureza de la decisión de abortar. Esta diferencia descrita nos permitiría recurrir a los conceptos de *emic* y *etic* (Harris [1981] 2000). Incluso entre los actores involucrados en el mismo acto del aborto, se dan puntos de vista e interpretaciones diferentes respecto a un mismo suceso. Desde el rol de profesional se daría una explicación que busca más la objetividad desde su observación (*etic*) y las mujeres en su rol de pacientes representarían la subjetividad desde la parte más vivencial (*emic*). Estas ideas en cierto modo contrapuestas nos llevarían a hablar de estigma, estigma tanto para la mujer que decide en base a diagnósticos aunque sea a partir de criterios definidos por la propia sociedad y legitimados por una ley y sus políticas sanitarias consecuentes; pero estigma también para la que decide interrumpir en base a su propio derecho de determinar si desea o no ser madre. Estigma que podríamos atribuir en buena parte a la moralidad y la culpa que la Iglesia Católica ha inculcado desde una estructura patriarcal (Gudiño 2012). Promoviendo la maternidad como obligación y no como derecho, con los valores implícitos que ello lleva al respecto de políticas educativas, sanitarias, sociales y de dependencia por citar algunas. Junto con los sentimientos, sensaciones y discursos de dolor previamente citados por parte de las mujeres y la influencia que estas ideas generan en los profesionales, incluso en algunos casos podría

generar un dilema entre profesión y cumplimiento de la ley, es por ello que se contempla la objeción de conciencia como mecanismo de protección<sup>7</sup>.

## Conclusión

Tratar el aborto voluntario exclusivamente como un acto legal, con significados definidos y homogéneos es algo irreal, puesto que los actores directos que son mujeres y profesionales de la salud presentan su propio discurso el cual engloba otros caracteres más amplios y no sólo el marco legislativo. Tratarlo como una patología médica legitima el hecho del abortar independientemente de sus causas puesto que ofrece garantías de salud, sin incurrir en el riesgo de los abortos inseguros; no obstante, no acaba de darle la visibilidad universal ni la aceptación individual que se esperaría por el hecho de ser un acto legal.

Resulta complejo separar los tres ejes que hemos mencionado previamente, el legal y ético-religioso, el corporal y el médico al tratar el tema del aborto voluntario, por ello el resultado de esta conclusión será fruto de la relación entre los tres.

Si nos centramos en la *mujer* y su significado corporal nos encontramos con un tratamiento médico que produce de forma paradójica cierto “malestar” debido al significado social que tiene el aborto. El *contexto ético-religioso* que se inculca desde las agencias y en este caso una legislación que incluye todavía el aborto en el Código Penal determinan el discurso de la mujer, estigmatizando el aborto a pesar de estar legitimado por la medicina. Desde una perspectiva *médica*, y teniendo en cuenta los discursos de los profesionales, se plantean ciertas diferenciaciones respecto al aborto en función de las causas que lo provoquen, incluso utilizando nomenclaturas diferenciadas fruto de las mismas agencias que son las que construyen los discursos de las mujeres. Se reproducen dos discursos con ciertos paralelismos entre las mujeres y los profesionales de la salud en función de la causa del aborto, según exista o no diagnóstico médico. No obstante los profesionales forman parte del modelo médico hegemónico que es el que a su vez queda incluido como herramienta subordinada a las políticas y las leyes prescritas por los gobiernos, es el *biopoder*. Este biopoder producirá diferentes políticas sanitarias y legislaciones en materia de aborto cambiantes según ideologías, así gobiernos más conservadores proponen políticas dirigidas a la protección del no nacido y gobiernos más liberales

---

<sup>7</sup> Comité de Bioética de España. Opinión del Comité de Bioética de España sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad. Octubre de 2011. <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf> (consultado 07/06/2014).

interrupciones del embarazo en base a la decisión de la mujer. No obstante, y como reflexión final, constantemente se pone en tela de juicio quién tiene que decidir sobre la capacidad de abortar, interviniendo las instituciones religiosas, médicas y políticas. Pero hay que reconocer que el aborto existe en la realidad, que las mujeres necesitan garantías de seguridad a todos los niveles frente a este hecho y que ello forma parte de los derechos de las mujeres.

## Bibliografía

- ◆ ATIENZA, MANUEL Y GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL: "Debate sobre el proyecto de nueva regulación del aborto", Revista de Bioética y Derecho, Núm. 16. 2009. Pp. 2-25. DOI: 10.1344/rdb2009.16.7961.
- ◆ BURGUÉS, JEAN-LOUIS; BEDOUELLE, GUY Y BECQUART, PHILIPPE: "La iglesia y la sexualidad. Huellas históricas y miradas actuales". Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2007.
- ◆ CAMPOS, JEANNETTE: "Argumentos y dilemas éticos en torno al aborto". Rev. Reflexiones. Vol. 33, 2009. Pp.157-173.
- ◆ CASADO, MARÍA: "A propósito del aborto", Revista de Bioética y Derecho, Núm. 12, 2008, p. 17-18. DOI: 10.1244/rdb2008.12.7822.
- ◆ CASADO, MARÍA: "Contra la llamada 'propuesta Gallardón' para cambiar la regulación del aborto en España", Revista de Bioética y Derecho, Núm. 32, 2014. Pp. 4-19. DOI: 10.1344/rdb2014.32.10681.
- ◆ CSORDAS, THOMAS. J.: "Body/Meaning/Healing". London, Palgrave Mcmillan, 2002.
- ◆ DWORKIN, RONALD: "El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual". Barcelona, Ariel, 1994.
- ◆ FOUCAULT, MICHEL: "Historia de la sexualidad, 1. La voluntad de saber". Madrid, Siglo XXI [2005 (ed. Original, 1976)].
- ◆ GINZBURG, FAYE Y RAPP, RAYNA: "The Politics of Reproduction". Annual Review of Anthropology. Vol. 20, 1991. Pp. 311-43. DOI: 10.1146/annurev.an.20.1000191.001523.
- ◆ GUDIÑO, PABLO: "Experiencia, aborto y maternidad en las católicas feministas". Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Vol. 34, Núm. 2, 2012. Pp. 149-162. DOI: 10.5209/rev\_NOMA.2012.v34.n2.40737.

- ◆ HARRIS, MARVIN: "Introducción a la antropología general". Madrid. Alianza editorial ([1981] 2000).
- ◆ JIMÉNEZ GARROTE, JOSÉ LUIS: "Aborto", Bioética, suplemento, vol. 6, Núm. 5: 1-8.
- ◆ KLEINMAN, ARTHUR: "Patients and Healers in the Context of Culture. An Exploration of the Borderland between Anthropology, Medicine and Psychiatry". Berkeley. University of California Press 1980.
- ◆ MARTÍNEZ MORANT, MARA: "Experimentar el embarazo y el aborto". En: LÓPEZ, CARMEN; MARRE, DIANA Y BESTARD, JOAN (Eds.): Maternidades, procreación y crianza en transformación. Barcelona. Edicions Bellaterra, 2013.
- ◆ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: "Interrupción voluntaria del embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2014". URL: [http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE\\_2014.pdf](http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2014.pdf) (último acceso: 016/09/2016).
- ◆ MORGAN, LYNN M. Y ROBERTS, ELIZABETH F.S.: "Reproductive governance in Latin America", Anthropology and Medicine, Vol.19, Núm. 2, 2012. Pp. 241-254. DOI: 10.1080/13648470.2012.675046.
- ◆ PIEKAREWICZ SIGAL, MINA "Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina", Revista de Bioética y Derecho, núm. 33, 2015, p. 3-13. DOI: 10.1344/rbd2015.33.11560.
- ◆ RUBIO, JOSÉ: "Algunas precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto". Contrastes: Revista Internacional de Filosofía. Vol. X, 2005. Pp.1136-4076.
- ◆ SCHEPER-HUGHES, NANCY Y LOCK, MARGARETH: "The Mindful Body: A Prolegomenon to Future Work in Medical Anthropology". Medical Anthropology Quarterly. Vol 1, Núm.1, 1987. Pp. 6-41. Doi: 10.1525/maq.1987.1.1.02a00020.
- ◆ TIETJENS, Diana: "The Rush to Motherhood: Pronatalist Discourse and Women's Autonomy", Signs, Vol. 26, Núm. 3, 2001. Pp. 735-773. URL: <http://www.jstor.org/stable/3175538?origin=JSTOR-pdf> (último acceso: 09/05/2015).

**Fecha de recepción: 16 de junio de 2015**

**Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2016**





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Observatori de  
Bioètica i Dret  
Universitat de Barcelona



FLACSO  
ARGENTINA

## Revista de Bioética y Derecho

### Perspectivas Bioéticas

[www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu) - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

### Trasplante de órganos en Brasil y en España: ¿cómo los criterios ético-legales protegen al donante vivo en ambos los países?

### Organ Transplantation in Brazil y Spain: How the ethics and legal criteria protect the living donor in both countries?

SONIA MARIA MARINHO \*

FERMIN ROLAND SCHRAMM \*

## OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Sonia Maria Marinho. Doctoranda del Programa en Bioética, Ética Aplicada y Salud Pública - PPGBIOS - ENSP - FIOCRUZ, Brasil. E-mail: [soniamsouza@hotmail.com](mailto:soniamsouza@hotmail.com)

\* Fermin Roland Schramm. Investigador titular en Bioética y Filosofía de la Ciencia del PPGBIOS y del PPGSP en la Escuela Nacional de Salud Pública - ENSP - FIOCRUZ, Brasil. E-mail: [rolandschram@yahoo.com.br](mailto:rolandschram@yahoo.com.br)

\* Este artículo contó con el apoyo de la Fundación Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível superior - CAPES, Brasil.

## Resumen

Este artículo realiza una comparación entre las legislaciones específicas de trasplantes de órganos de España y Brasil. Su objetivo es averiguar cómo los dispositivos legales protegen a los donantes vivos de órganos. Tomando como base el documento del Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho (en adelante, OBD), de la Universidad de Barcelona, sobre “Trasplante de órganos de donante vivo”, publicado en 2011, los autores concluyen que las donaciones a partir de personas vivas deben ser estimuladas sólo en algunos casos muy específicos.

**Palabras clave:** trasplante de órganos; donantes vivos; Comités de Ética Asistencial; bioética.

## Abstract

This study compares the specific Organ Transplantations Laws from Spain and Brazil. Its objective is investigate how the legal devices protect the organ living donors in both countries, where the incentives for living donation has been stimulated lately. From the analysis of the “Document on Transplantation from Living Donors”, published from Bioethics and Law Observatory Opinion Group from Barcelona University (OBD-UB), in 2011, it has been concluded that the living donations should not be stimulated.

**Keywords:** organ transplantation; living donors; Ethics Committees; bioethics.

## 1. Introducción

Hace un poco más de medio siglo fue realizado en los EEUU el primer trasplante de riñón exitoso con hermanos gemelos idénticos. Así comenzaba una nueva terapia que cambiaría la forma de tratamiento de miles de enfermos en el mundo, un avance importante de la tecnología médica: los trasplantes de órganos (Murray, 1992).

Desde el principio, el uso de esta nueva tecnología médica ha planteado varias cuestiones éticas complejas. La bioética y los trasplantes, según Gracia (2001:13):

“tuvieron una evolución casi paralela, de modo que la serie de problemas que han ido planteando la donación y el trasplante de órganos coincide bastante bien con la propia evolución de los problemas que ha ido afrontando e intentando resolver la bioética”.

De hecho, varios problemas planteados en bioética y en ética médica en relación con las nuevas biotecnologías tienen que ver con problemas surgidos dentro del área de los trasplantes de órganos. En primer lugar, ha sido necesario desarrollar nuevas técnicas de información y comunicación, en el ámbito de la ética médica, para obtener el consentimiento informado tanto del donante, como del receptor. En segundo lugar, ha sido necesario llegar a un consenso sobre los criterios precisos para la definición de la muerte cerebral, lo que no fue tarea fácil porque implicaba grandes controversias ético-morales sobre la determinación del fin de la vida. Y, por último, han sido hechas innumerables tentativas para llegar a unos criterios considerados justos para la asignación de los órganos donados por personas fallecidas, de forma altruista y solidaria, a los enfermos en la lista de espera (Gracia, 2001).

Al principio, los primeros trasplantes experimentales fueron realizados con donantes vivos. Pero los vivos han sido reemplazados, paulatinamente, por los donantes fallecidos en los programas nacionales de trasplantes instituidos en Europa, EEUU y en otros países occidentales en los que se aceptan los criterios de definición de muerte cerebral. En los países asiáticos, como Japón y Corea, por motivos filosóficos y religiosos no se acepta el concepto de muerte encefálica y por lo tanto las donaciones de vivo son muy comunes (Matesanz, 2006).

Actualmente, según datos del último Transplant Newsletter de 2014, los trasplantes de vivos van aumentando sistemáticamente en todo el mundo, incluso en los países que anteriormente no lo realizaban con frecuencia, como España. En la Unión Europea, de un total de 19.227 personas trasplantadas con un riñón, un 21,8% lo recibieron de un donante vivo; y de un total de 7.173 que recibieron un trasplante de hígado, un 3,6% fueron a partir de donantes vivos. En los países de Latinoamérica, de los 11.478 receptores de riñón, el 34,8% lo recibieron de donantes vivos; y de los 2.621 receptores de hígado, un 7,7% también (ONT & Consejo de Europa, 2014).

Una posible explicación para el reciente incremento de las donaciones de vivo es que muchos países han tenido que cambiar sus programas de trasplantes debido a la disminución relativa de la oferta de órganos de personas fallecidas respecto a la demanda. Así, además de haber incluido varias medidas para incrementar las donaciones, tales como la utilización de donantes con criterios expandidos, o el empleo de criterios de muerte a corazón parado, los responsables de los programas han tenido también que potenciar las donaciones intervivos (Matesanz, 2011; Dominguez-Gil, 2010a).

España es uno de estos países que han cambiado su política de trasplantes recientemente. El *Plan Estratégico Donación Cuarenta*, iniciado en 2008, tiene entre sus objetivos el incremento de las donaciones de vivo, como una forma de solventar el problema del desequilibrio entre la oferta y la demanda de órganos, sobre todo en el caso de trasplante renal (Dominguez-Gil, 2010b). En Brasil, no hay un programa oficial claramente definido como el citado Plan Estratégico, pero las donaciones de vivo están alrededor de 24-25% y oscilan cada año de acuerdo con la oferta de órganos de donantes fallecidos (Medina-Pestana, 2011).

Sin embargo, el fomento de las donaciones de vivo por parte de los organismos oficiales plantea numerosas cuestiones de índole ética respecto a los efectos sobre los donantes, que son personas sanas. En 2011, el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho publicó el *Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo*, en el que, basándose en datos de diversas fuentes, se recomienda que la donación intervivos sea una práctica subsidiaria de una política pública de trasplantes, pues, como afirman en sus primeros considerandos:

“la donación de órganos intervivos es un acto de carácter altruista y solidario; es un acto que está más allá de lo debido y, por tanto, más allá de lo exigible” (Buisan et al., 2011: 33)

En este sentido, este artículo se propone comparar, desde la perspectiva bioética, la legislación y las prácticas asistenciales en materia de organización de los sistemas nacionales de trasplantes en Brasil y en España. Sobre todo, se compararán las prácticas de donación de órganos respecto a los donantes vivos, con el objetivo de verificar cómo los criterios ético-legales protegen a estas personas. Para ello será necesario comprender los conceptos éticos forjados en el ámbito del Bioderecho, pues, como afirma Casado (2014: 477),

“La relación entre Bioética y Derecho es intrínseca. La contribución del derecho es crítica para la bioética así como las contribuciones de las análisis Bioéticas deben ser consideradas extremadamente útiles para el derecho cuando esclarece los problemas planteados por la biotecnología, una vez que ambas las disciplinas comparten un objetivo común: el respeto y la promoción de los derechos humanos reconocidos”.

## 2. El marco jurídico-legal del Sistema Nacional de Sanidad en Brasil y en España

El marco jurídico-legal del Sistema Nacional de Salud (SNS) español presenta muchas semejanzas con el Sistema Único de Saúde (SUS) brasileño. Ambos fueron organizados tras un largo período de gobierno centralizador y autoritario, y además han sido ampliamente discutidos por los ciudadanos antes de su incorporación al texto Constitucional (Silva, 2014). Así, tanto la Constitución española de 1978 como la Constitución brasileña de 1988 reconocen el derecho a la protección de la salud de los individuos y poblaciones por parte del Estado (Brasil, 1988; España, 1978).

Tras haber instituido el derecho a la salud de los ciudadanos en sus constituciones democráticas, Brasil y España promulgaron leyes ordinarias para regular este derecho. En Brasil, la Ley 8080/1990, también denominada Ley Orgánica de la Salud, creó el *Sistema Único de Saúde - SUS*. En España, la Ley 14/1986, también denominada *Ley General de Sanidad (LGS)*, consolidó un sistema de salud público con una cobertura universal. Ambas leyes concretaron la previsión constitucional del derecho a la salud, estableciendo los principios y directrices que permitieron configurar el Sistema Nacional de Salud de los dos países: el carácter público; la universalidad; la integralidad y la equidad en la asistencia a la salud (Santos, 2012, Sacardo, 2010; Añon, 2014).

## 3. Legislación en materia de trasplantes en Brasil y en España

Los principios generales de las Leyes de Trasplantes en España y Brasil son muy semejantes: la donación debe ser voluntaria y altruista, sin ninguna compensación financiera; la donación debe ser anónima, en caso de donante fallecido y, a una persona determinada, en caso de donante vivo, para evitar la comercialización de órganos. Veamos las leyes específicas de los dos países.

### España

Los trasplantes ya eran realizados en España desde hacía tiempo y los profesionales de salud, preocupados por el vacío legal que podría acabar potenciando el tráfico de órganos, han logrado que fuese sancionada la Ley 30/79 sobre extracción y trasplante de órganos. Esta Ley determinó que el receptor no tendría que pagar nada por la recepción del órgano, y que tampoco la donación debería ser recompensada financieramente (Matesanz, 2011; España, 1979). Recientemente, siguiendo la Directiva 2010/53/UE del Consejo de Europa, fue publicado el Real Decreto 1723/2012 (derogando el anterior RD 2070/1999), que ha actualizado las normas de calidad y seguridad de los órganos humanos

destinados al trasplante. Este nuevo RD ha enfatizado, además, las cuestiones éticas en las actividades de trasplante:

*“Entre sus fundamentos éticos destacan los relacionados con la voluntariedad y la gratuidad, el consentimiento, la protección del donante vivo y la protección de datos personales”*  
(Marazuela & Matesanz, 2011:83).

## Brasil

Los primeros trasplantes comenzaron con carácter experimental en los años sesenta del pasado siglo (Ribeiro & Schramm, 2006). Sin embargo, en plena transición democrática, fue necesario esperar la promulgación de la Constitución Federal en 1988 para que fuera explícitamente prohibida la comercialización de órganos y tejidos. En efecto, en su artículo 199, parágrafo 4, afirma que:

*“La ley determinará sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la remoción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la colecta, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibido todo tipo de comercialización”* (Brasil, 1988).

Y así, casi diez años después de la Constitución, ha sido sancionada en Brasil la Ley que regula la remoción de órganos y tejidos del cuerpo humano para trasplante. Actualmente, los trasplantes de órganos vienen regulados por las Leyes 9.434/1997 y 10.211/2001 y por la Portaria SAS/MS/2.600/2009 que ha establecido el Reglamento Técnico de los Trasplantes.

## 4. Donación, donantes y receptores de órganos: semejanzas y diferencias

El trasplante de órganos y la donación pueden definirse de este modo:

*“El trasplante consiste en extraer ciertos órganos de un cadáver, como, por ejemplo, los riñones, el corazón, las córneas, los pulmones, los huesos, etc., en vista de su trasplante en uno receptor, en general, afectado por una enfermedad incurable o terminal (...). El trasplante de órganos o de tejidos humanos es también posible a partir de un donante vivo, para ciertos tipos de órganos o tejidos que poseen la capacidad de regenerarse (medula ósea), o existentes en pares (el riñón), o existentes en cantidad suficiente (una parte de pulmón o de hígado)”*  
(Parizeau, 2003:661).

Existen varias formas de clasificación del tipo de donación en los programas nacionales de trasplante en el mundo. Las más comunes son:

### Donación presunta o consentida del donante fallecido

Los sistemas de trasplantes de España y Brasil utilizan dos formas diferentes para el consentimiento del donante fallecido para donar sus órganos. En España, la donación es presumida, es decir, que quién no ha manifestado en vida que no desea donar órganos es considerado presunto donante (Menjivar, 2014). En Brasil, cuando se instituyó el Sistema Nacional de Trasplantes, en 1997, también se optó por el sistema de donación presumida; sin embargo, este mecanismo tuvo una repercusión negativa en la población y fue cambiado, por la Ley 10.211/2001, a un sistema de donación consentida (Ribeiro & Schramm, 2006).

### Clasificación de los donantes vivos

Tanto en Brasil como en España está previsto que la donación de un órgano intervivos deberá ser para una persona determinada, emparentada o no con el donante, de acuerdo con los principios de solidaridad y altruismo. Sin embargo, con los problemas de incompatibilidades de tipo sanguíneo o de HLA que puedan existir en la pareja donante/receptor, en algunos países —como EEUU y Corea— fueron desarrollados otros tipos de donación de vivo. Según Menjivaret et al. (2014), las modalidades de donaciones intervivos son tres: donación cruzada entre dos parejas receptor/donante; la donación en cadena; y la figura del “buen samaritano”.

La donación cruzada ocurre cuando hay dos parejas donante/receptor incompatibles y, si existe compatibilidad entre ellos, toman la decisión de intercambiar sus órganos. La donación en cadena es aquella que incluye varias parejas incompatibles que hacen donaciones cruzadas en serie a la vez. Y, por último, la figura del “buen samaritano” es aquella persona que dona, de forma anónima, un órgano a un desconocido que necesita un trasplante; esta donación se puede realizar de dos maneras: por medio de la donación del órgano a una persona de la lista de espera (anónima), o por medio de la donación a una pareja no compatible, iniciando así una donación en cadena (Menjivar et al., 2014).

## 5. ¿Se debe fomentar o no las donaciones de vivo como una política pública?

España presenta una tasa actual de 35,3 donantes pmp, siendo considerado el país más exitoso en la implantación de un Sistema Nacional de Trasplantes del mundo (ONT, 2013). A efectos de comparación, la tasa actual de donación en Brasil es de sólo 13,2 pmp, menos de la mitad de la tasa española (ABTO, 2014). Sin embargo, según la opinión de la mayoría de los expertos, el programa de donación de fallecidos en España ha llegado a su límite y debería ser modificado.

En España, el fomento de la donación de vivo comenzó en 2008 con el *Plan Estratégico Donación 40*, de la ONT, que se ha fijado como objetivo principal el incremento de las donaciones de órganos hasta llegar a 40 pmp (ONT, 2008). Respecto a los trasplantes renales intervivos, estos deberían representar un 15% del total de los trasplantes realizados. Sin embargo, no se puede decir que la tasa fijada en 15% sea absurdamente alta, sobre todo si se compara con la tasa de Brasil, que actualmente está alrededor de 25%; pero es importante preguntarse si esta tasa podrá ser aumentada más allá de lo planteado inicialmente. Es sabido que la oferta de unos servicios puede estimular la demanda; en Cataluña, por ejemplo, la donación de vivo ya alcanza el 25%, como en Brasil (Buisan et al., 2011).

Sin ninguna duda, como bien se plantea en el documento citado *Donación 40*, la donación de vivo aporta grandes ventajas para el receptor: en primer lugar, los resultados son mejores, porque hay una mejor compatibilidad HLA y los donantes son más jóvenes; en segundo lugar, posibilita hacer el trasplante antes de empezarla diálisis (“trasplante preemptivo”); y, por último, el menor tiempo de isquemia del órgano donado conlleva a un mejor pronóstico para la supervivencia del injerto y del receptor (Dominguez-Gil, 2010b).

No obstante, el hecho de que el fomento de las donaciones de vivo tengan como gran objetivo disminuir la lista de espera por un órgano plantea varias cuestiones éticas involucradas en el proceso de extracción de un órgano de una persona sana, cuestiones que no pueden ser olvidadas y que deben ser objeto de amplio debate. En este sentido, el documento del Grupo de Opinión del OBD ha intentado llenar esta brecha aportando informaciones pertinentes para el debate público. Si, por una parte, este Grupo de Opinión no niega las ventajas para el receptor de la donación de vivo, por otra parte presenta en contra argumentos éticos basados en la valoración de los riesgos físicos, psíquicos y laborales para el donante, que deben ser tenidos en cuenta antes de fomentar las donaciones de vivo (Buisan et al., 2011).

En términos de riesgos físicos, el Grupo de Opinión enfatiza que debería, primeramente, asegurarse si es totalmente inocua la extracción de un órgano de personas sanas, sometidas a una intervención quirúrgica que no les aporta ningún beneficio. Según la bibliografía internacional, se calcula que el riesgo de muerte de un donante vivo de riñón es de 0,03% y de 0,3% para los donantes de hígado

(Dominguez-Gil, 2010b). Si bien el riesgo de muerte puede considerarse pequeño, no puede ser obviado de ninguna manera. Además, hay que valorar especialmente dos riesgos físicos: las complicaciones quirúrgicas y el riesgo de que el donante desarrolle una insuficiencia renal o hepática a largo plazo. Ello implica que deberá hacerse el seguimiento de por vida de todos los donantes vivos. Sin embargo los registros de donantes y receptores, y los estudios epidemiológicos prospectivos, son escasos y no muy representativos estadísticamente hablando, si bien existen proyectos como ELYPSY, de la Unión Europea (y actualmente el LIDOB), que intentan llenar los huecos de la falta de información, pero que son aún incipientes (Buisan et al., 2011).

En cuanto a los riesgos psíquicos, según el citado Grupo de Opinión

*“El riesgo más importante tiene lugar durante el proceso de decisión de donar, por la posibilidad de que el donante potencial sea objeto de presiones psicológicas y chantajes emocionales, que pueden llegar a constituir coacciones”* (Buisan et al., 2011:27).

Los riesgos psíquicos, por lo tanto, nunca deben ser descuidados por los Comités de Ética Asistencial cuando hacen la valoración de los donantes, porque incluso en las donaciones entre parientes cercanos puede haber coacciones de todo tipo.

Incluso en el caso que la donación sea hecha por puro altruismo, no se pueden menospreciar las consecuencias psíquicas para el donante en el caso que el trasplante no obtenga el éxito esperado, por complicaciones posquirúrgicas en el receptor que puedan conllevar la pérdida posterior del injerto. En este caso, el efecto psíquico en el donante puede ser devastador, pues habrá sido sometido a un procedimiento maleficente que no ha traído ningún beneficio.

Además de estos riesgos, hay que sopesar las consecuencias para la vida laboral u efectos patrimoniales del donante, al no haber una legislación específica que proteja al donante vivo tanto en España como en Brasil. De hecho, en España, como consta en el documento del OBD:

*“(…) la declaración de incapacidad temporal requiere, según el artículo 128 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, la alteración de la salud derivada de enfermedad o accidente (...) y, de acuerdo con una interpretación restrictiva, podría entenderse que el donante, al no estar enfermo previamente ni haber sufrido accidente, no reúne tal requisito, con lo que no podría disfrutar de la baja laboral ni la prestación correspondiente, de manera que puede verse obligado a someterse a la extracción durante el período vacacional”* (Buisan et al., 2011:27).

En Brasil, tampoco está previsto, en la Ley de la seguridad social (Ley 8.213/1991), el derecho a la baja laboral de un donante vivo de órgano porque son personas consideradas sanas (Brasil, 1991). Los donantes suelen obtener la baja laboral gracias a un certificado médico.

En lo tocante a las consecuencias patrimoniales, como se alega en el documento del OBD, estas pueden ser un “aumento de las primas a la hora de contratar o renovar seguros de asistencia sanitaria, seguros de vida, préstamo bancarios, etc” (Buisan et al., 2011:27). En Brasil, estos riesgos no son nada despreciables, sobre todo respecto a la compraventa de los seguros privados de asistencia sanitaria, muy onerosos en el caso de enfermedades crónicas como suelen ser las enfermedades renales.

## 6. Rol del Comité de Ética Asistencial y del sistema judicial

En el ya citado documento del OBD se pone el énfasis en el rol del Comité de Ética Asistencial (CEA) en la protección del donante y sobre todo en su defensa, al presentarse al juez para otorgar su consentimiento para la extracción del órgano. Sin duda lo labor del CEA y del sistema judicial son complementarias para llegar a un acuerdo justo sobre la donación.

Así pues, el CEA debe emitir un informe preceptivo con todas las informaciones pertinentes, asegurando que la obtención del consentimiento del donante se ha producido de forma autónoma. El juez, a su vez, debe analizar el informe del CEA y garantizar que el potencial donante está seguro de su decisión. Para ello, el donante debe presentarse ante el juez acompañado del médico que hará el trasplante, del médico que le dio la información pertinente y del responsable que autorizará la cirugía, y todos deberán firmar el documento de consentimiento para la cesión del órgano (Buisan et al., 2011). La actuación del CEA, por lo tanto, es imprescindible para validar el consentimiento en la donación de vivo. Y es ahí donde reside el problema, sobre todo en Brasil, como explicamos a continuación.

De la lectura de la legislación de trasplantes de los dos países, tanto en España como en Brasil el destino de un órgano donado será su trasplante a una persona determinada, emparentada o no con el donante. Sin embargo, hay una sutil diferencia en las legislaciones de los dos países respecto del control ejercido por las instancias éticas del hospital y por el sistema judicial. Así, en España la ley ha establecido que para autorizar el proceso de donación se requiere la intervención del CEA y del juzgado de primera instancia en cualquier donación entre vivos, aunque la cesión de un riñón sea de un padre a su hijo (Marazuela & Matesanz, 2011). En Brasil, al contrario, si la donación ocurre entre vivos emparentados hasta el cuarto grado, según la legislación no hace falta ni la valoración por parte del CEA ni mucho menos la aprobación oficial por el sistema judicial; estas exigencias son hechas sólo a las donaciones entre personas no emparentadas, sean amigos o desconocidos (Medina-Pestana, 2011).

Otro problema que debe ser objeto de debate es si el estímulo a las donaciones intervivos entre personas no emparentadas debe ser objeto de una política pública por un sistema de trasplantes, sobre

todo cuando existe el riesgo de tráfico de órganos o de turismo de trasplantes, como claramente pone de relieve el documento del OBD.

Recientemente en España la ONT (2008) reglamentó la donación renal cruzada y la figura del “buen samaritano” y algunas donaciones de este tipo ya se han llevado a cabo, como consta en el sitio web de la Fundació Puigvert, en Barcelona.

En Brasil, se calcula que las donaciones intervivos entre personas no emparentadas están alrededor de 50 al año y tanto la donación renal cruzada como la figura del “buen samaritano” no son permitidas. A pesar de su importancia, hay pocas discusiones públicas sobre ello; una u otra vez, en alguna entrevista para la prensa, las autoridades de trasplantes se manifiestan contra este tipo de donación intervivos, como ocurrió en el 04/03/2012 en ocasión de la preparación del día mundial del riñón; en esta ocasión, el Coordinador Nacional de Trasplantes de Brasil manifestó al periódico *O Estado de São Paulo* que no se puede permitir este tipo de donación entre vivos porque “vivimos en una sociedad muy desigual y no podemos permitir que una persona caiga en la tentación a donar un órgano en cambio de una compensación financiera”. Sin duda, esto es un gran problema en todo el mundo, como será discutido brevemente en la próxima sección.

## 7. ¿Cómo se puede asegurar que el fomento de las donaciones intervivos no está encubriendo la compraventa de órganos?

Diversos foros internacionales sobre bioética y trasplantes, realizados en la última década, han discutido ampliamente las cuestiones éticas respecto a la donación intervivos: el Foro de Amsterdam en 2004; Estambul en 2008; Aguas Calientes, México, en 2010. El punto en común de todos estos foros internacionales es la preocupación por el incremento exponencial del trasplante de donante vivo en varios países y los problemas que pueda encubrir, como el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes. Según el Grupo de Opinión del OBD:

*“el tráfico de órganos, es decir, su compraventa o transmisión lucrativa, es un hecho incontestable a nivel internacional y todo hace pensar que el volumen de este tráfico, y su extensión geográfica, no dejan de aumentar”* (Buisan et al., 2011:30).

Más recientemente, en marzo de 2015, tuvo lugar la Conferencia del Consejo de Europa, realizada en Santiago de Compostela, España, para la discusión del nuevo *Convenio sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos*, adoptado en julio de 2014 por el Comité de Ministros del Consejo. Este Convenio fue firmado por España y otros 13 países, y está a la espera de la adhesión de más países en breve, con el fin de armonizar las legislaciones nacionales contra el comercio de órganos.

Como destaca el Grupo de Opinión del OBD, esta medida ya fue adoptada por el gobierno español en 2010, al introducir el Art. 156bis en la Ley Orgánica 5/2010, que sanciona tanto el tráfico interno de órganos como el turismo de trasplantes. Asimismo, todo ciudadano español que compre un órgano de origen ilícito podrá ser castigado al regresar al país.

Se espera que estas iniciativas consigan impedir lo que ha pasado en Brasil en el año 2003, cuando fue descubierta una banda internacional que compraba riñones de ciudadanos pobres de Recife, ciudad localizada al Norte de Brasil. En la banda participaban personas de Israel, Brasil y Sudáfrica. Como se describió en los periódicos de la época, la extracción de riñones de ciudadanos brasileños se efectuaba en hospitales privados de Sudáfrica para ser trasplantados a ciudadanos israelíes.

## 8. Consideraciones finales

Este artículo ha intentado comparar las legislaciones de dos países –Brasil y España– y mostrar cómo han organizado su sistema público de trasplantes de órganos, sobre todo respecto a los dispositivos creados para la protección de los donantes y de los receptores de órganos.

La comparación entre ambos los países tomó por base las legislaciones específicas, los documentos técnicos de los Ministerios de Sanidad respectivos y la bibliografía especializada en el área de los trasplantes de órganos. El hilo conductor del análisis fue el abordaje del documento del Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho, de la Universidad de Barcelona, de 2011. Publicado hace ya cinco años, este documento ha traído al debate público una cuestión que preocupa tanto a los bioéticos como a la mayoría de las personas enroladas en programas de trasplantes: ¿el fomento de los programas de donación de órganos intervivos en los programas nacionales de trasplantes debe ser una política pública y, si este fuera el caso, en qué condiciones?

Para responder a esta cuestión es necesario comprender los motivos que llevaron a modificar el programa de trasplantes en España para incluir en sus objetivos el fomento de las donaciones de vivo. Sobre todo cuando se sabe que este programa es considerado el mejor del mundo por la Organización Mundial de la Salud, siendo copiado por muchos países como “el modelo español de trasplantes”. Su gran éxito, no obstante, no ha impedido que la lista de espera de un órgano continúe aumentando porque hay límites en la captación de órganos de personas fallecidas y tal vez sea realmente necesario estimular la donación intervivos, sobre todo para conseguir un riñón compatible para los más jóvenes.

Sin embargo, como las donaciones intervivos es una práctica común en los dos países, debe reforzarse el rol de los Comités de Ética Asistencial de los hospitales trasplantadores en tanto que defensores de los donantes de órganos. En Brasil, esto todavía es un problema, porque los CEA son

invitados a intervenir sólo en los casos previstos por la ley, es decir, cuando la donación ocurre entre personas no emparentadas. Esta es una cuestión cultural que podría ser cambiada, como ha intentado recientemente el Consejo Federal de Medicina de Brasil con la publicación de la Recomendación nº 8/2015 (CFM, 2015), estimulando la participación de los médicos en los Comités de Bioética de los Hospitales con el objetivo de fortalecerlos.

En suma, a la hora de tomar la decisión de establecer la donación intervivos como política pública resulta imprescindible medir las consecuencias laborales para los donantes y revisar las informaciones sobre el trasplante intervivos. Todavía no hay informaciones fidedignas, generadas por investigadores independientes de los equipos de trasplantes, que diluciden los riesgos a largo plazo, porque, como bien ha señalado el Grupo de Opinión del OBD, no existe aún un sistema de registro fiable de donantes y receptores dónde se puedan obtener las informaciones pertinentes.

## 9. Referencias bibliográficas

- ◆ ABTO. Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada Estado - 2006 - 2013. Registro Brasileiro de Transplantes - RBT; Ano XIX, nº 4. 2014. Disponible en: [http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2013/rbt2013-parcial\(1\).pdf](http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2013/rbt2013-parcial(1).pdf) (consultado en 1º/09/2015).
- ◆ AÑON. C.L. La titularidad del Derecho a la Salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? Revista de Bioética y Derecho, núm. 31, mayo 2014, p. 3-16.
- ◆ BOE, ESPAÑA. Ley 30/1979. BOE núm. 266, de 06.11.1979. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1979/11/06/pdfs/A25742-25743.pdf> (consultado en: 1º/09/2015).
- ◆ BOE, ESPAÑA. Constitución de España de 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (consultado en 1º/09/2015).
- ◆ BOE, ESPAÑA. Real Decreto 1723/2012. BOE nº 313 de 29 de dezembro de 2012. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15715](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15715) (consultado en 1/09/ 2015).
- ◆ BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. Lei 8.213/1991. Dispõe sobre os planos e benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213compilado.htm) (consultado en 22/09/ 2015).
- ◆ BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) (consultado en 1º/09/2015).

- ◆ BUISAN, L.; MANRIQUE, G.; MAUTONE, M. & NAVARRO, M. (coords.). Documento sobre Trasplante de Órganos de Donante Vivo. Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de la universidad de Barcelona; Barcelona, 2011. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7604/9510>.
- ◆ CASADO, M. et al. Bioethical and Legal Issues in Tissue and Organ Donation of Human Origin for Transplantation. In: Manyalich, M. & Valero, R (Org.). Transplant Coordination Manual. Edited by Transplant Procurement Management (TPM) & Donation and Transplant Institute (DTI Foundation), Barcelona, 2014.
- ◆ CONSELHO FEDERALDE MEDICINA (CFM). Recomendação nº 8/2015. Recomenda a criação, o funcionamento e a participação dos médicos nos Comitês de Bioética. Disponible en: [http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/8\\_2015.pdf](http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/8_2015.pdf) (consultado en 21/09/2015).
- ◆ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/conference/Traducci%C3%B3n%20Tratado%20Tr%C3%A1fico%20%C3%93rganos.pdf> (consultado en 21/09/ 2015).
- ◆ The Consensus Statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor. Disponible en: <http://www.who.int/transplantation/publications/ConsensusStatementShort.pdf> (consultado en 21/09/2013).
- ◆ Declaración de Estambul. Cumbre Internacional sobre turismo de trasplante y tráfico de órganos, Estambul, Turquía del 30 de abril al 2 mayo de 2008. Disponible en: <https://dev1274.esot.org/Elpat/Content.aspx?item=59> (consultado en 21/09/2015).
- ◆ DOMINGUEZ-GIL, B. et al. Decrease in Refusals to donate in Spain despite no substantial change in the population's attitude towards donation. *Organs, Tissues&Cells*, (13), 17-24, 2010.
- ◆ DOMINGUEZ-GIL, B. et al. Situación actual del trasplante renal de donante vivo en España y otros países: pasado, presente y futuro de una excelente opción terapéutica. *Nefrología* 2010; 30 (Suppl 2):3-13.
- ◆ FERNÁNDEZ, G. F. et al. Objetivos y Metodologías de las recomendaciones de la SEN - ONT sobre Trasplante Renal de Donante Vivo. *Nefrología* 2010;30 (Suppl 2):1-2.
- ◆ Foro de Aguas Calientes: trasplante y bioética latino-américa. Realizado en Aguas Calientes, México, 2010. Disponible en: [http://www.cenatra.salud.gob.mx/descargas/contenido/normatividad/Documento\\_de\\_AguasCalientes.pdf](http://www.cenatra.salud.gob.mx/descargas/contenido/normatividad/Documento_de_AguasCalientes.pdf) (consultado en21/09/2015).

- ◆ Fundació Puigvert - sitio internet - Notícia de 20/04/2011. Disponible en: <http://www.fundacio-puigvert.es/es/la-fundacion/noticias/la-fundacio-puigvert-realiza-la-primera-cadena-de-trasplant-e-renal-de-donante> (consultado en 08/09/2015).
- ◆ GRACIA, D. Trasplante de Órganos: medio siglo de reflexiones éticas. Nefrología; Vol. XXI. Suplemento 4. 2001.
- ◆ Jornal *O Estado de São Paulo*. Entrevista com o Coordenador de Transplantes do Ministério da Saúde e com o Presidente da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos - ABTO. São Paulo, 4 de março de 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-legislacao-nao-permite-direcionar-orgaos-para-terceiros-imp-,843785>(consultado en 23/09/2015).
- ◆ Jornal Diario de Pernambuco. Operação bisturi da Polícia Federal. Recife, 31/12/2003. Disponible en: [http://www.old.pernambuco.com/diario/2003/12/31/especial6\\_0.html](http://www.old.pernambuco.com/diario/2003/12/31/especial6_0.html) (consultado en 21/09/2015).
- ◆ MARAZUELA, R. & MATESANZ, R. La Directiva 2010/53/UE sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos. DS: Derecho y salud, ISSN 1133-7400, Vol. 21, Nº. Extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado a: XIX Congreso "Derecho y Salud"), págs. 79-84. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3436897>.
- ◆ MENJIVAR. A.; MANYALICH, M. & OPPENHEIMER, F. Living donations: General Aspects. In: Manyalich, M. & Valero, R (Org.). Transplant Coordination Manual. Edited by Transplant Procurement Management (TPM) & Donation and Transplant Institute (DTI Foundation), Barcelona, 2014.
- ◆ MATESANZ, R. El Milagro de los Trasplantes: de la donación de órganos a las células madre. Ed. La Esfera de los Libros, S.L., Madrid, 2006.
- ◆ MATESANZ, R et al. Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken? Transplant International, European Society for Organ Transplantation, 24: 333-343, 2011.
- ◆ MEDINA-PESTANA, J.O. et al. O Contexto do Transplante Renal no Brasil e suas disparidades geográficas. J BrasNefrol 2011;33(4):472-484.
- ◆ MURRAY, JE. Forty years of transplantation: merely a prologue. TransplantProc 1992;24: 1647-9.
- ◆ ONT. Plan de Acción para la Mejora de la Donación y el Trasplante de Órganos - "Plan donación 40". Disponible en: <http://www.ont.es/infesp/ProyectosEnMarcha/Plan%20Donaci%C3%B3n%20Cuarenta.pdf> (consultado en 08/09/2015)

- ◆ ONT. Programa Nacional de Donación Renal Cruzada en España. Disponible en: [http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Programa%20Donaci%C3%B3n%20Renal%20Cruzada\\_actualizaci%C3%B3n\\_25062015.pdf](http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Programa%20Donaci%C3%B3n%20Renal%20Cruzada_actualizaci%C3%B3n_25062015.pdf) (consultado en 08/09/2015).
- ◆ ONT. Protocolo de Donación Renal Altruista. Disponible en: [http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Prococolo\\_donaci%C3%B3n\\_renal\\_altruista.pdf](http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Prococolo_donaci%C3%B3n_renal_altruista.pdf) (consultado en: 08/09/2015).
- ◆ Organización Nacional de Trasplantes (ONT) & Concejo de Europa. Newsletter Transplant - International figures on donation and Transplantation - 2013. Vol 19, nº 1, Septiembre, 2014. Disponible en: <http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%202014.pdf> (consultado en 1/09/2015).
- ◆ Organ Procurement and Transplantation Network - United Network for Organ Sharing (OPTN/UNOS). OPTN Database. Disponible en: <http://optn.transplant.hrsa.gov/converge/latestData/rptData.asp> (consultado en 1º/09/2015).
- ◆ PARIZEAU, M.H. Transplante de Órgãos. In: Hottois, G. & Missa, J. N. Nova Enciclopédia da Bioética. Instituto Piaget, 1ª edição, Lisboa, 2003, pág 661-664.
- ◆ RIBEIRO, C.D.M. & SCHRAMM, F. R. Transplante de órgãos e tecidos e Política de Focalização. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 22 (9):1945-1953, 2006.
- ◆ SACARDO, D.P.; FORTES, P.A.C.; TANAKA, O.Y. Novas Perspectivas na Gestão do Sistema de Saúde da Espanha. Saúde Soc. São Paulo, v.19, n.1, p.170-179, 2010.
- ◆ SANTOS, L. Direito à saúde e qualidade de vida, um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: Souza, A. et al.; Santos, L. (organização). Direito da Saúde no Brasil. Editora Saberes, Campinas (SP). 2010.
- ◆ SILVA, S.F. A Saúde na Espanha em comparação com o Brasil. IDISA. Disponible en: [http://www.idisa.org.br/site/pasta\\_280\\_0\\_saude-na-espanha.html](http://www.idisa.org.br/site/pasta_280_0_saude-na-espanha.html) (consultado en 1/09/2015).
- ◆ Sistema Nacional de Transplantes - SNT/MS. Estatísticas sobre Transplantes de 2013. Disponible en: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/12/transplantes-2013-n.pdf> (consultado en: 1º/09/2015).

**Fecha de recepción: 5 de octubre de 2015**

**Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2015**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

**La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos**

**The anonymous donation of gametes for assisted human reproduction in Spain: problems and challenges**

**NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ \***

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Noelia Igareda González. Profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona. E-mail: [noelia.igareda@uab.cat](mailto:noelia.igareda@uab.cat)

\* Parte de este artículo ha sido elaborado con los resultados del proyecto de investigación "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos" premiado en la Convocatoria de Becas sobre Bioética 2013 de la Fundació Víctor Grifols i Lucas.

## Resumen

El ordenamiento jurídico español permite la donación anónima de gametos con fines de reproducción asistida. Su carácter altruista apenas se discute, aunque existen importantes beneficios económicos para la industria de la reproducción. Ligado a esta cuestión está su carácter anónimo, que se vincula tradicionalmente a su carácter altruista, pero en verdad también fomenta la existencia de un importante número de donantes con los que abastecer una demanda creciente en nuestra sociedad. Igualmente apenas se debaten los posibles efectos secundarios de dichas donaciones, sobre todo en el caso de la donación de óvulos. Todas estas cuestiones convierten a España en un destino privilegiado de la medicina reproductiva a pesar de esta ausencia de conocimiento en general y de debate público sobre los mencionados aspectos éticos controvertidos.

**Palabras clave:** donación gametos; altruismo; anonimato; efectos secundarios; medicina reproductiva.

## Abstract

The Spanish legal system allows the anonymous donation of gametes for assisted reproduction purposes. Its altruistic characteristic is almost not discussed at all, although there are important economic benefits for the reproductive industry. Linked to this question, it appears its anonymity, traditionally connected to its altruistic character, but in fact it also promotes an important number of donors, essential to cover the increasing demand of gametes in our society. Moreover, scarce attention is given to the side effects of these donations, especially in the cases of oocyte donation. All these matters facilitate that Spain becomes a privileged place for the cross-border reproductive care, despite the lack of knowledge in general and a lack of public debate about the above controversial mentioned ethical issues.

**Keywords:** gamete donation; altruism; anonymity; the right to know one's biological origins; side effects; reproductive medicine.

## 1. El carácter altruista de la donación de gametos con fines de reproducción asistida

El presente artículo se nutre en parte de las conclusiones extraídas en un trabajo de campo<sup>1</sup> realizado bajo la metodología de la sociología del Derecho<sup>2</sup>. Este trabajo de campo es obviamente cualitativo<sup>3</sup>, y no pretende ser representativo cuantitativamente. El objetivo es analizar los puntos de vista y las opiniones de los principales actores involucrados en la donación de gametos con fines de reproducción asistida<sup>4</sup>.

En esta investigación se utiliza la metodología sociológica para conocer cuál es la cultura legal interna sobre las legislaciones relativas a algunas técnicas de reproducción humana asistida. Cuando se habla de cultura legal interna, hacemos referencia a los estados de opinión prevalentes en la sociedad sobre parte del ordenamiento jurídico, en este caso, sobre las leyes que regulan la donación anónima de gametos en materia de técnicas de reproducción humana asistida (Toharia, 1998).

Durante el citado trabajo de campo las donantes de óvulos entrevistadas, y también algunas de las personas expertas, consideran que la donación de óvulos se hace principalmente por un motivo altruista, porque las molestias, efectos colaterales y tiempo que se necesita para la donación de óvulos no están compensados el dinero que la legislación estipula<sup>5</sup>. Reforzando esta

---

<sup>1</sup> Se han entrevistado como personas expertas a dos juristas, una antropóloga y un médico. También a dos donantes de óvulos, un donante de semen, dos madres adoptivas, dos padres adoptivos, dos personas adoptadas, y cuatro madres por donación de gametos. Las entrevistas se realizaron durante el 2014.

<sup>2</sup> La Sociología del Derecho se ocupa de combinar el estudio sociológico y empírico del derecho, utilizando técnicas de investigación empíricas propias de la sociología, sin abandonar las categorías e instituciones jurídicas clásicas (Añón, Calvo, Bergalli y Casanovas, 1998).

<sup>3</sup> Se ha optado por una metodología socio-jurídica cualitativa, a través de entrevistas en profundidad porque la investigación cualitativa permite estudiar a fondo un caso individual o un conjunto de casos, como en la investigación que aquí se presenta. Con la metodología cualitativa (Vallés, 1997, 2002; Quivy, Van Campenhoudt, 1992) se obtiene información valiosa que difícilmente puede obtenerse a través de información cuantitativa y también permite el análisis de conceptos nuevos, que ni siquiera la investigación había previsto en las hipótesis iniciales.

<sup>4</sup> La entrevista en profundidad semi-estructurada que proporcionaba riqueza informativa, una amplia visión de la realidad objeto de estudio, y además, una panorámica lo suficientemente holística del fenómeno y contextualizada en la realidad social y legal española.

<sup>5</sup> Este es también el punto de vista compartido por algunos autores/as, que explican así el hecho de que más de la mitad de los óvulos donados utilizados en fertilidad en Europa provengan de España (tal y como demuestra el trabajo empírico de Shenfield, De Mouzon, Pennings, Ferraretti, Nyboe, Andersen, De Wert y Gossen (2010:1364), y que esto se explica en parte por la tradición de donación de España, que también lo coloca a la cabeza de país donante de órganos (Shenfield et al., 2010:1367). Al carecer de Registro Nacional de Donantes en España, es difícil saber qué porcentaje de donantes

visión las clínicas de reproducción asistida siguen apelando a la solidaridad y al altruismo a la hora de reclutar potenciales donantes de gametos<sup>6</sup>. En cambio, los donantes de semen entrevistados reconocen que su principal motivación era la económica, al igual que corroboran otras investigaciones similares (Thorn, Katzorke, Daniels, 2008).

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida permite la donación anónima de gametos (artículo 5<sup>7</sup>). Aunque se trata de un negocio jurídico que presupone una motivación altruista y desinteresada, la propia ley establece la posibilidad de una compensación económica por las molestias y desplazamientos de los donantes. Esta cantidad de dinero no es fija y en España es el Ministerio de Sanidad quien determina la cuantía aproximada, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida<sup>8</sup>. Finalmente es la clínica de fertilidad la que decide cuánto pagar, pero siempre dentro de los rangos legales permitidos. Estas cantidades oscilan entre los 600 y 1.000 euros en el caso de la donación de óvulos, y entre los 50 y 70 euros en la donación de semen.

A pesar de lo manifestado por la legislación española, y por las/os donantes y expertas/os entrevistados existen algunos autores que expresan sus dificultades para seguir admitiendo que estamos frente a una verdadera donación en el caso de los gametos. El/la donante dona al banco de gametos gestionado por una clínica, y a cambio recibe una compensación. Pero el banco se lucra en su mediación, así que la solución sería, en todo caso, entender que lo que cobra el banco es por los servicios relacionados con el análisis de los gametos donados, su conservación y otros procedimientos que impone la ley, y no por los gametos en sí mismos. (Raposo, 2012:104)

En otras investigaciones empíricas llevadas a cabo en países europeos donde también se permite la donación de semen y óvulos, incluso se llega a defender que los donantes deberían obtener información sobre lo ocurrido con sus gametos donados, como una forma de compensar

---

son de nacionalidad española y cuáles son extranjeras. En Cataluña, se sabe que el 33% de las donantes de óvulos son extranjeras (fuente FIVCAT.net. Estadística de la Reproducción Humana Asistida a Catalunya, 2011).

<sup>6</sup> Aunque el tipo de publicidad que la ley permite a estas clínicas no deja opción a otro tipo de mensajes. Ver en ese sentido el artículo 5.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida *“Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos”*.

<sup>7</sup> Artículo 5.3. *“La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.”*

<sup>8</sup> Artículo Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

el acto altruista de la donación. Si realmente se trata de un acto solidario, es normal que quieran saber los resultados de dichos actos, tal y como revelan estas investigaciones (Cook y Golombok, 1995; Kalfoglou y Geller, 2000; Frith, Blyth y Farrand, 2007; Purewal y van den Akker, 2009). La forma mejor de retribución a los donantes sería el reconocimiento social por su ayuda, por ejemplo siendo informados sobre el número de embarazos que se han conseguido gracias a sus gametos donados (Pennings, 2005:308).

Sin embargo, uno de los principales argumentos que se esgrime para mantener y justificar el anonimato de la donación de gametos es la necesidad de respetar el derecho a la privacidad e intimidad de esos donantes, que han realizado un acto altruista bajo la protección del anonimato. Se entiende que si no fuera anónimo, muchas personas que ahora donan, no lo harían. Tal y como algunas de las personas expertas entrevistadas durante el trabajo de campo afirman, esto se debe al miedo a poder ser contactados en un futuro, ya que existe un cierto estigma en haber dado material genético desentendiéndose de las consecuencias de este acto del que nacerán vidas humanas y tendrá transcendencia en generaciones futuras.

La única excepción que se admite a este anonimato, y por tanto, a la protección de la privacidad del donante, es en el caso de la aparición de algún tipo de enfermedad genética. Pero aun así las personas entrevistadas durante el trabajo de campo citado destacan que existen mecanismos para asegurar esa información sin tener que dejar de garantizar la privacidad de los/as donantes utilizando las propias clínicas como intermediarias.

La obtención de donantes de gametos cada vez es más difícil, especialmente desde que en varios países se ha eliminado el anonimato de donantes, tal y como diferentes investigaciones han demostrado (Pennings, 2005; Pennings, 2005b; Daniels y Lalos, 1995). También es verdad que cuando se elimina el anonimato de donación, aparece otro perfil de donantes (Pennings, 2005:307). Los donantes anónimos suelen responder a un perfil de hombres solteros heterosexuales (Cook y Golombok, 1995; Thorn, P; Katzorke, T.; Daniels, 2008)

En cambio, cuando el anonimato se acaba, el perfil de donantes cambia, y se trata más bien de hombres más mayores, casados con hijos/as que están preparados para donar, y no sólo porque no les importa que les contacten, sino que incluso lo desean (Res, Ravalngien, Pennings, 2013: 562-563).

Este vínculo entre anonimato en la donación y número de donantes nos obliga a analizar por qué en la legislación española se mantiene el anonimato, qué ocurre con los efectos secundarios de las donaciones de óvulos, y finalmente, por qué España es uno de los principales proveedores de óvulos donantes para técnicas de reproducción humana asistida en Europa.

## 2. El debate en torno a los posibles efectos secundarios de la donación de gametos

Una cuestión importante que aparece a lo largo del trabajo de campo son los efectos secundarios, las posibles consecuencias negativas para la salud de las donantes de óvulos. Las donantes de óvulos entrevistadas no siempre son plenamente conscientes de estos riesgos, y si han sido informadas, tienen a minimizar, o no entienden plenamente el alcance de estos riesgos.

Varias de las personas expertas entrevistadas hacen eco de esta falta de información, o quizás más, de esta confianza incondicional en todo lo que tenga que ver con la clase médica y el progreso científico en este país, que nos perfila a la cabeza de la donación de óvulos de la Unión Europea.

Los riesgos que implica la donación de óvulos se discuten poco en el mercado de la fertilidad. En la extracción del óvulo pueden producirse hemorragias, ciertos riesgos para los órganos o infecciones. Se calcula que el síndrome de la hiperestimulación ovárica ocurre en un 2% de los casos (algunos autores hablan del 5%). Además, pueden en casos raros pueden suceder alteraciones respiratorias severas, fallos renales causados por acumulación de líquidos en el abdomen y pulmones. En caso del síndrome de hiperestimulación ovárica, la cirugía puede producir esterilidad a la mujer (Romeo, Paslack, Simon, 2013:19-20).

Existen ciertos riesgos para la salud en la obtención de óvulos que se han demostrado científicamente. Primero porque los óvulos son “bienes escasos”, ya que en condiciones normales la mujer sólo produce un óvulo cada mes, por lo que se debe producir una estimulación o superestimulación ovárica, además de un procedimiento quirúrgico invasor para obtener estos óvulos<sup>9</sup>. Es por ello que hay autores que denuncian que los medicamentos utilizados, así como las técnicas pueden producir efectos secundarios que no han sido suficientemente investigados (Galpern, 2006). La hiperestimulación ovárica puede aumentar las posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios; también se habla de mayores riesgos de trombosis y embarazos ectópicos o extrauterinos, así como del síndrome de hiperestimulación ovárica (Ahumana, 2008: 42). Estas diferencias entre la donación de gametos masculinos y femeninos, hace que algunos autores/as enfatizen que en el caso de legislaciones en las que se permite la donación de ambos, no pueden abordarse como situaciones equivalentes (Puigpelat, 2012).

Las mujeres embarazadas de óvulo donado tienen también más riesgo, incluso comparado con otras pacientes de FIV, además de los mayores riesgos de embarazos múltiples. Todavía no se

---

<sup>9</sup> La donación de óvulos en España puede realizarse cada 4 meses, con un máximo de 3 veces al año.

ha estudiado suficientemente los posibles incrementos de riesgo de cáncer. Tampoco los riesgos a largo plazo de algunos medicamentos y drogas que se utilizan para la estimulación (Romeo, Paslack, Simon, 2013:20).

Aun así, algunos de los expertos/as entrevistados (especialmente los médicos y juristas) matizan que los riesgos están ahí, y se informan a las pacientes de ello, pero las mujeres lo aceptan como en cualquier otro acto médico informado. Estos expertos/as consideran que existen mayores riesgos asociados a la edad de la madre que acude a las técnicas de reproducción asistida, que a las técnicas en sí mismas<sup>10</sup>.

Obviamente los responsables médicos no responden del éxito o no de las técnicas de reproducción asistida, pero la información previa al consentimiento informado debe de contener además de los aspectos económicos, éticos y jurídicos, también los riesgos, tanto para la mujer, incluidos los riesgos de someterse a según qué edades a estas técnicas de reproducción, así como los posibles riesgos a su descendencia.

Es difícil saber hasta qué punto las clínicas proporcionan toda la información que se conoce sobre los riesgos y posibles consecuencias a quienes se prestan a las técnicas de reproducción asistida, ya sean donantes de óvulos, como madres que se someten a FIV. No ha sido éste el objeto de esta investigación, pero sí que algunas de las personas entrevistadas aluden muy superficialmente a esta cuestión, o desconocen información importante, como por ejemplo, cuántas personas han nacido finalmente fruto de la donación de gametos realizada.

Algunas de las personas expertas entrevistadas aluden como posible explicación de esta realidad a las especiales características culturales de este país. Todo lo que tiene que ver con avances científicos, y en especial con la clase médica y la sanidad, produce una gran confianza a las personas en general y ayuda a que no se planteen o indaguen seriamente sobre posibles riesgos o efectos secundarios.

---

<sup>10</sup> Por ejemplo se ha demostrado que la utilización de ciertas técnicas de reproducción asistida pueden incrementar los riesgos de que los niños/as así concebidos tengan alteraciones cromosómicas (PINBORG, Anja; AARIS HENNINGSEN, Anna-Karina; MALCHAU, Sara Sofie.; LOFT, Anne, "Congenital anomalies after assisted reproductive technology", *Fertility and Sterility*, vol. 99, nº 2, February 2013, pp. 327-332. También recientemente se ha demostrado que los niños/as nacidos mediante Fertilización in Vitro (FIV), tienen mayores riesgos de padecer patologías cardiacas de adultos (VALENZUELA-ALCARAZ, Brenda; CRISPI, Fátima; BIJNES, Bart; CRUZ-LEMINI, Monica.; CREUS, Montserrat; SITGES, Marta; BARTRONS, Joaquim; CIVICCO, Salvadora; BALASCH, Juan; GRATACOS, Eduard, "Assisted reproductive technologies are associated with cardiovascular remodeling in utero that persists postnatally", *Circulation*, 2013.

### 3. España como país privilegiado en medicina reproductiva y destino común en Europa

Otro de los elementos a analizar son las razones por las que España constituye un país de destino para la medicina reproductiva transfronteriza. Las personas entrevistadas se hacen eco de la importancia económica que representa toda la industria de la reproducción, que mueve importantes cantidades de dinero, genera unos ingresos económicos al país nada desdeñables<sup>11</sup>, que a nadie interesa que desaparezcan<sup>12</sup>.

Esta industria de la reproducción se beneficia también de la llegada de personas de otros países para acceder a la medicina reproductiva española. La existencia de una legislación permisiva<sup>13</sup> en materia de técnicas de reproducción asistida<sup>14</sup>, junto con el número importantes de donantes de óvulos, semen y embriones, convierten a nuestro país a un destino privilegiado de otros ciudadanos europeos que vienen para acceder a estas técnicas<sup>15</sup>. La disponibilidad de información en internet sobre servicios sanitarios, clínicas o precios de otras partes del mundo, junto con la democratización de los billetes de avión ha contribuido al incremento del turismo sanitario (Pennings, 2007:505). En Europa, la técnica que más provoca que los pacientes viajen dentro del espacio europeo es la búsqueda de gametos donados. La donación de óvulos está prohibida en Italia, Alemania, Austria<sup>16</sup>, Suiza y Turquía. Además la donación de esperma para

---

<sup>11</sup> Las clínicas españolas acaparan el 35-40% de la medicina reproductiva transnacional, y la mayoría de los pacientes provienen de Italia, Francia y el Reino Unido, siendo el 75% de los casos italianos (Shenfield et al., 2010: 1362).

<sup>12</sup> El negocio de la fertilidad movió en España durante el 2012 460 millones de euros entre la sanidad pública y privada. El 71,8% de los tratamientos se realizan en clínicas especializadas. Es un sector económico en crecimiento, a pesar de la actual coyuntura económica de crisis (Ver fuente [http://cincodias.com/cincodias/2013/04/17/empresas/1366221737\\_982299.html](http://cincodias.com/cincodias/2013/04/17/empresas/1366221737_982299.html)).

<sup>13</sup> El carácter permisivo no tiene una connotación peyorativa, e incluso se expresan así las propias autoridades sanitarias españolas (ver Fundación Escuela Organización Industrial, 2013).

<sup>14</sup> En España están permitidas casi todas las técnicas de reproducción humana asistida, a excepción de la gestación por sustitución.

<sup>15</sup> Existen pocas investigaciones que hayan cuantificado el volumen del turismo reproductivo en Europa. Uno de los pocos estudios cuantitativos (Shenfield et al. 2010) apunta a España como uno de los destinos más elegidos en Europa, donde se producen la mayoría de las donaciones de óvulos y embriones de los utilizados en Europa (62%).

<sup>16</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta prohibición en Austria (Caso S.H y Otros contra Austria, TEDH 2010/56 de 1 de abril), y ha reconocido un margen de apreciación de los estados sobre materias controvertidas moralmente sobre las técnicas de reproducción humana asistida, siempre que se respete el principio de proporcionalidad y el principio de apreciación. Los argumentos que esgrimió Austria para sustentar su prohibición eran la posible explotación de donantes, las relaciones familiares nuevas y extrañas, y la escisión de la maternidad natural y social y el peligro al principio "mater semper certa est" (Van Hoof y Pennings, 2012a:666). La gran

fecundación heteróloga está prohibida también en Italia (Ferraretti et al., 2010:262)<sup>17</sup>. La gestación por sustitución es otra de las técnicas de reproducción humana asistida que provoca un importante flujo de personas que viajan a otros países, pero esta vez fuera de la Unión Europea, ya que es una técnica no permitida en la mayoría de los países europeos (European Union, 2013). Su no admisión en nuestro país no impide que un número importante de personas marchen fuera de Europa para tener así hijos con un vínculo genético con al menos uno de los progenitores, provocando importantes problemas bioéticos<sup>18</sup>, y también de derecho positivo<sup>19</sup>.

Un primer problema que se repite en las respuestas de varias personas entrevistadas, tanto expertos como donantes, es la ausencia de un Registro de Donantes. Es una cuestión que se repite en varias de las personas entrevistadas, tanto expertos/as como donantes: la carencia de un Registro Nacional de Donantes de Gametos, previsto ya desde la primera ley de técnicas de reproducción asistida española en 1988, que hace imposible primero cumplir el mandato legal de un máximo de 6 personas nacidas de un mismo donante (o lo deja a la autorregulación de las propias clínicas). Esta ausencia de Registro además puede producir importantes problemas éticos en el futuro, ante la imposibilidad de identificar y contactar a la descendencia de un donante al que posteriormente se le descubre una anomalía genética. En un sentido inverso, también resultará difícil avisar a un donante que algunas de las personas concebidas con sus gametos han desarrollado enfermedades genéticas que él o ella podrían transmitir en el futuro si quisieran tener hijos/as propios.

La ley española señala un máximo de 6 niños nacidos del mismo donante de gametos y establece que es el donante el que tiene que declarar en cada nueva donación cuantas donaciones lleva hechas y en qué condiciones. Después el centro tiene que comprobarlo. Por lo tanto, el control lo llevan las mismas personas y centros involucrados (Romeo, Paslack, Simon, 2013:26).

Un segundo problema es la connotación negativa de la medicina reproductiva transnacional en general que se debe a la consideración que la movilidad del paciente en este caso obedece a un intento de fraude de ley, además de plantear algunos problemas de justicia, como la desigualdad en el acceso a la sanidad por recursos económicos, y las posibles situaciones de explotación de los

---

Sala aceptó que las legislaciones restrictivas sobre donación de gametos en Austria y Alemania eran legítimas bajo ese margen de apreciación, dado que no existe consenso europeo sobre la materia (Van Hoof y Pennings, 2012b: 199).

<sup>17</sup> Aun así, el Tribunal Constitucional italiano en abril del 2014 consideró inconstitucional esta prohibición de donación de gametos, pero es necesario modificar la ley sobre reproducción asistida (Legge 40/2004. Norme in materia di procreazione assistita) aun en vigor (Benagiano et al., 2024:662).

<sup>18</sup> Ver en este sentido Igareda, 2014; Corral, 2013; Vela, 2013; Lamm, 2012, entre otros.

<sup>19</sup> Ver en este sentido Farnós, 2010; Quiñones, 2009; De Barrón, 2009, Calvo y Carrascosa, 2009, entre otros.

donantes, entre otros factores. Aunque las principales razones por las que los pacientes viajan fuera de su país de origen para acceder a técnicas de reproducción asistida en otros, son porque el tratamiento al que se quiere acceder está prohibido en el país de origen; porque se considera éticamente inaceptable; porque la técnica no está disponible; porque falta el conocimiento o el equipamiento; porque el tratamiento no se considera suficientemente seguro; porque ciertos tipos de pacientes no se consideran elegibles para esa técnica de reproducción asistida (por ejemplo mujeres solas, o mujeres a partir de una cierta edad); porque las listas de espera son demasiado largas en el país de origen (por ejemplo hay un déficit de óvulos donados porque se ha abolido la donación anónima); o porque los costes de la técnica son muy elevados en el país de origen (Pennings, 2006, Pennings et al. 2008).

Hay autores que cuestionan la valoración negativa que merece la medicina reproductiva transnacional, y rebaten los principales argumentos, como por ejemplo que suponga un problema de justicia, ya que solo las personas con un determinado poder adquisitivo pueden acceder, y esto implica desigualdad. Si este es el principal argumento, en todo caso, la cuestión radicaría en mejorar los sistemas públicos de reembolso de gastos sanitarios. La mayoría de los países no cubren los ciclos de FIV, y en una buena parte de los países, pertenece totalmente a la sanidad privada. Otras de los problemas que se esgrimen tienen que ver con la creencia de una única verdad moral y la exigencia de uniformidad legal. La demanda de que ciertas técnicas estén prohibidas bajo argumentos morales y éticos, y que se critique a las personas acudan a otros países donde si que están permitidas, responde a la creencia a que se está en posesión de la verdad. Otra de las razones de preocupación son los riesgos que implica la salud reproductiva transnacional, por ejemplo, que los derechos de los pacientes no estén suficientemente garantizados; el hecho de la existencia de contraprestaciones económicas a ciertos actos pueda acarrear situaciones de explotación de las mujeres; o la falta de asesoramiento debido a dificultades idiomáticas y también a que la información suele centrarse excesivamente en cuestiones técnico-médicas, pasando por alto la dimensión psicosocial de los tratamientos de fertilidad. También preocupa el control sobre los niveles de calidad y seguridad de los tratamientos. La mayoría de las veces los parámetros de evaluación son los ratios de éxito de los bebés nacidos vivos, ya que esto da publicidad y prestigio a las clínicas. Por eso sería deseable que existieran organismos independientes que vigilaran otros parámetros de información también decisivos como la tasa de complicaciones en el embarazo, tasa de embarazos múltiples, o complicaciones por hiperestimulación ovárica (Pennings, 2006:47-49).

Aun así dentro de la UE, la sanidad se considera más un producto o un servicio que cualquier otra cosa. El Tribunal Europeo de Justicia, en el caso *Decker y Kohll* (C-120/95 y C-158/96)<sup>20</sup> consideró que los servicios de salud también estaban afectados por dos de los principios básicos de la Unión Europea como son la libre circulación de personas y de servicios. Posteriormente la Directiva 2011/24/UE, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza recogió esta consideración.

Los gobiernos no deberían utilizar su potestad punitiva para controlar el comportamiento de los ciudadanos en cuestiones personales. La posibilidad de que los ciudadanos se salten las leyes yéndose al extranjero exige una reflexión sobre las funciones de la ley. Las leyes tienen todavía la función de ser una declaración pública del posicionamiento moral de la mayoría, pero no se puede exigir que la ley impida a los ciudadanos de un país que utilicen ciertos servicios médicos.

La prohibición de la salud reproductiva transnacional implicaría una negación de la autonomía moral de los ciudadanos. La salud reproductiva transnacional sirve para permitir una coexistencia pacífica de la pluralidad ética y religiosa, no es un problema, sino precisamente una solución ante posibles conflictos entre política y ética en una democracia.

La tolerancia debería ser la respuesta clave ante la salud reproductiva transnacional. A pesar de que no se esté de acuerdo con la gente que viaja para acceder a una determinada técnica, se debería respetar y tolerar (Pennings, 2006; 2007).

También se pone en duda que procesos de armonización europea sean la manera de solucionar la medicina transnacional reproductiva<sup>21</sup>. En todo caso se recomiendan ciertas

---

<sup>20</sup> Estas dos sentencias del Tribunal de Justicia de la CE, relativas a la compatibilidad de la legislación nacional luxemburguesa con los artículos 30 y 59 del Tratado se refieren respectivamente a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios. En ambos casos se trataba de una cuestión prejudicial planteada que pretendía analizar la compatibilidad de una norma nacional, en este caso luxemburguesa, con el derecho comunitario. La legislación de Luxemburgo, subordinaba el reembolso de gastos médicos realizados fuera de su territorio a la condición de que el tratamiento médico en cuestión o la compra de productos o accesorios médicos fueran debidamente autorizados por el organismo de seguridad social competente. En los casos en cuestión era el reembolso de unas gafas compradas en Bélgica por un ciudadano luxemburgués, y el reembolso de unos servicios de ortodoncia realizados en Alemania para una niña luxemburguesa.

<sup>21</sup> Algunos autores como Pennings, 2004 que consideran que lo que normalmente se llama armonización que no supone un proceso hacia el consenso, sino en verdad es el deseo de que los demás adopten el punto de vista que yo tengo. Estos autores se inclinan en todo caso en la adopción de unos principios éticos comunes, como los contenidos en textos jurídicos europeos vinculantes, y en la adopción de estándares de seguridad y control de la calidad de los servicios de salud reproductiva, como por ejemplo la Directiva Europea 2004/23/EC del parlamento Europeo y del Consejo del 31

medidas tendentes a minimizar los efectos no deseables de este fenómeno como asegurar la igualdad en el acceso a las técnicas de los pacientes autóctonos y extranjeros, incluyendo protocolos similares, precios, información, asesoramiento y soporte psicológico. Asegurar la calidad, la seguridad y el tratamiento basado en la evidencia científica, tanto a los pacientes como a los donantes.

## 4. Conclusiones

La investigación que da lugar a este artículo nos sirve como pretexto para poder analizar cómo una legislación tan abierta como la española en materia de técnicas de reproducción asistida no siempre ha ido acompañada de un suficiente debate legal, ético y público.

Se admite como avance científico cualquier nueva posibilidad médica en materia de reproducción humana, lo que nos convierte en destino de la medicina reproductiva transfronteriza, especialmente de Europa. Además hay una percepción social y económica positiva porque genera importantes beneficios económicos y constituye un indicador de un nivel sanitario de calidad.

Sin embargo algunas cuestiones como el anonimato en la donación de gametos, los efectos secundarios en la donación de óvulos, el altruismo en las donaciones de gametos, la inexistencia de un Registro Nacional de Donantes de Gametos, así como la inadmisión de la gestación por sustitución pero su práctica en terceros países por nacionales españoles, deberían ser objeto de un debate más profundo. También un análisis en mayor profundidad sobre si la medicina transfronteriza en general, y la reproductiva en particular, constituye un fenómeno indeseable para los Estados Miembros de la UE, o se trata de una realidad éticamente aceptable y económicamente justificada.

Son interesantes, en este sentido, las recomendaciones que se hacen en el seno de diferentes organizaciones europeas para minimizar las posibles consecuencias negativas de la medicina reproductiva transnacional, entre otras, que los pacientes deberían recibir una información exacta sobre el tipo de pruebas que será necesario realizar, los precios, las listas de espera y el tiempo que necesitarán estar en el centro extranjero. También deberían conocer las tasas de éxito y si se trata de un tratamiento en fase experimental, o que está avalado con suficiente evidencia

---

de marzo de 2004 relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

científica. Respecto a los donantes, se deberían someter a una estimulación que minimice los riesgos para la salud, sobre todo teniendo en cuenta que existe poca información sobre los efectos en la salud de donantes que han donado de manera repetida. Se considera igualmente imprescindible el establecimiento de registros nacionales de donantes, así como la colaboración de las clínicas en el mantenimiento de los datos.

## 5. Bibliografía

- ◆ AHUMADA, M. (2008): “La clonación humana y el resguardo de los intereses de las mujeres”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 28, pp. 33-57.
- ◆ AÑÓN, M.J.; CALVO, M.; BERGALLI, R.; CASANOVAS, P. (eds.) (1998): *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ◆ BENAGIANO, G.; FILIPPI, V.; SGARDI, S.; GIANAROLI, L. (2014): “Italian Constitutional Court removes the prohibition on gamete donation in Italy”, *Reproductive BioMedicine Online*, 29, pp. 662-664.
- ◆ CALVO, A.-I. y CARRASCOSA, J., (2009): “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (2), pp. 294-319.
- ◆ COOK, R. y GOLOMBOK, S. (1995): “A survey of semen donation: phase II-the view of donors”, *Human Reproduction*, 10, pp. 951-959.
- ◆ CORRAL, E. (2013): “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38, pp. 45-69
- ◆ DANIELS, K. and LALOS, O. (1995): “The Swedish Insemination Act and the availability of donors”, *Human Reproduction*, 10, pp. 1871-1874.
- ◆ DE BARRÓN, P. (2009): “La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, pp. 29-41.
- ◆ EUROPEAN UNION (2013): *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Brussels, European Union.

- ◆ FARNÓS, E. (2010): "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*.
- ◆ FERRARETTI, A.P.; PENNING, G.; GIANAROLI, L.; NATALI, F.; M.; MAGLI, C. (2010): "Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies", *Reproductive Biomedicine Online* (2010) 20, pp. 261-266.
- ◆ FRITH, L.; BLYTH, E.; FARRAND, A. (2007): "UK gamete donors' reflection on the removal of anonymity: implications for recruitment", *Human Reproduction*, 22, pp. 1675-1680.
- ◆ FUNDACIÓN ESCUELA ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL (2013): *Turismo de salud en España*, Madrid, Fundación EOI, Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- ◆ GALPERN, (2006): "Beyond Embryo Politics: Women's Health and Dignity in Stem Cell Research", in *National Women's Health Network*, pp. 1-4. Disponible en: [http://www.geneticsandsociety.org/downloads/Galpern\\_WHA\\_0506.pdf](http://www.geneticsandsociety.org/downloads/Galpern_WHA_0506.pdf).
- ◆ IGAREDA, N. (2014): "La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución", *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 40, Enero-Junio 2014, pp. 171-194.
- ◆ KALFOGLOU, AL. y GELLER, G. (2000): "A follow-up study with oocyte donors exploring experiences, knowledge, and attitudes about the use of their oocytes and the outcome of the donation", *Fertility and Sterility*, 74, pp. 660-667.
- ◆ LAMM, E. (2012): "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, pp. 1-49.
- ◆ PENNING, G. (2005): "Commentary on Craft and Thornhill: new ethical strategies to recruit gamete donors", *Reproductive BioMedicine Online*, 10 (3), pp. 307-309.
- ◆ PENNING, G. (2006): "International parenthood via procreative tourism" in SHENFIELD, F. and SUREAU, C. (eds.): *Contemporary ethical dilemmas in assisted reproduction*, Abingdon, Oxon: Informa Health Care, pp. 43-56.
- ◆ PENNING, G. (2007): "Ethics without boundaries: medical tourism" in ASHCROFT, R.; DAWSON, A., DRAPER, H. and McMILLAN, J. (eds.): *Principles of health care ethics*, London: John Wiley & Sons, pp. 505-510.
- ◆ PENNING, G.; DE WERT, G.; SHENFIELD, F.; COHEN, J.; TARLATZIS, B. y DEVROEY, P. (2008): "ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care", *Human Reproduction*, 23 (10), pp. 2182-2184.

- ◆ PINBORG, A.; AARIS HENNINGSEN, A-K; MALCHAU, S.S.; LOFT, A., (2013): “Congenital anomalies after assisted reproductive technology”, *Fertility and Sterility*, 99 (2), pp. 327-332.
- ◆ PUIGPELAT, F. (2012): “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista”, en M. CASADO y A. ROYES (coord.): *Sobre Bioética y Género*, Barcelona: Aranzadi.
- ◆ QUIÑONES, A. (2009): “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 3.
- ◆ QUIVY, R., VAN CAMPENHOUNDT, L. (1992): *Manual de investigación en ciencias sociales*, Mexico, D.F., Limusa Noriega.
- ◆ PUREWAL, S. y VAN DEN AKKER, O. (2009): “Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences” *Human Reproduction Update*, 15, pp. 499-515.
- ◆ RAES, I.; RAVELINGIEN, A.; PENNING, G. (2013): “The right of the donor to information about children conceived from his or her gametes”, *Human Reproduction*, 28 (3), pp. 560-565.
- ◆ RAPOSO, V.L. (2012): “Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 37, pp. 93-122.
- ◆ ROMEO CASANOBA, C.M.; PASLACK, R.; SIMON, J.W. (2013): “Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European Countries”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38, pp. 15-42.
- ◆ SHENFIELD, F.; DE MOUZON, J.; PENNING, G.; FERRARETTI, A.P.; NYBOE ANDERSEN, A.; DE WERT, G.; and GOOSSEN, V. (2010): “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 25 (6), pp. 1361-1368.
- ◆ SHENFIELD, F.; PENNING, G.; DE MOUZON, J.; FERRARETTI, A.P.; and GOOSSENS, V. (2011): “ESHRE’s good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners”, *Human Reproduction*, 26 (7), pp. 1625-1627.
- ◆ THORN, P; KATZORKE, T.; DANIELS, K. (2008): “Semen donors in Germany: a study exploring motivations and attitudes”, *Human Reproduction*, 23, pp. 2415-2420.
- ◆ TOHARIA, J.J. (1998): “Opinión pública y derecho en España: una breve nota personal con balance recapitulativo incluido” en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 215-218.

- ◆ VALENZUELA-ALCARAZ, B.; CRISPI, F.; BIJNES, B.; CRUZ-LEMINI, M.; CREUS, M.; SITGES, M.; BARTRONS, J.; CIVICCO, S.; BALASCH, J.; GRATACOS, E. (2013): "Assisted reproductive technologies are associated with cardiovascular remodeling in utero that persists postnatally", *Circulation*, 128 (13), pp.1442-1450.
- ◆ VALLÉS, M. S. (1997) *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Ed. Síntesis. (2002): *Entrevistas cualitativas*, Madrid, CIS.
- ◆ VAN HOOFF, W. y PENNING, G. (2012a): "The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgements", *Reproductive Biomedicine Online*, 25, pp. 665-669.
- ◆ VAN HOOFF, W. and PENNING, G. (2012b): "Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care: The Issue of Legal Diversity", *European Journal of Health Law*, 19, pp. 187-200.
- ◆ VELA, A. J. (2013) "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, 8162, Sección Doctrina.

**Fecha de recepción: 10 de febrero de 2015**

**Fecha de aceptación: 10 de enero de 2016**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

**Cultura e ética na formação familiar: a poligamia e a sua repressão no ocidente**

**Culture and ethics in family formation: polygamy and its repression in the West**

**RICARDO OLIVEIRA ROTONDANO \***

## OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Ricardo Oliveira Rotondano. Advogado. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: [oliveirarotondano@uol.com.br](mailto:oliveirarotondano@uol.com.br)

## Resumo

A cultura cristã encontra-se edificada como modelo cultural predominante no ocidente. Tal assertiva produz efeitos nos mais variados campos sociais —como, por exemplo, na família. A família ocidental segue eminentemente o modelo monogâmico de vida, como típica entidade cristã. Entretanto, parcela significativa dos países ocidentais acaba cerceando as demais formas de entidade familiar, como ocorre em relação ao modelo poligâmico. Deve-se combater qualquer modalidade de supressão de culturas minoritárias, em respeito ao princípio da liberdade e aos preceitos de convivência plural dos Estados democráticos.

**Palavras-chave:** cultura; democracia; ética; família; poligamia.

## Abstract

Christian culture is built as the predominant cultural model in the west. This assertion take effect in various social fields —for example, in the family. The western family eminently follows the model of monogamous life, as typical christian entity. However, a significant portion of western countries just restricting other forms of family unit, as in relation to polygamous model. One should fight any form of suppression of minority cultures, in respect to the principle of freedom and plural coexistence principles of democratic states.

**Keywords:** culture; democracy; ethic; family; poligamy.

## 1. Introdução

O surgimento dos fatores culturais de uma sociedade ocorre dentro de um processo em que há influência de diversos elementos. Tais fatores, ao serem disseminados socialmente, impõem-se como um padrão de cultura específico da comunidade na qual foi adotada, servindo como parâmetro de civilidade e coesão entre os seus membros. O padrão cultural estabelecido passa a estar vinculado aos indivíduos como o modo correto de vida a ser seguido por eles, sendo praticado e mesmo exigido por seus próprios membros ante os demais.

Entre eles, a religião se constitui como um dos principais fatores de modelagem da mentalidade humana, direcionando o exercício apreensão do mundo físico pelo homem segundo determinados padrões morais e éticos. Assim sendo, o indivíduo passa a interpretar as práticas em suas relações sociais cotidianas segundo classificações de correção vinculadas ao modelo pré-estabelecido pela crença religiosa adotada. Adota, em consequência, um estilo de vida vinculado à sua consciência moral religiosa.

Na parcela ocidental do planeta, impera como padrão religioso o culto aos preceitos cristãos —seja na sua vertente católica, seja em sua modalidade evangélica. Com o Brasil, não é diferente: cerca de 85% da população brasileira atual declarou ser adepta de religiões cristãs. Como elemento cultural de grande força persuasiva, a religião cristã exerce a função de instituto modelador da visão de mundo do povo brasileiro, influenciando conseqüentemente a adoção de práticas ligadas à sua religião —e, conseqüentemente, a identificar como errôneas quaisquer atitudes que contrariem frontalmente o modo de vida cultural cristão.

Uma série de paradigmas cultural-religiosos passa, assim, a ostentar caráter obrigatório para toda a população, quando são adotados por uma parcela majoritária de determinado povo. Entre os inúmeros exemplos que poderiam ser destacados, o presente estudo dá ênfase ao caráter monogâmico obrigatório da família brasileira. Para entender o panorama em destaque, é preciso analisar com mais profundidade as bases teóricas acerca da força que a religião detém no meio social como elemento formador da cultura. Ademais, verificar-se-á se é correta a imposição social de determinado padrão cultural para toda a população —inclusive para as minorias, que tenham modos de vida diferenciados do modo de vida amplamente majoritário.

## 2. Cultura e ética na formação humana

Por certo, a carga genética do ser humano —recebida como conseqüente herança dos seus genitores— carrega uma série de disposições biológicas que irão influenciar a formação do indivíduo. Não obstante a crença acerca desse processo ser comumente disseminada como algo poderoso e definitivo, seguindo o ditado popular “tal pai, tal filho”, a estrutura biogenética de cada sujeito reflete apenas uma pequena parcela do que este virá a se tornar.

A bagagem genética, como fator intrínseco do ser humano, fornece apenas os caracteres básicos da formação humana. Em geral, contém as disposições físicas relativas ao processo evolutivo do indivíduo. A sua formação intelectual —que compõe, para as ciências sociais, o aspecto mais importante da formação do sujeito— é claramente influenciada de modo majoritário pelas fontes de informação externas ao ser humano.<sup>1</sup>

Estas fontes externas são os elementos culturais. A estrutura social que compõe um modo de vida específico —imbuído de racionalidades e símbolos ímpares— atua inconscientemente na mentalidade humana, delineando a sua visão de mundo em determinado sentido. É desse modo que, desde o nascimento, as crianças têm a sua racionalidade moldada pelos aspectos culturais do local e do povo no qual vivem e mantém constante contato.<sup>2</sup>

Há, aqui, uma clara relação de complementaridade. A carga genética humana claramente não é capaz de definir com rigor os aspectos intelectivos do sujeito. Esse espaço vazio é ocupado pela cultura, atuando de modo a estabelecer a adequação do indivíduo ao meio em que vive, adotando práticas de determinado modo de vida a partir da sua vinculação não intencional à cultura na qual a sua mentalidade foi moldada.<sup>3</sup>

O viés cultural se traduz em uma série de modalidades diferentes que atuam na domesticação do indivíduo para a sua adequação ao sistema de símbolos de determinado modo de vida. A religião pode estabelecer o respeito às normas sagradas por intermédio do temor a entidades que impõem sanções em vida, ou por meio de uma suposta recompensa após a morte. A economia pode estipular um modo de vida individualista e consumista, ou estabelecer práticas sociais solidárias e distributivas. Aquele que convive sob cada um destes diferentes elementos tende naturalmente a seguir as práticas sociais estabelecidas em sua comunidade.

---

<sup>1</sup> GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução: Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 107.

<sup>2</sup> LARAIA, Roque de Barros. *Um conceito antropológico*. 11<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 17-18.

<sup>3</sup> GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução: Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 113-114.

É justamente a partir da grande contribuição da simbologia cultural para a formação da mentalidade humana que influencia o campo valorativo do indivíduo. Os preceitos éticos e morais deste são elaborados mediante a visão de mundo cultural arraigada em sua vivência. A experiência cultural atua de modo tão profundo na formação da identidade coletiva e individual que o sujeito que somente aquele modo de vida faz sentido para seus membros.

Há a fixação de um conjunto dogmático acerca dos valores morais que perpassam determinado panorama cultural no juízo de validade do sujeito acerca das suas ações e das práticas de todos os demais indivíduos. O sujeito passa a pautar suas ações e a realizar um julgamento de valor acerca dos atos de outrem a partir das características que este internalizou do modo de vida coletivo ao qual está integrado. Identifica-se aqui a inerente ligação entre ética e cultura, em uma relação de simbiose atestada a partir da análise intelectual humana.<sup>4</sup>

Como elemento modelador da visão de mundo do homem, a cultura influencia toda a construção social dos indivíduos. Não somente as ações humanas, mas igualmente as suas instituições sociais são criadas segundo critérios culturais. Dessa forma, a instituição familiar —como uma inequívoca instituição social— não está livre da intervenção cultural. Este é o tema ao qual se presta o próximo tópico, no qual analisaremos a força que detém a cultura em estabelecer certo parâmetro social de família a ser seguido.

### 3. A formação cultural familiar

De modo inequívoco, os fatores culturais encontram estreita relação com o plano familiar, como aponta Paulo Antonio de Menezes Albuquerque.<sup>5</sup> Aduz o autor que seria um equívoco desprezar a intensa correlação existente entre o aspecto cultural e o familiar, tendo em vista que “além de manter tradições e valores vigentes e de responder pela reprodução física de seus membros, a família atua em relação próxima com o modo de organização da sociedade, refletindo-a em sua própria visão de mundo”.

É justamente desse modo que ocorreu a edificação dos preceitos monogâmicos em território ocidental. Ao ser disseminada culturalmente, geração após geração, a monogamia tornou-se um dogma enraizado na população dos países ocidentais. Não poderia ser diferente:

---

<sup>4</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

<sup>5</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. In FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Orgs.). *Curso de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 139.

após milhares de anos sob o manto da família monogâmica, estabeleceu-se o senso comum de que os homens e as mulheres somente podem se amar sob a monogamia.

Está arraigado o entendimento de que as relações afetivas precisam de uma sagração social qualquer e que as crianças precisam das figuras materna e paterna, tais como hoje conhecemos. Assim sendo, “amar se tornou sinônimo de constituir família —e constituir família se tornou sinônimo de monogamia”.<sup>6</sup> A edificação dos preceitos culturais religiosos cristãos na sociedade ocidental provocou a sua consequente obrigatoriedade social, exigida pelos próprios indivíduos.

A ascensão monogâmica como modelo familiar predominante no mundo guarda estreita relação com dois principais fatores histórico-globais. O primeiro deles se refere à necessidade socioeconômica de acumulação de propriedade, tendo em vista que o modelo familiar anterior não correspondia a este objetivo.<sup>7</sup> A partir do instante em que irromperam na sociedade elementos concernentes à uma estrutura individualista e patrimonial, exigiu-se a mudança do paradigma familiar anterior.

Isto porque, anteriormente, não havia o controle relacional afetivo das mulheres —e consequentemente, havia dificuldades na identificação da prole com exatidão. A imposição de um único parceiro sexual foi o instrumento utilizado pelas sociedades em transição para controlar a sexualidade feminina, de modo a visualizar com alto grau de certeza a ligação de parentesco entre os filhos— futuros herdeiros do patrimônio —e os seus respectivos pais— que deixariam determinada herança.

Mais adiante, inferimos que a modalidade monogâmica na parte ocidental do planeta teve a sua disseminação e edificação estimulada pelos preceitos cristãos. Não obstante a sociedade ter adotado o controle da fecundidade feminina, tal padrão estabeleceu-se somente em relação à mulher —e não ao homem, que em diversas culturas poderia ter mais de uma esposa. A poligamia ainda ocupava espaço dentro da sociedade, unicamente na modalidade da poliginia.

A proliferação de preceitos cristãos entre a população ocidental ocorreu apesar da intensa repressão institucional dos governos romanos da época. Preceitos estes que incluíam o modo de vida estritamente monogâmico, com a obrigatoriedade da unicidade de parceiros tanto para o

---

<sup>6</sup> LESSA, Sérgio. A atualidade da abolição da família monogâmica. *Revista Crítica Marxista*, n. 35, pp. 41-58, 2012, p. 41.

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Flávia B.; CARRIJO, Gilson G. Morgan e Engels: considerações sobre a coincidência entre as noções de evolução e de progresso. *História & Perspectivas*, Uberlândia, n. 29 e 30, pp. 327-353, jul./dez. 2003 e jan./jun. 2004, p. 340.

homem quanto para a mulher.<sup>8</sup> A adoção do cristianismo como religião oficial do vasto império romano foi o ápice do histórico cristão no ocidente —que, a partir daí, serviu como parâmetro religioso para os futuros Estados nacionais europeus e conseqüentemente para as suas colônias na América e na África.<sup>9</sup>

Ante esta breve explanação, podemos delinear os aspectos histórico-culturais que levaram à adoção do modelo monogâmico no ocidente. Mais do que isso, há não só a partilha majoritária de uma cultura monogâmica comum; existe o cerceamento social e institucional, em muitos dos Estados ocidentais, para o estabelecimento da entidade familiar poligâmica. O próximo capítulo se destina à análise acerca desta imposição cultural para a minoria que pretenda optar por um modelo familiar diverso.

#### 4. A repressão à poligamia no ocidente

Curioso é notar que tal cerceamento cultural advém da parcela ocidental do globo, que constantemente discursa acerca da essencialidade dos esforços mundiais para a implementação de valores democráticos e liberais. Não é à toa que o discurso dos direitos humanos —uma construção europeia voltada, em verdade, para a consecução das necessidades próprias do seu povo<sup>10</sup>— assumem a roupagem de linguagem universal garantidora da liberdade humana.

É certo que muitas críticas destinadas ao trato de culturas diferenciadas em países orientais nas quais vigora uma maior influência religiosa têm fundamento. Uma série de práticas sociais que somente dizem respeito à esfera privada do sujeito são constantemente discriminadas e imputadas, por vezes, como crimes nos países com governos mais radicais. A prática da homossexualidade é uma delas, que vem enfrentando sérias represálias aos seus praticantes em nações por todo o mundo, em especial nas quais vigoram instituições islâmicas.<sup>11</sup>

Entretanto, muitos países ocidentais como o Brasil, adeptos de uma cultura democrática pluralista e respeitosa dos direitos humanos fundamentais, ainda estão vinculados a uma herança histórico-cultural dogmática e retrógrada. No Brasil, vigoram dispositivos legais que impedem a

---

<sup>8</sup> Faz-se aqui apenas referência ao casamento heterossexual, tendo em vista que esta era a única possibilidade afetiva vislumbrada pelo cristianismo.

<sup>9</sup> CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papirus, 1995, p. 101.

<sup>10</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, pp. 201-230, jan./abr. 2014, p. 208.

<sup>11</sup> CHADE, Jamil. Irã condena mais um a morte, por ser homossexual. *O Estadão*, São Paulo, ago. 2010, s/p.

constituição de entidade familiar poligâmica, sendo esta claramente uma imposição cultural cristã sobre as demais modalidades de experiência cultural.

Ilustramos a referida assertiva a partir da análise do Código Civil brasileiro —que goza de claros preceitos religiosos cristãos em toda a sua extensão. O art. 1.521 do referido instituto jurídico deixa claro que “Não podem casar: (...) VI - as pessoas casadas”, sendo este o denominado impedimento civil ao casamento poligâmico. Dessa forma, somente será legalmente válido e legítimo a união civil adquirida mediante o respeito à matriz familiar monogâmica.

Como se tal referência legislativa não fosse o suficiente para atestar a manutenção de dispositivos preconceituosos no ordenamento brasileiro, há ainda a proibição da entidade familiar poligâmica no âmbito penal. O Código Penal brasileiro estipula pena de reclusão, de dois a seis anos, para o fato de “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento”. Aquele que não é casado, mas têm ciência de estar se casando com alguém que já é casado, também será punido, com reclusão ou detenção, de um a três anos.

Em que medida as duas práticas se distinguem? Existe repressão cultural tanto em países orientais referentes a práticas alheias à sua cultura religiosa predominante como nos países ocidentais. Se inferirmos o fato de que o estabelecimento de uma cultura monogâmica obrigatória nos países ocidentais decorreu da força institucional, social e cultural das religiões cristãs, concluiremos que a diferença entre tais práticas discriminatórias é mínima ou inexistente.

Não se pode obrigar os cidadãos a adotar práticas culturais de determinada cultura, ainda que tal prática seja recorrente e pertença à grande maioria daquela população. A liberdade de escolha do modo de vida que se pretende adotar e seguir pertence à esfera privada do cidadão: nem a sociedade nem o Estado podem interferir nesta seara. Sobre esta assertiva, cabe maiores reflexões, que realizaremos no capítulo a seguir.

## 5. Pluralismo e diversidade cultural: o direito à família poligâmica

A adoção de certos preceitos culturais por determinada comunidade não pode se impor sobre o desejo daqueles que não optarem por seguir tais regramentos sociais. Deve-se respeitar o direito de cada um adotar o modo de vida que melhor lhe aprouver, sem que haja a obrigatoriedade da adoção de quaisquer preceitos compartilhados pela comunidade. Em aspectos culturais, o valor liberdade goza de especial relevância, desobstruindo-se as barreiras que se configurem como impedimentos para que o sujeito possa expressar seus valores culturais.

A convivência social a partir do diferente convívio de ideias que perpassa a diversidade cultural inerente ao Estado democrático deve primar pela tolerância e respeito mútuos. O respeito à diversidade e à pluralidade de modos de vida é fator que enriquece o espaço em comum, impedindo qualquer tentativa de sobrepor uma forma de vivência à outra. Nesse sentido, confere-se constantemente a opção para que o sujeito adote o modo de vida que desejar, sem que haja o estabelecimento de uma monocultura alienante e opressora pela comunidade e pelo Estado.<sup>12</sup>

É este o cerne da democracia: manter vivo o debate ideológico proveniente de um espaço cultural múltiplo, onde as divergências histórico-sociais estejam sempre em diálogo.<sup>13</sup> O constante debate intelectual entre os diferentes modos de vida serve para que, ante a convivência com aspectos culturais diferentes, o indivíduo possa refletir sobre suas práticas internalizadas, tendo a oportunidade de questionar os conceitos pré-estabelecidos e modificá-los, sempre que desejar.

Dessa forma, a inexistência de modelos culturais poligâmicos no território ocidental somente contribui para a continuidade da obrigatoriedade social e legal da família monogâmica. É preciso investir e estimular a construção de famílias plurais e diversificadas, para que se possa provocar uma reflexão profícua acerca das bases culturais que revestem a família monogâmica contemporânea. Mais do que isso, almeja-se conceder a efetiva possibilidade de adoção de preceitos familiares não cristãos para a população em geral.

O panorama em destaque conduz à discussão acerca dos direitos que as minorias detêm de terem os seus direitos resguardados ante as investidas da maioria em cerceá-los ou suprimi-los. O debate acerca da chamada ditadura da maioria<sup>14</sup> é pautado pela utilização do princípio da maioria —instrumento que rege a condução de decisões democráticas— muitas vezes para fundamentar a imposição de certos preceitos majoritários ante as minorias dentro da sociedade.

O Estado, por sua vez, amparado pela correta utilização formal do procedimento democrático de decisão, acaba por reafirmar tais imposições, cerceando e suprimindo modos de vida minoritários. Tal prática acaba por corromper a essência democrática: o livre e pleno debate de ideias entre distintos modos de pensar.<sup>15</sup> A composição social pluralista e diversificada passa a moldar-se em formatos únicos e dogmáticos.

---

<sup>12</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 215-216.

<sup>13</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 216.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 55.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 412.

Vê-se claramente que a composição majoritária da sociedade não pode impor o seu modo de vida para a parcela minoritária de modo arbitrário, especialmente no que diz respeito às decisões da vida privada dos cidadãos. Existem limites ao poder que a maioria detém de estabelecer comandos estatais por intermédio do princípio da maioria no regime democrático.<sup>16</sup> Os direitos das minorias, nesse sentido, devem ser respeitados e mantidos incólumes.

Há aqui um evidente conflito entre autoridade e liberdade, posto em tela. O Estado é usualmente reconhecido por estabelecer regramentos jurídicos em prol do bem-estar social, mantendo a ordem e a paz nas relações entre os sujeitos. Tais regramentos advêm da vontade do próprio povo —derivando desse preceito as lições acerca da liberdade positiva dos sujeitos: somente se submeter às leis às quais o próprio sujeito se impôs.

Entretanto, falar em poder do povo é falar, em verdade, acerca do poder de uma parcela majoritária do povo —e não da sua totalidade. É comum —e saudável— que não se estabeleçam consensos uníssonos entre a população sobre as mais variadas questões. Ocorre que a parcela majoritária pode desejar oprimir os grupos minoritários, impondo-lhes seu modo de vida. Para que isso não ocorra, é necessário adotar certos mecanismos a fim de proteger as minorias contra possíveis arbitrariedades da maioria.<sup>17</sup>

Desse modo, urge a necessidade de romper com os dogmas pré-estabelecidos que autorizam a segregação de práticas sociais minoritárias. É preciso investir em práticas jurídico-sociais pluralistas, tendo em vista que o direito deve ser construído conferindo a livre oportunidade de escolhas ético-culturais aos cidadãos. Crê-se, nesse ínterim, que o direito deve ser pautado pela pluralidade, constituindo e respeitando o direito à diferença e à identidade plural dos sujeitos.<sup>18</sup>

Um Estado democrático, que respeite e estimule as diferenças entre os sujeitos, não deve impor qualquer prática cultural como obrigatória, cerceando as práticas que divergem daquele modo de vida. Isto implicaria em um etnocentrismo completamente avesso à livre oportunidade e escolha de modos de vida.<sup>19</sup> A teoria democrático-estatal deve implementar a ideologia do

---

<sup>16</sup> MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010, p. 37.

<sup>17</sup> MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010, p. 41.

<sup>18</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 53, pp. 113-128, dez. 2006, p. 114.

<sup>19</sup> MENESES, Paulo. Etnocentrismo e relativismo cultural: algumas reflexões. *Síntese - Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 27, n. 88, pp. 245-254, 2000, p. 248.

relativismo cultural como fonte das relações intersubjetivas entre as diferentes culturas, visto que não há um único e supremo modo de vida a ser seguido.

A segregação cultural e legislativa do modo de vida poligâmico, nesse ínterim, é injustificável. A supressão da possibilidade de instituir uma família poligâmica nos mais diversos Estados do ocidente se traduz como clara imposição da maioria cristã ante práticas de culturas minoritárias, constantemente subalternizadas. A abertura social e legal para as mais variadas formas de convivência familiar —incluindo-se a poligamia— é direito inerente ao cidadão, de optar pela forma de vida que melhor lhe aprouver.

## 6. Considerações finais

A predominância da cultura cristã na parte ocidental do planeta gera, em consequência, a prática de preceitos oriundos deste modo de vida pela maioria absoluta da população. A visão de mundo específica destes sujeitos, imbuído em um elemento cultural majoritário e compartilhado quase que consensualmente, faz com que o modo de vida cristão seja encarado como o único modelo socialmente aceitável e correto.

Dessa forma, os demais modelos culturais religiosos que não seguem os ensinamentos cristãos são encarados como estereótipos incorretos de vivência. Esta é uma das principais consequências da domesticação cultural: não somente adotar os preceitos de determinado modo de vida, mas igualmente encarar as formas de vivência alheias como desviadas e imorais. A ética humana detém, nestes termos, estreita ligação com o modelo cultural adotado pelo indivíduo.

A família não escapa aos delineamentos culturais e à consequente caracterização como correta/errônea. A família pregada pela doutrina cristã prevê a monogamia como única modalidade de convivência aceitável, renegando a possibilidade de coexistência com o modelo poligâmico. As entidades familiares avessas ao conceito cristão, dessa forma, encontram rigorosa resistência social e estatal —tendo em vista a inerente tendência da maioria tentar impor os preceitos compartilhados majoritariamente para as minorias culturais.

No entanto, os direitos de manter os aspectos culturais de diferentes culturas dentro da sociedade é um direito inato à democracia e aos cidadãos. A convivência entre os diferentes modos de vida diz respeito à manutenção, entre outros, do direito à liberdade — pilar da sociedade. O direito à diferença —ou seja, o direito que o sujeito detém de resguardar a sua individualidade privada, o modo de vida que desejar— é o limite interposto contra a arbitrariedade da maioria, ao usar o Estado e o princípio da maioria para tentar suprimir as culturas minoritárias.

Assim sendo, todo Estado democrático deve primar pelo respeito aos mais diferentes modos de vida. O ocidente, que comumente impõe aos sujeitos a forma monogâmica familiar como instituição obrigatória, acaba por cercear a pluralidade de convivências nas relações familiares que somente dizem respeito às escolhas dos próprios indivíduos. Prezar pela multiculturalidade e interculturalidade dentro da sociedade é tarefa essencial para proporcionar a realização plena do ser humano enquanto tal, devendo ser retiradas quaisquer barreiras que obstem tal objetivo.

## 7. Referências

- ◆ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. In FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Orgs.). *Curso de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ◆ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ◆ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- ◆ BOUDON, Raymond (Org.). *Tratado de sociologia*. Tradução: Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- ◆ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, pp. 201-230, jan./abr. 2014.
- ◆ CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papirus, 1995.
- ◆ CHADE, Jamil. Irã condena mais um a morte, por ser homossexual. *O Estadão*, São Paulo, ago. 2010.
- ◆ CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. São Paulo: Cultrix, 1999.
- ◆ FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ◆ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução: Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- ◆ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- ◆ LARAIA, Roque de Barros. *Um conceito antropológico*. 11<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- ◆ LESSA, Sérgio. A atualidade da abolição da família monogâmica. *Revista Crítica Marxista*, n. 35, pp. 41-58, 2012.
- ◆ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ◆ MENESES, Paulo. Etnocentrismo e relativismo cultural: algumas reflexões. *Síntese - Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 27, n. 88, pp. 245-254, 2000.
- ◆ MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010.
- ◆ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ◆ TEIXEIRA, Flávia B.; CARRIJO, Gilson G. Morgan e Engels: considerações sobre a coincidência entre as noções de evolução e de progresso. *História & Perspectivas*, Uberlândia, n. 29 e 30, pp. 327-353, jul./dez. 2003 e jan./jun. 2004.
- ◆ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 53, pp. 113-128, dez. 2006.

**Fecha de recepción: 6 de febrero de 2015**

**Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2015**





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

**Um outro eu: o caso das quimeras humanas**

**Another me: the case of the human chimeras**

**ANA VIRGÍNIA GABRICH FONSECA FREIRE RAMOS\***

**LORENA RODRIGUES BELO DA CUNHA\***

## OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos. Escola Superior de Direito Dom Helder Câmara, Brasil. E-mail: [gabrichfreire@gmail.com](mailto:gabrichfreire@gmail.com)

\* Lorena Rodrigues Belo da Cunha. Escola Superior de Direito Dom Helder Câmara, Brasil. E-mail: [lorenabelo\\_@hotmail.com](mailto:lorenabelo_@hotmail.com)

## Resumo

O quimerismo é uma condição genética rara, que determina que o indivíduo possua dois tipos distintos de DNA em seu corpo. Numa primeira perspectiva, a temática interessaria principalmente aos estudos sobre o DNA e o genoma humano, entretanto o que se verifica é que o fenômeno também tem repercussões jurídicas. Para tanto, serão apresentados alguns casos que demonstram essa relação entre o quimerismo e o Direito.

**Palavras-chave:** direito; DNA; genoma humano; quimerismo.

## Abstract

The chimerism is a rare genetic condition and determines that the individual has two different types of DNA in your body. In a first aspect, the subject matters mainly to the studies of DNA and the human genome, but what is happening is that the phenomenon also has legal repercussions. For this, we present some cases that demonstrate this relationship between chimerism and the law.

**Keywords:** law; DNA; human genome; chimerism.

## 1. Introdução

Os estudos sobre genética e as descobertas sobre o DNA sempre despertaram interesse, dada a sua influência no nosso cotidiano. Tais estudos possibilitaram o desenvolvimento do exame de DNA que se tornou uma importante ferramenta, inclusive no meio jurídico, como meio de prova e para solucionar alguns casos enigmáticos.

Dentre essas inovações, em genética surgiu a descoberta de uma condição rara, conhecida como “quimerismo”, capaz de trazer inúmeras consequências aos seus portadores, como será demonstrado ao longo do texto.

Ainda que seja uma condição muito rara e específica, além das questões relacionadas aos exames de DNA, o quimerismo também se relaciona com questões jurídicas. Casos como os oportunamente apresentados despertaram para um problema que até então não era muito conhecido: o quimerismo humano pode mascarar os resultados de DNA e causar graves consequências para as quimeras, como a perda da guarda de filhos e a condenação criminal. Entretanto, é importante ressaltar que, apesar dessas possibilidades, o quimerismo é uma condição rara e que não coloca em dúvidas a confiabilidade dos exames de DNA.

## 2. O DNA e o genoma humano: breves considerações

Desde as primeiras experiências sobre traços de hereditariedade com Gregor Mendel em 1866, até a descoberta da dupla hélice descrita por Watson e Crick, que o DNA - sigla em inglês para ácido desoxirribonucleico - ocupa espaço no nosso cotidiano. As múltiplas possibilidades de utilização do DNA conferiram ao tema considerável atenção por parte das mais diversas áreas do conhecimento.

*A hélice dupla descrita por Watson e por Crick – o DNA – é uma molécula em formato de “escada torcida”; os “degraus” dessa escada são compostos por um par de bases nitrogenadas, das quais existem somente quatro tipos: adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G). A geometria dessas bases faz com que elas possam formar somente dois tipos de pares, A com T e C com G.*

*Trata-se de uma “dança química”, sendo que esses dois casais de letras dão margem a inúmeras características genéticas. Essas características genéticas, por seu turno, uma vez conhecidas, podem levar a efeito a origem, a prevenção e a cura, de*

*inúmeras doenças ou deformidades gênicas como o: câncer e o mal de Parkinson, dentre outras. (DEL NERO, 2013, p. 19).*

O DNA, assim, é o responsável pelo processamento, armazenamento e expressão das informações genéticas de um organismo, que são transmitidas para seus descendentes. A combinação das letras das bases do DNA é que origina a variabilidade dos seres vivos.

É no DNA que se encontram os genes, cuja função primordial é a regulação de todo o organismo. Os genes estão especificamente localizados nos cromossomos e, quando localizados em células reprodutivas, passam sua informação para a próxima geração. A soma de todos os genes é denominada de genoma. O genoma humano, assim, é a soma dos 23 pares de cromossomos, sendo 22 pares de cromossomos autossômicos e um par de cromossomos determinantes do sexo (XX para mulheres e XY para homens).

Com exceção dos gêmeos homozigóticos, cada ser humano possui um padrão genético exclusivo, o que permite identificar e comparar os indivíduos, sendo possível, inclusive, determinar ou não a existência de vínculos familiares entre eles. (CARVALHO, 2014, p. 50-51).

O conhecimento e domínio dos genes possibilita caminhos importantes para a ciência, para a medicina e para outras áreas, como o direito. Em 1977 “Frederick Sanger cria um método para sequenciar moléculas de DNA e aplica-o ao DNA de um vírus de laboratório com 5.375 pra de bases” (DEL NERO, 2013, p. 20). O método criado por Sanger foi um fator importante que assinalou possibilidades concretas de aceleração do chamado Projeto Genoma Humano (PGH).

O PGH tem como característica essencial “conhecer e decodificar os genes humanos em sua totalidade. Para tanto, esse Projeto pressupõe a geração de informação e o armazenamento das mesmas em bancos de dados, acessíveis a todos os pesquisadores envolvidos” (DEL NERO, 2013, p. 22). O PGH teve seu início em 1990 e em junho de 2000, um ano antes do previsto, foi anunciado o sequenciamento completo do genoma humano.

As informações obtidas com a finalização do PGH, “podem ser utilizadas pelo indivíduo, levando-o a evitar situações de exposição a substâncias químicas ou físicas, ou ainda como forma de monitorar e procrastinar doenças genéticas de manifestação tardia” (OSSEGE; GARRAFA, 2015, p. 230).

O genoma humano, assim, é fonte primordial para a identificação, cura e prevenção de doenças genéticas, bem como para a identificação de características específicas de cada indivíduo. Dessa forma, o DNA é comumente utilizado em situações em que a identificação da pessoa não é possível por outros meios, como, por exemplo, nos casos de identificação de cadáveres em estado avançado de decomposição; de investigação de paternidade; e de elucidação de crimes.

*Atualmente, os exames realizados nos laboratórios de DNA visando a identificação criminal e a determinação de paternidade funcionam a partir da análise de regiões específicas dos cromossomos de modo que obtém-se somente o perfil genético e não o mapeamento completo da estrutura química nuclear das células do indivíduo (de fato, o mapeamento completo para fins de identificação criminal ou paternidade nunca foi utilizado). Sendo assim, com os dados obtidos, é impossível revelar qualquer traço referente à possibilidade de contrair ou desenvolver doenças, bem como o desenvolvimento de qualquer tipo de comportamento (depressão, psicopatias etc.). (CARVALHO, 2014, p. 50-51).*

Entretanto, a descoberta de uma característica específica de alguns indivíduos traz a necessidade de uma análise mais detalhada do DNA: as quimeras humanas.

### 3. Quimerismo

O termo “quimera” tem sua origem na mitologia como sendo um imponente e horripilante monstro que “expelia fogo pela boca e pelas narinas. A parte anterior de seu corpo era uma combinação de leão e cabra e a parte posterior, a de um dragão”. (BULFINCH, 2002, p. 153). A quimera causava grandes estragos na região de Lícia<sup>1</sup> e deveria ser destruída por um herói, o que levou o rei do país a procurar alguém que fosse capaz de cumprir com a tarefa. Coube a um jovem guerreiro, de nome Belerofonte, a missão de destruir o monstro, contando, para isso, com a ajuda do cavalo Pégaso<sup>2</sup>. Assim, montado no cavalo, Belerofonte elevou-se nos ares, derrotando a quimera com facilidade. (BULFINCH, 2002, p. 153-154).

Durante anos a figura da quimera habitou apenas o mundo antigo, entretanto, na atualidade a comunidade científica manteve a terminologia para caracterizar indivíduos que possuem um ou mais tipos distintos de DNA, como será analisado adiante.

---

<sup>1</sup> Região da antiga Ásia Menor (Anatolia).

<sup>2</sup> “Quando Perseu cortou a cabeça de Medusa, o sangue, caindo sobre a terra, transformou-se no cavalo alado Pégaso. Minerva pegou-o e amansou-o, dando-o de presente às musas. A fonte de Hipocreue, situada na montanha onde viviam as musas, Hélicon, foi aberta por um coice daquele cavalo”. (BULFINCH, 2002, p.153).

### 3.1. O que é?

A medicina atribuiu o termo “quimerismo” para caracterizar indivíduos que possuem dois tipos distintos de DNA em seus corpos. Trata-se de um fenômeno raríssimo, cuja incidência comprovada atinge apenas 40 indivíduos em todo o mundo.

As quimeras humanas surgem de maneira natural – podendo o indivíduo passar anos ou até a vida inteira sem ter conhecimento da anomalia –, ou de maneira artificial, por meio de intervenções médicas ou científicas. O presente artigo terá como foco o quimerismo natural.

O primeiro caso documentado de quimera humana foi publicado no *British Medical Journal*, em 1953. O caso envolvia uma mulher britânica, MCK, que supostamente apresentava diferentes tipos sanguíneos. Os resultados dos exames de MCK apontavam que ela possuía os tipos sanguíneos O e A. Acreditando tratar-se de um fenômeno impossível, a clínica inglesa onde a mulher havia realizado o exame repetiu o procedimento, de maneira a descartar possíveis erros resultantes da análise da amostra original. Entretanto, o novo resultado confirmou o antigo: a mulher possuía dois tipos sanguíneos, O e A. (GRANZEN, 2014, p. 4).

O médico responsável pelo laboratório recordou-se de um estudo sobre casos de gêmeos que apresentavam sangue misto, resultante da gestação. Sendo assim, o médico perguntou à paciente se ela tinha algum irmão gêmeo, fato que foi por ela confirmado, que informou, inclusive, que o irmão gêmeo falecera meses após o nascimento, o que confirmaria a tese inicial do médico. Um novo exame foi realizado, desta vez utilizando-se da saliva da paciente, que confirmou o sangue O. Com isso, os médicos concluíram que a paciente possuía originalmente o sangue O, tendo recebido o sangue tipo A do seu irmão gêmeo, sendo considerada, assim, a primeira quimera humana. (GRANZEN, 2014, p. 4-5).

Entretanto, questiona-se: como as quimeras humanas são formadas? Como é realizado o diagnóstico?

### 3.2. Formação

O quimerismo humano natural ocorre antes do nascimento, podendo o grau de variação do DNA diferir de quimera para quimera. As quimeras naturais podem ocorrer de três maneiras: microquimerismo (ou *fetomaternal microchimerism*), quimerismo partenogenético e quimerismo tetragamético. Há, ainda, quimerismos não embrionários (tecnicamente são casos de microquimerismos), ocasionados por doação de órgãos ou transfusões sanguíneas.

### 3.2.1. Microquimerismo

O microquimerismo, ou *fetomaternal microchimerism* (FMC) é o tipo mais comum de quimerismo humano. Enquanto o termo quimerismo “é utilizado quando um indivíduo contém populações de células derivadas de diferentes indivíduos (células não próprias); quando há baixos níveis destas células, utiliza-se o termo microquimerismo”. (BARCELLOS; ANDRADE, 2004, p. 53).

Durante o curso de uma gestação normal há um tráfego bidirecional entre mãe e feto, ou seja, as células do feto passam para a circulação materna, rotineiramente. “Células fetais são normalmente encontradas no sangue periférico materno no primeiro trimestre da gravidez, sendo detectadas já a partir de cinco semanas de gestação”. (BARCELLOS; ANDRADE, 2004, p. 53).

Ao longo da gravidez há um aumento progressivo da carga de DNA fetal, que se torna mais evidente na época do parto. Há casos, contudo, em que tais células permanecem no organismo materno durante décadas após a gravidez. As células transferidas podem alojar-se no novo corpo tanto na circulação sanguínea, quanto como parte de tecidos. De acordo com Quirós Alpízer e Arce Jiménez (2010) denomina-se microquimerismo fetal a extensão de células fetais microquiméricas à mãe, enquanto que a persistência de células maternas nos filhos é conhecida por microquimerismo materno.

*After birth, children could possibly carry their mother's cells with them throughout their lives. In cases which a mother has multiple children, the mother may absorb cells from the first child into her body and then pass these cells onto other children during her subsequent pregnancies. Thus, individuals who have older siblings may have cells in their bodies that are derived from their older brothers and sisters<sup>3</sup>. (SVENDSEN; EBERT, 2008, p. 96-97)*

Conforme Granzen (2014, p. 4-5), embora o atual percentual de gravidezes FMC seja desconhecido, os cientistas especulam que a FMC pode ocorrer em praticamente toda gravidez, fato que aumentaria a incidência de quimeras humanas.

---

<sup>3</sup> Em tradução livre: “Após o nascimento, a criança pode carregar ao longo de sua vida células de sua mãe. Nos casos em que uma mãe tem vários filhos, ela pode absorver células do primeiro filho em seu corpo e, durante as gravidezes subsequentes, transmitir essas células para os outros filhos. Assim, indivíduos que têm irmãos mais velhos podem trazer em seus corpos células derivadas de seus irmãos ou irmãs”.

### 3.2.2. Quimerismo partenogenético

Uma quimera partenogenética é formada quando um ovo que não sofreu meiose é fertilizado por dois espermatozoides. Nesse caso, os dois espermatozoides fornecem o dobro da dosagem do material genético do pai, que emparelha com o dobro do material genético da mãe, resultando em uma quimera. É um tipo raríssimo de quimerismo, tendo sido registrado apenas uma vez. (SVENDSEN; EBERT, 2008, p. 95-97)

### 3.2.3. Quimerismo tetragamético

No quimerismo tetragamético dois ovos são fecundados por dois espermatozoides, resultando em dois embriões distintos que se fundem para formar uma única pessoa. Seria o caso de uma gravidez que originalmente resultaria em gêmeos. Os tecidos das quimeras tetragaméticas são compostos por células do embrião original e do outro embrião, que foi absorvido pelo primeiro. (SVENDSEN; EBERT, 2008, p. 95-97).

### 3.2.4. Outros tipos de quimerismo

Além dos casos de quimerismo embrionários apresentados, existem outros tipos de quimerismos não embrionários. Estudos publicados por revistas especializadas apontam que existe a possibilidade de surgimento de microquimerismo após a realização de transfusões sanguíneas ou doação de órgãos. Assim, Benini *et al* (1999) apontam, em artigo publicado pela Revista Brasileira de Alergia e Imunopatologia, que em estudo realizado em 75 pacientes após transplante renal e transfusão sanguínea, utilizando-se a técnica da PCR-SSP (reação em cadeia da polimerase, utilizando “primers” com sequência específica) para pesquisa de células quiméricas em sangue periférico foi constatada a presença de microquimerismo em “seis pacientes (16,2%) após os protocolos de transfusões de sangue e em quatro (10,5%) após o transplante renal”. (BENINI *et al*, 1999). Continuam as autoras afirmando, em seus resultados, que

*dos pacientes submetidos aos protocolos de transfusões de sangue e que apresentaram microquimerismo, quatro (10,8%) compartilhavam um haplótipo ou um HLA-DR com o doador de sangue. Os pacientes que apresentaram células quiméricas após o transplante*

*havia recebido transfusão específica do doador (DST<sup>4</sup>) no pré-transplante renal. (BENINI et al, 1999).*

As autoras, para comprovar a existência do microquimerismo após transplantes e transfusões sanguíneas, citam resultados apresentados já em 1969 por Kashiwagi *et al*, que descreveram o microquimerismo demonstrando que

*em nove receptores de transplantes hepáticos, do sexo feminino, cujos doadores eram masculinos, foi verificada a presença do cariótipo masculino nas células do endotélio vascular hepático e feminino nas células de Kupffer, até 400 dias após o transplante. Do mesmo modo, foi observado no soro de três desses pacientes a presença de gamaglobulina cujos fenótipos eram específicos aos doadores.*

Sendo assim, é possível afirmar que mesmo que com menor frequência, o quimerismo não embrionário existe e está comprovado, sendo mais um caso a ser considerado. Entretanto, devido ao recorte utilizado pelo presente estudo, serão priorizados os casos de quimerismo embrionário.

### 3.3. Diagnóstico

A quimera humana pode passar anos, ou até toda a vida, sem saber da sua condição genética. Com isso, o diagnóstico das quimeras torna-se difícil. Testes genéticos de vários tipos de tecidos do corpo são capazes de identificar as quimeras humanas. Entretanto, tais testes são complicados e caros.

Assim, o teste para quimerismo normalmente é realizado quando surgem sintomas raros, como sintomas físicos, que possam caracterizar o quimerismo. Os sintomas físicos incluem ambiguidade genital, hermafroditismo, pele com coloração desigual ou olhos com cores distintas. (SVENDSEN; EBERT, 2008, p. 97).

Quando não há uma manifestação física do quimerismo o diagnóstico é mais difícil, dependendo da ocorrência de um evento específico que possa desencadear a desconfiança da condição de quimera.

---

<sup>4</sup> Donor-specific transfusion (DST): trata-se de um protocolo com transfusões sanguíneas específicas do doador, com o objetivo de aumentar a sobrevida dos transplantes renais com doador vivo.

## 4. Casos verídicos de quimerismo humano e análise de suas implicações jurídicas

Ainda que seja uma característica muito específica e rara, alguns casos de quimerismo humano já foram veiculados pela mídia e, inclusive, tiveram algumas repercussões no mundo jurídico. Dois desses casos merecem destaque e foram protagonizados, respectivamente, por Karen Keegan e Lydia Fairchild.

Em 1998, na cidade de Boston, capital do estado de Massachusetts nos Estados Unidos, o caso de Karen Keegan se tornou um mistério. Keegan sofria de insuficiência renal e precisava de um transplante de rins. Para tanto, realizou-se um teste de compatibilidade com seus três filhos, a fim de se verificar se um deles poderia ser seu doador. O resultado foi negativo e, entretanto, para a surpresa de todos, constatou-se também que dois dos três filhos não eram filhos biológicos de Keegan (GRANZEN, 2014).

Os exames foram repetidos, e os resultados continuavam demonstrando que Keegan não era mãe de seus filhos como imaginava. Conforme relata Granzen (2014), um dos irmãos da mulher se disponibilizou a realizar alguns exames para comprovar o parentesco, o que de fato, ficou evidenciado. Portanto, os médicos passaram a analisar outras amostras genéticas de Keegan, a fim de se verificar o motivo dessa discrepância nos exames e de se comprovar que a mulher era a mãe biológica de seus filhos.

A partir do exame das demais amostras, “the team of doctors found that Karen had one type of DNA in one tissue and another type of DNA in another tissue, including the mysterious haplotype that was found in her two sons”<sup>5</sup> (GRANZEN, 2014). Nesse sentido, essas novas análises constataram que Keegan tinha dois perfis de DNA distintos dentro de seu próprio corpo, ou seja, a mulher era uma quimera humana. Como justificativa, os médicos indicaram que a hipótese mais plausível é que Keegan se fundiu com outro embrião, que seria seu gêmeo, durante a gestão, o que resultou em dois tipos de DNA em um só embrião, fenômeno este chamado de quimerismo tetragamético. (GRANZEN, 2014).

O caso de Lydia Fairchild, por sua vez, ocorreu em 2003 no Estado de Washington, nos Estados Unidos. Fairchild já era mãe de dois filhos e, quando estava grávida do terceiro, solicitou um auxílio governamental para o Estado onde residia. Para que essa solicitação fosse avaliada, era

---

<sup>5</sup> Em tradução livre: “A equipe médica descobriu que Karen tinha um tipo de DNA em um tecido e outro tipo de DNA em outro tecido, inclusive o misterioso haplótipo que foi encontrado em seus dois filhos”.

necessário que ela enviasse amostras de DNA que confirmassem a paternidade de seu parceiro e a sua maternidade com relação às demais crianças (ARCABASCIO, 2007).

A candidata ao recebimento do auxílio enviou as amostras, contudo o resultado foi surpreendente. De acordo com Arcabascio (2007), o resultado dos testes de DNA envolvendo as amostras encaminhadas para análise demonstrou que embora o companheiro de Fairchild fosse, de fato, o pai das crianças, ela não era a mãe biológica de nenhuma delas. Tal resultado além de impedir o recebimento do auxílio, trouxe consigo graves consequências para a mulher, que passou a ser investigada e processada judicialmente, pois foi acusada de tentativa de fraude, o que também levou os promotores a solicitar que as crianças fossem levadas para um abrigo (ARCABASCIO, 2007).

Para evitar sofrer tais consequências, Fairchild reuniu todas as certidões de nascimento de seus filhos e procurou, inclusive, o médico que realizou os partos para atestar que eles de fato aconteceram, o que não foi suficiente para comprovar sua maternidade. Tanto a investigação quanto o processo seguiram com seus trâmites normais e, nesse período, a mulher deu a luz ao seu terceiro filho (ARCABASCIO, 2007). Nesse contexto, o juiz do caso determinou que uma testemunha acompanhasse Fairchild durante o parto e que amostras de sangue dela e da criança fossem colhidas para a realização de um novo exame de DNA. Conforme relata Arcabascio (2007), em duas semanas os resultados foram divulgados e confirmaram que a mulher também não era mãe da criança que tinha acabado de nascer.

Diante dessa situação, o que torna o caso de Lydia Fairchild mais curioso é que o seu advogado teve conhecimento do caso anterior, de Karen Keegan, o que fez com que ele começasse a pensar na hipótese de sua cliente ser uma quimera humana. Assim, o advogado

*request further DNA testing of Ms. Fairchild and of her extended family. Interestingly, while the children's DNA did not match their mother's, the children's DNA was consistent with the DNA of their maternal grandmother. The DNA found in Ms. Fairchild's skin, hair, and saliva did not match her children's, but a sample taken from her cervical smear did match theirs*<sup>6</sup> (ARCABASCIO, 2007).

Dessa maneira, Lydia Fairchild foi identificada como mais um caso de quimerismo em seres humanos. Além de possuir uma condição genética bem particular, sua história se tornou ainda

---

<sup>6</sup> Em tradução livre: "solicitou mais testes de DNA de Sra. Fairchild e de sua família. Curiosamente, enquanto o DNA das crianças não coincidia com o de sua mãe, o DNA das crianças era consistente com o DNA da sua avó materna. O DNA encontrado na pele, no cabelo e na saliva da Sra. Fairchild não coincidia com o de suas crianças, mas uma amostra retirada de seu colo do útero coincidiu com o DNA de seus filhos".

mais emblemática, pois a mulher correu o risco de perder a guarda de seus filhos, além de responder judicialmente pela acusação de fraude ao programa do governo. Assim, casos como o de Karen Keegan e Lydia Fairchild demonstram a relevância do quimerismo humano para o Direito, que deve estar atento à existência das quimeras humanas, de maneira a evitar situações como as apresentadas.

Considerando os casos em análise, o primeiro aspecto jurídico a ser apontado diz respeito às questões de família, quais sejam: maternidade e paternidade. Até então, "a prova genética do DNA, com seus resultados diretos e categóricos de inclusão ou exclusão da paternidade, passou a ter valor superior e incontestável" (NICOLAU JÚNIOR, 2004, p. 24). A mesma afirmativa também se aplica para os casos de dúvidas envolvendo a maternidade.

Apesar da inegável confiança presente nos exames de DNA, é preciso ressaltar que o exame, mesmo que apresente essa alta margem de segurança, está suscetível a erros. Dentre os mais comuns, pode-se citar a troca de amostras em laboratório e, até casos mais complexos como a "decomposição do material genético; a incidência de atores físicos; contaminação por bactérias" (FERREIRA, 2009, p. 32).

Além disso, casos como o de Keegan e Fairchild também despertam para mais uma hipótese em que os resultados de exames de DNA precisam ser reavaliados ou combinados com outros exames, ainda que seja uma condição muito particular e rara.

Importante ressaltar que se a hipótese do quimerismo não fosse levantada, a incerteza sobre a maternidade teria causado consequências drásticas, como no caso de Fairchild que perderia a guarda dos filhos. Assim, casos como os das duas mulheres poderiam ser solucionados mais rapidamente se tal proposição fosse feita, o que levaria a uma nova análise dos exames a fim de se chegar a uma conclusão mais segura e correta, evitando situações de difícil reparação.

Um resultado incerto de DNA em caso de quimerismo também pode afastar a possibilidade de reconhecimento dos direitos dos filhos. Ao contrário dos casos destacados, é preciso lembrar que é muito comum que pais se neguem a reconhecer a paternidade de suas crianças, além do fato de que muitos resultados negativos já aconteceram ainda que a mãe afirmasse ser aquele homem o pai de seu filho. "If the father is a tetragametic chimera, it is possible that the DNA received from a buccal swab of his cheek will not match the DNA of his child, thus showing a negative paternity test<sup>7</sup>" (GRANZEN, 2014). Assim, o resultado seria um falso negativo e, considerando a credibilidade que se confere ao resultado de exame de DNA, a criança não teria seus direitos

---

<sup>7</sup> Tradução livre: "Se o pai é uma quimera tetragamética, é possível que o DNA recebido de uma swab bucal da bochecha não coincida com o DNA de seu filho, mostrando assim um teste de paternidade negativo".

garantidos e não receberia o devido apoio que lhe deve ser assegurado, fatos estes que corroboram a importância de se levantar a hipótese de quimerismo e de se solicitar mais provas. Além disso, é importante ressaltar que nos casos de quimerismo dois DNAs estão geneticamente relacionados, compartilhando o mesmo cromossomo Y, no caso dos homens, e compartilhando um elevado número de marcadores autossômicos, o que possibilita que um geneticista identifique um possível caso de quimerismo e solicite mais provas, a partir de um maior número de tecidos.

Paralelo a isso, a questão das quimeras humanas também pode se relacionar à investigação criminal com base no exame de DNA. Conforme já destacado, “é em razão dessa certeza quase absoluta que, hoje, o DNA converteu-se no principal método de identificação humana” (AHMAD; BARRETO, 2007, p. 201), e que continua a ser o método mais confiável de identificação. Assim, além de excluir ou afirmar a paternidade ou a maternidade com uma precisão de 99,9999% de certeza, as sequências genéticas também tem a função de identificar pessoas a partir de alguns traços indicadores (PAGANINI, 2011).

Essa possibilidade de se identificar uma pessoa a partir de materiais que contenham seu DNA tem grande relevância para os crimes que deixam vestígios do ofensor. Assim, qualquer partícula de saliva, sangue, sêmen ou outro material que carregue o seu DNA pode ser determinante para a identificação do criminoso e sua responsabilização. Além disso, Bonaccorso (2005, pp. 22-23) apresenta algumas vantagens do exame de DNA na elucidação de crimes, quais sejam, a possibilidade de aplicação sobre qualquer fonte de material biológico; seu potencial discriminatório de identificar positivamente o indivíduo; a sensibilidade do exame; sua resistência a demais fatores ambientais, por ser o DNA uma molécula bem resistente à outros agentes; e, por fim, a possibilidade de se separar o DNA espermático de outro DNA celular em caso de crimes sexuais.

Para os raríssimos casos de quimeras humanas, o exame de DNA deve ser mais criterioso – podendo ser realizado com material de diferentes tecidos do corpo, por exemplo – de maneira a evitar situações que possam favorecer ou prejudicar as quimeras.

Como exemplo de situação favorável pode-se citar uma investigação que resultou na injusta condenação e prisão de uma quimera humana, por ser desconhecida essa condição. Futuramente, considerando que se trata de uma prova nova, não apreciada anteriormente, é possível que seu caso seja reaberto e que se busque, por meio de novos exames, comprovar a condição de quimera e afastar a possibilidade de ter praticado algum crime.

Por outro lado, o desconhecimento do quimerismo também pode inocentar um culpado que realmente concorreu para o crime. Supondo que um DNA é encontrado na cena de um crime e ao se realizar o exame para identificar o suposto culpado o teste de DNA tenha um resultado negativo

e incompatível. Por ser uma quimera e por ser essa condição desconhecida, ainda que o agente seja de fato o autor do crime, o resultado do exame pode dispor de forma diferente. Com essa incompatibilidade nos exames, as investigações poderiam ser prejudicadas e outras hipóteses descartadas (GRANZEN, 2014).

Paralelo a isso, há também a possibilidade de se descartar um agente portador do quimerismo e que de fato teve culpa, o que pode significar na responsabilização de outra pessoa, por sua vez inocente. Se houver outra pessoa que também era investigada, por exemplo, um vizinho, amigo ou companheiro, ela poderia ser acusada devido a outras formas de evidências e circunstâncias que a conectem ao crime, visto que o autor “quimérico” será facilmente evitado como suspeito quando houver incompatibilidade genética em virtude do exame de DNA (GRANZEN, 2014).

## 5. Considerações finais

O conhecimento do DNA e do genoma humano abriu o horizonte da medicina. Ao mesmo tempo, tal conhecimento trouxe importantes repercussões para o cenário jurídico.

Com a evolução da ciência, o termo “quimerismo” deixou de habitar apenas o campo mitológico e passou a fazer parte do campo científico. A descoberta das chamadas quimeras humanas trouxe novas situações, até então impensadas.

A existência de mais de um tipo de DNA em um mesmo indivíduo possibilitou situações inusitadas, como a dúvida quanto à maternidade. Nesse sentido, surgem novas e importantes situações jurídicas, que repercutem diretamente na vida dos indivíduos. Também situações criminais devem ser consideradas, como a possibilidade de se inocentar ou incriminar uma pessoa.

Apesar dos riscos naturais que as novas situações apresentam não se pode colocar em dúvida a confiabilidade dos exames de DNA. Pelo contrário, uma análise de um profissional geneticista é necessária para que sejam solicitadas novas provas a fim de se comprovar a condição de quimera humana. Com isso, acredita-se que o conhecimento acerca do quimerismo não deva ficar apenas restrito ao campo médico. As peculiaridades do fenômeno e as implicações dele advindas fazem com que sua divulgação para a sociedade, de forma clara e responsável, seja necessária, de maneira a evitar consequências graves, jurídicas e não jurídicas, às quimeras humanas e aos seus familiares.

## Referências

- ◆ AHMAD, Roseli Ramadan; BARRETO, Wanderlei de Paula. “Direito da personalidade à investigação de paternidade e presunção *júris tantum*”. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 1, 2007. p. 197-21. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/523>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- ◆ AL-ADRA, David P; ANDERSON, Colin C. “Mixed chimerism and split tolerance: Mechanisms and clinical correlations”. Chimerism. 2011;2(4):89-101. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3321885/>> Acesso em: 23 out. 2015.
- ◆ ANDRADE, Jeison Pábulo; AZAMBUJA, Letícia Erig Osório de; GARRAFA, Volnei; TRINDADE, Etelvino de Souza. “O médico frente ao diagnóstico e prognóstico do câncer avançado”. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 53, n. 1. Jan/Fev de 2007. São Paulo. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v53n1/23.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- ◆ ARÁN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto Peixoto. “Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade”. Revista de Saúde Pública, v. 41, n. 5. Outubro, 2007. São Paulo. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102007000500020&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102007000500020&script=sci_arttext)>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- ◆ ARCABASCIO, Catherine. “Chimeras: double the fun for crime scene investigators, prosecutors, and defense attorneys?” (2007). Disponível em <[http://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=law\\_facarticles](http://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=law_facarticles)>. Acesso em: 16 jul. 2015.
- ◆ BARCELLOS, Karin Spat Albino; ANDRADE, Luís Eduardo Coelho. “Microquimerismo fetal-materno nas doenças reumáticas auto-imunes”. Revista Brasileira de Reumatologia. v. 44, n. 1, p. 53-61, 2004.
- ◆ BASSO, Miguel Ângelo. “A identificação criminal por meio da coleta de material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12”. 2014. 80 f. (Monografia de Conclusão de Curso de Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112107/000954095.pdf?sequence=1>> Acesso em: 06 jul. 2015.
- ◆ BATISTA, Vera Malaguti. “Marx com Foucault: análise acerca de uma programação criminalizante”. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 2, n.4, p. 24-31, 2005.
- ◆ BENINI, Vanda; CAILLAT-ZUCMAN, Sophie; FORTE, Wilma C. N. “Microquimerismo após transplante, renal e transfusão sanguínea”. Revista Brasileira de Alergia e Imunopatologia. Vol.

22, N. 1, Jan-fev., 1999. Disponível em: <<http://www.asbai.org.br/revistas/Vol221/transp.htm>>  
Acesso em: 21 out. 2015.

- ◆ BONACCORSO, Norma Sueli. “Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes”. 2005. (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/publico/DISSERTACAO\\_MESTRADO\\_NORMA\\_BONACCORSO.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_NORMA_BONACCORSO.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- ◆ BULFINCH, Tomas. “O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula): história de deuses e heróis”. Tradução David Jardim Júnior. 26 ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 2002.
- ◆ CARRILHO, João Silva. “O DNA: a molécula da vida”. Educação on-line – PUC Rio. Revista do Programa de Pós-Graduação. n. 18, p. 131-143. Disponível em: <<http://educacaoonline.edu.puc-rio.br/ojs/index.php/Eduonline/article/view/139>> Acesso em: 06 jul. 2015.
- ◆ CARVALHO, Luís César Cardoso de. “A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no Processo Penal”. 2014. 93 f. (Monografia). Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Brasília, 2014.
- ◆ DANNER, Fernando. “O sentido da biopolítica em Michel Foucault”. Revista Estudos Filosóficos n.4 /2010. Disponível em <<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art9-rev4.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- ◆ DEL NERO, Patrícia. “O Projeto Genoma Humano (PGH): os desafios para o direito”. In: IACOMINI, Vanessa (Coord.). Biodireito e genoma humano: perspectivas jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 15-40.
- ◆ FERREIRA, Viviane Duarte. “A eficácia do teste de DNA na comprovação da paternidade”. 2009. 44 f. (Monografia). Universidade Veiga de Almeida – Instituto de Ciências Jurídicas, Cabo Frio, 2009.
- ◆ FOUCAULT, Michel. “Vigiar e punir: nascimento da prisão”. Tradução de Raquel Ramallete. 27 ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1987.
- ◆ GRANZEN, Robert Russell. “The Human Chimera: Legal Problems Arising From Individuals with Multiple Types of DNA” (2014). Law School Student Scholarship. Paper 485. Disponível em: <[http://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/485](http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/485)> . Acesso em: 01 jun. 2015.
- ◆ LI, Ya-Ting; XIE, Ming-Kun; WU, Jin. “DNA profiling in peripheral blood, buccal swabs, hair follicles and semen from a patient following allogeneic hematopoietic stem cells

transplantation". Biomedical Reports. 2014;2(6):804-808. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4179770/>> Acesso em: 10 out. 2015.

- ◆ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. "Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais". (2004). Disponível em <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=722f6a42-3f7b-49b9-95c8-d3e70e769285&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=722f6a42-3f7b-49b9-95c8-d3e70e769285&groupId=10136)>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- ◆ OSSEGE, Albany; GARRAFA, Volneu. "Bioética e mapeamento genético na seleção de trabalhadores". Saúde e debate. v. 39, n. 104. Rio de Janeiro. Jan-mar.2015. p. 226-238.
- ◆ PAGANINI, Juliano Marcondes. "Reprodução humana assistida e o estatuto jurídico da filiação na perspectiva civil-constitucional". 2011. (Dissertação de Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/25474/DISSERTACAO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- ◆ QUIROS ALPIZAR, José Luis; ALPIZAR MIRANDA, Kattia E. "Quimerismo genético un nuevo paradigma para la medicina legal". Medicina legal de Costa Rica, Heredia, v. 26, n. 2, Set. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-0015200900200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-0015200900200005&lng=en&nrm=iso)> Acesso em: 23 Out. 2015.
- ◆ QUIROS ALPIZAR, José Luis; ARCE JIMENEZ, Isabel Cristina. "Microquimerismo natural ¿Existen humanos con varios genomas?". Med. leg. Costa Rica, Heredia, v. 27, n. 1, Mar. 2010 Disponível em: <[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152010000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152010000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- ◆ SVENDSEN, Clive N; EBERT, Allison D. (Eds.). (2008). "Encyclopedia of stem cell research". Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, Inc.
- ◆ YAMAZAKI S; KANAMOTO A; TAKAYAMA T. "Donor-specific tolerance induction in organ transplantation via mixed splenocytes chimerism". Clinical and Experimental Immunology. 2013, p. 173-178. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3722917/>> Acesso em: 23 out. 2015.

**Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2015**

**Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2016**





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

**How the European Court of Justice's judgement on Case 19/15<sup>i</sup> single-handedly changed the EU's food information policy**

**Sobre cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea transformó la política comunitaria de información nutricional con el Caso 19/15<sup>i</sup>**

**MARIA JOSÉ PLANA \***

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

*Revista de Bioética y Derecho* was established in 2004 by the Bioethics and Law Observatory (OBD, Spanish Acronym) and with the support of the Master in Bioethics and Law of the University of Barcelona: [www.bioethicsandlaw.es/master](http://www.bioethicsandlaw.es/master). In 2016, the journal of the Bioethic's Program of the Latin American Faculty of Social Sciences (FLACSO, initials in Spanish) called "Perspectivas Bioéticas" decided to merge with *Revista de Bioética y Derecho*.

The result is an electronic open access journal: all the content is available to all users at no cost. Users can read, download, copy, distribute, print or link to the full texts of the articles in this journal without requiring previous permission from the publisher or authors, provided there is no economic profit and that a citation is included. This is consistent with the BOAI definition of open access.

\* Maria José Plana. Lawyer. Coordinator of the Research Line "Bioethics, Food & Law" of the Bioethics & Law Observatory, University of Barcelona, Spain. E-mail: [peaplana@ub.edu](mailto:peaplana@ub.edu)

<sup>i</sup> Case C-19/15, Verband Sozialer Wettbewerb eV v Innova Vital GmbH, ECLI:EU:C:2016:563 (not yet published in ECR).

## Abstract

The European Court of Justice is asked by the German courts to determine if the European Union's legal framework on the use of nutrition and health claims in the advertising of food products applies to commercial communication that is directly forwarded by food business operators to health professionals. According to this ruling, because these professionals are not in a position to review all upcoming scientific studies and because of the complexity of the claims, they need to be protected from misleading claims as much as the average consumer. It is the author's view that this Judgment opens the door for the European Commission to define clear rules on how food businesses can approach health professionals when advertising their products.

**Keywords:** food information; food safety; misleading claims; public health; Regulation 1924/2006; health claims; nutrition claims; health professionals.

## Resumen

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde ante la cuestión preliminar remitida por los tribunales alemanes relativa al alcance del Reglamento comunitario sobre el uso de declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en la publicidad de los productos alimenticios. En particular, interpreta que la publicidad dirigida a los profesionales sanitarios queda sujeta a dicho Reglamento, puesto que estos profesionales no están en condiciones de examinar todos los estudios científicos publicados debido a su número y complejidad. Esta sentencia abre la puerta para que la Comisión Europea defina reglas claras que impongan límites a la actuación de las empresas cuando comunican con los profesionales de la salud.

**Palabras clave:** información alimentaria; seguridad alimentaria; confusión al consumidor; salud pública; Reglamento 1924/2006; declaración nutricional; declaración de propiedades saludables; profesionales sanitarios.

On the 14<sup>th</sup> July 2016, while most public officials based at the European Union's institutions and lobbyist were still on summer break, the Third Chamber of the European Court of Justice "ECJ" issued its judgment on Case 19/15 in the framework of a request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Landgericht München I (Regional Court, Munich I, Germany), in the proceedings between Verband Sozialer Wettbewerb eV „VSW” versus Innova Vital GmbH “INNOVA”. While the general press failed to report on this ruling, the publication of this judgement meant the end of vacation for too many policy professionals in Brussels and abroad. Was it possible that the rumour was true? Did the ECJ together with the Advocate General Saugmandsgaard Øe disregard all political pressure from both policy officers and private stakeholders? Indeed, this judgment immediately became the example of how the ECJ can be a significant game-changer when it comes to the European Union's public policies.

According to the European Commission's own data<sup>1</sup>, “the food and drink industry is the EU's biggest manufacturing sector in terms of jobs and value added. It's also an asset in trade with non-EU countries. The EU boasts an important trade surplus in trade in food and EU food specialities are well appreciated overseas. In the last 10 years, EU food and drink exports have doubled, reaching over €90 Billion and contributing to a positive balance of almost €30 Billion.” Also, as stated by Cann (2014), agribusiness lobbyist are the largest and more active lobby prowling around EU institutions, as “food multinationals, agri-traders and seed producers have had more contacts with the Commission's trade department (DG Trade) than lobbyists from the pharmaceutical, chemical, financial and car industry put together.” Given the power of the food and drink industry in the EU, the fact that the Court did not yield to its demands increases the significance of the European Court of Justice's decision.

### **But, what happened?**

Case 19/15 deals with the definition of the scope of Regulation 1924/2006, of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on nutrition and health claims made on foods (“Regulation 1924/2006”)<sup>2</sup>. As described in this article, the ECJ was to assess if nutrition and health

---

<sup>1</sup> See EU Commission's website, “Growth by sector” section, accessible here: [https://ec.europa.eu/growth/sectors/food\\_en](https://ec.europa.eu/growth/sectors/food_en).

<sup>2</sup> OJ 2006 L 404, p. 9. That regulation has been the subject of a corrigendum (OJ 2007 L 12, p. 3) and was last amended by Commission Regulation (EU) No 1047/2012 of 8 November 2012 with regard to the list of nutrition claims (OJ 2012 L 310, p. 36).

claims included in commercial communications from food businesses<sup>3</sup> to health professionals needs to comply with Regulation 1924/2006 mandatory particulars and prohibitions.

## 1. About the relevance of Regulation 1924/2006 when it comes to protecting consumers from misleading claims

Regulation 1924/2006 is at the core of the EU's food information policy, a policy that as set in its first article seeks to harmonise "the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which relate to nutrition and health claims in order to ensure the effective functioning of the internal market whilst providing a high level of consumer protection."

Before Regulation 1924/2006 came into force, nutrition and health claims were accepted in the labelling and advertising of food products provided that they were supported by scientific data and did not generate confusion in the average consumer<sup>4</sup>. Nutrition and health claims did not need to be validated by competent authorities before used in commercial communications.

Under Regulation 1924/2006, the European Commission understands that—in order not to mislead consumers—the only nutrition or health claims that can be included in food products' advertising or labelling are the ones that have undergone the authorisation process its Regulation establishes. The authorized nutrition claims—as well as their conditions of use—are analyzed, validated or rejected and then listed in the Annex of Regulation 1924/2006, while health claims are included in the Annex of Commission Regulation (EU) n° 432/2012, of 16 May 2012, establishing a list of permitted health claims made on foods, other than those referring to the reduction of disease risk and to children's development and health<sup>5</sup>.

The process requires from food business operators to provide the EU Commission and the European Food Safety Authority "EFSA" with extensive scientific data supporting a claim that once

---

<sup>3</sup> Food business operators are, according to Article 3 No. 3 of Regulation 178/2002, "the natural or legal persons responsible for ensuring that the requirements of food law are met within the food business under their control."

<sup>4</sup> There is extensive ECJ jurisprudence on what the concept of "average consumer" means both in general and in the field of food information. As set by the Court and analyzes Szakács (2015), the average consumer is "a reasonably circumspect critical person when making his or her market decision, and who informs himself or herself about the products well in advance. It can also be noted that social, cultural and linguistic factors must be considered. As the Court stated in the Mars case, a reasonably circumspect consumer is someone who does not believe that the size of a promotional marking on a package corresponds to the promotional increase in the size of the product."

<sup>5</sup> The updated list of authorised and rejected claims to be made on foods can be easily accessed through the EU's register through this link: <http://ec.europa.eu/nuhclaims/>.

approved will be legally used by any food business operator in the market. This –together with the fact that completing the process requires from extensive funds and can take several years– has resulted in the food and drink industry constantly criticizing<sup>6</sup> the system since it was first launched. And even before that, branches of the EU Commission itself advocated for amending the proposed regulation in a firm manner: “it is sufficient if, instead of an expensive authorisation procedure, it is ensured that the health claims asserted are scientifically verifiable.”<sup>7</sup>

But the idea behind that new EU's nutrition and health claims system is still today that only when consumers are given clear and complete information about foodstuffs will they be able to avoid unnecessary risks for their health while also ensuring that their food choices meet their ethical, social or political concerns. As indicated in article 3 of Regulation (EU) n<sup>o</sup> 1169/2011 on the provision of food information to consumers<sup>8</sup>, legislative provisions on food information's first objective is to “pursue a high level of protection of consumers' health and interests by providing a basis for final consumers to make informed choices and to make safe use of food, with particular regard to health, economic, environmental, social and ethical considerations.”

As both Regulation 1169/2011 and Regulation 1924/2006 illustrate and is inferred from the above, when it comes to ensuring that consumers have clear and complete information on food, the EU focuses on the role of food operators as food information providers.

However, by focussing only on information provided directly by food operators to the final consumer, the EU is failing to acknowledge a societal phenomenon that has significantly diminished the effectiveness of EU regulations on information about the nutrition and health properties of specific foods such as food supplements and other functional foods: while remaining at the heart of the EU policy on food information, food business operators are not the main source of food information for the final consumer anymore. On the contrary, as the EU funded project

---

<sup>6</sup> See, among many others, MJ Deschamps coverage on the 11 August 2011, accessible here: [http://www.just-food.com/analysis/mixed-verdict-on-eu-health-claims-process\\_id116286.aspx](http://www.just-food.com/analysis/mixed-verdict-on-eu-health-claims-process_id116286.aspx).

<sup>7</sup> Opinion of the Committee on Industry, Research and Energy issued on the 18<sup>th</sup> March 2005, for the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on nutrition and health claims made on foods (COM(2003)0424 – C5-0329/2003 – 2003/0165(COD)).

<sup>8</sup> Regulation (EU) n<sup>o</sup> 1169/2011 of the European Parliament and the Council, of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No 1924/2006 and (EC) No 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No 608/2004 (hereinafter “Regulation 1169/2011”).

TRUSTINFOOD<sup>9</sup> reflected, health professionals as well as general media and specific Internet sources are generally more trusted by consumers, and as such more likely to be influencing consumers' food choices in a more definite manner.

While the European Commission is still tip-toeing when it comes to adapting to this social behaviour, food operators have already reacted and have changed their strategy when it comes to advertising the nutrition and health-related properties of their products. Instead of navigating through a long and expensive procedure to get nutrition and health claims approved, business is now communicating with health professionals as well as other so called "food & health influencers" assuming that they will later convey their message to final consumers. That way, operators escape the legal framework set by Regulation 1924/2006.

One must then wonder if the information that the final consumer gets is clear, complete and, most of all, not misleading. Are health professionals or other relevant actors such as journalists or digital "influencers" able to distinguish between reliable scientific studies and commercially driven communication?

In a digital and social media era that has given so called "food and health" bloggers a tremendous influence over their followers' food choices and that has made massively accessible the most varied non-peer review journals and websites, ensuring that those who hold consumers' trust are not misled by commercial communication becomes tremendously important.

In this context, the European Court of Justice's judgement "Verband Sozialer Wettbewerb eV v Innova Vital GmbH"<sup>10</sup> analyzed in this article becomes the game-changer that consumer organizations were praying for.

## 2. Case 15/19: the facts

The European Court of Justice "ECJ" issues this judgment on the 14 July 2016 in the framework of a request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Landgericht München I (Regional Court, Munich I, Germany), in the proceedings between Verband Sozialer Wettbewerb eV „VSW“ versus Innova Vital GmbH „INNOVA.“ The German Court is to decide on a possible

---

<sup>9</sup> Full Project name: Consumer trust in food: A European study of the social and institutional conditions for the production of trust. Contract No.: QLK1-CT-2001-00291. Project Collaborators: The National Institute for Consumer Research, (FI), University of Bologna, (IT), Royal Veterinary, and Agricultural University (DK), University of Manchester (UK), University of Porto (PT), Federal Research Centre for Nutrition (DE). 2003.

<sup>10</sup> Case C-19/15, Verband Sozialer Wettbewerb eV v Innova Vital GmbH, ECLI:EU:C:2016:563 (not yet published in ECR).

unlawful commercial practice conducted by INNOVA, when its director forwarded in November 2013 a written document to named doctors advertising the firm's nutritional supplement Innova Mulsin® D<sup>3</sup>.

The document included the following statements:

*"As has already been demonstrated in numerous studies, vitamin D plays an important role in the prevention of several illnesses, such as atopic dermatitis, osteoporosis, diabetes mellitus and MS [multiple sclerosis]. According to those studies, vitamin D deficiency in childhood is partly responsible for the subsequent development of those illnesses."*

*"Benefits of Mulsin® emulsions:*

*(...) Rapid prevention or elimination of nutritional deficiencies (80% of the population is described as being vitamin D3-deficient in winter)".*

According to VSW, the forwarding of the document constitutes an unlawful practice because the above-mentioned two statements should be considered health claims prohibited by Article 10 n° 1 of Regulation (EC) 1924/. On the other hand, INNOVA argues that its practice is lawful because commercial communication between a business operator and health professionals do not fall in the scope of that Regulation.

The German Court's request for a preliminary ruling focuses on the following question:

*"Must Article 1 No.2 of Regulation (EC) No. 1924/2006 be interpreted as meaning that the provisions of that regulation apply also to nutrition and health claims made in commercial communications in advertisements for foods to be delivered as such to the final consumer if the commercial communication or advertisement is addressed exclusively to the professional sector?"*

### 3. The judgment

The ECJ ruled that Article 1(2) of Regulation (EC) No. 1924/2006:

*"(...) must be interpreted as meaning that nutrition or health claims made in a commercial communication on a food which is intended to be delivered as such to the final consumer, if that communication is addressed not to the final consumer, but exclusively to health professionals, falls within the scope of that regulation."*

It is relevant to highlight at this point that there is discordance between the German Court's question and the ECJ Court's judgment. While the German Court required the preliminary ruling to

establish whether commercial communication directed to professionals in general fall within the scope of the Regulation, the later fingers “health professionals” in particular.

This circumstance makes uncertain the real scope of the judgement of the ECJ. Are only health professionals affected by the judgement? Does it also apply to other professionals or business-to-business relations? While many argue that the Courts' position makes Regulation 1924/2006 applicable to B2B relations along the food chain, the arguments provided by the Court gainsay this position because it justifies that advertising to health professionals falls within the scope of the Regulation on the grounds that those professionals “exercise significant influence over [their patients]” as they benefit from a relationship based on trust and have an aura of independence.

In particular, the judgment indicates that “communication between the food business operators and the health professionals covers principally the final consumer, in order that that consumer acquires the food which is the subject of that communication, following the recommendations given by those professionals.” The later suggests that professionals may become mere intermediaries between the company and the final consumer when it comes to transmitting information about the nutrition or health-related properties of the foodstuff. Because health professionals are privileged information providers to the final consumer, making sure that they are not “misled by nutrition or health claims which are false, deceptive or even mendacious” is a must.

The Court also insists on the fact that health professionals “cannot be regarded as being in a position to permanently have all specialised and up-to-date scientific knowledge necessary to evaluate each food and the nutrition or health claims used in the labelling, the presentation or advertising of those foods,” therefore when subject to commercial communication should receive the same protection than the final consumer as a way to protect the later.

Finally, the judgment indicates that there are no provisions or recitals that gainsay the Court's interpretation because the fact that “Article 1(2) of Regulation No 1924/2006 does not include any details on the addressee of the commercial communication and makes no distinction according to whether that addressee is a final consumer or a health professional” makes it clear that “it is the product itself, and not the communication of which it is the subject matter, which must necessarily be aimed at consumers.”

It may be noted at this point that the Judgment of the European Court of Justice cannot be repealed and must be noted by competent authorities and any food business operator that introduces food products in the EU internal market.

## 4. A proposal for a new legal framework for the advertising of food supplements and functional foods

Case 19/15 has made visible the fact that food supplements —and functional foods in general— are frequently recommended to consumers by health professionals in the framework of a medical visit. Health professionals today recommend the intake of a specific nutritional food product through the same process as they would have recommended a medicine that requires no prescription.

Thus, recommending a specific food supplement and other functional foods has become part of the doctor-patient relationship. This is relevant, because the patient-consumer perceives the food product —that often appears as a pill or similar format— as having an impact on health in a similar way as medicines do, even when the label does not include any claim that suggests so.

In this context, when the health professional receives commercial communication about the alleged nutrition or health-related properties of a food product he is left alone to decide if his or her patients could benefit from adding it to their diet. But, if the ECJ's Third Chamber is right and "health professionals cannot be regarded as being in a position to permanently have all specialised and up-to-date scientific knowledge necessary to evaluate each food and the nutrition or health claims used," is making them stand alone before aggressive commercial communication the best idea?

Let's take now into account that in the proceedings between "VSW" and "INNOVA", commercial communication was forwarded via e-mail to named doctors in such a manner that the health professional was saluted individually by its author, resembling what could have been considered by its recipient private advice or correspondence. Moreover, the author even claimed to share a certain degree of intimate information with the recipient to increase trust, indicating that the food supplement was being used by his own family: "I have given my son the recommended formula based on vitamin D and I have found that babies, young children and even school-aged children hardly like the traditional form in tablets. Very often my son spits out the tablets."

In accordance with the Courts' ruling, it is my view that health professionals should be protected from such communications. But mostly, given that commercial communications such as INNOVA's go unnoticed by public officials because they are transmitted through private communication channels such as e-mail, it is not enough to consider that nutrition and health claims should comply with Regulation 1924/2006. The European Commission needs to make a stand and go further protecting professionals and consumers from aggressive and dishonest commercial initiatives from the food and drinks industry just as it did before regarding the pharmaceutical industry.

Taking the above into consideration, it may be advisable to consider establishing a new framework for the advertising of food supplements and functional foods, which goes further in the protection of health professionals as privileged actors when it comes to protecting final consumers from receiving misleading information.

It is my view that a system similar to the one established for the advertising of medicines that do not require a medical prescription in Directive 2001/83/EC of the European Parliament and the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use, could significantly upgrade consumer protection in this field.

The definition of clear rules regarding how operators can approach health professionals when dealing with food supplements or functional foods should respect the same principles used when dealing with non-prescription drugs. Especially, it should be taken into consideration the possibility of implementing the Directive's measures prohibiting giving, offering or promising premiums, pecuniary advantages or benefits to any kind to health professionals when advertising food supplements or functional foods. Also, making it mandatory to provide professionals with a legally-defined dossier on the characteristics of the product would improve their capacity to make accurate recommendations to patients.

Finally, because of their role as trusted sources of food & health information, these rules should also apply when advertising to other professionals that also exercise significant influence over the final consumer, when dealing with the same substances.

## References

### Articles

- ◆ Cann, Victoria: "Agribusiness is the biggest lobbyist on the EU", LobbyFacts.eu, 8 July 2014.
- ◆ Szakács, István: "Benchmark of the average consumer in the light of EU law", International Focus On line, 5 January 2015.

### Legislation

- ◆ Regulation (EC) n° 1924/2006, of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on nutrition and health claims made on foods. OJ 2006 L 404, p. 9.

- ◆ Regulation (UE) n° 1169/2011, of the European Parliament and the Council, of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No 1924/2006 and (EC) No 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No 608/2004. OJ 2011 L 304, p.18.
- ◆ Commission Regulation (EU) n° 432/2012, of 16 May 2012, establishing a list of permitted health claims made on foods, other than those referring to the reduction of disease risk and to children's development and health. OJ 2012 L 136, p.1.

## Jurisprudence

- ◆ Case C-19/15, Verband Sozialer Wettbewerb eV v Innova Vital Gmb, ECLI:EU:C:2016:563 (not yet published in ECR)

## Other

- ◆ Opinion of the Committee on Industry, Research and Energy issued on the 18th March 2005, for the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on nutrition and health claims made on foods (COM(2003)0424 – C5-0329/2003 – 2003/0165(COD)).
- ◆ TRUSTINFOOD FINAL REPORT: "Consumer trust in food: A European study of the social and institutional conditions for the production of trust" 2003. The report can be accessed here: [http://www.sifo.no/files/file53532\\_fagrapport2003-5.pdf](http://www.sifo.no/files/file53532_fagrapport2003-5.pdf).

**Received for publication: 30 July 2016**

**Accepted for publication: 29 September 2016**





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

[www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu) - ISSN 1886-5887

## DESDE EL MÁSTER

**Conflictos bioéticos en la relación sanitaria derivada de las bajas laborales**

**Bioethical conflicts in the healthcare relation derived from work leaves**

**MÓNICA BALLESTEROS POLO \***

## OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Mónica Ballesteros Polo. Médica del trabajo. Especialista en Salud Ocupacional, investigadora y analista de absentismo laboral MC Mutual. Máster en Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona. E-mail: [mballesterosp@hotmail.com](mailto:mballesterosp@hotmail.com)

\* En esta sección tienen cabida las aportaciones de alumnos y ex-alumnos del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona ([www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master)).

## Resumen

El presente artículo realiza una reflexión sobre los conflictos bioéticos que surgen en la relación médico paciente cuando un trabajador presenta un problema de salud que deriva en una baja laboral.

Se limita a aquellos casos de origen común, es decir, cuando el problema de salud no tiene una relación directa con el trabajo. Asimismo se centra específicamente en los trabajadores por cuenta ajena cuyo régimen integra la seguridad social y reciben una prestación económica mientras dura el proceso a través de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social (en adelante Mutua) a la que su empresa este afiliado.

Aunque el trabajador acude al médico por un problema de salud, la relación no es únicamente asistencial, sino que también incluye una valoración de la capacidad laboral, ya que en caso de verse disminuida, se emitirá un certificado de incapacidad temporal. A través de dicho certificado se activan mecanismos que ponen en marcha la participación de otros sanitarios, en éste caso de la Mutua, con el objetivo de gestionar dicho proceso.

Por tanto, hablamos de una relación más amplia, compleja, que va más allá de la asistencia sanitaria, y que en ocasiones puede generar conflicto de intereses.

**Palabras clave:** relación médico paciente; incapacidad temporal; atención sanitaria; evaluación capacidad laboral.

## Abstract

This paper reflects on the bioethical conflicts derived from the physician-patient relation when a worker presents a health condition that results in a work leave.

The paper only deals with those cases that have a common origin, i.e., the health condition is not directly related to the individual's work activity. Furthermore, it is specifically focused on employed workers whose labor regime is part of the social welfare system and receives an economic benefit for the duration of the process through a health insurance company (hereinafter, Mutua), which the worker's firm is affiliated to.

Although the worker visits the doctor due to a health condition, the relation is not limited only to receiving healthcare, but also includes an assessment of the labor capability, because, in the event that this is undermined, a temporary certificate of incapacity will be issued. This

certificate will activate some mechanisms that result in the involvement of other entities related to the healthcare system, in this case the Mutua, that will manage said process.

Therefore, this relation is broader and more complex and goes beyond mere healthcare-related matters and, sometimes, may give rise to conflicts of interests.

**Keywords:** physician-patient relation; temporary incapacity; bioethical principles; healthcare; labor capability assessment.

## Punto de partida

Cuando un trabajador tiene un problema de salud de origen común (enfermedad o accidente no laboral), debe acudir al servicio público de salud (SPS) para recibir la atención sanitaria. Si de dicha situación se determina que la persona se encuentra temporalmente impedida para realizar su trabajo habitual, el médico le dará una baja médica, denominada Incapacidad Temporal por Contingencia Común (ITCC). Mientras el trabajador se encuentre en situación de ITCC recibirá una prestación económica a través de la Mutua<sup>1</sup>, con la finalidad de suplir parcialmente el salario que dejará de percibir mientras se encuentra de baja.

Una vez definida la ITCC se ponen en marcha distintos mecanismos orientados fundamentalmente a que el trabajador recupere la capacidad de trabajar lo antes posible, con la finalidad de favorecer no sólo a la persona que padece el problema de salud, sino también a todos los agentes que intervienen en la gestión (el SPS, la Mutua, la empresa, entre otros).

Por tanto, lo que inicia como una relación médico paciente, termina siendo algo mucho más amplio y complejo, donde no solo existe un interés desde el punto de vista sanitario que pretende prestar una atención orientada a la recuperación de la salud, sino que también es necesario valorar si el trabajador a consecuencia de ese problema de salud ve reducida su capacidad laboral.

El eje central deja de ser el trabajador como persona que padece una alteración en su salud, y se centra fundamentalmente en la “ausencia del trabajador”, la duración de la misma y los mecanismos necesarios para lograr lo antes posible la reincorporación al puesto de trabajo.

## Contexto actual

En España, la protección de la salud es un derecho social que se recoge en la propia Constitución (Art. 43.1). Uno de los objetivos básicos del sistema de protección social es proteger la salud de los trabajadores y facilitar su recuperación cuando ésta se ha perdido, y que supone, además, de la atención sanitaria oportuna, el reconocimiento de un subsidio económico.

Los médicos del SPS tienen una doble función, de una parte, deben realizar una buena gestión del proceso clínico, y de otra parte, deben valorar las repercusiones del proceso sobre la

---

<sup>1</sup> Actualmente es la situación más frecuente. Según datos de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo - AMAT (2015), el número de empresas afiliadas por contingencias comunes a las Mutuas es del 83,1%, y el porcentaje de trabajadores protegidos por estas contingencias es del 78,8%.

actividad que desempeña el trabajador, lo que les permitirá definir si la enfermedad o accidente no laboral requiere una ITCC y, en caso de existir, estimar el tiempo de duración de la misma.

Para poder valorar la pérdida de la capacidad laboral, es determinante además de la exploración, que el médico conozca los requerimientos del puesto de trabajo que realiza la persona, lo cual supone una importante limitación, ya que habitualmente el médico no dispone de datos objetivos del puesto. Por ello, resulta imprescindible preguntar durante la entrevista médica no solo por el puesto de trabajo que ocupa, sino también por las actividades concretas que realiza.

Con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con el mayor respaldo técnico, la normativa vigente<sup>2</sup> deja constancia que se pondrá a disposición de los facultativos unas tablas de duraciones óptimas para los distintos procesos susceptibles de generar una incapacidad temporal, así como unas tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas ocupaciones, éstos últimos no disponibles en la actualidad<sup>3</sup>.

Si de la exploración practicada no se obtienen datos suficientes para tomar una decisión, o si lo considera conveniente para el estudio del paciente, el médico podrá solicitar pruebas diagnósticas, valoración por especialistas y/o informes complementarios.

Cuando el facultativo del SPS emite el certificado (o parte) de baja de ITCC, de forma paralela a la parte asistencial, se inician una serie de actuaciones de carácter obligatorio (parte de confirmación, informes complementarios y de control, parte de alta, entre otros) definidas en tiempo y forma<sup>4</sup>, necesarias para legalizar la situación de ITCC.

Posteriormente interviene la Mutua<sup>5</sup>, a quien le corresponde la declaración del derecho a la prestación económica de la ITCC, así como la denegación, suspensión, anulación y/o declaración de extinción de la misma. Para ello, cuenta con profesionales sanitarios que colaboran en la gestión, control y seguimiento de los procesos de ITCC, cuya actividad está orientada a la valoración de la capacidad laboral.

La Mutua contacta con el trabajador para corroborar datos e iniciar la gestión del proceso. La citación a control médico es de carácter obligatorio. En ella, el médico de la Mutua intenta averiguar mediante la anamnesis qué es lo que impide a la persona realizar el trabajo, y a través

---

<sup>2</sup> Real Decreto 625/2014. Artículo 2. Punto 2.

<sup>3</sup> Última revisión realizada en el mes de mayo de 2016.

<sup>4</sup> Real Decreto 625/2014. Artículo 2.

<sup>5</sup> Una vez ha sido informada por los canales dispuestos para ello. Consultar en Real Decreto 625/2014. Artículo 7.

de la exploración, realizar una valoración objetiva de la capacidad funcional, y posteriormente establecer unas conclusiones.

Una vez comprobada la situación de ITCC, los médicos de la Mutua pueden gestionar el adelanto de pruebas diagnósticas, tratamientos terapéuticos y/o rehabilitadores prescritos en el SPS, con la finalidad de evitar la prolongación innecesaria de los procesos, previo consentimiento del trabajador, y la autorización del médico del SPS que asiste al trabajador. Los resultados que se obtengan, se deben poner a disposición del médico del SPS a través de los medios dispuestos para ello<sup>6</sup>.

Por el contrario, cuando tras la valoración del trabajador se considera que no está impedido para realizar su trabajo habitual, los médicos de la Mutua pueden formular propuestas motivadas de alta médica a la Inspección Médica del SPS, comunicándolo de forma simultánea al trabajador y al INSS, para su conocimiento. La Inspección Médica del SPS, deberá pronunciarse en un plazo establecido<sup>7</sup>, bien confirmando la baja médica o bien admitiendo la propuesta de alta a través de la expedición del parte de alta. En caso de que la propuesta no sea resuelta en el plazo establecido, la Mutua puede solicitar el alta al INSS, quienes tendrán unos plazos<sup>8</sup> para su resolución.

La no asistencia del trabajador a la citación, puede dar lugar a la extinción de la prestación económica, a menos que esté debidamente justificada por el trabajador.

## Relación Médico Paciente

Habitualmente se entiende por relación médico paciente a la que se establece cuando una persona con problemas de salud acude al médico en busca de ayuda, existiendo una necesidad de curación y de cuidado. En ella, el médico es el poseedor del conocimiento técnico, y el paciente es quien demanda una solución a su situación. Para que la relación funcione adecuadamente debe construirse sobre unas bases de confianza, veracidad en la información compartida, respeto a la intimidad y lealtad hacia el paciente, enmarcado en unos límites que no perjudique los derechos de terceros.

Diferentes escritos ponen de manifiesto que las formas de relacionarse los médicos y los enfermos han cambiado sustancialmente en las últimas décadas. Se ha pasado de un modelo

---

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015 Artículo 82. Apartado 4. Punto d.

<sup>7</sup> Real Decreto 625/2014 Artículo 6.2. Plazo máximo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta.

<sup>8</sup> Real Decreto 625/2014 Artículo 6. 3. Plazo máximo de cuatro días desde la recepción de la propuesta de alta.

paternalista, donde el médico era quien tenía el suficiente conocimiento y autoridad para decidir lo que era más conveniente para el paciente, a un modelo autonomista, donde el enfermo adquiere un papel central en la relación, el médico se convierte en una persona que con sus conocimientos asesora, pero finalmente es el enfermo quien asume las decisiones de las actuaciones a realizar, con el mayor fundamento posible.

Con la entrada de múltiples profesionales sanitarios, la relación ha pasado a ser colectiva, y más que hablar de una relación médico paciente, habría que hablar de una relación “equipo sanitario – paciente”. Esta profesionalización ha supuesto una profunda transformación en la atención, favoreciendo el trabajo en equipo (multidisciplinar). El médico general ya no puede hacerse cargo de enfermedades muy específicas y ha de recurrir al especialista, pero éste, a su vez al tener competencia sobre una parte del proceso que afecta al enfermo, precisará de otros especialistas o profesionales sanitarios (ejemplo. Fisioterapeuta, enfermeros, entre otros).

En definitiva, la relación médico paciente se ha transformado en una relación donde el sanitario con el saber técnico que posee realizará las recomendaciones orientadas para alcanzar el máximo bienestar posible para el enfermo. Sin embargo, será el paciente quien manifestará sus opciones y prioridades atendiendo a sus valores, entendiendo que tiene unos límites que no debe traspasar.

## Paradigma en la relación médico paciente en la ITCC

En la ITCC el punto de partida es un problema de salud, sin embargo, el médico además de la atención sanitaria, con lo que de ella se derive (tratamiento, pruebas complementarias, valoración por especialistas, entre otros), realiza una valoración de la capacidad laboral. Si confirma que como consecuencia del problema de salud la persona tiene disminuida la capacidad para trabajar, se dará inicio a otras relaciones sanitarias de tipo evaluador y de carácter obligatorio, no demandadas por el paciente.

A pesar de ser una prestación ampliamente conocida por los trabajadores, no existe una claridad acerca de los distintos tipos de valoración que se realizan y los objetivos de cada una.

En ocasiones cuando el trabajador acude al SPS, desea que además de la atención sanitaria, el médico le otorgue el certificado de ITCC (“quiero la baja”) por su indisposición para trabajar. Es así como el médico debe evaluar cuidadosamente al paciente y evitar una actitud de adaptación, en la cual el paciente exige un tipo de servicio y el médico se siente en la obligación de emitir un parte de baja.

Más que una situación de extremos, paternalismo médico versus autonomía del paciente, es más probable que la relación sanitaria cuando se trata de una población trabajadora, se mueva en una situación intermedia, en la cual intervienen otros factores como la contención del gasto público, administrar con eficiencia los recursos sanitarios y analizar posibles riesgos/beneficios de cada actuación en un marco social.

El paternalismo médico y la autonomía del paciente, particularmente respecto a las decisiones médicas, están siendo reemplazados por consideraciones sobre la eficacia y conveniencia a nivel social, basadas principalmente en razones económicas. Es una relación de la medicina “gestionada”, más subordinada a las decisiones de administradores, donde se prioriza la duración óptima del proceso y la pronta reincorporación del trabajador.

Al existir una obligatoriedad en la asistencia a la Mutua para la valoración funcional, donde intervienen en la relación legítimos intereses de terceras partes, se pone en riesgo la colaboración del paciente.

La confidencialidad de los datos es también un tema muy importante a tener en cuenta, ya que los registros de datos sanitarios (de origen común) están en unas bases de datos a la que además de los sanitarios del SPS, pueden acceder exclusivamente los inspectores médicos del INSS. A día de hoy las bases de datos no son compartidas por las Mutuas.

## Puntos críticos de la relación médico paciente

En relación a la atención desde el SPS:

- ◆ Los médicos del SPS al ser agentes claves en la gestión de la ITCC, requieren no solo una elevada formación clínica, sino también deberían tener conocimientos en aspectos relacionados con la medicina del trabajo y manejo de la IT.
- ◆ Determinar objetivamente si el trabajador padece un problema de salud que le incapacita (o no) el desarrollo de su trabajo habitual de forma temporal, debido a las limitaciones existentes para conocer con exactitud el puesto de trabajo que la persona desempeña.
- ◆ El tiempo de asistencia asignado por paciente cada vez más reducido.
- ◆ La necesidad de pruebas complementarias o valoración por especialistas que pueden alargar la duración de los procesos.
- ◆ La posible desmotivación de los médicos del SPS para la gestión de la ITCC que influye en el grado de implicación, la cual puede obedecer a diversas causas como son, entre otras: presión

asistencial en las consultas, falta de formación específica en relación con la ITCC, deficiente comunicación con los médicos de la Mutua.

En relación con la gestión por parte de la Mutua:

- ◆ El carácter obligatorio de las valoraciones por los profesionales evaluadores puede comprometer la colaboración del trabajador.
- ◆ Conflicto de intereses entre médico y paciente ante la resolución de una baja (ejemplo. Reincorporación al trabajo lo antes posible).

## Principios Bioéticos

La IT de origen común abarca aspectos variados que van más allá de lo sanitario e involucra a diferentes agentes sociales. Incide en el ámbito empresarial, con repercusiones en la producción económica, clima laboral, entre otros. Repercute en los recursos de la seguridad social, cada vez más limitados. Afecta a la sociedad que a través de distintas organizaciones ha de velar por el correcto funcionamiento de la gestión como garante del bienestar social.

Es por ello, que el acto médico de gestión de la ITCC conlleva, además de una compleja valoración clínica, evidentes connotaciones económicas y sociales, y exige al médico no sólo un seguimiento clínico continuo, sino también dar respuestas a los conflictos éticos que se pueden presentar en la gestión de las bajas laborales.

### No Maleficencia (*primum non nocere*)

El principio de No Maleficencia cuando un trabajador presenta un problema de salud, va orientado a no proponer ni desarrollar acciones que puedan derivar en daño para el paciente. En este sentido, el acto médico por el cual se determina que una persona no se encuentra en condiciones de desarrollar su trabajo habitual, o que su salud puede empeorar si lo sigue realizando, es un acto presidido en gran parte por la no maleficencia, es decir, se trata de equilibrar los daños de no reposar y de reposar.

Aunque se suele considerar que el reposo tiene un beneficio indudable, en multitud de situaciones se desconoce el grado del valor terapéutico del reposo así como la eficacia de la baja laboral y su impacto en la salud del trabajador.

De otra parte, diversos estudios han evidenciado que la inactividad o reposo prolongado actúan en detrimento de la recuperación de las personas (ejemplo. situaciones relacionadas con

trastornos músculo esqueléticos). Asimismo se ha observado que cuanto más tiempo está un trabajador de baja, menor es la probabilidad de que vuelva a trabajar. De ahí la importancia de establecer un adecuado equilibrio entre la incapacidad laboral (reposo) y la oportuna reincorporación laboral.

## Beneficencia

Las actuaciones médicas que se deriven de la prestación asistencial deben ajustarse a cada enfermo en concreto. Deben tener en cuenta no solo el problema de salud que le acontece, sino también su situación laboral, personal, familiar, social y económica, tomando como referente las decisiones que sugieren la investigación y la buena práctica clínica.

La información recogida, así como las decisiones o recomendaciones médicas que derivan de ella, deben estar basadas en la mejor ciencia y evidencia posible. Esto es especialmente importante a la hora de decidir que un trabajador no se encuentra en condiciones para realizar su trabajo habitual.

En relación con el puesto de trabajo que la persona no puede realizar, y que en ocasiones al médico del SPS le resulta difícil conocer con exactitud, se puede aplicar el principio de beneficencia sobre el principio de justicia, con el fin de favorecer el bienestar del trabajador.

## Justicia

Uno de los aspectos más relevantes de la ITCC es su elevado coste económico, existiendo un gran interés social en su correcta gestión. Es por ello que el principio de justicia aquí es de gran relevancia.

Para evitar situaciones injustas en la gestión de la ITCC, es fundamental concienciar a todas las partes implicadas (SPS, entidades gestoras y colaboradoras, empresas y trabajadores), sobre la importancia de brindar cobertura sanitaria y económica en situaciones reales de imposibilidad de trabajar ante un problema de salud (enfermedad común o accidente no laboral), evitando la utilización indebida de ésta prestación, en muchas ocasiones atribuido a otras situaciones que puede estar afrontando un trabajador que no necesariamente están relacionadas con un problema sanitario (ejemplo. cuidado de familiares, insatisfacción laboral).

Lo anterior tiene como finalidad, de una parte alcanzar una gestión eficiente, que permita una distribución más equilibrada de los recursos disponibles, facilitando no solo una asistencia a los trabajadores que permitan su adecuada y pronta recuperación, sino también su oportuna reincorporación laboral.

De otra parte, las ausencias por IT de origen común, permiten aflorar otro tipo de situaciones no sanitarias, que afectan al bienestar del trabajador (ejemplo. Problemas de clima laboral, dificultades para la conciliación de la vida personal y familiar), en donde hay importantes oportunidades de mejora. Es aquí donde la empresa tiene un papel destacado a desarrollar que junto con el trabajador pueden realizar acciones que finalmente redundan en un mejor clima y producción laboral.

El esfuerzo que se realiza para el mantenimiento de los recursos debería ir acompañado de una correcta administración de los mismos. Los responsables de las prestaciones sanitarias y económicas deben velar por distribuir los recursos, cada vez más limitados, de manera que produzcan el máximo rendimiento sanitario y bienestar social a la comunidad.

En algunos casos se utiliza de forma fraudulenta la prestación de la ITCC, manteniendo de forma prolongada una baja laboral. Si el profesional sanitario sospecha este tipo de situación, deberá poner en conocimiento a las autoridades pertinentes (servicios de inspección sanitaria), para que adopten las medidas oportunas y necesarias, preservando la confidencialidad de los datos médicos.

## Autonomía

El médico ha de informar al paciente sobre las ventajas y los inconvenientes de la incapacidad laboral en su caso, y las actuaciones que finalmente se pongan en marcha, deberían ser consensuadas, y entendidas como las mejores posibles.

Evitar el extremo opuesto, en donde el trabajador acude al médico de cabecera a que “le den una baja” por ITCC, como si de una exigencia por parte del trabajador y una obligatoriedad por parte del médico se tratara, cayendo en una asistencia donde prima el autonomismo. Desafortunadamente, son situaciones a las que los médicos se afrontan, y que en ocasiones no tienen los recursos ni argumentos suficientes para discernir de la forma más acertada.

Si nos planteamos qué principio bioético prima en el abordaje de la ITCC, parece que el principio de justicia prevalece sobre el de autonomía (lo social vs. Lo individual). En otras palabras, el principio de autonomía queda subordinado al de justicia, predominando el interés de la sociedad, que en ocasiones ejerce una elevada presión (ejemplo. empresas, entidades colaboradoras) en la gestión de la prestación sanitaria y económica.

Habría que reflexionar si en ocasiones, usando como argumento el principio de justicia o equidad que vela por los derechos de los demás, la autonomía del trabajador no es tenida en cuenta, y éste, debe aceptar todas las actuaciones sanitarias que sean propuestas, sin ningún tipo

de consenso, lo que la situaría como una relación sanitaria asimétrica, donde el “poder de decisión” recae exclusivamente en la parte sanitaria.

En el lado opuesto, en ocasiones, los trabajadores pueden ver sólo ventajas a la situación de baja laboral o considerarla una solución a situaciones que no son problemas de salud.

En definitiva, la relación médico-paciente en ITCC no es sencilla. Sin embargo, se deben realizar todos los esfuerzos para que las decisiones de los pacientes respecto a sus cuidados sean respetadas, en tanto esas decisiones se atengan a prácticas éticas y no den lugar a demandas de actuaciones indebidas.

## Consentimiento informado

Todo reconocimiento médico (a petición del SPS, de la Mutua, del empleador, entre otros), requieren el consentimiento informado del trabajador.

Dado que no todas las relaciones que tendrá el trabajador con los sanitarios serán con el objetivo de aliviar su salud, es necesario explicar que también mantendrá una relación con profesionales sanitarios, orientada a la evaluación, control y seguimiento de la incapacidad laboral, como es el caso de los médicos que trabajan en las Mutuas.

El trabajador debe entender el propósito del reconocimiento, cuál es el rol del médico (asistencial, evaluador), qué tipo de información se va a obtener, qué se le va a comunicar a la entidad que ha solicitado el examen y qué se va a reservar como información confidencial. Sobre esta base, el trabajador puede tomar una decisión autónoma sobre si acceder al reconocimiento o no, y qué conviene documentar por escrito. Dado el carácter obligatorio de asistencia a la citación médica por parte de la Mutua, el trabajador debe conocer las consecuencias en caso de que decida no acudir o de no realizarse el examen médico (suspensión de la prestación económica).

## Confidencialidad

Con relación a las bases de datos del SPS y la posibilidad de compartir dicha información con todos los profesionales sanitarios que intervienen en la ITCC, habría que realizar debates informados acerca de la conveniencia o no de compartir dicha información con las Mutuas, que a su vez gestionan los procesos de origen profesional, pudiendo existir conflicto de intereses (ejemplo. Derivar procesos de origen profesional que debería gestionar la Mutua, al SPS por conocer antecedentes de enfermedades comunes que podrían estar relacionados con el proceso en cuestión).

De los datos individuales del trabajador, dentro de los límites marcados por la ley, el servicio de prevención de la empresa tiene derecho a recibir información sobre la aptitud médica del trabajador para realizar un trabajo, así como recomendaciones sobre la modificación o reubicación del puesto de trabajo, pero sin que ello suponga revelar diagnósticos médicos específicos o resultados concretos de pruebas complementarias.

Habitualmente, las empresas tienen necesidad de conocer información acerca de sus trabajadores que se encuentran de baja, con el fin de gestionar oportunamente las ausencias. En ocasiones esto puede llevarlas a solicitar información que se encuentra en el límite de lo legalmente establecido. Por ello, la Mutua, y en especial los sanitarios, deben velar por mantener la confidencialidad de los trabajadores. Una buena alternativa, es ofrecer información agregada (que impida conocer o identificar a cualquier trabajador) acerca de los procesos diagnósticos más frecuentes o que acumulen más días (ejemplo. patologías del aparato locomotor), con el fin de plantear posibles actuaciones de mejora en el ámbito laboral.

## Propuesta

Entendiendo que la ITCC es una situación en la que además del propio trabajador, que padece el problema, se afecta a terceros (ejemplo. empresa, seguridad social, sistema sanitario), la situación óptima sería alcanzar un adecuado equilibrio entre las necesidades y los deseos del paciente, con la justicia social de la sociedad que forma parte.

El objetivo sería plantear una relación sanitaria lo más satisfactoria posible (no sólo en su sentido técnico, asistencial y evaluador) sino también en lo ético, de tal modo que conduzca a una relación basada en un modelo de colaboración médico (asistencial y evaluador) - paciente (trabajador), en donde la decisión resultante sea consecuencia de un consenso acerca de la mejor actuación posible.

Todos los miembros que participan en la relación deberían tener un propósito en común: el máximo bienestar posible del trabajador. La confidencialidad debe ser especialmente protegida dado el carácter sensible e íntimo de las informaciones sanitarias.

Las habilidades en comunicación de los profesionales sanitarios son especialmente importantes en el manejo de las bajas laborales, ya que permiten al médico escuchar con atención, obtener y sintetizar información pertinente acerca de los problemas que aquejan al trabajador y comprender el contenido de esa información. Asimismo, facilitan la relación con los pacientes y ayudan a que éstos tomen decisiones informadas.

Se deben evitar comportamientos que denoten prepotencia o distanciamiento y que dificultan en muchos casos el clima de confianza y de colaboración necesarios en la relación médico paciente.

En la ITCC además del problema de salud en sí mismo, tiene gran importancia la percepción que tiene el trabajador de su estado de salud y de cómo éste afecta su entorno laboral. Esta percepción, influye tanto en la decisión de acudir al médico ante un problema de salud, como en la duración del proceso una vez está de baja (reincorporación laboral).

La recuperación y retorno al trabajo, dependen entre otros factores del estado de salud, del sistema sanitario, compromiso organizacional, entre otros. Se requiere una reflexión profunda acerca de las situaciones que convergen y buscar entre todos los actores soluciones que favorezcan de forma equilibrada.

Es esencial continuar trabajando en directrices y guías de actuación realizados por comités de expertos que sirvan de referencia a los profesionales sanitarios que gestionan la ITCC.

La ITCC no puede ser entendida como un “servicio a la carta” que atenderá todas las preferencias del paciente, o como una “moneda de cambio” ante dificultades en el entorno laboral, o como la “excusa” para cubrir otro tipo de necesidades personales. Se debe hacer el máximo esfuerzo posible para que su uso sea el que le corresponde y no otro. Para ello es necesario fomentar debates informados con todos los actores, donde se expongan no solo los puntos críticos, sino también soluciones de mejora, entendiendo que no se trata de “pelear” por los intereses de cada parte, sino buscar la mayor proporcionalidad que redunde en un beneficio de todos.

## Bibliografía

### Libros

- ◆ J. Benach, C. Muntaner, O. Solar, V. Santana y M. Quinlan. Empleo, trabajo y desigualdades en salud: una visión global. Icaria editorial. Julio de 2010
- ◆ L. Buisan. La confidencialitat en l'assistència sanitària. Del secret mèdic a la historia clínica compartida a Catalunya. Universitat de Barcelona. 2014
- ◆ M. Casado (Coordinadora). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Editorial Civitas, 2009.

## Capítulos de libros

- ◆ F. G. Benavides, A. García y C. Ruiz-Frutos. Capítulo 1. La salud y sus determinantes. Salud laboral: Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales. 4ª Edición, Barcelona (España). Elsevier Masson; 2014 (3-15).
- ◆ F. G. Benavides, J. Delclós y A. García. Capítulo 2. Trabajo y salud. Salud laboral: Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales. 4ª Edición, Barcelona (España). Elsevier Masson; 2014 (17-25).
- ◆ J. Delclós, E. Ronda y A. García. Capítulo 5. La ética en el ejercicio profesional de la salud laboral. Salud laboral: Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales. 4ª Edición, Barcelona (España). Elsevier Masson; 2014 (45-53).

## Artículos de revistas

- ◆ C. Muñoz, J. Vanegas. Enfoque desde la Bioética de la relación Trabajador-Riesgo Laboral: Un tema pendiente por ser abordado. Trabajo y Sociedad. 2013; 20: 449-58.
- ◆ A. García. De enfermedades y gentes. Revista de Bioética y Derecho. 2013; 29: 3-10.
- ◆ M. Castellano y A. Molina. La IT y su control médico. Aspectos médico legales. La Mutua. Revista Técnica de Salud Laboral y Prevención. 2006; 10: 9-35.
- ◆ J. Lázaro, D. Gracia. La relación médico enfermo a través de la historia. An. Sist. Sanit. Navar. 2006; 29 (Supl. 3): 7-17.
- ◆ I. Gómez. Salud laboral: una revisión a la luz de las nuevas condiciones del trabajo. Univ. Psychol. Bogotá (Colombia). 2007; 6 (1): 105-113.
- ◆ A. Navarro. Valoración médica de la incapacidad laboral por los facultativos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MATEPSS). Med Secur Trab (Internet) 2014; Suplemento extraordinario 1: 17-24. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0465-546X2014000500005&script=sci\\_arttext](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0465-546X2014000500005&script=sci_arttext).
- ◆ M. Ballesteros, C. Serra, J.M. Martínez, M. Plana, G. Delclós, F. G. Benavides. Comparación del coste de la incapacidad temporal por contingencia común en 2006 entre las provincias de Barcelona y Madrid. Rev Esp Salud Pública 2009; 83 (3): 453-461.
- ◆ M. Villaplana. Análisis de la influencia de los factores relacionados con los indicadores de la Incapacidad Temporal y la reincorporación al trabajo. Med. segur. trab. (Internet) 2014,

vol.60, suppl.1:65-73. [13-04-2016]. [http://://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0465-546X2014000500012&lng=es&nrm=iso](http://://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2014000500012&lng=es&nrm=iso). ISSN 0465-546X.

## Monografías

- ◆ Escuela Nacional de Medicina del Trabajo. Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Ciencias e Innovación (Autoría múltiple). Guía de valoración de la incapacidad laboral para médicos de atención primaria. [Monografía en Internet]. Madrid (España): Escuela Nacional de Medicina del Trabajo; 2009 [13-04-2016]. <http://www.publicaciones.isciii.es/>.
- ◆ Grupo Lex artis. Sociedad Madrileña de medicina familiar y comunitaria, con la colaboración de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo. Manual para el manejo en la atención primaria. [Monografía en Internet]. Madrid (España): Gráficas Loureiro; 2010 [13-04-2016]. <http://www.somamfyc.com/Publicaciones/Documentos/tabid/76/agentType/View/PropertyID/5/Default.aspx>.
- ◆ Gobierno de España, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Sistema Nacional de Salud. España 2012. [Monografía en Internet]. España: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; 2012 [13-04-2016]. <http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/libroSNS.htm>.
- ◆ Gobierno de España, Ministerio de empleo y seguridad social. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Prestaciones en incapacidad temporal. [Monografía en Internet]. España: Instituto Nacional de la Seguridad Social; 2015 [13-04-2016]. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/47197.pdf>
- ◆ P. Boix, F.G. Benavides, P. Gil, A. Orozco, M. Sampere, F. Arenas, E. Calvo, M. Ballesteros. Protocolo para la gestión de programas de retorno al trabajo en casos de incapacidad temporal por trastornos músculo-esqueléticos (GRT-TME). Universitat Pompeu Fabra. Centro de Investigación en Salud Laboral –CISAL–. [Monografía en Internet]. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra; 2014 [13-04-2016]. [http://www.upf.edu/cisal/\\_pdf/2014\\_07\\_14\\_Protocol\\_GRT-TME.pdf](http://www.upf.edu/cisal/_pdf/2014_07_14_Protocol_GRT-TME.pdf).

## Documentos legales

- ◆ Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Ley 35/2014, de 26 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, nº 314, (29-12-2014).

- ◆ Real Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Real Decreto 625/2014, de 18 de julio. Boletín Oficial del Estado, nº 176, (18-07-2014).
- ◆ Real Decreto legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. Boletín Oficial del Estado, nº 154, (20-06-1994).

### Sede web

- ◆ Organización Mundial de la Salud. [Acceso 26-05-2015]. <http://www.who.int/es/>
- ◆ Organización Internacional del trabajo. [Acceso 13-04-2016]. <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>
- ◆ Observatorio de Bioética y Derecho. [Acceso 13-04-2016]. <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/>
- ◆ MC Mutual. Gestión del Absentismo. [acceso 13-04-2016]. [https://www.mc-mutual.com/contenidos/opencms/es/webpublica/tu\\_perfil/empresas/gestion\\_absentismo/](https://www.mc-mutual.com/contenidos/opencms/es/webpublica/tu_perfil/empresas/gestion_absentismo/)

**Fecha de recepción: 16 de junio de 2016**

**Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2016**





UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

[www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu) - ISSN 1886-5887

## BIBLIOTECA DE BIOÉTICA

Rellegint Ronald Dworkin

ALBERT ROYES I QUI \*

### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho es va crear el 2004 a iniciativa de l'Observatori de Bioètica i Dret (OBD), amb el suport del Màster en Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona: [www.bioeticaidret.cat/master](http://www.bioeticaidret.cat/master). En 2016 la revista *Perspectivas Bioéticas* del Programa de Bioètica de la Facultat Llatinoamericana de Ciències Socials (FLACSO) s'ha incorporat a la Revista de Bioética y Derecho.

Aquesta és una revista electrònica d'accés obert, el que significa que tot el contingut és de lliure accés sense cap cost per a l'usuari o la seva institució. Els usuaris poden llegir, descarregar, copiar, distribuir, imprimir o enllaçar els textos complets dels articles en aquesta revista sense demanar permís previ de l'editor o l'autor, sempre que no hi hagi lucre en aquestes operacions i sempre que es citin les fonts. Això està d'acord amb la definició BOAI d'accés obert.

\* Albert Royes i Qui. Doctor en Filosofia, membre de l'Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona. E-mail: [aroyes@ub.edu](mailto:aroyes@ub.edu)

Sempre és un exercici interessant tornar a llegir llibres que hom considera clàssics i descobrir com, malgrat el pas del temps, mantenen l'interès i segueixen sent font de debats intensos i també d'aprenentatge. Això és el que, al meu parer, passa amb el llibre de Ronald Dworkin *El dominio de la vida*<sup>1</sup>, i que porta el subtítol ben explícit de *Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Però també podria portar un segon subtítol, com ara *Manual de tècniques d'argumentació per dissoldre/resoldre dilemes ètics i jurídics*, perquè crec que és justament això, a més del contingut substantiu innegable del llibre, el que fa que mantingui plenament l'interès. En tot cas, això és el vull posar de relleu amb aquest article, sense pretendre fer de jurista amateur.

Com es diu, tots els textos tenen un context, i en el cas d'aquest llibre aquest context és, si més no, doble.

D'una banda, als anys 80 i 90 del segle passat l'enfrontament ideològic (i massa sovint, també físic) entre els partidaris de l'avortament voluntari i els seus contraris als Estats Units era d'una duresa extrema. Anys abans, el 1973, el Tribunal Suprem nord-americà havia establert, amb la sentència *Roe vs. Wade*, que cap Estat no podia impedir o prohibir l'avortament voluntari dins els dos primers trimestres de gestació. Aquesta sentència segueix vigent tot i els canvis periòdics en la composició del Tribunal Suprem. Per aquesta raó, l'autor dedica bona part del llibre a analitzar en detall aquesta sentència.

D'altra banda, el peculiar sistema constitucional i judicial dels Estats Units, ben distint de l'heretat del dret romà que coneixem. Allí, la guia són els principis establerts a la Constitució fundacional de 1787 i, sobretot, les esmenes que configuren la Carta de Drets, aprovades el 1791. En relació amb el llibre que comentem, és d'importància cabdal la Primera Esmena, que prohibeix l'aprovació de cap llei que estableixi com a oficial una religió determinada, o que impedeixi, minvi o infringeixi les llibertats de culte, d'expressió, de premsa, de reunió, i el dret de petició i de rescabament, perquè és en aquesta base constitucional que es fonamenta l'argumentació de l'autor.

I com ho fa R. Dworkin això? Doncs, resumint molt, utilitzant una concepció molt àmplia de "religió" o de "creença religiosa", i inventant-se una mena de teologia secular o laica que gira al voltant del caràcter "sagrat" de la vida humana i que li serveix per construir un argument no pas en contra sinó *a favor* de la permissivitat de l'avortament voluntari (dins els terminis que fixa l'esmentada sentència *Roe vs. Wade*) i de l'eutanàsia, prioritzant una visió de la vida humana basada en un projecte de vida personal i no com a mer objecte biològic.

---

<sup>1</sup> Dworkin, R. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1994.

En aquesta línia, la llibertat religiosa que consagra la Primera Esmena li permet elaborar aquesta filigrana argumentativa a favor de les lliures decisions individuals de les persones —que sí que tenen un projecte de vida personal, i no el fetus— en base a la pròpia consciència i al sentit de la dignitat de cadascú, és a dir, allò que l'autor anomena una “creença religiosa laica”.

Atès que tant en la qüestió de l'avortament voluntari com de l'eutanàsia, o l'ajuda al suïcidi, hi ha hagut avenços prou significants en diferents països, on pot raure l'interès de reprendre ara, més de vint anys després, aquest llibre i de recomanar-ne vivament la lectura? Com ja he dit abans, perquè mostra en acció un mètode d'argumentació sofisticat i complex que clarament aposta pel valor superior de la llibertat humana (la llibertat, “únic dret innat”, com sovint repetia el professor Ramon Valls que deia Kant). Com que a casa nostra la qüestió de l'eutanàsia continua encallada i l'avortament voluntari sempre està amenaçat de restriccions i dificultats, conèixer l'elaborat argumentari de R. Dworkin al seu favor pot ser molt útil i necessari.

El peculiar sistema judicial-constitucional nord-americà atorga al Tribunal Suprem d'aquell país un poder enorme, el de vetar l'aplicació de lleis aprovades en qualsevol Estat. A més, un nou Tribunal Suprem pot revocar sentències dictades per un d'anterior. La pregunta pertinent és: en què es basen els jutges del Tribunal Suprem per vetar, o per no fer-ho, una llei aprovada en un Estat? Doncs en la interpretació que facin de la Constitució i de les seves successives Esmenes. Per això és interessant llegir com Dworkin analitza la Constitució<sup>2</sup>, afirmant que *no* ha d'entendre's com una llista limitada i tancada de drets individuals específics —que les diferents Esmenes aprovades van ampliant contínuament— que en el seu moment es van considerar importants i que per aquest motiu es van inscriure a la Constitució; al contrari, l'autor diu que cal entendre-la com un compromís explícit i públic d'assolir certs ideals de “moralitat política”, que cada generació de ciutadans, advocats i jutges, ha d'estudiar i reelaborar, si així ho creu convenient, de comú acord.

D'aquí en treu la primera conclusió sobre la sentència *Roe vs. Wade*: la llibertat de decisió de la dona embarassada en matèria d'avortament voluntari és una conseqüència necessària de la llibertat religiosa (o llibertat de consciència, com també en podem dir) que defensa la Primera Esmena i, per tant, les dones tenen dret a prendre, si és el que volen, aquest tipus de decisió.

Entrem, però, en detalls. D'entrada, l'autor ens diu que “no semblen viables les propostes de resoldre la qüestió de l'avortament voluntari per mitjà d'un acord, per més raonable que això pugui semblar”<sup>3</sup>. El motiu que en dóna és que les posicions antagòniques que intervenen en aquest debat, expressades amb la fórmula “Té el fetus [o embrió, o preembrió] drets i interessos propis

---

<sup>2</sup> Vegi's en especial les pàgines 38 i ss del llibre.

<sup>3</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, p. 17.

des del moment que ha estat concebut?”, no permeten arribar a cap acord; és un “xoc d’absoluts” que genera un dilema irresoluble i que és font d’enfrontaments violents.

Per això, Dworkin planteja el debat sobre unes altres bases i amb altres arguments, buscant d’identificar i eliminar el que ell mateix anomena “confusió intel·lectual” al voltant d’aquesta qüestió. I, com veurem més endavant, aplicarà el mateix argument, per analogia, a la qüestió de l’eutanàsia.

A tot el món (o gairebé) el conflicte ho és entre els drets individuals i el suposat valor “intrínsec” de la vida humana. L’eutanàsia o l’ajuda al suïcidi serien “immorals” malgrat el dret de les persones a determinar els seus propis i millors interessos, perquè la vida de les persones (i en opinió d’alguns, també del fetus) és “sagrada”, té un valor “intrínsec” sobre el qual no es pot debatre ni legislar res. Aquest és, resumint molt, l’irresoluble conflicte d’absoluts de què parlava.

Però dit això, exposats així els termes del debat, Dworkin proposa una mena de salt mortal argumentatiu segons el qual hi ha un argument que gairebé tothom comparteix: quan la vida humana individual és “sagrada”, i que posar fi deliberadament a una vida humana és immoral. No obstant, immediatament després ens diu que pensar així *no* és contradictori amb defensar que la decisió d’avortar voluntàriament, o no fer-ho, ha de ser de la dona embarassada, perquè només ella és la titular dels interessos en joc més importants i perquè és qui pot *decidir en consciència* millor que ningú altre.

Aquest tipus d’argumentació connecta directament amb la tradició que defensa la llibertat de consciència en les democràcies, perquè, en definitiva, els arguments en contra de l’avortament voluntari (i de l’eutanàsia) són “religiosos”, és a dir, basats en la creença en el valor suprem de la vida humana, la qual cosa fa que hagin de ser considerats com a temes de consciència individual que no incumbeixen ni a l’Estat ni al codi penal.

Exposa, poc després, que les posicions contràries o tolerants amb l’avortament no són sempre a blanc o negre, sinó que recorren tota una gamma de grisos, bé sigui admetent excepcions a la prohibició, bé sigui condemnant l’avortament per raons “trivials”. A fi de mostrar-ho, l’autor fa un recorregut per les dues postures principals que participaven en la controvèrsia sobre l’avortament als anys 80 i 90 del segle passat: les religions tradicionals, fortament fonamentalistes, d’una banda, i el moviment feminista, de l’altra. És un debat prou conegut que no cal reproduir aquí.

Amb tot això, Dworkin arriba a la conclusió que l’autèntic debat a escala planetària rau no en si el fetus és una persona o si no ho és, sinó que el desacord de fons és sobre quina ha de ser la interpretació correcta d’una idea que gairebé tothom comparteix i que l’autor anomena el “caràcter sagrat”, la “sacralitat” o el “valor intrínsec” de la vida humana. És a dir, que trasllada el

debat a una discrepància sobre concepcions diferents del valor i el propòsit de la vida humana, i també del significat i la naturalesa de la mort humana.

El capítol 3 del llibre (*Què és sagrat?*) entra de ple en aquest debat amb la intenció de sortir de discussions estèrils i de buscar elements d'acord que permetin resoldre conflictes i desfer dilemes. Exposa algunes intuïcions (o creences) que Dworkin pensa que compartim la majoria dels humans, i que són: que és intrínsecament lamentable que una vida humana, un cop ja ha començat el seu camí, acabi prematurament; i que la mort prematura és errònia en ella mateixa, encara que potser no ho sigui per a algunes persones.

Dit sigui de passada, aquest és una distinció típica d'aquest autor, que també aplicarà al cas de l'eutanàsia: morir a petició pròpia, morir voluntàriament, és, en general, "moralment dolent" perquè contradiu un valor molt extensament compartit entre els humans (el valor "intrínsec" de la vida humana), però en situacions determinades i per a persones determinades la mort voluntària és possible que vagi a favor dels seus millors interessos.

Tornem al capítol 3, ja esmentat. Dworkin s'expressa en termes menys abstractes i menys abstrusos quan distingeix entre el que ell anomena la "inversió biològica" en la vida i la "inversió humana" en la vida. Aquesta segona "inversió" (l'analogia terminològica amb el sistema econòmic del seu país és colpidora!) comporta decisions, eleccions, prioritats reproductives dels adults que *no* haurien de veure's limitades pel fet de no poder avortar voluntàriament. L'èmfasi en un o altre tipus "d'inversió" diferencia entre conservadors i fonamentalistes, d'una banda, i liberals, de l'altra, encara que la gradualitat en el desenvolupament fetal és un factor significatiu i molt rellevant per a gairebé tothom.

En els extensos i, al meu parer, complicats capítols 4 i 5, Dworkin analitza exhaustivament la ja esmentada sentència *Roe vs. Wade* i l'argumentació que hi va fer el Tribunal Suprem nord-americà. En síntesi, ens explica que la Constitució nord-americana selecciona determinades llibertats i les converteix en drets constitucionals específics (recollits en la Carta de Drets) que l'Estat no pot restringir o anul·lar, con seria el cas si lleis estatals prohibissin o impedissin l'avortament voluntari, perquè privarien les dones embarassades d'una "llibertat d'oportunitats" que *per a elles* són essencials. Obligar una dona, amb tota la força de la legislació, a continuar un embaràs no desitjat ve a ser una mena d'esclavisme, o en paraules de Kant, és considerar-la com un mitjà i no com un fi en ella mateixa. No hi ha tampoc raons imperatives (com ho seria, per exemple, la protecció de la salut pública) que autoritzin la prohibició de l'avortament voluntari. Predomina, per tant, un dret constitucional a la privacitat, i és ben clar que les decisions reproductives cauen dins d'aquest àmbit.

Com de passada, Dworkin ens introdueix al debat sobre la laïcitat preguntant-se: pot un Estat imposar a tots els seus ciutadans la visió que la majoria tingui sobre allò que és sagrat? Es pot considerar, constitucionalment parlant, que un fetus és una persona amb drets constitucionals? La resposta que Dworkin dóna a aquestes dues preguntes és *negativa*, des del marc d'una interpretació liberal i no fonamentalista de la Constitució com la que ell defensa.

En treu també una altra conclusió, més típicament jurídica que ètica: una Constitució *de principis* (és a dir, que exigeix que es respectin els principis fonamentals de llibertat i d'igual respecte i consideració per a tots els ciutadans) és com una mena de *condició predemocràtica* legítima que exigeix dels governs i dels jutges que tractin els ciutadans com iguals i que respecti les llibertats individuals i el sentit individual de la dignitat de cada persona. Sense aquest prerrequisit no hi ha democràcia genuïna, "perquè, en aquest cas, la majoria no tindria un dret moral legítim de governar"<sup>4</sup>.

L'autor acaba aquesta part del llibre, dedicada enterament a l'avortament voluntari, amb l'irònic comentari de que donar llum verda (el 1993) a la importació als Estats Units de la RU-486, que permet l'anomenat avortament farmacològic, obrirà la possibilitat d'un avortament més segur, més confidencial i també més econòmic, i que ja no dependrà ni del govern ni dels jutges del Tribunal Suprem.

El capítol 7, titulat *Viure i morir*, està dedicat a la qüestió de l'eutanàsia (i de l'ajuda al suïcidi), quan, diu l'autor, "la vida de veritat s'ha acabat"<sup>5</sup>. I ho analitza en base als mateixos arguments que ja ha exposat en parlar de l'inici de la vida fent una analogia argumental evident.

Dworkin comença reconeixent l'important paper de les decisions individuals basades en la *Patient Self Determination Act* (de 1991), que permet, entre altres, el refús de tractaments de suport vital i l'atorgament de documents de voluntats anticipades. Però, a més de decisions individuals, cal prendre decisions polítiques, és a dir, col·lectives. La pregunta que l'autor es fa és: "Tenen els nord-americans un dret constitucional a morir?"<sup>6</sup>, la qual cosa equival a preguntar-se: "Com hauríem de pensar, en tant que comunitat, sobre quan i com morir?"<sup>7</sup> Perquè tot i que el suïcidi no està penalitzat, hi ha persones que per raons de malaltia o discapacitat, i sent plenament conscients, no són capaces de suïcidar-se sense ajut d'altres, i qualifica d'*irracional* el fet que

---

<sup>4</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, pp. 164 i 165.

<sup>5</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, p. 223.

<sup>6</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, p. 236.

<sup>7</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, p. 238.

aquestes mateixes persones puguin refusar qualsevol tipus de tractament de suport vital amb el risc de veure's abocades a una mort lenta i cruel.

Dworkin identifica tres factors bàsics sobre el morir: l'*autonomia moral personal*, en virtut de la qual les persones competents han de poder decidir sobre la pròpia mort comptant amb l'ajut de qui estigui disposat a facilitar-los-la; els *millors interessos*, en una interpretació no paternalista d'aquesta expressió, que també ha d'incloure el fet que algunes persones prefereixin seguir en vida sense que els importi en quines condicions; la *santedat*, el valor intrínsec o "sagrat" de la vida humana, encara que el malalt hagi decidit morir i que aquesta decisió vagi en la línia dels seus millors interessos. Aquest darrer és l'argument de John Locke, i també de Kant, en contra del suïcidi perquè, segons aquests autors, la vida humana no és " propietat " de la persona.

Com en el cas de l'avortament voluntari, Dworkin parteix de l'existència d'una visió secular o laica del caràcter "sagrat" de la vida humana com a fonament per argumentar *a favor* de l'eutanàsia i de l'ajuda al suïcidi. Les preguntes que l'autor es planteja són: "De quina vida estem parlant? I de quin benefici? I per a qui?", a les quals respon amb l'afirmació que el fet de *forçar* a persones perfectament competents i que, a més, manifesten de manera indubtable que volen posar fi a la seva vida, a continuar en vida —negant-los l'ajuda a morir— és causa de perjudici i els ocasiona un dany molt seriós i del tot evitable.

En la seva argumentació, l'autor proposa diferenciar entre *interessos d'experiència* i *interessos crítics*. Els primers els constitueixen tot allò que fa que la vida individual sigui plaent, de manera que les persones gaudeixin de les experiències diverses derivades del fet de viure. Però els humans tenim també *interessos crítics*, aquells que fan que la vida individual la puguem considerar *millor* (o més bona) si els podem satisfer, i el no reconeixement dels quals ens empitjora la vida. Aquests *interessos crítics* són, en darrer terme, els més importants, perquè conformen allò que per a cadascú dóna sentit al fet de viure i que, en definitiva, són la base i el fonament de la *dignitat personal* i de les *decisions crucials* que anem prenent al llarg de la vida, incloses les que tenen a veure també amb el nostre procés de morir.

*Dignitat* i *integritat* són els conceptes que juguen aquí un rol decisiu, car són el que defineix el nostre sentit de la vida i el que determina les nostres opcions, prioritats i valors subjacents a la manera de sentir i de viure l'existència individual. És en aquest sentit que Dworkin els qualifica de "sagrats".

D'aquí n'extreu la conclusió que la manera de morir pot satisfer (és a dir, pot ser coherent) o no els nostres *interessos crítics* (no els d'experiència, és clar), tant pel que fa al que ens pot passar

“si morim més tard”<sup>8</sup>, o sigui la nostra qualitat de vida i de mort, com a la forma de morir, la manera com acabem morint. A més, per a moltes persones la continuada i extrema dependència d’altres va en contra dels seus *interessos crítics*, del seu sentit de la dignitat personal. Pot passar que continuar en vida no satisfaci els millors interessos, el sentit d’identitat i la integritat d’aquestes persones, les quals poden voler, per coherència, que la manera de morir expressi els valors primordials de la seva vida. La cita de Nietzsche és molt oportuna: “Vull morir amb orgull, quan ja no em sigui possible viure amb orgull” (*El crepuscle dels déus*).

El poder polític, l’Estat, no hauria d’imposar cap concepció general i uniforme sobre el morir, no hauria de fer servir el codi penal, sinó que, al contrari, hauria d’encoratjar els ciutadans perquè prenguin decisions sobre el seu futur. I si no es troben en condicions de fer-ho, el Dret hauria de deixar aquestes decisions en mans de les persones que més coneixin els *millors interessos* de les persones vinculades. Dworkin clou aquest capítol amb una afirmació contundent: “Fer que algú acabi morint d’una manera que altres aproven però que *ell* ho veu com una contradicció horrorosa i radical amb els valors de la seva vida, és una forma repugnant i devastadora de tirania”<sup>9</sup>.

El darrer capítol del llibre, que duu el títol de *La vida més enllà de la raó*, tracta la qüestió de les situacions de les persones amb demència tipus Alzheimer ja molt avançada; i ho fa mitjançant la mateixa distinció entre interessos d’experiència i interessos crítics, com en el cas de l’eutanàsia.

La pregunta que es fa l’autor no és mèdica, sinó moral: “Quins són els drets morals que tenen, o que conserven, aquestes persones en la darrera fase de la demència i què és el millor per a elles?”. Perquè, òbviament, no sempre han estat demenciats. En el passat van ser persones perfectament capaces de decidir per si mateixes i en el seu benefici, d’acord amb el que entenien per benefici. En la seva anàlisi, Dworkin relaciona la dignitat amb el *respecte* per la persona *que va ser* (abans de la demència), encara que *ara* ja no tingui consciència de la pròpia dignitat. Però la tenia abans, i segurament és això el que ara cal respectar. D’aquí la importància enorme de fer previsions mitjançant un document de voluntats anticipades.

Per il·lustrar-ho, explica el cas de Margo, una dona de 64 anys amb Alzheimer avançat i a qui el metge resident que en tenia cura trobava que era una de les persones més felices que mai havia conegut: pintava (sempre el mateix, però li agradava), passava les pàgines d’un llibre que no llegia, saludava tothom afectuosament sense reconèixer ningú, menjava amb plaer el que li agradava... i tot de coses així. Si aquesta dona hagués atorgat un document de voluntats

---

<sup>8</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, p. 273.

<sup>9</sup> Dworkin, R. *op.cit.*, p. 284.

anticipades precisant que en cas de patir en un futur demència irreversible com no voldria que s'actués amb ella mèdicament, cal respectar la seva voluntat expressada en aquest document encara que *ara* semblés molt feliç en la seva demència?

La distinció abans esmentada entre aquells dos tipus d'interessos és aquí perfectament rellevant. El respecte per l'autonomia moral de les persones, pel seu sentit de la dignitat i de la integritat, obliga a respectar el que consta en el document de voluntats anticipades que haguessin redactat, si fos aquest el cas. El contrari no és més que una forma extrema de paternalisme moral injustificat que acaba causant danys a aquestes persones.

La conclusió general del llibre gira a l'entorn del terme *dignitat*, que Dworkin lliga directament amb la *llibertat* individual, entesa en especial com a *llibertat de consciència* que cap govern democràtic no ha de coartar ni impedir. Qualsevol Constitució democràtica que es fonamenti en principis ha de garantir aquest dret a tothom. Si la vida és "sagrada", ho és perquè fa possible la dignitat i la llibertat de les decisions individuals: així tanca Dworkin el cercle virtuós.