MIMESIS / QUADERNI DI BIOETICA

N. 6 (Nuova serie)

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA
con sede in via Mezzocannone, 8 – 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI: Università degli Studi di Napoli Federico II, Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", Università degli Studi Parthenope, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi del Sannio.

DIRETTORE: Lorenzo Chieffi
VICE DIRETTORE: Adolfo Russo

CONSIGLIO DIRETTIVO: L. Berrino: R. Bonito Oliva; C. Buccelli; P. Buono; F. Carimini; G. Carillo; L. Chieffi; L. D'Alessandro; E. D'Antuono; M.V. Del Tufo; E. Di Salvo; P. Giustiniani; G. Imbruglia; V. Ivone; F. Lucrezi; C. Matarazzo; R. Pane; A. Papa; A. Patroni Griffi; A. Roselli; A. Russo; G. Russo; P. Stanzione; G. Vacchiano.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: F. Amato; A. Barbarisi; G. Capo; E. Capozzi; A. Cilardo; F. Contaldo; F. Del Pizzo; M. Farisco; V. Grado; P. Gritti; L. Kalb; E. Mazzarella; F. Mazzeo; V. Omaggio; S. Papparella; G. Pecora; V.P. Pedone; F. Russo; D. Scarpato; I. Schinella; G. Valerio; V. Verdicchio; V. Zambrano; I. Zecchino.

"QUADERNI DI BIOETICA" NUOVA SERIE

DIRETTORE: Lorenzo Chieffi

COMITATO SCIENTIFICO: G. Aliotta; F. Amato; A. Barbarisi; L. Berrino; R. Bonito Oliva; C. Buccelli; P. Buono; G. Cacciatore; G. Cantillo; G. Capo; E. Capozzi; V. Caprara; G. Carillo; F. Carimini; G. Chieffi; L. Chieffi; A. Cilardo; L. D'Alessandro; E. D'Antuono; M.V. Del Tufo; E. Di Salvo; C. Donisi; F. D'Onofrio; M. Farisco; P. Giustiniani; V. Grado; P. Gritti; G. Imbruglia; V. Ivone; G. Lissa; A. Lucisano; F. Lucrezi; L. Kalb; C. Matarazzo; E. Mazzarella; F. Mazzeo; V. Omaggio; A. Papa; R. Pane; S. Papparella; A. Patroni Griffi; G. Pecora; V.P. Pedone; R. Piccoli; C. Polito; A. Postigliola; R. Prodomo; A. Rodriguez; A. Roselli; A. Russo; F. Russo; G. Russo; D. Scarpato; I. Schinella; P. Stanzione; G. Vacchiano; A. Valentino; G. Valerio; P. Valerio; V. Verdicchio; V. Zambrano; I. Zecchino.

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE: A. Bondolfi (Université de Genève); A. Carmi (Chairholder of the Unesco Chair in Bioethics); S. Gandolfi Dallari (USP-Universidade de São Paulo); J. R. Salcedo Hernández (Universidad de Murcia); A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin (Université de Nice Sophia Antipolis).

COMITATO DI REDAZIONE: C. Buccelli; G. Chieffi; L. Chieffi; C. Donisi; G. Lissa.

I testi pubblicati sono stati sottoposti a un processo di *peer-review*





Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica

QUESTIONI DI INIZIO VITA

Italia e Spagna: esperienze in dialogo

a cura di
Lorenzo Chieffi
e di José R. Salcedo Hernández

MIMESIS

Il volume, che raccoglie i risultati di una ricerca svolta nell'ambito del PRIN 2010-2012 dal titolo «Giurisdizione e pluralismi» (GPi), coordinata dalla unità locale della Seconda Università degli Studi di Napoli, è stato pubblicato con il contributo del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica di Napoli

In copertina: Koloman Moser, *Hyacinths* c. 1910

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Quaderni di bioetica*, n. 6
Isbn: 9788857532028

© 2015 – MIM EDIZIONI SRL
Via Monfalcone, 17/19 – 20099
Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 24416383
Fax: +39 02 89403935

INDICE

INTRODUZIONE

Lorenzo Chieffi
Un confronto italo/spagnolo sulle "questioni di inizio vita": ipotesi di contaminazione tra i rispettivi modelli giuridici 13

INIZIO VITA: PERCORSI E PROSPETTIVE

Emilia D'Antuono
Habeas corpus, *habeas animam*. Questioni di inizio vita tra etica, bioetica, cittadinanza 29

Teresa Vicente Giménez
La biología, el inicio de la vida, y los derechos humanos 57

Pasquale Giustiniani
Indirizzi bioetici di area cattolica. Circa alcune questioni di salute riproduttiva 67

Rafael Pacheco Guevara
¿Seguirá siendo la vida un fenómeno natural, limitado e irreversible? 87

Francesco Lucrezi
Sull'inizio vita in diritto ebraico 97

Blanca Soro Mateo
Reflexiones en torno a los derechos de las futuras generaciones 109

Osvaldo Sacchi
L'embrione umano tra *res* e "persona".
Spunti dal dibattito giuridico antico e contemporaneo 119

Raffaele Maione
La Bioetica tra laicità e diritto 141

LA PMA TRA PASSATO E FUTURO
SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN ITALIA

Lorenzo Chieffi
La regolamentazione della fecondazione assistita
nel difficile dialogo tra "le due culture" 157

Andrea Patroni Griffi
Il bilanciamento nella fecondazione assistita
tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza 179

Mauro Fusco
Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive
a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana
sulla procreazione assistita 211

Claudia Casella
Responsabilità civile e tecniche di procreazione
medicalmente assistita 223

Maria Paola Costantini
La donazione dei gameti tra giurisprudenza italiana
e dimensione europea: la pronuncia della Corte Costituzionale
sulla fecondazione eterologa n. 162/2004 235

Maria Antonietta La Torre
La donazione di gameti e il corpo della donna:
fantasmi dell'identità 251

Maria Clelia Zurlo, Federica Vallone
Crioconservazione dei gameti e patologie oncologiche femminili:
i dilemmi della maternità 271

Franca Meola
L'accesso alla diagnosi pre-impianto nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo 287

Raffaella Cristiano
La sperimentazione sugli embrioni umani 319

Roberta Catalano
Brevettabilità delle radici della vita e nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona 339

Gianluca Attademo
La frontiera del quotidiano: le staminali cordonali tra scienza, etica e diritto 353

APERTURE E GARANZIE NELLA LEGISLAZIONE SPAGNOLA

José Antonio Cobacho Gómez
Breve comentario a la evolución legislativa española en la regulación de las técnicas de reproducción asistida 377

Mª Carmen Plana Arnaldos
Régimen jurídico de la crioconservación de gametos y preembriones en la ley española de técnicas de reproducción humana asistida 387

Francisco Manuel García Costa
Problemática constitucional de la maternidad subrogada 409

María del Mar Navarro Martínez
Análisis de la iniciativa legislativa popular española de gestación subrogada 419

Juan Antonio Fernández Campos
La reproducción humana asistida post mortem 433

Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz
Aspectos éticos y legales de la investigación y experimentación con embriones humanos 447

Joaquín Jiménez González
¿Es necesario un acuerdo internacional respecto al diagnóstico genético preimplantacional? 461

Jaime Peris Riera
Regulación de la manipulación genética en el ordenamiento jurídico español 473

Jacinto Pérez Arias
Consecuencias accesorias en el ámbito de los delitos de manipulación genética 493

ASPETTATIVE DI NASCITA E AUTONOMIA DELLE DONNE LE CRITICITÀ DELLA PRATICA ABORTIVA IN ITALIA

Salvatore Prisco
Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici 511

Maria Clelia Zurlo
Abortion stigma e salute psicofisica femminile 553

Raffaele Prodomo, Francesca Forni
Dilemmi etici nella rianimazione neonatale 567

Paolina Di Lauro
Obiezione di coscienza e aborto farmacologico 577

Emilia Taglialatela
I diritti riproduttivi tra genere, integrità del corpo e autodeterminazione 617

PROPOSITI DI RIFORMA DELLA LEGGE SPAGNOLA SULL'ABORTO

Leticia Teresa Hernández Martínez
El inicio de la vida: Información y consentimiento de la mujer 641

María I. Hellín Martínez
Consentimiento informado por representación en el aborto 651

María Herrera Giménez
El aborto por problemas psicológicos o enfermedad psiquiátrica de la madre 667

María Belén Andreu Martínez
¿Hacia una limitación de la capacidad de obrar de los menores de edad? 675

Mónica-Galdana Pérez Morales
Valoración y carga de la prueba en supuestos de responsabilidad médica en el momento del nacimiento 687

Teresa M. Navarro Caballero – Caterina Bartrons Pou
La protección de la intimidad, la confidencialidad y el tratamiento de datos personales en la interrupción voluntaria del embarazo. Situación actual y perspectivas de futuro 699

José Ramón Salcedo Hernández
Aborto: objeción de conciencia del profesional sanitario y derecho de la mujer a decidir 713

Verónica Alarcón Sevilla
Los registros públicos de médicos objetores de conciencia al aborto: libertad de conciencia, intimidad y protección de datos 729

Notizie sugli Autori 741

INTRODUZIONE

Lorenzo Chieffi

UN CONFRONTO ITALO/SPAGNOLO SULLE "QUESTIONI DI INIZIO VITA": IPOTESI DI CONTAMINAZIONE TRA MODELLI DI REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA

Sommario: 1. Premessa 2. Il modello spagnolo di regolamentazione delle tecniche di fecondazione assistita 3. Il modello italiano di interruzione volontaria della gravidanza 4. Conclusioni: politiche preventive e promozionali per la diffusione di una cultura *pro life*.

1. Le giornate italo/spagnole dedicate alle "Questioni di inizio vita"[1] si propongono di illustrare i risultati di una ricerca cui hanno partecipato numerosi studiosi provenienti da questi due Paesi.

Tra gli obiettivi dell'accordo di collaborazione sottoscritto nel corso del 2012 dal *Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica* (C.I.R.B.) di Napoli e dal *Centro de Estodios en Bioderecho, Etica y Salud* (C.E.B.E.S.) di Murcia veniva, infatti, stabilito l'avvio di approfondimenti comuni su delicate problematiche al centro del dibattito bioetico, tra cui certamente rientrano quelle in grado di interferire, in vario modo, sull'evento della nascita.

Le comuni radici culturali, consentite dalle svariate occasioni di contaminazione intervenute nel corso dei secoli tra le rispettive comunità, hanno certamente agevolato la reciproca assimilazione di modelli ordinamentali elaborati all'interno dei territori interessati, come in una sorta di *gioco degli specchi*, che ha consentito a ciascuna di riflettersi nelle esperienze vissute dall'altra.

E così, ad esempio, con riguardo ai temi affrontati nel corso del Convegno, organizzato per consentire la presentazione della indagine, ad

1 Il volume raccoglie gli Atti delle Giornate italo/spagnole di Bioetica, dedicate al tema «Questioni di inizio vita. Fecondazione assistita e aborto nel dibattito bioetico», organizzate dal C.I.R.B. e svoltesi a Napoli nei giorni 26 e 27 giugno 2014, la cui elaborazione è avvenuta nell'ambito delle attività di ricerca del PRIN 2010-2011, dal titolo «Giurisdizione e pluralismi» (GPi), coordinate dalla unità locale della Seconda Università degli Studi di Napoli.

un progressivo avvicinamento da parte dello Stato iberico[2], emancipatosi dalla dittatura franchista, alla regolamentazione *gradualista* introdotta in Italia dalla legge n. 194 del 1978, per disciplinare la procedura per l'interruzione volontaria della gravidanza, ha fatto da contrappunto, in direzione speculare, l'assimilazione, da parte di quest'ultimo Paese, della disciplina spagnola, contenuta nella Ley n. 35 del 1988, *sobre tecnica de reproducciòn humana asistida*, poi riformata dalla successiva Ley *Orgánica 14/2006*.

La compenetrazione tra i rispettivi sistemi normativi, introdotti per disciplinare le problematiche sulla riproduzione umana, pure agevolata dall'indiscutibile affinità dei cataloghi assiologici contenuti negli orditi costituzionali di riferimento, costituisce pure il risultato di un fecondo dialogo della cultura giuridica rappresentata all'interno dei due Paesi, anche di matrice giurisprudenziale, di cui hanno poi fatto tesoro i propri organi legislativi.

2. Le numerose relazioni dedicate alla pratica della fecondazione assistita dimostrano la riduzione della distanza tra i due Paesi presi in esame, soprattutto a seguito dell'avvicinamento della normativa vigente in Italia[3] alla disciplina già immessa nel 1988 dalla Ley n. 35 e alle sue successive modifiche e integrazioni[4].

Ad una regolamentazione, certamente più permissiva e liberale, introdotta da questo Paese iberico, aperta alla fecondazione omologa ed eterologa, a favore di una molteplicità di destinatari[5], e anche all'uso degli embrioni soprannumerari[6], ha fatto invece da contrappunto, almeno in una prima fase, una legislazione italiana, adottata con grande ritardo, partico-

2 Grazie alla riforma del 1985, introdotta dal governo presieduto da Felipe González, che aveva provveduto a depenalizzare l'aborto, cui ha fatto poi seguito la Ley Orgánica n. 2 del 3 marzo 2010, varata dal governo socialista di José Luis Zapatero.

3 A seguito degli interventi censori, al contenuto della legge n. 40 del 2004, compiuti dal giudice costituzionale nel 2009 (sent. 8 maggio 2009, n. 151) e nel 2014 (sent. 10 giugno 2014, n. 162). Le sentenze della Corte Costituzionale riportate nel corso del lavoro sono state tratte dal sito internet *www.giurcost.org*.

4 Apportate dalla Ley 45/2003, che autorizzava l'uso «*con fines de investigación*» degli embrioni crioconservati eccedentari, oltre a fissare un limite massimo di tre ovociti da fecondare «*que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores*», cui ha poi fatto seguito la Ley 14/2006.

5 Dalle coppie unite in matrimonio o anche di fatto, alle donne *single*, pure a seguito della morte del partner.

6 Per la loro adozione, a favore di coppie diverse da quelle a cui appartengono, o il loro impiego a fini sperimentali per consentire la cura di gravi malattie genetiche.

larmente restrittiva e, soprattutto, in grado di comprimere il diritto di autodeterminazione della donna, considerata in modo indifferenziato[7], oltre che l'autonomia di decisione scientifica del medico curante.

A fronte di una scarsa attenzione dedicata dal legislatore italiano alle opportunità pure consentite alle coppie dalla medicina della riproduzione, variamente impedite a soddisfare il desiderio di genitorialità, indiscutibile è stato, in direzione contraria, l'impegno delle *Cortes Generales* a regolamentare questa pratica medica, coerentemente ai nuovi spazi di libertà concessi dalle amministrazioni socialiste, presiedute da Felipe González Márquez (dal 2 dicembre 1982 al 5 maggio 1996), in una prima fase, e da José Luis Zapatero (dal 17 aprile 2004 al dicembre 2011), in seguito.

Sull'abbrivio offerto dalla Costituzione del 1978, intensa è stata infatti in questo Paese la evidente spinta libertaria che ha condotto ad una progressiva «modernizzazione dei diritti civili» accanto al riconoscimento della «centralità politica al concetto di cittadinanza»[8], così da indurre taluni ad enfatizzare gli aspetti qualificanti di questa significativa prassi riformatrice assimilandola ad una sorta di «lezione spagnola»[9].

Nel corso di pochi anni, sotto la presidenza Zapatero, molteplici furono infatti le riforme introdotte in Spagna dirette, ad esempio, a ridurre le persistenti differenze di genere in vari settori della vita sociale (Lei orgànica 3/2007[10]), ad agevolare le unioni omosessuali (Ley 13/2005), a regolamentare il divorzio breve (Ley 15/2005), a semplificare la procedura per la modifica della identità sessuale (Ley orgànica n. 3 del 15 marzo 2007), a disciplinare, per quel che ci interessa in questa sede, l'accesso alla procreazione assistita (Ley 14/2006) o alla pratica della interruzione volontaria

7 Indipendentemente, cioè, dalle proprie caratteristiche fisiologiche che avrebbero dovuto consentire una maggiore autonomia di azione al medico curante, in modo da differenziare il trattamento sanitario da adottare.

8 K. Calvo, *Qualità della democrazia, diritti civili e riforma politica*, in A. Bosco, I. Sánchez-Cuenca (a cura di), *La Spagna di Zapatero*, Bologna, 2009, 169. Risale al 2002 (Ley 41/2002) la legge che si propone di valorizzare la volontà in precedenza manifestata dal malato terminale attraverso le dichiarazioni anticipate di trattamento (art. 11, la cui rubrica è riferita alle *Instrucciones previas*).

9 È questo il titolo italiano (*La lezione spagnola. Società civile, politica e legalità*, tr. it., Bologna, 2003) attribuito alla traduzione del noto saggio di V. Perez-Diaz, *Spain at the Crossroads. Civil Society, Politics, and the Rule of Law,* Harvard, 1999.

10 Questa legge, del 22 marzo 2007, si proponeva di realizzare una «igualdad efectiva de mujeres y hombres». Altre leggi di rilievo sono la Ley n. 30 del 13 ottobre 2003, *sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno* e la Ley Orgánica n. 1 del 28 dicembre 2004, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

della gravidanza (Ley Orgánica 2/2010[11], che introduceva modifiche alla precedente Ley Orgánica 9/1985[12]).

Lo straordinario impegno profuso nel Paese iberico per l'affermazione dei diritti civili ha inesorabilmente rappresentato, indipendentemente dalle soluzioni prospettate, un importante punto di riferimento per quegli Stati, come il nostro, nei quali da tempo si discuteva, senza costrutto, intorno all'introduzione di analoghe innovazioni garantistiche.

Nonostante gli indiscutibili progressi compiuti in questo campo d'intervento dall'Italia, in stagioni caratterizzate da un maggiore impegno civile, a cominciare da quella trascorsa a cavallo tra gli anni '70 e '80[13], continuava invece a persistere, intorno alle nuove opportunità offerte dalla medicina della riproduzione, un'inaccettabile disattenzione da parte del nostro organo della rappresentanza politica incapace di assecondare, per una serie di ragioni, le numerose aspettative provenienti dal corpo sociale. Ai ritardi e alle difficoltà incontrate dalle Assemblee legislative per consentire un agevole accesso alle tecniche di fecondazione assistita, e soddisfare il bisogno di genitorialità della coppia, si dovrebbe pure aggiungere la loro incapacità di affrontare le questioni di fine vita, di regolamentare le unioni tra individui dello stesso sesso, coerentemente agli spazi interpretativi consentiti dal nostro disposto costituzionale con riguardo alla promozione del diritto di autodeterminazione dell'individuo e alla stessa opportunità di accesso ad altri tipi di formazione sociale, fondati su una relazione meramente affettiva.

Ad un'incipiente crisi dei tradizionali strumenti della rappresentanza politica, a cominciare dai partiti politici, incapaci di appagare le numerose attese manifestate dal *démos*[14], non potrebbero essere neppure trascurati i

11 Ley Orgánica n. 2 del 3 marzo 2010, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

12 Si deve alla Ley Orgánica 9/1985 la depenalizzazione dell'aborto grazie all'immissione nel Codigo Penal dell'art. 417 bis.

13 Che aveva visto, in rapida successione, l'approvazione della legge sulla interruzione volontaria della gravidanza (n. 194 del 1978), sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori (n. 180 del 1978), sull'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (n. 833 del 1978), tutte accomunate dal desiderio di valorizzare l'autonomia dell'individuo in ogni fase della relazione terapeutica.

14 Ad eccezione del PD, il cui programma elettorale, presentato in occasione delle elezioni del 24 e 25 febbraio 2013, auspicava il superamento degli «aspetti giuridicamente insostenibili» della legge 40, pur nel rispetto del «principio della cautela e della laicità del diritto», evitando «i guasti di un pericoloso bipolarismo etico», nessuna altra piattaforma elettorale (sia del PDL, che del M5S o di Scelta civica), e tanto meno le dichiarazioni programmatiche presentate dai Governi

guasti prodotti da una progressiva deriva maggioritaria del sistema elettorale, causa di una sorta di «bipolarismo coattivo», che, nel sacrificare le ali dello schieramento politico (tanto a destra che a sinistra), non avrebbe offerto, secondo una suggestiva interpretazione, «rappresentanza e voce alle posizioni più lontane», con l'effetto di determinare il trionfo del «moderatismo (...) terreno di coltura per il conformismo», sordo al «nuovo» a discapito della «crescita di libertà e diritti»[15]. Con riguardo alla specifica contingenza politica italiana, l'inerzia mostrata dal legislatore ad affrontare le questioni poste, nella contemporaneità, dai progressi della scienza biomedica, è stata pure aggravata dalla successione di governi (siano essi tecnici che politici) di *coalizione* ovvero delle *grandi intese* dimostratisi, per ragioni di opportunità e convenienza politica[16], poco attenti ad intervenire su problematiche eticamente sensibili, pure coinvolgenti il tema dei diritti fondamentali.

Di fronte ad una crescente pretesa dei diretti interessati di autodeterminare alcune fasi della propria esistenza, non soddisfatta da una politica incapace di offrire soluzioni ragionevoli, ha fatto, inesorabilmente, da contrappunto in Italia un precipuo attivismo giurisprudenziale che, attraverso la diretta applicazione dei principi costituzionali, si è sforzato di ricercare la regola da applicare al caso di specie, in presenza dell'inderogabile divieto di *non liquet*.

---

succedutisi negli ultimi anni (siano essi tecnici, che delle *grandi intese*), hanno dedicato sufficiente spazio alla riforma della legge n. 40 e, più in generale, ai temi eticamente sensibili, come potrebbero essere quelli relativi alla condizione del morente o delle coppie omosessuali, in grado comunque di incidere sui diritti dell'individuo, sulla carne viva della sua esistenza.

15 M. Villone, *Il governo sta a guardare,* in *Il Manifesto* del 9 aprile 2014.

16 Pure influenzata da una presunta *non negoziabilità*, da taluni pretesa, dei valori che sarebbero stati coinvolti. Qualche apertura a favore di un «serio e fecondo incontro» tra posizioni eticamente distanti che consenta «di crescere nella comprensione e nel rispetto» reciproco, abbandonando la pretesa da parte della Chiesa di voler imporre allo Stato, e alla legge, una «verità indiscutibile», non negoziabile, e una «visione» unilaterale del «bene comune», è contenuta nelle molteplici dichiarazioni effettuate da Papa Francesco a giudizio del quale la «verità è una relazione» (PAPA FRANCESCO, in Papa Francesco – E. Scalfari, *Dialogo tra credenti e non credenti,* Roma, 2013, 36-42). Ne discende, di conseguenza, una maggiore apertura di questo Pontefice, rispetto allo scetticismo mostrato dai suoi predecessori, per i benefici che potranno essere apportati dai progressi della scienza, di cui dovrà essere incoraggiata l'autonomia (J. Bergoglio, *Sulla scienza,* in J. Bergoglio – A. Skoka, *Il cielo e la terra,* a cura di D.F. Rosernberg, tr. it., Roma, 2013, 116), pur nel rispetto dei limiti imposti dalla salvaguardia dei beni personalistici.

In particolare, pure a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU[17], si deve ad una significativa giurisprudenza costituzionale, un'attiva, anche se in taluni frangenti ondivaga[18], opera di conformazione al dettato costituzionale della legge n. 40[19] e della stessa disciplina legislativa sul matrimonio, in presenza del cambiamento del sesso di uno dei due coniugi[20], che ha dato spazio a possibili forme di convivenza alternative a quella tradizionalmente desunta dall'art. 29 Cost.

Con riguardo alla PMA, l'intento della Consulta è stato quello di espungere dall'ordinamento, sull'esempio di quanto già consentito in Spagna, l'assurda pretesa del legislatore di introdurre norme generali ed astratte per regolamentare ogni fase di una relazione terapeutica, assai variabile, in considerazione delle peculiarità fisiologiche della donna, e soprattutto di difficile traduzione in una disposizione giuridica.

La progressiva caducazione di parti significative della legge n. 40 è stata perciò realizzata a causa del grave pregiudizio che ne sarebbe derivato, dalla loro applicazione, per alcuni diritti fondamentali di indiscutibile valenza costituzionale, a cominciare dal diritto alla salute psico/fisica della gestante[21], al diritto

17 Peraltro richiamata dalla recente sent. della Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162.

18 Che l'avevano condotta, ricorrendo a pronunce di inammissibilità o a restituzioni degli atti, per consentire un riesame della rilevanza da parte del giudice remittente, a «decidere di non decidere» [A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, 17 novembre 2006, in *http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_ 2006/ 1141.pdf)*]. Le motivazioni alla base di questa giurisprudenza della Corte riguardavano la presenza di difetti nell'ordinanza di remissione trasmessa dal giudice *a quo*, accusato (ord. n. 369 del 9 novembre 2006) di essere caduto in contraddizione, per aver omesso di impugnare le disposizioni tra di loro collegate da sottoporre al sindacato di costituzionalità, ovvero di non aver potuto valutare la giurisprudenza della Grande Camera della Corte EDU, in materia di fecondazione eterologa, sopraggiunta a seguito dell'ordinanza di remissione e, perciò, affatto considerata dai giudici *a quibus* (ord. n. 150 del 22 maggio 2012).

19 Grazie alle sentt. 8 maggio 2009, n. 151 e 10 giugno 2014, n. 162.

20 Corte Cost. sent. n. 170 dell'11 giugno 2014.

21 Per il pericolo di «insorgenza di patologie» collegate alla iperstimolazione ovarica, cui sarebbe stata costretta dall'impianto di non più di tre embrioni, per le conseguenze di possibili «gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto» (Corte Cost. sent. 8 maggio 2009, n. 151), per gli effetti del possibile ricorso ad una IVG, come consentita dalla legge n. 194 del 1978, in presenza del divieto di procedere alla selezione preimpianto degli embrioni affetti da gravi patologie.

di autodeterminazione della coppia[22], al diritto di quest'ultima di non subire ingiustificate discriminazioni legate alla propria condizione economica.

Attraverso il ricorso alla tecnica del *balancing test*, questa importante apertura alle aspettative di genitorialità, non dovrà tuttavia provocare pregiudizio, nell'intento dello stesso giudice costituzionale, ai diritti del nascituro, a cominciare dal riconoscimento di uno stabile *status* familiare, alla possibilità di risalire, in caso di fecondazione eterologa, alle proprie origini genetiche. Il coinvolgimento, negli svolgimenti della pratica di fecondazione assistita, di una molteplicità di *interessi*, di indiscutibile rilievo costituzionale, dovrà pertanto assicurare una ragionevole coesistenza tra gli stessi, così da assicurare «"un livello minimo di tutela legislativa"»[23].

Tra i compiti del legislatore, che dovrebbe impegnarsi a integrare, quando non a rivedere, la regolamentazione di questa pratica medica[24], rientra – nell'intento della Consulta – l'individuazione di un «ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze»[25], pure nel rispetto di quei limiti, volti a porre un argine all'esercizio della discrezionalità politica, legati al «merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza»[26]. Nel conformarsi al rispetto «degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»[27], la decisione sulla cura da intraprendere dovrà perciò ricadere nella «"autonomia e responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali" (sent. 151/2009)»[28].

Senza affatto pretendere di disciplinate ogni fase della relazione terapeutica, assai mutevole, in relazione alla rapida evoluzione delle terapie applicate dalla scienza della riproduzione, e strettamente legate alle caratteristiche fisiche della paziente, compito del legislatore dovrebbe allora

22 Impedita, prima della sent. n. 10 giugno 2014, n. 162, a ricorrere alla fecondazione eterologa.

23 Corte Cost. sent. 28 gennaio 2005, n. 45, richiamata nella sent. n. 10 giugno 2014, n. 162.

24 Al fine di porre rimedio agli effetti prodotti dalle sentenze di accoglimento del giudice costituzionale che non potrebbero neppure essere rimediati «mediante l'impiego degli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione qualora ciò sia ammissibile» (Corte Cost. sent. n. 10 giugno 2014, n. 162).

25 Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

26 Corte Cost. sent. 12 gennaio 2011, n. 8.

27 Corte Cost. sent. 12 gennaio 2011, n. 8.

28 Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

essere quello di fissare alcune regole di fondo[29], ricorrendo ad una formulazione particolarmente duttile della disposizione giuridica, assai distante dalle tecniche di scrittura cui era invece ricorsa – e pure con grande ritardo rispetto alla Spagna – la legge del 2004.

In questa direzione la Ley spagnola 14/2006, nel rimettere agli organi tecnici (e al dinamismo del *soft law*) il compito di adattare la normativa vigente alla mutevolezza del dato scientifico, appare certamente un modello da utilizzare, soprattutto nella parte in cui, in modo certamente più appropriato, si è sforzata di evitare ingiustificate invasioni, da parte della norma giuridica, della autonomia scientifica degli operatori sanitari, gli unici in grado di adattare la tecnica da applicare alla fattispecie concreta, ovviamente dopo aver raccolto il consenso della donna.

Nonostante le opportunità oggi offerte a seguito degli interventi del giudice costituzionale, continuano tuttavia a permanere in Italia, rispetto al modello spagnolo, alcune incomprensibili lacune, ampiamente evidenziate all'interno di questo volume, che riguardano: la sorte degli embrioni soprannumerari abbandonati dalla coppia cui (geneticamente) appartengono, non essendo prevista una loro eventuale cessione per adozione o anche impiego, attraverso il prelievo di cellule staminali, per la cura sperimentale di gravi patologie degenerative; l'opportunità di allargare la fecondazione eterologa alle coppie fertili, in quanto portatrici di malattie genetiche, ovvero a donne *single*.

3. In direzione contraria ed opposta alla esperienza sulla fecondazione assistita, la regolamentazione della interruzione volontaria della gravidanza ha invece visto il progressivo avvicinamento della legislazione spagnola, attraverso la Ley 9/1985[30], a quella italiana del 1978, in precedenza varata nel corso di una felice contingenza politica.

Nonostante le persistenti difficoltà a realizzare, nelle concrete prassi, gli obiettivi delineati in entrambi i Paesi dalla legislazione vigente[31], indiscuti-

29 Relativamente allo *status* del nascituro, ai diritti dello stesso di risalire alle proprie origini genetiche, all'età dei coniugi e del donatore del seme, alle caratteristiche delle strutture pubbliche o private autorizzate ad eseguire la pratica, al necessario sostegno finanziario dello Stato per agevolare l'accesso alla fecondazione assistita, ecc.

30 In seguito modificata dalla Ley Orgánica 2/2010.

31 A causa di taluni impedimenti legati ad una insoddisfacente assistenza della donna interessata, da parte della rete consultoriale disponibile, ad un esercizio diffuso del diritto all'obiezione di coscienza da parte degli operatori sanitari e alla eccessiva procedimentalizzazione delle modalità di prescrizione della pillola contraccettiva d'urgenza (del giorno dopo o di cinque giorni dopo) ovvero abortiva (RU-486).

bile è stata la progressiva riduzione della percentuale di decessi di donne[32], costrette in passato a ricorrere, a causa di una accentuata penalizzazione della pratica abortiva, a interventi clandestini. La opportunità offerta alle interessate di decidere, ricorrendone i presupposti, l'interruzione volontaria della gravidanza ha inciso poi sulle stesse motivazioni, causa di inaccettabili forme di discriminazione, che inducevano al cd. *turismo abortivo*, in considerazione delle loro differenti disponibilità economiche.

Senza affatto perdere di vista la necessità di diffondere una cultura favorevole alla procreazione, in Paesi, come quelli qui considerati, che si caratterizzano per insufficienti indici di natalità, il dibattito, pure alimentato da una significativa giurisprudenza, si è prevalentemente impegnato a descrivere, alla luce dei disposti costituzionali coinvolti, gli spazi di autonomia consentiti alla donna per soddisfare il bisogno di maternità responsabile.

In tale prospettiva, a riprova della libertà della donna di assumere questa decisione, sono le stesse prassi giurisprudenziali, pure considerate nelle relazioni che seguono, giunte a riconoscere alla stessa un diritto al risarcimento in presenza di un comportamento del medico curante che non la ponga, attraverso il trasferimento di un'adeguata informazione, nelle condizioni di manifestare una scelta consapevole sulla prosecuzione responsabile della gravidanza[33].

Peraltro, ad ulteriore conferma di questo indirizzo proiettato a valorizzare in Italia l'autodeterminazione della gestante, è proprio una recente pronuncia della Suprema Corte che, nell'intento di enfatizzare la gravità delle conseguenze dell'errore medico[34], ha pure riconosciuto, in aggiunta al consueto risarcimento della donna[35], adeguato ristoro al nato malformato[36], in

32 Come è possibile evincere dai dati forniti dalla *Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78)*, Roma, 15 ottobre 2014, in *http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni 2226_ allegato. pdf.*

33 Cfr. Cass., Sez. III civ., sent. 20 ottobre 2005, n. 20320, in *http://www.altalex.com/index.php?idnot=10024;* Cass. , Sez. III civ., sent. 14 luglio 2006, n. 16123, in *http://www.altalex.com/index.php?idnot=34580.* A conferma di questo orientamento è anche la più recente Cass., Sez. III civ., sent. 2 ottobre 2012 n. 16754, reperibile all'indirizzo *http://www. altalex.com / index. php? idnot=19429.*

34 Per l'inadeguata esecuzione delle indagini predittive realizzate: *Trites*t, anziché l'amniocentesi.

35 Per le conseguenze provocate da una nascita indesiderata (*wrongfull birth*).

36 Oltre che, in considerazione degli effetti prodotti all'interno della famiglia (a cagione della perdita di «serenità e distensione»), ai suoi più stretti parenti (fratelli, sorelle) che «rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta» (Cass., Sez. III civ., sent. 2 ottobre 2012 n. 16754, *cit.*).

considerazione della «omissione colpevole cui consegue (...) la sua stessa esistenza diversamente abile»[37]. Pur non pervenendo affatto a considerare questa nascita come un disvalore, l'intento del giudice della legittimità è stato invero principalmente quello di assicurare al soggetto portatore di una «condizione di disagio (...) il dovuto importo risarcitorio», per essere stato costretto dall'imperizia medica a «vivere una vita disagevole».

Lungi dal mettere in discussione le opportunità oggi consentite all'unica protagonista della decisione, che siano ovviamente rispettose dei limiti imposti dalla legge a tutela della vita nascente, l'approfondimento realizzato nel volume che qui si introduce si è allora opportunamente orientato alla verifica della conformità a Costituzione dei possibili impedimenti, al legittimo esercizio di questa scelta abortiva. Tali ostacoli potrebbero, invero, derivare da un differente bilanciamento, da taluni preteso, dei valori coinvolti, quando non da motivazioni meramente organizzative che non garantiscono, all'interno dei presidi sanitari abilitati, la presenza di un numero sufficiente di medici non obiettori disposti a realizzare l'intervento richiesto.

Accanto all'analisi delle ragioni che hanno tuttavia frenato, nelle concrete prassi, la piena applicazione della legislazione vigente nei due Paesi, meritevole di opportuno approfondimento è stato anche il tentativo, per ora fallito, compiuto in Spagna dal governo presieduto da Mariano Rajoy Brey[38], di introdurre una riforma della Ley Orgánica 2/2010[39] al fine di proteggere «la vita del concepito» considerata «un bene giuridico» garantito dalla Costituzione cui dovrebbe essere assicurata una «protezione effettiva» dalla legge[40]. Attraverso l'introduzione di una regolamentazione giuridica che si proponeva di ridurre gli spazi, oggi consentiti alla donna, per accedere all'IVG, si perveniva ad una sorta di *decostituzionalizzazione* delle conquiste assiologiche che si sarebbero dovute oramai ritenere acquisite nelle concrete prassi interpretative.

---

37 Per la Cass., Sez. III civ., sent. 2 ottobre 2012 n. 16754, *cit.,* la legittimazione del minore «discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre, in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso».

38 Per iniziativa del Ministro della Giustizia, Alberto Ruiz-Gallardo, convinto difensore del «diritto alla vita dei non-nati», e successivamente varata dal Consiglio dei Ministri.

39 Tale riforma è contenuta nell'*Anteproyecto della Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazada* approvata dal Consiglio dei Ministri in data 20 dicembre 2013, reperibile in *http:/ /www. mjusticia. gob. es/*.

40 Cfr. *Exposiciòn de motivos,* che introducono l'*Anteproyecto della Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazad.*

Il riconoscimento di una sostanziale soggettivazione del nascituro, avrebbe infatti inesorabilmente condotto ad una svalutazione dei diritti di autodeterminazione della donna, con l'effetto di privarla del proprio *habeas corpus*[41], distante dagli spazi di garanzia conosciuti per il passato.

Per realizzare questo obiettivo il progetto di riforma, sostenuto dal Partito popolare durante la campagna elettorale e successivamente dallo stesso Governo Rajoy, si proponeva perciò di rivedere l'impianto gradualista, basato sui *termini*[42], attraverso la previsione dell'obbligo, per la donna intenzionata ad abortire, di consultare preliminarmente due medici specialisti, esperti della patologia che si riteneva potesse causare grave pericolo per la sua vita e la sua salute. L'interruzione della gravidanza sarebbe stata, perciò, giustificata soltanto dalla presenza di condizioni di salute dell'interessata o dello stesso feto giudicate incompatibili, alla luce di una certificazione rilasciata da questi operatori sanitari.

L'inversione di rotta realizzata dalla riforma, intenzionata a restringere drasticamente gli spazi in precedenza consentiti dalla Ley Orgánica 2/2010, veniva perseguita anche attraverso la precipua delimitazione delle motivazioni che avrebbero potuto giustificare il ricorso all'aborto: entro le prime 12 settimane, solo in presenza di uno stupro regolarmente denunciato dalla vittima; entro le prime 22 settimane, a seguito dell'accertamento di un «grave pericolo per la vita e la salute fisica e psichica della donna incinta» e, inoltre, all'esito dell'accertamento della presenza di una grave «malformazione, patologia o anomalia del feto incompatibili con la vita».

Nel riportare le lancette della storia ad un periodo che si riteneva ormai trascorso, anche l'aborto delle minori di 18 anni veniva subordinato all'esclusivo «consenso dei genitori», se la gestante non avesse raggiunto i 16 anni, e al consenso dell'interessata, oltre che a quello dei genitori, se di età compresa tra i 16 e i 18 anni. In presenza di un «grave conflitto familiare», il giudice adito avrebbe dato la prevalenza alla volontà dei genitori, nel primo caso, e a quella della minore, nel secondo caso.

---

41 Che confermerebbe, secondo S. Mancini, *Spagna: la riforma dell'aborto e le nostalgie patriarcali* (29 marzo 2014), in *http://www. forumcostituzionale.it/ wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/ telescopio/0068_ mancini. Pdf*, la loro riduzione «a mezzo di riproduzione (..), donne come oggetti sessuali, da parte dei media, della pubblicità, della politica».

42 Che oggi consente alla donna di decidere in merito all'IVG, senza dover giustificare la sua scelta, fino alla 14° settimana di gestazione (art. 14, Ley Orgànica 2/2010), ovvero nelle prime 22 settimane se esiste un grave pericolo per la sua vita e per la sua salute o il rischio di gravi anomalie del feto (art. 15, lett. a e b, Ley Orgànica 2/2010).

Ulteriori limitazioni, rispetto alla normativa vigente, sarebbero pure derivate dal divieto di pubblicizzazione del servizio, da parte delle cliniche autorizzate a eseguire gli aborti, e inoltre dagli ulteriori spazi interdittivi consentiti agli obiettori di coscienza che si sarebbero potuti rifiutare di fornire, se interpellati, qualunque informazione o collaborazione a quante avessero maturato la volontà di interrompere la gravidanza.

Il fallimento di questi propositi riformatori, per la forte protesta manifestata trasversalmente da numerosi esponenti politici – soprattutto di sesso femminile – appartenenti ai partiti della opposizione e della stessa maggioranza, oltre che da gran parte dell'opinione pubblica, ha condotto alle dimissioni del Ministro della Giustizia Ruiz-Gallardón che ha voluto, in questo modo, esprimere il suo dissenso per il ripensamento manifestato da parte del gruppo parlamentare dei popolari che ancora sosteneva l'esecutivo, di cui lo stesso era autorevole componente. Al di là degli esiti negativi del tentativo di revisione della legge attualmente vigente sulla IVG, l'episodio che si è riportato, provocato dall'iniziativa del maggiore partito di Governo, costituisce ulteriore conferma delle insidie che potrebbero determinarsi, anche all'interno degli stessi apparati dello Stato, per la salvaguardia dei diritti fondamentali, con conseguente sacrificio del nucleo di garanzia che vorrebbe invece ritenersi oramai consolidato, proprio in assenza di diverse e chiare prove di evidenza scientifica. I possibili rigurgiti di stampo illiberale, distanti dai contesti e sviluppi interpretativi del disposto costituzionale, dimostrano cioè l'esigenza di una necessaria vigilanza, da parte dell'opinione pubblica e delle forze politiche che la rappresentano, anche attraverso il filtro della stessa giurisprudenza (costituzionale e di merito), in grado di assicurare la tutela dei diritti civili che non potrebbero giammai ritenersi conquistati in modo definitivo, una volta per tutte, richiedendo, al contrario, una loro continua e assidua manutenzione.

4. La difesa delle conquiste assiologiche realizzate all'interno di un corpo sociale, grazie al sostegno delle motivazioni storico culturali (che danno linfa alle teorie originaliste) e di tipo evolutivo (che consentono un continuo adattamento della norma fondamentale all'incessante evoluzione della società), rappresenta allora un importante baluardo contro i ricorrenti tentativi, riscontrati in entrambi i Paesi, di introdurre riforme assolutamente incuranti dello specifico contesto costituzionale, in grado di ricondurre la relazione terapeutica, in questo particolare settore della nostra indagine, ad impostazioni autoritarie e paternalistiche che si ritenevano ormai superate.

Di fronte a questi tentativi di ritorno ad un passato, ormai trascorso, che hanno indotto taluni[43] a rilevare un'evidente *sgrammaticatura* o *analfabetismo* legislativo da parte di quanti pretendano di ragionare, sospinti da suggestioni etiche, come se la Carta Costituzionale non esistesse, l'unica strada da percorrere, per favorire una cultura *pro life*, non potrà allora essere che di tipo *promozionale* e *culturale*. Un intervento preventivo di questo tipo avrebbe infatti l'effetto di incidere sulle reali ragioni, di natura ambientale e sociale, che costringono oggi la coppia, nel caso della PMA, e la stessa donna, per l'IVG, a rivolgersi ad un operatore sanitario, al fine di appagare il desiderio di genitorialità o per risolvere le questioni (generalmente di origine socio/sanitaria) che le impediscono di portare a termine la gravidanza.

L'approfondimento, da parte dei competenti apparati dello Stato, delle cause fisiologiche, in un caso, o meramente sociali, nell'altro, che sono di ostacolo ad una maturazione di una scelta di vita o che inducono, in senso contrario, a percorrere le strade oggi consentite dalla tecnologia della riproduzione, per realizzare l'auspicata maternità, avrebbe certamente l'effetto di risolvere, a valle, l'esigenza di ricorrere, sulla base di motivazioni così distanti tra di loro, ad un intervento medico.

Nessuna politica ipocritamente proibizionista, che intenda aggravare le procedure di accesso alle prestazioni sanitarie quando non addirittura lo stesso carico penale per comportamenti così intimamente legati all'esistenza di una donna, potrebbe infatti surrogare, per favorire le nascite, quella insostituibile funzione di prevenzione e, allo stesso tempo, di sostegno svolta dallo Stato, l'unica che, per tutte le motivazioni qui approfondite, potrebbe seriamente consentire una consapevole decisione a favore di una maternità responsabile.

43 S. Rodotà, *L'agenda dei cittadini* in *La Repubblica* del 25 febbraio 2013. Dello stesso Autore cfr. anche *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, *passim*.

INIZIO VITA: PERCORSI E PROSPETTIVE

Emilia D'Antuono

HABEAS CORPUS, HABEAS ANIMAM[1]. *QUESTIONI DI INIZIO VITA TRA ETICA, BIOETICA, CITTADINANZA*

Sommario: 1. Bioetica, religioni, filosofia. 2. La bioetica nel contesto della storia profonda. 3. Laicità: per un *ethos* della pluralità in un mondo divenuto adulto. 4. Bioetica, laicità, cittadinanza: le questioni di inizio vita come banco di prova.

«Non ho il dovere di risolvere le difficoltà che creo.
Le mie idee possono essere anche un po' sconnesse
o sembrare perfino contraddirsi:
conta solo che siano idee in cui i lettori
possano trovare materia per pensare da sé»

Gotthold Ephraim Lessing

1 La suggestione del titolo mi proviene innanzitutto da parole di Ignazio Silone, in lotta con i totalitarismi, artefici di riduzione del corpo a carne (cfr. J. Amery, *Intellettuale a Auschwitz*, Torino, 1987, 82), di annichilimento dell'anima (insuperabilmente rappresentato dai *Muselmänner* di Primo Levi: cfr. Idem, *Se questo è un uomo*, Torino, 1989, 81-2), di frammentazione dell'unità psicofisica dell'innocente che diviene «reo confesso» davanti all'inquisitore stalinista e di assassinio della grande utopia di riscatto che aveva mobilitato le speranze dei diseredati della storia di realizzare ben altra figura dell'umano (che certo non corrisponde agli abitanti dei gulag: cfr. V.T. Šalamov, *I racconti di Kolima*, tr. it. di S. Rapetti, Torino, 1999): «Data la natura della minaccia alla quale dobbiamo far fronte, la nostra parola d'ordine dev'esser la più universale, la più semplice e nello stesso tempo la più radicale; la rivendicazione del carattere sacro dell'anima umana. *Habeas animam* che ogni creatura, chiunque sia, abbia diritto alla propria anima» (I. Silone, *Romanzi e saggi (1945-1978)*, Milano, 1999, 1025). Un *habeas animam* è leggibile nel riconoscimento agli schiavi di essere membri di una chiesa «con la stessa pienezza di un uomo libero»: cfr. J. Locke, *La Costituzione della Carolina,* in F. Manti, *Locke e il costituzionalismo. Etica, politica, governo civile,* Genova, 2004, Appendice; di Manti va considerato anche: Idem, *L'*Habeas Corpus *fra vecchi e nuovi diritti*, in M. A. La Torre (a cura di), *Bioetica & diritti umani*, Napoli, 2004. L'*habeas animam* è evocato, come le pagine che seguono evidenzieranno, per dire il diritto di vedere riconosciute nella sfera pubblica istanze dell'umano relegate nell'interiorità, che non è certo un luogo, e che sono ancora in cerca di spazi garantiti nel mondo. Costituiscono cruciali temi della bioetica istanze «dell'anima» che vanno pubblicamente tutelate come il vivere la sessualità, la genitorialità, i modi del venire al mondo e di lasciarlo, sciogliendo vincoli tradizionali e riconoscendo diritti capaci di misurarsi davvero con la pluralità contrassegno del presente. Al finalmente conseguito superamento della tradizionale dicotomia anima-corpo dovrebbe poter corrispondere l'inscindibilità di *habeas corpus* e *habeas animam*, in modo che davvero *simul stabunt simul cadent*.

1. La bioetica come campo di indagine teorico e come impegno della ragione pratica e di quella giuridica[2], entrambe chiamate a misurarsi con i temi che disegnano la mappa di un vasto territorio di ricerca, può essere considerata oggi, a quasi mezzo secolo dal conio del neologismo che la individua, uno specchio in cui diventa visibile la trasformazione che la vita, con la polisemia che la contraddistingue, ha esibito nel moderno e in specifico a partire dal XX secolo.

Se come sapere la bioetica è nata nel Novecento, come cifra culturale essa rimanda a processi di più lunga durata, alle grandi trasformazioni della modernità, che ne costituiscono in un certo senso la preistoria o quanto meno la storia profonda. Rimanda cioè a quella storia che è risultato del sotterraneo scavo del pensare e dell'agire umano e che, ad un certo punto del tempo, sta davanti agli occhi attoniti dell'uomo come trasformazione avvenuta, pertanto come suo problematico presente, solo apparentemente senza passato, solo apparentemente improvviso.

Sulla fallacia di questa apparenza bisogna riflettere anche in relazione alle questioni che la bioetica affronta. Pure per esse è centrale la conservazione del nesso con il passato, la rammemorazione che sintetizza i tempi e apre gli spazi del pensiero, se si vuole avere consapevolezza piena del presente e speranza per il futuro. La memoria, obbligo e diritto di ognuno, è un vero e proprio antidoto al nichilismo, che non è l'omologo della relatività e storicità del vivere umano ma è la destituzione di valore e di senso del lungo cammino della civiltà.

Se ha avuto un tragico significato quanto diceva Tocqueville un bel po' di generazioni fa: la «trama del tempo si rompe ad ogni istante»[3], oggi agli uomini tocca l'imperativo compito di ritessere la trama del tempo, perché sono i vuoti a generare mostri, fenomeni che sgomentano la mente dimentica delle sue capacità di poter ricondurre quanto accade a comprensione e valutazione.

E a parola, parola detta, ascoltata, dialogica, inequivocabilmente pubblica.

Solo così la parola torna a essere vettore di significato e senso, capace di gettare ponti tra le solitudini degli uomini.

---

2 La letteratura in merito è ormai immensa. Nel panorama culturale italiano la monumentale opera in più volumi di ampio respiro internazionale, curata da S. Rodotà, P. Zatti *et Alii*, *Trattato di Biodiritto,* Milano*,* 2010-12, coniuga le istanze della ragion pratica e di quella giuridica.

3 A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, in Idem, *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, 2 voll., Torino, 1973, II vol., 590.

Nel suo affacciarsi sulla scena della storia, la bioetica è stata annunciata da Potter[4] come ponte verso il futuro, quasi a indicare un procedere contro corrente rispetto all'andamento dell'umano denunciato da Newton: gli uomini costruiscono troppi muri e mai abbastanza ponti.

Gettare ponti, collegando senza cancellarle rive diverse, costruire relazioni regolate da diritto, etica, istituzioni, è il gesto basilare attraverso cui l'uomo edifica la civiltà e delinea la sua identità di specialissimo vivente tra i tanti che popolano la terra. Il ponte è la metafora che veicola la necessità di abbattere barriere e realizzare correlazioni nel nostro mondo globalizzato. Solo i ponti danno senso alla speranza di una interrelazione tra gli uomini, che certo oggi è tutta da ripensare se si ha come obbiettivo la declinazione della stessa globalizzazione a vantaggio della vita, delle vite.

Per erigere il ponte tra presente e futuro da gettare sull'abisso dell'ancora «incognito» e del timore che lo accompagna, la riflessione bioetica deve attingere materiali di costruzione dal retaggio etico, politico, giuridico della civiltà, non meno che dalla filosofia e dalla religione, dalle categorie concettuali e dalla parola che interpella l'uomo nell'esperienza della rivelazione.

Dunque religione e filosofia sono chiamate in causa.

Da altri relatori intervenuti in questo convegno, che hanno evocato Cristianesimo ed Ebraismo[5], abbiamo ascoltato della parola della Rivelazione che si fa pensiero. E a suo modo si fa filosofia: filosofia e religione chiamano in causa il pensiero in maniera certo diversa, ma il pensiero è il loro terreno comune[6], il contrassegno certo dell'umano.

L'approfondimento del «pensiero ebraico moderno»[7] per un verso e la mia passione per la teologia – sia pure da dilettante – per altro verso mi

4 Cfr. V.R. Potter, *Bioetica ponte verso il futuro,* Messina, 2000.

5 Pertanto considero solo il riferimento a Ebraismo e Cristianesimo, chiamati in causa dai relatori che hanno introdotto il convegno. Resta mia ferma convinzione che l'esperienza in sé della rivelazione, in quanto dialogo uomo-Dio, ha senso e valore ovunque essa sia vissuta.

6 La riflessione hegeliana in merito resta per me inoltrepassabile: cfr.G.W.F. Hegel (ed. G. Lasson), *Lezioni sulla filosofia della religione*, Bologna, 1974, 2 voll.; Idem (ed. W. Jaeschke), *Lezioni di filosofia della religione*, Napoli, 2003.

7 Espressione che identifica la filosofia nata dall'intreccio tra la tradizione culturale ebraica e il retaggio concettuale dell'Occidente, prima pagano e poi cristiano, e configurata soprattutto a partire dalla fine dell'Ottocento e nel corso del Novecento. La *pensée juive moderne* – per questa espressione cfr. E. Levinas, *Franz Rosenzweig: un pensiero ebraico moderno,* in *Fuori dal soggetto*, a cura di F.P. Ciglia, Genova, 1992, 53 – , che contribuisce in maniera determinante alla decostruzione di un tradizionale modo di pensare abrogativo di «differenze», è

hanno convinta che l'una rivelazione, l'elezione di Israele con il gravoso compito della testimonianza del patto e della Legge, è inizio e cominciamento di un'idea di giustizia, di diritto ed etica; la seconda rivelazione, la *Menschwerdung Gottes*, l'avvento di Dio che si fa uomo nel tempo degli uomini, che non revoca l'elezione di Israele – le derive della storia e i conflitti tra le due religioni non vanno confusi con i significati delle due Rivelazioni – è la delineazione di una figura dell'umano in cui ognuno – giusto e peccatore, felice e infelice, schiavo e libero – può riconoscersi «figlio» di un unico Dio, Padre e Madre di tutti (per evocare Papa Luciani e la teologia femminista)[8]. Un Dio che si incarna nel luogo più disprezzato dell'umanità antica, in un utero sineddoche per secoli del corpo femminile, che nasce in miseria, soccorso nella sua fragilità dal soffio caldo del respiro animale, che muore di morte contro natura, quale è la morte decretata da altri uomini, e soprattutto muore della morte più infamante, la croce, fa entrare nell'orizzonte della storia, accanto al Testimone del patto Dio – uomo e dell'obbligo della giustizia, una figura dell'umano che conferisce dignità a tutti e a ognuno, aprendo la via della salvezza. È, quello della dignità riconosciuta a tutti, un paradigma che la storia non cessa di smentire, mettendo in campo violazioni (e violenze) inimmaginabili, ma è mia convinzione che la coscienza della dignità e l'impegno di realizzare per tutti le promesse che essa include sia una stella polare per chi voglia mettersi in cammino, percorrendo le vie del mondo, verso l'Assoluto, incoercibilmente refrattario a essere ridotto a possesso di qualcuno, a diventare oggetto di appropriazione colonizzatrice che lo ridurrebbe all'umana finitezza, destituendolo di forza liberatrice.

I simboli, che le religioni veicolano sulla tormentata scena della storia del genere umano sostenendone progressi, spesso alimentandone sciagure, meritano una considerazione scevra da pregiudizi, teoreticamente ed eticamente avvertita. Dunque una considerazione mai ignara di come di volta in volta, nella scansione irreversibile del tempo, simboli e metafore funzio-

---

resa possibile dall'Emancipazione, realizzata dalla Rivoluzione francese, che apre agli Ebrei l'accesso, via via estesosi nel resto dell'Europa, ai diritti, alle lingue, alle culture.

8 Cfr. Giovanni Paolo I, *Angelus Domini*, domenica 10 settembre 1978 (www.vatican.va); dell'ampia produzione teologica femminista segnalo almeno: L. Russell, *Teologia femminista*, Brescia, 1977; E.A. Johnson, *Colei che è. Il mistero di Dio nel discorso teologico femminista*, Brescia, 1999; E. Green, *Teologia femminista*, in. R. Gibellini (a cura di), *Prospettive teologiche per il XXI secolo*, Brescia, 2003, 169-182; Coordinamento Teologhe Italiane, *Teologia e prospettive di genere*, in P. Ciardella, A. Montan (a cura di), *Le scienze teologiche in Italia a Cinquant'anni dal Concilio Vaticano II*, Torino, 2001, 163-191.

nino da fattori genealogici di pensiero e di azione e insieme mai priva di lucidità nel valutare come siano usati, nel bene e nel male, dai poteri tanto politici quanto religiosi.

I *logoi* che ci dicono della relazione uomo-Dio conservano un patrimonio di sensi e valori che non possono essere sequestrati entro la ristretta misura di collocazioni identitarie nelle categorie di credenti e non credenti in questa o quella fede, istituzionalizzata o meno che sia.

L'elezione ebraica introduce il movimento che fa del particolare un universale, l'elezione cristiana muove dall'universale per convertire ogni particolare e redimerlo. Potremmo oggi, dopo tante sventure, consegnare all'ossario della memoria i conflitti e accogliere le due elezioni come sistole e diastole del cuore pulsante della vita che si fa umana.

E si fa storia.

2. Nel corso del Novecento la bioetica è il luogo di visibilità di una rivoluzione, di una trasformazione di «cose», ma anche di «coscienze». Una rivoluzione che è per tanti aspetti un nuovo inizio. La radicalità di questo *novum* giustifica la preoccupazione del pensiero conoscente e valutante di dover procedere con cautela, percorrendo strade che possono anche rivelarsi intransitabili ma non ne giustifica inerzie. Spiega le ambiguità di certo diritto, scaturigine di normative spesso controverse, ma non ne assolve passatisti rinvii ad analogie con il già codificato né pigrizie nell'affrontare l'arduo compito di ripensare tanto il proprio retaggio quanto la *forma mentis* che all'elaborazione giuridica presiede.

La bioetica da «luogo critico di una cultura intera»[9] deve in realtà essere sempre più lo spazio in cui matura un'assunzione di consapevolezza di ciò che va accadendo nel tempo storico. Deve sempre di più essere il luogo critico in cui si rafforza la determinazione a governare gli eventi, senza abbandonarsi alla fatalità di *processi senza soggetto*, una fatalità che sarebbe la forma moderna di quel destino che ha dominato l'orizzonte del paganesimo. Un governare che deve far tesoro dell'eredità etico-politico-giuridica del passato, oltre che delle tragedie della storia, alcune delle quali hanno coinvolto scienze e scienziati e sono via via diventate fattori genealogici della riflessione bioetica. Un governare, infine, che deve assumere come dato di fatto la capacità umana di costruire etica, di formare e ri-formare valori, una possibilità, umana solo umana, che è matrice di morale e di

9 Estendo alla bioetica quanto Scarpelli scriveva dell'aborto «luogo critico di una cultura intera, di una visione del mondo»: U. Scarpelli, *Bioetica laica,* Milano, 1999, 99.

ethos. Concordo pienamente con la prospettiva del mio maestro Pietro Piovani: «La morale non è un insieme di valori sussistenti in sé, in una loro metafisica inseità ontologicamente costituita, ma è una delle attività che fanno umano l'uomo»[10]. Un'attività in cui bisogna avere fiducia e riversare quella intensità di fede che ha nutrito «l'ottimismo etico» (come lui stesso amava definirlo) del cardinale Martini, quella fede, in definitiva, che resta una forza costruttrice di storia perché non si lascia confinare nelle dichiarazioni di appartenenze religiose o ideologiche.

La bioetica si costituisce dopo la fine delle grandi narrazioni metafisiche e della loro pretesa di definire valori perenni, non toccati dalla storicità della condizione umana. Cresce nel grembo del XX secolo travagliato da sciagure ma creatore di straordinarie conquiste in grado di incrementare l'umano, nasce negli anni Settanta, vede infine la luce del dibattito pubblico internazionale nella consapevolezza dell'insufficienza di antiche categorie interpretative, filosofiche, etiche e giuridiche. Insufficienza divenuta tale per le novità entrate nel tempo storico, perennemente intessuto da contingenze. Ma del resto da sempre la mente umana, attingendo a risorse inesauribili, si è misurata con il contingente e con il nuovo, ne ha attraversato le oscurità, ne ha dischiuso le possibilità in uno sforzo teoretico e pratico, quello sforzo che è lievito e forza costruttiva della civiltà etico-politico-giuridica.

Certo il Novecento conosce incrementi di vita e di morte inediti nella storia del mondo: la definizione di «secolo breve» ha più motivazioni di quelle indicate da Hobsbawm[11]. E non è senza ragione che la bioetica è sapere novecentesco. I drammi del XX secolo sono a tutti noti. È un terribile elenco: i conflitti mondiali, la fine dell'innocenza non solo della fisica ma della scienza, coinvolta nella barbarie della «guerra dei materiali» di cui sono parte le armi chimiche, nella violazione della dignità umana per l'impegno omicida profuso nel progetto T4, e il prosieguo di esso nelle pratiche di tortura e assassinio effettuate dai medici nazisti, condannati con il processo di Norimberga, che è diventato poi uno spartiacque nella storia del rapporto tra medicina, società, etica. E ancora: la fine dei diritti umani nella tragica esperienza del primo dopoguerra, destinata a diventare prassi nei decenni successivi, la *Shoah*, la bomba atomica e la contiguità tra scienza e barbarie, la sciagura planetaria del riemergere vorticoso e feroce delle «guerre di religione» in forma aggiornata.

Davvero la trasformazione è epocale.

10 P. Piovani, *Principi di una filosofia della morale*, Napoli, 1972, 187.
11 E.J. Hobsbawm, *Il secolo breve*, Milano, 1995.

E certo per la definizione dell'ambito del sapere bioetico determinante è, nel Novecento, il coinvolgimento della scienza, grande e glorioso retaggio dell'Occidente, e della sua *ratio* nelle pratiche di «male»[12].

Il primo tentativo di elaborare il trauma, di offrire *pharmakon* alla vita offesa[13], coinvolge l'universo del diritto proprio a partire dal processo e dal Codice di Norimberga. Seguono nel tempo post-bellico testi fondamentali quali la Costituzione italiana, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Costituzione tedesca, che tra i tanti sensi e valori che le identificano hanno anche il significato di presa di coscienza da parte dell'umanità[14] di quanto è accaduto e di ponte gettato verso un futuro il cui imprevedibile divenire viene incanalato negli argini apprestati da principi, diritti, norme. Le Carte citate e quelle che via via costellano gli anni del secondo Novecento e gli inizi del nuovo millennio[15], decisive in relazione alle problematiche che la bioetica ha messo all'ordine del giorno della storia, nel delineare una rinnovata figura dell'umano rendono fattualmente operativa una volontà di tutela piena, aprono un diverso orizzonte dei diritti degli uomini, di diritti che sono ormai riconosciuti *in capite* alla persona[16].

---

12 Per una sintesi sul tema cfr. E. D'Antuono, *La dilatazione del possibile. Scienza, politica, ermeneutica del male*, in P. Amodio, E. D'Antuono, G. Giannini (a cura di), *L'etica come fondamento,* Napoli, 2012, 291-299.

13 Per evocare il sottotitolo di T.W. Adorno, Minima moralia: *meditazioni sulla vita offesa*, Torino, 2005.

14 Giuseppe Capograssi riferendosi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo scrive qualcosa che vale per le principali Carte post-belliche: «La Dichiarazione è quasi, si direbbe, il più potente atto di riflessione che le Nazioni Unite hanno portato sulle esperienze storiche delle società contemporanee; il profondo giudizio che dalle più sofferte prassi dei popoli le Nazioni stesse hanno desunto» (G. Capograssi, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo,* in *Opere*, 7 voll., Milano, 1959, vol. V, 41).

15 Imprescindibile è il rimando, a questo proposito, almeno alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997, alla Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani del 1997, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, alla Costituzione europea del 2004, alla Dichiarazione sulla bioetica e i diritti dell'uomo (UNESCO 2005), fino al Trattato di Lisbona del 2007.

16 Per cogliere le potenzialità trasformative pure sul piano etico dei processi di costituzionalizzazione del diritto e della cultura giuridica, del peso delle grandi Dichiarazioni e Carte retaggio del secondo Novecento e promessa che accompagna i pur travagliati inizi del nuovo millennio, è necessario considerare, anche alla luce delle problematiche poste dalla bioetica, l'insieme della riflessione di Stefano Rodotà. Cfr. almeno Id., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965; Id., *Il terribile diritto*, Bologna, 1981 (e in edizione ampliata 2013); Id., *La vita e le regole. Tra diritto*

Persona e democrazia diventano progressivamente termini inscindibili. La democrazia dà forma a «una società in cui non è solo permesso ma è addirittura richiesto essere persona», come sosteneva Maria Zambrano[17], e diviene irrappresentabile senza il rispetto e la tutela giuridica della persona, infine identificabile (almeno *in votis*) come cittadina del mondo. La stessa democrazia è così obbligata a ripensarsi come forma politica dell'accoglienza e del riconoscimento dell'altro, di ogni altro.

Persona: in questo inscindibile nesso con diritti umani e democrazia dell'accoglienza, essa è il punto d'arrivo di un percorso millenario. Un percorso che, attraverso secoli di travaglio, ha dato alla luce del mondo la configurazione della persona come coincidente con esistenza e storia di ognuno, accogliente in sé anima e corpo, infine unificati nella loro intangibilità dal contrassegno incancellabile della dignità.

Dignità: parola antica, radicalmente riconfigurata nella sua semantica da Kant, ridisegnata nella sua effettività dalla trascrizione nel lessico del diritto[18] dopo le grandi tragedie prima ricordate. La dignità di persona, attivamente operante nel testo della Costituzione italiana, è riconosciuta dalla Dichiarazione del 1948 a tutti gli uomini, in un orizzonte sgombrato dal rimando fondativo giusnaturalistico, rivelatosi fragile alla prova della storia. Diviene risolutivo il richiamo, che sorregge la trama del testo, a una comune appartenenza al genere umano, infine riconosciuto come uno e unico, nella sua realtà non tanto di specie biologica ma di universo disegnato da una rete di relazioni e rimandi, una comunità che comunque mai può diventare ragione di asfissia per l'individuo.

Dignità diviene, dunque, cifra dell'unità del genere umano, e a un tempo della convinzione che è la libertà il tratto identificativo di ogni uomo. Dignità e libertà sono inscindibili sia che si guardi al loro intrinseco richiamarsi, muovendo dalla rivelazione e dalla filosofia, sia che si tenti una fenomenologia di carattere storico dello stratificarsi della coscienza di questo principio, maturata attraverso percorsi sghembi, discontinui, segnati da tragedie. Ritengo che libertà e dignità si coappartengano, che la consapevolezza di sé come

---

e non diritto, Milano, 2006; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012. Particolare attenzione merita il lavoro intellettuale di Rodotà per la sua capacità di far irrompere nei quadri, un tempo rigidi, della razionalità giuridica il movimento plurimo, differenziato del vivere, il che rappresenta un contributo insostituibile per concettualizzare eticamente, oltre che giuridicamente, le questioni bioetiche, anche quelle di «inizio vita» accennate nelle pagine che seguono.

17 M. Zambrano, *Persona e democrazia. La storia sacrificale*, Torino-Milano, 2000, 157.

18 Cfr. S. Rodotà, *Homo dignus*, in *Il diritto di avere diritti*, cit., 179 ss.

degno l'uomo l'abbia elaborata via via che ha scoperto il suo essere portatore di libertà in un «mondo naturale» esperito come dominio della necessità.

Una scoperta che è l'esito di un cammino faticosissimo e ancora non concluso, perché il riconoscimento che l'uomo è capace di libertà – uso il termine capace in senso etico-giuridico, ma anche nel senso in cui Dante dice dell'uomo che è *capax Dei* – non è certo universale. La fede nella libertà dell'uomo è tra le più minacciate, segno evidente che la paura della libertà nutre molte dottrine. Talvolta perfino la scienza: basti pensare alla «mistica del DNA»[19] e al determinismo conseguente che è sicuramente una delle più pericolose forme di deresponsabilizzazione. È davvero un tema che merita approfondimento. È tra le urgenze del nostro presente il confronto con dottrine che adulterano i grandi risultati della scienza, in sé matrice di libertà, perché li trasportano su terreni incongrui rispetto alla ricerca scientifica, tradendone verità e senso. Lo scientismo[20], ossia la trasposizione della scienza su di un piano ideologico, non è scomparso dal nostro orizzonte e minaccia innanzitutto la scienza e la sua reputazione.

Coscienza della libertà, del non essere dominati da necessità, è condizione di assunzione di responsabilità. Rispondere di qualcosa è scoprirsi soggetto della propria azione ed è simultaneamente l'aprirsi dell'orizzonte della coscienza morale, che non è teoretica constatazione d'essere ma è cogliersi originariamente come responsabile[21].

---

19 Cfr. D. Nelkin, M.S. Lindee, *The DNA Mystique: The Gene As a Cultural Icon*, New York, 1995.

20 L'esperienza delle scienze di Stato e delle «scienze di morte» (cfr. B. Müller-Hill, *Scienze di morte. L'eliminazione degli ebrei, degli zigani e dei malati di mente (1933-1945)*, Pisa, 1989), che hanno funestato l'ultimo Ottocento e la prima metà del Novecento, carica di terribili sensi la parola scientismo, in sé polisemica. Lo scientismo, che nasce sul terreno del pensiero filosofico, nella sua espressione storica è un'ideologia che assume la scienza e il suo procedere come paradigma assoluto, estende indebitamente i confini dell'ambito di pertinenza e di legittimità della scienza, attribuendole competenze ad essa estranee, trasformandola in *auctoritas* assoluta. Centrale è l'dea che la scienza è in grado di produrre una conoscenza senza residui del reale ed è sufficiente a soddisfare l'intera gamma di bisogni dello spirito umano, cancellando istanze e aspirazioni che si rivelino illegittime per il modello conoscitivo che essa propone. Non meno centrale è l'idea che spirito e metodi scientifici devono presiedere al controllo dell'intera sfera della vita umana: saperi, diritto, politica, etica. Tra le «vittime» dello scientismo è da collocare sicuramente la scienza. Ma minaccia anche la filosofia di regressione verso le ormai intransitabili strade della metafisica, come ricorda uno scienziato: cfr. A.N. Whitehead, *La scienza e il mondo moderno*, Torino, 1979.

21 Cfr. E. Levinas, *Difficile libertà. Saggi sul giudaismo*, tr. it. S. Facioni, Milano, 2004, 33 ss.

3. Dignità e libertà, punto di confluenza di tanti e così diversi percorsi di civiltà, trovano garanzia etica e presidio intramondano nella laicità delle istituzioni statuali.

In quanto ha assunto la configurazione di diritto fondamentale e diritto umano, la libertà delle convinzioni, religiose e non, costituisce un'àncora auspicabilmente resistente alle bufere che attraversano il nostro presente nella terribile forma di nuove guerre di religione. E rappresenta, altresì, un argine alle onde rincorrentisi sulla superficie, mostruosamente priva di profondità, del *mare magnum* delle rivendicazioni di identità che si agitano nella stessa Europa e tentano supporti alla fragilità degli argomenti con il rimando a radici religiose.

La semantica della laicità è sicuramente complessa, complessa quanto lo sono le istanze che ne hanno determinato la nascita, il divenire, l'approdo istituzionale. Intanto i tasselli che ne costituiscono il mosaico hanno provenienza plurima: filosofica, etica, giuridico-politica. Essi sono stati scolpiti dalla storia in tempi diversi, pur essendo unica la fonte che ne ha reso possibile la costruzione: la libertà. E mi riferisco tanto alla percezione, via via divenuta consapevolezza, infine espressa in lingua filosofica, della libertà in quanto «miracolo nel mondo dei fenomeni», umana spontaneità inesauribilmente capace di creare un *ordo* imprevisto e imprevedibile in natura per dirla con Kant[22], quanto alla richiesta di libertà intramondane che le istituzioni statuali debbono far entrare nel tempo della vita storica, provvedendole di durata attraverso le garanzie.

Si tratta di comprendere i rimandi inclusi nella parola laicità ai ben noti processi storici di secolarizzazione, agli sviluppi filosofici dell'autonomia[23] – un avanzamento del pensiero che non consente ritorni all'in-

22 Per la libertà come «facoltà di dare spontaneamente inizio ad una nuova serie di eventi», dunque capacità di dare inizio ad un ordine imprevedibile rispetto a natura e storia: cfr. I. Kant, *Critica della ragion pura,* tr. it. di G. Colli, Milano, 1976, 589.

23 Impossibile un riferimento anche sintetico alla filosofia e al pensiero politico in relazione al tema dell'autonomia. Mi limito a ricordare gli autori che, con l'evocazione della «maggiore età» infine conseguita dall'uomo, illuminano significati dell'autonomia determinanti per il corso dei pensieri che abbozzo in queste pagine: Immanuel Kant, di cui richiamo l'interpretazione dell'Illuminismo come uscita dalla minorità, senza per altro omettere la rivisitazione creativa di Foucault (cfr. l'edizione italiana recente che raccoglie i testi di entrambi: I. Kant, M. Foucault, *Che cos'è l'illuminismo*, Milano-Udine, 2012); D. Bonhoeffer, il cui pensare, reso inequivocabilmente vero dal suo agire, ha testimoniato tutte le valenze di senso inscritte nel conseguimento di autonomia, matrice di una responsabilità *etsi deus non daretur*, che nel

dietro e correla la soggettività alla ragione legislatrice, l'*autòs* al *nomos* kantianamente universalizzabile – e a quella autodeterminazione che, per essere effettuale, a partire dalla fine del Settecento esige[24] la scena pubblica. Si tratta di valutare l'approdo alla «neutralizzazione ideologica dell'esercizio del potere»[25], realizzata dallo Stato costituzionale, che ormai sa di doversi guardare dalla «neutralizzazione» delle diversità sul piano antropologico ed etico-politico. L'istanza di riconoscimento delle differenze, che esige una nuova declinazione dell'universalità, diviene opzione inaggirabile in un tempo che viepiù deve misurarsi con integralismi imperanti in paesi un tempo lontani, ora divenuti vicinissimi in forza della riduzione degli spazi terrestri prodotta dalla globalizzazione, senza per altro potersi affrancare in Occidente dall'obbligo del confronto con rinate forme di «temporalismo» delle istituzioni religiose e della Chiesa cattolica, soprattutto in Italia[26].

---

mondo «diventato adulto» non consente defezioni e nemmeno transitorie cadute di tensione. Ed è il pensare e il vivere di Bonhoeffer che destituisce di persuasività il suggerimento di vivere nel mondo di oggi «*veluti Deus daretur*» enunciato da Joseph Ratzinger, riproposto da Camillo Ruini, discusso da Robert Spaemann nel volume *La diceria immortale. La questione di Dio o l'inganno della modernità* (Siena, 2008). Più che ripensamento della scommessa di Pascal (come vogliono gli autori dell'enunciato), il *veluti Deus daretur*, implicando la vanificazione dell'autonomia di Dio e uomo argomentata e testimoniata da Bonhoeffer, sembra essere un appello al ritorno alla «minorità», quel ritorno che già il teologo membro della Resistenza tedesca considerava salto mortale: «il salto mortale all'indietro nel Medio Evo. Ma il principio del Medio Evo è l'eteronomia in forma di clericalismo. Ritornare a questo può invero risultare solo un passo disperato, che non può essere compiuto se non a prezzo del sacrificio dell'onestà intellettuale. È un sogno sulle note di: "Oh conoscessi la strada del ritorno, la lunga strada verso l'infanzia"» (Idem, *Resistenza e Resa. Lettere dal carcere*, Cinisello Balsamo Milano, 1989, 440).

24 Gli ultimi decenni del Settecento segnano la svolta: «un principio di autodeterminazione che prima poteva essere inteso solo in senso filosofico-morale diventa un postulato politico, cioè il postulato in base al quale la libertà interiore può sussistere solo se si realizza anche esteriormente» (R. Koselleck, *Il vocabolario della modernità*, Bologna, 2009, 75). Il transito della libertà nella dimensione intramondana chiama in causa ovviamente la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, e, ancor prima, la *Costituzione degli Stati Uniti d'America* del 1787.

25 J. Habermas, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006, 24.

26 Trovo fonte preziosa di riflessione – anche in relazione alle posizioni del magistero cattolico intorno alle questioni bioetiche – le tesi espresse nel saggio di P. Piovani, *Da un temporalismo all'altro,* in A.C. Jemolo, G. Spadolini *et Alii*, *Un secolo da porta Pia*, Napoli, 1970.

Vorrei, pertanto, insistere sul fatto che la laicità è anche il correlato dell'autonoma evenienza del pluralismo nella modernità[27].

Ed è proprio la bioetica, come protagonista pluridecennale del dibattito pubblico, ad aiutare la riflessione etico-giuridico-politica a cogliere la portata storica di una laicità che implica multiformi genealogie. In questo senso è illuminante la prospettiva aperta da Stefano Rodotà: «parlando di laicità, non possiamo più ritenere che l'orizzonte delle analisi sia individuato soltanto dal rapporto tra due poteri, lo Stato e la Chiesa, "ciascuno nel loro ordine, indipendenti e sovrani", o dallo stesso confronto tra secolarizzazione e religiosità. È già avvenuta, e continua a manifestarsi, una diversa e più complessa distribuzione dei poteri, che nella persona non ha soltanto il suo punto di riferimento, ma la individua come protagonista istituzionale. Considerata da questo punto di vista, la laicità, oltre che come principio di organizzazione costituzionale e sociale, si manifesta ormai anche come principio di governo della vita»[28].

La laicità trova specificazione dei suoi sensi nel nostro presente come «principio di governo della vita» da riconoscere a ognuno, nella cornice delle garanzie fondamentali apprestate da Carte costituzionali e Carte internazionali.

In questa ottica risulta inaccettabile il tentativo di definire, partendo dal *metron* di una dottrina specifica, una laicità giusta e un'altra ripudiata per le sue conseguenze destabilizzatrici di vecchi assetti della vita. Un tentativo che condiziona le modalità attraverso cui il dibattito sulla laicità si articola, anche sui media, rispetto alle questioni che riguardano il corpo – e il corpo femminile in specifico, con il suo contrassegno di corpo che genera – ma anche rispetto ai modi di esprimere la propria sessualità, le decisioni relative al morire che è, e deve restare, parte integrante del vivere[29]. Evidenziando sensi profondi della laicità possiamo forse anche tutelarla dagli attacchi che da più parti la incalzano e dalla incertezza, anche psicologica, che spesso mina la sua difesa come valore irrinunciabile della modernità.

---

27 Esemplare in tal senso è l'interpretazione della modernità di P. Piovani: cfr. *Giusnaturalismo e etica moderna*, Napoli, 2000.

28 Lo sviluppo e l'ampliamento della semantica della laicità trovano approfondimento nelle opere già citate e in quelle ricordate *infra* e alla nota 34, ma le parole riportate rinviano a: S. Rodotà, *Lectio magistralis*, dal titolo *Laicità e potere sulla vita* tenuta il 10 marzo 2010 nell'Aula Magna dell'Università di Torino in occasione della consegna del premio Adriano Vitelli "Laico dell'anno".

29 Per il significato teoretico ed etico della presenza capillare del morire nel vivere cfr. P. Piovani, *Oggettivazione etica e assenzialismo*, Napoli, 1981.

L'irruzione della molteplicità su scenari tradizionalmente costruiti dalla civiltà occidentale come uniformi ma oggi plurimi e la riflessione sulla portata del *novum* delle questioni sintetizzabili come bioetiche, che animano un dibattito planetario, devono interdire alla laicità di assumere la configurazione di paradossale «religione della laicità»[30], imboccando percorsi troppo attardati rispetto alla complessità del nostro presente, così segnato dalle insorgenze di tante e diverse prospettive etiche e religiose, capillarmente diffuse in un mondo divenuto casa in cui tutti debbono poter convivere e in cui tuttavia tanti restano ai margini. Ma deve anche disinnescare i rischi di disconoscimento di senso e portata della laicità attraverso la riduzione di questo grande principio a scaturigine di un relativismo polemicamente ridotto a caricatura della relatività[31] e della storicità dei valori.

La laicità, nella sua *facies* per così dire filosofica, nasce, come prima ho ricordato, in relazione a istanze di autonomia, di «maggiore età», di libertà che non è solo liberazione da poteri coercitivi e da antichi vincoli istituzionali che opprimono il singolo e le collettività. Nei percorsi della laicità gioca un grande ruolo la domanda di libertà generata dalla consapevolezza, già affiorata agli inizi della modernità, che tra i sensi inesauribili dell'infinito c'è, con la grandezza, anche la molteplicità. Una scoperta che nutre la volontà di aprire «infiniti universi e mondi»[32]. La laicità ha dunque un intrinseco rimando alla pluralità, al difforme, quali che siano poi stati storicamente i percorsi del moderno, così frequentemente insanguinati dalla cieca guerra al diverso.

Ovviamente oggi il riconoscimento di pluralità non è constatazione neutra di un incontrovertibile dato di fatto storico, deve essere – innanzitutto nella sfera dell'*ethos* che è *humus* di crescita della coscienza di ognuno – maturazione di rispetto, capace di sanare la fragilità intrinseca alla nozione di mera tolleranza. Nata sotto altri climi, ma oggi impossibilitata ad essere all'altezza del tempo e delle sue esigenti richieste, la tolleranza resta significativa, tuttavia, come principio richiamato in vita nel nostro tormentato presente dall'esplodere di vecchie e nuove idiosincrasie che minacciano

30 Hugo Tristram Engelhardt denuncia: «I due fondamentalismi, laico e religioso hanno profonde somiglianze, accomunati come sono dall'aspirazione a imporre in modo totalizzante una visione metafisica e morale complessiva che non è suscettibile di giustificazione in termini razionali generali» (H.T. Engelhardt, *Viaggi in Italia. Saggi di bioetica*, Firenze, 2011, 379)

31 Ho proposto una riflessione in merito in E. D'Antuono, *La dilatazione del possibile,* cit., 291-299.

32 Per evocare lo scritto di Giordano Bruno, cfr. Idem, *De l'infinito, universo e mondi*, in *I dialoghi filosofici italiani*, Milano, 2000.

i livelli minimi della convivenza. Il ritorno di questa nozione ci chiama a riflettere sulla drammaticità del contesto planetario e vincola la mente a disegnare altri percorsi, obbliga il diritto e la politica a costruirne la transitabilità.

La laicità esige oggi, per essere, la messa a fuoco, e dunque la cognizione profonda, di valori altri, di lingue che non sono certo barbare, non rimandano a una parola incerta[33], ma pronunciano un altro *logos*, utile – magari crudelmente utile come un farmaco o un bisturi – a spingere a un'autoanalisi il *logos* privato e pubblico dell'Occidente liberale e democratico. La laicità categoricamente chiede tutele da rigidità e rifiuti: il caso del divieto del velo islamico in Francia è forse paradigmatico di un'interpretazione che la declina in modo difficilmente universalizzabile.

L'esercizio della laicità dovrebbe forse significare considerazione degli apporti alla civiltà da parte delle religioni, nella loro *facies* di oggettivazioni storiche dell'umana tensione verso l'Assoluto, constatazione del loro patrimonio di sensi e valori produttivi di *ethos* e di legami capaci di espungere la violenza. Così la laicità non trarrebbe definizione dall'opposizione alle religioni o a convinzioni divenute *Weltanschaungen* escludenti – le une e le altre terribilmente pericolose nel loro ruolo di ideologie che strutturano potenze politiche – ma si configurerebbe come il correlato del pluralismo, diventerebbe segno di un'assunzione di consapevolezza che la pluralità è infine davvero diventata valore. Arriveremmo a rendere evidente che la laicità è condizione di apertura di un altro orizzonte, è artefice di nuovi inizi, sicché incongrua, o quanto meno limitativa, è l'identificazione di essa attraverso il rimando oppositivo ad altro da sé, un rimando che semplifica la scaturigine plurima da cui ha cominciato il suo faticoso percorso e comunque impoverisce le potenzialità creative di nuovo che le appartengono. Ed è in quanto non oppositiva ma «costitutiva»[34] di un modo di intendere

33 I Greci hanno delineato l'opposizione strutturale greco-barbaro, ma Erodoto, a cui dobbiamo il rimando a questo passaggio storico carico di implicazioni, ha anche il grande merito di aver individuato la relatività del concetto di barbaro: cfr. Erodoto, *Storie,* II 158, cfr. in merito R. Koselleck, *Futuro passato*, Genova, 1986, 187.

34 Per l'approccio alla dimensione non oppositiva ma costitutiva della laicità, argomentata a partire dalla sua genealogia costituzionale che ne fa un carattere della democrazia repubblicana cfr. le pagine di S. Rodotà, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009. Particolarmente rilevante è la messa in evidenza delle ricadute sulla vita del principio di laicità, leggibili già nella delineazione del compito etico, civile, politico del laico, di ciascun laico, disegnato a p. 111: «deve essere capace di esprimere con forza e convinzione il suo punto di vista, ma al tempo stesso deve lavorare perché vi siano le condizioni per un confronto aperto e continuo

la vita e la vita comune che la laicità disvela il senso del suo essere coorginaria al pluralismo.

Da lettrice non specialista della Costituzione italiana, interessata a coglierne implicazioni per così dire etico-filosofiche, apprezzo nel suo dettato l'esemplificazione di una nozione di laicità attenta alla pluralità, connessa strutturalmente a essa, rispettosa dei possibili patrimoni di sensi e valori inscritti nelle convinzioni dei tanti, credenti e non, che incontrandosi costruiscono valori e rinnovano *ethoi*. La parola laicità manca nella nostra Costituzione, ma ne costituisce la trama, come è emerso con la sentenza 203 del 1989 della Corte Costituzionale[35]: «Il principio di laicità […] implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». La «non indifferenza» costituisce forse una qualità specifica della laicità del nostro testo costituzionale[36] e vale a sottolineare

tra i diversi punti di vista. Deve quindi impedire la formazione di qualsiasi tipo di ghetto, religioso, etnico, localistico, ideologico. Deve incessantemente lavorare per distinguere quel che deve essere regolato dalla norma giuridica e quel che deve restare affidato alla norma morale e alla coscienza individuale. Siamo ben lontani dalla vecchia diatriba tra clericali e anticlericali, e ben entro il difficile lavoro che ci impongono tempi di grande cambiamento».

35 Cfr. Sentenza n. 203 del 1989. Il testo è reperibile in Consulta Online (www.giurcost.org/decisioni/1989).

36 La prassi della Corte Costituzionale – e la sentenza citata – hanno disegnato un senso chiaro della parola laicità. I riferimenti bibliografici sul tema sono numerosissimi. Mi vengono in mente parole chiarificatrici di Pietro Scoppola: «laicità e stato laico designano lo stato aconfessionale che non garantisce sanzioni giuridiche alle norme etico-religiose proprie di una particolare confessione, ma al tempo stesso riconosce l'esistenza delle istituzioni religiose e l'importanza dei principi e dello spirito religioso per la vita della comunità. Su questa linea si è collocata la giurisprudenza della Corte costituzionale» (Idem, *Laicità: una parola un po' ambigua*, in *La Repubblica*, 29-10-2003, ma cfr. anche Idem*, Il ritorno della religione e il pericolo del conflitto*, in *Parolechiave*, *Laicità*, n. 33, 2005, 269-271). Per ulteriori approfondimenti, oltre il citato numero di *Parolechiave* che raccoglie saggi di grande rilievo, rinvio almeno a G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005; Id., *Laicità debole e laicità forte*, Milano, 2008; G. Boniolo (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006; S. Rodotà, *Perché laico*, cit.; S. Rodotà, F. Rimoli*, Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona,* Roma, 2009; E. D'Orazio (a cura di), *La laicità vista dai laici*, Milano, 2009; P. Donatelli, *Bioetica e laicità*, in *Iride*, XXIII, n. 61, sett-dic. 2010; F. Rimoli, *Democrazia, pluralismo, laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli, 2013; S. Veca, *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013. Utile ai fini della chiarificazione dei sensi della laicità è la lettura dei risultati della commissione Stasi, voluta nel 2003 dal presidente francese Jaques Chirac, cfr: Commissione Stasi, *Rapporto sulla laicità*, Paris, 2004.

l'irrinunciabilità della libertà e della libertà religiosa, dalla cui garanzia sembra dipenda oggi il destino del mondo.

4. La difficoltà a generare, le angosce che accompagnano la consapevolezza di voler e non poter dare la vita costituiscono un problema antico che attraversa la storia e investe uomini e donne, lasciando una traccia visibile non solo nei libri di scienziati e medici di varia appartenenza storico-culturale ma anche in grandi opere di carattere letterario. In definitiva efficace e imperitura testimone della vicenda umana nel tempo, la letteratura è forse l'unica «potenza» in grado di conservare fedelmente la storicità intrinseca all'umano pur liberandola dalle contingenze che al tempo sono legate.

Penso, per evocare qui un'emblematica voce del paganesimo antico, a Mimnermo e al suo annoverare tra le fonti del dolore umano la discesa nella tomba senza aver dato alla luce progenie, icona dell'insensatezza del vivere nel perenne ripetersi sempre uguale della vita umana e del suo patire dolore: «certo non v'è chi tra gli uomini Zeus non colmi di infiniti affanni»[37]. Penso, in un orizzonte culturale completamente diverso, alla Bibbia, alla sua rappresentazione della sterilità che assurge alla dimensione metafisica della maledizione capace di trasmutare il bene della vita in insostenibile male; penso a romanzi, racconti, opere teatrali, che è impossibile anche solo citare. Penso insomma a quella riserva aurea costituita dal patrimonio letterario a cui ogni essere umano può attingere, ritrovando, come in uno specchio della propria condizione (spesso drammaticamente vissuta come unica), problemi, sensi, valori, scelte già compiute, che possono diventare altrettanti tasselli per comporre il difficile mosaico della strada da intraprendere.

Ma oltre il riferimento alla parola detta, che il racconto letterario conserva trasponendolo nella sfera dell'arte, capace di sottrarre al dolore umano le potenzialità distruttive che lo accompagnano, vorrei ricordare che l'impossibilità di generare si chiude spesso nel mutismo, lasciando memoria di sé solo nei destini degli esseri umani, quei destini che prendono forma e si esauriscono in percorsi di vita difficili, i cui drammi vanno a collocarsi senza rumore, ma non senza dolore, tra le cose dimenticate che nessuno ricorda[38].

---

37 Per il *Frammento 2d* di Mimnermo rimando a E. Diehl, *Anthologia Lyrica Graeca,* Editio Altera, Lipsia 1936 e alla traduzione di Salvatore Quasimodo, *Lirici greci*, Mondadori, Milano, 1971, 159 (Quasimodo ha scelto di non inserire nella sua traduzione i versi finali da me citati).

38 Per parafrasare Federico Garcia Lorca: «Le cose addormentate che più nessuno ricorda» (F.G. Lorca, *Canzone d'autunno,* in Id., *Poesie*, a cura di C. Bo, Parma, 1964, 21).

Eppure gli avanzamenti dei saperi scientifici e delle tecnologie consentono oggi di ridimensionare questo dramma, aprendo possibilità di concepire, generare, essere genitori, un tempo neanche immaginabili, e finalmente ben oltre i confini disegnati dalla tradizione, esperta della sola questione dell'infertilità e della sterilità della coppia eterosessuale. La procreazione medicalmente assistita (PMA) consente di varcare antiche barriere e così la possibilità di ricorrervi ha fatto emergere via via nel tempo istanze di genitorialità sommerse da visioni della famiglia[39] e della sessualità assolutamente chiuse ed escludenti. Ha dato corpo, e voce infine intacitabile, a esseri umani rinviati secolarmente nell'oscurità dall'«indicibile» della loro «diversa» sessualità e condizione. Ha fatto avanzare con forza richieste di diritti, che hanno esteso lo spazio, sempre da conquistare spostando in avanti i paletti di confine che storicamente lo perimetrano, di eguali dignità e giustizia. Un passaggio impervio come lo sono le grandi svolte che mutano «l'antropologia profonda»[40] e il modo di abitare il mondo per milioni di essere umani. Non va omesso che queste trasformazioni restano appannaggio di una minoranza almeno fino a che, utopicamente, la terra non sarà ridisegnata davvero come patria di eguaglianza in dignità e diritti per ciascuno accolto nella sua specificità.

Ma le possibilità tecnoscientifiche, nell'offrire soluzioni a chi è in difficoltà, scatenano anche riserve etiche, dilemmi bioetici, scaturigini a loro volta di regolamentazioni giuridiche spesso restrittive. Così l'aver quasi sciolto il groviglio della difficoltà a dare e curare la vita e a realizzare l'istanza della genitorialità ha comportato l'annodarsi di interrogativi inquietanti, che minacciano di soffocare la speranza accesa dai grandi risultati di scienze e tecniche.

Eppure tale speranza esige una considerazione più affinata del senso del mettere al mondo e del volere i figli. Obbliga a una riflessione capace di smentire l'equiparazione dell'istanza umana di genitorialità a un indifferenziato desiderare. Tale istanza non può essere valutata indipendentemente dalla fonte profonda da cui scaturisce e che ha in sé fini incommensurabili ai bisogni alimentati da società e mercato. In ogni caso non si lascia circoscrivere nell'ambito della «norma» eterosessuale.

E siamo così al tema dilemmatico della procreazione medicalmente assistita, che ha chiamato a duro confronto concezioni etiche e bioetiche, ha fatto emergere le difficoltà del legiferare in merito, imponendo un supplemento di riflessione su senso e portata della laicità. In specifico in Italia, la

39 Cfr. C. Saraceno, M. Naldini, *Sociologia della famiglia,* Bologna, 2007.
40 S. Rodotà, *Perché laico*, cit., 68.

legge 40 è stata una manifesta negazione della laicità perché strutturata a partire da una concezione della vita, della famiglia, della società debitrice di un'ottica impostasi come egemone e divenuta escludente di altre concezioni del mondo.

Le obiezioni alla pratica della procreazione medicalmente assistita trovano un argomento ineludibile nella questione del valore della vita embrionaria, considerata dalla dottrina della Chiesa cattolica vita di una persona, con motivazioni che si possono discutere, e rifiutare, ma che sono entrate nel dibattito pubblico suscitato dal problema della diversa valutazione della vita nascente, già tema di conflitto negli anni della legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza (IVG).

Ma la valutazione è di per sé problema arduo, che trova una molteplicità di risposte, in quanto il nodo etico non è certo risolvibile opponendo alla tesi dell'embrione come persona la considerazione, peraltro minoritaria, che lo riduce a materiale biologico, equiparabile a un insieme di cellule. Una tesi estrema, già respinta in Italia all'epoca del dibattito sulla legge 194, ma riproposta periodicamente per ragioni ideologiche e per costrutti polemici oppositivi, a vario titolo, a un modello di disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza ormai consolidato e ampiamente riconosciuto come valido.

Questione particolarmente complessa è l'estendibilità al concepito del diritto alla vita, quel diritto inalienabile che accompagna e dovrebbe proteggere ogni nato, quale che sia il luogo della terra in cui viene alla luce, quali che siano le condizioni di nascita. Ma diritto alla vita – che anche il laico Norberto Bobbio, attentissimo alle questioni morali, considerava all'epoca della discussione intorno all'IVG «diritto fondamentale del concepito», rispetto ai diritti «derivati» della donna «a non essere sacrificata nella cura di figli che non vuole» e della società «al controllo delle nascite»[41] – immediatamente ci rimanda alla pluralità di significati e sensi della parola vita. Molto si è detto intorno alla difficoltà di definirne e leggerne il «palinsesto»[42], più in ombra è rimasta la comprensione della sua capacità di far scomparire la fattualità delle vite individuali, quelle biografie che pure sono pietre di costruzioni, ricordate o meno poco importa, del corso umano nel tempo, cellule originarie della vita storica. L'«abuso del

41 Per l'intervista a Norberto Bobbio alla vigilia del referendum sull'aborto cfr. *Giulio Nascimbeni a colloquio con Norberto Bobbio*, *Corriere della Sera*, 8 maggio 1981.

42 Per il palinsesto della vita cfr. S. Jasanoff, *Introduction: Rewriting Life, Reframing Rights*, in Ead. (ed.), *Reframing Rights. Biocostitutionalism in the Genetic Age*, Cambridge, MA, 2011, 1.

concetto di vita»[43], denunciato dalla Duden nel suo celebre libro, è tema che deve interrogare tutti, perché minaccia di irrilevanza e forse di scomparsa la storicità concreta degli esistenti umani. Non a caso la questione è stata posta e dibattuta dal pensiero delle donne che nel gioco delle astrazioni universalizzanti, durate secoli, hanno visto svanire specificità. In rapporto alle questioni relative al corpo che genera[44], dunque al corpo femminile, il tema è ineludibile. Se la nozione astratta di vita sostituisce la concretezza di esseri umani esistenti biologicamente e individuati storicamente, corpi e soggetti che agiscono e patiscono la storia, la donna e il suo corpo capace di gravidanza tornano ad essere senza «volto», ridiventano «campo di semina»[45], di mera coltura, di pura crescita. Nella contemporaneità, per impegno innanzitutto dei femminismi, è diventato compito etico-politico neutralizzare il rischio che una donna sia «campo» in cui vive e cresce un concepito e su cui avanzano pretese saperi e poteri di vario ordine e grado.

Pretese accreditate tramite identità conferite all'embrione entro una logica avversariale rispetto alla madre.

E torniamo così al difficile faccia a faccia con la questione dello statuto dell'embrione, che chiama in causa diritto, etica, tradizione filosofica e teologica[46], nonché il pensiero delle donne.

Ogni tentativo di risposta alla domanda circa identità e gradi di tutela dell'embrione ha livelli differenziati di complessità in relazione all'ambito in cui è impostata l'interrogazione: statuto giuridico, ontologico, etico e bioetico implicano riferimenti diversi.

La risposta relativa allo statuto giuridico non è oggi particolarmente impervia. Alla domanda se l'embrione debba avere diritti pari al nato, se possa averli, se abbia insomma la capacità di sostenere l'identità di soggetto di diritti, teoria e prassi giuridiche hanno fornito indicazioni, che ormai sono storia: soggetto di diritti si è alla nascita, secondo l'inequivocabile dettato del Codice civile del nostro paese. Tuttavia il dibattito sviluppatosi

43 B. Duden, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino, 2004.

44 Per la storia del corpo e del corpo che genera cfr. E. Shorter, *Storia del corpo femminile*, Milano, 1988; N.M. Filippini, T. Plebani, A. Scattigno (a cura di), *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, 2002.

45 Sofocle, *Antigone*, v. 569.

46 Per una ricostruzione sintetica dell'interpretazione dell'identità dell'embrione alla luce di elaborazioni filosofiche e teologiche rimando a E. D'Antuono, *Truth and meaning of the human embryo's life: from ancient Greece to the contemporary bioethical debite*, in Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical Issues*, Napoli, 2013, 49-67.

intorno alla liceità dell'aborto ha comportato la delineazione di forme di protezione dell'embrione. La legge che regolamenta in Italia l'interruzione volontaria di gravidanza, proprio perché non fa semplicemente scomparire dai codici la questione come materia soggetta a regolamentazione – dunque non considera l'aborto «indicibile alla legge» come pure alcuni chiedevano, reclamando la scomparsa della fattispecie – conferisce rilevanza giuridica all'embrione. E realizza tanto con il confrontare e commisurare ai diritti della madre le forme di tutela da definire per il vivente in cammino verso la nascita.

Ma la soluzione rinviante al diritto non esaurisce la complessità del tema.

La definizione dello statuto etico e bioetico chiama in causa, contrapponendole, l'assolutezza e la storicità dei valori, dunque prospettive filosofiche che in maniera antitetica rispondono al quesito se l'embrione abbia valore in assoluto o se il suo valore, pur riconosciuto, vada commisurato ad altri valori attivi e operanti nei vari contesti storico-culturali.

Definire lo statuto ontologico significa pronunciarsi per il riconoscimento di un'identità in sé dell'embrione: vivente umano, persona, cosa, terzo genere di realtà. È di particolare durezza il confronto tra le diverse prospettive filosofiche. Sintetizzando si può far riferimento da una parte all'orientamento che giustifica l'intangibilità dell'embrione con argomenti sicuramente molteplici[47] ma che tuttavia possono essere ricondotti all'identificazione di esso come persona fin dal concepimento e alla tematizzazione, variamente modulata, della sua appartenenza alla cosiddetta natura umana, e dunque sostanzialmente evocando un ordine dell'essere matrice di misure certe del bene e del male; dall'altra parte si può rinviare al pensiero, anch'esso risultato di un argomentare in sé plurimo, che illumina senso e valore della vita nascente muovendo dalla considerazione dei singoli e delle loro biografie, quindi dall'attenzione ai contesti di vita individuale e collettiva. Individui e collettività, in forza

47 Sintetizzo così non per omologare le posizioni ma per illuminarne l'orientamento filosofico di fondo, incentrato su di una prospettiva ontologica debitrice, sia pure in modo differenziato, di una secolare metafisica che contrassegna le posizioni espresse dal «personalismo ontologicamente fondato d'ispirazione tomista» (cfr. E. Sgreccia, *Manuale di bioetica*, Milano, 2005, 12) e quelle di Hans Jonas, non solo nel volume così discusso a livello internazionale *Il principio responsabilità* (Id., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990) ma anche in *Tecnica, medicina ed etica: prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997. La prospettiva jonasiana ha prodotto variazioni sul tema molto interessanti ma che hanno conservato, sia pure aggiornandoli, antichi quadri concettuali di riferimento.

del principio di autonomia e delle libertà garantite, sono chiamati alla responsabilità di definire beni di volta in volta adeguati[48].

La contrapposizione tra queste prospettive ha forse un unico punto di convergenza: il non considerare la scienza, che pure fornisce gli irrinunciabili dati conoscitivi relativamente a ciò su cui va espressa valutazione, come magistero in grado di assumere decisioni valorative in merito all'embrione. Il rischio di riduzionismo, di biologizzazione del discorso etico, operante nel ricorso alla scienza come autorità normativa, anche in forza di tragiche eredità consegnateci dalla storia, rende condivisa l'affermazione del *De Abortu procurato*: «Non spetta alle scienze biologiche dare un giudizio decisivo su questioni propriamente filosofiche e morali, come quella del momento in cui si costituisce la persona umana»[49]. Affermazione incontrovertibile perché persona è lessema rinviante non certo alla biologia, capace di descrivere minuziosamente lo sviluppo dell'embrione, ma ai complessi percorsi della civiltà che forgia per l'uomo l'*habitus* di valori e diritti che fanno dell'individualità una persona.

Ma il secolare travaglio del *condere personam*[50] svela disparità tra uomini e donne in maniera paradigmatica nel XX secolo, età dei diritti[51], proprio nelle questioni etiche, bioetiche e giuridiche di inizio vita.

Si impone con modalità nuove un tema antico, declinato variamente dai femminismi, e divengono ancora legittime domande, rese retoriche dagli studi di genere: valori e diritti vestono con le stesse tutele uomini e donne? Definiscono davvero soggetti integralmente capaci e, oltre i limiti dell'astrazione, identificano persone pienamente riconosciute, dopo la grande stagione della riflessione delle donne che ha rimodulato la nozione di universalità, imponendole il riconoscimento delle differenze? E persona non è forse il termine che serve a mettere faccia a faccia nella modalità di un conflitto insanabile donna ed embrione? L'affermazione che l'embrione è

48 Anche su questo secondo filone la bibliografia ha assunto nel corso degli anni una consistenza amplissima. Per l'articolazione del dibattito filosofico in Italia intorno ai temi bioetici restano fondamentali U. Scarpelli, *Bioetica laica,* cit.; E. Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali,* 1999; ma per una rassegna e una problematizzazione delle posizioni, cfr. G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, cit.; Id., *Laicità debole e laicità forte*, cit.

49 *De abortu procurato,* in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1979, vol. 5, 431.

50 Per parafrasare il virgiliano «*Tantae molis erat romanam condere gentem*», (Virgilio, *Eneide*, I, v. 33), dai tanti significati come emerge dalla riscrittura hegeliana: «*Tantae molis erat se ipsam cognoscere mentem*» (G.W.F. Hegel, *Lezioni sulla storia della filosofia*, tr. it. di E. Codignola, G. Sanna, Firenze, 1967, vol. III, tomo 2, 411).

51 Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

persona non significa forse sciogliere la complessità dello specialissimo processo del «due in uno», che con la gravidanza si realizza nel corpo e nell'anima della donna? Scolpire a rilievo la priorità del concepito imponendogli le fattezze dell'infante[52], che invece è persona, non significa rinviare nell'ombra, con la madre, il femminile? L'insostenibile analogia tra vita in cammino verso la nascita e bambino – con ciò che per la donna consegue in termini di limitazione di libertà, sia decisionale sia di governo del suo corpo e della sua vita – non va considerata un tentativo ancora operante di monopolizzare autoritativamente il potere di «parola» sulla vita?

È mia convinzione che l'enfasi posta sull'embrione separato dal processo duale che si svolge, in condizione di dissimmetria dei due, nel corpo femminile minaccia di produrre la regressione delle donne a non-persone, violando l'*habeas corpus,* il diritto di non subire l'azione di un potere esterno sul proprio corpo. Ma a essere minacciata è anche l'effettualità dell'*habeas animam*, il diritto da parte della singola soggettività di esercizio di consapevole autonomia, di libertà e responsabilità rinnovate nei loro sensi. Il diritto, in definitiva, di essere riconosciuta come persona «costituzionalizzata»[53], tutelata da un rimando a principi e norme capaci di presidiare l'intangibilità del suo essere fatta di esistenza e storia, corpo e anima per così dire.

Anima: parola gravata da ambiguità e forse desueta per l'insostenibile fardello della tradizionale separazione dal corpo, e soprattutto dalla sua temporalità, e tuttavia riscattabile da questo suo passato se proposta come *facies* dell'unicità di ciascuno[54], unicità disegnata da libertà di «dare inizio», da spontaneità ma anche da bisogni, sentimenti e convinzioni che abitano l'interiorità priva di luogo, ma che sono da tutelare nello spazio intramondano. In questo senso evocare l'anima potrebbe addirittura rendere immediatamente percepibile la potenza trasformativa inscritta in ogni pensiero che

52 Cfr. E. Betta, *Animare la vita. Disciplina della nascita tra medicina e morale nell'Ottocento*, Bologna, 2006; Id., *L'altra genesi. Storia della fecondazione artificiale*, Roma, 2012.

53 Cfr. S. Rodotà, *Il nuovo* habeas corpus: *la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione,* in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 169 ss.

54 Che l'idea di anima in quanto «il tutto dell'esperienza che ha per centro il soggetto» divenga garante dell'irriducibilità dell'essere umano (unità psicofisica, singolo dalle dimensioni plurime e soprattutto attraversato da storicità) ad astratte categorie universali e faccia da baluardo a qualsivoglia forma di riduzionismo trova ragioni solide in Karl Jaspers, filosofo ma anche scienziato che del riduzionismo fu fiero avversario: cfr. almeno le argomentazioni da lui svolte nel volume del 1913: K. Jaspers, *Psicopatologia generale*, Roma, 1965.

rivendica l'appartenenza del corpo al «sé» di ciascuno, e che considera le «ragioni del cuore»[55] come legittime cittadine della sfera pubblica.

Proprio le questioni bioetiche di inizio vita rivelano a uno sguardo approfondito fino a che punto il rapporto tra donna ed embrione sia emblematico di forzate parcellizzazioni. È appena il caso di ricordare che il tentativo – reiterato nel tempo – di scindere il processo che coinvolge madre e concepito, facendo dell'embrione un *homunculus* in cammino verso la nascita, contrassegnato infine dall'identità di persona[56], è parte di una secolare strategia di trasformazione del corpo femminile in organi riproduttivi e in contenitore capace di gestazione, dell'anima in soggettività astratta, depurata, mi verrebbe da dire rubando parole a Garcia Lorca, della carne del corpo e della carne dell'anima[57], funzionale al controllo pubblico sulla donna, oggetto di esercizio di più poteri: scientifico, giuridico, politico, mediatico. La limitazione di questi poteri, in cui tanta parte hanno giocato pensiero e prassi dei femminismi, è diventata tema della riflessione delle donne soprattutto a partire dagli anni della discussione intorno alla regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza. Ma vorrei richiamare sinteticamente i nodi più significativi che, in quel contesto, sono finalmente venuti alla luce del dibattito pubblico. Il primo dei dati inaggirabili che alimentava conflitti, oggi spesso rinviato nell'ombra, era l'urgenza del problema sociale dell'aborto clandestino, con i rischi di malattia e spesso di morte, di cui la legge infine si è fatta carico. Era lotta delle donne per non morire. Altrettanto ineludibile e sentita era per le donne la necessità di rivendicare l'autodeterminazione, cioè quella capacità decisionale che, ancora non pienamente riconosciuta, rappresentava una sostanziale limita-

55 Evoco «le ragioni del cuore» pensando alla portata concettuale dell'espressione pascaliana, con la sua potenzialità di liberazione dall'angustia di ogni conoscere che si stratifichi in sapere via via «istituzionalizzato», chiudendosi su se stesso: cfr. B. Pascal, *Pensieri*, *Opuscoli, Lettere*, a cura di A. Bausola, Milano, 1990, 585). Ma tornando in specifico al tema di queste mie pagine vorrei ricordare la performatività sul piano etico-politico dell'esigente richiesta, avanzata da pensiero e prassi delle donne, di osmosi tra interiorità e esteriorità, privato e pubblico, e soprattutto del riconoscimento istituzionale che tale osmosi esige.

56 In Italia il nodo è sciolto dalla Corte Costituzionale nel 1975. La sentenza della Consulta fa riferimento all'art. 2 della Costituzione relativo alla salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo, ai fini della tutela del concepito, per affermare che «[...] non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare» (Sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975, www.cortecostituzionale.it). La sentenza apre la strada alla legge 194/1978.

57 F. G. Lorca, *Sera*, in *Poesie,* cit., 145.

zione delle libertà e della cittadinanza. In definitiva la dicibilità giuridica dell'aborto, nella forma di una equilibrata regolamentazione, costituiva la prima rimozione dell'obbligo di portare a termine una gravidanza vissuta per varie ragioni come insostenibile. In realtà la rivendicazione di libertà decisionale parlava in Italia del dramma delle donne schiavizzate dalla minaccia di gravidanze non volute, di delitto d'onore, di matrimoni riparatori che cancellavano il crimine della violenza carnale e condannavano le donne all'ergastolo della vita coniugale con il proprio stupratore.

L'autodeterminazione significava innanzitutto la possibilità della piena fruizione dell'*habeas corpus* come compimento della cittadinanza. È questa la ragione fondamentale per cui in Italia la legge 194 si configurò nel dibattito pubblico con una portata analoga a quella avuta in precedenza dal riconoscimento del suffragio alle donne, come tante volte ha ricordato Anna Rossi Doria[58]. Si trattava davvero di un punto di approdo del femminismo impegnato nella lotta per i diritti, ma anche di una svolta per l'estensione e l'approfondimento del pensiero della differenza, delle differenze. La liberazione da antichi vincoli apriva comunque ulteriori spazi di libertà. Una libertà che tendeva alla creazione di nuovi ordini del mondo, anche di un ordine morale in grado di tenere diversamente conto della vita nascente, come il prosieguo della storia ha via via dimostrato[59].

D'altronde l'acquisizione di piena cittadinanza, il consolidamento dei diritti fondamentali per tutti, dei «valori freddi» della democrazia, per evocare una pagina di Claudio Magris dedicata a Norberto Bobbio[60], rendono

58 Tra i tanti e fondamentali lavori di Anna Rossi-Doria vorrei ricordare almeno Ead. (a cura di), *La libertà delle donne. Voci della tradizione politica suffragista,* Torino, 1990; Ead., *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Firenze, 1996; Ead., *Dare forma al silenzio. Scritti di storia politica delle donne*, Roma, 2007.

59 Appartiene ad anni recenti l'attenta considerazione e lo sviluppo di un'etica della responsabilità verso ogni «altro», rinnovata nella sua semantica e impegnata, con coraggio, nella difficile sfida di pensare anche l'alterità specialissima che è l'embrione nel suo dipendere dal corpo della donna. Illuminante in tal senso è la controversa riflessione di Anna Bravo: una riflessione nutrita di laicità, se laicità significa rivisitare, rivedere e continuamente ripensare alla luce di situazioni nuove tesi consolidate e divenute ortodossia, come spesso accade anche nel pensiero delle donne. Riflettendo, in un contesto storico-culturale lontano dalle emergenze degli anni Settanta e mutato anche grazie al discorso e alla pratica della bioetica, Anna Bravo, senza rinnegare nessuna delle battaglie per la legge 194 e tanto meno metterla in discussione, apre un dibattito sui valori della vita e della vita embrionale, che, in dissenso o in consenso, merita attenzione. Cfr. A. Bravo, *Noi e la violenza. Trent'anni per pensarci*, in *Genesis*, 2004, III, 1, 17-56.

60 Cfr. C. Magris, *Il maestro laico che manca all'Italia* in Id., *Livelli di guardia. Note civili*, Milano, 2011, 105 ss.

possibile una più ampia considerazione dei «valori caldi» della vita, quei valori il cui riconoscimento pubblico, giuridico e politico è stato, sempre e comunque, nei contesti più diversi, uno dei grandi temi del pensiero delle donne. Nel caso della legge sull'IVG erano in ballo i «valori freddi» della democrazia – la piena cittadinanza delle donne, un *habeas corpus* che infine rendesse effettuale un mai dichiarato *habeas animam* – che comunque facevano tutt'uno con i «valori caldi» della solidarietà per le donne ridotte a veicolo di nascite, senza che fosse cancellato il dolore etico per la vita non destinata ad arrivare alla luce del mondo (o alla tenebra, come tanto spesso accade, quando il percorso per giungere alla vita non è illuminato da sensi e valori scaturiti dalla genitorialità liberamente e responsabilmente voluta). Fu necessario ragionare come aveva fatto la Consulta: tenere fermo il principio del diritto alla vita e riconoscere la dissimmetria. Oltre ad essere persona, come la Consulta aveva dichiarato, e dunque in una condizione diversa dall'embrione che viveva nel suo corpo e del suo corpo e anima, la donna era la più fragile. Oggi, con la legge e anche per merito di quella legge, una donna che ricorra all'aborto senza essere in condizione di vulnerabilità socio-culturale, civile, politica, dunque in un contesto profondamente mutato, incorre in un grande «scacco»[61] etico e politico. Tragicamente diversa è ancora la condizione delle migranti discriminate rispetto al godimento della piena cittadinanza, spesso al di qua di ogni *habeas corpus*, a distanza ancora abissale da ogni *habeas animam*.

Nessun dubbio può sussistere sul fatto che la legge 194 resta incancellabile. Per difendere la vita nascente non è tollerabile alcuna regressione al di qua della legge, che sarebbe regressione di civiltà. Resta, al contrario, fondamentale la persuasività di un dibattito etico che consideri tutti i valori in campo nel contesto delle situazioni e che sia in grado di produrre discernimento e distinzioni, dunque un illuminato esercizio di responsabilità.

La creazione di embrioni al di fuori del corpo femminile, esito dell'avanzamento delle tecnoscienze, ha collocato la questione in più ampio contesto problematico. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno suscitato un'accesa discussione relativamente a possibilità e limiti dell'intervento sull'embrione nella fase che precede il trasferimento nell'utero materno. Certo la novità è radicale. Eppure parte del patrimonio etico-giuridico acquisito in forza del dibattito sull'IVG offre riferimenti

61 Per l'aborto come «scacco del pensiero» cfr. S. Vegetti Finzi, *Volere un figlio. La nuova maternità fra natura e scienza,* Milano, 1997, 83 ss.; per la dimensione etico-politica dello «scacco», che implica certo una messa in discussione di libertà e diritti, cfr. C. Mancina, *Oltre il femminismo*, cit., 85 ss.

preziosi, a partire innanzitutto dalla responsabilità decisionale, carica di implicazioni, riconosciuta alla donna[62], sia pure in termini differenziati, a livello internazionale. Anche in considerazione di questo retaggio, paradossale si è configurata la legge 40/2004, via via nel tempo svuotata dalla prassi giurisprudenziale[63] dei suoi contenuti più pesantemente lesivi di diritti e valori maturati in decenni di dibattito pubblico e di riflessione etico-giuridico- politica.

Sicuramente l'esperienza, mai prima vissuta, di un embrione fuori del corpo materno, direttamente accessibile a manipolazioni, ha imposto, e continua a esigere, un supplemento di riflessione e valutazione. Il richiamo di Habermas, discutibile e discusso, ai rischi che minacciano l'autocomprensione stessa dell'umano[64] e l'attenzione internazionale che ha suscitato testimoniano le inquietudini connesse al tema e lo sforzo di accedere a soluzioni capaci di contemperare bisogni e tutelare istanze umane fondamentali.

Vorrei infine accennare alla questione della gestazione per conto di altri, a un tema quindi che appare problematico[65], per più ragioni, ivi inclusa la possibilità che essa comporta di rendere genitori *single* e coppie omosessuali.

Rinviando a un'altra occasione l'approfondimento di questo tema, che chiama in causa libertà e diritti, a mio giudizio da garantire, vorrei fare qualche considerazione sempre in merito alle donne e alla loro storia.

---

62 Un mutamento di scenario è ipotizzabile solo nel caso, ancora futuribile, di un utero artificiale, capace di sostituire fin dalle prime fasi dello sviluppo embrionario il corpo della gestante e dunque di trasformare il processo del due in uno.

63 Progressivamente smontata da numerosissimi verdetti, la legge 40/2014, per tanti aspetti una «legge contro» come fu definita al tempo del *Referendum* abrogativo, poi vanificato dal mancato raggiungimento del *quorum*, conserva oggi solo il divieto di ricerca sugli embrioni e il diniego di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso e per i *single*. Decisiva è stata la sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2014, n. 162 (*Gazzetta ufficiale*, 1ª serie speciale, 18 giugno 2014, n. 26) che dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

64 J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002.

65 Per ragioni di brevità mi limito in queste mie pagine solo a un accenno, ma trovo di particolare interesse per un confronto sulle diverse opzioni emergenti negli Stati Uniti e in Europa rispetto alle pratiche di gestazione di sostegno i saggi di H. Marway, *La gestation pour autrui commercial: droit et étique* (173-181); J. Merchant, *Une gestation pour autrui «étique» est possible* (183-189); D. Roman, *La gestation pour autrui un débat féministe?* (191-197); L. Brunet, *La globalisation internazionale de la gestation pour autrui* (199-205), confluiti nel numero 28/2012 della rivista *Travail, genre et societés*.

Il ricorso al corpo di una donna, diversa dalla madre, per consentire la vita non è una novità in assoluto: la surrogazione dell'allattamento nella secolare pratica del baliatico propone un'esperienza tecnicamente ma forse non eticamente diversa. Se nel baliatico[66] e nella gestazione per conto d'altri sono chiamate in causa parti differenti del corpo femminile, unica e indivisibile è l'identità della donna che volontariamente supplisce la pratica di cura vitale pre- o post-natale. Dunque la figura della madre transitoriamente sostitutiva non è inedita. È inedita la sensibilità etica che essa suscita. Certo appartiene ai drammi non detti delle storie femminili l'ormai felicemente desueto «lavoro» della balia, che vende il seno e il nutrimento per indigenza, e, se costretta a trasferirsi lontano da casa presso chi le dà lavoro, rischia la morte del proprio figlio difficilmente in grado di sopravvivere alla alimentazione con latte vaccino. Lo sfruttamento delle donne povere, che rischiavano di perdere i propri neonati, un tempo non aveva peso «giuridico», né suscitava problemi «etici». Facendo tesoro di questa eredità di sofferenza e di mancate tutele, si può affermare che la possibile contiguità di senso di baliatico e surrogazione di gestazione deve rendere evidente un unico inaggirabile problema: la disparità di condizioni, il rischio di riduzione del corpo a merce in un contesto in cui il bisogno di alcuni fa da *vis a tergo* per le istanze di altri. Le garanzie di piena libertà, innanzitutto dal bisogno, e di diritti restano dunque un punto cruciale. E ovviamente fa differenza il ricorso all'uso del corpo in un contesto in cui esso è ormai parte del sé di una persona, in un rapporto non di proprietà ma di appartenenza[67]. Il che rende eticamente e bioeticamente insufficiente la soluzione, per alcuni giuridicamente sostenibile, del contratto[68]e della retribuzione, e apre l'orizzonte del dono, della generosità solidale che, per non essere deprivata dei suoi sensi e valori, necessita di tutele che azzerino disparità produttive, anche sotterraneamente, di coazioni.

---

66 Per l'analogia tra maternità surrogata e baliatico molto presente nel dibattito intorno alla madre supplente cfr. almeno P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009; A. Santosuosso, *Corpo e libertà: una storia tra diritto e scienza*, Milano 2001. Considera un «radicale salto di qualità» il passaggio dal baliatico alla gestazione sostitutiva Chiara Saraceno, cfr Ead., *Non è solo questione di tolleranza,* in *Iride*, n. 68, gennaio-aprile 2013, 97.

67 Cfr. P. Zatti, *Maschere..,* cit., 53 ss.; cfr. Id., *Principi e forme del governo del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo, Trattato di Biodiritto,* cit., tomo I, 99 ss.; D. Le Breton, *L'appartenance du corps,* ibid., 77 ss.

68 A sostenere la posizione del contratto è C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, 1992. Per i diversi profili del contratto che chiama in causa la sessualità cfr. V. Zeno-Zencovich, *Approcci diversi a contratti e sessualità*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo* in *Trattato di biodiritto*, cit., tomo I, 873-886.

Teresa Vicente Giménez

LA BIOLOGÍA, EL INICIO DE LA VIDA, Y LOS DERECHOS HUMANOS

Sumario: 1. La interdisciplinariedad críticamente fundada. 2. Ecología y derechos humanos: del antropocentrismo la ecocentrismo. 3. Ecología, genética y derechos humanos: la premisa de la indisponibilidad. 4. La biotecnología como política de reproducción: la refexión bioética y la regulación normativa. 5. Bibliografia

1. *La interdisciplinariedad críticamente fundada*

La interdisciplinariedad críticamente fundada. La biología, las ciencias de la vida y en un sentido específico los avances de la ecología y la genética, suscitan serias controversias en relación con la noción de derechos humanos sobre la que se ha construido política, jurídica, moral y económicamente la modernidad. Aunque la revisión de los valores clásicos modernos es denunciada desde la crítica de la postmodernidad, se trata ahora de una revisión global de estos valores, ante los cambios que experimenta la vida humana en la era posgenómica, y la vida en el planeta en la era del cambio climático. Se trata de la irrupción de una nueva complejidad científica, de una nueva conciencia humana y de un cambio de paradigma cultural, que permita al ser humano gestionar la nueva situación de incertidumbre a la que se enfrenta, para lograr una adaptación creativa de sus formas de vida a la nueva realidad.

La interdisciplinariedad que caracteriza el quehacer epistemológico y metodológico de los último años, logra aproximar los contenidos y las conclusiones de las ciencias de la vida y de las ciencias sociales. En este sentido, el encuentro entre el Derecho y la Biología, ahora llamado Bioderecho, trata de abordar conjuntamente cuestiones básicas para el desarrollo de la vida, como la manipulación genética o la destrucción ecológica. Este nuevo conocimiento de la realidad de la vida, que arranca del dato o hecho que muestra la ciencia, habrá de lograr su juridificación, esto es, habrá de ser regulada. La nueva complejidad de la realidad, que nos muestra la era posgenómica y la era del cambio climático, tiene que entrar a formar parte de la complejidad que caracteriza al sistema jurídi-

co. Y para ello habrá de ampliar el contenido ético-jurídico de los derechos humanos en el marco democrático actual.

De una lado, los avances de la ecología y de la genética implican la construcción de nuevas generaciones de derechos humanos, como los derechos ecológicos, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz o las garantías frente a la manipulación genética. De otro lado, plantea como cuestión crítica de sí estas nuevas realidades que configuran las sucesivas generaciones de derechos humanos, pueden ser asumidas por el Estado de derecho en su construcción histórica actual, o si se precisa de una proyección futura alternativa, dentro de una nueva visión cosmopolita, abierta y solidaria.

2. *Ecología y derechos humanos: del antropocentrismo al ecocentrismo*

La relación de complementariedad entre la ecología y los derechos humanos viene dada por una nueva concepción ecocéntrica del mundo, que desplaza al antropocentrismo que ha dominado a la cultura moderna hasta nuestros días. En este sentido, los conocimientos de la ecología y sus implicaciones éticas y jurídicas, han impulsado el avance de la Teoría de la Justicia hacia un nuevo paradigma de Justicia ecológica. De tal modo, que sus exigencias se concretan en una nueva generación de derechos[1] humanos como derechos ecológicos, los cuales deberán ser reconocidos y garantizados por los ordenamientos jurídicos democráticos del siglo XXI.

El avance de la conciencia de la humanidad desde una conciencia individual y social hacia una conciencia ecológica e integradora, se manifiesta en la amplitud de la ética ecológica o ética de la vida, en la entrada del problema ambiental a la agenda política nacional e internacional, y en cómo el medio ambiente pasa a formar parte de la regulación jurídica nacional e internacional. Desde esta nueva visión integral de la realidad se reclama ahora, que la protección ecológica de la Tierra descanse en un documento jurídico básico, como un nuevo pilar de la conciencia de la humanidad. Un tercer pilar, junto a los otros dos grandes pilares: la *Carta de las Naciones Unidas de 1945*, que regula las relaciones entre los Estados para la paz y la estabilidad de la comunidad internacional y la *Declaración Universal de derechos humanos de 1948,* que reconocen a todos los seres humanos unos derechos básicos que los respectivos gobiernos deben respetar y garantizar. En este sentido, la *Carta de la Tierra,* documento reconocido por

1 Teresa Vicente (coord.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 2002.

la UNESCO, podría constituirse en el tercer pilar capaz de soportar el *desarrollo humano sostenible y pacífico* del mundo moderno[2].

Conviene recordar que la ciencia moderna se construyó como ciencia de dominio de la naturaleza, y que los modos del conocimiento han seguido el principio lógico-positivista de la ciencia, estableciendo leyes positivas para describir la naturaleza de una manera racional, universal y homogénea, haciendo florecer el Movimiento del Positivismo. Esta concepción fragmentada de la ciencia positiva moderna de los siglos XVI y XVII, protagonizada por grandes pensadores como Descartes, Hume o Bacon, se encontró pronto legitimada por los intereses económicos del modelo capitalista de desarrollo occidental, lo que la convirtió en una cosmovisión dominante hasta nuestros días, donde la crisis ecológica que padecemos aparece como el resultado de este modelo de desarrollo en su radicalización neoliberal.

El antropocentrismo ha legitimado durante siglos una intervención humana sin límites en la transformación de la naturaleza, exponencialmente ampliada de la mano de la revolución industrial con el uso de los combustibles fósiles, la revolución tecnológica y el aumento demográfico, sobre la base errónea de una fuerza renovadora natural ilimitada. A partir de los años ochenta se sabe que la biocapacidad de nuestro planeta se ha desbordado, y es entonces cuando comprendemos que hemos excedido nuestra acción humana en manos de una técnica descarnada, y la pérdida de biodiversidad se convierte en una dura crítica del sistema, donde se cuestiona si la categoría jurídica de los derechos humanos es capaz de acoger también a los derechos de la madre Tierra. En este contexto destacar el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 de las Naciones Unidas.

La actual crisis global nos ofrece una oportunidad histórica de transformación, para convertir este momento crítico en una gran oportunidad para redefinir el modelo de desarrollo económico mundial, recuperando el sentido moral de nuestros actos y el sentimiento de la responsabilidad. Para ello hay que superar el resquebrajado positivismo materialista y su imponente construcción lógica, que niega la profundidad de la ética, el sentimiento de lo humano y la unión con la vida. Y esta superación del

2 M. Gorbachev, *La Carta de la Tierra en Acción,* Ámsterdam, 2006, 9-10.
La Carta de la Tierra es un documento adoptado por la UNESCO como guía para el desarrollo sostenible. Se trata de un tratado de los pueblos, que establece una serie de principios rectores para construir una futura sociedad global sostenible social y ecológicamente, ha sido el resultado de un proceso conversacional intercultural de más de una década que se llevó a cabo a nivel mundial, sin embargo su reconocimiento jurídico fue uno de los asuntos inconclusos de la Cumbre de la Tierra de Rio de 1992.

positivismo, que implica un giro epistemológico, es el gran paso que va a permitir pasar del antropocentrismo al ecocentrismo. Se trata de una nueva comunicación ecológica, que amplía la relación intersubjetiva en la que se basan los derechos humanos, a la relación intersistémica entre la humanidad y el medio natural, y que muestra como nueva unidad metodológica al ecosistema, ampliando así el núcleo del individuo como centro de la concepción moderna[3].

Con la crisis económica se empeoran las condiciones de vida, de libertad y de igualdad social para una parte significativa de la humanidad, y en los países pobres habrá menos acceso al crédito, lo que se trasladará inmediatamente a los programas de desarrollo, también habrá una reducción de los fondos de los donantes para la cooperación al desarrollo, lo que afectará seriamente a las balanzas financieras de los países pobres. Aunque en la última década algunas áreas de la tierra, como América Latina, han mejorado las libertades individuales y los derechos sociales, con un nuevo protagonismo del Estado social y la participación ciudadana, los países pobres tienen n su contra la reducción del crecimiento real de su riqueza en el momento en que reciban el impacto de la crisis.

Mientras los líderes mundiales se reúnen para salvar el sistema y preparar un nuevo plan para afrontar la crisis de los ricos, dentro del mismo modelo económico que intentan justificar como el único, al lado nace una conciencia colectiva en defensa de un nuevo significado de progreso como desarrollo humano sostenible en sentido social y ecológico. El derecho al desarrollo humano es un concepto en continua evolución, que en un primer momento de su reconocimiento aparece como *desarrollo humano* íntimamente ligado al enfoque de las necesidades básicas y al desarrollo social, para ampliarse más tarde con el concepto de *desarrollo sostenible*.

El *desarrollo humano sostenible* se enfrenta al concepto de crecimiento económico que mide el progreso de una sociedad a través de su avance en términos de renta per capita, y el crecimiento del PIB con la medida de éxito de un país, que incluye como una de sus partidas más onerosas el armamento, y que no tiene en cuenta la pobreza, la evolución del empleo, la desigualdad, o el deterioro ecológica. El *desarrollo humano sostenible* se amplía ahora a las generaciones futuras y a la capacidad ecológica de la tierra, esto es, como «el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (informe Brundtland). Definición de *desarrollo sostenible* que ha sido completada posteriormente en el sentido de que «el desarrollo sostenible

3 D. Birnhabcher, *Ökologie und Ethik*, Stuttgart, 1986, Germany, 5-6.

consiste en mejorar la calidad de vida humana sin rebasar la capacidad de carga de los ecosistemas que la sustentan» (documento *Cuidar la Tierra: revisión de la Estrategia Mundial para la Conservación*, elaborado por la UICN, el WWF y el PNUMA).

Desde la idea de *sostenibilidad social y ecológica* surgen los presupuestos científicos de una Justicia ecológica. Se trata de avanzar hacia un nuevo modelo de la Justicia, que asume la inclusión social y la integridad ecológica como una medida básica de legitimidad. Porque a la Justicia le corresponde el dar lo que le pertenece a cada cual, a la persona por su dignidad como miembro de la especie humana, y también, y de manera específica, al medio natural, por la propia idea de dignidad que se extiende ahora al principio vital que está presente en todas las formas de vida.

El desarrollo y amplitud de la Justicia ecológica se concreta en hacer prosperar una economía solidaria, donde cuentan no sólo al beneficio financiero, sino también al beneficio social, cultural y ecológico. Una economía que tenga como finalidad satisfacer las necesidades vitales y las capacidades de las generaciones presentes y futuras, y que sea capaz de respetar la vida en la tierra.

En nuestro días, el concepto de seguridad humana debe atender a tres principios fundamentales: el social, el ecológico y el pacificador, el concepto de seguridad de «armarse para defenderse» no corresponde a nuestro momento histórico de crisis global. Este otro concepto de seguridad humana fue definido por el *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo* (PNUD) en el 2004, y está compuesto por siete elementos: 1. Seguridad económica: ante la amenaza de la pobreza, 2. Seguridad alimenticia: ante la amenaza del hambre, 3. Seguridad de salud: ante la amenaza de las lesiones y la enfermedad, 4. Seguridad medioambiental: ante la amenaza de la polución, deterioro del medio ambiente y agotamiento de recursos, 5. Seguridad personal: ante la amenaza que incluye distintas formas de violencia, 6. Seguridad comunal: ante la amenaza contra la integridad de las culturas, y 7.Seguridad política: ante la amenaza de la represión política

3. *Ecología, genética y derechos humanos: la premisa de la indisponibilidad*

Del mismo modo que la ecología o ciencia de los ecosistemas suscita serias contradicciones al concepto de los derechos humanos y su fundamento moderno, también los avances de la ciencia genética crean controversias entorno a la idea de libertad sobre la que se asienta el núcleo irreductible de los derechos humanos desde su concepción moderna.

El pensamiento de la modernidad europea ha partido como presupuesto para el ejercicio de la libertad ética y como presupuesto para fundamentar la naturaleza igualitaria de todos los seres humanos, de la premisa de la indisponibilidad genética, esto es, de unas condiciones orgánicas de partida, y hoy en día este punto de partida o presupuesto fundamentador se ve desmoronado por el avance de las biociencias y las biotecnologías. Porque lo que la ingeniería genética pone a disposición es, precisamente, el contingente genético, lo que hasta hoy era indisponible. En la actualidad se empiezan a desarrollar técnicas que podrían permitir una manipulación genética de los seres humanos, algo que hasta ahora sólo se había permitido para formas de vida no humana.

En efecto, la manipulación genética nunca ha estado exenta de duras críticas y contradicciones políticas, jurídicas y sociales en torno a cuestiones tales como los alimentos tansgénicos y la soberanía alimentaria, los biocombustibles y los tratados de libre comercio, o la biotecnología y la agricultura ecológica. Pero es ahora, cuando la ingeniería genética podría alcanzar a la especie humana, cuando se pone en marcha nuestra autocomprensión, nuestra reflexión y nuestro actuar responsable como sujetos de lenguaje y de acción, hasta el punto de reclamar un esfuerzo de conciencia capaz de avanzar sobre unos postulados filosóficos modernos que ya no son prácticos. Se trata, como señala Dernard Edelman, de «reanimar la guerra de las luces contra oscurantismo, de la ciencia contra la teología, de Galileo contra la iglesia, de Voltaire y el asunto Callas, de Diderot contra la censura, etc.»[4].

La reflexión sobre los cambios sociales y los desequilibrios mundiales provocados por los avances científicos y teconológicos actuales, pretende establecer los límites de hasta donde podemos ir, y en esta reflexión se implican los ámbitos científico, ético y jurídico. La regulación legal, podría resolverse en «el derecho fundamental a una herencia genética no manipulada», en establece «la prohibición de clonar seres humanos», y «la prohibición de la eugenesia positiva orientada a la selección de personas», como recogen las normas de derechos humanos en el ámbito universal, regional y nacional.

Así, en el marco universal, la organización que toma la iniciativa es la UNESCO: la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos* Humanos de 11 de noviembre de 1997, adoptada en la 29ª Conferencia General de la UNESCO en París, y que al año siguiente la Asamblea General hizo suya la Declaración en su Resolución AIRES/53/152, el 9 de diciembre de 1998, en su 53ª sesión; la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, adoptada en la 32ª Conferencia General de

4 D. Edelman, *Genética y Libertad*, en *Droits*, *Revue Francaise de theorie juridique*, *nº13 biologie, pernone et droit*, 1991, París, 33.

la UNESCO, el 16 de octubre de 2003; la *Declaración Internacional sobre Bioética y Derechos Humanos*, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005; y, como instrumento internacional para la protección del genoma humano y contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/59/280, de 23 de marzo de 2005. En el marco regional del Consejo de Europa, el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medina (Convenio relativo a los derechos humanos y biomedicina)*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que En España entran en vigor en el 2000. Y en el marco nacional, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica;* la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*; o la *Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre investigación biomédica*.

En un sentido más amplio, cuando la cuestión que se plantea es de tal alcance que implica la comprensión de toda la humanidad, la respuesta va más allá del ámbito jurídico, para ir a buscar una respuesta ética. En este sentido, la respuesta puede ser abordada desde una ética de la ética de la tierra, donde la ética comprende la vida no humana y el medio no viviente como nivel más elevado de la evolución ética (Aldo Leopold, 1949).

4. *La biotecnología como política de reproducción: la reflexión bioética y la regulación normativa*

La cuestión ético-jurídica o iusfilosófica que se plantea ante la nueva situación, donde las condiciones orgánicas de partida para la futura biografía de una vida humana podrían ser manipuladas intencionadamente por otras personas, es la de regularizar, o bien desregularizar. Ahora bien, que sean las preferencias individuales del libre mercado las que emprendan un trayecto sin límite en las cuestiones relacionadas con el desarrollo biogenético, supone permitir que la ideología del libre mercado bajo el signo de la globalización neoliberal, entre en el espacio del desarrollo natural de la cadena de la vida, ahora desde la perspectiva de la biotecnología.

Ciertamente, los avances de la genética ofrecen cada vez una mayor disponibilidad biotecnológica, que enfrenta «lo que podemos ser biotecnológicamente» con lo que «somos por naturaleza», y de ahí el gran peligro de la eugenesia liberal: que el reino de la libertad cruce la frontera de la

base natural indisponible que hasta ahora había estado protegida. Se trata de la naturaleza interior, la naturaleza subjetiva, que pasa de indisponible a disponible, y este desplazamiento modifica la base estructural de nuestra experiencia moral, y provoca un cambio de conciencia o de autorreferencia de la persona.

Que la manipulación de los genes pueda afectar a la identidad de la especie, conforma una nueva conciencia del ser humano como pertenencia a una especie, y esta representación mental del individuo global como especie humana va construyendo, al mismo tiempo, un nuevo sujeto para las representaciones jurídicas y morales. Esta nueva situación que Habermas califica de «la posibilidad de una apropiación autocrítica de la historia de la propia formación Individual»[5], genera una nueva relación interpersonal que no se conocía hasta ahora, la de que la persona adulta depende a ciegas de la decisión no revisable de otra persona, sobre la que no tiene ninguna oportunidad de reproducir la necesaria simetría para un trato entre personas libres e iguales según los dictados de una autorreflexión ética. Si bien es cierto que no cualquier manipulación de cualquier gen puede afectar a la identidad de la especie, y por ello habría que definir primero qué entendemos por especie y cuáles son los genes que la definen, basta con pensar en que hay enfermedades genéticas humanas causadas por la pérdida de uno o más genes, o incluso por la inserción de nuevas secuencias de ADN y, claro está, también son humanos quienes padecen esas enfermedades.

Desde la óptica neoliberal, y la defensa del *laissez-faire*, donde la ciencia, la técnica y la economía sostienen una gran alianza, sí se debería garantizar la libertad de la autonomía científica hasta el punto de la total desregularización, sobre todo con vistas al incremento económico que la prosperidad entendida como productividad podría generar, y a las expectativas políticas de ampliar los espacios de decisión individual. Sin embargo, desde la óptica de un Estado social con compromisos ciudadanos, todos los seres humanos deberían tener las mismas oportunidades para configurar su proyecto de vida.

Lo que en cualquier caso sí parece claro es que cuestiones que conciernen al centro neurálgico de nuestra construcción moral, y a la continuidad de la vida tal y como la conocemos, no pueden sustraerse a las razones del desarrollo del discurso moral intersubjetivo. Aunque el discurso intersubjetivo requiera una revisión profunda del presupuesto analítico que hasta el momento ha mantenido unidas la indisponiblidad genética del comienzo autobiográfico y la libertad de configurar éticamente el proyecto de vida personal. De tal modo, que la

5 J. Habermas, *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?,* Barcelona, 2002, 25-26.

individualización, que se inicia con el indisponible genético y culmina con la socialización, y que convierte a un ser natural en una persona en el pleno sentido de la palabra, titular de derechos humanos y, por tanto, con protección legal, se ve ahora seriamente comprometida con el desarrollo de la técnica genética que hace disponible las marcas genéticas.

En definitiva, el debate actual sobre la necesidad de regular normativamente la instrumentalización de la vida humana tendrá que resolverse en un entorno discursivo neutral y amplio, donde la racionalidad moral que precisa la solución normativa no dependa del poder decisorio de un grupo de ciudadanos asentados sobre modos de vida privilegiados, sino que se tengan en cuentan las diferentes imágenes del ser humano.

La investigación y el desarrollo de la ingeniería genética se justifica por su capacidad de nutrición, mejora de la salud y prolongación de la vida, pero también tenemos que pensar que en las sociedades liberales son los mercados los que pueden tomar las decisiones eugenésicas, dirigidos por el interés del beneficio, y es ahí donde se intenta trazar la frontera entre la eugenesia negativa o curativa y la eugenesia positiva o perfeccionadora.

De cualquier modo, la decisión de resolver esta difícil controversia bioética en un marco de comunicación intersubjetiva y en base a una argumentación jurídico-moral, permite recoger algunos de los argumentos que se han planteado en abierto contraste a una posible eugenesia liberal:

a) El presupuesto ético estabilizador que la indisponiblidad genética suponía para la moral racional de los derechos humanos en su construcción moderna se altera profundamente. En este sentido, la autotransformación eugenésica altera la manera de entendernos como seres vivos autónomos e iguales orientados a razones morales, y muestra otras formas de vida que se alejan de aquellas estructuradas normativamente según los presupuestos igualitarios de la moral y el derecho.

b) Nuestra comprensión moral como personas capaces de «poder ser sí mismo», y para mantener esta imagen la persona necesita experimentar su cuerpo como algo natural, como continuación selectiva de la vida orgánica y autorreguladora. En este sentido vivimos la libertad con referencia a algo natural indisponible que engendra la esperanza descubrir todo su potencial y que ahora es puesto a disposición de terceros.

c) La irreversibilidad de las consecuencias de la manipulación genética unilateral, que impide poder invertir condiciones impuestas. En este sentido se pierde la oportunidad histórica de transformación, aunque también es cierto que este cambio de perspectiva de la comprensión moral del sujeto no tiene que llevar necesariamente a una situación de autoalienación de sujeto, donde su imagen pase de construtor de proyectos a instrumentación

de terceros, sino a la serena aceptación de un progresivo descentramiento de la imagen geocéntrica del individuo como ser humano en el mundo.

En este temido horizonte de la manipulación genética, la legitimidad de una ética de la especie ampliada a una ética de la vida deberá actuar, mediante los principios de cautela y prevención, como guía para comprender, respetar y armonizar la libertad y la continuidad de la vida. Y este gran paso adelante que significa la ética de la vida, modifica el lenguaje moral actual, ampliando el concepto y el fundamento de los derechos humanos desde las raíces del individualismo al proyecto solidario de una nueva visión de la humanidad, de la vida y del cosmos.

5. Bibliografia

BAUMAN, Z., *El tiempo apremia*. Arcadia, Barcelona, 2010.

HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal*?, Paidós, Barcelona, 2001.

LYOTARD, J-F., *La condición postmoderna*, Cátedra, Madrid, 1984.

MACIP, S., *Inmortales y Pefectos. Cómo la medicina cambiará radicalmente nuestras vidas*, Destino, Barcelona, 2008.

VVAA, *Droits, Biololgie, Personneet Droit*, Revue Française de Théorie Juridicque nº13.

VVAA, *Law and the Human Genome Review*, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 24.

VICENTE, T. *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 2002.

Pasquale Giustiniani

INDIRIZZI BIOETICI DI AREA CATTOLICA CIRCA ALCUNE QUESTIONI DI SALUTE RIPRODUTTIVA

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'apporto della prospettiva cattolica in alcune questioni d'inizio vita, alla luce della Legge italiana 40/2004. 3. Messe a punto terminologiche. 4. La rilevanza della prospettiva educativa. 5. Conclusione.

1. La Dichiarazione scritta – presentata, a norma dell'articolo 123 del regolamento n. 32, da alcuni membri del Parlamento europeo[1] –, invitava la Commissione e tutte le Istituzioni europee, sulla base di una precedente risoluzione del Parlamento stesso[2], a dichiarare il 2014 *Anno europeo per la conciliazione tra la vita lavorativa e la vita familiare*. Le politiche di conciliazione, nelle intenzioni dei firmatari – preoccupati delle urgenti sfide sociali, quali l'*evoluzione demografica*, la crisi economica e finanziaria, la disoccupazione, la povertà e l'esclusione sociale – dovrebbero essere, dunque, destinate a fornire strumenti in grado di consentire «alle donne e agli uomini, in tutti i modelli familiari, di avere una maggiore scelta per equilibrare la loro vita lavorativa e familiare sulla base delle loro necessità e preferenze individuali».

Al di là della nobile dichiarazione d'intenti, che fa comunque riferimento all'andamento demografico e alla gestione delle nuove vite, i peculiari riferimenti terminologici della Dichiarazione a «tutti i modelli familiari» (che suppongono in Europa la coesistenza di più di un modello di quella istituzione denominata tradizionalmente *famiglia*) e «alle preferenze individuali» (che ribadiscono il principio dell'autodeterminazione dei singoli individui, anche nei loro desideri e preferenze ed orientamenti, per esem-

1 Per il testo, cf http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WDECL&reference=P7-DCL-2012-0032&language=IT&format=PDF. Il testo, del 22.10.2012 (0032/2012) fu firmato da Marian Harkin, Elisabeth Morin-Chartier, Roberta Angelilli, Jutta Steinruck. Ai sensi del regolamento, qualora una dichiarazione raccolga la firma della maggioranza dei deputati che compongono il Parlamento, viene pubblicata nel processo verbale con i nomi dei firmatari ed è trasmessa ai destinatari senza tuttavia impegnare il Parlamento.

2 GU C 102 E del 28.4.2004, 492.

pio circa la vita in coppia e la generatività) mi sembrano indicare già dei precisi indirizzi, non soltanto giuridici, ma ideali, che caratterizzano ormai la «visione del mondo» dei Paesi dell'Unione Europea, con la quale – è stato ricordato anche nella stagione di papa Francesco che, pure, sembrerebbe preludere, se non proprio a una de-istituzionalizzazione della santa Sede, a una sorta di «secondarietà» degli aspetti istituzionali rispetto all'evangelizzazione e alle scelte preferenziali verso i poveri –, la santa Sede continua a intrattenere *rapporti diplomatici*[3], a riprova che, per il mondo cristiano-cattolico, la via maestra rimane quella del *dialogo istituzionale* coi vari Paesi, al di là degli eventuali dissensi o differenze sul piano del cosiddetto *lessico familiare*, col quale hanno a che fare, in *bioetica antropica,* le cosiddette *questioni d'inizio vita*.

Su alcuni aspetti di tale lessico – che, insieme con il nucleo familiare di una coppia eterosessuale che desidera una nuova vita, implica anche tutto ciò che abbia a che fare con la cosiddetta salute riproduttiva, cioè la genitorialità, la sessualità feconda, la progettazione responsabile di nuove nascite […] –, non pochi sono oggi i *distinguo* tra gli esperti di bioetica, come si cercherà di vedere nel prosieguo di questa riflessione. *Distinguo* che si articolano a partire dalla nozione stessa di *salute di coppia*, intesa non più come salute soltanto individuale, se si vuole tener in debito conto il fatto che, tra i diritti di quarta generazione, la salute viene considerata particolarmente degna di tutela, non solo in astratto, bensì con specifico riferimento non soltanto alla concretezza dell'individuo umano, definito oggi come non in salute o non pienamente in salute, oppure in completo benessere psicofisico, ma anche nella sua peculiare condizione relazionale di coppia. *Distinguo* che proseguono circa la nozione di vita familiare (che, tradizionalmente, garantiva le nuove nascite, ottenute su base eterosessuale). Tale nozione, secondo gli orientamenti ufficiali dei cattolici, esibirebbe un significato univoco (pur nelle differenti manifestazioni attuative sul piano sociologico), mentre, in contesto europeo, proprio nella direzione della salvaguardia dei diritti alla vita lavorativa di modelli familiari non necessariamente eterosessuali, si vanno invece modificando sia i modi di pensare che di operare. E così, mentre l'anno europeo mira alla «conciliazione» – indirettamente ravvisando, se non proprio l'esistenza di un conflitto, almeno dei ritardi accumulati – tra lavoro e diversi modelli di famiglia, la teorizzazione morale e teologica allude, piuttosto a un ambiente affettivo,

3 Cf *Nota informativa sui rapporti diplomatici della santa Sede (13.01.2014);* cf Bollettino della sala stampa della santa Sede: *http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2014/01/13/0025/00046.html*.

fatto di relazioni calde ed emotive – il clima «caldo» dei rapporti d'amore tra una donna e un uomo –, che viene ritenuto la condizione essenziale per la progettazione e la gestione delle questioni che oggi c'interessano, quali sono appunto la procreazione di nuove vite umane, la tutela della vita umana nascente, le scelte iniziali circa la scolarizzazione di coloro che sono i membri più giovani della comunità, la ripartizione delle responsabilità tra la coppia nell'ambiente domestico e nella vita lavorativa, e, prima di tutto, la questione della formazione (una vera e propria rigenerazione culturale) dei nuovi nati. Dal canto suo, infatti, la *Corte europea dei diritti dell'uomo* prende sempre più atto «dei cambiamenti sociali che hanno fatto sì che non esista più un'unica concezione di famiglia»[4], e di conseguenza va compiendo – soprattutto a partire da una sentenza del 2010 *(caso Schalck e Kopf c. Austria) –,* una vera e propria rivoluzione nelle modalità che favoriscano la conciliazione tra lavoro e famiglia, nel senso che – in un contenzioso relativo a una discriminazione di lavoro – «afferma a chiare lettere che la relazione affettiva di una coppia composta da individui dello stesso sesso rientra nella nozione di vita familiare»[5], ovvero finisce per considerare «che la tutela della vita familiare si estende anche alle coppie omosessuali»[6]. Si osserverà, in merito, che non si tratta soltanto di una decisione giuridico-pratica del livello europeo – peraltro non sempre recepibile nei diversi ordinamenti costituzionali nazionali (che spesso ascrivono le relazioni familiari al potere nazionale e non a quello dell'Unione) –, ma anche di modificazione degli orientamenti ideali con precisi risvolti di etica pubblica, rilevanti anche sul piano delle costruzioni simboliche degli europei, molti dei quali aderiscono alla confessione cattolica.

Da parte ecclesiale, invece, gli orientamenti etici e bioetici circa il *consorzio familiare* – come lo denominava san Giovanni Paolo II nella sua esortazione apostolica del 22.11.1981 – continuano a parlare di un compito fondamentale della famiglia eterosessuale (fondata sul matrimonio e qualificata dall'amore coniugale), che "è il servizio alla vita, il realizzare lungo la storia la benedizione originaria del Creatore, trasmettendo nella generazione l'immagine divina da uomo a uomo"[7]. In sostanza, in que-

4 M. Chiara Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli 2012, 92.

5 Ivi, 93.

6 Ivi, 97.

7 Giovanni Paolo II, Esortazione apostolica *Familiaris consortio circa i compiti della famiglia cristiana nel mondo d'oggi (22.11.1981),* 28: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_it.html.

sta prospettiva magisteriale, «Il fecondo amore coniugale si esprime in un servizio alla vita dalle forme molteplici, delle quali la generazione e l'educazione sono quelle più immediate, proprie ed insostituibili»[8]. L'orientamento dottrinale viene ribadito dai libri liturgici, secondo il principio *lex orandi, lex et credendi*. Per quanto riguarda l'Italia, il nuovo *Rito cattolico del matrimonio* (2004), afferma chiaramente, nelle Premesse generali, che matrimonio e amore coniugale sono ordinati, per loro natura stessa, alla procreazione, per cui i coniugi cristiani esprimono e partecipano al mistero di unità e di amore fecondo tra Cristo e la Chiesa[9].

Di fronte ai nuovi processi socio-culturali (nei quali fanno la parte del leone le possibilità tecnoscientifiche, le quali, oltre ad assistere le coppie con problemi di sterilità o infecondità, rendono possibile la creazione di prodotti embrionari da gameti esogeni alle coppie stabili), l'orientamento cattolico sente chiamare in causa non soltanto l'autodeterminazione e le preferenze in campo familiare e procreativo, ma anche le nozioni di dignità della persona, di non-discriminazione tra soggetti umani in base alla razza, religione o sesso. Di conseguenza, da parte religiosa, viene ribadita una prospettiva personalistico-teologica, disponibile ad accettare perfino la condizione di sterilità coniugale, non tanto come patologia a cui dover ovviare tecnicamente, quanto come occasione per prestare altri servizi alla vita da parte delle coppie desiderose di genitorialità. Si tratta di precise esigenze, proposte come ontologiche e «naturali» che, tuttavia, *in partibus infidelium*, appaiono null'altro che un ennesimo esempio di un modo di procedere che utilizzerebbe argomentazioni desuete e frenanti sul piano etico-sociale, e quindi inibisce un più ampio ripensamento della concezione stessa delle femmine e dei maschi umani nei diversi modelli familiari, che non possono più limitarsi, si dice da parte non ecclesiastica, a guardare la filiazione nelle sole prospettive

8 Ivi, n. 41.

9 Cf *Rito del Matrimonio*, Premesse generali, soprattutto n. 8; per il testo, cf http://www.liturgia.maranatha.it/Matrimonio/p1/1page.htm. Tutti ricorderanno il sofferto verdetto della *Humanae vitae* di papa Paolo VI (25 luglio 1968). Lo stesso Pontefice ricorda i cambiamenti che hanno richiesto una nuova riflessione: rapidi mutamenti demografici; condizioni socio-economiche che non consentono un numero elevato di figli; nuovo ruolo della donna e diversa configurazione dell'amore coniugale e degli atti coniugali relazionati a questo amore: dominio ed organizzazione razionale dei ritmi della natura. Di qui le domande: «Se non si possa ammettere [...] che la finalità procreativa appartenga all'insieme della vita coniugale, piuttosto che ai suoi singoli atti; [...] se, dato l'accresciuto senso di responsabilità dell'uomo moderno, non sia venuto per lui il momento di affidare alla sua ragione e alla sua volontà, più che ai ritmi biologici del suo organismo, il compito di trasmettere la vita» (n. 3).

generative delle *persone di genere femminile e maschile*[10]. Di qui, quasi ripetendo, sotto altre forme, il conflitto ottocentesco tra evoluzionismo e creazionismo, ci si distanzia dal'auspicata atmosfera di conciliazione, non soltanto tra famiglia e lavoro, ma addirittura tra famiglia e famiglia, divise tra loro da orientamenti ideali di riferimento, se non proprio antitetici, certamente differenti. Ecco perché qualcuno, in ambito teologico cattolico e non solo, invita oggi a partire dal *bios* piuttosto che dall'essere, per costruire una diversa antropologia della vita nascente. Siffatta visione, nella teoria darwiniana, dovrebbe vedere come una «sineddoche della biologia contemporanea»[11], ovvero dovrebbe raccogliere la sollecitazione ottocentesca «a prendere atto del dato per cui prima ancora della possibilità fattuale di una ibridazione tra tecnica e vita, è possibile ipotizzare un'ibridazione concettuale tra queste due (così distanti?) dimensioni dell'essere». Darwin, in sostanza, ci avrebbe già invitato «a pensare il dato naturale come tale, già di per sé, entro la dimensione biotecnologica della produzione»[12]. In quest'ottica, per la selezione naturale – la quale accade soltanto se si dà la possibilità di agire su corpi assoggettabili a indefinite variazioni e trasformazioni –, dovremmo avviarci a pensare i viventi come altrettanti prodotti di una perenne attività selettiva, ovvero come dei «materiali sperimentali» su cui, attraverso i corpi umani e le loro terminazioni medico-tecnologiche, la selezione sta ancora operando all'interno dei fenomeni viventi. Di qui l'esigenza di una vera e propria trasformazione dei paradigmi scientifici, ma soprattutto etici, che sarebbero comunque intervenuti nel corso del secolo XX, fino all'avvenuta autonomia piena dell'etica rispetto alla religione ed alle scienze, come già alla fine degli anni Novanta del secolo scorso si leggeva: «In questo secolo larga parte della riflessione filosofica sull'etica ha abbandonato il paradigma di ricerca che muoveva dalla preliminare esplicita elaborazione di una teoria antropologica generale ed ha lavorato all'interno di un quadro che privilegia le analisi dei significati e delle nozioni [...] la morale [è] un campo del tutto autonomo non solo dalla religione, ma anche dalle scienze empiriche»[13].

Nei nostri anni, proprio su questo terreno della totale autonomia dell'etico dal religioso e dal teologico, si fa sempre più acuto il divario speculativo

10 A. Milano, *Donna e amore nella Bibbia. Eros, agape, persona*, Bologna 2008, 88.

11 Ch. Fuschetto, *Darwin teorico del postumano. Natura, artificio, biopolitica*, Milano 2010, 11.

12 Ivi, 12.

13 E. Lecaldano, *Principi e basi razionali di un'etica non religiosa,* in E. Berti (cur.), *Problemi di etica: fondazioni, norme, orientamenti*, Padova 1990, 21-68, qui 43.

– prima che giuridico e pratico – tra una concezione che intenda riconoscere il primato alla coscienza morale individuale e storica, senza poggiarla su dei valori proposti come indipendenti dalle soggettività che si determinano e scelgono, e un'altra – quella cristiano-cattolica – che, invece, lamenta le tante esasperazioni etiche e giuridiche derivanti dall'enfasi sulla storicità e sulla soggettività umana, paventando una soggettività, illuministicamente, sempre più chiusa su se stessa e sui propri desideri, quindi non più in grado di riconoscere la propria fallibilità e, in particolare incapace, in campo etico, di andare al di là del criterio del riconoscimento non ontologico del valore morale, configurandolo come se fosse un mero prodotto della intersoggettività e della storicità dei gruppi umani che, di volta in volta, maturano degli orientamenti morali condivisi e si danno, di conseguenza, delle regole per la conciliazione e la pacificazione.

A ben vedere, si apre su questo punto un vero e proprio interessante confronto di etica pubblica generale, chiamata oggi sempre più a bilanciare tra slanci del cuore/buone intenzioni delle anime belle e regole da stabilire per difendere diritti e imporre doveri nella gestione dei futuri nati; a fissare cioè dei «confini certi entro i quali possiamo esercitare le nostre libertà senza offendere quelle altrui», con leggi che tutelino un bene comune, quello della continuazione della vita della specie, sapendo che il piano ideale e operativo risulta, a sua volta, diviso tra la Scilla di una mera definizione intersoggettiva delle scelte etiche, e la Cariddi di chi, invece, «pretende di avere il monopolio della verità e della virtù, fosse pure un monopolio sorretto dall'amore divino»[14]. Non è sufficiente relegare al solo piano del dibattito tra teorie morali o religiose questo problema, se si tiene conto del fatto che un buon numero di cittadini europei, o di cittadini di altri continenti dimoranti, per i più svariati motivi, in Europa, è costituito da appartenenti alla fede cristiana, particolarmente nella sua forma cattolica, pur con tutte le gradazioni sociologiche che vanno da un'appartenenza piena ad appartenenze selettive, soprattutto sul piano delle convinzioni etiche. A quali orizzonti ideali e religiosi si riferiranno tali cittadini, quando andranno alla ricerca di scelte vitali e modalità di soluzione in vista dell'obiettivo di conciliazione tra produttività e famiglia, auspicata dall'Europa? Sarà sufficiente, nel confronto tra idealità europee e teorie religiose cattoliche, muoversi sul terreno delle relazioni diplomatiche e istituzionali? In merito, occorre comunque tener conto del fatto che tali cittadini dispongono di una ricca serie di interventi del Magistero cattolico (sia livello di insegnamento personale del Pontefice, sia dei Dicasteri vaticani), i quali vengono

14 P. Bonetti, *Il purgatorio dei laici. Critica del neoclericalismo*, Bari 2008, 87.

proposti non tanto nell'orizzonte di semplici «opzioni etiche» ispirate a convinzioni private, da gestire diplomaticamente nei rapporti tra istituzioni statali, bensì hanno la pretesa di proporsi come degli autorevoli indirizzi morali, offerti sia alla luce della rivelazione soprannaturale, sia come criteri derivanti da argomentazioni razionali e coerenti, e quindi universalizzabili verso credenti e non credenti. Il tutto accade mentre le tecnoscienze della procreazione umana accelerano come non mai le possibilità mediche e tecniche nel campo della possibile realizzazione del desiderio di paternità e maternità dei gruppi familiari. Quando, negli anni Cinquanta del secolo XX, si faceva sperimentazione sugli ovociti appena fecondati di topolina che, prelevati dall'utero della madre, erano trapiantati nell'utero di una topolina normale, i veterinari finirono per applicare, prima ai bovini, questa tecnica che, successivamente, sarebbe stata estesa, si paventava o si auspicava, anche alle donne umane. Allora sembrò prendere corpo ed aver ragione una curiosa avvertenza, espressa negli anni Trenta del secolo – quasi a presagirne gli effetti su tutte le specie mammifere a seguito degli interventi di accelerazione prodotti dal «grande allevatore» umano –, che avrebbe condotto alla produzione extracorporea di embrioni con successivo innesto nell'utero femminile (il corpo che, più di quello maschile, sarebbe diventato il destinatario degli interventi tecnici). Questo ci ricorda un insigne biologo contemporaneo: «Dopo le esperienze in campo veterinario, la Fivet venne estesa alle donne. Diceva un filosofo negli anni Trenta, dopo l'invenzione della fecondazione artificiale negli animali da allevamento: state attente voi donne, perché tutto ciò che viene praticato in campo veterinario sarà poi applicato anche in campo umano!»[15].

2. Non è perciò un caso che, nella prima decade del terzo millennio, quando ormai la tecnologia della procreazione era diventata antropicamente fattibile e di fatto praticata, addirittura si sentì in dovere d'intervenire la Commissione Teologica Internazionale (un organismo della santa sede vaticana, al servizio dell'ex Sant'Uffizio che sovrintende alle corrette formulazioni della dottrina della fede)[16], peraltro riprendendo gli assunti della *Dichiarazione per un'etica planetaria,* formulata nel 1993 da alcuni esponenti del *Parlamento delle religioni del mondo*. Si ri-affermò, così, che esiste tra le religioni un consenso suscettibile di fondare un'etica planetaria,

15 G. Chieffi-A. Rusciani, *Il trattamento degli embrioni,* in P. Giustiniani (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, Napoli 2005, 65-80, qui 74.

16 Commissione Teologica Internazionale (CTI), *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale,* cfr *Civ. Catt.* (2009) II, 341-398.

cioè un consenso minimo che riguarda valori obbliganti, norme irrevocabili e tendenze morali essenziali. Le avvisaglie tecnologiche e scientifiche, negli anni di questa presa di posizione, erano quelle di una rivoluzione circa la produzione delle *linee di vita*¸ che in pochi anni si sarebbe attestata *ben al di là della* problematica allora incipiente. Non è un caso che, tra polemiche varie, ci viene ricordato, da un volume sulla storia naturale della maternità, come esista più di un segnale circa la possibilità di un utero tecnologico che finalmente, scollegando la gestazione dal corpo femminile, de-sessualizzerebbe e de-corporalizzerebbe la fecondità umana[17]. Il che segna una rivoluzione nello scenario ideale di riferimento, portandosi ben oltre i rapporti simbolici di coppia, perfino oltre le caratteristiche biologiche dei corpi sessuati, addirittura sottraendo, alla bioetica antropica strettamente intesa, le questioni d'inizio vita.

Intesa nell'ottica di educazione, e non soltanto d'istruzione e formazione alla genitorialità, la serie di questioni e problemi, condensati nell'etichetta di «bioetica d'inizio vita», ben si correla con un dinamismo evolutivo genitoriale, oggi così tanto contingente e provvisorio da poter essere, appunto, affidato alle mani dei biotecnologi e non soltanto dei genitori – che in alcuni contesti sono soltanto i genitori *uno e due*, con scavalcamento del tradizionale linguaggio genitoriale paterno-materno -. Coppie e biotecnologi, lavorando in tandem, allo scopo di tutelare la salute di coppia (che potrebbe essere anche lesa, ci è stato detto dalla Corte costituzionale italiana, nel caso di non-soddisfacimento del «diritto» ad essere genitori, o meglio del diritto a tutelare la propria salute in coppia) ormai sono nelle condizioni di poter «commissionare» a soggetti esterni, se non proprio embrioni, almeno gameti, o, per essere più precisi, possono ormai chiedere in dono dei materiali gametici a persone esterne alla coppia, per realizzare il proprio desiderio e il proprio diritto ad essere genitori.

Come si pone la visione religiosa cattolica di fronte a queste specifiche possibilità? Intanto, mantenendosi entro un orizzonte del cosiddetto piano provvidenziale di un Dio, che i testi sacri e la tradizione successiva hanno configurato come Creatore, Provvidente e, soprattutto, come in atteggiamento di «governo» continuo del cosmo e dei suoi ritmi biologici, la prospettiva morale cattolica insiste sul fatto che l'Assoluto è una realtà avente a che fare con la vita feconda della coppia umana, particolarmente nel momento della decisione morale e sociale, prima che biologica, di mettere al mondo nuove vite; e che, inoltre, bisogna riconoscere una verità

17 A. Prasad, *Storia naturale del concepimento. Come la scienza può cambiare le regole del sesso*, traduzione di Susanna Bourlot, Torino 2014.

oggettiva e universale (o *naturale*), che non è fonte di intolleranza, che anzi si propone come pluralistica, ma non relativistica; in base ad essa, dunque, le persone e le comunità umane sono da riconoscere capaci, alla luce della ragione, di riconoscere gli orientamenti fondamentali di un agire morale conforme alla natura del soggetto umano e di esprimerlo in modo normativo sotto forma di precetti o di comandamenti.

Un caso emblematico di questo peculiare modo di argomentare nel campo della bioetica della vita nascente, può essere ben svolto – come si vuole qui fare – alla luce di alcuni aspetti – prevalentemente terminologici, ma esaminati sempre in quanto evocativi di scenari e orientamenti ideali – del dibattito sviluppatosi a partire dalla legge italiana n. 40 del 2004, sulla «Procreazione Medicalmente Assistita». In merito, ricordiamo che in Italia, anteriormente alla Legge, in una situazione di far west (o anarchia) della procreazione, l'applicazione delle stesse tecniche di fecondazione eterologa, oggi ripristinate dalla recente sentenza della Corte costituzionale, era ritenuta lecita ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi e, nell'anno 1997, era comunque praticata in Italia da 75 centri privati[18], i quali operavano nel quadro delle circolari e delle ordinanze del Ministro della salute[19]. In questo senso, la legge n. 40 del 2004 costituisce ancora la prima legislazione italiana organica relativa ad un delicato settore che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela. Subito bollata giornalisticamente come «legge cattolica», a motivo della maggioranza parlamentare che l'approvò, la Legge 40, dal punto di vista della teologia morale, è comunque giudicata immorale, perché ammette il ricorso

18 Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura.

19 Del I marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale); del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale); del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazioni d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997). In merito, cf R. Aiello-E. Pistone, *Infertilità di Stato. Il desiderio di maternità tra Legge 40 e viaggi della speranza*, Napoli 2013.

a fecondazione extracorporea di embrioni, cioè enfatizza l'artificio tecnologico a danno della «naturalità» che, si dice da parte cattolica, dovrebbe continuare a sovrintendere al delicato compito, meglio servizio, al Creatore, nella generazione di nuove vite. Le tecniche di produzione extracorporea, rendendo oggi possibile, anche in Italia, l'eventuale nascita di un figlio non geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia, in quanto ottenuto con il ricorso a gameti donati da soggetti esterni, viene a creare, di fatto – sul piano sociale e culturale –, con grave danno per l'impianto naturale della famiglia, la differenza tra genitore genetico (in quanto donatore di gameti) e genitore biologico o uterino (in quanto ospitante i gameti donati nell'utero della donna in coppia stabile), per non dire poi del genitore educativo, che spesso prende in carico l'educazione di figli altri a seguito di separazioni e divorzi. Lungo tale direzione, la morale cattolica non può che entrare sempre più in rotta di collisione con il ragionamento dello Stato laico, basato sulla Carta costituzionale; e ciò a partire dalla nozione stessa di famiglia (nascita e articolazione di essa). Non viene «digerito» lo sdoganamento dall'eventualità di un figlio ottenuto con l'aiuto dell'*artificio* medico, pur condividendo il legittimo desiderio della coppia eterosessuale di continuare la specie e di avere dei figli. In definitiva, mentre il ragionamento della società civile e statale guarda principalmente alla libertà e volontarietà dell'atto, che consente di formare una famiglia e di diventare genitori (anche se ciò non implica che tale libertà possa esplicarsi senza limiti), le considerazioni e convincimenti di ordine etico cattolico, piuttosto che sul singolo caso, evidenziano un dissenso, a volte radicale, a volte parziale sullo statuto stesso di queste procedure. Il conflitto di fondo è, come si accennava, tra una visione che giudica indebita l'interferenza provvidenziale del divino nell'umano, e una visione che insiste sull'autonomia e sull'autodeterminazione di un soggetto umano. Si potrà mai prescindere, si domandano i cattolici, da quanto suggerito da un eventuale progetto provvidenziale e perfino prescindere dal verdetto sanitario (chiamato più a prendere atto dell'autodeterminazione fondata della coppia committente, anziché a proporre diverse e alternative opportunità terapeutiche, seppur all'interno della prassi del cosiddetto consenso informato)? Ovviamente, il giurista è preoccupato di affrontare le questioni dal punto di vista del bilanciamento tra bene vita, protetto in Costituzione, diritto inviolabile, ovvero non negoziabile e intoccabile, alla vita, e coesistente diritto dell'individuo e della coppia a disporre della propria persona fisica, nonché a superare, con l'aiuto della medicina, eventuali patologie che renderebbero impossibile procreare. Sul piano delle teorie generali,

il bioeticista cattolico sostiene che esista un diritto naturale anteriore alle determinazioni giuridiche positive e alle stesse scienze positive, un diritto che dev'essere condiviso dal gruppo sociale, in quanto non è di per sé di natura confessionale, ma deriva dalla cura che ogni cittadino deve avere per il bene comune della società.

3. Mentre la ripresa critica della cosiddetta «legge di Hume» – «divieto di fondare imperativi morali su constatazioni di fatto»[20] –, consente ad alcuni di rispettare a tal punto la storicità della nostra condizione esistenziale fino a negare che si diano dei sistemi di valore universali, razionali, fondati sulla natura, e fino a non riconoscere a nessuna entità storica – si tratti di chiesa, di parlamenti, di poteri legislativi, di corporazioni professionali – l'autorizzazione a dettare «indicazioni e limiti su ciò che la bioetica può o non può fare nelle essenze «naturali, nella legge "di natura", eccetera»[21], da un ben diverso punto di vista si continuano invece a proporre, se non proprio delle proibizioni assolute pronunciate in nome di una legge naturale, almeno una serie di significati e relative soluzioni etiche, ritenute comunque ragionevoli anche nel montare della cosiddetta cultura e della libertà. Interessa perciò esaminare brevemente, al di là delle questioni tecniche, alcuni valori in conflitto e, soprattutto, valutare il tipo di argomentazione che viene assunta dalle parti in causa, insistendo soprattutto sull'argomentazione di tipo etico, piuttosto che su quella di tipo strettamente giuridico.

In premessa, occorre tener comunque presente che, pur considerando la Legge 40/2004 un male minore, il pensiero cattolico istituzionale rimane, comunque, ancorato al «principio di precauzione» ed al principio del rispetto dei «ritmi naturali» dei corpi dei coniugi. In base al primo, il solo dubbio che l'embrione (i due assetti cromosomici, materno e paterno, già «sorteggiati», ormai riuniti in un unico nucleo) sia innegabilmente un essere umano, merita di per sé tutela e chiede, pertanto, di evitare qualunque tecnica che possa comportare manipolazioni distruttive degli embrioni stessi, dunque anche procreazioni extra-corporee di embrioni. In base al secondo principio, i ritmi biologici naturali sono come delle tracce lasciate dallo stesso processo evolutivo, comunque governato dal Creatore. Tali ritmi domandano ai coniugi di assecondarli, senza cioè ricorrere ad artifici – né medici, né tecnologici – che ne potrebbero forzare l'andamento, sprecando vite, oppure manipolandole come dei semplici prodotti del con-

20 G. Vattimo, *La vita dell'altro. Bioetica senza metafisica*, Lungro di Cosenza 2006, 29.

21 Ivi, 30.

cepimento. Secondo questa logica, ogni concepito (di fatto, una soggettività fin dalla migrazione dei pronuclei dei due gameti) dovrebbe essere sempre il frutto dell'amore dei suoi genitori, peraltro eterosessuali. Non potrebbe esser voluto né concepito, quindi, mai come il mero prodotto di un intervento di tecniche mediche e biologiche, in quanto ciò equivarrebbe a ridurlo ad oggetto di una tecnologia scientifica. Nessuno, se ne conclude, può subordinare la venuta al mondo di un futuro embrione, poi bambino, a delle condizioni di sola efficienza tecnica, valutabili secondo i soli parametri di controllo e di dominio. Il frutto della generazione umana, dal primo momento della sua esistenza – e cioè a partire dal costituirsi del processo che porterà all'annidamento del concepito nell'utero materno –, esige il rispetto incondizionato che è moralmente dovuto all'essere umano nella sua totalità corporea e spirituale. L'essere umano, ancorché embrionario, va perciò rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento; anzi, da quello stesso momento, gli si devono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita.

La pietra miliare di siffatto orientamento sta nel principio enunciato dall'enciclica di Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae* (1995): «di fronte alla vita che nasce» è da reputare deprecabile che l'essere umano non sia più capace di «*lasciarsi interrogare sul senso più autentico della sua esistenza*». Si tratta, infatti, di un momento cruciale del proprio «essere», di un momento simbolico, in cui non ci si può preoccupare soltanto del 'fare', ricorrendo ad ogni forma di tecnologia. L'intento della generazione, in questo senso, non è principalmente un «*programmare, controllare e dominare la nascita* […]»[22]. In definitiva, si tratta di una peculiare «visione» della vita familiare nel suo aspetto di ambiente fecondo e generativo (peraltro, pensato solamente come eterosessuale). Una visione che spesso si può trovare in dissonanza con altri criteri presenti, frattanto, nelle società europee e nella società italiana che, per esempio, vanno affievolendo il principio della tutela della salute dell'embrione rispetto a quella della madre o della coppia; oppure enfatizzano l'autonomia e la responsabilità del medico con il consenso del paziente anche sulle sorti degli embrioni da produrre e prodotti; o anche ritengono essenziale la realizzazione della genitorialità per la salute della coppia, al punto da ammettere il ricorso a gameti esterni pur di assicurare una speranza di realizzazione di questo legittimo desiderio. Poste così le cose, se ne potrà prevedere una conflittualità sempre maggiore tra le nuove potenzialità e tecniche della medicina nella gestione del

22 Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae:* Ench. Vat. 14/2234-2235.

corpo delle persone e dei propri bisogni di salute – e, nel caso specifico, di riproduzione –, e le visioni generali del mondo e della vita personale, a cui sovrintendono le prospettive religiose cattolicamente orientate. In questa direzione, perciò, nelle sempre nuove discussioni sulla vita nascente, favorite dalla procreazione medicalmente assistita, mi sembra *rilevante determinare semanticamente i termini in gioco*, per vederne le differenze e le dissonanze. In primo luogo, il termine *concepito* e quello connesso di *embrione*. Non è un caso che, perfino nel contenzioso costituzionale sulla 40/2004, si è lamentata, da parte dei bioeticisti cattolici, la carenza nella definizione del termine «embrione», soprattutto se con esso si intenda fare riferimento – come auspicato da parte cattolica – ad un significato il più ampio possibile, vale a dire alla situazione bio-somatica che si determina a partire dalla fecondazione dell'ovulo mediante uno spermatozoo. Continuano, in sottofondo, a contrapporsi visioni filosofico-morali (piuttosto che biologiche, mediche e scientifiche), tra coloro che giungono a distinguere tra *chi è già persona* e *chi persona ancora non è*, e chi invece sostiene che l'inizio della vita si verifichi con la formazione dell'embrione; oppure tra chi sostiene la prevalenza del diritto alla salute di chi già è persona in maniera conclamata, oppure è in coppia, rispetto a chi persona non è ancora, ma appartiene comunque alla catena biologica della sopravvivenza della specie. Com'è noto, all'orientamento cattolico, appare discutibile l'opportunità, come avviene correntemente negli stessi ragionamenti biogiuridici, di utilizzare il criterio temporale nel determinare il grado di protezione, più o meno intenso, da attribuire al prodotto del concepimento nelle sue varie fasi di "inizio del processo", di fusione dei due pronuclei, di zigote, di annidamento, di embrione, di feto, di normale sviluppo fetale, fino alla nascita.

Un altro termine, che la discussione dovrà raccogliere e mettere sempre più a fuoco, è quello relativo alla *discrezionalità della valutazione del medico* nelle decisioni di programmazione di una gravidanza umana: dal punto di vista cattolico, il medico non dovrebbe più essere l'unico in grado di individuare il miglior bilanciamento tra rischi e benefici per la donna, per la coppia e per l'embrione. In quest'ottica, oltre a limitare la portata del cosiddetto consenso informato (che suppone pur sempre un'alleanza tra medicina e coppia, nonché tra medicina e progettazione di nuove vite), non si riesce a condividere del tutto che ogni valutazione *in ultima istanza* debba essere lasciata alla discrezionalità del medico, che diventerebbe, in quest'ottica, il depositario del sapere tecnico circa ogni caso concreto. Difatti, in una riconfigurazione dell'atto medico, quella sanitaria resta soltanto una delle componenti, una componente specialistico-professionale, all'interno di una più ampia alleanza terapeutica

tra le persone (la coppia) che desiderano diventare genitori, il sistema medico-sanitario (come espressione esperta della società), i futuri nati, già da Jonas significativamente caratterizzati attraverso la metafora inerme del neonato[23]. I genitori, ad avviso dell'orientamento cattolico, non sono altro che dei gestori non «in ultima istanza» della propria situazione di benessere-salute e, quindi, sono essi che dovrebbero, rispetto allo specialista, aderire o meno, acconsentire o meno, a delle mere proposte di soluzione tecnica, proposte di volta in volta da detentori di un sapere scientifico e tecnico.

Un terzo termine riguarda la messa a punto della *rilevanza dei singoli casi concreti* nelle decisioni di vita riproduttiva e di genitorialità, che esigerebbero, pertanto, più degli orientamenti generali che delle *regole* analitiche le quali, per loro struttura, non sarebbero mai in grado di tenere in adeguato conto le diversità esistenti, invece, in ogni singolo caso: ridurre, infatti, la fecondazione assistita – che è tipica e singolare, già in termini biologici, oltre che relazionali ed interpersonali –, ad un modello unico, valido per tutte le situazioni concrete che si presentino alla attenzione dei medici, equivarrebbe ad obliterare completamente quelle che sono le acquisizioni scientifiche più recenti, le quali indicano con chiarezza come siano plurimi già i fattori medico-scientifici che afferiscono alla coppia genitoriale e che, dunque, incidono sulla scelta del trattamento da attuare, cambiandone di volta in volta la natura. Un modello terapeutico unico ed inderogabile, normativamente definito in modo tassativo – com'è avvenuto in Italia proprio nella promulgazione della 40/2004 –, e non configurato, invece, sulle necessità di cura della singola persona, non può che generare litigiosità e contenzioso, dal momento che determina una certa insensibilità alle esigenze poste dalla situazione concreta.

Un altro fattore da mettere a fuoco è quello relativo al *peso da attribuire ai dati statistici ed ai risultati scientifici* nelle considerazioni e soluzioni di ordine etico. Alludo al pur inevitabile riferimento ai dati quantitativi e ai risultati della sperimentazione scientifica: il ricorso alle fonti di dati, oppure ai risultati di una medicina ostetrico-gineocologica basata sull'evidenza. Urge una più ampia discussione circa l'uso di dati quantitativi (e anche alla loro gerarchia: internazionale, nazionale, ministeriale). Non manca, nelle argomentazioni di parte cattolica, soprattutto nelle associazioni *pro life*, la *discussione sui rischi di eugenetica*. Sono criticate quelle argomen-

23 Cf H. JONAS, *Il principio responsabilità,* tr. it. di P. Rinaudo, Torino 1990, Id., *Organismo e libertà. Verso una biologia filosofica,* a cura di P. Becchi, Torino 1999.

tazioni che trovano l'unica ragione del ricorso alla procreazione assistita nel voler assicurare comunque una discendenza anche ad un gruppo sterile e infecondo, eventualmente selezionando o i gameti migliori, o anche, in caso di poliproduzione embrionaria, gli embrioni meglio riusciti sul piano dei parametri biologici e genetici (che, si obietta, sono soltanto alcuni dei parametri che definiscono la felicità del futuro nato e sottovalutano le componenti psichiche, spirituali, oltre che educative, culturali e simboliche). Una sempre più completa *deregulation* nel settore della procreazione, si paventa, non si limiterà certamente ad una diagnosi per evitare di trasferire in utero embrioni portatori di malattie genetiche (che pure assomiglia per certi versi ad un ampliamento della medicina preventiva), ma potrebbe generare posizioni ideali selettive odiose, dimenticando che le tecniche non riguardano dei prodotti qualunque, ma dei soggetti, almeno potenzialmente, umani. Saremmo in presenza di una «eugenetica negativa», cioè volta a far sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, anche se direttamente persegue scopi di «miglioramento» della specie umana.

Un ulteriore scenario, che la bioetica cattolica segnala spesso come da approfondire, è quello relativo alla *salute della donna* in cui avviene l'innesto di embrioni prodotti con tecniche di fecondazione assistita, anche da gameti esterni. Si lamenta che la reiterata sottoposizione della donna a trattamenti invasivi, non sempre ad alto tasso di efficacia, sarebbero lesivi del principio di rispetto della dignità umana della donna. Inoltre, non ci si stanca discutere quello connesso della salute dell'embrione e, soprattutto, della salute psico-fisica del partner maschile nel processo riproduttivo, quando tutto il processo della generazione s'imbarchi nel corridoio delle cosiddette «prove per tentativi ed errori».

Numerosi sono infine, secondo l'orientamento religioso, i risvolti di natura gestionale ed economica. In merito, bisognerà ben valutare la sorte degli embrioni definiti in stato di abbandono, oggi crioconservati non più in maniera centralizzata e comunque con oneri a carico della collettività.

4. A ridosso di queste puntualizzazioni di carattere terminologico, bisogna continuare a domandarsi chi di fatto decida, o sia titolato a decidere, in bioetica della vita nascente, oggi. Se non ci sono più delle soluzioni univoche universalizzabili in nome di un fondamento, di una ragione, di un'essenza delle cose o di una natura, a chi sarà mai attribuito il compito di decidere in ultima istanza? Al potere politico e legislativo, che decide comunque a colpi di maggioranza? Ai comitati etici indipendenti locali, che tuttavia pongono il problema della fonte della propria designazione (il potere politico o amministrativo), alla coppia, alla donna (il cui corpo assu-

me ancora un ruolo centrale nella generatività umana)? O quali altre forme di rappresentatività popolare si troveranno? Si ricorderà che, accogliendo in sede sociale e politica il tentativo etico della Chiesa cattolica, si finirebbe per accogliere, nella società e nella politica, non soltanto l'intrattenimento di relazioni diplomatiche, ma altresì dei «valori non negoziabili» proprio nel campo dei processi d'inizio vita.

Tutte queste considerazioni spingono nella direzione della maturazione della necessità di comunicare alle giovani generazioni le problematiche, e le problematicità, della bioetica della vita nascente. In più casi, le prese di posizione autorevoli da parte della gerarchia cattolica, sono ancora viste come una forte pressione esercitata dal Vaticano, in particolare da organismi della Chiesa istituzionale e dai vescovi italiani, in ambiti che sarebbero «laici», perché di esclusivo profilo medico e bioetico. Ovviamente, se il giurista è soprattutto preoccupato di affrontare le questioni dal punto di vista dell'obbligo giuridico – per il quale si distingue opportunamente tra una decisione che è tipicamente etica, personale e particolare ed obbligo giuridico, che è generalmente astratto e che vale per tutti i casi –, il bioeticista attento all'orizzonte religioso è, invece, preoccupato della rilevanza speculativa dei principi e della loro trasmissibilità alle nuove generazioni. Certo, ne possono nascere conflitti di gestione, al punto che a volte si potrebbe decidere di abdicare a forme di educazione, preferendo avviamenti alla formazione, anche nel progressivo riconoscimento della propria identità sessuata, nonché nei ritmi collegati alle decisioni generative.

Va registrata, insomma, una tensione, in qualunque tentativo che cerchi di «conciliare una concezione puramente formalistica del diritto con un autentico profondo senso della giustizia e dell'umano»[24]. Da un lato, infatti, il diritto non dovrebbe tanto trascrivere nelle norme una sorta di ontologia degli ideali e dei valori, ovvero non dovrebbe supporre speculativamente dei diritti inalienabili per natura umana (come invece avvenne nella proclamazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776 dove si poté giungere ad affermare, per questa via astratta e poco produttiva sul piano dell'elaborazione delle norme positive, perfino un «diritto alla felicità»). Dall'altro, un diritto, che viene storicamente prodotto e modificato secondo le diversità di contesti e di nuove esigenze socio-culturali, dovrebbe almeno tener conto della persistenza di un appello abbastanza generalizzato a dei valori inalienabili, tipici di ogni appartenente alla specie umana, un appello, cioè, ad un diritto inteso in quanto tale, almeno nell'intento di

24 F. Di Marco, *I diritti umani, la pace, la guerra nel pensiero di Norberto Bobbio*, Fondi (Lt) 2010, 19.

non descrivere tanto la realtà di fatto quanto la prescrizione di un dovere. L'auspicio cosmopolitico di uno degli ultimi scritti di Kant del 1798 (*Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*) deve, insomma, oggi fare i conti con l'unico vero cosmopolitismo realizzato, che è la globalizzazione economica e finanziaria. Comunque se ne voglia uscire (o non uscire), si rammenti che, sul piano della discussione di bioetica generale e di filosofia della medicina, il profilo della salute è cambiato sia in riferimento al sistema sanitario, sia in riferimento alla definizione stessa di salute, sia soprattutto in riferimento alla modificabilità storica di un tale diritto[25], sia in riferimento alle argomentazioni morali proposti dalla sensibilità cattolica. Se anche la Convenzione di Oviedo[26], un testo sovranazionale, disponeva che le volontà espresse dal paziente *sono prese in considerazione dal medico*, ovvero da lui valutate in scienza e coscienza, il bioeticista di orientamento cattolico non può esimersi dall'interrogarsi su quale concetto di vita si debba, appunto, «in assoluto» e sul piano morale assumere, ovvero se essa sia una valore di per sé indisponibile, indipendentemente dal livello di salute, di percezione della qualità della vita, di autonomia o di capacità di intendere e di volere, oppure si possa/si debba affermare non tanto che il valore intrinseco e la personale dignità di ogni essere umano non mutano, qualunque siano le circostanze concrete della sua vita, bensì che, in ogni valutazione e decisione sulla generatività, si debba introdurre la nozione di dignità della vita, pur considerando l'eventualità che un soggetto possa ritenerla un valore gradiente. L'eventualità di una estraneità teoretica, oltre che morale, tra due possibili posizioni incommensurabili, non può condurre nell'imbuto dei soli criteri biogiuridici e biopolitici, finalizzati al solo bilanciamento tra esigenze e armonie di pesi e contrappesi. In una società complessa diventa rilevante anche il peso che possano-debbano avere anche i credenti e le loro associazioni o istituzioni, dunque anche la Chiesa cattolica, pur nella convinzione che un Parlamento non debba produrre leggi orientate da precetti di tipo religioso. Soltanto una discussione formativa ed educativa potrà avviare le giovani generazioni ad una diversa modalità di trovare vie d'uscita e far ipotizzare soluzioni non soltanto più plausibili ma, soprattutto, più umane.

25 Come di fatto è avvenuto ad opera del nostro potere costituente, che ha potuto appunto modificare il Titolo V della costituzione e dare luogo a legislazione concorrente tra Stato e Regioni anche circa la salute e la sua tutele.

26 Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 (ed il relativo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168) ratificata dall'Italia con la legge 28 marzo 2001, n. 145.

5. Oggi ci si domanda se ci sia aria di nuovo nella bioetica al tempo di papa Francesco. L'interrogativo non può non desumere spunti dall'intenso dibattito che si sta svolgendo a partire dalla III Assemblea generale straordinaria del Sinodo dei Vescovi (5-19 ottobre 2014). Certo, non si tratta di parole testuali del papa e neppure di proposizioni definitive, in quanto ogni decisione futura sarà tutta di *Franciscus*, il quale dovrà scrivere – come prevedono le regole sinodali – una sua Esortazione apostolica, dopo il nuovo Sinodo ordinario previsto per l'ottobre 2016. Ma siamo comunque di fronte a un documento ponderato, che tiene conto del dibattito libero di vescovi, esperti e anche coppie di sposi. Nel gergo di chiesa, si tratta della *Relatio post disceptationem,* ovvero della sintesi dei risultati delle riflessioni e dei dialoghi in Sinodo. Si parla di famiglia e di famiglie, quindi di unione, coniugalità, fedeltà, fecondità, identità sessuale. Non si poteva non toccare qualche questione di sapore più bioetico. E proprio qui si vede qualche spiraglio, a partire dal fatto che neppure una volta si nomina il termine *peccato* in riferimento all'orientamento sessuale (sì, proprio orientamento, non *identità*!), lasciando la parola per descrivere, in soli tre casi, una delle eventualità dello stare al mondo. È significativo che la bioetica al tempo di papa Francesco, di fronte alla «questione omosessuale», prima di giudicare, si senta interpellata, anzi invitata ad *accogliere* e ricorda che siamo di fronte a volte, a persone, *persone omosessuali* appunto, che spesso sono credenti e, come si dice, «hanno doti e qualità da offrire alla comunità cristiana», «desiderano incontrare una Chiesa che sia casa accogliente per loro». La dottrina cattolica su famiglia e matrimonio una volta tanto sembra non essere usata come una «clava» per percuotere il diverso o il dissonante. Viene ribadito a caratteri cubitali, quasi incoraggiando norme anagrafiche sulle unioni civili diverse da quelle familiari e matrimoniali, che «le unioni fra persone dello stesso sesso non possono essere equiparate al matrimonio fra uomo e donna». Ma insieme ci s'interroga – sembra un interrogativo retorico – se le comunità ecclesiali siano in grado di accettare e valutare un altro tipo di orientamento sessuale, immaginando cammini realistici di crescita affettiva e di maturità umana ed evangelica integrativi della dimensione sessuale. La questione viene presentata, quindi, soprattutto come un'importante sfida educativa. Sul piano biopolitico, si paventano le pressioni e i condizionamenti di organismi internazionali, svolti soprattutto mediante aiuti finanziari, miranti «all'introduzione di normative ispirate all'ideologia del *gender*». Il profilo morale del problema ne risulta comunque attutito, a vantaggio della quasi ammirazione nei confronti di casi «in cui il mutuo sostegno fino al sacrificio costituisce un appoggio prezioso per la vita dei partners» omosessuali.

Contigua alla questione omosessuale – che dà luogo a unioni tendenzialmente infeconde e sterili (tranne i casi di nuove forme surrogate di filiazione) –, è quella che i sinodali denominano *la trasmissione della vita*. Una volto posto che la «vita è esigenza intrinseca dell'amore coniugale», siamo di nuovo alla bioetica della procreazione – ma si cita soltanto il caso della maternità surrogata -. L'ingresso in questa problematica consiste, alla fin fine, in un generico richiamo al senso dell'affettività, anche nel legame coniugale, inteso «come un cammino di maturazione, nella sempre più profonda accoglienza dell'altro e in una donazione sempre più piena». Forse troppo poco. O, forse, troppo agli occhi di papa Francesco che, pure, qualche tempo fa ha esclamato: «E la domanda di fondo diventa questa: "Chi sono io per giudicare questo? Chi sono io per chiacchierare di questo? Chi sono io, che ho fatto le stesse cose o peggio?"» (Meditazione del 17 marzo 2014). In ogni caso, la situazione del dibattito sembra molto fluida.

Rafael Pacheco Guevara

¿SEGUIRÁ SIENDO LA VIDA UN FENÓMENO NATURAL, LIMITADO E IRREVERSIBLE?

Sumario: 1. La evidencia de lo biológico. 2. Maduración cerebral y cognitiva. 3. Sexualidad y reproducción. 4. El pensamiento mágico. 5. Mitología y religión. 6. Corpus Hippocraticum y lógica médica. 7. Desarrollo científico-médico. 8. Los derechos de las personas y su autonomía. 9. Encrucijada científica, ética y jurídica. 10. La Genómica, clave del futuro. 11. Dilemas previsibles. 12. Bosquejo histórico y prospectivo. 13. Reflexiones finales. 14. Bibliografía.

1. Hasta hace muy poco tiempo, nadie sensato dudaba de la respuesta afirmativa a esta cuestión.

El análisis de la esencia más íntima de la vida sigue siendo causa del mayor de los debates y, a estas alturas, no existe un absoluto consenso sobre su origen, sentido y destino. Estamos ante la gran cuestión filosófica, científica y jurídica.

Cualquiera puede asumir la variabilidad, fragilidad y temporalidad que la caracterizan pero, siendo lo más importante que tenemos y habiendo insistido tanto en el intento de explicarla, aún persisten varias de las incógnitas básicas.

Los directores-coordinadores del libro han tenido la gentileza de encomendarme este capítulo para que, a modo de introducción general, intente justificar la pertinencia de su edición.

Está elaborado alrededor de un tema tan amplio como es el origen del proceso vital, analizado por miembros de dos profesiones no tan distantes: la medicina y el derecho.

La obra se contextualiza en el cometido del Centro de Estudios en Bioderecho y Ética de la Salud de la Universidad de Murcia, en colaboración con el Centro Interuniversitario di Ricerca Bioética de Nápoles.

La clave de nuestro enfoque, por fuerza ha de estar en la ética: aunando los análisis propios del bioderecho y la bioética, pretendemos un acercamiento al fenómeno vital, estudiando las ventajas, los riesgos y los límites morales surgidos ante las actuales y futuras posibilidades de alterar su natural esencia biológica.

Asistimos a un gran avance de las ciencias médicas y jurídicas: contamos con una medicina cada vez más resolutiva, que se fundamenta en una

mayor evidencia científica y que ha alcanzado la capacidad de incidir y alterar, tanto el comienzo como el final de la vida.

Podemos afirmar que ya no se nace y se muere por exclusivo azar natural. Eso, en apariencia fácilmente asumible, significa un salto extraordinario en la conceptualización humanística de la vida.

Es posible plantearnos el nuevo dilema porque, paralelamente al avance científico, las leyes también han progresado hacia la exacerbación del respeto a los derechos individuales y a la autonomía de las personas.

2. Sólo tras una larga serie de avances y retrocesos evolutivos, con miles de intentos fallidos e infinitas derivaciones estériles, unos determinados primates, en un momento clave y, muy probablemente casual, adquirieron el primer vestigio de rudimentaria conciencia, que los configuró como «homínidos» y entonces comenzó la aventura humana: dotados de ese primitivo e inmaduro «cerebro pensante» fueron lentamente siendo capaces de discurrir, de elucubrar sobre lo abstracto y de percatarse del inevitable destino de todo cuanto albergaba vida, la muerte.

Lo anterior es fundamental porque nadie ha demostrado que el resto de los animales sean conscientes de la temporalidad de su existencia. Viven en el presente, asistiendo al hecho biológico de la muerte como algo fortuito, no extraño pero sí ajeno.

Cuando se comienza a reconocer la certeza de esa irremediable limitación biológica, surgen la incertidumbre y la ansiedad: miedo a la propia muerte y espanto ante la de los congéneres.

Y eso, porque la madurez intelectual debió ser muy posterior a la afectiva, que es fácilmente observable en otros seres vivos.

Transcurridos millones de años e innumerables generaciones, alcanzada la bipedestación, reducidas las migraciones y comenzado el asentamiento al terreno, propiciado por la iniciativa agrícola, el «homo sapiens» teme al último desenlace y sufre por su rotunda incapacidad para evitarlo […] generando, como único recurso mitigador de su inquietud, una mitología, en el intento de entender y aceptar su dramática realidad y su desvalimiento.

Desde una óptica antropológica, podría ser ésa la causa principal de los enterramientos y los ajuares mortuorios, previa apaciguadora creencia en una realidad posterior, imaginada e idealizada, a la que se pretende que accedan los fallecidos, en las mejores condiciones.

Devuelven sus cuerpos a la tierra, donde los continuarán sintiendo presentes y cercanos, creyendo que su «espíritu» viajará hacia un estadio superior.

3. No está claro que la lucha del macho sea por ser él quien transmita los genes, tampoco que la elección del más capaz, por parte de la hembra, sea en aras de la consecución de una mejor descendencia

El instinto propicia y garantiza la continuidad de cada especie, existiendo a ese fin el apareamiento. Deducir de lo anterior, el conocimiento de la relación causa-efecto entre coito y procreación es fácilmente asumible a nivel docente y divulgativo, pero carece de evidencia científica.

Mucho tiempo debió transcurrir hasta la inequívoca conceptualización y aceptación del binomio sexo-prole. En comunidades nómadas, en las que lo importante era la conservación, el aumento y la defensa del clan, la norma era la promiscuidad y los hijos eran de la tribu.

La búsqueda del placer propiciaba compulsivamente el sexo y su consecuencia era la descendencia pero, el conocimiento real de esa clara concatenación necesitaría de una lenta y progresiva maduración, a través de incontables generaciones.

Muy probablemente fue la agricultura, de aparición muy tardía, la que entronizó la filiación, en defensa de la herencia patrimonial para la supervivencia familiar.

4. Tras el instinto de conservación, la vaga conciencia del yo y de la propia existencia individual, la lucha por la supervivencia, la continuidad reproductiva, el valor de la paternidad, el afianzamiento como especie y la asunción del rol dominante, frente al resto de los primates menos evolucionados, llegaría la capacidad de ideación de manera lenta, progresiva y con constantes y prolongadas involuciones.

Alcanzado un arcaico atisbo de raciocinio, se instauraron las bases para la especulación imaginativa y surgió la duda sobre el origen y el destino.

Sólo atesorando alguna creencia mítica, como rudimentario intento de explicar el origen de la vida, se le atribuyó un sentido a la vulnerabilidad y a la temporalidad. Mucho tiempo después, comenzaron a albergar en sus cerebros, las primeras ideas de trascendencia.

5. Se fundamentan en el necesario intento de explicar lo natural, perplejos ante su complejidad. No se conoce sociedad sin leyendas o mitos, tampoco sin creencias de tipo religioso. La capacidad elucubrativa se ha instaurado en el psiquismo y, consecuente a ella, la imaginación para la búsqueda y obtención de respuestas a los grandes enigmas, resultando éstas siempre inverosímiles pero apaciguadoras.

En el origen y en el final, «por lógica», tendrá que haber un ser superior. Ese creador e impulsor de vida, del que también dependerá su duración, será una deidad, temida y respetada.

Establecido lo anterior, aparece el paradigma básico: la vida, que es el mayor don, nos ha sido concedida por alguien, que también posee la potestad de retirárnosla.

Los astros serán las primeras divinidades. Se les idolatrará y se les humanizará, en el intento de acercarlos y entenderlos.

Lo mágico precede, durante millones de años, a lo lógico y, mucho tiempo después, llegó lo científico. En ese lento devenir anidará lo religioso, que consistirá en la sacralización de lo sobrenatural, por incomprensible e inalcanzable.

Existencia, esencia, naturaleza, origen, vida y destino, comparten el desconocido misterio de lo metafísico y conforman el universo abstracto de todo lo que resulta inabarcable.

6. Se trata de un conjunto de obras médicas, escritas en Grecia varios siglos A.C. Hasta entonces, y sin que debamos infravalorar el saber médico mesopotámico, cretense, egipcio y oriental, todos los intentos de explicar la enfermedad eran especulativos, porque así era el conocimiento que lo sustentaba. El mundo helénico aglutinó y maduró el pensamiento perimediterráneo y fue entronizando el empirismo, con lo que se entró en una nueva dinámica, que iría lentamente descartando la concepción mágica de la vida y de la medicina.

El Juramento Hipocrático es universalmente reconocido como el primer código deontológico de la profesión médica. Se trata de un pronunciamiento, no redactado por Hipócrates, en el que sus discípulos compendiaron las esenciales normas morales, emanadas de sus enseñanzas. En esos momentos, ya históricos, empezó a aflorar la lógica, desde el magma mágico.

7. Desde comienzos del siglo XX, la Medicina ha experimentado un enorme avance, que se inicia con los antibióticos, posibilitadores de un gran adelanto terapéutico y quirúrgico.

Esos logros han propiciado la ingerencia en momentos cruciales y altamente sensibles del itinerario vital: origen, comienzo y final de la vida.

Hasta hace pocos años, nadie se había planteado alguna suerte de dilema ético o legal respecto a la reproducción asistida, la fecundación in vitro o la manipulación genética, porque eran inimaginables.

De ahí que los sucesivos códigos deontológicos fuesen ampliaciones y actualizaciones del antiguo juramento atribuido a Hipócrates, basados

siempre en la defensa de una medicina pilotada por el principio de beneficencia, únicamente complementado por el de no maleficencia (primum non nocere).

8. Tras las dos guerras mundiales, los derechos individuales fueron reconocidos y explicitados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada por la Asamblea de Naciones Unidas en el año 1948.

Desde entonces, no sólo es respetada la llamada «razón de estado», sino que son las personas, y sus derechos individuales, quienes legitiman la existencia de los estados y la de sus gobiernos.

Lo anterior, que se articula mediante un proceso de maduración social y cultural, aún inacabada, hace que una medicina solamente sustentada en la beneficencia, empiece a ser cuestionada por su excesivo paternalismo, recordando al despotismo ilustrado… Al igual que aquél respondía a la frase «todo por el pueblo, pero sin el pueblo», la profesión médica fue criticada por obedecer a lo que reflejaría una similar leyenda «todo por los enfermos pero sin los enfermos».

Además, con la instauración del estado del bienestar en varias de las democracias occidentales, la asistencia sanitaria pasa a ser una responsabilidad pública que, por su carácter institucional, tendrá que ser equitativa.

Como vemos, a los principios bioéticos de beneficencia y no maleficencia, se les han incorporado los de autonomía y justicia.

Esos principios se objetivan a través de los derechos de los enfermos, entre ellos: confidencialidad, intimidad, equidad, información y consentimiento.

9. Contamos con grandes posibilidades técnicas, que nos permiten alterar el normal discurrir del comienzo, el curso natural y el final de la vida.

Nunca hasta ahora, los dilemas morales a los que nos enfrentamos han sido de tal categoría y repercusión:

¿Somos los señores de la vida y la muerte?

¿Es asumible permitir hacer todo cuanto se puede?

¿Debe la sociedad establecer algunos límites?

¿Cuáles serían esas limitaciones y en qué criterios se fundamentarían?

¿Podrán las leyes acotar el anhelo humano de alcanzar el estadio de «superhombre»?

¿Es la ciencia una nueva deidad?

¿Caben reparos al poder y prestigio científico?

¿Prevalecerá siempre el interés general?

10. Los próximos avances médicos llegarán a expensas del desarrollo genético.

Pese a su nombre (gen-ética), nadie puede garantizar que todo cuanto tenga que ver con la identificación, manipulación, corrección, alteración o «creación» de nuevos genes, vaya a estar presidido, en cualquier laboratorio de cualquier lugar del mundo, por el altruismo, la solidaridad, el interés científico, el sentido común y la altura de miras.

De eso tratará este texto, con un enfoque multiprofesional. Desde la óptica médica y jurídica, pretendemos aportar reflexiones sobre el abordaje de la problemática actual y futura del revolucionario avance científico-técnico, respecto al conocimiento y a su ingerencia real en el comienzo de la vida.

Absolutamente nadie pone en duda la bondad y utilidad de los logros genético-médicos, pero no es difícil vislumbrar los riesgos inherentes al uso de esas posibilidades. Además, conocemos tristes y terribles antecedentes históricos: eugenesia y otras experimentaciones en la Alemania nazi, desde la esterilización forzada hasta el genocidio, con la depuración racial como excusa. Nada que ver con los beneficios de las actuales técnicas de diagnóstico prenatal, consejo genético, fecundación in Vitro o ingeniería genética.

11. El progresivo afianzamiento del conocimiento científico es imparable.

Igualmente lo son la ambición, el deseo de notoriedad, la mezquindad, el afán de supervivencia, de lucro y de reconocimiento, así como la noble esperanza en la eliminación de carencias y taras humanas.

El futuro es inescrutable, pero se puede prever que muchas de las actuales enfermedades serán detectadas y evitadas antes de que se manifiesten.

Las posibilidades de la genética son inconmesurables. Será la base y el fundamento de nuevas terapias y de diagnósticos embrionarios. No es disparatado afirmar que muy pronto contaremos con extraordinarias capacidades para propiciar, incidir o impedir el comienzo de una vida o su posterior desarrollo. Tampoco lo es imaginar que se nos llegará a colocar ante una especie de «carta o menú pre-gestacional»: estatura, color de los ojos, tono de voz, sensibilidad artística, ausencia de lastres biológicos, coeficiente intelectual etc.

El problema moral está servido. La Bioética intentará seguir legitimando a la Ley. Las deontologías profesionales articularán reglamentaciones más o menos altruistas, con la pretensión de aprovechar lo beneficioso y

rechazar lo perverso o insolidario pero nadie puede asegurar el correcto, generalizado y mantenido beneficio del avance científico.

Elección no justificada de sexo, clonación interesada de los más capacitados, discriminación de origen genético, eliminación de los infradotados (antes del nacimiento), creación de pre-embriones, con la única finalidad de obtener células pluripotenciales, a partir de las que generar órganos para trasplantes, etc.

Volviendo al enunciado de esta colaboración, siendo la vida un fenómeno natural, limitado e irreversible, nos encontramos ante una gran encrucijada.

Dominaremos la posibilidad de manipular y tergiversar la mayor de las privacidades imaginables, la de nuestro código genético. No existiendo una intimidad más sensible que la del ADN, seremos capaces de alterarla, corregirla o violentarla.

La comunidad científica ha de estar alerta frente al charlatanismo científico, consistente en el fraude de las reiteradas noticias, referidas a la creación de «vida artificial», pero el camino está ya iniciado.

12. Parece ser que todo comenzó en la profundidad de los océanos cuando, alrededor de mil quinientos millones de años antes de las primeras formas de vida, unas primitivas células sin núcleo, llamadas procariotas, que estaban presentes en la sopa primordial o caldo prebiótico (Oparin), tras reacciones casuales con sustancias inorgánicas y mediando específicas, azarosas y singularísimas condiciones ambientales, fueron capaces de generar primitivas bacterias, cuyos aminoácidos, transcurridos otros millones de años, se organizaron en proteinas, dando lugar a esquemáticos seres unicelulares, que evolucionaron muy lentamente a otros pluricelulares, que sobrevivieron, se replicaron y se multiplicaron llegando hasta donde estamos.

La extraordinaria diferencia radica en que, ahora, no sólo dependemos de esa azarosa cosmogénesis Es la inteligencia humana la que está propiciando el salto, pero el desarrollo intelectivo también forma parte de la impronta evolutiva.

¿Acaso las posibilidades que nos otorga el avance científico no son una manifestación más del proceso adaptativo cerebral?

¿Hay en nuestro origen sólo una feliz y sorprendente combinación de átomos, moléculas, gases, luz, rayos cósmicos, bioquímica, células, evolución y adaptación?

¿Somos algo más que otro eslabón de la cadena, que comenzó cuando nuestros ancestros, en la oscuridad de los orígenes, empezaron a dudar y a especular?

¿Habrá retorno, tras la incidencia en las líneas germinales?

¿Será capaz el Derecho de entender, asimilar, racionalizar, normalizar y sancionar las desviaciones de esas extraordinarias potencialidades científicas?

¿Se parecerá la sociedad del futuro a la actual, auto-considerada altamente tecnificada y desarrollada?

13. Querámoslo o no, somos una especie animal

¿Prevalecerá el instinto de supervivencia, contando con la inteligencia, sobre cualquier otro parámetro?

De ser así ¿Cuál será nuestro destino adaptativo?

¿Cómo y en que sentido evolucionaremos?

¿Cuándo, y de qué manera, se nacerá, enfermará y morirá?

¿Cuál será entonces, el lugar de la ciencia, la ética y la medicina?

¿Hacia donde se dirigirá el avance humano, agotados los recursos propios del planeta?

¿Está nuestro futuro fuera del sistema solar?

¿Encontraremos lejos alguna otra forma de vida o de inteligencia?

¿Procede nuestra vida del espacio, que hemos empezado a explorar?

¿Tienen razón físicos de la talla de Fermi, Szilárd, Hoyle, Sagan y Crack, al sostener que la vida llegó a la Tierra, procedente de seres vivos de otras galaxias?

¿Son la conciencia y la mente, tal como sostiene Barbour, fenómenos emergentes y radicalmente nuevos en la historia cósmica?

Si el origen de la vida, con o sin capacidad intelectiva, está fuera de nuestro astro: ¿Cuál es el del cosmos y el del big-bang?

Sobre su naturaleza y principio, y sobre la posible ingerencia en ella, escriben y argumentan, desde sus autorizados conocimientos académicos, quienes me acompañan en la edición de este libro.

14.

S. Adroher Biosca y F. de Montalvo, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Universidad Pontificia de Comillas, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2008.

C. Aitziber Emaldi, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares. Universidad de Deusto. Granada, 2001.

G. Barbour Ian, *El encuentro entre ciencia y religión*, Edit. Sal Térrea, Trotta 2004.

A. Gòmez Rabal, *Corpus Hippocraticum*, Creación y Realización Editorial, S. L. Barcelona, 1995.

R. Levi-Montalcini, *Elogio de la imperfección*, Liberdúplex, S.L., Barcelona, 2013.

R. Pacheco Guevara, *Datos genéticos para compañías aseguradoras y mercado de trabajo ¿riesgo de discriminación?*, Revista: El Médico, Nº 845, 62-72, Noviembre, 2002.

R. Pacheco Guevara y E. García Quiñones, *Acercamiento antropológico a la medicina y a la religión*, en la génesis del poder y del Derecho, en Revista Actualidad del Derecho Sanitario, Nº 161, 432-436, Junio, 2009.

R. Pacheco Guevara, *Vida artificial*, en Revista Salud 21,12, Junio 2010.

Francesco Lucrezi

SULL'INIZIO VITA IN DIRITTO EBRAICO

Sommario: 1. Diritto ebraico e bioetica. 2. Vita e antropocentrismo. 3. L'inizio della vita. 4. Embrione e generazioni future. 5. *Ubàr, nèfesh, ish, adam, ben, adam ba-adam, safek nefesh*.

1. La speculazione giuridica ebraica in tema di inizio vita può essere analizzata da due diversi punti di vista, a seconda che, con la qualifica di «ebraica», si voglia intendere:

a) la riflessione fondata sull'osservanza della parte precettiva della Torah (cd. *halachah*), nel solco della tradizione, scritta e orale, che ad essa fa riferimento, lungo una linea di continuità che conosce crescita ed evoluzione, ma non cesure;

b) ogni forma di pensiero (scientifico, filosofico, etico) che si colleghi culturalmente alla radice mosaica, pur senza sentirsi ad essa vincolata sul piano operativo e normativo.

Solo il primo approccio (assunto dalle autorità rabbiniche e dagli ebrei osservanti) può essere considerato «ebraico» sul piano strettamente religioso e giuridico, ma ciò non significa che il secondo filone culturale (diffuso nell'età moderna, proprio di ebrei secolarizzati o «diversamente osservanti», o di istituzioni ebraiche non improntate a una stretta osservanza religiosa) non abbia una sua connotazione ebraica, anche rilevante (indipendentemente dal fatto che le soluzioni adottate siano considerate conformi alla *halachah*).

Per meglio comprendere tale distinzione, occorre rammentare che, diversamente da quanto avvenuto in altre tradizioni giuridiche provenienti dall'antichità – per esempio, la romana –, quella ebraica non ha conosciuto – per lo meno, fino al XIX secolo, con la cd. *haskalah,* l'emancipazione di parte degli ebrei d'Europa e d'America[1]- la separazione tra precetto religioso e precetto civile, tanto che l'espressione *mishpàt ivrì* – traduzione, alla lettera, di «diritto ebraico» – rappresenta una locuzione moderna, essendo difficilmente riscontrabile, nell'ebraico antico, un con-

1 Cfr. F. Lucrezi, *Ebrei a Napoli,* in Id., *Ebraismo e Novecento. Diritti, cittadinanza, identità,* Livorno 2010, 21 ss. e *passim*.

cetto analogo a quello della consueta accezione, moderna e occidentale, di diritto, proprio perché non sussiste una differenza qualitativa tra norme quali, per esempio, l'obbligo dell'adempimento, del risarcimento, o la sanzione dell'omicidio, e precetti relativi invece al culto, l'abbigliamento, l'alimentazione ecc.[2]

La Legge, nell'ebraismo, è solo quella divina, e Dio ha parlato solo nella Torah. Non c'è Legge, pertanto, all'infuori delle *mitzvòt* (precetti): non può esistere, nella storia d'Israele, un sovrano legislatore, e il diritto ebraico – inteso come fenomeno culturale elaborato dal popolo d'Israele nel corso della sua plurimillenaria esperienza storica, fin dalle remote epoche del nomadismo e semi-nomadismo, passando poi per le varie fasi dell'insediamento stanziale in Erez Israel, del Primo e del Secondo Tempio, e poi per le lunghe e accidentate peregrinazioni della diaspora, fino, dopo la voragine della Shoah, alla riconquista di una moderna sovranità nazionale nella famiglia delle nazioni[3] – è strettamente intrecciato alla religione mosaica, di cui rappresenta, geneticamente e funzionalmente, un aspetto.

Dal carattere divino del diritto ebraico discende un suo aspetto essenziale, consistente nel suo essere concepito essenzialmente come un sistema di doveri dell'individuo (nei confronti della divinità e, su suo comando, del prossimo), anziché di diritti[4]: un'impostazione particolarmente radicata e duratura, destinata a permeare di sé, in particolare, anche le recenti speculazioni in materia di bioetica.

Va tenuto presente, inoltre, che, nel panorama di tutti i diritti antichi e moderni, il diritto ebraico rappresenta decisamente un *unicum*, per il semplice, sorprendente dato di fatto di essere, in assoluto, l'unica esperienza giuridica dell'antichità a potersi dire ancora, a tutti gli effetti, un diritto vigente, positivo: studiato e applicato in quanto tale nelle *yeshivòt* e nei *batèdin,* nelle Accademie e nei tribunali rabbinici di Tel Aviv come di Mosca, di

2 Cfr. A.M.Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica,* Torino 2002, 3 ss.; Id., *Diritto ebraico,* ora in Id., *Ebraismo e diritto. Studi sul diritto ebraico e gli ebrei nell'impero romano scelti e raccolti da Francesco Lucrezi*, Soveria Mannelli, 2009, II, 101ss.

3 Cfr. F. Lucrezi, *Ebraismo e Novecento, op. cit.*, *passim*; *Legge e limite nell'ebraismo,* in corso di pubblicazione nel volume collectaneo *Legge e limite nei diritti antichi. Fondamenti del diritto antico,* II, Napoli 2015; *La vittima in diritto ebraico,* in corso di pubblicazione nel volume collectaneo *La vittima nei diritti antichi,* Napoli, 2015.

4 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 203 s.; Id., *L'inizio della vita nel diritto ebraico,* in D. Atighetci, D. Milani, A.M. Rabello (a cura di), *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto* (con pref. di S. Ferrari, introd. di A. Canotti), Torino, 2013, 16 ss.

Brooklyn come di Buenos Aires o di Roma, rispettato come «ortoprassia» cogente, condotta di vita quotidiana (da attualizzare di giorno in giorno, ma senza mai archiviare le fonti normative nel recinto di un diritto antico e superato[5]), da centinaia di migliaia di ebrei osservanti, in Terra di Israele e in tutte le nazioni della diaspora[6].

Questa duplice, peculiare connotazione – ossia la natura divina del diritto ebraico, e la sua perdurante vitalità come diritto positivo, su un piano di apparente «atemporalità» – dovrebbe portare, logicamente, ad escludere da un'analisi tutte quelle forme di speculazione che risultino estranee o eterodosse rispetto alla corretta applicazione e interpretazione della *halachah,* così come tramandata dalla tradizione rabbinica. È, però, un semplice dato di fatto che da questa tradizione siano germogliati importanti filoni di pensiero giuridico, etico e scientifico, in grado di allargare sensibilmente il nostro orizzonte teorico di conoscenza del problema dell'inizio vita. Ciò è avvenuto e avviene, si può dire quotidianamente, in molte Accademie, ospedali, Istituti di ricerca, Comitati etici di Europa, degli Stati Uniti e, soprattutto, di Israele: risorta patria, com'è noto, del popolo ebraico, retta da un articolato e complesso sistema giuridico, permeato dei valori biblici di libertà, uguaglianza e giustizia, e fortemente tributario verso l'etica ebraica, ma anche informato ai princìpi occidentali di libertà, laicità e democrazia e alle esigenze della modernità, e debitore, in quanto tale, verso molte esperienze del Common Law e del Civil Law[7]. In quanto diritto laico di uno Stato democratico e non confessionale, il diritto israeliano non può essere definito diritto ebraico, ma, certamente, non può essere compreso e studiato prescindendo dalla sua radice israelita.

Proprio la bioetica, come terreno di incrocio e intersecazione tra i diversi flussi del pensiero scientifico e umanistico[8], naturale luogo di reciproca contaminazione e fecondazione tra forme di pensiero di diversa formazione e impostazione ideologica, rappresenta, per la sua peculiare natura interdisciplinare, interconfessionale e interculturale, uno spazio ideale per una piena esplicazione delle infinite potenzialità del pensiero ebraico – erede

5 Cfr. F. Lucrezi, *Legge e limite, op. cit*.; *La vittima in diritto ebraico, op. cit*.

6 Cfr. F. Lucrezi, *Presentazione* di Rabello, *Ebraismo e diritto, cit*. I, 5 s.; *Ebraismo e Novecento, cit*., *passim*; *Legge e limite, op. cit*.

7 Cfr. F. Lucrezi, *Sulla Dichiarazione d'Indipendenza di Israele,* in Id., *Ebraismo e Novecento, op. cit*.,105 ss., *Presentazione* di Rabello, *Ebraismo e diritto, op. cit*., 8 s.

8 Cfr. F. P. Casavola, *Bioetica. Una rivoluzione post-moderna,* Roma 2013, 7. Cfr. anche F. Lucrezi, F. Mancuso (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica,* Soveria Mannelli, 2010, *passim*.

di un'antica tradizione di libero confronto dialettico, ininterrottamente tesa a favorire, custodire e valorizzare al massimo le opinioni di minoranza, come prezioso elemento di giudizio e conoscenza, nell'assenza di un'autorità centrale sovrana e di ogni forma di «pensiero unico»[9] – come lievito di sempre nuova ricerca e investigazione, al di là di consolidate barriere e compartimentazioni.

In quasi tutti gli ospedali israeliani, per esempio, così come in molte strutture sanitarie ebraiche statunitensi ed europee, sono attivi dei comitati etici nei quali la presenza dei rabbini si rivela particolarmente preziosa, non in quanto fonte di un'«ultima parola» imperativa, ma come fecondo contributo alla conoscenza, accanto – su un piano di parità – alla voce di medici, giuristi, filosofi, nelle forme di un'aperta discussione molto lontana dalla vecchia contrapposizione, tipicamente europea (dipendente, soprattutto, dal forte condizionamento dovuto alla presenza della Chiesa Cattolica), tra impostazione «confessionale» (che si vorrebbe, per innata vocazione, sempre severa e interdittiva) e «laica» (considerata invece *naturaliter* liberale e tollerante, se non «relativista»)[10].

2. Le fonti di riferimento, utili a fondare le valutazioni giuridiche sulle questioni di inizio vita, sono, nella tradizione ebraica, diverse, e vanno a comporre un quadro complesso e frastagliato, apparentemente non univoco, contribuendo ad alimentare un dibattito bioetico particolarmente ricco e vivace.

Il primo elemento da cui partire è senz'altro il perentorio richiamo al rispetto della vita, che nell'ebraismo ha una posizione centrale e fondativa: «scegli la vita, affinché viviate tu e la tua discendenza», ordina il Signore (Deut. 30.19)[11]. Un richiamo che ha una duplice valenza:

a) il rispetto della vita umana già esistente, che è sempre sacra e inviolabile: diversamente dalle altre civiltà antiche, nell'antico Israele il servo (*'eved*) era un soggetto giuridico tutelato[12], così come lo erano i figli, le

9 Cfr. F. Lucrezi, *Legge e limite, op. cit.*

10 Cfr. F. Lucrezi, *Laicità e libertà di culto in Italia e in Israele,* in Id., *Ebraismo e Novecento, op. cit*., 143 ss.

11 Cfr. D. G. Di Segni, *Ebraismo e bioetica*, in D. Bidussa (a cura di), *Ebraismo* (nell'ambito di *Le Religioni e il mondo moderno*, a cura di G. Filoramo), Torino 2008, 494 ss.; A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 227, *L'inizio della vita, op. cit*., 80.

12 Cfr. F. Lucrezi, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio',* I, Torino, 2001.

donne, gli stranieri[13], fatti oggetto di molteplici e specifiche misure di protezione e di salvaguardia, proprio in ragione della loro condizione di presunta debolezza;

b) l'invito alla creazione di nuova vita, nell'accoglimento del comandamento primigenio di «crescere e moltiplicarsi» (Gen. 1.28).

Una domanda di fondo che si pone, ai fini di una corretta interpretazione di questi versi, e di una loro pratica attuazione nella vita vissuta, è quella di «quale» sia la vita da proteggere e implementare. Se la tematica dell'inizio vita, evidentemente, prende in considerazione il problema del «quando» la vita debba essere considerata e protetta (il momento del concepimento? un certo stadio di gestazione? la nascita? addirittura prima del concepimento?), sussiste un'altra, preliminare questione, che anticamente non sembrava porsi, ma appare oggi invece di grande rilievo, ossia quali siano le creature viventi meritevoli di tale tutela: solo la specie umana, o anche gli animali non umani? O, addirittura, le piante, o la natura tutta?

Com'è noto, infatti, l'ordine divino «crescete e moltiplicatevi» non compare, nel testo biblico, come impartito per la prima volta, in Gan Eden, al primo uomo e alla prima donna (Gen. 1.28), giacché esso era già stato dato, subito prima, con le identiche parole, a tutti gli animali abitanti la terra, le acque e i cieli: «crescete e moltiplicatevi, e popolate le acque del mare, e si moltiplichino gli uccelli sopra la terra» (Gen. 1.22). Non c'è vita senza riproduzione, ed è tutta la parte vitale del creato a ricevere dall'Altissimo l'impulso a vivere, ossia a riprodursi.

Si può parlare di un vero e proprio comandamento del Signore per la riproduzione delle creature viventi non umane? Se tale precetto esiste, a chi è rivolto? Agli animali, creature non coscienti? O piuttosto all'uomo stesso, chiamato non ad assistere, da spettatore, alla riproduzione di tutta la vita del creato, ma a farsene, secondo le sue possibilità, responsabile e garante?

Se, com'è noto, le Sacre Scritture hanno giustificato, per millenni, una visione della creazione e della missione umana in chiave decisamente antropocentrica (l'uomo, ed egli soltanto, è fatto «a immagine e somiglianza» di Dio [Gen. 1.26], è autorizzato ad «assoggettare la terra» [Gen. 1.28], è tenuto a praticare i sacrifici animali ecc.), nell'età moderna, a partire da Spinoza[14], una corrente di pensiero ebraico è andata rivedendo il concetto

13 Cfr. F. Lucrezi, *"Siete stati stranieri in terra d'Egitto" (Ex. 22.20, 23.9, Deut. 19.3),* in A. Di Stasi, L. Kalb *(*a cura di*), La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea,* Atti del Convegno dell'Un. Di Salerno del 22/5/2012, Napoli 2013, 1 ss.

14 Sul punto, per tutti, cfr. C. Cassuto Morselli, *La teologia messianica di Spinoza,* in B. Spinoza, *La religione universale. Testi scelti,* a cura di M. Cassuto Morselli, con pref. di G. Saccaro Del Buffa, Livorno, 2012, 13 ss.

di vita, estendendo la protezione divina e il dovere di rispetto umano anche alle altre creature viventi, considerate anch'esse forme di vita da tutelare. Viene così riconsiderato (anche attraverso una rilettura e risignificazione, in chiave allegorica, di alcuni passi biblici) il tradizionale antropocentrismo, e l'uomo passa, da «re del creato», a suo custode e servitore.

Come recita un Midràsh, l'uomo deve ricordare di essere l'ultimo anello della creazione, in quanto tutti gli altri animali sono stati creati prima di lui, e deve intendere la sua peculiare posizione nel creato esclusivamente in chiave di responsabilità, anziché di dominio o arbitrio. Anche le regole di purità alimentare (*kasherùt*) vengono viste come funzionali a evitare il più possibile la sofferenza degli animali, e un numero crescente di rabbini ed ebrei osservanti, a partire dagli inizi del secolo scorso (seguendo l'esempio di Rav Cook, primo grande rabbino sionista, paladino del benessere animale), sceglie il vegetarianesimo, in osservanza dello spirito della Torah[15].

Come conciliare tali nuove visioni e sensibilità (con la nascita di quella che è stata definita «bioetica animale»[16] con la Torah, che impone, per esempio, i sacrifici animali per il Tempio? Rav Cook, al riguardo, asserì che se, un domani, il Tempio venisse ricostruito, i sacrifici dovrebbero tornare in forma solo vegetale, e molti pensatori ebrei (rabbini, giuristi, scrittori, filosofi) si vedono impegnati, su questo fronte, in tutto il mondo, in un fervido e interessante lavoro di «reinterpretazione» creativa delle Scritture.

È con questo spirito, per esempio, che, in tutta Europa, molti pensatori – ebrei e non – difendono l'osservanza delle regole halachiche di macellazione rituale (che impongono l'immediata soppressione dell'animale attraverso sgozzamento), che alcuni movimenti di pensiero – in un inedito e ambiguo intreccio di motivazioni animaliste e xenofobe (di stampo, prevalentemente, anti-islamico, ma anche antisemita) – vorrebbero vietare, in quanto in contrasto con l'obbligo del preventivo stordimento della bestia[17]. Al di là del carattere obiettivamente controverso della

15 Sul punto, in generale, cfr. L. Quercioli Mincer, T. Zevi (a cura di), *Gli animali e la sofferenza. La questione della 'shechità' e i diritti dei viventi* (*La rassegna mensile di Israel* 77.1-2, gennaio-agosto 2012) *passim*. Cfr. anche F. Lucrezi, F. Mancuso, *Diritto e vita, op. cit.*, settima sezione, "Umano, non-umano, disumano", 517 ss.

16 F. Rescigno, *Per una bioetica animale. Una nuova frontiera: i diritti degli esseri animali,* in F. Lucrezi, F. Mancuso, *Diritto e vita, op. cit.*, 541 ss.

17 Cfr. P. Lerner, A.M. Rabello, *Il divieto di macellazione rituale ('schechità kosher' e 'halal')*, con presentazione di R. Toniatti, Trento, 2010; R.S. Di Segni,

questione, è un dato di fatto che nessuno, a quanto mi risulta, abbia mai pubblicamente difeso la macellazione *kashèr* soltanto in base alla mera e acritica osservanza della Torah, ma sempre in ragione del fatto che tale prassi sarebbe anche funzionale – già dall'epoca biblica – alla riduzione al minimo della sofferenza dell'animale, che solo così riceverebbe una morte pressoché istantanea, diversamente da quanto avverrebbe, invece, col preventivo stordimento.

3. Il problema dell'inizio vita, però, come oggetto di discussione etica, pare ancora circoscritto alla sola specie umana. Non sembra che tale questione, finora, sia mai stata posta per creature viventi non umane.

Il tema apre un ventaglio particolarmente ampio di soluzioni e interpretazioni, perché la Torah sembra offrire, in materia, spunti apparentemente non univoci riguardo alla natura e alla tutela del nascituro (*ubàr,* termine con cui può intendersi tanto l'embrione quanto il feto)[18], da cui possono essere fatte derivare diverse opzioni.

Da vari passi delle Scritture si evince che l'individuo può essere partecipe della chiamata divina già prima della nascita: «prima ancora che ti formassi nel ventre materno, ti avevo conosciuto, prima ancora che tu uscissi dall'utero, ti avevo consacrato e costituito profeta alle genti», dice il Signore a Geremia (Ger. 1.5), e il continuo movimento di Giacobbe ed Esaù nel ventre di Rebecca ha un preciso significato: «due nazioni ti staranno in seno, due popoli usciti dalle tue viscere si divideranno; un popolo soggiogherà l'altro, e il maggiore servirà il minore» (Gen. 25.23)[19]. Ogni feto, insegna il Talmud, apprenderebbe nel ventre materno l'intera Torah, per poi dimenticarla al momento della nascita, e dopo impararla nuovamente (T.B., *Niddà* 30b).

Perciò, la vita dell'*ubàr* va tutelata: si ha il dovere di trasgredire il riposo dello *shabàt* per salvare la vita del feto, sezionando il ventre della madre morta di sabato (T.B., *Arachìm* 7a-b), e la donna incinta ha l'obbligo di mangiare, anche violando il dovere del digiuno dello Yom Kippùr, per

---

L'attacco alla 'shechità' nell'Europa di oggi, in L. Quercioli Mincer, T. Zevi, *Gli animali e la sofferenza, op. cit.,* 157 ss.; G. Di Segni, *Lo stordimento dell'animale prima della 'schechità': il limite tra il lecito e il proibito, ibidem,* 167 ss.; S. Rota Nodali, S. Cinotti, *Stato delle conoscenze sul dolore nella macellazione ebraica, ibidem,* 181 ss.

18 Cfr. A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit.*, 9.

19 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, *op. cit*., 207, *L'inizio della vita, op. cit.*, 30.

non mettere a repentaglio la vita del nascituro (Mishnà, *Jomà* 8.5): «solo comprendendo l'importanza straordinaria che hanno il Sabato e il Kippùr per l'ebreo fedele alla Torah – annota il Rabello[20] – si può comprendere l'importanza che ha l'*ubàr* per la tradizione ebraica». Ed è importante sottolineare, continua lo studioso, come da tale principio giuridico si ricavi un'importanza essenziale per le risultanze della scienza, e in particolare per l'opinione dei medici, a cui proprio l'osservanza della Torah attribuisce, nei casi controversi, l'ultima parola: «sarà normalmente un esperto di medicina che deciderà se una determinata situazione sia da considerarsi pericolosa per la vita, ed è in base a questa opinione che verrà quindi presa, normalmente, una decisione conforme alla *halachah*»[21]. L'avvertimento generale di salvare il prossimo dai pericoli (Lev. 19.16: «non assistere inerte al pericolo del tuo prossimo») riguarda anche l'*ubàr,* per la cui salute occorre impegnarsi[22], e sarà il medico, e non il rabbino, a decidere come ciò debba avvenire.

4. La soppressione volontaria del feto, ossia il procurato aborto, appare pertanto proibita, ai sensi di un'interpretazione estensiva del comandamento di «non uccidere»[23].

Il Talmud riporta un'opinione secondo cui un noachide che provochi la morte dell'*ubàr* sia passibile di pena capitale[24], e nello Zohar si ammonisce che «un uomo che uccide il feto nel grembo di sua moglie, dissacra ciò che è stato costruito dal Santo e Benedetto a Sua immagine», e viene elogiato il comportamento di quegli ebrei d'Egitto che, nonostante l'ordine del Faraone di annegare tutti i figli maschi, scelsero di non fare abortire le loro mogli (ad Ex. 1.22).

Ma gli uomini, come ricordato, sono stati anche invitati, all'inizio della storia, a «crescere e moltiplicarsi» (Gen. 1.28). Contrarre matrimonio e procreare è per l'ebreo osservante una *mitzvà*, un comandamento, e la Mishnah precisa che è necessario dare vita almeno a un figlio e una figlia[25].

---

20 A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 205. Cfr. *L'inizio della vita, op. cit*., 18, 90.

21 A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 206, *L'inizio della vita, op. cit*., 18.

22 A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit*., 22.

23 A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit*., 7 ss.

24 T.B., *Sanhedrìn* 57b. Cfr. A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit*., 84 s.

25 *Jevamòt* 6.6. Cfr. T.B., *Berachòt* 10°. Sul punto, A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit*., 27 s.

Secondo il Midràsh, non solo va tutelata la vita dell'embrione esistente, ma sarebbe da condannare anche qualsiasi atteggiamento volto a impedire il concepimento e la nascita: viene elogiata la figura di Miriam, futura sorella di Mosè, che rimproverò il padre Amran per la sua scelta di divorziare dalla moglie, al fine di non generare altri figli, che avrebbero rischiato tale morte precoce. Secondo Miriam, la scelta di Amran sarebbe stata addirittura peggiore di quella del Faraone, in quanto questo avrebbe decretato la morte dei soli figli maschi, mentre il futuro padre di Mosè avrebbe deciso di non far nascere nessuno, né maschio né femmina. Un passo secondo cui la mancata nascita verrebbe addirittura equiparata a un infanticidio, e che è stato spesso citato dai *poseqìm* (decisori) a giustificazione del divieto di aborto, in quanto, se si ha il dovere di procreare, tanto più si ha quello di tutelare la naturale crescita dell'embrione e del feto[26]. L'uso di mezzi contraccettivi meccanici resta generalmente non ammesso in ambito rabbinico, a meno che la gravidanza non rappresenti un pericolo per la donna[27].

Va anche detto che l'originario senso del comandamento del «crescere e moltiplicarsi», inteso come invito incondizionato alla procreazione, va collocato nei codici culturali di un'antica società tribale, numericamente esigua, chiamata a vivere in condizioni ambientali difficili e a fronteggiare continuamente il rischio dell'estinzione. È in tale contesto, per esempio, che viene presentato come positivo il gesto delle figlie di Lot, che si accoppiano al padre, dopo averlo ridotto in stato di ebbrezza, per permettere la prosecuzione della specie (Gen. 19.34)[28]. E, quanto alla sua successiva interpretazione estensiva e assolutizzante, essa va inquadrata nelle esigenze di sopravvivenza di un popolo chiamato, nella diaspora, a confrontarsi con ricorrenti pericoli e persecuzioni.

Nell'epoca contemporanea, da una parte, in molte località del mondo, gli ebrei hanno raggiunto situazioni di maggiore sicurezza e benessere, e, dall'altra, l'umanità tutta – alle cui sorti il pensiero ebraico appare grandemente interessato, in misura certamente maggiore di quanto non potesse avvenire in passato – appare invece segnata dal problema opposto della sovrappopolazione, che solleva inediti, urgenti problemi per il futuro del genere umano[29]. E, nelle nuove coordinate storiche e ambientali, viene ge-

26 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit.*, 210 s.

27 Cfr. A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit.*, 77 ss.

28 Cfr. F. Lucrezi, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio'* II, Torino, 75 ss.

29 Cfr., in generale, F. Lucrezi, F. Mancuso, *Diritto e vita, op. cit.*, spec. la sesta sezione, "Ambiente, natura, futuro", 407 ss.

neralmente riconosciuto, anche in ambito rabbinico, il valore della paternità responsabile e dell'accoglienza della nuova vita in un ambiente favorevole al suo sano sviluppo. L'esigenza generale del controllo delle nascite è tendenzialmente riconosciuta, pur non sussistendo uniformità di vedute riguardo ai possibili metodi atti a realizzarlo. Anche se, come nota Rav Jakobits, «lo spettro dell'esplosione demografica difficilmente potrà ossessionare un popolo che per buona parte della sua storia è stato minacciato dall'essere annullato, e che attualmente è tormentato da un grande calo della popolazione»[30].

5. Altri passi delle Scritture, però, sembrerebbero dimostrare che l'*ubàr* non possa essere considerato propriamente una persona (*nèfesh* = respiro, anima), un uomo (*ish, adam*) o un figlio (*ben*), essendo soltanto «vita nella vita», «uomo nell'uomo» (*adam ba-adam*, secondo l'espressione della Genesi, 9.6)[31], ossia parte integrante del corpo della madre, da cui non è separabile, e a cui pare gerarchicamente subordinato.

Da questo punto di vista, la soppressione del feto non potrebbe essere equiparata a un omicidio: il libro dell'Esodo (21.22-23), per esempio, stabilisce che chi abbia urtato accidentalmente il ventre di una donna incinta, interrompendone la gravidanza, debba pagare un'ammenda pecuniaria, facendo quindi rientrare il caso nella responsabilità civile, e non penale[32]. Un dato che, stando alla testimonianza di Flavio Giuseppe[33], sarebbe stato recepito dalla interpretazione e dalla prassi corrente. E la Mishnà (*Arachìm* 1.4) stabilisce che la condanna a morte di una donna incinta non debba subire un rinvio per permettere la nascita, a meno che questa non abbia già avuto inizio: un principio che – al di là dell'inattualità della previsione della condanna capitale, abbandonata per sempre, nella pratica giudaica, fin dai primi anni dell'era volgare[34] – darebbe comunque a intendere che l'*ubàr* sia considerato persona (e quindi oggetto di tutela) solo al momento

30 Da A.M. Rabello, *L'inizio della vita, op. cit*., 79.

31 Cfr. T.B., *Sanhedrin* 57b. Sul punto, A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 220, *L'inizio della vita,* 29 s., *op. cit.,* 84 s.

32 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, *op. cit.,* 218.

33 *Ant. Iud*. 4.278, *Contra Ap*. 2.24.

34 Cfr. A.M. Rabello, *E Gesù venne in Gerusalemme ed entrò nel Tempio (Marc. 11.11): assetto socio-politico di Gerusalemme e funzione istituzionale del Tempio*, in F. Amarelli, F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contro Gesù,* Napoli, 1999, 39 ss.; Id., *La Gerusalemme che vide Gesù*, in C. Rossetti, A.M. Rabello (a cura di.), *Il processo a Gesù e il giudice C. Cohn*, Parma, 2004, 51 ss.

d'inizio del parto[35]. Sul punto, la tradizione registra opinioni diverse: nel suo commento al Talmud[36], Rashi sostiene che l'*ubar* non è ancora *nefesh*, secondo altri sarebbe *safek nefesh,* «persona in dubbio», per altri ancora, sarebbe *nefesh* solo riguardo al divieto di aborto, secondo alcuni esponenti della scuola di Maimonide, infine, rientrerebbe pienamente nel concetto di *nefesh*[37].

La Torah (Num. 27.1-11, Deut. 21.15-17[38]) non menziona il nascituro tra i soggetti aventi diritto ad ereditare, ma tale capacità è stata riconosciuta dall'interpretazione rabbinica, insieme, secondo alcuni commentatori, alla possibilità di ricevere donazioni[39].

Il divieto di aborto non esclude però, secondo la pressoché unanime opinione delle autorità religiose, che esso possa essere praticato a scopo terapeutico, ossia quando la vita della madre appaia in pericolo. La Mishnà (*Ohalòt* 7.5), per esempio, afferma che, nel caso di un parto difficile, occorre intervenire innanzitutto a salvaguardia della vita della partoriente, perché essa, in quanto già formata, viene prima del nascituro, essere ancora in formazione. Anche in questi casi, a decidere non sarà altri che il medico.

La Torah non chiarisce a partire da quale momento l'embrione debba essere considerato tale. Lo Shul'han Aruch (YD 305.23) stabilisce che un figlio non è da considerare primogenito (*bekòr*) se la madre aveva precedentemente perso un feto di più di 40 giorni, lasciando implicitamente intendere che, se l'aborto è avvenuto entro un lasso di tempo inferiore, il feto non rientrerebbe nel novero dei figli, e quindi degli esseri umani.

Con la nascita, il bimbo, se nato vivo e vitale, acquista piena soggettività giuridica, e chiunque ne provochi la morte è punito al pari di chi abbia ucciso una persona adulta. Il rifiuto di ogni forma di abuso sui figli è chiaramente scolpito nel passo biblico relativo al mancato sacrificio di Isacco («non levare la mano sul fanciullo, non fargli alcun male»: Gen. 22.13), e diventa un importante elemento di definizione dell'identità isra-

35 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 222 s., *L'inizio della vita, op. cit*., 91.

36 Ad T.B., *Sanhedrìn* 72b.

37 Sul punto, A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 208, 223 ss., *L'inizio della vita, op. cit*., 30 ss.

38 Sul punto, F. Lucrezi, *La successione intestata in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio'* III, Torino, 2005, 3 ss.

39 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 213 ss., *L'inizio della vita, op. cit*., 32 ss.

elita, delineata in contrapposizione alle *toavòt* (Deut. 18.9-14), le abominazioni praticate dai cananei, che avrebbero anche compreso l'uccisione sacrificale dei figli[40]. È completamente sconosciuta, nella tradizione mosaica, alcuna forma di *ius vitae ac necis* sul figlio da parte del padre[41].

Nei primi giorni successivi alla nascita, però, i diritti del fanciullo appaiono, in alcuni casi, affievoliti: il rito della circoncisione (*milà*), con cui il nuovo nato entra nel patto (*berìt*) di Abramo, viene effettuato solo nell'8° giorno (per motivi di sicurezza sanitaria), e la cerimonia del riscatto del primogenito (*pidyon ha-ben*) ha luogo il 31° giorno dalla nascita, in base alla considerazione che il bambino non è considerato sicuramente vitale se non sopravvive almeno 30 giorni[42].

È sulla base di questi molteplici e articolati riferimenti che la speculazione bioetica ebraica è chiamata, oggi, a dare un senso attuativo al comandamento di «scegliere la vita», indicando, caso per caso, volta per volta, come esso possa essere correttamente inteso e applicato, nel bilanciamento dei diversi principi e valori coinvolti.

40 Cfr. F. Lucrezi, *Magia, stregoneria e divinazione in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio'* IV, Torino, 2007, 29 ss. Sul concetto di sacrificio nel mondo antico, cfr. Id., *La vittima in diritto ebraico, op. cit*.

41 Cfr. F. Lucrezi, *L'uccisione dello schiavo, op. cit*.

42 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico, op. cit*., 219 ss.

Blanca Soro Mateo

REFLEXIONES EN TORNO A LOS DERECHOS DE LAS FUTURAS GENERACIONES

Sumario: 1. La incorporación de los derechos de las futuras generaciones al debate jurídico. 2. La solidaridad colectiva intergeneracional como base ética del moderno Derecho ambiental. Su recepción respecto de la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones futuras. 3. Reflexiones jurídicas que plantean las constantes referencias normativas expresas a las «generaciones venideras» en el ordenamiento jurídico español. 4. Bibliografía.

1. En la actualidad, las más modernas concepciones de Justicia están dando paso a un nuevo paradigma global en términos temporales. Ello trae consigo que, partiendo de una propuesta de responsabilidad global a favor de la vida[1], pasan a ser consideradas las generaciones presentes, pasadas y futuras e incluso los animales y las plantas […][2]. Puede afirmarse, entonces, que las más recientes concepciones de la Bioética y de la Justicia, al tomar en consideración a las generaciones futuras, están retrotrayendo el debate sobre la vida mucho antes de la concepción.

No obstante, la dimensión temporal de los derechos y de su vulneración no ha sido resuelta satisfactoriamente por el Derecho. Así, por ejemplo, la contaminación ambiental histórica, que en la mayoría de los casos se produjo al amparo de los ordenamientos jurídicos vigentes en el momento de su producción, constituye un legado para las generaciones futuras que éstas tienen que soportar en su presente. Las respuestas jurídicas, en este sentido, tienden a flexibilizar el principio de reparación integral, introduciendo un amplio margen de discrecionalidad de los poderes públicos a la hora de abordar las soluciones que demanda la tutela de intereses relevantes como la seguridad alimentaria, la salud de las personas, la indemnidad del ambiente y del patrimonio cultural, entre otros, cuando lo que se comprometen son derechos de las generaciones venideras. Si ya es difícil

1 J.M. Manrique Monero, *Bioética y medio ambiente*, en M.I.Bringas López (dir.), e E.J. Ibeas Cuasante (coord.), *Persona, ecología y bioética: desafíos del siglo XXI,* Universidad Popular para la educación y la cultura de Burgos, 2008, 206.

2 A.Aurelio de Prada García, *Hacia una justicia glocal*, en *Anales de Filosofía del derecho,* (XXVII), 2011, 63 y 80. *V.,* en este sentido, también *Globalización y medio ambiente: el ciudadano glocal*, vol. 19, Madrid, 2001-2002, 50-54.

garantizar los derechos de las generaciones presentes, más complejo aún se torna garantizar de forma efectiva los derechos de las generaciones futuras. Dicha dificultad parte de la inexistencia de consenso sobre la jerarquización de los principios en juego, como la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima. Así, continuando con el ejemplo al que aludíamos, la factura derivada de la contaminación histórica y actual del suelo, del aire, del agua, del medio ambiente en general y de los recursos naturales destinados a consumo humano y animal parece ahora inasumible e imposible de internalizar. ¿Qué hacer ante este escenario heredado por las generaciones actuales por el uso y el abuso de los recursos naturales? ¿Corresponsabilizar a la sociedad actual y hacerla participar de las plusvalías de la descontaminación con fondos públicos o sobre bienes de dominio público? Algunas voces apelan a una solidaridad intergeneracional.

Las consideraciones anteriores, nos obligan a abordar una nueva concepción que incorpore la variable temporal a la Justicia y al Derecho, lo cual nos permite entroncar con la disciplina del Bioderecho que, aún con perfiles difusos, se erige como disciplina jurídica sobre las ciencias de la vida que comprende las implicaciones éticas de la protección de la vida en toda su dimensión temporal. En este ámbito, pues, el Bioderecho se enfrenta, no a distintas éticas como en relación a debates como la maternidad subrogada, la donación de gametos o el diagnóstico genético preimplantacional, sino que, superado el antropocentrismo que dominó en otras épocas, y comúnmente aceptada una ética ecológica y una solidaridad intergeneracional, los grandes problemas a vencer derivan ahora de políticas sociales y económicas insolidarias con las generaciones venideras.

Veremos a continuación cómo esta variable temporal progresivamente se incorpora a las normas y qué interrogantes demandan aún una respuesta por parte de nuestros legisladores, para que sea efectivo el reconocimiento de los derechos de las futuras generaciones.

2. El contexto general descrito *supra*, sirve de marco para el desenvolvimiento del actual Derecho ambiental como sector del ordenamiento jurídico, el cual, presidido por unas bases éticas heterogéneas en función de prioridades distintas que van desde el antropocentrismo propio de las primeras normas ambientales al ecocentrismo más radical, va a inspirarse en una solidaridad colectiva intergeneracional. De este modo, hoy día puede afirmarse que una de las líneas de avance más novedosas del Derecho ambiental de nuestro tiempo es el indiscutible y progresivo reconocimiento de los derechos de las generaciones venideras, como consecuencia del

substrato ético sobre el que se construye esta rama del Derecho, la cual incorpora la dimensión temporal del derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, como rezan todos los listados de derechos de las cartas magnas de nuestro contexto. Como ya afirmó MARTÍN MATEO, padre del Derecho ambiental español, *para que el hombre pueda garantizar su pervivencia futura,* como especie se entiende, *debe dotarse de un cuerpo normativo que recoja los dictados de las Ciencias de la Naturaleza, para una prudente utilización económica de la Biosfera. Para ello se necesitará contar además con el apoyo de la Ética y de la Física. Para que pueda adoptarse un Derecho Ambiental adecuado es presupuesto indispensable que haya sido asumida previamente por la comunidad implicada una Ética ecológica concorde, lo que implica ya desde luego el valor de la solidaridad interplanetaria, pero sobre todo intertemporal* [3].

Desde la propia formulación del tan renombrado desarrollo sostenible, según se definió por la *Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente, celebrada en Estocolmo de 1972*, el Derecho ambiental debe garantizar que la utilización de los recursos naturales actual no comprometa el derecho de las generaciones futuras. En el mismo sentido, el *Informe Brutland de Naciones Unidas (1985)* definió hace ya casi tres décadas desarrollo sostenible como *«desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas»*. Los postulados que inspiran esta concepción no cabe duda que son los principios de solidaridad y de responsabilidad intergeneracional. Otros instrumentos de carácter internacional más recientes, como la *Declaración de la UNESCO sobre responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones futuras, de 12 de noviembre (2007)*, siguiendo la línea de la *Declaración sobre datos genéticos humanos y de la Declaración Universal sobre la bioética y los derechos humanos (2005)*, también se refiere expresamente a las generaciones futuras. Esta declaración, tras afirmar la responsabilidad de las generaciones actuales respecto de la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras, recoge una serie de derechos y libertades que implican a las generaciones venideras. Así, se reconoce la libertad de elección del sistema político, económico y social, preservando asimismo su diversidad cultural y religiosa (art. 2). Por

3 R. MARTÍN MATEO, *La revolución ambiental pendiente*, *Lección inaugural del curso académico, Universidad de Alicante, 1999-2000*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

otra parte, se establece la obligación y el correlativo derecho al mantenimiento y a la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana sin atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana (art. 3), protegiendo el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservándose necesariamente la diversidad biológica. En relación con el medio ambiente, las generaciones actuales tienen la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que en un futuro no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano. Se establece expresamente que al recibir la Tierra en herencia temporal, cada generación debe procurar utilizar los recursos naturales razonablemente y atender a que no se comprometa la vida con modificaciones nocivas de los ecosistemas y a que el progreso científico y técnico en todos los ámbitos no cause perjuicios a la vida en la Tierra. Así, para que las generaciones futuras puedan disfrutar de la riqueza de los ecosistemas de la Tierra, las generaciones actuales deben luchar en pro del desarrollo sostenible y preservar las condiciones de la vida y, especialmente, la calidad e integridad del medio ambiente. Deben, asimismo, cuidar de que las generaciones futuras no se expongan a una contaminación que pueda poner en peligro su salud o su propia existencia y deben preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el sustento y el desarrollo de la vida humana, teniendo en cuenta las posibles consecuencias que para las generaciones futuras pueden suponer grandes proyectos (arts. 4, 5 y 6). Por otra parte, en relación con la diversidad cultural y el patrimonio cultural, las generaciones actuales deberán velar por preservar la diversidad cultural de la humanidad respetando debidamente los derechos humanos y libertades fundamentales, identificando, protegiendo y conservando el patrimonio cultural material e inmaterial y transmitiéndolo a las generaciones futuras (art. 7). En fin, la Declaración finaliza reconociendo el derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad (art. 8), de la paz, de la seguridad y del respeto del derecho internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales, el desarrollo socioeconómico equitativo, sostenible y universal, tanto individual como colectivo, en particular, mediante una utilización justa y prudente de los recursos disponibles a fin de luchar contra la pobreza y el derecho a la educación (arts. 9 y 10). Por último, las generaciones presentes deben abstenerse de realizar actividades y de tomar medidas que puedan ocasionar o perpetuar cualquier forma de discriminación para las generaciones futuras (art. 11).

Por su parte, la conocida como *Declaración de La Laguna, sobre los derechos humanos de las generaciones futuras, aprobada el 26 de febrero*

de 1994 por los participantes en la reunión de expertos UNESCO (Equipo Cousteau)[4], propone el siguiente listado de derechos de las generaciones futuras: derecho a una Tierra preservada (art. 1), derecho a la libertad de opción de las generaciones futuras (art. 2), derecho a la vida y a la preservación de la especie humana (art. 3), derecho a conocer sus orígenes y su identidad (art. 4), exención de toda responsabilidad individual por las acciones cometidas por las generaciones precedentes (art. 5), limitaciones de perjuicios futuros al derecho de propiedad (art. 6), derecho a la conservación y transmisión de los bienes culturales (art. 7), derecho al desarrollo individual y colectivo sobre la Tierra (art. 8), derecho a un Medio Ambiente ecológicamente equilibrado (art. 9), derecho de uso respecto del patrimonio común de la humanidad (art. 10), derecho a la paz y a ser resguardados de las consecuencias de guerras pasadas (art. 11), prohibición de futuras discriminaciones (art. 12), intangibilidad de los derechos humanos de las personas pertenecientes a las generaciones futuras (art. 13) y puesta en práctica de los derechos humanos de las generaciones futuras (art. 14).

Más recientemente, también en la esfera internacional, la *Conferencia de la ONU sobre Desarrollo Sustentable de 2012 (Rio+20)* vuelve a incidir sobre la cuestión que tratamos desde su propia formulación («*El futuro que queremos*»), recomendando la aplicación del principio de precaución y la participación de los jóvenes en la toma de decisiones, especialmente para preservar el derecho a un medio ambiente –incluido el medio marino-, el sistema climático y los servicios que presta la biodiversidad en su conjunto, y la seguridad y suficiencia alimentaria.

Puede afirmarse, pues, que como destacó Gros Espiell, nos encotramos ante «*Una nueva cultura, similar a la que alumbró el gran movimiento de los Derechos Humanos, habría de crearse por líderes intelectuales de la Humanidad, y difundirse por los medios de comunicación ordinarios, lo que en parte está funcionando sobre todo por los canales de los sistemas educativos, de donde saldrán adecuadamente formados los futuros votantes de las normas ambientales precisas, que tendrán presente las generaciones venideras*[5]*»*.

---

4 Puede consultarse en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Blanca%20Soro/Mis%20documentos/Downloads/caspungt.pdf

5 Cfr. H. Gros Espiell, *Estudios jurídico penales sobre genética y bioética* http://vlex.com/vid/delcarciones-unesco-generaciones futuras-324567, 4 y 10. El autor, destaca que las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras ya nos hablan de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. Y a continuación, concretiza dicha afirmación en relación con determinados temas: libertad de elección, mantenimiento y perpetuación de

En esta misma línea, el Informe *Social watch 2012 «El derecho a un futuro»*, elaborado por Roberto Bisio, advierte que «*El derecho a un futuro es la tarea más urgente del presente*», «*se trata de la naturaleza, sin duda, pero también se trata de nuestros nietos y de nuestra propia dignidad, de las expectativas del 99% de los 7.000 millones de hombres y mujeres del mundo, de niñas y niños a quienes hace dos décadas se les prometió sustentabilidad y que han visto, en cambio, sus expectativas convertidas en la ficha de un casino financiero mundial que no controlan*». Dicho estudio llega a defender incluso la institucionalización de un defensor de la justicia intergeneracional y de las futuras generaciones.

En el ámbito europeo también la Estrategia de Desarrollo Sostenible (UE), que fue renovada en el Consejo de Bruselas de 2006, refleja principio general consistente en *«determinar y elaborar medidas que permitan mejorar continuamente la calidad de vida para las actuales y futuras generaciones mediante la creación de comunidades sostenibles capaces de gestionar y utilizar los recursos de forma eficiente, para aprovechar el potencial de innovación ecológica y social que ofrece la economía, garantizando la prosperidad, la protección del medio ambiente y la cohesión social*».

A nivel interno, y por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, la Constitución de 1978 hace eco de esta dimensión temporal en el concreto precepto que reconoce, al más alto nivel, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y, así, se refiere expresamente a la indispensable *solidaridad colectiva*, la cual incorpora, como señalamos, esa variable temporal que permite calificar los derechos ambientales de las generaciones futuras como «derechos de solidaridad» o «de obligación de las presentes sin contraprestación de las futuras» (art. 45.2 CE)[6]. En palabras de León Jiménez los derechos ambientales de las generaciones futuras pasan a convertirse en un *«derecho a la solidaridad en el presente: la fórmula de concreción práctica de aquellos derechos "del" futuro en el presente es la obligación de solidaridad, de contenido eminentemente ambiental, que vincula a las generaciones presentes, que vienen obligadas a dejar un Planeta en condiciones de habitabilidad*

---

la humanidad, preservación de la vida en la tierra, protección del medio ambiente, el genoma humano y la diversidad biológica, diversidad y patrimonio cultural, patrimonio común de la humanidad, paz, desarrollo educación y no discriminación.

6 Peter Häberle da cuenta de la incorporación de la dimensión temporal de los derechos en las constituciones en Peter Häberle, *Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional*, *Lecciones y ensayos* núm. 87, 2009,17-37.

ambiental dignas y favorecedoras de la calidad de vida para estos seres humanos que están por venir[7]*».*

3. Además de la formulación constitucional implícita de los derechos de las nuevas generaciones en la Constitución española de 1978, el ordenamiento jurídico español contempla ya frecuentes referencias normativas expresas a estas «generaciones venideras» en normas de diverso rango. Además, si bien en un primer momento dichas referencias podían encontrarse exclusivamente en la fundamentación de las normas, esto es, en preámbulos y exposiciones de motivos[8], en el momento actual puede constatarse que dichas alusiones progresivamente se están incorporando a la parte dispositiva de la generalidad de normas de carácter tuitivo no necesariamente ambientales[9].

Por ofrecer algunos ejemplos de esta tendencia, puede resaltarse dicha referencia en la definición de desarrollo urbanístico sostenible[10], en la formulación del concepto de depósito legal[11] y en la descripción de los motivos de la protección del patrimonio cultural[12]. En efecto, la normativa sobre urbanismo, depósito legal y patrimonio cultural, además de la ambiental, hacen referencia expresa a las generaciones futuras para justificar la teleología de las medidas de protección que se establecen en relación con los bienes jurídicos protegidos, en el caso del medio ambiente y del patri-

7 F. León Jiménez, *¿Derechos ambientales de las generaciones futuras?*, en http://huespedes.cica.es/gimadus/18/05.html.

8 Así, la L. 22/1988, de Costas.

9 Por citar las más recientes, *v.* L. 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (art. 2) y 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal (art. 2).

10 El art. 3.1 del d.lgs 1/2010, de 3 de agosto que aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña define desarrollo urbanístico sostenible como "*la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales con el fin de garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras"*.

11 El art. 2.1. de la L. 22/2011, de Depósito Legal establece como objetivos del mismo *Recopilar, almacenar y conservar, en los centros de conservación de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, las publicaciones que constituyen el patrimonio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital español, con objeto de preservarlo y legarlo a las* generaciones futuras*, velar por su difusión y permitir el acceso al mismo para garantizar el derecho de acceso a la cultura, a la información y a la investigación.*

12 V. L. 16/1985 y toda la normativa autonómica que desplaza parte de sus preceptos, en base a la competencia exclusiva de las CCAA para la protección de patrimonio cultural.

monio cultural, o bien para justificar la función social de algunos derechos de carácter privado, como sucede en relación con el derecho de propiedad y la propiedad intelectual.

Otras normas más transversales también hacen suya como patrón de crecimiento sostenible la protección de los derechos de las generaciones futuras. Así, la Ley 2/2011 cuyo objetivo fundamental se concreta en introducir en el ordenamiento jurídico español las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible, define el mismo como aquel *que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades* (art. 2).

La comprensión de los derechos de las generaciones futuras en el derecho positivo español, como botón de muestra de esta tendencia en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, nos obliga, a los estudiosos del Bioderecho, a plantearnos cuestiones difíciles de resolver y que pasamos a enunciar a continuación.

En primer término debenos interrogarnos sobre la naturaleza jurídica de estos derechos. La discusión sobre la naturaleza jurídica de los derechos de las futuras generaciones, desde esta óptica del Bioderecho y en este ámbito, debe ir encaminada a identificarlos, en su caso, como derechos sociales o derechos de la humanidad no nacida, frente a las frecuentes consideraciones individualistas y subjetivas que incorporan derechos individuales y subjetivos al estatuto jurídico del embrión. ¿Existen los derechos sociales de la humanidad no nacida? ¿Se trata más bien de derechos morales que fundamentan obligaciones de hacer o no hacer de las generaciones presentes? Debe explorarse si más bien se trata de derechos morales que sirven de fundamento ético de las obligaciones de solidaridad del ser humano para con el no nacido, lo cual exige a los legisladores la incorporación de una ética ecológica y cultural en las normas y a los científicos la inclusión, en sus códigos deontológicos, de una suerte de objeción de conciencia científica cuando se comprometan los derechos de las generaciones venideras[13].

13 En este sentido, resultarían muy criticables, las políticas energéticas españolas. En efecto, el creciente déficit tarifario, esto es, la diferencia entre la recaudación por las tarifas reguladas que fija la Administración y que pagan los consumidores por sus suministros regulados y por las tarifas de acceso que se fijan en el mercado liberalizado y los costes reales asociados a dichas tarifas, está produciendo

En segundo lugar, debemos preguntarnos si añade algo en el panorama jurídico el reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras cuando los derechos reconocidos coinciden o concurren con los derechos de las generaciones actuales. ¿Cómo arbitrar mecanismos concurrentes a los ya existentes para la simultánea defensa de los derechos de las actuales y futuras generaciones? ¿Cómo formular los límites de los derechos de las actuales generaciones?

En tercer término, y en relación con lo anterior, debe profundizarse sobre la trascendencia de los derechos hereditarios reconocidos por el ordenamiento jurídico a los concebidos no nacidos respecto de los derechos de copropiedad, cotitularidad y coparticipación en relación con los bienes jurídicos de cuyo disfrute son titulares los no nacidos, como es el caso el medio ambiente y del patrimonio cultural?

En cuarto lugar, debemos interrogarnos sobre cómo articular la defensa de estos derechos de las futuras generaciones. Posiblemente, el desarrollo e institucionalización de un Defensor de la justicia intergeneracional, como sostiene el Informe *Social watch 2012 «El derecho a un futuro»*, elaborado por Roberto Bisio, puede suponer un importante avance en la efectividad de estos derechos.

En fin, en quinto y último lugar, debe abordarse el problema que supone, como consecuencia de todo lo anterior, la eventual responsabilidad derivada de la privación de derechos antes de la propia existencia.

A nuestro juicio, y a modo de conclusión, el reconocimiento de derechos de uso y disfrute a las nuevas generaciones respecto de bienes jurídicos protegidos en el momento actual debe servir como acicate para la aplicación rigurosa de las medidas de protección y salvaguarda de estos bienes en el momento presente, inspiradas en los principios de precaución y solidaridad intergeneracional. Asimismo, ello nos debe llevar a la formulación de normas homogéneas que incluyan como sujeto obligado a toda la humanidad, a la incorporación de una ética ecológica a las normas

---

graves problemas que, en el contexto actual de crisis financiera internacional está afectando profundamente al sistema y pone en riesgo, no sólo la situación financiera de las empresas del sector eléctrico, sino la sostenibilidad misma del sistema. Este desajuste resulta insostenible y tiene graves consecuencias, al deteriorar la seguridad y capacidad de financiación de las inversiones necesarias para el suministro de electricidad en los niveles de calidad y seguridad que demanda la sociedad española. Para la financiación de este déficit, que se traslada a generaciones futuras a través del reconocimiento de derechos de cobro a largo plazo, se han ido adoptando diferentes medidas que en la actual coyuntura de los mercados financieros se han revelado insuficientes.

y a las políticas, al desarrollo de la denominada objección de conciencia científica, a la jerarquización de la protección de los derechos de las futuras generaciones sobre el desarrollo económico a toda costa, al olvido de políticas cortoplacistas y, en suma, a la reformulación de los tradicionales límites de instituciones jurídicas clásicas como la responsabilidad, resulta, pres, clave el reconocimiento de la acción pública, más allá de la acción popular, de connotaciones actuales, en la defensa de los derechos de las generaciones venideras y la instauración de la figura del defensor de las futuras generaciones.

4.

A. Aurelio de Prada García, *Hacia una justicia glocal*, Anales de Filosofía del derecho, (XXVII), 2011, 63 y 80. V., en este sentido, también *Globalización y medio ambiente: el ciudadano glocal*, UNED, vol. 19, Madrid, 2001-2002, 50-54.

H. Gros Espiell, *Estudios jurídico penales sobre genética y bioética,* http://vlex.com/vid/delcarciones-unesco-generaciones futuras-324567.

L. Kennet Mac Farlane, *Los derechos humanos de las generaciones futuras (la contribución jurídica de J. Costeau),* Última década núm. 8, Centro de Estudios Sociales de Chile, 1997.

F. León Jiménez, *¿Derechos ambientales de las generaciones futures?,* en http://huespedes.cica.es/gimadus/18/05.html.

J.M. Manrique Monero, *Bioética y medio ambiente*, en Bringas López, M.I. (dir.) e Ibeas Cuasante, E.J. (coord.), *Persona, ecología y bioética: desafíos del siglo XXI*, Universidad Popular para la educación y la cultura de Burgos, 2008, 206.

R. Martín Mateo, *La revolución ambiental pendiente*, *Lección inaugural del curso académico, 1999-2000*, Universidad de Alicante. Ed. bilingüe. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

P. Häberle, *Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional*, Lecciones y ensayos núm. 87, 2009, 17-37.

Osvaldo Sacchi

L'EMBRIONE UMANO TRA *RES* E "PERSONA"
Spunti dal dibattito giuridico antico e contemporaneo[1]

Sommario: 1. Premessa. 2. Il principio dell'autodeterminazione e la nozione di nascituro in diritto romano. 3. Il dibattito filosofico. 4. L'embrione per la scienza e per gli scienziati. 5. Per una genealogia del concetto di embrione. 6. L'embrione come una persona. 7. Conclusione.

1. Un noto aforisma recita: «la cultura è ciò che rimane quando si è dimenticato quel che si è letto». A chiunque si chieda cosa sia una persona, questi risponderà che la *persona è l'essere umano*. Di contro, sembra incredibile, ma è ancora difficile dire con esattezza cosa sia l'embrione umano e stabilire se questo sia *res*, persona o che cosa[2]. È certo che il luogo di senso "persona" – sia nella forma greca (*prosōpon*) che in quella latina (*persona*) – ebbe un'estensione semantica molto ampia. Fonti alla mano, e per tutta l'esperienza antica fino a Boezio e Giustiniano (VI secolo d.C.)[3], questa parola è stata usata infatti per indicare in senso metaforico: 1) un oggetto materiale (*res*), ossia la maschera del dio pagano (Dioniso), dell'attore o del defunto[4]; 2)

1 Queste brevi note condensano il contenuto di due interventi tenuti: il primo al Convegno Unesco, *World Conference Bioethics*, *Medical Ethics & Ealth Law Towards the 21th Century*, Napoli 19 novembre 2013, Centro Congressi Royal Continental, Napoli [cfr. ora O. Sacchi, *The human embryo between res and person: an ontological perspective inspired from the legal debate of the ancient word in Bioethical Iussues* by the Interuniversity Center for Bioethics Research (C.I.R.B.); Napoli: Editoriale Scientifica; 2013: 69-93]; il secondo, sempre a Napoli, presso l'Università degli Studi "Federico II", Aula Pessina, il 26 giugno 2014, in occasione delle *Giornate italo/spagnole di bioetica* dedicate al tema *Questioni di inizio vita. Fecondazione assistita e aborto nel dibattito bioetico*.

2 R. Gallinaro *L'enigma dell'embrione umano* in P. Giustiniani (ed.). *Sulla procreazione assistita*. Napoli: ESI; 2005: 91-107.

3 L'Imperatore cattolico d'Oriente, Giustiniano, dichiara apertamente il suo orientamento «personalista» in Inst. 1.12, opera pubblicata nel 533 d.C. S'interroga invece sul significato di persona nel 512 d.C. il filosofo romano Boezio in *c. Euty. et Nest.* 2,1 [Loeb].

4 Plato Com. *frgm.* 250; Arist. *Poet.* 1449a,36; Varro *l.L.* 7.64; Lucr. *r.r.* 4.297; Cic. *de or.* 3.221; Horat. *sat.* 15.64 (la maschera dell'attore); Polyb. 6.53.4-6; Fest. sv. *Fabam* (L. 77,5) (del defunto). La maschera di Dioniso è raffigurata figure vascolari (come il

il ruolo di un soggetto (*pars*), ossia il celebrante dei riti sacri, l'attore teatrale, la parte processuale, il *cives* della *res publica* (come privato e come pubblico funzionario)[5]; 3) la parte soggettiva nella predicazione (*figura retorica*) nel discorso logico e grammaticale[6]; 4) la parte soggettiva nella relazione (*figura sententiae*) in senso filosofico e nel rapporto giuridico. Qui *persona* è stata riferita a uomini *liberi*, *servi*, aggregati civici come *municipia*, *coloniae*, *civitates*, *conciliabula*, *castella*, *praefecturae*, *collegia* e *municipia*[7]; a concetti astratti come l'*hereditas iacens* o aggregati collettivi come *societas* o la *decuria*[8]; e forse anche a *praedia* e animali nella qualità di *personae in mancipio*[9].

In un senso allegorico è servita a indicare: 5) l'essere umano, declinato come *singulus*, ossia come unità di anima e corpo in senso orfico-neoplatonico (Agostino)[10]; ovvero come unità ipostatica (*individuus*) assimilabile all'atomo democriteo come essere unico e irripetibile nell'universo (Gregorio di Nissa e Boezio)[11]; 6) infine, la Trinità della tradizione cattolica e gli Angeli[12].

Un'altra cosa da dire è che concetti come individuo e persona, così come ad esempio verità, bellezza e giustizia, possono essere ricostruiti in modo genealogicamente corretto solo in chiave *olistica* perché perdono senso fuori dal loro contesto storico di riferimento[13]. Di questo bisognerà tener conto per il prosieguo della nostra discussione.

---

vaso di Tarquinia catalogato RC 1804; ABV 275,5). Cfr. F. Frontisi-Ducroux *Senza maschera né specchio: l'uomo greco e i suoi doppi*. in M. Bettini (ed.) *La maschera, il doppio e il ritratto: strategie dell'identità*. Roma-Bari: Editori Laterza; 1991: 131.

5 Plaut. *Curc*. 1.3.190 (l'attore teatrale); Cic. *div. pro Caec*. 27; *de orat*. 2.102; Donat. *ad Phorm*. 128; D. 2.7.1.2 (Ulp. 5 *ad ed*.) (la parte processuale); Cic. *de off*. 1.34.124 (il *cives* come privato e come pubblico funzionario). Cfr. Sacchi O. *Persona: spettrografia di un etimo. L'età antica*. Persona: 2; Napoli: Liguori; 2012: 179 s.

6 Rut. Lup. *schem. lex*. 2.6; Isid. *etym*. 2.13.1-2; Teophr. in Gell. 1.3.28; Themist. *in Aug. cath. decem* 1 PL XXXII, 1, col. 1.419.

7 Gai. 1.8-9; Inst. 1.3pr.; D. 28.6.30 (Iul. 78 *dig*.); 36.1.6.4 (Ulp. 4 *fideicomm*.); PS. 4.6.2.

8 D. 46.1.22 (Flor. 8 *inst*.).

9 Gai. 1.116; 1.120. La questione è tuttavia molto controversa, stante lo stato lacunoso del testo di Gaio.

10 Aug. *de Trin*. 15.7.11 [PL 42 1065]. Si vd. anche Iul. Poll. *Onom*. 2.66 (*De anima, mente, et his quae ab animo dicta sunt*). Ancora Aug. *de civ. Dei* 9.9.

11 Greg. Nyss. *Graec*. PL 45 178C-D [GNO III/1,23,4-8]: «Se qualcuno dice che noi nominando Pietro, Paolo e Barnaba, nominiamo tre sostanze parziali (*ousias merikas*) – è chiaro che questo è il significato di particolari (*idikas*) [sostanze]; infatti è più esatto dire così – dovrebbe ammettere che [con ciò] non intendiamo niente altro che l'individuo, che è la persona (*atomon, oper esti prosōpon*)». Boeth. *c. Euty. et Nest*. 3,1-5.

12 Boeth. *c. Euty. et Nest*. 2,28 [Loeb]. Vd. anche *infra*, nt. 37.

13 U. Eco *Relativismo* in Eco. *A passo di gambero. Guerre calde e populismo mediatico*. Milano: Bompiani; 2006: 282-283, 282.

2. Il concepito per ognuno di noi rappresenta senza dubbio l'*archè*. Questo perché è al confine con la vita, e quindi col suo mistero, e rappresenta il paradosso di una vita che esiste pur non essendo ancora nata.

Per l'ordinamento italiano esso non può essere considerato *persona* perché, stando a una recente Sentenza della Corte Costituzionale italiana (n. 438/2008), egli sarebbe comunque *incapace ancora di autodeterminazione*[14]. In quest'ottica, il destino normativo dell'embrione come *res*, apparirebbe già segnato[15].

I giuristi romani invece consideravano il concepito già *persona*. Lo dice espressamente Gaio che in 2.242 qualifica il *postumus alienus* come *incerta persona* in ragione dello *ius naturae*[16]. Tutto in virtù di una concezione non individualistica della società come si legge in un testo di Ulpiano[17].

Tornando all'attuale, sempre la Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 151/2009, sancendo l'illegittimità costituzionale del *divieto di crioconservazione e di soppressione degli ovuli in numero non superiore a tre* stabi-

14 Esso sarebbe comunque incapace di autodeterminazione in quanto non in grado di manifestare un consenso informato scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto e dato che questo non potrebbe essere legittimamente manifestato dalla madre, dall'altro genitore o da un tutore. Cfr. Sent. Corte Cost. it. n. 438 del 2008 sul web http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=438.

15 Questa posizione recepisce l'orientamento di coloro che partono dall'idea che "persona" sia un predicato ontologico autosufficiente, cioè un sinonimo esclusivo di "individuo" come essere umano razionale e quindi capace di autodeterminazione. In questa ottica, il destino normativo dell'embrione come *res*, apparirebbe già segnato. Scrive R. De Monticelli *La novità di ognuno. Persona e libertà* (2009). Milano: Garzanti; 2012: 363: «Un embrione umano, almeno finché non può essere colpito da eventi di questo mondo (e magari lo può già nell'utero materno, ma non già certo prima di essere biologicamente individuato) non può dare inizio a quel processo di individuazione, che fin dalla prima sua risposta al mondo ci consentirà invece di chiederci *chi sarà* questo nuovo nato che già risponde in modo così diverso da quello della culla accanto».

16 D. 1.5.1 (Gai. 1 *inst*.); Gai. 2.242: «*Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona*»; D. 1.5.26: «*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*». Si vd. sul punto M.P. Baccari. *Quando i bimbi erano patrimonio della società*. il Foglio. 2004; 1 febbraio; Id. *Concepito oggi è parola tabù, ma lo ius romano non la pensava così*. il Foglio. 2005; 6 gennaio; P. Ferretti *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*. Milano: Giuffrè; 2008: 185 ss. Spunti sul dibattito bioetico attuale in M.A. La Torre *Procreazione assistita: ritorna il mito della «natura»* in P. Giustiniani (ed.). *Sulla procreazione assistita*. Napoli: ESI; 2005: 109-122; G. Chieffi *Breve commento alla legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita* in Giustiniani. *Sulla procreazione assistita*, …: 55-68, part. 56-61; P. Giustiniani *Verso un nuovo compromesso tra visioni scientifiche e prospettive «altre»? Postfazione* in Giustiniani. *Sulla procreazione assistita*, […]: 173-202, part. 186-193.

17 D. 37.9.1.15 (Ulp. 41 *ad ed*.).

liti dall'art. 14 della L. 40/2004 (che ha vietato in Italia la cd. fecondazione assistita), ha confermato il principio della *non umanità* di tutto ciò che non può dirsi dotato di una consapevolezza di sé, ribadendo così il conseguenziale declassamento del soggetto embrionario a *res*. Entra in questo dibattito anche una recente sentenza della Corte di Cassazione italiana (n. 16754/2012), commentata da Antonio Palma, eminente romanista italiano, dove si afferma la tutela del diritto alla salute del nascituro qualificato *portio rei*, ossia parte del corpo della madre, «senza limitazioni di efficacia che possano derivare dal problematico riconoscimento della sua *soggettività giuridica*»[18]. Anche sulla questione del rilievo giuridico dell'embrione umano pare, dunque, che oggi non si possa ancora dire, almeno in Italia, se questo sia *res* o "persona"[19].

3. La concezione di persona che porta a qualificare l'embrione come una *res* è stata definita *funzionalistica* e *stipulativa* perché si basa sull'accertabilità empirica nel soggetto in esame di determinate caratteristiche funzionali che dipendono esclusivamente da ciò che il funzionalista ritiene rilevante. Si passa quindi da un mero «sensismo» riduzionista (estremo): *sono persona quei soggetti capaci di provare piacere o dolore*, quindi saranno persone gli animali adulti capaci di godere e soffrire, ma non l'embrione umano finché è privo del sistema nervoso[20]; fino all'empirismo radicale di chi richiede il riscontro di funzioni *alte* del soggetto quali la libertà, l'autocoscienza, appunto l'autodeterminazione, il possesso di un senso morale o della razionalità: *si è persona poiché ci si comporta come una persona*.

Derek Parfit richiede così che la persona possegga stati mentali o psicologici coscienti[21]; Giovanni Sartori che questa sia capace di autocoscienza e di ragionamento[22]; Giubilini-Minerva possono assimilare la condizione

18 A. Palma *«Diritto a non nascere» e diritto alla salute del nascituro: soggetto o oggetto di tutela. A proposito di Corte di Cassazione, sez. III, 2.10.2012, n. 16574*, in AAVV. *In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii*, Fribourg; 2013: 97-108, 104 (http://www.unifr.ch/dpr/images/stories/File/Compilation_final_29_1_13.pdf).

19 Senza discostarsi dall'orientamente prevalente vd. ora la recente sentenza della Corte Cost. n. 162 del 10.06.2014. Per questo rinvio a O. Sacchi *L'embrione umano (res o persona?) e la fecondazione eterologa: qualche considerazione intorno alla sentenza Corte Cost. 10.06.2014, n. 162* in corso di stampa. Vd. anche *infra* nt. 59.

20 P. Singer *Etica pratica*. Napoli: Liguori; 1989; Id. *La vita come si dovrebbe*. Milano: Il Saggiatore; 2001.

21 D. Parfit *Ragioni e persone*. Milano: Il Saggiatore; 1989. In particolare, sulla configurazione dell'embrione che diventerebbe persona *lentamente*, si vd. p. 410.

22 G. Sartori *Ma l'anima non ha certezze*. Corriere della Sera. 2005; 16 aprile.

del feto (*the moral status*) a quella di un neonato arrivando a conseguenze sconcertanti[23]. Proprio da questo tipo di impostazione Roberta De Monticelli parte per arrivare al concetto di «inizialità» che è «ciò che dà inizio a qualcosa», ritenuto dalla studiosa, uno dei tre presupposti costitutivi dell'*essere persona* (insieme a *creatività* e *autodeterminazione*)[24].

Ma non è tutto. Umberto Eco, criticando la posizione cattolica sull'embrione, si è chiesto «se non si faccia una certa confusione tra la difesa della vita e la difesa della vita umana, perché il difendere a ogni costo la vita ovunque si manifesti, porterebbe a definire come omicidio non solo spargere il proprio seme a fini non fecondativi, ma anche mangiare polli e ammazzare zanzare, per non dire del rispetto dovuto ai vegetali»[25].

Credo che la questione sia mal posta in questi termini. Se la vita umana vale più di quella dei vegetali e degli animali «inferiori», in mancanza di precisi riscontri scientifici, non si può dire che esistano «fratture» all'interno del percorso formativo dell'embrione. L'embrione o è «umano», o non lo è; *tertium non datur*. Non passa da uno stato vegetale a uno animale e poi ancora a un altro umano-razionale (su questo punto ritorneremo). Questa trasformazione da *res* a *persona* è solo una presunzione apodittica, un riflesso della posizione aristotelico-tomista, che oggi la scienza ci

23 Alberto Giubilini e Francesca Minerva hanno avuto buon gioco nel sostenere, in base al criterio dell'autodeterminazione, la tesi che il feto e un neonato sarebbero privi in egual misura dello status morale di persona. Cfr. A. Giubilini, F. Minerva *After-birth abortion: why should the baby live?*. Journal of Medical Ethics. 2012 (ma 2011); 23 febbraio: 1-4 (on web: http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full). Partendo dalla premessa: «The moral status of an infant is equivalent to that of a fetus, that is, neither can be considered a 'person' in a morality rilevant». I ricercatori italiani (di formazione filosofica e impegnati all'estero con la loro attività) arrivano alla sconcertante conclusione: «If criteria such as the costs (social, psycological, economic) for the potential parents are good enough reasons for having an abortion even when the fetus is healty, if the moral status of the newborn is the same as that of the infant and if neither has any moral value by virtue of being a potential person, then the same reasons which justify abortion should also justify the killing of the potential person when it is at the stage of a newborn». Sul dibattito molto acceso provocato da tale articolo si vd. anche A. Meldolesi *Attenti al mostro filosofico di chi giustifica l'infanticidio*. la Lettura del Corriere della Sera. 2012; 11 marzo.

24 De Monticelli. *La novità di ognuno…*, p. 366 ss.

25 U. Eco *Sull'anima degli embrioni* in Eco. *A passo di gambero* […]: 252-254, 254, il quale così conclude (*ibidem*): «le attuali posizioni neofondamentaliste cattoliche non solo sono di origine protestante (che sarebbe il meno) ma portano a un appiattimento del cristianesimo su posizioni insieme materialistiche e panteistiche, e su quelle forme di panpsichismo orientale per cui certi guru viaggiano con la garza sulla bocca per non uccidere microorganismi respirando».

permette di superare se è vero che nel genoma c'è già tutta la vita passata, presente e futura di ogni essere umano[26].

Viene allora da chiedersi. Se può ritenersi conforme allo *ius naturae* che sul frutto del concepimento impiantato nel corpo della donna debba decidere la madre, può dirsi lo stesso quando il frutto di un concepimento sia fatto maturare *contro natura*, in una provetta, là dove congelato e ingannato in ambienti di coltura artificiali che simulano l'ambiente materno? Come dobbiamo considerare l'embrione in questo caso? Ancora individuo, già persona, *res*, qualcos'altro? E poi, chi ne può disporre?

4. È necessario preliminarmente chiarire di cosa stiamo parlando (lo dico anzitutto a me stesso che non sono un biologo, ma un giurista e uno storico del diritto romano). Tutto comincia nel 1978 quando è diventato possibile generare un essere umano anche fuori dal modo naturale e il combinato disposto di *scientismo* (solo la scienza può avere accesso alla conoscenza) ed etica *utilitaristica* (è giusto compiere tutte quelle azioni accessibili in grado di produrre felicità e benessere[27]); alimentati da una massiccia propaganda dei mezzi di informazione, ha creato una nuova fiorente attività lucrativa, ossia l'industria altamente tecnologica della fecondazione extracorporea dove, ha scritto qualcuno (forse esagerando): «l'affare è appunto produrre bambini e costruire artificialmente famiglie»[28].

---

26 Per una critica delle posizioni «funzionaliste» rinvio all'ampia esposizione di V. Possenti *Il principio-persona*. Roma: Armando; 2006: 122-148. Ma vd. anche Gallinaro. *L'enigma dell'embrione umano* […], 99 ss. e *passim*.

27 J. Bentham *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781), Batoche Book, Kitchener; 2000: p. 14: «By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever. According to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question». Sul web: http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf (accesso del 25.10.2013).

28 Possenti. *Il principio-persona*..., 141. Tecnicamente parliamo della Fivet, acronimo di «fecondazione in vitro ed embryo transfer», che consiste nel procedimento in grado di creare artificialmente o in provetta un embrione umano. Successivamente questo viene trasferito meccanicamente nel grembo di una futura madre. Si tratta dunque di tecniche di riproduzione artificiale che vengono attuate fuori dal corpo dell'uomo e della donna (dunque una Fivet omoparentale per una coppia di maschi è impossibile) finalizzate all'effetto della nascita di un essere umano che si determina per effetto della competenza tecnica di persone terze. Il *politically correct* usa espressioni come *fecondazione* o *procreazione assistita*, *donazione di seme*, per edulcorare una realtà che è invece quella della procreazione umana realizzata con tecniche di laboratorio piuttosto che secondo modalità naturali. Si realizza appieno quindi il mito faustiano della fabbricazione

In più c'è da considerare che la tecnica della fecondazione in provetta presuppone anche il congelamento dell'embrione umano che può essere visto come una pratica volta a bloccare la crescita naturale dell'embrione in questo modo privato della possibilità di assecondare la sua natura che è quella di diventare feto e poi neonato[29].

È chiaro che intendendo l'embrione come persona, la tecnica stessa configurerebbe una gravissima violazione del principio etico, prima ancora che giuridico, del *neminem laedere*. Fuori da questo schema si configurerebbe invece una considerazione dell'embrione come di un oggetto (quindi *res*) nella disponibilità di chiunque vi abbia interesse che potrebbe oltrettutto liberamente dare luogo a tutte le manipolazioni genetiche che la scienza rendesse possibili.

Vediamo adesso cosa succede con la fecondazione. In termini estremamente sintetici si può dire che entro le prime 20/24 ore si organizza il genoma, che si potrebbe definire come *il centro informativo e propulsivo necessario al compimento dello sviluppo del nuovo essere umano*. Esso configura il cariotipo, costituito dalla fusione dei due pronuclei maschile e femminile che a sua volta definisce «la natura dell'organismo umano dell'embrione, del suo sistema vitale, *informazionale, autoreferenziale, autoadattivo, autopoietico*, della strutturale apertura bio-psichica, ed energetica»[30]. I sostenitori del principio della libertà della ricerca scientifica insistono, da parte loro, col sottolineare invece che nella pre-compattazione del genoma, detta morulare – dove un ammasso di poche cellule totipotenti, ognuna delle quali sarebbe in grado di produrre un soggetto

artificiale dell'uomo, una rivisitazione del tema dell'*Homunculus* di Paracelso: si vd. J.W.Goethe *Faust Urfaust*: ed. it. a cura di G.V. Amoretti, *Faust e Urfaust*., Milano: Feltrinelli; 1987: II 398: (*Laboratorium*): [Wagner] «Es wird ein mensch gemacht (Viene fabbricato un uomo)» – annuncia cauto Wagner a Mefistofele annunciando il suo proposito scellerato. L'esito della scena profetica è noto, l'*Homunculus* in provetta lascia Wagner, il suo creatore, per seguire Mefistofele non mancando però di salutarlo mellifluo con parole altrettanto profetiche: *ivi*, 407 (*Laboratorium*): [Homunculus] «Solch einen Lohn verdient ein solches Streben: Gold, Ehre, Ruhm, gesundes, langes Leben, und Wissenschaft und Tugend – auch vielleicht. Leb wohl! (Uno sforzo come questo merita ricompensa: oro, onore, gloria, vita lunga e, forse, anche sapere e virtù. Addio!)».

29 Possenti. *Il principio-persona*..., 141 s.

30 Gallinaro. *L'enigma dell'embrione umano*…, 98. Vd. anche *L'embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche*, 8 giugno 2006, un testo che riassume gli Atti del Congresso Scientifico tenutosi a Roma nei giorni 27-28 febbraio 2006 su *L'embrione umano nella fase del reimpianto*, 1-19, sul web: (http://www.fidae.it/AreaLibera/AreeTematiche/Scienza%20e%20Fede/Pontif.Accademia%20Pro%20Vita,%20embrione%20umano.pdf).

clone (gemellare) completo, del tutto uguale geneticamente alla matrice[31] – si avrebbe solo il pre-embrione[32], ossia una *addizione di possibilità biochimiche* del tutto assimilabile a una *res*[33].

31 La vulgata scientifica sostiene: «si sa che almeno fino al quattordicesimo giorno dal concepimento il pre-embrione (che non a caso si chama appunto "pre-") non può essere considerato un individuo attuale: prima del sesto giorno, perché le sue cellule sono ancora totipotenti, e dunque ciascuna di esse è un individuo potenziale; e tra il sesto e il quattordicesimo giorno perché il pre-embrione può ancora dividersi in gemelli monozigoti, e dunque nemmeno esso ha un'individualità attuale. Quanto all'umanità, poi, tutto dipende da cosa significa il termine. Se indica la presenza di un sistema nervoso, questo comincia a svilupparsi dopo il quattordicesimo giorno. Se la percettività sensoriale, allora il tatto arriva al secondo o terzo mese, il gusto al sesto e l'olfatto all'ottavo. Se l'autocoscienza, bisogna naturalmente attendere mesi dopo la nascita». La citazione è tratta da P. Odifreddi *Perché non possiamo essere cristiani (e meno che mai cattolici)* (2007). Milano: TEA; 2011: 72.

32 Secondo l'*European Science Foundation* (Londra 5/6 giugno 1985) «il nome pre-embrione descrive il gruppo di cellule (*cluster of cells*) precedenti la comparsa della stria primitiva. Esso sarebbe invisibile a occhio nudo». Vd. per questo Possenti. *Il principio-persona*..., 145.

33 La *Warnock Committee* (che ha redatto il *Report of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology* del 1984), commissione incaricata dal governo britannico di rispondere ai problemi posti dalla fecondazione extracorporea e in particolare in vitro, così descrive le parti iniziali di sviluppo del pre-embrione: «Una volta avvenuta la fecondazione, i successivi processi di sviluppo si susseguono l'uno all'altro in ordine sistematico, conducendo attraverso la segmentazione mitotica dall'uovo fecondato alla morula, la blastocisti, lo sviluppo del disco embrionale e poi verso le caratteristiche indentificabili dentro il disco embrionale come la stria primitiva, la cresta neuronale e il canale neuronale. Una volta che il processo ha avuto inizio, non vi è un momento più importante di un altro; sono tutti momenti di un processo ininterrotto, e ogni ulteriore sviluppo cesserà a meno che ogni fase avvenga in modo normale, al momento giusto, e nella corretta sequenza». Il Rapporto riconosce di aver posto il limite dei 14 giorni per «alleviare la preoccupazione dell'opinione pubblica» e «dare agli scienziati il tempo necessario per proseguire la ricerca sul'embrione». Su tutto Possenti. *Il principio-persona*..., 146. Per il *Warnock Report* si vd. sul web http://www.educationengland.org.uk/documents/warnock/warnock1978.html (made access on 25.10.2013). Nel merito, a quanto mi consti, la polemica si attesta sui seguenti punti: a) *prima del 14 giorno di vita e comunque prima dell'impianto nell'utero, che avviene intorno al 5 giorno, ogni cellula dell'embrione è totipotente perché può dare vita a un embrione separato*. A questo si obbietta che Helen Pearson [*Your destiny, from day one*. Nature: 418 (6.983); 2002: 14-15] ha dimostrato che la prima divisione mitotica dell'ovocito fecondato serve a creare due cellule di cui una si orienta a diventare embrione, l'altra a formare la placenta. Ogni cellula dell'embrione è preordinata a un preciso segmento del corpo umano che si sta formando; b) *in assenza di un apparato protettivo e nutritizio non si può parlare di embrione, ma di pre-embrione. Solo dopo la formazione del disco embrionario questo*

E quindi non si fanno scrupolo nel considerarlo utilizzabile per fini terapeutici, di ricerca e di sperimentazione[34]. Il dato interessante è che durante la fase detta del preimpianto, l'embrione, pur all'interno del corpo materno, non è un coacervo di cellule inerti, ma ha una sua individualità biologica già definita perché, durante i circa 5/6 giorni di tempo che ha per farsi riconoscere dall'organismo femminile che lo ospita, esso instaura una forma di empatia biologica naturale, giocata su reazioni chimiche (citochine, proteine, fattori di crescita) e ormonali, che sono tanto rilevanti, da aver indotto i fecondatori in vitro a doverle assecondare per non alterare gravemente il corretto svolgimento dell'imprinting genomico[35].

Vale la pena di sottolineare che tutto questo avviene *in natura* esclusivamente sul piano *bio*-logico, ossia dal punto di vista del *logos* della vita, cioè fuori dal controllo della volontà umana. Lo dimostra il fatto che altrimenti non si avrebbero delle gravidanze indesiderate.

---

raggiungerebbe la sua individualità. A questo si oppone che il disco embrionario si forma dall'embrioblasto, e quindi dalle cellule che sono già orientate a formare l'embrione che poi diventerà feto e poi bambino; insomma trofoblasto ed embrioblasto hanno comune origine nell'embrione. Cfr. S. Mancuso, M. Zezza *La mia prima casa*. Milano: Mondadori; 2009: 66; c) contro l'argomento dei gemelli monozigoti (*non formerebbe l'individuo quel gruppo di cellule che potrebbe scindersi dando forma a due gemelli, ossia due individui separati*) si oppone che è scorretto biologicamente dire che da un sistema indeterminato possano trarre origine due sistemi determinati. I due gemelli sono biologicamente diversi perché: 1) a volte uno dei due gemelli monozigoti può presentare un'anomalia cromosomica come la trisomia 21 (o sindrome di Down); 2) il flusso neuronale può alterarsi per uno dei gemelli dando luogo alla schizofrenia; 3) il gruppo di ricerca di Bracha (H.S. Bracha E.F. Torrey et al. *Second-trimester markers of fetal size in schizophrenia: a study of monozygotic twins*. Am J Psychiatry: 149; 1992: 1.355-1.361), ha dimostrato che i due gemelli, dei quali uno soffre dell'anomalia cromosomica, presentano una diversa distribuzione dei dermatoglifi; d) infine si dice che *fino all'inizio della coabitazione con la madre non si può parlare di appartenenza al genere umano*. Questo argomento sarebbe biologicamente scorretto perché l'embrione, prima di installarsi nella decidua della madre, comunica già con l'organismo materno con le citochine. Inoltre, è provato che l'embrione posto in coltura in vitro può continuare il suo sviluppo ben oltre lo stadio dell'impianto. Cfr. per tutto Mancuso, Zezza. *La mia prima casa*…, 64-68.

34 MG. Coughlan *The Vatican, the Law and the Human embryo*. Basingstoke: Press University; 1991: 69-70.

35 Mancuso, Zezza. *La mia prima casa*…, 58. Indicazioni aggiornate ed esaustive sul tema in generale sia per i profili tecnico-scientifici, che dal punto di vista medico, giuridico ed etico, in C. Flamigni *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*. Torino: Utet; 2008: VII-743 e in part. 174.

5. Andiamo adesso alla questione di fondo. Nel Catechismo della Chiesa Cattolica, nella parte dedicata al V comandamento (*Es* 20,13: «non uccidere»), aborto (ed eutanasia) sono considerati atti gravemente contrari alla legge morale e il primo, in particolare, perché la vita, una volta concepita, dev'essere protetta con la massima cura[36]. Ciò che quindi potrebbe apparire possibile e ragionevole all'uomo della strada (l'*embrione va difeso perché va difesa la vita*) sembra impossibile per gli approcci di tipo meramente speculativo.

Questo tipo di impostazione, arroccato sul concetto moderno di persona, non è forse però il modo migliore per affrontare la questione. La consistenza ontologica dell'embrione infatti non è un problema di carattere stipulativo o noetico, ma va cercata *in natura*. E l'embrione, o in qualsiasi altro modo lo si voglia chiamare, esiste prima e indipendentemente dal «suo concetto» o da quello di "persona".

La posizione personalista, che trae fondamento dalla definizione di Boezio (e questo mi pare determinante) quando esclude dal concetto di *prosōpon/persona* gli animali, i vegetali e le cose perché sono privi di «vita», «sensi», «intelletto» e «razionalità», ripete soltanto la risoluzione del filosofo romano che, impegnato nella confutazione dell'eresia nestoriana, dovette fare questa scelta per circoscrivere il connotato di *persona* solo all'uomo, agli Angeli e alla Trinità[37]. Si tratta dunque di una soluzione che non può assumersi come un postulato di verità perché ha una consistenza argomentativa tutt'affatto relativa[38]. In sostanza:

---

36 La versione completa, approvata come ufficiale *motu proprio* da Papa Giovanni Paolo II, è disponibile sul web.

37 Boeth. *c. Euty. et Nest.* 2,28 [Loeb]: «*Ex quibus omnibus neque in non viventibus corporibus personam posse dici manifestum est (nullus enim lapidis ullam dicit esse personam), neque rursus eorum viventium quae sensu carent (neque enim ulla est persona arboris), nec vero eius quae intellectu ac ratione deseritur (nulla est enim persona equi vel bovis ceterorumque animalium quae muta ac sine ratione vitam solis sensibus degunt), at hominis dicimus esse personam, dicimus dei, dicimus angeli*».

38 Con tutto il rispetto per la tradizione cattolica e per i raffinatissimi esegeti che sono dietro le formulazioni della *Donum vitae* e della *Dignitas personae* non riesco a immaginare che una cellula, o un sistema di cellule, sia "razionale" se non nel senso di un "logos" inteso in un'accezione molto ampia (*ius naturae*, appunto, come per i giuristi romani), ma non credo che (a prescindere dal complesso problema teologico della insufflazione dell'anima) Boezio e Tommaso intendessero questo a proposito dell'essere umano, di Dio o degli Angeli. Il primo perché esclude *apertis verbis* dalla nozione di persona le cose, gli esseri vegetali e quelli animali (Boeth. *c. Euty. et Nest.* 2,28 Loeb); il secondo perché lo circoscrive soltanto all'uomo come essere razionale (Boeth. *c. Euty. et Nest.* PL 64 IV 1345 C

l'embrione non può essere persona per gli stessi motivi per cui possono esserlo la Trinità e gli Angeli[39].

Migne = 4,8 Loeb). Tutto questo spiegherebbe anche perché l'Istruzione *Dignitas personae* abbia tentato nel 2008 di aggiustare il tiro della *Donum vitae* (e anche se stessa rispetto al testo del 2006). Nella *Introduzione*, al punto 1, la *Dignitas personae* afferma: «Ad ogni essere umano, dal concepimento alla morte naturale, va riconosciuta la dignità di persona». Dunque come il diritto romano e come affermo io stesso in queste note. La PAV, tuttavia, che dichiara di essersi avvalsa di "un gran numero di esperti", dà la seguente descrizione della dinamica fisiologica dell'embrione sin dal momento del concepimento (n. 3): «Il corpo embrionale si sviluppa progressivamente secondo un "programma" ben definito e con un proprio fine che si manifesta con la nascita di ogni bambino». Alla fine della nota 56 (vd. *infra*) cito alcune formulazioni del pensiero nichilista laico contemporaneo, tra cui, la prospettazione della *Dignitas personae* davvero non sfigurerebbe. Ma non è questo il punto.

39 È al n. 5 della prima parte che bisogna guardare dove si legge (il corsivo è mio): «Quest'affermazione di carattere etico (*scil*. "l'embrione umano va rispettato e trattato come una persona sin dal concepimento"), riconoscibile come vera e conforme alla legge morale naturale dalla stessa ragione, dovrebbe essere alla base di ogni ordinamento giuridico [7]. Essa suppone, infatti, una *verità di carattere ontologico*, in forza di quanto la suddetta *Istruzione* ha evidenziato, a partire da solide conoscenze scientifiche, circa la continuità dello sviluppo dell'essere umano. Se l'Istruzione *Donum vitae* non ha definito che l'embrione è persona, per non impegnarsi espressamente su un'affermazione d'indole filosofica, ha rilevato tuttavia che esiste un nesso intrinseco tra la dimensione ontologica e il valore specifico di ogni essere umano. Anche se la presenza di un'anima spirituale non può essere rilevata dall'osservazione di nessun dato sperimentale, sono le stesse conclusioni della scienza sull'embrione umano a fornire «un'indicazione preziosa per discernere razionalmente una presenza personale fin da questo primo comparire di una vita umana: come un individuo umano non sarebbe una persona umana?» [8]. La realtà dell'essere umano, infatti, per tutto il corso della sua vita, prima e dopo la nascita, non consente di affermare né un cambiamento di natura né una gradualità di valore morale, poiché possiede una *piena qualificazione antropologica ed etica*. L'embrione umano, quindi, ha fin dall'inizio la dignità propria della persona». Vedo quindi una brusca sterzata dell'estensore dell'*Istruzione*, forse nel tentativo di rimediare alla clamorosa contraddizione in cui incorre la PAV nel testo del 2006 da me citato in nt. 51 (vd. *infra*) dove, ripeto, col richiamo al requisito della "razionalità" come indice del *valore* e della *preziosità* dell'essere umano e quindi della condizione di persona, ci si preclude ogni possibilità logica di estendere tale prerogativa anche all'embrione umano in qualsiasi modo lo si voglia considerare. Ma vi è di più. Proprio il riferimento della *Dignitas personae* al requisito della "continuità" dello sviluppo dell'essere umano, mi pare conforme all'interpretazione che qui propongo sulla posizione assunta dalla Chiesa circa l'abbandono dell'idea tradizionale di una formazione per gradi dell'embrione umano (vegetale, animale, umano-razionale). Si dice "dove

Detto questo vorrei tentare allora una genealogia del problema risalendo fino al codice linguistico originario per trarre forse qualcosa di definitivo che abbia a che fare dunque con l'embrione e non solo col «concetto di embrione».

L'*Urtexts* per la nostra discussione è la Bibbia, ossia un celebre versetto del Salterio: Psalm. 138 (139): «[15]. Non ti erano nascoste le mie ossa quando venivo formato nel segreto, intessuto nelle profondità della terra.

---

sta il più sta anche il meno" e la mia tesi (che ribadisco) è che l'embrione fin dalla costituzione del DNA può essere considerato come una persona *non solo e non tanto perché è già un essere umano in nuce, ma perché persona può essere un attributo che in base alla nostra tradizione storico-giuridica (europea?) si può riferire anche a enti non razionali purché meritevoli di considerazione*. La posizione ufficiale della Chiesa insiste quindi in un'argomentazione, mi spiace dirlo, di tipo sofistico e tautologico: «l'embrione non è persona, ma ha (la dignità della) persona perché l'essere umano=persona merita rispetto sin dal primo momento della sua esistenza». Io giungo, molto più modestamente, in questa sede (ma vd. già Sacchi. *The human embryo*…, 88 ss.) a un risultato analogo mostrando però (con serie argomentazioni) che *è possibile allargare il concetto di persona anche all'embrione senza incorrere in alcuna forzatura filosofica o contraddizione perché la nostra tradizione giuridica ci dice che il carattere della razionalità non è un requisito indispensabile a questo fine*. Ci sarebbe oltretutto piena sintonia anche con le più recenti risultanze scientifiche che calcolano la costituzione del DNA nelle prime 20/24 ore dall'atto sessuale. Attenzione quindi a essere troppo sicuri sul significato di concetti come «individuo» e «persona». Contentandosi del (o forse non riuscendo a vedere oltre il) dogma della coincidenza esclusiva della «persona» con l'essere umano quale «individuo razionale», ci si fa bastare il peso argomentativo del paradigma scolastico (persona=essere umano razionale), sebbene edulcorato dal ricorso al concetto di «dignità dell'essere umano (=persona) fin dal primo momento» della *Dignitas personae*. Non saprei, sarebbe necessaria una discussione più approfondita su questo aspetto molto complesso della questione. In questo contesto forse influisce anche il radicato pregiudizio personalista (Mounier, Schaft, Scheler, Buber, Berdjaeff, Laberthonniére) in base al quale autorevoli settori del mondo laico e cattolico insistono ancora – per lodevoli motivi, sia chiaro, ossia imporre prima di tutto il rispetto dell'essere umano come persona (Nedoncelle) –, in un'identificazione «stretta» tra la persona e l'individuo/essere umano razionale. Una definizione che, per logica conseguenza, escluderebbe però, in questi termini, l'embrione dalla categoria delle persone comportando un suo declassamento a *res*. In questa contraddizione, però, a mio modestissimo parere, non incorre (per i motivi da me esposti nel testo) il nostro Papa Emerito a proposito dell'embrione nei luoghi da me citati nell'articolo. Altro discorso sarebbe approfondire perché (sempre a mio modesto avviso) il Catechismo e l'Udienza generale del 28.12.2005, siano molto più attenti alla tradizione (e argomentativamente ineccepibili) di quanto non appaia la *Dignitas personae*. Ma questo richiederebbe ben altra riflessione molto più approfondita.

[16] Ancora informe mi hanno visto i tuoi occhi e tutto era scritto nel tuo libro; i miei giorni erano fissati, quando ancora non ne esisteva uno»[40].

Benedetto XVI nell'*Udienza Generale* del 28 dicembre 2005 ha definito questo versetto «un elogio biblico dell'essere umano dal primo momento della sua esistenza»[41]. Il testo greco (risalente circa al 100 a.C.) usa *hypŏstasis* e *akatĕrgastŏn* («non digerito»[42], «non lavorato»[43], e quindi «immaturo»); la versione latina (di uso comune a partire dal VI sec.) gli omologhi (rispetto al testo greco) *substantia* e *imperfectum* (cioè una ne-

40 Riporto qui la versione latina (tratta da Mons. Martini A. (a cura di). *La Sacra Bibbia*. Napoli: Morelli Editore; 1863: 740): Salm. 138(139),15-16: 15. «*Non est occultum os meum a te, quod fecisti in occulto: et substantia mea in inferioribus terrae. 16. Imperfectum meum viderunt oculi tui, et in libro tuo omnes scribentur: dies formabuntur, et nemo in eis*».

41 Benedetto XVI, 2005, Udienza Generale del 28 dicembre: «[…]nella seconda parte del Salmo che meditiamo oggi, gli occhi amorevoli di Dio si rivolgono all'essere umano, considerato nel suo inizio pieno e completo. Egli è ancora «informe» nell'utero materno: il vocabolo ebraico usato è stato inteso da qualche studioso della Bibbia come rimando all'«embrione», descritto in quel termine come una piccola realtà ovale, arrotolata, ma sulla quale si pone già lo sguardo benevolo e amoroso degli occhi di Dio (cfr. v. 16). 2. Il Salmista per definire l'azione divina all'interno del grembo materno ricorre alle classiche immagini bibliche, mentre la cavità generatrice della madre è comparata alle «profondità della terra», ossia alla costante vitalità della grande madre terra (cfr. v. 15). C'e innanzitutto il simbolo del vasaio e dello scultore che «forma», plasma la sua creazione artistica, il suo capolavoro, proprio come si diceva nel libro della *Genesi* per la creazione dell'uomo: «Il Signore Dio plasmò l'uomo con polvere del suolo» (*Gn* 2,7). C'è, poi, il simbolo «tessile», che evoca la delicatezza della pelle, della carne, dei nervi «intessuti» sullo scheletro osseo. Anche Giobbe rievocava con forza queste e altre immagini per esaltare quel capolavoro che è la persona umana, pur percossa e ferita dalla sofferenza: «Le tue mani mi hanno plasmato e mi hanno fatto integro in ogni parte […] Ricordati che come argilla mi hai plasmato […] Non mi hai colato forse come latte e fatto accagliare come cacio? Di pelle e di carne mi hai rivestito, d'ossa e di nervi mi hai intessuto» (*Gb*. 10,8-11). 3. Estremamente potente è, nel nostro Salmo, l'idea che Dio di quell'embrione ancora «informe» veda già tutto il futuro: nel libro della vita del Signore già sono scritti i giorni che quella creatura vivrà e colmerà di opere durante la sua esistenza terrena. Torna così ad emergere la grandezza trascendente della conoscenza divina, che non abbraccia solo il passato e il presente dell'umanità, ma anche l'arco ancora nascosto del futuro. Ma appare anche la grandezza di questa piccola creatura umana non nata, formata dalle mani di Dio e circondata dal suo amore: un elogio biblico dell'essere umano dal primo momento della sua esistenza». Cfr.: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/audiences/2005/documents/hf_ben-xvi_aud_20051228_it.html.

42 Così in Aristotele e Galeno. Cfr. L. Rocci, *ad vocem* Città di Castello (PG): ed. Dante Alighieri, 1979[28]:51.

43 Così il retore Long. 15.5.

gazione di *perfectum* da *perficio* = «fatto fino in fondo»[44]). La versione ebraica (più antica, perché scritta tra VI e III sec. a.C.) reca invece come *apax legomenon*, ossia come primo, ma anche unico impiego biblico, la parola *golem*[45].

La tradizione biblica rappresenta dunque l'*essere umano allo stato embrionale* e la versione ebraica usa una parola quasi intraducibile[46]. Tuttavia, e questo mi pare importante, diversamente dalle successive versioni greca e latina, non presenta l'essere umano allo stato embrionario come una forma *incompiuta* o *imperfetta*, lo fa invece in modo simbolico[47]. Presentandolo cioè come *una rappresentazione della forza creatrice dell'uomo* pur a

44 A. Moro *Breve storia del verbo essere*. Milano: Adelphi; 2010, 30.

45 Bisogna precisare che il *Golem* dell'A.T. non è il *Golem* del romanzo di Gustav Meyrink (*Der Golem*, pubblicato a puntate negli anni 1913-14) che, proponendosi di trasformare una figura della leggenda popolare ebraico-cabbalistica, costruì un personaggio ahasveriano che ogni trentatrè anni (gli anni di Cristo) appare alla finestra di una stanza senza accesso del ghetto di Praga simboleggiando l'anima collettiva del ghetto in lotta messianicamente «per il proprio Sé irredento». Si vd. Scholem G. *La Kabbalah e il suo simbolismo*. Torino: Einaudi; 2001: 202. Esso non è neanche la figura della tarda leggenda ebraica descritta da Jakob Grimm nella rivista romantica *Zeitung für Einsiedler* nel 1808, ma una rappresentazione allegorico-simbolica della «forza creatrice dell'uomo sullo sfondo della forza creatrice di Dio» (*Sanhedrin* 38b). Il *Golem* del Salterio è Adamo creato da Dio con l'argilla (Giobbe 33,6) utilizzando le parti più nobili di tale materia (Philo Alex. *de opificio mundi* 137). Nella *Aggadah* talmudica si dice che in un certo stadio della sua genesi Adamo è *golem*, dove *golem* significa appunto "informe". Per tutto vd. Scholem, *La Kabbalah e il suo simbolismo…*, 201-257.

46 Lo stesso Scholem riconosce: «Si dice che in un certo stadio della sua genesi Adamo è Golem. Golem è una parola ebraica che nella Bibbia compare una sola volta, nel Salmo 139,16 e la tradizione ebraica attribuiva sempre questo salmo allo stesso Adamo. Possiamo dire che qui "Golem" significa l'informe, amorfo e che ha certamente questo significato nelle fonti posteriori». Scholem, *La Kabbalah e il suo simbolismo…*, 204.

47 Da questi pochi dati si evince bene a mio parere come le versioni greca e latina del salmo 138 (139) siano state fortemente condizionate dal dibattito filosofico-teologico apertosi a partire dalle prime traduzioni dei Settanta. Boezio, inoltre, nei primissimi anni del VI secolo, usa *hypŏstasis*/*substantia* proprio per indicare la *natura* dell'uomo (che diversamente dalla persona divina è soggetto agli accidenti) in sede di definizione di persona umana quale *naturae rationabilis individuae substantia*, ma solo dopo un lungo dibattito che coinvolse le migliori menti della cultura filosofica greco-romana di matrice ellenistica. Cfr. Boeth. *adv. Euty. et Nest*. 3,79. Duns Scoto, qualche secolo più tardi (morì nel 1308), completò il percorso ponendo il problema della questità o *haecceitas* in termini antropocentrici: *Ord*. II, Dist. 3.1: *In principalissimis autem principaliter intentum est individuum*. Da qui il requisito della *inizialità* del personalismo contemporaneo su cui vd. De Monticelli. *La novità di ognuno…*, 366.

prescindere dal momento in cui Dio infonde l'anima razionale nell'essere umano[48]. Questa precisazione è densa d'implicazioni perché, e mi pare cosa non da poco, la Chiesa cattolica, qualificando l'embrione «come» persona, pur restando fedele alla tradizione biblica, si porrebbe così fuori dal modello aristotelico-tomistico che proponeva una formazione dell'essere umano per gradi disomogenei[49], cioè attraverso il passaggio, nella fase prenatale, da uno stato vegetale a uno animale e poi a quello umano/razionale[50]. La Chiesa oggi applica infatti uno schema molto vicino a quello del diritto

48 Scholem, *La Kabbalah e il suo simbolismo…*, 248-249 esclude che gli ebrei conoscano «l'uso dello sperma umano, dalla cui *putrefactio*, dopo quaranta giorni, incomincia a formarsi l'homunculus». Lo studioso quindi ritiene che il Golem biblico non sia la stessa cosa che l'*homunculus* di Paracelso che, secondo la definizione di Jacoby, rappresenterebbe la «crescita embrionale in maniera artificiale, dove l'urina, lo sperma e il sangue sono i veicoli della materia psichica e rappresentano così la *materia prima*» (cfr. *ivi*, 249).

49 Il testo della *Istruzione Dignitas personae. Su alcune questioni di bioetica*, Congregazione per la dottrina della fede, 8 settembre 2008 (sul web), mi pare confermi questa mia interpretazione. Vd. per questo *retro* nt. 38.

50 Se guardiamo alla prima parte della definizione di *persona* di Boezio (il requisito della *natura razionale*), il momento in cui la persona/embrione diventerebbe tale, coerentemente, dovrebbe essere quello in cui l'embrione acquista appunto razionalità o l'anima e, seguendo un'impostazione risalente a Tommaso d'Aquino, si tende a pensare che questo sia un momento differito (esse proportionaliter semini animam in potentia, sed non actu). Tommaso, ponendosi il problema dal punto di vista del concepimento di Gesù, come sanno bene i teologi, partì infatti dall'idea aristotelica che nell'uomo *per natura* l'embrione si formerebbe per gradi, passando da una condizione vegetale, poi animale e solo in tempi successivi a quella umana. Giocando però, in questo modo, con grande equilibrismo sulla concezione ilemorfica e sulla filosofia dell'essere di ascendenza aristotelica per cui dove c'è vita c'è anima, forma e automovimento che procede dall'interno. S. Tomae, *Summa Theologiae*, III, 33 art. 2: «Dove c'è un prima e un dopo ci devono essere diversi istanti. Ora, a detta di Aristotele, nella generazione dell'uomo è necessario un prima e un dopo: infatti uno prima è vivente, poi animale e infine uomo». [Versione da *Documenta Catholica Omnia* sul web]. Tommaso d'Aquino pensò così di individuare il momento dell'insufflazione dell'anima razionale nell'embrione intorno al 40º giorno dal concepimento. Prima di questo momento, avendo l'embrione consistenza vegetale o animale, non sarebbe stato ancora persona: «L'anima vegetativa, che viene per prima, mentre l'embrione vive la vita della pianta, si corrompe e le succede un'anima più perfetta, che è insieme nutritiva e sensitiva, e allora l'embrione vive la vita dell'animale. Distrutta questa, le succede l'anima razionale che viene infusa dall'esterno». La traduzione è tratta da Odifreddi. *Perché non possiamo essere cristiani…*, 73 che dunque ha buon gioco per confutare la posizione tradizionale della Chiesa. Per la versione originale S.Tomae, *Summa contra gentiles*, II 89,6. Cfr. anche Possenti. *Il principio-persona…*, 144. Sulla cd. concezione "sostanzialistica" vd. ora Caporale M.

romano dove la nozione di embrione (qualificato come *postumus alienus*, *nasciturus* o con la perifrasi *qui in utero est*) veniva assorbita in quella di *persona* che aveva *una funzione retorica di indice logico di attribuzione in senso avalutativo* e quindi non assiogico.

Non può essere un caso allora se nella formulazione del Catechismo si rilevi una certa cautela. Al n. 2274 infatti si legge: «L'embrione […] fin dal concepimento deve essere trattato *come* una persona». A mio avviso, la prudenza di usare in questo caso lo schema dell'analogia (l'embrione è *come* una persona) e non una formula di identità (l'embrione *è* una persona), va spiegata in modo duplice. In primo luogo, per il rispetto filologico della lettera delle fonti romane (l'*incerta persona* di Gai 2.242). In secondo luogo, per una necessità di non cadere in aperta contraddizione con il dettato boeziano, il cui scopo era, come detto prima, di porre su uno stesso piano teorico-filosofico l'uomo, la Trinità e gli Angeli, secondo una prospettiva però finalizzata a escludere da tutto questo il resto del creato.

A ben vedere, però, la formula dell'analogia, per riconoscere l'attributo di "persona" all'embrione, renderebbe superfluo il ricorso alla definizione di Boezio e dunque al requisito della razionalità. Il punto è importante e richiede attenzione perché anche coloro che propendono per la tesi che l'embrione sia una "persona", usando la formula d'identità, trovano difficoltà in cui il Catechismo con la formula dell'analogia per quanto detto non incorrerebbe. Esso infatti non è costretto a usare un argomento di tipo tautologico per giustificare il ricorso alla formula boeziana[51].

La posizione per cui l'embrione è come (se fosse) una "persona", *indipendentemente dal riscontro effettivo di una razionalità/autodeterminazione*, viene infatti ripresa dal filosofo Vittorio Possenti in base al seguente ragionamento: l'embrione è persona perché «l'essere persona è proprio della natura umana individuata in un singolo»[52]. Dirò subito perché, ma, a mio avviso, l'embrione può essere qualificato "persona" *non* perché «ogni

Linee di confine: nascita, morte, trapianti in E. D'Antuono *Bioetica*. Napoli: Guida editori; 2003: 51-89, part. 57.

51 Così scrive la Pontificia Accademia per la Vita in *L'embrione umano nella fase del preimpianto…*, 16: «[…] il rispetto dovuto ad una entità dipende dal suo *valore* e dalla sua *preziosità*. Con il termine *valore* […] bisogna intedere […] *il pregio oggettivo che, nel caso dell'uomo, nasce dal fatto di avere una natura razionale*. […]; *persona significat id quod est in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura* (S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I, q. 29, a.3)». A questo riguardo direi che la PAV, a meno di non incorrere in una grave contraddizione logico-filosofica, non possa non riconoscere di aver posto le premesse per considerare l'embrione nella fase del preimpianto come *res*.

52 Possenti. *Il principio-persona…*, 162.

essere umano che è dotato di natura umana e appartiene per sua dotazione genetica al genere umano è per ciò stesso persona» (ecco il ragionamento tautologico)[53], bensì perché *sul piano storico-giuridico può darsi l'attributo di persona a ogni ente dotato di soggettività, qualità e relazione* (come per il diritto romano)[54]; *in quanto* (aggiungerei) *questo sia portatore di un assetto memoriale riferibile al suo passato al suo presente e al suo futuro*[55].

In attesa che la scienza ci dica cosa sia l'"anima" (ammesso che esista) e quando questa insorga nell'essere umano (se questo può servire a distinguerlo dalla mera materia biologica), sembra allora che la versione originale del Salterio (cioè quella più antica) fornisca l'indicazione meglio adeguata alla realtà del nostro problema[56].

L'embrione umano è portatore di un interesse dall'altissimo valore simbolico: *rappresenta il mistero della riproduzione umana*; è ancora qualcosa che non capiamo fino in fondo, ma non possiamo negare che esista; e, dal mio punto di vista, lo spazio per comprenderne la sua più

53 *Ibidem*.

54 Mi sia permesso di rinviare per questo a O. Sacchi *Antica Persona. Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*. Napoli: Satura Editrice; 2012: 231-241 e *passim*.

55 Per questo vd. O. Sacchi *La persona, una bottiglia nel mare. Intervista a Giuseppe Limone*. Persona; Napoli: Liguori; 2012; 2: 157-176, 169.

56 Non si fa molta strada infatti neanche guardando alla seconda parte della definizione di Boezio chiedendoci quando l'embrione/persona diventi "sostanza individuale". A questo tenta di dare una risposta, come abbiamo visto, la scienza moderna quando sostiene che tra il sesto e il quattordicesimo giorno il «pre-embrione» può dividersi in gemelli monozigoti. In ogni caso, dopo il quattordicesimo giorno dal concepimento, l'embrione scientificamente diventerebbe «sostanza individuale» e quindi persona dal punto di vista dell'*inizialità*, anche se non ancora da quelli della *creatività* e della *autodeterminazione*. De Monticelli, *La novità di ognuno*…, 35 ss., 369. Ritornerebbe allora il paradosso di un embrione nel grembo materno che nello stesso tempo sarebbe «sostanza individuale» e non «individuo» nel senso etimologicamente corretto della parola («unità non divisibile»). Soccorrerebbe in questo senso una nozione di persona condivisa e ben giustificata sul piano giuridico-filosofico, oppure la situazione evidentemente contraria alla logica e al *ius naturae*, di un embrione «individuo» fuori dal grembo materno. Ma anche guardando alla situazione più naturale, quella dell'embrione fecondato (secondo natura o con artifici tecnologici) nel corpo materno nella fase del preimpianto, cosa abbiamo di fronte? Un pre-embrione? Una materia ancora *imperfecta*? Il pensiero nichilista contemporaneo tenta di spiegare la situazione in questi termini: l'*essenza di un ente che ne precede l'esistenza* (secondo il linguaggio filosofico); le *specifiche di un programma che ne precedono l'implementazione* (informatico); l'*informazione genetica di un organismo che ne precede l'espressione* (biologico). A ben vedere tutto ciò presenta «aria di famiglia» proprio col *golem* dell'A.T.

intima essenza si è ormai ridotto al tempo che intercorre tra l'accoppiamento e la compattazione del corredo genetico[57].

6. Fino a che la scienza non potrà darci ulteriori delucidazioni in materia, mi pare allora ragionevole affermare che l'embrione possa coincidere con il genoma formato dall'unione dei cromosomi di un uomo e di una donna che, per questo, sono da considerare gli unici possibili genitori naturali dell'essere umano *in itinere*.

Da storico del diritto, qualificherei allora l'embrione come "persona", quale individuo in un senso biologico (e quindi in questo senso già antropologico), retorico e giuridico, in base alla seguente definizione di "persona" come *un indice logico di attribuzione capace di comprendere nella sua nozione qualsiasi ente connotabile di soggettività, qualità e relazione; che sia portatore di un corredo memoriale, epistemicamente rilevante in un contesto dato, rivolto al suo passato, al suo presente e al suo futuro*.

Prendendo come riferimento non la *persona giuridica* moderna, ma l'idea antica di "persona *nel* diritto", definirei l'embrione "come persona" a partire dalla formazione del genoma, perché nel corredo genetico c'è già la memoria di un passato (l'appartenenza al genere umano e il corredo genetico dei genitori), di un presente (perché il DNA dell'embrione è lo stesso di quello dell'individuo adulto) e di un futuro (se è vero che nella catena amminoacida ci sia in atto già la storia biologica di tutta la vita dell'essere umano). È questo che a mio avviso rende l'embrione umano meritevole di una tutela giuridica sua propria. Il requisito della razionalità, e quindi dell'autodeterminazione, è un solo postulato apodittico (non necessario) della modernità costruito sulle spoglie del pensiero medioevale e inoltre inadeguato a descrivere la realtà dell'embrione umano.

Questa soluzione metterebbe d'accordo tutti tranne, forse, coloro che dalla manipolazione dell'embrione contano di ricavare forti guadagni: la Chiesa cattolica che si rifà alla tradizione biblica più antica e al diritto romano per quanto si è appena detto. La nostra tradizione giuridica (almeno europea) perché tale soluzione sarebbe perfettamente conforme al concetto romano di *persona* come *indice logico di attribuzione in un contesto dato meritevole di attenzione giuridica*.

57 Pare che il ginecologo Dagan Wells sia riuscito a estrarre il DNA da una cellula di un embrione da fecondazione in vitro di cinque giorni. Cfr. A. Saragosa. *Letto il Dna di un embrione di cinque giorni*. il Venerdì di Repubblica; 2013; 16 agosto: 66.

Non ci sarebbe contraddizione neanche sul piano epistemologico perché, come dicono le fonti, nella logica della retorica antica, costruita sul rapporto *genus/species*, la definizione di *persona* aveva una estensione semantica molto più ampia di quella che ha ricevuto negli ordinamenti giuridici moderni e che oggi riceve nella considerazione di filosofi e scienziati. Qualsiasi cosa, quindi, possiamo dire che sia l'embrione (andrebbe bene anche la *materia signata quantitate* di S.Tommaso[58]), esso se è tale, in quanto *memoria* del suo passato, del suo presente e del suo futuro, è un *quid* unico nell'universo, che fin dal momento del suo concepimento comincia a essere «individuo» in senso biologico, e quindi già in un senso antropologico, se si guarda al problema in modo anomalista e non analogista. Esso potrebbe quindi essere qualificato giuridicamente in Italia una "persona" anche indipendentemente dalla questione «del problematico riconoscimento della sua *soggettività giuridica*» (vd. Cass. it., sez. III, n. 16754/2012) e con *una disciplina sua propria* che, nel merito, andrebbe costruita in base alle sue caratteristiche di specie[59].

58 S.Thomae, *in Boeth. de Trin*. q. IV, a. 2.

59 Vd. sul punto Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*…cit. 582 s. Non esce dall'*empasse* la Corte Costituzionale che con la sentenza 162/2014 (decisa il 9 aprile, depositata il 10 giugno e pubblicata in G.U. il 18 giugno 2014) non solo ha abolito il divieto posto dalla legge 40/2004 sulla PMA eterologa (art. 4, comma 3; 9, comma 1 e 3; 12, comma 1), ma si è anche preoccupata di indicare le norme che sul piano disciplinatorio rendono questo tipo di PMA immediatamente attuabile in Italia. Si tratta di una sentenza per molti profili coraggiosa, tecnicamente di livello considerevole e, si deve presumere, guardando alla tortuosità argomentativa, anche molto sofferta. Con essa la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto posto dell'art. 4, comma 3, dalla legge n. 40 del 2004, «*nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili*»; e quindi anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*»; dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*»; dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004 «*nei limiti di cui in motivazione*». Sul punto specifico della natura giuridica dell'embrione si è detto come la stessa Corte, con la sentenza n. 151/2009, sancendo l'illegittimità costituzionale del *divieto di crioconservazione e di soppressione degli ovuli in numero non superiore a tre* stabiliti dall'art. 14 della L. 40/2004 (che aveva vietato in Italia la cd. fecondazione assistita) aveva confermato, come detto, il principio della *non umanità* di tutto ciò che non ha consapevolezza di sé, ribadendo così il conseguenziale declassamento del soggetto embrionario a *res*. Molto istruttivo al riguardo è quindi uno stralcio di tale sentenza nella parte in cui (punto 4.2 delle *considerazioni in fatto*) riferisce delle motivazioni addotte dal

Quanto a coloro che persistono ancora nel negare, in buona fede, l'estensibilità dell'attributo di persona all'embrione, questi dovrebbero essere almeno consapevoli del rischio che corrono: favorire un declassamento dell'embrione a *res* il che equivarrebbe a ridurre lo stesso al livello

---

Tribunale di Catania – che insieme a quello di Firenze e a quello di Milano avevano sollecitato l'intervento della Corte. Si vd.no i giudizi di legittimità costituzionale promossi con le ordd. (n. reg. 240) 13 aprile 2013; (n. reg. 213) 29 marzo 2013; (n. reg. 135) 8 aprile 2013; G.U. nn. 46, 41 e 24/2013, prima serie speciale – riportate dalla sentenza tra caporali e noi tra doppi apici alti: «la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale della maternità/paternità ed il bilanciamento del diritto costituzionalmente protetto alla creazione di una famiglia (riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost.) spettante «a soggetti esistenti (persone in senso tecnico)» e del diritto riconoscibile «ad una entità (embrione, feto) che soggetto (nel senso pieno di persona) ancora non è, non sembra possa ragionevolmente risolversi in favore del secondo». L'ampia tutela del nascituro deve tenere conto che, comunque, questi non sarebbe equiparabile alla persona già nata; la stessa legge n. 40 del 2004 tutela il concepito, ma non «arriva […] a modificare l'art. 1 del codice civile che […] riconosce la capacità giuridica solo al momento della nascita e subordina ad essa l'effettivo sorgere dei diritti ivi menzionati con riferimento agli artt. 462, 678 e 715 c.c. (per donazione e testamento)"». Le argomentazioni addotte dal Tribunale di Catania rappresentano bene l'impostazione che la Corte ha inteso dare al problema. Il ragionamento, pur formalmente corretto, rischia tuttavia di apparire nel merito pretestuoso. Qui si sta dicendo che l'embrione non può ricevere tutela, in quanto configurabile come soggetto che è privo di capacità giuridica, *perché lo dice la legge*. Il Giudice Costituzionale, che ha condiviso questa impostazione, a mio avviso, avrebbe invece dovuto porsi rispetto al problema in termini esattamente ribaltati e chiedersi: continua a essere giusto un assetto di legge che in base al principio che la capacità giuridica si acquista *solo* con la nascita, finisce col negare ogni tutela al nascituro o all'embrione? È giusto non riconoscere alcun diritto all'essere umano in questa fase della sua esistenza? Soprattutto se quello che gli accade in questa fase avrà delle ripercussioni non di poco conto per la sua vita futura? Si può rispondere legittimamente in modo affermativo a questi interrogativi (come è stato fatto), ma emergono qui tutti i limiti di un'impostazione normativista del diritto, da cui la Corte, a mio parere, nella pronuncia *de quo* non ha saputo (o voluto?) discostarsi. La pericolosità e l'inadeguatezza dell'argomentazione giuridica, se non viene fondata su dei riferimenti di verità sostanziale, rispetto a questioni di fondamentale importanza come quelle che riguardano il rispetto della vita umana, si comprende in tutta la sua drammatica rilevanza pensando alle leggi razziali o alla legge sull'aborto. È inutile nasconderlo, se la Consulta avesse deciso in modo diforme da come ha fatto avrebbe spalancato un'autostrada quanto meno per il riconoscimento dell'illegittimità costituzionale della legge sull'aborto. Esplicitamente in tal senso Flamigni, *Il secondo libro della sterilità…*, 645. Ma non è neanche questo il punto. Mi limito soltanto a osservare che sarebbe stato ben difficile per il legislatore riconoscere diritti di donazione o ereditari (gli artt. 462, 678 e 715 c.c.) a un soggetto (dunque un *non*-soggetto giuridico?) che non presenti neanche il requisito minimo di essere nato.

dell'*homunculus* di Paracelso così come immortalato nelle celebri pagine del Faust di Goethe. In questa versione alchemica/moderna del *Golem* biblico, l'uomo in provetta, nato per essere servitore del suo creatore, alla fine potrebbe distruggerlo.

7. Avviandomi a concludere credo di poter dire che tutto questo dimostri sufficientemente quanto sia appropriata la metafora di Kafka di un «mal di mare in terra ferma» che «consiste nel dimenticare i nomi veri delle cose e profondere frettolosamente su di esse dei nomi a caso»[60].

È opportuno quindi che il Legislatore recuperi piena consapevolezza della necessità di comprendere non solo cosa sia un embrione ma anche *chi*, o *cosa* sia, *persona*. Tenendo conto, certo, delle competenze scientifiche, ma senza trascurare i problemi di natura etica e la nostra tradizione giuridica.

Per parte mia l'embrione umano *può avere* persona ed *è* già persona in senso epistemologico, sin dal momento in cui la scienza ci dice che esso è già individuo in senso biologico. Questo perché a partire dal momento della formazione del suo genoma (i 46 cromosomi paterni e materni) esso è già perfettamente costituito dal suo corredo memoriale che è identico a quello del concepito, del nascituro, del neonato, del bambino, dell'adolescente, dell'adulto e dell'anziano. E, anzi, se è vero che la traccia di questo continua a persistere in quello che resta del corpo dell'uomo diventato cadavere, si potrebbe anche dire che la vera, definitiva e irreversibile distruzione del singolo essere umano, avvenga non con la morte o con una sua regressione allo stato vegetativo, ma con la cremazione.

Ed allora, se è vero, come si diceva all'inizio, che *cultura è ciò che resta dopo aver dimenticato quel che si è letto* e che l'idea di una coincidenza esclusiva tra il concetto di persona e l'essere umano è soltanto una presunzione apodittica della modernità, a ben vedere, per apprestare una disciplina giuridica adeguata all'embrione, anche attraverso una sua qualifica *come persona*, si dovrebbe correggere, più che altro, soltanto un pregiudizio di natura culturale. Non è affatto dimostrato che allargare la portata del concetto di persona, ossia di questo lascito importante del pensiero medioevale e moderno, significhi necessariamente compromettere l'apparato protettivo dell'essere umano razionale degli ordinamenti giuridici vigenti.

60 F. Kafka *Conversazione con l'uomo che prega* (1909), tr. it. a cura di Coppé L. *Kafka. Tutti i romanzi e i racconti*. Roma: Newton Compton; 2006: 617-620; 618.

Raffaele Maione

LA BIOETICA TRA LAICITÀ E DIRITTO

Sommario: 1. Per una definizione di bioetica e sue articolazioni. 2. Il contributo del mondo cattolico e della filosofia. 3. Il compito del mondo giuridico.

1. La bioetica è definita «come un sapere (teorico-applicativo), che riflette sui limiti di liceità e di illiceità degli interventi dell'uomo sulla vita, […], interventi resi possibili, […], dal progressivo sviluppo della scienza e della tecnologia in biologia e in medicina[1]». È una disciplina che fa riferimento alla biologia e alla medicina ma che non può non tenere in considerazione la persona umana e i suoi diritti. Tra le diverse prospettive di bioetica è interessante un confronto tra quella cattolica e quella laica, anche se per Lucas, è inopportuno distinguere la bioetica in religiosa e laica, visto che la bioetica è semplicemente bioetica[2]. La bioetica cattolica indica la posizione bioetica del Magistero della religione cattolica che riconosce la sacralità e la santità della vita, da proteggere da qualsiasi cosa. La laicità attiene allo Stato che viene inteso come potere e come indipendenza dell'autorità civile da ogni gerarchia di natura ecclesiastica[3]. Secondo la accezione illuministica, la laicità si fonda su alcuni valori essenziali: ragione, libertà, uguaglianza. È rivendicare il primato della libertà di coscienza e di scelta; la libertà è sinonimo di uguaglianza e di tolleranza e le diverse opinioni politiche, culturali, morali e religiose sono da considerare tutte ugualmente legittime. Lo Stato non può sceglierne una e obbligare i cittadini a seguirla, ma a ciascuno va lasciata piena libertà di ispirarsi all'opinione preferita. L'unico limite è il rispetto del diritto altrui. Il concetto di laicità assolve a due grandi significati: un significato «debole», dove tutti sono laici; un significato «forte», secondo cui l'unica laicità possibile sarebbe quella dei non credenti[4]. Il concetto di laicità forte nasce dalla contrapposi-

1 F. D'Agostino – L. Palazzani, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007, 9.
2 Cfr. R. L. Lucas, *Bioetica per tutti*, Cinisello Balsamo (MI) 2002, 6.
3 Cfr. L. Guerzoni, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, Modena 1967, 23. Si veda M. Tedeschi, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali* in *Scritti di diritto ecclesiastico*, Milano 2000, 59.
4 Cfr. G. Fornero, *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, Milano 2008,. XIII. 5 Cfr. *Ivi*, 247

zione in capo bioetico tra il filone dei credenti e il filone dei laici. Esistono due modalità distinte di laicità forte: quella «a-religiosa» che rimanda ad un modo di vivere e di pensare estraneo a Dio e alla dimensione religiosa mentre quello «anti-religioso» rimanda ad un modo di vivere e di pensare ostile a Dio e alla religione[5]. Secondo alcuni autori la laicità debole è solo procedurale mentre quella forte è di natura contenutistica[6].

Fornero così le distingue: «In senso debole, la laicità indica un atteggiamento critico e antidogmatico, che, partendo dal presupposto secondo cui non si può pretendere di possedere la verità più di quanto ogni altro possa "pretendere", si ispira ai valori del pluralismo, della libertà e della tolleranza e quindi al principio dell'autonomia reciproca fra tutte le attività umane. In senso forte, indica la dottrina di coloro che non si limitano a una generica adesione ai valori dello spirito critico e della tolleranza, ma ragionano indipendentemente dall'ipotesi di Dio e da ogni fede o metafisica di matrice religiosa[7]. Bobbio, partendo dalla distinzione tra laicismo inteso come movimento di liberazione dai dogmi religiosi, di intolleranza verso le fedi e le istituzioni religiose e laicità la cui caratteristica è la tolleranza, sosteneva che quest'ultima va innanzitutto posta come metodo, ovvero come un insieme di regole poste all'interno di una società per una pacifica convivenza dei vari soggetti di diverse fedi e poi non ci può essere una distinzione tra etica laica ed etica religiosa perché sia la prima che la seconda sono accomunate da alcuni principi quali il non uccidere e il non mentire[8]». Fornero si oppone a tale visione *super partes* della bioetica poiché si confondono due discorsi: «quello teorico (o di diritto) e quello storiografico (o di fatto),

5 Cfr. *Ivi*, 247.

6 Cfr. F. Bacchini, *Una sola laicità*, in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. cit.,* 46. Ciò che l'autore propone è la presenza di due credi confessionali, uno di natura tollerante ed un altro contrario ad ogni forma di tolleranza. Per quanto riguarda la laicità non possono esistere due tipi di laicità, semmai esiste un'unica laicità, quella forte, dove i cattolici non possono imporre il proprio credo e il proprio Dio per legge e che lo Stato deve mantenere una certa neutralità in materia ideologica e fideistica (Cfr. *Ivi*, 53). Fornero ritiene la tesi di Bacchini vera quando rivela che la bioetica, pretendendo che lo Stato vieti per legge determinati comportamenti va contro lo spirito di tolleranza ma falsa quando sostiene che la bioetica cattolica ufficiale non può in alcun modo essere ritenuta laica; Cfr. G. Fornero, *Una sola laicità. Risposte a Bacchini, Borsellino, Zecchinato e Lecaldano*, in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. cit.,* 147.

7 G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano 2005, 67-68.

8 N. Bobbio, *Intervista*, in AA.VV., *Laicità. Domande e risposte in 38 interviste (1988-2003)*, a cura del Comitato Torinese per la Laicità della Scuola, Torino, 2003, 55.

ossia tra il piano ideale del dover essere e quello reale dell'essere. Infatti un conto è sostenere che la bioetica non dovrebbe essere né cattolica né laica, ma semplicemente bioetica. Un altro conto è affermare che la bioetica, di fatto, non è né cattolica né laica: è semplicemente bioetica. Mentre la prima proposizione è di tipo teoretico e risulta senz'altro legittima, la seconda è di tipo storiografico e risulta constatabilmente falsa, come dimostra il fatto che i fautori odierni di una biomorale senza "aggettivi", cioè di una bioetica *sic et simpliciter*, si trovano a spacciare la loro specifica bioetica, di matrice e struttura concettuale cattolica, per la bioetica *tout court*»[9].

La bioetica cattolica la si distingue in senso stretto, ovvero la bioetica cattolica ufficiale, cioè «la specifica forma di biomorale contenuta nei documenti pubblici del Magistero e nelle opere degli studiosi che, pur nella loro autonomia discorsiva, risultano in oggettiva consonanza dottrinale con essi e con il loro personalismo a sfondo metafisico»[10]; e in senso lato, ossia «l'insieme delle dottrine biomorali elaborate con metodo razionale dagli studiosi di matrice cattolica»[11]. La bioetica cattolica si fonda sull'idea di Dio come fondamento ontologico ed etico dell'uomo. Palazzani ha più volte sostenuto che in bioetica per laicità «non si intende un'etica che parta dalla negazione di Dio bensì un'etica razionale che ragioni *etsi Deus non daretur*»[12], affermando che «laico non è colui che afferma l'ipotesi di Dio (ragionando come se Dio fosse, patendo dall'esistenza di Dio come accettazione acritica) né colui che nega l'ipotesi di Dio (ragionando in assenza di Dio, rifiutandosi l'ipotesi dell'esistenza di Dio senza discuterla razionalmente), ma colui che ragiona come se Dio non fosse (ossia mettendo tra parentesi l'esistenza o la non esistenza di Dio, non pronunciandosi sull'esistenza o sulla non esistenza di Dio). È questa la posizione di chi intende elaborare un'etica filosofica e non un'etica teologica o religiosa»[13]. L'uomo è creatura che ha un nesso di dipendenza con il Creatore: «l'uomo è più che l'uomo, in quanto aperto e relazionato con l'Assoluto, con il Trascendente, con Dio. […] La relazione di dipendenza da Dio costituisce la realtà e il senso ultimo dell'essere umano»[14]. Si ricordi le affermazioni del legame creature e Creatore: «che la persona risulta ontologicamente e assiologi-

9 G. Fornero, *I concetti storiografici di bioetica «cattolica» e bioetica «laica»* in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. cit*., 204.
10 *Ivi*, 206.
11 *Ibidem*.
12 L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 13-14.
13 L. Palazzani, *Laicità e bioetica*, in AA.VV., *Lessico della laicità*, Roma, 2007, 77.
14 D. Tettamanzi, *Nuova bioetica cristiana*, Casale Monferrato 2000, 174 e 39.

camente tale solo in virtù del rapporto con Dio e che linviolabilità della persona sia il riflesso dell'inviolabilità stessa di Dio»[15]; «solo alla luce di Dio si possono valorizzare tutta la grandezza e la dignità e, quindi, anche i diritti dell'uomo»[16]; «il valore della dignità umana rinvia al Creatore: soltanto Lui può stabilire valori che si fondano sull'essenza dell'uomo e che sono inviolabili»[17]; «al fondo della persona, come ultima spiegazione del suo esistere e ultimo fondamento della sua dignità, c'è il Creatore e c'è la creazione»[18]. Queste attestazioni dimostrano il forte legame tra Dio e l'uomo, a prescindere dalla manipolazione dello stesso uomo. Nel *Compendio della dottrina sociale della Chiesa* si ribadisce che la dignità esistente davanti a Dio esiste anche davanti agli altri uomini, come fondamento ultimo della radicale uguaglianza e fraternità fra gli uomini, indipendentemente dalla razza, nazione, origine, cultura e classe. Questo riconoscimento rende la crescita personale di tutti: «A un'uguaglianza nel riconoscimento della dignità di ciascun uomo e di ciascun popolo, deve corrispondere la consapevolezza che la dignità umana potrà essere custodita e promessa soltanto in forma comunitaria, da parte dell'umanità intera»[19]. Le radici dei diritti degli uomini vanno ricercate assolutamente nella dignità che appartiene agli esseri umani. Un altro principe cardine della bioetica cattolica è il rifiuto di considerare l'uomo artefice di se stesso in quanto Dio rappresenta il fondamento ultimo dell'agire umano. Il valore fondamentale per i cattolici è la verità, («solo la libertà che si sottomette alla Verità conduce la persona al suo vero bene»[20]) mentre per i laici il valore primario è la libertà, ovvero la capacità di disporre in piena autonomia di se stesso[21]. La bioetica laica non tiene conto dell'esistenza e della volontà di Dio e, quindi, di un progetto divino sulla vita, ragionando non solo «*etsi Deus non daretur*, ma anche *etsi creaturalitas non daretur*, ossia come se l'uomo e il

15 A. Grzeskowiak, *Diritti umani: la loro fondazione*, in *Pontificio Consiglio per la Famiglia*, *Lexicon. Termini ambigui e discussi su famiglia, vita e questioni etiche,* Bologna, 2006, 292.

16 Giovanni Paolo II, *Discorso agli operai di Genova*, http: www.avvenire.it, 21 settembre 1985

17 M. Pera – J. Ratzinger, *Senza radici. Europa, relativismo, cristianesimo, islam*, Milano, 2004, 67.

18 E. Sgreccia, *Manuale di bioetica*, vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 1993, 68.

19 Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano 2005, 77.

20 Giovanni Paolo II, *Discorso ai partecipanti al Congresso internazionale di teologia morale*, 10 aprile 1986, http: www.avvenire.it.

21 Cfr. G. Vattimo e P. Paterlini, *Non essere Dio*, Reggio Emilia, 2006, 188.

mondo non dipendessero, originariamente e strutturalmente, da un Dio»[22]. La bioetica cattolica parte dal concetto della sacralità della vita, si poggia sulla rilevazione biblica, si basa sull'indisponibilità e inviolabilità della vita, sulla presenza di un disegno «divino incarnato nell'ordine delle cose, cioè di un progetto» di Dio sull'uomo e per l'uomo, su una serie di divieti assoluti che l'individuo è tenuto a rispettare, mentre quella laica, partendo dal concetto della qualità della vita, insiste sulla disponibilità della vita, sull'indipendenza e autonomia decisionale dell'uomo rispetto a qualsiasi ordine ontologico precostituito, sull'assenza di divieti assoluti. Fornero ritiene che esistono due atteggiamenti di tipo laico: un atteggiamento critico e antidogmatico, ispirato al pluralismo, alla libertà e alla tolleranza e quello che esclude l'appartenenza a situazioni trascendenti[23]. Questa tesi è contrastata da Zecchinato, che afferma per ogni cosa esiste un piano designato da Dio, di conseguenza più che di bioetica cattolica si dovrebbe parlare di bioetica confessionale[24]. Fornero ritiene che «il magistero cattolico non stabilisce, d'autorità, l'esistenza di un ordine procreativo, ritenuto, per fede identico al piano divino, circa la trasmissione della vita, ma, ricorrendo all'argomentazione teorico-filosofica, dichiara che nell'uomo esiste uno specifico ordine naturale procreativo razionalmente riconoscibile. Ordine metafisico-naturale che, sulla base dei principi di contingenza e creaturalità, viene fatto coincidere, in ultima istanza, con l'ordine intelligente previsto dalla legge eterna di Dio»[25]. Dal rispetto della persona umana si è elaborato il concetto di bioetica cattolica, che non è dogmatismo ma sacralità della vita tendente ad arrestare il processo di secolarizzazione, mentre la bioetica laica rappresenta una delle maggiori affermazioni del processo di secolarizzazione ovvero di quella progressiva perdita di rilevanza del Sacro all'interno degli assetti societari. Mentre Fornero afferma che «quella cattolica, a differenza di quella laica, è una bioetica della persona e della legge naturale che si fonda sul presupposto (metafisico) di un possibile accesso alla verità ultima dell'uomo e della realtà che lo circonda»[26], Palmaro propone una definizione che va al di là della distinzione posta preceden-

22 G. Fornero, *I concetti storiografici di bioetica «cattolica» e bioetica «laica»* in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità, op. cit.*, 223.

23 Cfr. G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, *op. cit.*, 67-73.

24 P. Zecchinato, *La mentalità cattolica del Gott mit uns*, in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. cit.*, 73-83.

25 G. Fornero, *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. cit.*, 165.

26 *Ivi*, 139-140

temente: è una bioetica «al servizio della verità»[27]. Nel caso della bioetica cattolica non si permette una libertà ed autonomia dei credenti vista la loro soggezione alle gerarchie ecclesiastiche: non solo la sacralità della vita è elemento di distinzione tra le due bioetiche ma esiste anche l'obiettivo, da parte della gerarchia ecclesiastica, di tendere ad arrestare il processo di secolarizzazione[28].

2. Il 22 febbraio 1987 la Congregazione per la dottrina della fede ribadì in un documento che «la trasmissione della vita umana è affidata dalla natura a un atto personale e cosciente e, come tale, soggetto alle santissime leggi di Dio: leggi immutabili e inviolabili che vanno riconosciute e osservate. È per questo che non si possono usare mezzi e seguire metodi che possono essere leciti nella trasmissione 6 della vita delle piante e degli animali. I progressi della tecnica hanno oggi reso possibile una procreazione senza rapporto sessuale mediante l'incontro in vitro delle cellule geminali antecedentemente prelevate dall'uomo e dalla donna. Ma ciò che è tecnicamente possibile non è per ciò stesso moralmente ammissibile»[29]. Con questo Documento si proclama l'importanza del dono della vita, dove *Dio ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza*. A venti anni di distanza con la pubblicazione della *Istruzione Dignitas persona e su alcune questioni di bioetica* viene ribadito che ogni essere umano, dal concepimento alla morte naturale, va riconosciuta la dignità di persona. La dignità umana rappresenta quel valore inscindibile legato alla persona umana, insomma un *Si* alla vita, che si realizza con il solo atto coniugale in connessione con la sola dimensione procreativa, ponendo un giudizio negativo sulle forme alternativa di procreazione diverse dall'atto coniugale.

Nel mondo romano la locuzione dignità umana aveva due particolari significati: il primo che l'uomo aveva dignità in quanto essere umano e l'altro aveva dignità in quanto membro della società. Tralasciando la posizione cristiana, Samuel Pufendorf rivedeva il concetto di dignità umana

27 M. Palmaro, *Bioetica laica e bioetica cattolica: una distinzione possibile?* in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. it.,* 22.

28 E. Lecaldano, *Il contesto della secolarizzazione e la bioetica della disponibilità della vita* in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, *op. cit*., 36.

29 http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_it.html, par. 4.

da un punto di vista deontologico, in quanto, a mezzo della propria libertà, è l'unico in grado di porre dei limiti al proprio agire[30]. Questa distinzione anticipa quella kantiana dove l'uomo è capace di agire nel rispetto delle leggi morali, e agendo nel loro rispetto, l'uomo possiede dignità[31]. Da cui partono le enunciazioni dei diritti nelle Dichiarazioni settecentesche in cui si sanciscono in maniera definitiva i diritti dell'uomo in quanto tali, riprese nelle carte costituzionali del dopo guerra. Queste dichiarazioni e il loro contenuto rappresentano la norma fondamentale per eccellenza che bisogna rispettare e proteggere. Alla posizione deontologica si pongono le posizioni ontologiche. Seifert delinea quattro radici della dignità umana: l'essere umano, l'agire, la dignità acquisita e quella donata. La posizione tracciata collegano la dignità all'essere e nessuno la può negare[32]. Viola, riprendendo Hofmann dove la dignità umana riposa su ciò che l'uomo è per natura ed è il risultato dell'agire umano[33], ricorda che grazie alla dignità umana è un essere della natura ed un soggetto dell'autonomia pratica[34]. Questa visione è contrastata da Luhmann in quanto la dignità non può essere una dote che appartiene all'uomo per il solo fatto di essere uomo ma appartiene all'uomo in quanto ottiene un riconoscimento sociale[35]. I diritti fondamentali per il sociologo tedesco spettano «al cittadino come diritto soggettivo e si rivolge allo stato come soggetto obbligato»[36]. Per Di Santo «i diritti fondamentali dunque si riferiscono alla figura particolare della cittadinanza all'interno della dimensione statuale. In tal senso i diritti fondamentali sono lo spazio di verifica dei fatti vincenti normativizzati»[37]. Questa visione proietta un serio collegamento di tipo invasivo tra uomo,

30 Cfr. H. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorf*, (1958), trad. it., a cura di V. Fiorillo, La *dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, Torino, 1993.

31 Cfr. P. Becchi, *Dignità umana* in *Filosofia del diritto*, *Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Torino, 2007, 156.

32 Cfr. E. Sgreccia, *La istruzione della Congregazione per la dottrina della fede Dignitas Personae. Significato e valore del richiamo alla dignità* in *Medical Humanities* e *Bioetica clinica*, a cura di E. Larghero, M. Lombardi Ricci, R. Marchesi, Torino, 2010, 20.

33 Cfr. H. Hofmann, *La promessa della dignità umana* in *Rivista di filosofia del diritto*, 76, 1999, 625 ss.

34 Cfr. F. Viola, voce *Dignità umana*, *Enciclopedia filosofica*, 3, 2863-2865.

35 Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, trad.. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, a cura di G. Palombella e L. Pannarale, Bari 2002, 98 e ss.

36 N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002, 301.

37 L. Di Santo, *Per una Teologia dell'Ultimo. Riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, Napoli, 2012, 66.

cittadino, stato e diritti, aprendo la strada ad una bioetica di tipo sociale dove la società stessa è vista come luogo di speranza[38].

Circa gli interventi dei pontefici in materia di bioetica ricordiamo la figura di Pio XII, le cui riflessioni furono influenzate da due episodi: «l'esplodere di un progresso tecnologico che nella sua ambiguità poteva e può essere volto anche all'oppressione ed alla soppressione della vita umana e la conoscenza dei crimini dei medici nazisti che avevano commesso ai danni dei prigionieri nei campi di concentramento, con il conseguente processo di Norimberga»[39]. I suoi discorsi sulla bioetica mirano a precisare che «l'uomo deve ricercare in se stesso, nella sua "natura", le indicazioni per l'agire morale, per il dover essere, e in questa ricerca l'uomo ritrova il riflesso del disegno di Dio sull'umanità»[40]. Sulla stessa scia il magistero di Giovanni XXIII: si ricordano le due lettera encicliche *Mater et Magistra* del 1961, sull'inseminazione artificiale e sull'aborto procurato, e la *Pacem in terris* del 1963, relativamente all'etica sociale[41]. Con la lettera enciclica *Humanae vitae* del 1968 Paolo VI si dedica principalmente ai temi della fertilità e della procreazione[42]. Nel 1995 Giovanni Paolo 8 II pubblica la lettera enciclica *Evangelium vitae*, con la quale afferma la piena applicazione al campo bioetico dei principi di libertà ed uguaglianza[43]. Prima ancora il Santo Padre ha affermato che il matrimonio cristiano è la naturale complementarietà tra l'uomo e la donna: «La prima comunione è quella che si instaura e si sviluppa tra i coniugi: in forza del patto d'amore coniugale, l'uomo e la donna "non sono più due, ma una carne sola (Mt 19,6; cfr. Gen 2,24) e sono chiamati a crescere continuamente nella loro comunione attraverso la fedeltà quotidiana alla promessa matrimoniale del reciproco dono totale. Questa comunione coniugale affonda le sue radici nella naturale complementarietà che esiste tra l'uomo e la donna, e si alimenta mediante la volontà personale degli sposi di condividere l'intero progetto di vita, ciò che hanno e ciò che sono: perciò tale comunione è il frutto e il segno di una esigenza profondamente umana. Ma in Cristo Signore,

38 F. Ciravegna, *Panorama storica della bioetica* in «Archivio Teologico Torinese», Anno 14, 2008/1, Torino, 75.

39 M. Rossino, *I Fondamenti teologici della bioetica* in «Archivio Teologico Torinese», Anno 14, 2008/1, *op. cit.,* 79.

40 *Ibidem*.

41 Cfr. Giovanni XXIII, *Mater et Magistra* e *Pacem in terris* in *I documenti sociali della Chiesa. Da Pio IX a Giovanni Paolo II (1864-1982)*, a cura di R. Spiazzi, Milano 1983, 632-786.

42 Cfr. Paolo VI, *Humanae vitae*, http: www.vatican.va/, 587-617.

43 http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_it.html.

Dio assume questa esigenza umana, la conferma, la purifica e la eleva, conducendola a perfezione col sacramento del matrimonio: lo Spirito Santo effuso nella celebrazione sacramentale offre agli sposi cristiani il dono di una comunione nuova d'amore che è immagine viva e reale di quella singolarissima unità, che fa della Chiesa l'indivisibile Corpo mistico del Signore Gesù"»[44]. Questa documentazione mette in risalto assolutamente la persona e la sua vita come valore naturale.

Secondo Piana «l'enorme rilevanza sociale delle questioni affrontate dalla bioetica implica l'adozione di dispositivi legislativi, che fissino con chiarezza possibilità e limiti degli interventi. Il compito della legge civile non può essere omologato a quello dell'etica: il diritto non ha alcuna competenza nell'ambito delle scelte private e non può proporsi di orientare le coscienze; a esso spetta semplicemente la salvaguardia del bene pubblico e la determinazione delle condizioni per lo sviluppo di una convivenza ordinaria»[45]. Tuttavia Piana non esclude l'intervento giuridico: pur negando valore in campo etico al ricorso al diritto naturale, per la visione statica della realtà, ammette la possibilità della cosiddetta «etica della comunicazione che, facendo dell'atto del comunicare l'evento etico fondamentale, tenda a costruire le condizioni adeguate per lo sviluppo del processo comunicativo»[46].

Zeppegno pone al centro dell'attenzione il vero significato della «bioetica cattolica», dinanzi alla «bioetica laica» rappresentata dalle tesi di Engelhardt. Lo statunitense distingue una «morale a due livelli»: una pubblica e l'altra privata. Ogni persona cioè ha una sua visione etica individuale, la quale non può assolutamente prevalere all'interno della comunità pubblica. Così come ogni persona ha la propria fede, il proprio credo che non può imporre alla comunità, Engelhardt, pur manifestando una propria convinzione religiosa, rifiuta di sostenerla nella sfera pubblica. Infatti, nonostante sia un laico convinto, professa un suo credo personale, «texano», che lo proietta verso le concezioni della bioetica laica. Tuttavia, al contempo ciò esprime pienamente quanto sia indispensabile il richiamo, alla Jean Jacques Rousseau, alla propria «coscienza»: bisogna rispondere di ciò che facciamo soltanto a noi stessi, senza accettare l'autorità suprema di Dio. Emerge qui un avvicinamento tra la tesi conseguenzialistica, attraverso cui la felicità si ottiene attraverso il rispetto

44 http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_it.html

45 G. Piana, *Bioetica tra scienza e morale*, Novara, 2007, 71.

46 *Ivi*, 73.

delle libere scelte, e la tesi deontologica, che predilige l'autonomia decisionale. In sostanza il pilastro della tesi di Engelhardt è proprio questo: ognuno è autonomo, ognuno è libero, ognuno dispone della propria vita (a immagine e somiglianza dell'uomo). Detta tesi è in contrasto con la bioetica cattolica, che guarda a Dio come essere supremo, unico ed intangibile, dove tutto si pone in prospettiva Sua (a immagine e somiglianza di Dio). La prospettiva di Engelhardt è invece tesa ad un'efficacia pacifica tra gli «stranieri morali», di condivisione tra tutti, proprio perché la vita non è una struttura assoluta e sacra ma è un valore soggetto a diverse gradazioni. Questo dipende dalle sue origini: gli Stati Uniti d'America sono per eccellenza la società «postmoderna», il Paese della totale convivenza di etnie, di culture e religioni, dove vige il consenso dell'autorità statale, verificandosi così un ritorno alle concezioni contrattualistiche: non Dio, non la forza, non la ragione, ma la collaborazione, che contiene in sé la tolleranza, come capacità di vivere pacificamente con coloro che credono e agiscono in maniera diversa. Zeppegno, in contrapposizione, conferma la necessarietà e l'indispensabilità della persona umana. Persona, fede e ragione, o meglio persona e ragione illuminate dalla fede, al fine di porre un dialogo per la tutela della persona umana, e il raggiungimento della verità. Nella bioetica cattolica si accetta il destino della vita senza giudizio, senza negoziazione. Aborto, eutanasia e altro ancora non possono essere pratiche utilizzabili proprio perché l'uomo è persona. Ecco allora la necessità di una bioetica, ribadisce Zeppegno, che accompagni la persona nella realtà creata da Dio: una realtà che oggi è sempre meno sacra e sempre più secolarizzata. Dinanzi a ciò la politica deve preservare la società da qualsiasi situazione che mette in pericolo il bene comune, prefiggendo un dialogo tra le parti, per meglio dire un compromesso, tutelando la persona umana e la stessa democrazia. Un dialogo o compromesso teso alla creazione di una società come luogo di speranza attraverso quella cultura cristiana essenziale per uscire da questo mondo senza alcun valore. La bioetica cattolica deve garantire pluralismo, valori morali e centralità della persona umana[47]. Nella visita di papa Francesco a Strasburgo, il 25.11.2014, ha ribadito al parlamento Europeo «la ferma convinzione dei Padri fondatori dell'Unione europea, i quali desideravano un futuro basato sulla capacità di lavorare insieme per superare le divisioni e per favorire la pace e la comunione fra tutti i popoli del continente. Al centro di questo ambizioso progetto politico vi

47 Cfr. G. Zeppegno, *Bioetica. Ragione e fede di fronte all'antropologia di H. T. Engelhardt Jr.*, Cantalupa (To) 2007, *passim*.

era la fiducia nell'uomo, non tanto in quanto cittadino, né in quanto soggetto economico, ma nell'uomo in quanto persona dotata di una *dignità trascendente*. Mi preme anzitutto sottolineare lo stretto legame che esiste fra queste due parole: «dignità» e «trascendente». La «dignità» è una parola-chiave che ha caratterizzato la ripresa del secondo dopo guerra. La nostra storia recente si contraddistingue per l'indubbia centralità della promozione della dignità umana contro le molteplici violenze e discriminazioni, che neppure in Europa sono mancate nel corso dei secoli. La percezione dell'importanza dei diritti umani nasce proprio come esito di un lungo cammino, fatto anche di molteplici sofferenze e sacrifici, che ha contribuito a formare la coscienza della preziosità, unicità e irripetibilità di ogni singola persona umana. Tale consapevolezza culturale trova fondamento non solo negli avvenimenti della storia, ma soprattutto nel pensiero europeo, contraddistinto da un ricco incontro, le cui numerose fonti lontane provengono «dalla Grecia e da Roma, da substrati celtici, germanici e slavi, e dal cristianesimo che li ha plasmati profondamente», dando luogo proprio al concetto di «persona». Oggi, la promozione dei diritti umani occupa un ruolo centrale nell'impegno dell'Unione Europea in ordine a favorire la dignità della persona, sia al suo interno che nei rapporti con gli altri Paesi. Si tratta di un impegno importante e ammirevole, poiché persistono fin troppe situazioni in cui gli esseri umani sono trattati come oggetti, dei quali si può programmare la concezione, la configurazione e l'utilità, e che poi possono essere buttati via quando non servono più, perché diventati deboli, malati o vecchi. Effettivamente quale dignità esiste quando manca la possibilità di esprimere liberamente il proprio pensiero o di professare senza costrizione la propria fede religiosa? Quale dignità è possibile senza una cornice giuridica chiara, che limiti il dominio della forza e faccia prevalere la legge sulla tirannia del potere? Quale dignità può mai avere un uomo o una donna fatto oggetto di ogni genere di discriminazione? Quale dignità potrà mai trovare una persona che non ha il cibo o il minimo essenziale per vivere e, peggio ancora, che non ha il lavoro che lo unge di dignità? Promuovere la dignità della persona significa riconoscere che essa possiede diritti inalienabili di cui non può essere privata ad arbitrio di alcuno e tanto meno a beneficio di interessi economici»[48]. La posizione del Santo Padre è di collegare l'uomo e i suoi diritti al contesto sociale e al bene comune e non essere semplicemente un bene di consumo, in solitudine e fragile.

48 http://www.leggioggi.it/2014/11/25/papa-francesco-discorso-completo-parlamento-europeo/.

3. Ecco la necessità del diritto «nella sua funzione di organizzazione della convivenza sociale, si sente ovviamente sempre più interpellato, non soltanto quando le norme positive determinano orientamenti precisi in ordine alla possibile gestione della vita o della morte […] ma anche quando il contenzioso sollecita la Magistratura ad emettere le proprie sentenze in ambiti cosiddetti "eticamente sensibili", laddove non è ancora stato maturato un orientamento normativo nazionale o sovranazionale. Talvolta, anzi, si constata una certa lentezza del legislatore a rispondere alle assai mutate esigenze della scienza e della società»[49]. Ecco perché ampi sono gli interventi della scienza del diritto nella bioetica, diritti nei confronti dei quali nessuno ha interesse a discuterli al diritto di essere libero, di poter ricorrere ad una giustizia equa, di veder rispettata la mia dignità[50].

Al diritto spetta l'ultima parola in questioni di fondamentale importanza come quelle di bioetica, tanto da parlare di biodiritto, ossia l'area giuridica in cui si affrontano le problematiche relative alla vita umana, alle sue implicazione, ai suoi diritti e al rispetto della dignità umana.

Spetta alla legge civile il compito di garantire i valori fondamentali legati alla vita: «un'autentica democrazia non si deve impegnare unicamente a ricercare gli interessi della maggioranza, ma deve difendere i diritti di ogni individuo e in ogni fase della sua esistenza nella consapevolezza che il fine e il criterio della attività politica deve essere la ricerca del bene comune»[51]. Giovanni Paolo II afferma che «il valore della democrazia sta o cade con i valori che essa incarna e promuove: fondamentali e imprescindibili sono certamente la dignità di ogni persona umana, il rispetto dei suoi diritti intangibili e inalienabili, nonché l'assunzione del "bene comune" come fine e criterio regolativo della vita politica. Alla base di questi valori non possono esservi provvisorie e mutevoli "maggioranze" di opinione, ma solo il riconoscimento di una legge morale obiettiva che, in quanto "legge naturale" iscritta nel cuore dell'uomo, è punto di riferimento normativo della stessa legge civile»[52]. Se l'uomo è persona allora, come sostiene Di Santo, «diventare persone nella verità significa proporsi attraverso una sovrastruttura simbolica che rigetti ogni deriva utilitaristica e funzionale. In questo

49 L. Chieffi – P. Giustiniani, *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 9.

50 Cfr. C. Flamigli, *Il diritto di avere diritti*, in *Natura, vita, persone, corpi*, Quad. laici, 1, Torino 2010, 35.

51 G. Zeppegno, *Il divenire della vita*, in *Bioetica e persona*, a cura di E. Larghero e G. Zeppegno, Torino 2010, 181.

52 http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_it.html

percorso di riconquista si riattiva il diritto nel senso del giusto al di là di ogni formazione non più distinguibile dalla tecnica. Il tempo della persona coincide con il tempo del diritto»[53].

Tramite la bioetica è possibile costruire una piattaforma di dialogo che mette a confronto la scienza, l'etica, la fede e il diritto. Ad ogni essere umano, dal concepimento alla morte naturale, va riconosciuta la dignità di persona, come diritto inviolabile ed indisponibile. Se l'uomo, come afferma Kant, deve essere un fine e non un mezzo, allora in una moderna società post democratica lo stesso è il punto di riferimento e la bioetica deve porsi al servizio dell'umanità, al fine di creare quel contesto sociale come luogo di speranza in quanto la vita è il bene pubblico per eccellenza e rappresenta il dogma principale della democrazia. Rinnegare la vita significa rinnegare la democrazia.

53 L. Di Santo, *L'universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, Padova 2012, 159-160.

LA PMA TRA PASSATO E FUTURO
SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN ITALIA

Lorenzo Chieffi

LA REGOLAMENTAZIONE DELLA FECONDAZIONE ASSISTITA NEL DIFFICILE DIALOGO TRA LE «DUE CULTURE»[1]

Sommario: 1. Premessa. 2. L'incoerenza scientifica della normativa sulla fecondazione assistita. 3. La necessaria integrazione legislativa della fecondazione eterologa. 4. Le ambiguità legate al divieto di ricorrere alla selezione preimpianto. 5. L'indeterminatezza della sorte degli embrioni soprannumerari: una auspicabile apertura alla donazione per adozione. 6. L'impiego degli embrioni soprannumerari per l'avvio di pratiche sperimentali. 7. Considerazioni conclusive: tra inerzia parlamentare e attivismo giurisprudenziale.

1. Il settore della medicina riproduttiva appare, nel nostro Paese, al centro di un vivace, e a tratti anche assai aspro, confronto tra le cd. "due culture"[2] per una certa difficoltà da parte della scienza giuridica di indirizzare tempestivamente il veloce incedere delle conoscenze scientifiche.

Nonostante le straordinarie opportunità offerte dalla tecnologie applicate alla fecondazione assistita, per assecondare le aspettative di genitorialità delle coppie impossibilitate ad accedervi, il dibattito politico, per un insanabile scontro tra distinte visioni della bioetica, dogmatiche e laiche, non è sempre riuscito a fornire i necessari stimoli per l'elaborazione di una adeguata disciplina normativa. La stessa incapacità dell'operatore del diritto, sia esso il legislatore che il giudice, di dominare compiutamente il

1 Il testo del lavoro riproduce alcune riflessioni sviluppate nel corso del Convegno su «Il caso della legge 40/2004: Bioetica e Giurisprudenza», organizzato il giorno 7 novembre 2014 dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Benevento, presso l'Episcopio di Sant'Agata dei Goti, e del Convegno sul tema «Convergenza dei saperi e prospettive dell'umano», svoltosi nei giorni 20 e 21 gennaio 2015 per iniziativa dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

2 Volendo qui riprendere il titolo della nota conferenza tenuta nel 1959 a Cambridge, e poi tradotta e pubblicata in Italia nel 1964, da C. P. SNOW, *Le due culture,* tr. it., 3° ed., Milano, 1977, 60, che, tra le cause dei ritardi della società contemporanea, che portano «a interpretare il passato in maniera errata, a non capire il presente, ed a precluderci ogni speranza per il futuro», rinviene proprio la perdurante incomprensione, quando non «ostilità e disprezzo», persistente tra umanisti e scienziati.

fenomeno scientifico, per l'assenza, spesso mostrata, di una adeguata sensibilità culturale che gli consentisse di coglierne compiutamente[3] il possibile impatto all'interno della società, è stata la causa di un insoddisfacente prodotto legislativo e giurisprudenziale, sovente adottato sull'onda dell'emozione e di una «compassione cieca»[4].

E così, accanto ad una pretesa del legislatore di regolamentare, secondo un modo di incedere interventista, ogni fase della procreazione assistita, fino ad invadere ambiti applicativi che dovevano essere lasciati più coerentemente alla responsabilità di colui che detiene la conoscenza scientifica, ha fatto anche seguito, in direzione contraria ed opposta, un suo *assordante* silenzio, nonostante gli effetti prodotti dai frequenti interventi censori del giudice costituzionale a salvaguardia dell'autonomia dello scienziato e dei diritti inderogabili dell'individuo.

Non potendo, d'altra parte, ammettersi una accettazione acritica e passiva dei risultati del conoscenza in questo settore della biomedicina, da cui potrebbero derivare pregiudizi per gli stessi valori personalistici, è indubbia l'esigenza di una assidua verifica, nelle concrete prassi, delle conseguenze prodotte dai molteplici impieghi delle innovazioni introdotte. Lo sviluppo, nelle sedi opportune, di un dibattito, aperto alla più ampia partecipazione di tutti i soggetti interessati, potrà infatti rendere possibile una ragionevole regolamentazione giuridica (né proibizionista e neppure eccessivamente permissiva) delle tecnologie utilizzabili, così da ridurre i possibili effetti di una visione *scientista* ed *utilitarista* della conoscenza, certamente distante da quei beni cui si richiama il Testo fondamentale dello Stato.

Una auspicabile interrelazione tra i protagonisti (in quanto esecutori o destinatari) del fenomeno scientifico, nel contribuire a stemperare la persistente incomprensione tra la cultura umanistica e quella tecnolo-

3 Avvalendosi del metodo induttivo basato sulla falsificabilità della prova che ha ispirato la nota teoria popperiana richiamata in *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza,* tr. it., Torino, ristampa del 2000.

4 M. Marzano, *La guerra dei giudici,* in *La Repubblica* del 28 agosto 2014. Le vicende che hanno indotto i giudici ad autorizzare metodi privi di evidenza scientifica (a base di somatostatina, come proposto dal medico modenese Luigi Di Bella, ovvero di cellule staminali mesenchimali, di cui è stata promotrice *Stamina Foundation*) o addirittura a dissuadere l'esecuzione di profilassi vaccinali, in grado, al contrario, di assicurare la necessaria copertura epidemiologica della popolazione interessata, rappresentano chiare prove di una scarsa dimestichezza con le scienze della vita da parte degli operatori giudiziari, che hanno preferito sovente privilegiare, a seguito della pressione dei soggetti interessati e degli stessi *mass media*, soluzioni di tipo compassionevole, pietoso.

gica, potrebbe altresì disvelare[5] lo stretto legame («la non estraneità») della scienza «all'altra parte del mondo storico, che è quello morale e sociale»[6]. In questa direzione, una maggiore considerazione, da parte del legislatore statale, dei risultati della riflessione sviluppata da organismi appositamente abilitati, come il Comitato Nazionale per la Bioetica[7], potrebbe certamente consentire una elaborazione più accorta e matura del contenuto della norma giuridica.

Secondo l'auspicio manifestato dall'attuale Presidente di questo importante, ma ancora scarsamente valorizzato, organismo consultivo a composizione interdisciplinare[8], soltanto la realizzazione di una più intensa alleanza «dialettica» tra cultura umanistica e scientifica, in grado di mitigare l'antica «reciproca lotta dogmatica», potrà favorire una guida più responsabile della umanità, che consenta alla scienza di non fermarsi «al qui ed ora, perché è responsabile del futuro» e alla morale di non ritrovare «la sua risorsa solo nel passato, se deve governare e non solo ostacolare il futuro»[9].

2. A riprova di questa difficile comprensione del fenomeno scientifico, da parte del nostro legislatore, sono le evidenti incongruenze che continuano a permanere in Italia nonostante il ripetuto intervento censorio della Consulta, all'esito delle numerose suggestioni interpretative *up/botton* provenienti dalle Corti sovranazionali e da numerosi giudici di merito. Nell'incidere sull'armonia complessiva di sistema, l'assetto normativo vigente continua infatti a impedire un ragionevole accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di quelle coppie che fossero incapaci di generare naturalmente.

---

5 Grazie all'apporto di convincenti evidenze scientifiche.

6 F. P. Casavola, *L'umanità e il dialogo che nascono dal convergere di più saperi,* in *Il Mattino* del 20 gennaio 2015.

7 Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) è stato istituito con D.P.C.M. del 28 marzo 1990 che gli conferisce (cfr. *http://www.governo.it/bioetica/*), «funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni», oltre che «funzioni di informazione nei confronti dell'opinione pubblica sui problemi etici emergenti con il progredire delle ricerche e delle applicazioni tecnologiche nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute», attraverso l'adozione di pareri, mozioni e risposte.

8 A norma del D.P.C.M. del 28 marzo 1990, istitutivo del CNB, tale organismo dovrà avvalersi, per la sua composizione, «delle più autorevoli competenze nelle diverse discipline biologiche, giuridiche, scientifiche ed etiche (..) in grado di formulare indicazioni per possibili atti legislativi».

9 F. P. Casavola, *Le due culture*, in *http://compagniadeiglobulirossi.org/blog/2009/08/le-due-culture-francesco-paolo-casavola-2/*.

Un auspicabile riassetto della legislazione in questo settore della medicina della riproduzione ne consentirebbe, peraltro, la conformazione al complesso di valori, come la giustizia e l'equità[10], oltre che ai criteri ermeneutici[11] richiamati nella giurisprudenza costituzionale e di cui spesso si sono fatti pure interpreti, in via sostitutiva, proprio quei giudici ordinari che sono stati ripetutamente coinvolti dai molteplici soggetti interessati.

Tale integrazione e, per alcuni ambiti, revisione della regolamentazione legislativa sulla procreazione assistita avrebbe l'importante effetto di agevolare, nel rispetto degli inderogabili limiti individuati a protezione dei diritti del nascituro, il compito dei Tribunali chiamati a dirimere eventuali controversie insorte tra quanti fossero stati coinvolti dalle più disparate applicazioni di questa pratica medica.

3. Nonostante le sollecitazioni indirizzate al legislatore dalla Corte Costituzionale, attraverso la sentenza n. 162 del 2014, ad introdurre apposite disposizioni di legge ovvero rivolte al Governo per aggiornare le Linee guida, continua a permanere, a circa un anno dalla pubblicazione di questa pronuncia di accoglimento, un inopportuno vuoto normativo[12] a cui, solo recentemente, ha tentato di porre rimedio il *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della C. Cost. 162/2014,* adottato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome[13].

---

10 Corte Cost. sent. 12 aprile 2012, n. 87, richiamata dalla più recente sent. 10 giugno 2014, n. 162. Le pronunce della Consulta, citate nel corso del presente lavoro, sono state tratte dal sito internet *www.giurcost.org*.

11 Dalla «"razionalità" della legge», alla «coerenza logica, teleologica e storico-cronologica» a «presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze» della stessa legge (Corte Cost. sent. 12 aprile 2012, n. 87), «proporzionalità», «ragionevolezza che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazioni stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi" (sent. n. 1/2014)» (Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162).

12 Anche se non sono mancati, in questo lasso di tempo, ripetuti annunci del Governo presieduto da Matteo Renzi e, all'interno della sua compagine, del Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin («Sull'eterologa non ho perso. Tutti si fermino o sarà il caos», intervista a cura di M. Bocci, in *La Repubblica* del 10 agosto 2014), sulla necessità di procedere al più presto a colmare i vuoti prodotti dalla giurisprudenza costituzionale, attraverso un decreto legge o, in alternativa, un disegno di legge, pure integrando le Linee guida vigenti in materia.

13 Questo documento (14/109/CR02/C7SAN14/109/CR02/C7SAN) è reperibile all'indirizzo *http:// www. regioni.it/*.

In attesa di una convincente disciplina legislativa[14], in grado di fornire maggiore stabilità[15] in tutto il territorio nazionale ad una materia particolarmente sensibile, per interferire con l'esercizio di alcuni diritti fondamentali[16], va a merito di questi enti territoriali, a distanza di cinque mesi dalla pronuncia della Corte, di aver provveduto, sia pure in via «transitoria»[17], alla definizione degli «indirizzi operativi» e delle «indicazioni cliniche omogenee»[18].

---

14 Che, pure in presenza dei nuovi spazi consentiti dalla giurisprudenza costituzionale, non ha dissuaso le coppie interessate a rivolgersi ancora una volta a dei giudici cautelari e di merito (cfr., ad esempio, Trib. civ. Bologna, Sez. I, 14 agosto 2014, richiamata da L. Pleuteri - G. Sgarlata, *Il giudice sdogana l'eterologa: si può partire,* in *La Repubblica* del 19 agosto 2014) per ottenere l'accesso all'eterologa, nonostante le precisazioni fornite dall'allora Presidente della Consulta (*Sull'eterologa è già caos. Toscana contro Lorenzin. La Consulta: si può partire,* in *La Repubblica* dell'11 agosto 2014), sulla immediata applicabilità della legge n. 40 nella dimensione assunta a seguito della sent. 10 giugno 2014, n. 162. Per G. Tesauro, infatti, il centri autorizzati avrebbero potuto certamente praticare l'eterologa a condizione di rispettare «tutti quei paletti che la legge 40 ha fissato per la procreazione medicalmente assistita e tutti i meccanismi di controllo pubblico».

15 Attraverso una adeguata regolamentazione legislativa, ad esempio, del diritto alla riservatezza del donatore di gameti, l'inserimento delle pratiche di fecondazione assistita tra i livelli essenziali delle prestazioni contemplati dalla lett. m) dell'art. 117 Cost., in grado di garantire eguaglianza di accesso alle coppie, indipendentemente dal luogo di residenza.

16 A cominciare dal diritto del nato, a seguito all'impiego della pratica eterologa, di conoscere la propria identità genetica che, nel coinvolgere «"una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del *conditor iuris*"», richiede «esclusivamente» lo svolgimento di «"scelte di opportunità" riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario» (Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162). La opportunità concessa al nato da fecondazione eterologa di risalire alle proprie origini genetiche, per avviare un protocollo di cura, sarebbe peraltro coerente con quanto oggi consentito dalla legge statale in materia di adozione [art. 28, comma 4 della legge n. 184 del 1983, come modificato dall'art. 100, comma 1, lett. p) del d. lgs. n. 154 del 2013] a seguito degli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Godelli c. Italia, ric. n. 33783/09, in *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/ pages/ search. aspx?i=001-114323#{"item id":["001-114323"]},* e della stessa Corte Cost., sent. 22 novembre 2013, n. 278.

17 *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della C. Cost. 162/2014, cit.*

18 Relativamente alla «istituzione di un Registro nazionale per la tracciabilità donatore/nato»; alla introduzione della «regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive»; al «principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato»; alla «introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore»; alla «introduzione di un limite minimo e massimo di età per i donatori»; alla «introduzione immediata

L'accordo raggiunto non ha, tuttavia, impedito alle stesse Regioni di pervenire ad una differenziazione dei costi della prestazione sanitaria, legati all'ammontare dei *ticket* imposti all'utenza, indispensabile per realizzare la fecondazione eterologa. Ciò ha provocato una sorta di asimmetria nel godimento dell'opportunità offerta dalla pronuncia della Corte Costituzionale che potrebbe, progressivamente, condurre ad una «frammentazione e diversificazione dei diritti su base territoriale»[19], ad ulteriore dimostrazione dell'urgenza di un intervento statale (di tipo legislativo e attraverso le Linee guida) in grado di garantire uniformità di trattamento.

L'auspicato intervento legislativo, suscettibile di essere sindacato soltanto dalla Consulta, avrebbe pure l'effetto di assicurare maggiore solidità interpretativa rispetto alla attuale disciplina amministrativa introdotta dalle Regioni, in adempimento dell'intesa raggiunta, facilmente aggredibile da parte del giudice amministrativo[20], in presenza di un ricorso avanzato da quanti continuassero ad essere esclusi da tale pratica medica.

Pur non condizionando l'accesso allo svolgimento della fecondazione eterologa, da parte delle coppie interessate, l'intervento del Parlamento, nel dare esecuzione a quanto prescritto dalla direttiva europea sull'atti-

---

della fecondazione eterologa nei LEA, con relativa copertura finanziaria» (*Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della C. Cost. 162/2014, cit.*).

19 C. Saraceno, *I gemelli divisi e una legge che non c'è,* in *La Repubblica* del 19 settembre 2014.

20 A riprova della fragilità della disciplina amministrativa introdotta a livello regionale è la recente ord. del 10 aprile 2015, adottata dal Consiglio di Stato, Sez. III, n. 01486/2015 Reg. Prov. Cau., n. 01686/2015 Reg. Ric., in *https://www.giustizia-amministrativa.it*, con cui è stata sospesa, in via cautelare, la delibera della Giunta regionale lombarda (D.G.R. N. X/2344 del 12.9.2014) che, in attesa delle determinazioni del Governo nazionale sull'inserimento nei LEA della fecondazione eterologa, aveva posto a totale carico degli interessati i costi della prestazione, di gran lunga superiori al ticket prescritto in altre Regioni, con l'effetto di determinare una disparità di trattamento tra le coppie in considerazione della loro capacità economica di accedere o meno a tale tecnica riproduttiva. Per i giudici di Palazzo Spada tale previsione determina, infatti, una irragionevole «disparità di trattamento sotto il profilo economico tra la PMA omologa e quella eterologa, stante l'incontestata assunzione a carico del s.s.r. lombardo – salvo il pagamento di ticket – della prima». La sospensione della vigenza del provvedimento regionale veniva, quindi, disposta per la «gravità ed irreparabilità» delle conseguenze arrecate «poiché l'esecuzione dei provvedimenti impugnati è suscettibile di produrre l'effetto della perdita, da parte di coloro che non sono in grado di sostenere l'onere economico ivi previsto, della possibilità di accedere alle tecniche in parola dovuta al superamento dell'età potenzialmente fertile durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio nel merito».

vazione dei centri abilitati a conservare le cellule riproduttive[21], potrebbe pure provvedere ad una compiuta regolamentazione del Registro nazionale dei gameti, indispensabile per assicurare la loro tracciabilità e il monitoraggio del numero delle donazioni effettuate da ciascun volontario.

La stessa protezione della *privacy* di questi donatori, entro i limiti indispensabili per assicurare, per ragioni sanitarie, la conoscenza delle origini genetiche di coloro che fossero stati generati grazie all'impiego di questa pratica riproduttiva, non potrebbe che formare oggetto di una apposita disciplina legislativa, in grado di assicurare eguaglianza di trattamento su tutto il territorio nazionale.

4. Pure in presenza del persistente divieto, contenuto nell'art. 13, n. 2 lett. b) della legge n. 40, di consentire alla coppia interessata la selezione preimpianto degli embrioni, talune aperture appaiono tuttavia oggi consentite attraverso una lettura sistematica della sentenza della Consulta n. 151 del 2009, che, nell'ammettere la creazione di più embrioni e la possibilità per la coppia stessa di accedere alla diagnosi genetica per verificarne lo stato di salute, potrà implicitamente[22] condurre il medico ad impiantare, con il consenso degli interessati, soltanto quelli che fossero giudicati integri, così da scongiurare il successivo ricorso alla interruzione volontaria della gravidanza (IVG), come consentito dalla stessa legge n. 40.

Nel rigettare ogni accostamento di questi «strumenti conoscitivi e diagnostici» alle pratiche eugenetiche riguardanti le «politiche sanitarie pubbliche», preordinate ad inaccettabili selezioni basate sulle caratteristiche somatiche del nascituro, appare certamente ragionevole la posizione di quanti ritengono

21 Direttiva 2004/23/CE del P.E. e del Consiglio del 31 marzo 2004, in *G.U.C.E.* L 102/48, IT 7.4.2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

22 Cfr. A. Santosuosso - C. A. *Redi*, *Opinione dissenziente* sulla "Relazione finale" della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, approvata a maggioranza l'8 gennaio 2010, in *http://www. unipv-lawtech .eu /files / relazionecommembrionicrio.pdf*, che parlano di «possibilità giuridica» di una selezione preimpianto a seguito dell'intervento del giudice delle leggi. Per questi Autori vi è, infatti, «un ambito di diagnosi preimpianto che è sicuramente connesso e presupposto» dalla Corte Costituzionale (sent. 8 maggio 2009, n. 151) ed in particolare «quando la diagnosi preimpianto sia richiesta da parte di coppie sterili o infertili che, a norma della legge n. 40, abbiano avuto accesso alle tecniche di procreazione assistita, sempre che la diagnosi sia effettuata su embrioni destinati all'impianto e abbia la finalità di informare la coppia sullo stato di salute degli embrioni».

ammissibile una selezione preimpianto che sia «in grado di far compiere agli individui e alle famiglie scelte tese ad avere bambini in buona salute», coerentemente all'esercizio del «diritto delle donne e degli uomini alla propria integrità fisica e alla autodeterminazione»[23].

Del resto, l'esigenza di «assicurare concrete aspettative di gravidanza», in adempimento alle finalità perseguite dalla legge n. 40, potrebbe giustificare, attraverso il ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, un inesorabile «affievolimento della tutela dell'embrione» [24] proprio attraverso lo svolgimento di una selezione preimpianto.

In assenza di un «esplicito richiamo», all'interno del nostro Testo costituzionale, «allo *status* legale dell'embrione»[25], la tutela di quest'ultimo non potrebbe, per lo stesso giudice delle leggi[26], essere infatti «assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

Pure in presenza di «diritti costituzionalmente rilevanti», la cui disciplina è contenuta in norme «costituzionalmente necessarie» ovvero a «contenuto costituzionalmente vincolato» non suscettibili, come la legge n. 40, di abrogazione totale[27], l'attenuazione del grado di tutela dell'embrione viene, per tale via, giustificato soltanto dalla presenza di un superiore interesse della donna, certamente meritevole di protezione, a una procreazione che, a seguito dell'impianto, non la costringa per ragioni sanitarie ad una successiva interruzione volontaria della gravidanza.

Nel riproporre quanto in precedenza sostenuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale[28], nella parte in cui veniva esclusa una «precedenza totale ed

23 A. Santosuosso - C. A. Redi, *Opinione dissenziente, cit.*

24 Volendo in questa sede riprendere l'espressione utilizzata dal giudice delle leggi nella sent. 8 maggio 2009, n. 151, per giustificare la produzione, e inevitabile possibile spreco, degli embrioni abbandonati all'esito delle necessarie valutazioni scientifiche concordate negli sviluppi della relazione terapeutica.

25 L. Violini – B. Vimercati, *Alla ricerca dello statuto costituzionale degli embrioni crioconservati,* in *Quaderni di Scienza e Vita,* n. 11, 2013, 71, che rilevano, al riguardo, la profonda diversità tra il nostro testo costituzionale e quanto viene, invece, riconosciuto dalla Costituzione irlandese (VIII emendamento, entrato in vigore nel 1983) a norma del quale «lo Stato riconosce il diritto alla vita del concepito e, tenuto conto dell'eguale diritto della madre alla vita, si impegna a rispettarlo, proteggerlo e implementarlo attraverso sue leggi» e dalla Costituzione ungherese (art. II) per la quale «la dignità umana è inviolabile. Ogni uomo ha diritto alla vita ed alla dignità umana, la vita del feto va protetta fin dal concepimento».

26 Corte Cost. sent. 8 maggio 2009, n. 151.

27 Cfr. Corte Cost. sent. 10 febbraio 1997, n. 35 e sent. 28 gennaio 2005, n. 45

28 Corte Cost. sent. 18 febbraio 1975, n. 27. È chiaro che questa pronuncia della Corte riguardava un differente contesto simbiotico tra la donna e il nascituro,

assoluta» della protezione del concepito (ormai giunto ad una fase di crescita fetale) rispetto ad «altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale», a maggior ragione si potrebbe sostenere, in presenza di un embrione portatore di gravi malformazioni o malattie genetiche, l'assenza di una «equivalenza» tra la sua salvaguardia e il diritto alla salute «proprio di chi è già persona, come la madre», costretta a procedere ad una successiva IVG, in assenza della opportunità di ricorrere ad una selezione preimpianto.

Peraltro, l'esigenza di espungere dal nostro ordinamento giuridico, analogamente a quanto consentito in altri Paesi[29], l'espresso divieto di effettuare questa selezione è stata pure sollecitata dalla Corte di Strasburgo[30] che ha ricondotto il «desiderio» di «mettere al mondo un figlio non affetto da malattia genetica», di cui i genitori fossero portatori sani, all'ambito di protezione offerta dall'art. 8 CEDU che consente una scelta «espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti».

Un'eventuale preclusione a questa diagnosi, nel determinare uno «stato di angoscia della ricorrente», costretta nella tragica opzione tra possibilità di generare un «figlio affetto da malattia» e le «sofferenze derivanti dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico», sarebbe per questo giudice sovranazionale «sproporzionata», proprio per la sua ingerenza nel «diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata»[31].

In direzione analoga, la «possibilità giuridica» di svolgere una selezione preimpianto, nella misura oggi consentita dall'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale, dovrebbe ancora una volta, per ragioni di armonia di sistema[32], ragionevolmente condurre, in ossequio al principio di eguaglianza, al riconoscimento dell'opportunità di accedervi anche alle coppie fertili e portatrici di malattia geneticamente trasmissibile[33]. L'apertura offerta

---

oramai impiantato nell'utero della prima.

29 Come, ad esempio, la Germania (art. 3 della *Embryonenschutzgesetz*), la Spagna (art. 12, Ley 14/2006), l'Argentina (art. 17, Ley 26.862/2013) e la Francia (artt. 162.16 e 162.17, della legge 94/654).

30 Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Costa e Pavan c. Italia (Ric. n. 54270/10), reperibile in *http://www. camera. it/ application/xmanager/ projects/ camera/attachments/sentenza/testo_ingleses/000/000/511/Costa__e__ Pavan.pdf.*

31 Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Costa e Pavan c. Italia (Ric. .o 54270/10), *cit*.

32 In ossequio ai canoni più volte richiamati dalla Corte Costituzionale nella sua giurisprudenza (sentt. 12 aprile 2012, n. 87 e 10 giugno 2014, n. 162) di «razionalità», «giustizia», «equità», «coerenza logica».

33 Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, la Corte Costituzionale, sent. 5 giugno 2015, n. 96, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1,

dalla successiva sent. n. 162 del 2014, a favore della fecondazione eterologa per le coppie sterili e infertili[34], dovrebbe, per simmetria di trattamento, pure condurre le coppie fertili, affette da siffatta patologia, ad usufruire dei gameti esterni provenienti da altri individui.

Siffatta estensione della categoria dei soggetti ammessi alla fecondazione eterologa ovvero omologa (accompagnata però da una selezione preimpianto), cui hanno pure acceduto alcuni giudici di merito[35] attraverso discutibili forme di disapplicazione della legislazione vigente[36], avrebbe ancora una volta il ragionevolmente effetto di scongiurare il ricorso da parte della donna alla IVG, a seguito dell'avvio naturale della gestazione, in presenza di una grave malformazione genetica del feto.

---

commi 1 e 2, e dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

34 Affette da una patologia geneticamente trasmissibile, ovvero per la presenza di una condizione fisica che ostacola le capacità riproduttive di uno dei due coniugi, anche a causa di malattie virali sessualmente trasmissibili e, in particolare, di virus HIV e di quelli della epatite B e C (Linee guida dell'11 aprile 2008, in *G.U.* del 30 aprile 2008). Attraverso l'opportunità offerta a queste coppie di ricevere gameti appartenenti ad un donatore anonimo, la Corte ha inteso porre rimedio ad una irragionevole divieto disposto dalla legge n. 40 che, nel determinare una disparità di trattamento rispetto alle coppie, analogamente sterili e infertili, in grado comunque di ricorrere alla fecondazione omologa, era certamente in grado di arrecare pregiudizio al godimento di taluni diritti fondamentali: dal diritto alla salute della donna, costretta a impiantare embrioni malati che l'avrebbero poi indotta ad una successiva IVG, al diritto di autodeterminazione della coppia, comprensivo dell'aspettativa di soddisfare il bisogno di genitorialità, impedita dall'incompatibilità genetica dei coniugi.

35 Come il Trib. Bologna, Sez. I civ., 10 giugno 2009, in *http://www.personaedanno.it,* e il Trib. Salerno, ord. 13 gennaio 2010, Sez. I civ., in *Dir. Giur.*, 2010, n. 1, p. 54 ss., che ha, infatti, consentito ad una coppia fertile, all'interno della quale entrambi i coniugi erano portatori di una mutazione del gene SMA1, di procedere ad una selezione preimpianto attraverso il disinvolto ricorso ad una «interpretazione adeguatrice» degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 2, della legge n. 40 (S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto*, 14 maggio 2014, in *http://www.federalismi.it/).*

36 Che avrebbe dovuto invece condurre questi giudici a coinvolgere preliminarmente la Corte Costituzionale. L'intervento *creativo* dei giudici di merito costituisce la principale conseguenza della persistente incapacità mostrata dal legislatore statale a disciplinare l'impiego di una tecnica medica in grado di soddisfare una aspettativa di genitorialità da parte di coppie impedite dalla presenza di deficit riproduttivi.

5. L'inevitabile spreco degli embrioni soprannumerari[37], derivanti da un impianto parziale di quelli in precedenza prodotti per avviare una fecondazione omologa o anche eterologa, cui si aggiungono quelli in precedenza selezionati[38] per essere affetti da gravi patologie genetiche, pone l'ulteriore questione, su cui ancora una volta tace la legge n. 40, relativa ad un loro successivo impiego per fini adottivi, a beneficio di altre coppie (sterili/infertili o anche fertili) diverse da quelle che li abbiano generati, ovvero di tipo sperimentale, per trarne dagli stessi le cellule staminali utili alla cura di gravi patologie genetiche.

L'opportunità di favorire l'impiego degli embrioni eccedentari per la *nascita*, che richiederebbe un opportuno intervento normativo[39], è stata pure sollecitata dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) potendo, sia pure parzialmente, «risolvere il problema bioetico degli embrioni residuali» e offrire anche una valida alternativa alla stessa fecondazione eterologa, ancora vietata al tempo (eravamo nel 2005) della manifestazione di questo parere. Nella prospettiva di una inevitabile dissoluzione degli embrioni soprannumerari, a seguito del loro abbandono da parte delle coppie legittimate, l'opportunità offerta agli stessi di poter continuare ad esistere all'esito di una loro adozione (nonostante la non corrispondenza genetica con la donna che sarebbe disposta ad accoglierli nel proprio grembo) finisce per rendere del tutto irragionevole il persistente silenzio serbato dalla legge n. 40 al riguardo.

L'abbandono degli embrioni, da parte della coppia legittimata ad impiegarli, a seguito di una esplicita dichiarazione ovvero del decorso di una determinato lasso di tempo[40], finisce per rendere perciò auspicabile[41] l'avvio della procedura per una loro «donazione per l'adozione», volendo qui

37 Non potendo certo immaginarsi una conservazione *sine die* degli embrioni crioconservati ad esclusivo beneficio procreativo della coppia che li ha generati che, per varie ragioni (legate al successo di precedenti impianti, al peggioramento della salute della donna, ecc.), potrebbe pure decidere di abbandonarli, non essendo tenuta comunque ad utilizzarli.

38 Nella misura pure consentita dalla giurisprudenza [Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Costa e Pavan c. Italia (Ric. n. 54270/10), *cit.*] che ha dichiarato la ragionevolezza della selezione preimpianto.

39 In modo da regolamentare lo *status* familiare del nascituro.

40 Che potrebbe essere, sull'esempio della Ley spagnola 14/2006, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, legato al decorso di un periodo non inferiore a quattro anni (art. 11, n. 6), in assenza di alcuna manifestazione di volontà da parte dei soggetti cui appartengono gli embrioni crioconservati.

41 Come era, del resto, nei propositi di alcuni progetti di legge (n. 4308, art. 1, n. 4, per iniziativa dell'on.le Farina Coscioni ed altri; n. 4800, art. 3, per iniziativa dell'on. Bocciardo ed altri), presentati alla Camera dei Deputati, nel corso della XVI legislatura, da parlamentari con diverso orientamento, sia laico che cattolico.

riprendere l'espressione utilizzata negli USA[42], ad un loro «impianto»[43] ovvero «accoglienza»[44] per consentirne la maturazione fino alla nascita da parte di altre coppie interessate.

La non essenzialità del requisito della «provenienza genetica» per la costituzione di una famiglia e l'instaurazioni di relazioni parentali, che ha reso possibile la legittimazione da parte della Corte Costituzionale[45] della fecondazione eterologa, attraverso il richiamo per analogia dello stesso istituto dell'adozione di individui ormai nati, potrebbe pure condurre il legislatore a sdoganare la pratica della donazione degli embrioni abbandonati. Un intervento legislativo di questo genere, avrebbe l'effetto di assimilare, nei rapporti con il nascituro, la condizione familiare di entrambi i coniugi, che non avendo alcun legame genetico con quest'ultimo si troverebbero in una situazione di assoluta parità, con quella, questa volta asimmetrica, di quanti, avendo acceduto alla eterologa, si trovano ad avere con lo stesso sia un legame genetico (con la madre, cui appartiene l'ovulo) e sia di tipo sociale (con il padre, cui invece non appartiene il seme)[46]. Attraverso la legittimazione di una *doppia* eterologa, tale pratica verrebbe cioè ad anticipare, al momento della accettazione del dono dell'embrione prodotto da altra coppia, la tradizionale instaurazione del rapporto di adozione che presuppone, invece, la nascita dell'adottato.

Del resto, la prevalenza attribuita alla relazionalità ed affettività che intercorre tra i genitori sociali e il nascituro, pure in assenza tra gli stessi di alcuna affinità genetica, ha recentemente indotto un giudice adito[47] a

42 Cfr. *Federal Register* 2002;67:48654, richiamato da L. Romano, *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, relazione al X Congresso Nazionale Associazione Scienza e Vita, 23-24 novembre 2012, in *http://www.scienzaevita.org/ materiale/ Relazione_ LRomano . pdf.*

43 Come previsto nella Proposta di legge n. 2958, presentata alla Camera nel corso della XVI legislatura, per iniziativa dell'on. Palagiano ed altri (IDV).

44 Secondo la prassi francese ripresa da A. NICOLUSSI, *Verso l'adozione per la vita degli embrioni abbandonati ?,* in *Quaderni di Scienza e Vita,* n. 11, 2013, 68.

45 Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

46 L'asimmetria potrebbe ovviamente essere determinata, in direzione contraria, dalla presenza di una madre biologica (cui non appartiene l'ovulo) e di un padre genetico (cui, invece, appartiene il seme).

47 Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, in *http://www.siallafamiglia.it/scambio-di-embrioni-lordinanza-del-tribunale-di-roma/*, in seguito confermata da Trib. Roma, Sez. I, ord. 22 aprile 2015 (giudice Cecilia Pratesi), reperibile in *http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANO_DIRITTO/Online/_ Oggetti_Correlati/Documenti/2015/05/05/ordinanza-Tribunale-roma.pdf*, con la quale si ribadisce l'esigenza di «tener conto in via preminente dell'interesse superiore del fanciullo» consistente «nella valorizza-

riconoscere i diritti genitoriali alla coppia (madre biologica, padre sociale) che, a causa di un involontario scambio di provette da parte degli operatori sanitari di un noto ospedale romano, aveva, dopo la nascita, proceduto al riconoscimento del figlio.

L'assenza di una disposizione legislativa che disciplini questa eventualità e la legittimazione parentale riconosciuta, dal codice civile (art. 236), a colei che ha portato in grembo fino al momento della nascita il bambino poi nato, ha reso inevitabile la soluzione adottata dal giudice cautelare a seguito di ricorso avanzato dalla coppia cui invece apparteneva geneticamente l'embrione.

A differenza della condizione, affetta da una sorta di *strabismo* (madre genetica, padre sociale, o viceversa), nella quale verrebbe a trovarsi il nato a seguito di fecondazione eterologa, la donazione per adozione consentirebbe allora, a somiglianza di una qualunque adozione di un bambino già nato, una maggiore simmetria della relazione familiare tra genitori (entrambi sociali, senza alcuna affinità genetica con l'embrione ceduto) e colui che vedrà poi la luce.

Le possibili conseguenze psicologiche che potrebbero derivare a danno di chi fosse stato generato a seguito di questo atto di liberalità, su cui si è soffermata la stessa Corte Costituzionale[48] con particolare riguardo agli effetti prodotti dalla eterologa, non dovrebbero peraltro differenziarsi, per l'analogia in precedenza individuata, da quelle subite da un qualunque individuo che fosse stato invece adottato a seguito della sua nascita.

Nel rispetto ovviamente di tutte le opportune garanzie, dirette ad assicurare la regolarità della procedura di donazione, che potrebbe prevedere ad esempio il previo intervento del Tribunale dei minorenni, l'auspicio di evitare lo spreco e successivo abbandono degli embrioni crioconservati, potrebbe pure giustificare la possibilità di estendere l'impianto alle donne *single*[49], a somiglianza della pratica di adozione monogenitoriale oggi con-

---

zione del legame simbiotico dapprima tra madre uterina e nascituri, e quindi tra la puerpera ed i neonati, oltre che nella considerazione del loro inserimento, sia pure all'epoca ancora *in nuce*, nel nucleo familiare formato dalla partoriente e dal coniuge».

48 Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

49 Come peraltro disposto dall'art. 2, Proposta di legge n. 4308, per iniziativa dell'on. Farina Coscioni ed altri, appartenenti al PD, di impostazione laica, e pure auspicato da una parte della dottrina (L. EUSEBI, *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani,* in *Quaderni di Scienza e Vita,* n. 11, 2013, 64*;* F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, in *Quaderni di Scienza e Vita,* n. 11, 2013, 56), anche di ispirazione cattolica.

sentita dall'art. 44 della Legge sull'adozione n. 184 del 1983, sia pure, in quest'ultimo caso, in presenza di particolari condizioni[50].

6. È chiaro che l'auspicabile apertura alla donazione per adozione risolverebbe solo in parte la questione della sorte dei numerosi embrioni crioconservati[51] che non potrebbero, di certo, essere immersi all'infinito nell'azoto indispensabile per la loro conservazione, sia per gli elevati oneri finanziari che ne derivano[52] e sia, soprattutto, per i pericoli di un loro progressivo deterioramento che li renderebbe inutilizzabili, potendo arrecare pregiudizio per la salute della gestante e per lo stesso nascituro.

In presenza di incerte evidenze scientifiche sui tempi massimi di conservazione degli embrioni crioconservati, la legislazione straniera ne ha infatti scandito, in via precauzionale[53], la durata che potrà condurre, alla scadenza, al loro abbandono: si va dai tre anni previsti dalla legislazione brasiliana, portoghese e montenegrina, ai cinque anni, per quella argentina, ai dieci anni, indicati da quella australiana, austriaca, israeliana, ungherese ed inglese[54].

Il possibile deterioramento di una parte degli embrioni crioconservati ha condotto taluni ad auspicarne, anche nel nostro Paese, l'impiego a fini sperimentali, in modo da consentire, attraverso la produzione di linee cellulari di staminali da essi derivate, la cura (o anche lo studio) di malattie genetiche.

Tale utilizzo alternativo degli embrioni prodotti, oltre ad esprimere solidarietà verso le persone sofferenti, e sovente orfane di terapia, potrebbe rappresentare, a giudizio di una ragionevole dottrina, «l'unica opzione che

50 Il Trib. per i minorenni dell'Emilia Romagna – Bologna, decr. del 21 marzo 2013, *http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/09/Decreto-trib-min-bo.pdf*, ha riconosciuto ad ogni effetto l'adozione di una minore, in precedenza autorizzata negli Stati Uniti, da parte di una cittadina italiana *single*.

51 Da notizie apparse sulla stampa (*Fecondazione, embrioni «in più» alla ricerca: ricorso per abolire il divieto dalla Legge 40*, in *La Repubblica* del 10 ottobre 2014) si evince che, alla data dell'ultima rilevazione risalente al 2012, gli embrioni crioconservati sarebbero «18.957, 159 di più dell'anno precedente».

52 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, in *http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf*, p. 3.

53 Cfr. A. Santosuosso - C. A. Redi, *Opinione dissenziente* sulla «Relazione finale» della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., *cit.*

54 Questi riferimenti normativi sono ripresi da L. Romano, *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, *cit.*

implica» la prosecuzione della loro vita: «in altra forma, *diffusa, cellulare* (..) *come cellule* in altri individui (come la donazione di organi di cadavere)»[55].

Di fronte all'inevitabile spreco di embrioni soprannumerari, in esecuzione delle metodologie attualmente impiegate dalla scienza della riproduzione, quella prospettata dagli Autori qui considerati appare l'unica strada percorribile, in aggiunta ovviamente alla loro donazione per adozione.

Non potendo certamente immaginarsi che il legislatore pervenga ad introdurre un divieto all'impiego della fecondazione assistita, proprio per evitare la produzione eccedentaria di queste entità *in fieri*, che avrebbe l'effetto di negare ai soggetti interessati la possibilità di soddisfare la propria aspettativa di genitorialità, non si comprende, se non per ragioni etiche, legate ad una presunta soggettivazione degli embrioni, la persistente preclusione da parte della legge n. 40 ad un loro impiego sperimentale, pur non prendendo poi la stessa posizione sulla loro sorte alla scadenza del periodo di crioconservazione. Ad una ampia valorizzazione della vita embrionale, insuscettibile di alcuna sperimentazione, viene paradossalmente a corrispondere una loro totale svalutazione, all'esito della loro inesorabile alterazione con il trascorrere del periodo massimo di conservazione.

La lacunosità e, per molti versi, contraddittorietà della legge n. 40[56] ha pertanto recentemente indotto una coppia di coniugi con problemi di infertilità a presentare un ricorso davanti ad un giudice di merito (il Tribunale di Milano) per ottenere la disponibilità dell'unico embrione ancora crioconservato, e destinato a non essere più impiantato, sul presupposto che lo stesso, alla pari dei tessuti umani, «sia costituito da "parti del corpo" appartenenti a due *partner,* in quanto tale nella disponibilità in

55 A. Santosuosso - C. A. Redi, *Opinione dissenziente* sulla «Relazione finale» della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., *cit*. La scienziata e Senatrice a vita, E. Cattaneo (*Neuroni umani. Dalle staminali nuove frontiera per il Parkinson,* in *La Repubblica* del 7 novembre 2014) riferisce dei risultati raggiunti da una équipe dell'Università svedese di Lund, guidata da M. Parmar, che «ha dimostrato di poter ottenere in laboratorio i neuroni dopaminergici che degenerano nel Parkinson, partendo da staminali embrionali umani» derivanti «da blastocisti soprannumerari (..), composti da poche centinaia di cellule indifferenziate, prodotti da fecondazione in vitro e non utilizzati dalla coppia» che, come consentito in questo Paese scandinavo, ne aveva autorizzato l'impiego per scopi di ricerca, impedendone così l'abbandono.

56 Che, nel valorizzare l'impiego della fecondazione assistita per agevolare la procreazione auspicata dai soggetti interessati, non fornisce soluzione alcuna per rimediare allo spreco di embrioni che ne potrebbe inevitabilmente derivare.

base al principio di autodeterminazione»[57]. A seguito della nascita di tre figli, ottenuti proprio attraverso il ricorso ad una fecondazione omologa, per i soggetti istanti appare irragionevole la persistenza del divieto ad un impiego di questo embrione per fini sperimentali che preclude la sua destinazione alla «ricerca senza scopo di lucro e senza finalità selettive ed eugenetiche»[58].

Nel prendere cioè atto dell'inevitabile abbandono di alcuni embrioni soprannumerari, da parte di chi aveva già soddisfatto il desiderio di genitorialità, anche a seguito di una selezione preimpianto, veniva, nel contempo, sollecitato il giudice adito a verificare l'opportunità di investire la Corte Costituzionale su questa persistente proibizione legislativa che viene a riconoscere all'embrione una rilevanza giuridica difficilmente armonizzabile con le opportunità (a cominciare dalla IVG) pure consentite dalla legge sulla procreazione assistita.

Peraltro, la stessa misura della pena comminata dalla legge n. 40 – reclusione da due a sei anni, suscettibile di aggravamento nel caso di selezione a scopo eugenetico (art. 13, n. 4) – nei confronti di quanti si fossero resi responsabili della violazione del divieto di sperimentazione di embrioni, certamente non parificabile alle conseguenze della commissione del reato di omicidio colposo o doloso, punito con una condanna di ben altra consistenza afflittiva, sembrerebbe offrire un'ulteriore pista interpretativa a favore di un'improbabile soggettivazione di queste entità[59].

Ad ulteriore riprova di siffatta peculiare valenza giuridica riconosciuta all'embrione, certamente non parificabile ad un soggetto di diritto, è pure la recente pronuncia del Tribunale di Milano[60] che, a seguito del deterioramento degli embrioni per il cattivo funzionamento dell'impianto di refri-

57 Cfr. *Fecondazione, embrioni "in più" alla ricerca: ricorso per abolire il divieto dalla Legge 40*, in *La Repubblica* del 10 ottobre 2014.

58 Cfr. *Fecondazione, embrioni "in più" alla ricerca: ricorso per abolire il divieto dalla Legge 40, cit.*

59 Nonostante la lettera dell'art. 1 della legge n. 40, nella parte in cui consente «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». L'attenuazione della pena disposta per la distruzione, a fini sperimentali, dell'embrione, costituisce riprova della contraddittorietà di questa legge. Ad una diversa conclusione si dovrebbe invece giungere in presenza della introduzione, pure da taluni auspicata, del reato di "embrionicidio" (su cui si sofferma NUNZIATA, *L'embrionicidio nello schema di legge – delega per un nuovo codice penale,* in *Crit. Pen.,*1996, fasc.3-4, 3) che avrebbe, coerentemente, presupposto una reale soggettivazione dell'embrione.

60 Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, inedita.

gerazione, è giunto a condannare il responsabile dell'Azienda ospedaliera ad un risarcimento dei danni provocati ai coniugi istanti per le lesioni, da questi subite, del «diritto al concepimento che fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)»[61].

Per questo giudice, infatti, la responsabilità imputabile a chi avrebbe dovuto diligentemente custodire gli embrioni, comporta quindi un indiscutibile «pregiudizio morale»[62], per entrambi i genitori, a seguito della lesione, di «indubbia gravità», di un interesse di «rilevanza costituzionale»[63].

Siffatta impostazione appare, nell'economia di questo giudicato, l'inevitabile conseguenza della impossibilità di assimilare la distruzione degli embrioni crioconservati alla «perdita di un figlio, posto che la legge sulla procreazione medicalmente assistita consente e tutela l'attuazione del diritto alla procreazione per le coppie sterili e infertili»[64].

Ad una conclusione analoga era in precedenza pure giunta la Corte EDU[65] che, nel rimarcare la scarsa coerenza della legislazione italiana sulla fecondazione assistita, nella parte in cui pone limiti alla selezione preimpianto di embrioni affetti da malattia genetica di cui sia portatrice sana la coppia interessata, pur consentendo poi alla donna (a seguito dell'impianto) di ricorrere alla IVG[66], ha espressamente negato l'assimilabilità dell'embrione al «concetto di bambino».

7. Le nuove opportunità oggi offerte alle coppie di accedere ad ulteriori applicazioni di fecondazione assistita, proprio a seguito dei numerosi interventi giurisprudenziali qui richiamati, dovrebbe, per coerenza ed

61 Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, *cit*.

62 A causa di un «forte grado di frustrazione e di disillusione» per la non realizzazione dell'impianto, motivo di «grave colpo psicologico ed una forte sofferenza dell'anima, dolore non meramente temporaneo, alimentato dal permanente dubbio circa la possibile realizzazione della loro speranza nell'occasione» (Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 7085/13).

63 Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, *cit*.

64 Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, *cit*.

65 Corte EDU sent. 28 gennaio 2012, causa Costa e Pavan v. Italia, *cit.*

66 Per la Corte EDU, sent. 28 gennaio 2012, causa Costa e Pavan v. Italia, *cit.*, tale contraddizione appare tanto più incomprensibile «tenuto conto, in particolare, delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna».

armonia di sistema, condurre a rimuovere taluni persistenti impedimenti ancora contenuti nella legge n. 40.

Pur dovendo certamente riconoscersi ai giudici, costituzionali e ordinari, il merito di aver aperto significativi varchi all'interno di una disciplina legislativa particolarmente restrittiva, sarebbe certamente opportuno un riassetto della materia in esame da parte dell'organo della rappresentanza popolare, in grado di colmare i persistenti vuoti e porre rimedio alle rilevate contraddizioni.

Nel rispetto dei molteplici criteri interpretativi (dalla ragionevolezza, alla proporzionalità, razionalità, coerenza logica, ecc.), come richiamati dalla Consulta nella sua giurisprudenza, tale intervento legislativo avrebbe certamente l'effetto di assicurare, nel pieno rispetto di un sistema ordinamentale informato alla divisione dei poteri ed al principio di legalità, una maggiore e certamente auspicabile certezza del diritto.

Senza affatto invadere gli ambiti di competenza degli organi tecnici, maggiormente abilitati ad assecondare, mediante l'impiego di norme certamente più duttili (come le Linee guida, i Protocolli, ecc.), appartenenti alla famiglia del *soft law,* il veloce incedere della conoscenza scientifica, l'intervento del legislatore potrebbe certamente indirizzare, nel rispetto della capienza interpretativa della norma giuridica, il successivo esame da parte del giudice dei singoli casi di specie che fossero stati a lui sottoposti. Nel cogliere «nel crogiolo storico della socialità la valenza giuridica dei fatti, pur carichi di raffinate specificità scientifiche e filosofiche», il diritto, sforzandosi di mettere da parte una tradizionale «connotazione» di tipo prettamente «formalistico», dovrebbe, per tale via, pervenire ad una giusta sintesi degli apporti che derivano da *altre* culture, in modo da superare i «confini» che vorrebbero ostacolarne il necessario dialogo[67].

Una auspicabile duttilità della normativa legislativa, distante dalla invasività e pervasività che ha caratterizzato la legge n. 40, avrebbe poi l'importante effetto di indirizzare l'opera di quanti fossero successivamente

67 N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.,* 2015, 1, 9 ss., a giudizio del quale occorre «uscire dal dualismo tra cultura umanistica e cultura scientifica» cogliendo «proprio nella cifra della giuridicità una possibile chiave di sintesi». Per questo Autore proprio «nell'ottica del diritto inteso come storia sia la cultura umanistica che quella scientifica perdono la loro pretesa specificità e scoprono, nella proiezione verso il futuro, l'indispensabilità di una loro alleanza dialettica». Al giurista, in altre parole, sarebbe «chiesto di farsi interprete di apparati culturali e scientifici diversi per ricondurli a sintesi nella peculiarità del singolo momento, ancorando il metodo di analisi e le forme di conoscenza dell'esperienza ad una visione storica e quindi fortemente dinamica».

chiamati, nello svolgimento delle rispettive competenze (a cominciare dagli operatori sanitari), ad assicurare l'esecuzione di questa pratica della medicina della riproduzione.

Il necessario riordino della disciplina vigente sulla fecondazione assistita, nel rispondere alle numerose aspettative provenienti dal corpo sociale cui hanno dato pure voce, come abbiamo visto, i giudici, consentirebbe di ridurre il fenomeno, certamente discriminatorio, del cd. *turismo della procreazione*, cui sono tuttora costretti quanti, ancora impediti ad accedere ad alcune tecniche di fecondazione, decidono, in un'éra caratterizzata dalla globalizzazione delle conoscenze e da una maggiore mobilità degli individui, di emigrare in Paesi certamente più permissivi, con l'intento di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità.

Pur dovendo impegnarsi ad assicurare la necessaria protezione di quanti fossero nati a seguito dell'impiego di questa pratica medica, attraverso un sicuro e stabile riconoscimento del loro *status* familiare, la legge dovrebbe perciò dare maggiore spazio alle svariate applicazioni oggi conosciute della scienza procreatica. L'accesso a queste tecniche dovrà ovviamente avvenire nel pieno rispetto della capienza interpretativa consentita dal disposto costituzionale, che è certamente in grado di estendere la sua protezione anche alle relazioni familiari di tipo *affettivo* e *sociale,* assolutamente prive di alcuna corrispondenza genetica.

Tale copertura legislativa avrebbe l'ulteriore effetto di porre rimedio alla prassi, che nel nostro Paese ha sovente caratterizzato la materia dei diritti civili, di una continua *rincorsa*, ad opera dell'organo della rappresentanza politica, degli indirizzi interpretativi in precedenza introdotti dalla giurisprudenza che, sia pure limitatamente ai casi di specie esaminati, ha generalmente anticipato e offerto impulso ad un successivo intervento del Parlamento.

In questa direzione appaiono emblematiche di questa tendenza le molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno, a seconda delle competenze dei giudici aditi, prodotto una diretta[68] o indiretta[69] innovazione

68 Come nel caso dell'espunzione del divieto di produrre più di tre embrioni o del ricorso all'eterologa.

69 Per la selezione preimpianto o l'apertura a favore della maternità surrogata. Recente è la pronuncia della Corte di Appello di Milano (cfr. I. Greganti, *Gemelli in utero in affitto*, in *Il Mattino* del 25 marzo 2015) che ha assolto, perché il fatto non sussiste, una coppia accusata del reato di *alterazione di stato civile* a seguito della richiesta di trascrizione, in Italia, dell'atto di nascita dei loro due gemelli, generati in Ucraina grazie al ricorso ad una fecondazione eterologa cui aveva fatto poi seguito una maternità surrogata, come consentita

della disciplina normativa vigente, cui avrebbe dovuto fare seguito un tempestivo intervento del legislatore ordinario in grado di colmare i persistenti vuoti ancora presenti nel comparto della medicina qui analizzato.

Il disinteresse invece mostrato dalle Assemblee parlamentari, e dalle stesse forze politiche ivi rappresentate[70], per temi riguardanti l'inizio o la stessa fine dell'esistenza umana, nel denunciare un loro preoccupante ritardo culturale nonostante le evidenti trasformazioni subite dalla socie-

---

in questo Paese dell'est europeo. Peraltro, sono oramai molteplici le sentenze (Trib. Venezia, ord. 8 ottobre 2014, Trib. Trieste 4 ottobre 2013, Trib. Milano 15 ottobre 2012, tutte reperibili in *http://www.biodiritto.org/*) che autorizzano questo tipo di trascrizione dell'atto di nascita, rilasciato da autorità straniere, che riguarda bambini venuti alla luce a seguito di ricorso alla pratica, ancora vietata dalla legge n. 40, di affitto di utero. In direzione analoga, una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Sez. II, 27 gennaio 2015, Causa Paradiso e Campanelli c. Italia, Ricorso n. 25358/12, reperibile all'indirizzo *http:// www. giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?contentId=SDU1126686*) ha condannato l'Italia, per violazione dell'art. 8 della Convenzione, per i danni subiti da una coppia che, dopo aver tentato di registrare all'anagrafe il certificato di nascita del loro figlio nato in Russia, sempre grazie alla maternità surrogata, si era vista – in direzione contraria a quanto pure consentito, come si è già detto, da altri giudici – privare del bambino che era stato allontanato dalla stessa per essere dato in adozione. Non dissimile è stata la condanna pronunciata dallo stesso giudice di Strasburgo nei confronti della Francia (Corte europea dei diritti dell'Uomo, sent., Sez. V, 26/06/2014, n. 65941/11 e Corte europea dei diritti dell'Uomo, sent., Sez. V, 26/06/2014, n. 65192/11, in *http:// www. echr . coe.int/*). Gli spazi individuati da alcuni giudici, che hanno inteso valorizzare i rapporti affettivi ormai instauratisi tra i genitori e i figli procreati ricorrendo all'utero di una persona estranea, dovrebbero probabilmente indurre il legislatore del 2004 a riconsiderare, con qualche legittima apertura, l'esclusione di questa tecnica che, oltre a provocare una difformità di interpretazioni giurisprudenziali (che hanno, ad esempio, condotto la Cass. civ., Sez. I, n. 24001 del 26 settembre 2014, reperibile in *http://lanuovagiustiziacivile.com/wp-content/uploads/2015/01/Sentenza-24001-del-2014.pdf*, a confermare la condanna inferta da una Corte d'Appello, per ragioni di ordine pubblico, nei confronti di una coppia emigrata in Ucraina per ricorrere alla maternità surrogata) viene pure a discriminare coloro che non hanno le capacità (di tipo economico) per affrontare questi viaggi all'estero.

70 Come giustamente rilevato da un'autorevole dottrina (S. RODOTA', *Se sui diritti civili il Parlamento va contro mano,* in *La Repubblica* del 17 agosto 2014), è proprio l'esperienza vissuta nell'ultimo ventennio dal nostro Paese a mostrare come la «tutela dei diritti è stata garantita quasi esclusivamente dai giudici costituzionali e ordinari, mentre il Parlamento cercava di ridurne illegittimamente l'ampiezza o rimaneva colpevolmente silenzioso».

tà[71], continua a privare della necessaria copertura giuridica la condizione di quei soggetti (come l'embrione, la donna, il morente) che, proprio in considerazione di una precipua fragilità, avrebbero bisogno di maggiore attenzione da parte della legislazione.

Questa apatia dell'organo della rappresentanza politica, incapace di assecondare le aspettative provenienti dalla società, costringe inesorabilmente altri, come la magistratura nel nostro caso, ad occupare spazi che avrebbero richiesto, in via preliminare, una attenta e democratica riflessione sulle conseguenze, per la tenuta dei diritti fondamentali dell'individuo, delle applicazioni più avveniristiche della ricerca medica. Ne è derivata una sorta di deriva giurisdizionale della vita quotidiana[72] che sembra oramai costantemente accompagnare alcune delle scelte più intime compiute dall'essere umano, per essere legate alla sua riproduzione o alle decisioni di fine vita.

Lungi dal comprimere gli ambiti di libertà consentiti dall'ordinamento costituzionale, comprensivi dell'estrinsecazione del genio scientifico e dello stesso diritto di autodeterminazione dell'individuo, l'introduzione di questo indispensabile solco normativo avrebbe, allora, l'effetto di ridurre le inevitabili anomalie che possono certamente derivare, in un sistema di *civil law*, dall'esercizio di un potere senza freni, privo dei necessari contrappesi. E così, a parte la possibile disparità di trattamento tra individui, a causa di una diversa sensibilità culturale mostrata dal giudice adito o di una sua differente lettura dei principi costituzionali da cui trarre la regola da applicare al caso di specie, non meno rilevanti potrebbero essere, come l'esperienza poi ha dimostrato, gli effetti negativi dell'esercizio del cd. diritto *libero* ad opera di Corti che, in assenza di un ragionevole e chiaro qua-

71 Assai distante dalla attuale contingenza politica è l'esperienza pure vissuta dal nostro Paese nel periodo a cavallo tra gli anni '70 e '80 (definiti da S. RODOTA', *Così cominciò in Italia la rivoluzione dei diritti,* in *L'Espresso 60 anni. La nostra storia. L'ora dei diritti civili, vol. 4,* Roma, 2015, p. 7, come gli anni del «disgelo costituzionale») che consentì, grazie ad una «benefica congiunzione tra consapevolezza politica, spinte sociali, innovazione culturale», una «sempre più diffusa» percezione della «necessità non solo di dare attuazione a fondamentali istituti previsti dalla Costituzione, ma di svilupparne le indicazioni più significative». Appartengono, infatti, a quegli anni, tra quelle che più interessano in questa sede, le significative riforme del diritto di famiglia (legge 151/1975), sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/1978), sui trattamenti sanitari obbligatori (legge 180/1978), sull'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (legge 833/1978), sulla rettificazione e attribuzione di sesso (legge 164/1982).

72 Cfr. I. DIAMANTI, *I riflettori sui Magistrati,* in *La Repubblica* del 13 aprile 2015.

dro normativo di riferimento, sono, pure, giunte a disapplicare (come nel caso della fecondazione surrogata[73] o della fecondazione *post mortem*[74]) leggi ancora vigenti, in quanto ritenute inadeguate al grado di conoscenza scientifica ormai raggiunto ovvero giudicate contraddittorie con gli spazi di azione pure consentiti all'individuo dal nostro ordinamento giuridico.

73 Cfr. Trib. Roma, Sez. XII, ord. 17 febbraio 2000, Giudice C. Schettini, in *Famiglia e diritto*, 2000, n. 2, pp. 151-156, il quale, attraverso la diretta applicazione dei principi ricavabili dalla stessa Costituzione e, in particolare, contenuti negli artt. 2, 3 e 32, era giunto a legittimare, in via cautelare, il ricorso alla maternità surrogata in grado di assicurate, a suo giudizio, la tutela della salute psichica della donna committente. Per questo giudice, pur non potendosi infatti affermare «che "il generare" sia necessario alla salute», non poteva tuttavia escludersi «che, in determinati casi, il desiderio di procreazione non appagato può comportare squilibri psichici dai risvolti patologici, specie per le donne».

74 Cfr. Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, R.G. 9667/2014, in *http://www.biodiritto.org/*, che ha consentito ad una vedova cinquantenne di utilizzare ai fini procreativi gli embrioni crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40, nonostante fosse sopraggiunta nel 2011 la morte del coniuge.

Andrea Patroni Griffi

IL BILANCIAMENTO NELLA FECONDAZIONE ASSISTITA TRA DECISIONI POLITICHE E CONTROLLO DI RAGIONEVOLEZZA

Sommario: 1. Bilanciamenti, giudizio di ragionevolezza e questioni di inizio vita - 2. Fecondazione assistita e legislatore «irragionevole» - 2.1 Il divieto legislativo di analisi preimpianto dinanzi ai giudici costituzionale ed europeo - 2.2 La tutela irragionevole dell'embrione censurata dalla Corte costituzionale - 2.3 Neppure il divieto di fecondazione eterologa rientra nella discrezionalità del legislatore - 3. Fecondazione assistita tra giudici e scelte ragionevoli del legislatore nello Stato pluralista

1. Nell'ordinamento costituzionale, sui temi inerenti alle frontiere dei diritti nelle questioni di inizio vita, diversi sono gli equilibri consentiti al legislatore nel bilanciare in modo ragionevole diritti e interessi costituzionali.

La discrezionalità è ampia, ma il legislatore non si muove in un indifferente costituzionale, ponendo la Costituzione limiti al campo delle legittime scelte legislative[1], come più volte il giudice delle leggi ha dimostrato.

Invero, dopo un'iniziale più cauta giurisprudenza, il giudice delle leggi, soprattutto da ultimo con la sentenza n. 162/2014, che fa cadere il generale divieto legislativo di fecondazione eterologa, giunge a lambire i confini stessi del sindacato di legittimità, sul piano di un ampio controllo della ragionevolezza. Senza dimenticare, sul piano sovranazionale, i limiti posti indirettamente allo stesso legislatore a tutela dei diritti dalla Corte di Strasburgo, come emblematicamente comprovato, in tema di inizio vita, nella sentenza Costa-Pavan.

Tali decisioni, peraltro, come si vedrà, nel confrontarsi con la ragionevolezza delle scelte legislative, poste nella diversità complementare dei piani multilivello, costituzionale e convenzionale europeo, sembrano richiamare la centralità, nell'opera di necessario bilanciamento, di un diritto all'autodeterminazione, che quasi diviene «autonomo», rispetto allo spazio di esercizio degli stessi diritti costituzionali enumerati.

1 Nell'ambito di una «bioetica costituzionale», cfr. L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino 2000, I ss.

La bioetica in generale e, in particolare, la disciplina dell'inizio vita emergono sul piano degli istituti più classici del confronto tra diritto e politica: il bilanciamento tra i diritti e le libertà, i limiti all'esercizio degli stessi, lo scrutinio di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore. In tal senso, nella «ricerca di un bilanciamento»[2] vi è la principale soluzione alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche.

Il tema del bilanciamento, con la connessa, necessaria ragionevolezza degli esiti dello stesso, così come filtrati dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, emerge in modo emblematico nelle questioni di inizio vita relative, in particolare, alla fecondazione assistita, in significativa giurisprudenza della Corte costituzionale. Il bilanciamento ed il conseguente giudizio sulla ragionevolezza delle scelte legislative si pongono, in sostanza, quale problematica cartina di tornasole ed osservatorio privilegiato dello spazio rimesso alle decisioni della politica e, di conseguenza, al «possibile» contenuto di una tale disciplina, soprattutto quando essa disponga *ragionevoli* limiti e divieti di accesso alla tecnica della fecondazione assistita.

Le scelte della politica, se anche assumono la dignità di legge formale, non possono riempire la legge di contenuti normativi che, pure perseguendo la finalità di tutela di diritti e interessi costituzionali, raggiungano tali obiettivi con un eccessivo, e quindi sproporzionato, sacrificio di diritti ed interessi concorrenti. Non vi è dubbio infatti che, con il definitivo tramonto della sovranità del Parlamento, e di fronte a leggi che, invece di contemperare i contrapposti diritti ed interessi secondo i dettami di un ordinamento pluralista, effettuano, talora, quasi ideologiche «scelte di campo»[3], diventa dominante il ruolo di ultimo custode svolto, in definitiva, dal giudice delle leggi[4]. Altrettanto indubbiamente va scongiurato il rischio di un «giudice legiferante»[5].

---

2 *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Torino 2010.

3 Laddove si pone quale incompatibile con l'ordinamento pluralista qualsiasi «ritorno a forme di monolitismo etico». S. Rodotà, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, Bari, 1997, VIII. Di "matrice ideologica" della legge n. 40 parla già R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino 2005, 22.

4 Ma anche dalle Corti sovranazionali, da un lato, e dai giudici comuni, dall'altro, liberati definitivamente da ogni residuo mito liberale di *bouche de la loi*, sia nella rilevata apertura di ambiti di «diffusione» del sindacato costituzionale sia nella loro capacità di applicare direttamente le norme costituzionali, in assenza di *interpositio legislatoris*. Tale passaggio, in parte necessario, non è certo esente da pericoli, da cui per primi gli stessi giudici, scevri di ogni volontà di protagonismo politico, dovrebbero avere sempre cura di rifuggire.

5 Per riprendere l'efficace immagine, espressione in un sostanziale ossimoro, di L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, su Rivista AIC, 2/2014, 10.

Il sindacato sulla ragionevolezza[6] si pone come particolarmente delicato, e da effettuare con un certo *self restraint* da parte della stessa Corte costituzionale. Tale controllo consente alla Corte di svolgere il proprio ruolo di custode della Costituzione e di porre freno all'arbitrio della politica, quando si sviluppa nel rigoroso ricorso alle tecniche di verifica e agli strumenti di sindacato di cui la Corte nel tempo si è dotata[7].

Il canone della ragionevolezza è tecnica di giudizio delicata quando si confronta con una tutela legislativa semmai sproporzionata, come talora la Corte rileva nelle questioni di inizio vita[8], di fronte a libertà e interessi, che hanno, per definizione, sicuro ancoraggio costituzionale in entrambi i termini del bilanciamento.

In tale ambito, il ricorso alla tecnica del giudizio sulla ragionevolezza, che si erge ormai a principio autonomo[9], se non praticato con assoluto rigore, rischia di potersi tradurre nella mera sostituzione dell'arbitrio del legislatore con quello dello stesso giudice delle leggi, che così andrebbe, in concreto, ad effettuare indebite valutazioni di tipo politico[10]. In particolare, nelle questioni della bioetica, che si caratterizzano proprio dall'investire temi eticamente e politicamente assai sensibili, merita grande attenzione l'uso di tale canone di vaglio della ragionevolezza, anzi *rectius*, come la Corte talora sottolinea, del carattere «non irragionevole» della scelta legislativa, laddove vi sia una

6 Non è certo possibile riportare la sterminata autorevole dottrina in tema di ragionevolezza, che ormai è modo di essere quasi costante nelle motivazioni della Corte nelle questioni più controverse. Può essere utile partire da L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss., per poi approfondire la ricchissima dottrina dei Maestri lì richiamata.

7 G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, *passim*.

8 Di «test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza» parla espressamente la Corte, come si vedrà *infra* nella sentenza n. 162/2014.

9 Ormai il giudizio di ragionevolezza si è «emancipato» dal riferimento al solo principio di eguaglianza o al diritto alla salute, venendo spesso impiegato da solo, anche declinato quale incoerenza o irrazionalità. Cfr. di recente M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, su cortecostituzionale.it, 2013.

10 Il controllo sulla ragionevolezza costituisce strumento quotidiano nell'operare della Corte e rappresenta un limite assai penetrante, capace di travolgere lo stesso esito legislativo del processo politico di bilanciamento. Uno strumento assai delicato, che la Corte si è costruito, nella sua giurisprudenza, nell'assolvere l'alto compito di controllo di costituzionalità delle leggi, e che si muove ancora su di un piano di legittimità del sindacato, sia pure quasi ai confini del merito delle scelte normative. Potenzialità e rischi di tale importante strumento emergono negli Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, Roma 13 e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Milano 1994.

eccessiva, non equa, sproporzionata compromissione di uno dei termini – diritto, interesse, principio costituzionale – del bilanciamento[11].

Il giudice delle leggi dovrà intervenire per ricondurre a Costituzione una tale illegittima compromissione, operando necessariamente sul fondamentale, ma «scivoloso» piano del sindacato di ragionevolezza. Mentre è evidente che un tale sindacato, che tocca l'esito del bilanciamento tracciato dalla politica nella scelta legislativa – se è consentito il gioco di parole – deve essere ancor più ragionevole. Sarebbe inconcepibile, infatti, sostituire l'irragionevolezza di una scelta politica con altra operata dalla Corte. Si determinerebbe, in tal caso, un'ancor più grave lesione dell'ordinamento costituzionale, laddove, per sciagurata ipotesi, il giudice delle leggi andasse a censurare la legge per sostituire a quella politica una propria scelta arbitraria, altrettanto politica, che si rileverebbe esiziale per lo stesso sistema delle garanzie costituzionali, che la Carta fondamentale ha voluto imperniata, ad effettiva tutela del suo carattere rigido, su di un organo costituzionale «giudice» – di legittimità e mai di merito – delle legge[12].

La Corte costituzionale si dimostra tradizionalmente consapevole di un tale pericolo. Al riguardo, si può rilevare come, nel sindacato sulla ragionevolezza[13], nella maggior parte dei casi, la Corte vada a richiamare la necessità del ragionevole bilanciamento, quale forma di controllo «minimale», nel senso di dovere verificare che non sia compromesso nel suo minimo la posizione costituzionale coinvolta, sia esso diritto o interesse. Sicché, per tale via, la Consulta giunge a pronunciarsi molto più frequentemente nel senso del rigetto, e non dell'accoglimento, della questione di costituzionalità; facendo rientrare la sottostante scelta legislativa nell'esercizio legittimo di discrezionalità, come tale intangibile da parte del giudice (di legittimità) delle leggi. Sino al punto che il giudice delle leggi si astiene dall'accogliere la questione anche se, per così dire, non è piaciuto il relativo esercizio della discrezionalità legislativa, come pure si desume da *obiter dictum*, che almeno implicitamente «critica» la scelta, pur non traducendosi in un dispositivo demolitorio della legge[14].

---

11 La doppia negazione dell'espressione «non irragionevole» è utilizzata proprio, ad esempio, come si vedrà, nella sentenza n. 162/2014.

12 E ciò proprio a chiusura del sistema delle garanzie, e quindi al di fuori dello stesso circuito politico-rappresentativo e del campo di azione del principio maggioritario.

13 Che pure talora nella giurisprudenza sembra ergersi a parametro, quasi quale autonomo principio costituzionale.

14 Si può ricordare, ad esempio, Corte cost., sent. 249/2010, che respinse la questione di costituzionalità del reato cosiddetto di «clandestinità», in cui il giudice delle leggi circoscrive l'ambito del giudizio sulla ragionevolezza dell'esercizio della

Il richiamo alla ragionevolezza, qui declinata spesso come «non irragionevolezza» della legge, è frequente quando la Corte si trova di fronte a questioni sensibili del dibattito politico, sui cui la Consulta non intende entrare. Eppure è proprio nella giurisprudenza in tema di fecondazione assistita che la Corte ormai ha abbandonato una tale forma di prudenza, sino ad arrivare, nella sentenza n. 162/2014, ad accogliere la questione di costituzionalità, pur avendo nella stessa espressamente ribadito che sarebbe bastata una disciplina legislativa «non irragionevole» ad impedire di sindacare l'esercizio della discrezionalità fatto dal legislatore.

Per comprendere sulla base di quali argomentazioni e a seguito di quale ricostruzione dei termini di bilanciamento, mediante il giudizio sulla ragionevolezza, la Corte arriva ad una tale decisione nel 2014 in tema di fecondazione eterologa, è utile ripercorrere la precedente, più significativa giurisprudenza, che aveva già condotto la Corte sostanzialmente a «riscrivere»[15] la legge n. 40/2004 e a rifiutare, in sostanza, lo stesso impianto politico dell'originario testo normativo.

Il legislatore del 2004 in realtà aveva un importante, collaudato modello di riferimento per il bilanciamento nelle questioni di inizio vita, rappresentato dalla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, dove pure si riuscì a realizzare un «ragionevole» assetto dei diritti coinvolti, che è riuscito a durare nel tempo nonostante la delicatezza e sensibilità politica del tema e a «reggere» così dinanzi alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, come noto, aveva individuato i termini del legittimo bilanciamento, operato dal legislatore, nel diritto a proseguire il suo processo vitale[16] di chi ancora non è nato e nel diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre, che nelle forme, termini e limiti predisposti dal legislatore, può dunque legittimamente effettuare interruzione volontaria di gravidanza[17], senza che, peraltro, per questo si possa

---

discrezionalità legislativa «solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie», per poi muovere delle possibili censure alle scelte operate dal legislatore che ha introdotto una tale forma di reato, per concludere però che «simili valutazioni attengono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità».

15 «È la Corte Costituzionale a riscrivere la legge in modo laico» così, già D'Amico, A. Puccio, *Laicità per tutti*, Milano, 2009, 20.

16 I. Nicotra, «*Vita*» *e sistema dei valori nella costituzione*, Milano 1997, 122 ss. parla del «fondamento costituzionale del diritto "a nascere"».

17 Nella dottrina amplissima, per una ricostruzione su interruzione volontaria della gravidanza e Costituzione, v., ad esempio, L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino 2000; P. VERONESI, *Il corpo e la Costi-*

configurare un "diritto all'aborto"[18]. Dunque, il diritto del feto a nascere può venire sacrificato nel bilanciamento con il diritto alla vita e con il diritto alla salute, nel suo ampio contenuto ricostruttivo sia sotto il profilo fisico e sia psichico, in una legge che individui casi, modalità e termini di legittimo ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza. La legge n. 194/1978, lungi, in tal senso, dal riconoscere un diritto di abortire, disciplina una facoltà, regolata nella legge stessa, di accesso all'ivg, per tutelare la vita o la salute della madre. Alla luce di tale normativa, emerge anche la posizione del nascituro, e non solo i diritti della madre, sul piano degli interessi costituzionalmente rilevanti e degni di adeguata, ragionevole tutela.

Sul punto si è giustamente affermato come si possa e si debba parlare del nascituro come di un «soggetto potenziale o oggetto di una tutela 'a geometria variabile', dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto»[19]. Il nascituro, infatti, è certa espressione di un interesse costituzionalmente protetto, che deve comunque essere considerato nel bilanciamento e che dunque legittima il restringimento, ma non anche la compromissione, della sfera di esercizio di altri diritti.

È utile ricordare come lo stesso giudice delle leggi ha avuto più volte modo di riconoscere il nascituro non solo quale interesse degno di tutela, ma anche in relazione ad un diritto a proseguire il proprio processo di vita umana. Ma non per questo la Corte ha negato legittimità costituzionale alla legge che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza. Nella stessa storica sentenza n. 27/1975, anteriore all'adozione della legge 194, la Corte sottolineò, come noto, che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» e che «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la *legge* non può dare al primo una prevalenza *totale ed assoluta*, negando ai secondi adeguata protezione».

---

tuzione: concretezza dei «casi» e astrattezza della norma, Milano 2007, 97 ss.; R. Fattibene, M. P. Iadicicco, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di R. Prodomo, Torino 2006, 209 ss.

18 Così come si dirà non può riconoscersi un diritto alla maternità *a tutti i costi*, in ogni situazione, con ogni mezzo e per qualsiasi fine, giungendo semmai a scegliere un figlio «geneticamente perfetto».

19 Espressioni peraltro non di una dottrina collegata alla cosiddetta «bioetica cattolica», ma di C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 40.

Nella sentenza n. 35/1997, nel giudizio di ammissibilità del referendum teso a liberalizzare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, la Corte argomenta nel senso che l'abrogazione andrebbe a travolgere «disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita».

Con il passaggio, nell'ambito delle questioni di inizio vita, dal tema dell'aborto a quello diverso della fecondazione assistita, la legge 40/2004 emerge comunque davanti alla Corte anche per la sua rilevanza nell'avere colmato un vuoto legislativo, contrario ad una minima tutela delle posizioni coinvolte.

La Corte, così, nel giudizio sull'ammissibilità della legge sulla fecondazione medicalmente assistita[20], si pronuncia per l'inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge, alla luce della necessità costituzionale di avere comunque una disciplina in materia, anche a garanzia dello stesso concepito. La Corte, in tal senso, sottolinea che «si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore… che indubbiamente coinvolge una *pluralità di rilevanti interessi costituzionali*, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa».

D'altro canto, anche con riferimento alla procreazione, già nella sentenza n. 347/1998, e quindi in assenza di una disciplina legislativa di settore e con i giudici che fornivano in via giurisprudenziale risposte anche profondamente «diverse» alle domande di accesso alle relative tecniche, la Corte costituzionale evidenziava la «necessità costituzionale di una legge in materia»[21].

Successivamente all'adozione della legge n. 40/2004, nella sentenza n. 45/2005 con riferimento al proposto referendum, in continuità, si considera in tema di procreazione assistita «la normativa costituzionalmente necessaria», fermo restando l'esercizio di discrezionalità legislativa nella concreta disciplina non avendosi anche un contenuto costituzionalmente vincolato[22].

---

20 Per una completa ricostruzione, relativa ai diversi quesiti referendari, di tutti gli atti e commento agli stessi, cfr. *I referendum sulla fecondazione assistita*, a cura di M. Ainis, Milano 2005.

21 C. Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Riv. BioDiritto*, n. 2/2014, 68.

22 «In coerenza con la già citata sentenza n. 347 del 1998, che aveva fatto intendere che una legge – quale che fosse – sulla procreazione medicalmente assistita non fosse abrogabile nella sua interezza». C. Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore*, *op. cit.*, 70.

Certo, la Corte richiama la necessità della disciplina, ai fini della pronuncia di inammissibilità del referendum abrogativo totale, ma è anche chiaro che il «bilanciamento realizzato attraverso la legge 40 assume una rilevanza meramente descrittiva e non valutativa», nel senso che la Corte lascia volutamente da parte ogni giudizio sulla legittimità della legge 40[23]. Giudizio di incostituzionalità che la Corte dapprincipio eviterà di dare, anche quando glie ne si presenterà l'occasione, per poi iniziare ad accogliere questioni sui profili di più eclatante irragionevole bilanciamento legislativo, sino a demolire lo stesso divieto generale di fecondazione eterologa, in cui pure era forse possibile, si vedrà, riconoscere il margine di apprezzamento rimesso al legislatore nel bilanciamento dei diritti e interessi contrapposti.

Naturalmente di qui il pericolo, già adombrato e che la Corte è ben consapevole di dover rifuggire, che alla valutazione discrezionale dell'organo legislativo, legittimato dal principio rappresentativo, in particolare dinanzi alla legge formale approvata dal Parlamento, vada a sostituirsi un'indebita valutazione di tipo politico ad opera della Consulta. Il giudice delle leggi deve restare – come è noto e ineludibile stante la natura della Corte – nell'alveo del giudizio di legittimità, senza indebolire la Costituzione formale e senza valutazioni che si traducano in un sindacato di merito, in cui si venga a censurare la legge sul piano dell'opportunità delle scelte operate, al di là di puntuali violazioni della Costituzione sia pure ricostruite con la tecnica del sindacato della ragionevolezza[24].

2. La legge n. 40/2004 ha l'indubbio merito, come la Corte rileva, e si è qui sopra ricordato, di ergersi a legge costituzionalmente necessaria e di riempire un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, dove rilevano una pluralità di diritti e interessi costituzionali bisognevoli di tutela e di

23 «Non potendo venire in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale. Se l'*an* dell'intervento legislativo non appare quindi in discussione ma anzi necessario, il giudizio sul *quomodo* della regolamentazione viene lasciato aperto». Così, S. Penasa, *La necessaria concordanza tra formanti il livello di litigiosità giurisdizionale: quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto*?, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, P. Veronesi. C. Piciocchi, Padova 2009, 57 ss., spec. 75.

24 Necessità di preciso ancoraggio al parametro e costituzionale e rischi di abusi del giudizio di ragionevolezza sono da sempre adombrati anche nella più autorevole dottrina. V. per tutti P. Barile, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, *cit.*, 21 ss., spec. 42.

bilanciamenti ragionevoli. Purtroppo, tale legislatore sceglie la strada, in alcuni casi, di porre limiti e divieti assoluti e generali che mal si conciliano con una «bioetica rispettosa dei valori costituzionali»[25] e con la necessità di non compromettere diritti fondamentali delle persone rispetto all'interesse costituzionale, pur costituzionalmente rilevante, di tutela del concepito.

2.1 Inizialmente, la Corte effettivamente «decide di non decidere»[26]. Ciò in particolare con la nota e criticata ordinanza n. 369/2006[27] e su di un profilo fondamentale come il divieto generale di diagnosi preimpianto da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica[28], disciplina la cui

25 Per usare l'espressione, antecedente l'adozione della stessa legge 40, di L. Chieffi, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, *cit.*, XI ss., che pure indica sotto il profilo del metodo e dei contenuti, la strada per la «costruzione di una bioetica *costituzionale*» (XVI ss.). Dubbi su diverse scelte operate dal legislatore sono da subito sollevati in dottrina: v., tra gli altri, M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, 453 ss.; C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 501 ss.; se si vuole, A. Patroni Griffi, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, relazione al convegno *Quale statuto per l'embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II – Aula Pessina, 1 giugno, 2005, su *forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2005.

26 Così sia A. Celotto, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846 ss. sia A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, su Forumcostituzionale.it, 2006.

27 Cfr. L. Chieffi *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita; alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una procreazione cosciente e responsabile*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4730 ss. Il giudice remittente aveva cercato di individuare una via di interpretazione conforme a Costituzione della legge 40 sul punto, come sottolinea A. Celotto, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 3846 ss. V anche M. D'Amico, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. Cost.*, 3859 ss., spec. 3861, C. Tripodina, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, *ibidem*, 3849 ss.

28 Relativamente all'articolo 13 della legge n. 40/2004 «nella parte in cui non consente di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave e attuale per la salute psicofisica della donna», come rileva il Tribunale di Cagliari nell'ordinanza di remissione e riportato nell'ordinanza della Corte costituzionale.

ragionevolezza, come poi evidenzierà nel 2012 la Corte europea dei diritti dell'uomo, non può prescindere dagli esiti dei bilanciamenti già realizzati dal legislatore nella legge 194, se non mettendo a rischio la coerenza stessa dell'impianto interna all'ordinamento stesso[29].

La disciplina, *rectius* il divieto di analisi preimpianto pone importanti motivi di dubbio sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore del 2004, tanto che comunque in sede giurisprudenziale comune si era elaborato «un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita la diagnosi preimpianto in talune circostanze»[30].

I motivi di incongruenza del divieto legislativo dell'analisi genetica preimpianto apparivano da subito evidenti, se rapportati a quanto nel nostro stesso ordinamento si riconosce sin dal 1978, nel ragionevole bilanciamento tra contrapposti diritti e interessi, nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. Come si ebbe modo di rilevare[31], risultava evidente da subito l'irragionevole «compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell'embrione creato in vitro, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194 il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato»[32].

---

29 Come si ebbe modo di sottolineare in A. Patroni Griffi, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, spec. 4 s. Per alcune considerazioni generali del rapporto tra legge 194 e legge 40 v. F. Meola, «*…fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40). Appunti su un inciso alquanto controverso*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, P. Veronesi. C. Piciocchi, Padova 2009, 193 ss.

30 Individuando, «soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili». C. Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, *cit.*, 73.

31 Sia consentito ricordare, A. Patroni Griffi, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, 4.

32 Motivo d'illegittimità della disciplina deriva in tal senso proprio dalla «coesistenza di entrambe le norme, frutto di bilanciamenti diversi, operati dal legislatore in tempi diversi» che così «comporta, forse, l'«irrazionalità» – più ancora dell'irragionevolezza – della scelta del legislatore successivo, che tutela in misura massima l'essere vivente embrione, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica di quello stesso soggetto, per quando sarà invece divenuto feto». Di qui la possibilità di ricostruire, sul piano costituzionale, la necessità di consentire indagini genetiche preimpianto sull'embrione, in presenza di gravi malattie di origine genetica, «incidendo così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti

In Italia, come dunque appariva da subito evidente, si determina la compresenza, nell'ordinamento, di una disciplina normativa che, nell'esercizio della discrezionalità del legislatore ha inteso porre una tutela massima dell'embrione creato in vitro nella legge n. 40/2004, soprattutto prima dell'opera di «riscrittura» operata dalla Corte, per poi abbassare, nei meccanismi già stabiliti nella legge n. 194/1978, e che hanno superato diversi vagli dinanzi alla Consulta, il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato e che si trova nel vivo del grembo materno.

Tali due distinte opzioni legislative, dove pure vengono in rilievo analoghi, anche se non identici, termini di bilanciamento, determinano, nella loro coesistenza, ampia irragionevolezza della scelta operata peraltro dal legislatore che è intervenuto successivamente nel tempo[33].

La legge n. 40/2004 ha inteso tutelare in misura massima l'essere vivente embrione, che costituisce un «incerto umano», sul piano del prosieguo del suo processo vitale, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica per quando sarà invece divenuto feto nel corpo della madre. Di qui la necessità, per ricondurre a coerenza le scelte del legislatore sull'inizio vita, di consentire indagini sull'embrione in caso di gravi malattie genetiche, incidendosi così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti primordi.

Sono queste argomentazioni e questa strada che la Corte costituzionale avrebbe forse con sicurezza dovuto percorrere in quella criticata ordinanza di quasi *non liquet* del 2006, che invece spingono la Corte europea dei diritti dell'uomo, pure nella differenza degli ordinamenti, degli strumenti processuali ed effetti decisionali, ad operare da sostanziale giudice costituzionale della ragionevolezza legislativa, rilevando semplicemente che «il concetto di "bambino" non è assimilabile a quello di "embrione"». Il giudice di Strasburgo «non vede come la tutela degli interessi menzionati dal Governo [italiano] si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di

primordi»; e scongiurando, in tal modo, l'incoerente e quindi illegittimo «andamento irragionevolmente altalenante», potendo la madre interrompere la vita del concepito, sviluppata in feto di più mesi. Di fronte a soggetti portatori di gravi malattie genetiche ereditarie appariva da subito irragionevole, «nel bilanciamento almeno con il diritto alla salute psichica di queste persone, il divieto di analisi genetica preimpianto, per poi spostare il momento della decisione tragica all'interruzione volontaria della gravidanza dopo l'immancabile amniocentesi». A. Patroni Griffi, *op. ult. loc. cit.*

33 F. Meola, *op. ult. loc. cit.* sottolinea la «preminenza che la L. n. 194 del 1978, *rectius* il bilanciamento di valori in esso operato dal legislatore, riveste nel complessivo quadro normativo».

procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna»[34]. Quindi, «[è] giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia»[35].

La Corte europea dei diritti dell'uomo così condanna, al di là di tutto il problematico seguito di tale sentenza[36], l'Italia sul divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di coppie portatrici di malattie genetiche e sul relativo divieto di analisi preimpianto sulla base della violazione dell'articolo 8 della Convenzione[37] e sul connesso rispetto del principio di autodeterminazione. La volontà dei ricorrenti di avere un bambino, che non sia affetto da una grave malattia genetica, di cui sono portatori sani, costituisce espressione legittima dello spazio rimesso dalla Convenzione alla «propria vita privata e familiare». Per questo occorre, in tali casi, assicurare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, altrimenti obbligandosi quelle stesse coppie a cercare di procreare naturalmente e poi ad interrompere dolorosamente le gravidanze[38].

---

34 Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, caso Costa e Pavan c. Italia, punto n. 62.

35 Punto n. 64.

36 Cfr. A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che da "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, su dirittticomparati.it, 2013; A. Iannuzzi, V. Zambrano, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del «desiderio» di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, su costituzionalismo.it, 2014.

37 «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare».

38 Punto 65: «Le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono evidenti. Per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l'unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato». Punto 66: «la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico».

Il su rilevato «andamento irragionevolmente altalenante» sulla «tutela della vita umana» risulta andare a garantire, in modo illogico, nel bilanciamento interno all'ordinamento, lo stesso bene ed interesse costituzionale. L'embrione risulterebbe, in definitiva, maggiormente tutelato, quando si trova in vitro, prevedendosi lo stesso divieto di analisi pre-impianto, per poi essere tutelato in misura minore, quando ormai è stato impiantato ed è divenuto feto nel vivo materno, mediante possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza nel rispetto della legge.

2.2. Il punto di svolta, in cui la Corte entra in modo forte sul vaglio della ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore nella legge 40, sia sotto il profilo della lesione del diritto alla salute sia mediante la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quel rapporto almeno inizialmente fortemente sinallagmatico tra ragionevolezza ed eguaglianza[39], è rappresentato dalla sentenza 151/2009[40].

La Corte, come noto, con questa decisione, fa cadere due dei limiti più stringenti all'accesso alle tecniche di procreazione assistita: il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati.

Si tratta in realtà di scelte che il legislatore non avrebbe dovuto direttamente fissare in modo generale ed assoluto, rientrando, almeno in parte, nel campo dell'apprezzamento del medico, a garanzia del diritto alla salute della donna, che accede alla fecondazione in condizioni personali, di salute, di età anche molto diverse, e che non possono essere regolate per legge in modo analogo, se non violando il canone della ragionevolezza e il principio di eguaglianza nel suo contenuto più profondo, in quanto connesso al divieto di regolare in maniera eguale situazioni diverse.

---

39 Rapporto poi affievolito, operando la ragionevolezza ormai, come accennato, anche in modo autonomo.

40 Per alcuni commenti v., ad esempio, S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, su forumcostituzionale.it, 2009; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una* political question *disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1688 ss.; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, *ivi*, 2009, 1696 ss.; D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra detto e non detto. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla L. n. 40/2004*, in *Giur. Italiana*, 2/2010, 289 ss.; G. Baldini, *Diagnosi genetica pre-impianto nell'evoluzione normativo-giurisprudenziale*, su altalex.com, 2012; ma soprattutto, anche per una ricostruzione accurata di come si arriva alla sentenza n. 151, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, a cura di M. D'Amico, I. Pellizzone, Milano 2010.

La Corte, al riguardo, sottolinea che l'individuazione di un limite, fisso per legge, comporta il rischio di una concreta lesione del diritto alla salute delle donne[41], quando non si riconoscano ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico, che possa tenere in adeguato conto dell'individualità della persona[42]. L'esito di una tale riconduzione a Costituzione dei termini del bilanciamento non può che portare la Consulta, a rilevare il «contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza», dove in realtà le stesse esprimono una sostanziale endiadi nel caso di specie. Non è consentito al legislatore di sancire ragionevolmente «il medesimo trattamento a situazioni dissimili». Laddove, peraltro, l'irragionevole eguale trattamento di situazioni diverse comporta, al contempo, anche rischio, come detto, di lesione del diritto fondamentale alla salute della donna[43].

Ciò nondimeno, nella sentenza la Corte continua a considerare meritevole di tutela costituzionale l'embrione umano. Sicché, se nel bilanciamento con il diritto alla salute della madre e con il principio di eguaglianza, la Consulta sancisce, come visto, l'irragionevolezza della scelta del legislatore, lo stesso giudice delle leggi non ritiene invece incostituzionale «il principio della "stretta necessarietà" nella produzione di embrioni»[44], sia pure non predeterminato nel numero massimo di tre in modo rigido e assoluto.

---

41 Tale limite «finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'articolo 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto».

42 «Ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto… La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita».

43 La lesione della ragionevolezza si lega anche alla «lesione dell'articolo 32 della Costituzione, per il pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso».

44 C. Tripodina, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, *cit.*, 73.

Resta quindi confermato il rilievo e ancoraggio costituzione della tutela dell'embrione umano. Anche se, nella concretezza dei bilanciamenti, sull'interesse alla tutela dell'embrione umano possono prevalere i diritti fondamentali delle persone, dovrebbe al pari ritenersi illegittima, nell'ottica del ragionevole bilanciamento, una disciplina legislativa che non preveda alcun tipo di garanzia e limite alla produzione, uso e distruzione di embrioni umani non ragionevolmente giustificato dalla tutela di interessi e diritti da considerarsi prevalenti nel bilanciamento costituzionale.

In tale ottica acquista particolare rilievo l'esame della sentenza n. 162/2004 in tema di fecondazione eterologa, la cui decisione nel senso dell'irragionevolezza del divieto legislativo non era tanto scontata, in luce di possibili diversi termini di bilanciamento da ricostruire nel caso di specie ed in cui pure forse era possibile riconoscere margine alla scelta discrezionale operata dal legislatore.

2.3. La Corte costituzionale, nella recente decisione che fa cadere il divieto generale, posto nella legge n. 40/2004, di ricorso alla tecnica della fecondazione eterologa[45], ricorre ancora una volta alle tecniche connesse al sindacato di ragionevolezza, che si risolve in un ulteriore intervento demolitorio della Corte su quel che ormai «resta» dell'impianto originario della legge 40.

45 Per un commento a Corte cost. sent. n. 162/2014 v. tra gli altri V. Baldini, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, su Dirittifondamentali.it, 2014; C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, su Confronticostituzionali.it, 2014; A. Ciervo, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, su diritti-cedu.unipg.it, 2014; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, su Forumcostituzionale.it, 2014; A. Morrone, Ubi scientia ibi iura, su giurcost.org, 2014, S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, su Forumcostituzionale.it, 2014; M. G. Rodomonte, *È un diritto avere un figlio?*, su Contronticostituzionali.it; A. Ruggeri, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte Edu*, su Forumcostituzionale.it, 2014; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, su giurcost.org, 2014; L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, su Rivista AIC, 2/2014. Cfr. poi per una generale ricostruzione e analisi, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa». Analisi critica e materiali*, a cura di M. P. Costantini e M. D'Amico, Milano 2014.

La sentenza n. 162/2014 mette al centro della decisione proprio l'analisi del bilanciamento effettuato dal legislatore nella materia *de qua* ed il connesso sindacato sulla ragionevolezza delle scelte effettuate dal legislatore che pone in Italia un generale ed assoluto divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita eterologa[46].

Il percorso seguito dalla Corte nell'utilizzare il canone di ragionevolezza è assai lineare in certi punti, in particolare nella parte ricostruttiva del principio, mentre procede forse con qualche eccesso di semplificazione nella parte, come dire, applicativa del principio di ragionevolezza al bilanciamento dei diritti nel caso di specie, con richiamo anche al canone dell'assenza di proporzionalità tra lo strumento legislativo prescelto del divieto ed il fine di tutela perseguito.

Il giudice delle leggi, nella sentenza n. 162, imposta la questione di costituzionalità, anche attraverso il richiamo di precedenti, sul piano del giudizio di ragionevolezza nelle questioni di inizio vita. In primo luogo, la Consulta riconosce il campo rimesso alla competenza del legislatore ad esercitare la propria discrezionalità, in particolare, su «questioni [che] toccano temi eticamente sensibili», come per definizione avviene nella bioetica. E la Corte, richiamando per l'appunto suoi precedenti, sottolinea che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge "plurime esigenze costituzionali"[47] e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono un "bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa"[48] ad ognuno».

Le soluzioni legislative devono trovare, sul piano normativo, in uno Stato pluralista, soddisfacente, equilibrata disciplina giuridica che, per essere tale, deve sapere esprimere «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana». È vero che tale individuazione appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore»[49]. Ma «resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un *non irragionevole* bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

La Corte, dunque, dopo avere riconosciuto la competenza del legislatore a disciplinare anche le questioni eticamente sensibili, sottolinea, come – in

46 V. già *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Quaderni di biodiritto, 2013.

47 Richiamando Corte cost., sent. n. 347/1998.

48 Richiamata sul punto Corte cost., sent. n. 45/2005, sull'ammissibilità del referendum abrogativo della legge 40/2004.

49 Viene in tal senso ancora richiamato il precedente della sent. n. 347/1998.

particolare in tali ambiti – sia sempre necessario operare, nell'esercizio della discrezionalità legislativa, scelte che realizzino ragionevoli bilanciamenti tra diritti ed interessi costituzionali coinvolti. La Consulta rivendica con fermezza il proprio ruolo di sindacare la legittimità dei bilanciamenti realizzati dal legislatore attraverso il vaglio del controllo sulla ragionevolezza, senza per questo volere, né potere entrare nel campo delle scelte di opportunità, ad essa precluso.

La Corte riconosce, in realtà, un tale pericolo e cerca di allontanarlo forse sin dall'utilizzo dell'espressione della necessità del carattere «non irragionevole» della scelta legislativa. La doppia negazione, utilizzata nella formula della «non irragionevolezza», vuole proprio indicare come la scelta tra le diverse opzioni politiche possibili, che costituisce l'esito del bilanciamento, è decisione interamente rimessa al legislatore. Su tale scelta la Corte, che non può mai essere giudice di merito non intende entrare. È il processo politico parlamentare, la dialettica ivi realizzata tra maggioranza e opposizioni, l'eventuale, opportuno coinvolgimento nelle procedure di rappresentanti di istanze professionali e sociali coinvolte[50] a determinare l'esito del bilanciamento e la scelta finale della politica.

La doppia negazione insita nella formula della «non irragionevolezza» vuole indicare come la Corte vada a svolgere un controllo minimo su di un tale piano, a sottolineare, in tali decisioni in cui si fa uso dell'espressione richiamata, come il giudice delle leggi non vada tanto a sindacare la «piena»ragionevolezza della scelta legislativa, ma si accontenti che la stessa sia almeno, per l'appunto, non irragionevole[51].

Non è un caso che, spesso, quando la Corte declina il controllo di ragionevolezza con la formula della doppia negazione, arriva poi a pronunciare una decisione di rigetto, ritenendo che comunque la scelta effettuata dal legislatore sia "non irragionevole". Ad esempio, nel «caso Ilva», in altra vicenda dove pure rileva il diritto alla salute, la Corte valuta la norma sottoposta a controllo «ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i princìpi della tutela della salute e dell'occupazione, e non al totale annientamento del primo», giungendo a ritenere il diritto emergen-

50 Di «*partecipazione pluralistica alla definizione dei contenuti regolativi della volontà parlamentare*» scrive P. Torretta, *Qualità della legge* e *informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli 2007, spec. 173 e 182.

51 Un po' come nella formula della «non manifesta infondatezza» si indica come il giudice *a quo* si limita alla valutazione dell'esistenza di un dubbio circa la costituzionalità, dovendo poi valutare sulla fondatezza o no della questione la Corte, quale giudice *ad quem*.

ziale ivi contenuto fondato sul piano della ragionevolezza e così rigettare la questione di costituzionalità[52]. È l'assenza di «manifesta irragionevolezza» a far rigettare la questione di costituzionalità.

Al di là delle peculiarità della sentenza sul «caso Ilva», quando la Corte nelle sue argomentazioni richiama una forma di sindacato sulla «non irragionevolezza», tendenzialmente lo fa per sottolineare la natura minimale del controllo ad essa rimesso attraverso tale canone, comunque attinente al piano di legittimità del sindacato svolto dal giudice delle leggi, e per «aprire» tendenzialmente ad una decisione di non ammissibilità o rigetto[53].

Non così nella sentenza n. 162/2014, dove il richiamo del necessario controllo della «non irragionevolezza» della scelta legislativa, da un lato, ed il ribadire, in linea con quanto visto nella sentenza n. 45/2005, la natura di «normativa costituzionalmente necessaria» in tema di fecondazione assistita, con riferimento poi allo specifico della fecondazione eterologa, dall'altro, sono propedeutici ad una decisione di accoglimento, che segna un ulteriore spazio di illegittimo esercizio della discrezionalità legislativa, pur in astratto riconosciuta al legislatore in materia, non potendosi certo qui delineare ambiti di *contenuti* costituzionalmente vincolati. Nonostante l'esercizio di discrezionalità in tema di fecondazione assistita non è predeterminata nei suoi contenuti dai diritti fondamentali, ma risulta rimessa al ragionevole bilanciamento del legislatore, lo spazio concreto di azione di quest'ultimo trova un ulteriore importante limite nell'incostituzionalità del divieto, almeno come sancito dalla legge 40, di fecondazione eterologa.

L'opera di adeguamento della «controversa»[54] legge n. 40/2004, di cui sono stati da subito evidenti «ombre e luci»[55], alla Costituzione, da

52 Cfr. Corte cost., sent. n. 85/2013, su cui V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, su *Rivista AIC*, n. 3/2013; M. Boni, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, su federalismi.it, 2014.

53 Una ricerca con parola chiave «non irragionevole» o «non irragionevolezza» nelle banche dati delle decisioni della Corte corrobora una tale considerazione. Per un'analisi di un decennio di giurisprudenza v. *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli 1999.

54 *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Milano 2004.

55 *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di C. Casonato e E. Camassa, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Quaderno n. 47, Trento 2005.

un lato, ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha qui l'ultimo passaggio cruciale, che pure suscita alcune questioni problematiche sull'espansione del controllo di ragionevolezza e sui termini del bilanciamento come ricostruiti dalla Corte. L'esito della decisione invero non appariva scontato.

In sintesi essenziale, la Corte considera, al punto 13, che «il divieto in esame [di fecondazione eterologa] cagiona in definitiva una lesione fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali... devono ritenersi congruamente garantite».

Una decisione *tranchant*, e tutta risolta peraltro, sul piano dell'ordinamento costituzionale interno e dei relativi parametri. Mentre, in precedenza, la Corte[56] aveva restituito gli atti al giudice *a quo* in ragione della giurisprudenza Cedu[57], peraltro in una quasi rilevata «inversione tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale di convenzionalità, a favore di quest'ultima». In tal senso la sostanziale irrilevanza delle norme convenzionali nel caso di specie in parte meraviglia e potrebbe condurre a formulare un giudizio a carico della Corte di «responsabile ritardo di una decisione nel merito che poteva essere presa già allora»[58]. In effetti, la Cedu, che era stata ragione di remissione degli atti al giudice *a quo*, diviene in definitiva irrilevante, in quanto la questione è risolta ricorrendo ai parametri costituzionali.

Una decisione paradigmatica, per quanto maggiormente qui interessa, rispetto alla configurazione del canone di ragionevolezza quale tecnica decisionale, che in sostanza si erge a parametro autonomo, nel giudizio sulle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto leggi che disciplinano l'inizio vita. Giudizio, canone, tecnica quella della ragionevolezza, che configura un autonomo parametro, ma che pure necessita di un adeguato e rigoroso impianto motivazionale, quando si insinua nel crinale della qualificazione delle differenziazioni di disciplina operate dal legislatore, quali

56 Corte cost., ord. n. 150/2012.

57 V. Cedu, caso S.H e altri c. Austria, dove la Grande Camera aveva riformato la decisione di primo grado.

58 A. Morrone, Ubi scientia ibi iura. *A prima lettura sull'eterologa*, su forumcostituzionale.it, 2014. Per G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, su giurcost.org, 2014 si ha da parte della Consulta con la sentenza n. 162 una sostanziale «rivendicazione a sé della competenza a censurare la legittimità costituzionale della legge del 2004, a fronte della significativa condanna comminata lo scorso 2012 dalla Corte di Strasburgo».

irragionevolmente discriminatorie o piuttosto rientranti nella sfera di legittimo esercizio della discrezionalità legislativa.

Certo, la ragionevolezza consente di «relativizzare» il parametro generalissimo dell'eguaglianza al fatto concreto, alla sua ricaduta «contestualizzata». È questo il delicato passaggio nella sentenza dall'affermazione del diritto in astratto al suo concreto, problematico bilanciamento. Evidenzia la Corte che per la «contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale». Il «più malato», il soggetto completamente sterile, si vedrebbe, nelle argomentazioni della Corte, privato della possibilità di avere figli, laddove proprio la fecondazione eterologa consentirebbe un tale risultato.

Peraltro, in tal senso, la Corte accede qui ad un modello di famiglia, lontano dalla sua configurazione tradizionale, a cui risulta spesso legata nella sua giurisprudenza, un modello di famiglia per definizione «aperta», che va oltre il legame classico di sangue almeno per uno dei genitori del futuro figlio che «proviene» da un gamete esterno alla coppia.

La Corte fonda l'irragionevolezza della scelta legislativa del divieto generale posto dalla legge di ricorrere alla fecondazione eterologa, da un lato, sul principio di autodeterminazione e sul diritto alla salute; parametri che vengono lesi, per l'irragionevole e quindi illegittimo bilanciamento che la legge ne fa rispetto a diritti e interessi contrastanti.

Il fatto che il divieto legislativo non sia «frutto di una scelta consolidata nel tempo»[59] è argomento, utilizzato dalla Corte, che appare invero, di per sé considerato, debole, ben potendo il legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità ritenere di vietare una condotta prima consentita nell'ordinamento.

Sull'autodeterminazione, la Corte afferma che «la scelta di tale coppia [con un componente sterile] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi»[60]. Il principio di autodeterminazione si erge ad autonoma libertà fondamentale, sicché «le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono

59 Punto 5 del Considerato in diritto.

60 «…libertà che… è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», mentre la Corte non richiama invece l'ampia ricostruzione dell'autodeterminazione nel sistema Cedu.

essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare *altrimenti* interessi di pari rango»[61].

La decisione di procreare per la Corte, anche in caso di «coppia assolutamente sterile o infertile», riguarda «la sfera più intima ed intangibile della persona umana» e quindi «non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera». Dunque, l'accesso alla tecnica di fecondazione assistita, mediante il ricorso ad un gamete esterno, rientra comunque nel contenuto della libera determinazione di procreare della coppia ad espressione della libertà di autodeterminazione della stessa.

Bisogna porre adeguata attenzione al passaggio, in cui si parla di «incoercibilità» dell'autodeterminazione[62]. L'autodeterminazione non è tanto, forse, una libertà costituzionale autonoma, ma si lega all'esercizio di *altra* libertà costituzionale, di cui rappresenta, nel relativo ambito, la capacità del soggetto titolare di liberamente determinarsi in quello spazio e che sempre incontra possibili limiti, purché certo ragionevoli. L'autodeterminazione, anche se definita incoercibile, non basta da sola ad ergersi a fondamento di un autonomo, non enumerato diritto alla maternità, ad avere figli in ogni modo e in ogni condizione. In ogni caso, comunque anche un'autonoma, «incoercibile» libertà di autodeterminazione incontra limiti come tutte le libertà fondamentali, dovendosene per l'appunto ritrovare il punto concreto di ragionevole, reciproco bilanciamento.

Inoltre, l'autodeterminazione nello spazio familiare, come fondamento dell'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, sembra quasi implicitamente presupporre – anche se la Corte invero espressamente lo nega[63] – una nozione di famiglia connessa alla presenza di figli.

L'ulteriore richiamo è al diritto alla salute che, come noto, e la Corte ribadisce, va inteso nel modo più ampio, non solo nel suo significato fisico, ma anche e soprattutto psichico[64]. In tal senso la Corte sottolinea che «in relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la

61 E la Corte qui richiama la sent. 332/2000.

62 Sulla configurabilità dell'autodeterminazione come diritto costituzionale, cfr. tra gli altri S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, su Forumcostituzionale.it, 2009.

63 «La Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» (considerato in diritto punto 6).

64 Come da consolidata giurisprudenza costituzionale, in parte richiamata nella stessa sentenza n. 162.

nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia», tenendo conto del fatto che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia».

Sull'altro versante del bilanciamento, invece, la Corte in sostanza richiama *solo* l'interesse «della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che potrebbe essere leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale o per la violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica». Interessi che è facile, per la Corte, «ridimensionare», nel complessivo bilanciamento, rispetto al principio di autodeterminazione e al diritto alla salute della coppia, evidenziando peraltro l'esistenza nell'ordinamento comunque di «perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro»[65].

Invero, nel configurare i termini generali del bilanciamento, poteva essere contenuto nella sentenza anche un riferimento agli embrioni umani, appositamente creati ai fini della fecondazione eterologa, uno solo dei quali va a proseguire il suo processo vitale sino alla nascita. Interesse che, pur non configurando certo un diritto assoluto, o un'istanza di tutela che non incontra limiti, rappresenta comunque, un interesse, che la Corte stessa riconosce, come visto, degno di considerazione e «ragionevole» tutela. L'interesse alla tutela degli embrioni, prodotti per l'accesso alla fecondazione eterologa andava anch'esso enunciato, nel ricostruire l'assetto generale dei diritti e interessi coinvolti nel legittimo bilanciamento, cui il legislatore è chiamato a dare ragionevole sistemazione. Ciò indipendentemente dalla soluzione poi trovata dinanzi alla Corte nel senso dell'illegittimità del divieto assoluto e generale di fecondazione assistita eterologa.

Comunque, così ricostruiti dalla Consulta i termini del bilanciamento, il giudice delle leggi considera incostituzionale il «censurato divieto, nella sua assolutezza», non per un'apodittica lesione di libertà di autodeterminazione e diritto alla salute, ma perché «risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco», che determina una lesione *in concreto* verificata, per l'appunto attraverso il canone della ragionevolezza, che dà spessore tangibile al parametro dell'eguaglianza, ritenuto leso nei suoi vari

65 V. Tigana, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, su penalecontemporaneo.it (Diritto penale contemporaneo), 2014.

risvolti di razionalità[66], manifesta iniquità, proporzionalità. Quanto però tali richiami siano davvero circostanziati, nelle argomentazioni della Corte, sul piano della concreta lesione, in assenza di una completa ricostruzione dei termini di bilanciamento, non è facile riscontrare.

Decisamente più convincente è l'argomentazione che riguarda la lesione del principio di proporzionalità, in ragione del divieto assoluto e generale, posto dal legislatore.

La proporzionalità, per definizione, come sottolinea la Corte[67], consente di riconoscere l'ambito dell'ampia scelta discrezionale rimessa al legislatore, per poi meglio valutare la concreta scelta operata dalla legge. La proporzionalità presuppone che gli strumenti scelti nella legge siano «proporzionati», per l'appunto, all'obiettivo e all'interesse tutelato dal legislatore stesso[68].

Ora, lo scopo della legge sulla fecondazione assistita, dichiarato in apertura della legge 40, ricorda la Corte, è quello «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», sic-

66 La Corte nella sentenza ravvisa la lesione del «canone di razionalità dell'ordinamento», che viene rintracciato nell'«esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità […] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (richiamando anche sent. 87/2012).

67 «Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi "attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti"». Di qui anche il richiamo a Corte cost., sent. 1130/1988.

68 Peraltro, nella sentenza in esame in tema di inizio vita, viene richiamata la nota sentenza n. 1/2014, che ha sancito la parziale incostituzionalità della legge elettorale, nella definizione del test di proporzionalità, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». In tal senso, la Corte sembra sottolineare come il rapporto tra mezzi prescelti dal legislatore e obiettivo perseguito caratterizza il funzionamento del principio, *test* di proporzionalità, indipendentemente dal campo di applicazione dello stesso.

ché risulterebbe del tutto sproporzionata e irragionevole «la preclusione assoluta» di accesso alla tecnica di procreazione assistita di tipo eterologa, che «introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*».

In una analitica ricostruzione della *ratio* della legge n. 40, la finalità della «soluzione dei problemi riproduttivi» si accompagna, come noto ed ampiamente discusso, nello stesso articolo di apertura, al richiamo espresso del fine di tutela dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Anche in questa parte della decisione della Corte, quando la ragionevolezza assume la veste concreta del *test* di proporzionalità, nella ricostruzione del rapporto tra gli strumenti (divieto assoluto di fecondazione eterologa) e finalità della legge, la considerazione dell'interesse del concepito, pur costituzionalmente fondato, resta invero al di fuori dell'argomentare giuridico della Consulta, che riduce l'interesse dell'embrione, degno di tutela costituzionale, al semplice diritto del nato a conoscere le origini biologiche o al mero rischio psicologico del nato da fecondazione eterologa. Si tratta invero di un interesse costituzionale, su cui la stessa giurisprudenza del giudice delle leggi, come visto, si è soffermata, e che al di là della questione relativa alla natura del relativo «statuto»[69], costituisce esso stesso un ineludibile termine da tenere in adeguata considerazione nel bilanciamento, richiedendo sempre un'espressa e più larga considerazione nel delineare i termini del ragionevole bilanciamento, che pure lo può vedere soccombere, come detto, rispetto ad altri diritti ed interessi.

Volendo ricordare, infine, un ulteriore elemento di irrazionalità della scelta legislativa la Corte rileva anche «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla *capacità economica* delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi». Argomento bello ed affascinante quanto pericoloso, che non può che essere considerato *ad adiuvandum*, nel ragionamento della Corte, perché lo stesso motivo, considerato quale autonoma causa di irragionevolezza della scelta legislativa, sarebbe in grado di comportare, almeno portando alle estreme conseguenze un tale argomentare, l'incostituzionalità

69 Statuto biologico, etico e giuridico, su cui diverse sono le posizioni, irto di complessità, ma che non per questo può essere semplicemente tenuto in silenzio.

potenziale di ogni disciplina restrittiva di un diritto in Italia, che abbia in altra parte del mondo diverso e più ampio statuto giuridico.

L'esclusione dell'accesso alla fecondazione eterologa è, in definitiva, irragionevole e sproporzionata, nella ricostruzione della Corte, quando riferita a coppie, in cui un componente sia affetto da una patologia che causi sterilità o infertilità, che non possa essere curata. In tale situazione, l'autodeterminazione della coppia non può essere ragionevolmente limitata da altri interessi concorrenti. La Corte riduce però tali interessi concorrenti, in sostanza, solo a quelli della «persona nata dalla PMA di tipo eterologo», lesa nel suo diritto «a conoscere la propria identità genetica» o per il «rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale». Mentre andava forse considerato anche il dato che, nell'ambito della fecondazione eterologa, in cui il «diritto» a procreare viene per un genitore a realizzarsi al di là di una genitorialità genetica, rileva quale termine di bilanciamento anche l'interesse degli embrioni umani, prodotti nel quadro di una procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, a proseguire il loro processo vitale. Tale interesse, a cui è da riconoscere ancoraggio costituzionale e che, come visto, risulta comunque recessivo con i diritti di chi è già nato, non viene qui espressamente considerato ai fini del vaglio del ragionevole bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali a fondamento del controllo sul legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore.

La considerazione dello specifico interesse costituzionale dell'embrione umano a proseguire il suo processo vitale non giustifica di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di persone affette da sterilità o infertilità, ma di certo può giustificare il divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute e che non possono essere coperti dal semplice, generico richiamo all'autodeterminazione.

Peraltro, la irragionevolezza del divieto legislativo legato alle condizioni di salute relative all'infertilità e sterilità non curabile si riconnette, sullo stesso piano costituzionale, all'evidenza medico-scietifica di tali patologie[70]. Ciò appare inevitabile, ma non per questo si traduce in una «carta bianca», come efficacemente rilevato[71], rilasciata alla scienza, dovendo necessariamente risultare le relative pratiche ancorate nell'ordina-

70 A. Morrone, Ubi scientia ibi iura. *A prima lettura sull'eterologa*, su forumcostituzionale.it, 2014.

71 A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, su forumcostituzionale.it, 2014.

mento, a partire dai valori costituzionali, dalla relativa normativa, anche deontologica, così come «vive» nelle interpretazioni dei giudici.

3. Nelle questioni di inizio vita, il pervasivo canone o principio di ragionevolezza svolge, come visto, un ruolo fondamentale anche nell'opera di sostanziale riscrittura della legge n. 40/2004 su diversi, significativi aspetti.

È la Corte stessa, nella sua giurisprudenza, a ritenere costituzionalmente necessaria la presenza di una disciplina legislativa delle principali questioni bioetiche, dove sono coinvolti plurimi interessi di rilievo costituzionale. Se l'intervento di una disciplina legislativa è necessaria, altra questione è quella relativa ai limiti che incontra la relativa legge per essere *ragionevole*, soprattutto quando questa intenda maggiormente tutelare, nell'esercizio della propria discrezionalità, alcuni diritti e interessi coinvolti nel bilanciamento, prediligendo l'adozione di strumenti e l'imposizione di limiti funzionali alle finalità e obiettivi dichiarati dalla legge[72].

Non vi è dubbio che il fenomeno riproduttivo sia naturale crocevia fra libertà e limiti ed alcuni divieti possono forse essere considerati anche come «limiti necessari»[73]. Ma se dall'affermazione di principio si passa alla possibile casistica in concreto il tema si complica nella qualificazione del limite, riferito all'esercizio di una libertà, quale «necessario» o invece al contrario irragionevole.

La questione vera si pone sul piano dei contenuti, limiti e modalità di esercizio dei diritti, più che sul piano scivoloso del riconoscimento di ulteriori libertà, quale ad esempio l'autonomo diritto all'autodeterminazione della coppia o il diritto a procreare.

Anche a volere ritenere che la Costituzione tuteli un autonomo «diritto» alla maternità, *rectius* alla genitorialità, inclusivo, nei suoi contenuti, dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita[74], la vera questione centrale, in una «bioetica costituzionale», si pone sul piano del concreto

72 Soprattutto qualora il legislatore giunge a prediligere «un punto di vista etico/religioso». Cfr. G. Di Cosimo, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso*, in *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Quaderni di biodiritto, 2013, 13 ss.

73 G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino 1999, 27 ss. rileva come, rispetto all'attività riproduttiva con ricorso alle tecnologie, non possono non individuarsi anche dei «limiti necessari all'autonomia del soggetto», ad esempio, in tema di «fecondazione artificiale *post mortem*» (*op. ult. cit.*, 41 ss.).

74 E nell'analizzata sentenza n. 162 «l'accesso alle tecniche di PMA, di tipo omologo e/o eterologo viene inteso come una forma di (necessaria) concretizzazione del diritto alla genitorialità, in relazione a soggetti... affetti da patologie». Così, V. Baldini, *op. cit*., 6 s.

bilanciamento delle forme e limiti di esercizio degli stessi[75], prima ancora che rispetto all'astratto riconoscimento degli stessi autonomi diritti.

Su di un tale piano, di fronte alle scelte fatte dal legislatore, il giudizio di ragionevolezza trova nuovi importanti applicazioni in tema di bioetica, come mostra, in modo esemplare, proprio la sentenza n. 162/2014[76]. Questo non deve tanto fare immaginare un nuovo e diverso canone di ragionevolezza della Corte, riempito di contenuti dalla ricerca scientifica. Non la scienza, ma la Corte resta anche in tema bioetico custode della ragionevolezza delle scelte legislative[77].

Di fronte al divieto generale di fecondazione eterologa in caso di infertilità o sterilità non vi è tanto la questione di un legislatore «ridotto quasi al silenzio»[78], quanto quella di un legislatore che, nello Stato pluralista, trova un proprio spazio di regolazione in campo bioetico, che, anzi, deve costituzionalmente (sapere) necessariamente riempire, nel rispetto dei principi supremi di fronte a così delicati bilanciamenti.

Il legislatore è costituzionalmente obbligato non all'astensione, ma ad intervenire nelle questioni bioetiche, nell'assetto di una forma di Stato pluralista, in cui il pluralismo è principio supremo, che si erge a canone assiologico interpretativo degli altri principi e libertà sanciti dalla Costituzione. Il legislatore deve quindi rifuggire scelte troppo radicali che si esprimano ad esempio in divieti e limiti generali ed assoluti che, difficilmente supererebbero il controllo dinanzi al «custode della ragionevolezza», comportando un'illegittima compromissione di un termine del bilanciamento. Ciò soprattutto laddove la politica si esprima in un'ottica ideologicamente predeterminata in direzione di imporre una data visione valoriale, lesiva del

75 F. Pastore, *Il diritto di procreare: natura, titolarità, limiti*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Torino 2004, 159 ss.

76 S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, su Forumcostituzionale.it, 2014. V. anche C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, su confronticostituzionali.eu, 2014.

77 Sul rapporto tra scienza e giurisprudenza nel dibattito bioetico, v. da ultimo le relazioni di R. Balduzzi, C. Casonato, L. Chieffi, S. Penasa, in Atti del convegno su *La Medicina nei Tribunali*, Seconda Università degli studi di Napoli, 5 febbraio 2015. V. già *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino 2005.

78 M. G. Rodomonte, *È un diritto avere un figlio?*, *cit.*, parla di un legislatore «stretto» tra «il rispetto dell'autodeterminazione della coppia, le conquiste della scienza e le decisioni in merito alla razionalità della legge, queste ultime esclusivo appannaggio della Corte costituzionale».

pluralismo e dello spazio di autodeterminazione della persona, ineludibile estrinsecazione della propria dignità.

La legittima tutela dell'interesse costituzionale alla tutela dell'embrione umano non può compromettere, in un ragionevole bilanciamento, il nucleo essenziale di diritti fondamentali di chi è già persona. Ma anche l'interesse costituzionale alla tutela dell'embrione umano è degno di rilievo costituzionale e può condurre ad individuare limiti ragionevoli all'esercizio della discrezionalità legislativa, che però non compromettano, nel ragionevole bilanciamento, diritti e libertà di chi è già persona, a partire dalla libertà personale della madre, dalla più generale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata o dalla stessa libertà di ricerca scientifica.

La giurisprudenza della Corte, sia quando pienamente condivisibile come nella sentenza 159 sia quando più discutibile come nella sentenza n. 162[79], non nega spazi all'esercizio della discrezionalità legislativa, ma indica paletti per un ragionevole esercizio della stessa[80].

Nella disciplina delle questioni bioetiche, nello Stato costituzionale pluralista, all'estremo opposto dello Stato etico, occorre ricondurre il dibattito politico, e quindi l'esito dello stesso nel dettato legislativo, in una visione capace di muoversi nel rispetto dei diversi e contrapposti diritti coinvolti.

Se questa non può che essere l'aspirazione ideale a quale tendere, è anche vero che ineludibilmente, nelle concrete questioni, si apre uno spazio, nell'individuazione del punto di bilanciamento, di possibili ambiti di contrasto tra scelte normative e ruolo, che naturalmente incontra esso stesso dei limiti, del sindacato giurisdizionale.

Ciò è da considerarsi, entro certi limiti, quasi fisiologico. Se i divieti assoluti e generali, che non consentono di distinguere la diversità delle situazioni, posti nella legge in campo bioetico possono risultare spesso irragionevoli, perché nel bilanciamento non tengono conto di tutti i contrastanti interessi coinvolti[81], è anche vero che la possibilità di porre limiti e

79 Almeno nella ricostruzione *supra* elaborata.

80 L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, su Rivista AIC, 2/2014, 5 invero rileva come si abbia ormai «una significativa restrizione degli spazi di incidenza della normazione primaria proprio in quei settori (la bioetica e le scelte eticamente controverse) in cui dare preminenza alle scelte del legislatore».

81 C. Casonato, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Trento, 96 sottolinea che «il biodiritto contemporaneo si caratterizza per essere materia che rifugge le discipline assolute e fondamentaliste, quelle – per così dire – "senza se e senza ma", e che si connota per soluzioni che dipendono di volta in volta da delicati equilibri e bilanciamenti di interessi diversi».

fissare modalità e garanzie, nelle relative procedure, continuano a rientrare di certo nella discrezionalità legislativa. Anzi, stante l'analizzata natura costituzionalmente necessaria della legge sulla fecondazione assistita, sarebbe egualmente irragionevole un legislatore che, per ipotesi di scuola, passasse dal porre divieti generali ed assoluti a «liberalizzare», per esempio, ogni pratica, e per qualsiasi ragione e finalità, di diagnosi reimpianto o di fecondazione eterologa e maternità surrogata.

Lo spazio da assegnare alla regolamentazione normativa in tali ambiti costituisce esso stesso scelta rimessa alla politica: ma anche rispetto a tale scelta la Costituzione non è indifferente. Il «principio di autodeterminazione», sulla cui possibilità di ricostruirlo in Costituzione in modo autonomo o solo in esercizio di altro diritto costituzionale enumerato si è sopra discusso, non può certo invocarsi per ritenere di non doversi dare alcuna, specifica disciplina giuridica alle questioni bioetiche, di maggiore rilievo.

Se ci troviamo di fronte ad ambiti di «normativa costituzionalmente necessaria», come sottolinea la Corte già nel 2005 e ribadisce nella sentenza n. 162/2014, l'assenza di una qualche disciplina, sia pure «a maglie larghe», che comunque assicuri contemperamento tra certezza del diritto e applicazione flessibile al caso concreto, costituirebbe un *vulnus* per l'ordinamento costituzionale.

Non solo non è auspicabile, ma neppure costituzionalmente consentito, tornare ad un sostanziale vuoto di disciplina legislativa dell'inizio vita. Da evitare il rischio di una diretta, illimitata interpretazione delle istanze provenienti dal corpo sociale da parte dei giudici, i quali, in assenza di una disciplina normativa settoriale, non possono che ricorrere direttamente all'applicazione dei principi anche di rango costituzionale, adottando soluzioni che ben possono essere, esse stesse, irragionevoli e criticabili quanto e più di quelle della politica. Si possono ricordare, al riguardo, in assenza della legge n. 40, le decisioni, anche contrastanti, adottate dai giudici civili in tema di maternità surrogata[82] o fecondazione *post mortem*[83].

D'altro canto, la disciplina delle questioni bioetiche non può risolversi nella tipizzazione normativa di ogni possibile condotta al fine di consen-

82 Il Tribunale civile di Roma, giudice unico, ord. 17 febbraio 2000, in *Guida dir.*, 9, 2000, 74 ss. autorizzò il ricorso alla maternità surrogata mediante il cosiddetto «utero in affitto», ricostruendo spazi di un possibile «diritto a procreare», che assumeva anche il significato «di essere madre senza gravidanza», in quanto sarebbe stato possibile ricavare direttamente dall'interpretazione dei principi dell'ordinamento giuridico, la liceità del contratto di maternità surrogata e della relativa prestazione medica.

83 Tribunale di Palermo, ord. 29 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 4, 1999, 90.

tire o vietare le infinite situazioni e condotte bioeticamente rilevanti[84]. In questi campi, occorre una disciplina normativa la più «flessibile» possibile, rispetto a frontiere mobili, mai statiche, ma in dinamica evoluzione, come sono quelle della bioetica[85].

La sede naturale dell'individuazione dinamica di tali «nuove frontiere del diritto»[86], in uno Stato di democrazia pluralista, non può che essere il Parlamento, dove bilanciare gli inevitabili conflitti tra contrapposti diritti e interessi tutti aventi dignità costituzionale. Spetta al Parlamento, prima ancora del *quomodo*, decidere l'*an*: non solo *come*, ma anche *se* disciplinare la questione bioetica o lasciarla, al di fuori dell'espressa regolazione normativa, allo spazio di autodeterminazione della persona. Ma se è vero che le regole sulla vita si muovono «tra diritto e non diritto»[87], è anche vero, come sottolineato ed espresso dalla Corte[88], che una legge sull'inizio vita è costituzionalmente necessaria.

Certo, occorrerebbe nella società un *humus* assai fertile, per potere trasporre, mediante un dibattito plurale, il «precipitato etico» in diritto all'esito della mediazione politica. Etica e diritto si pongono su versanti distinti[89]. Ma l'elaborazione della regola giuridica non è una monade rispetto al dibattito etico. Ed è la politica, infatti, a segnare in concreto il processo e i futuri contenuti di questo «precipitato».

La politica avrà però fallito, sul piano della ragionevolezza della relativa scelta, laddove avrà cercato di imporre proprie soluzioni in realtà «etiche», o addirittura religiose, sia pure adottate secondo i meccanismi del principio

---

84 Una siffatta disciplina legislativa rischierebbe comunque, in ragione della velocità del progresso medico-scientifico, di tradursi in regole ben presto superate.

85 Frontiere della bioetica è espressione utilizzata nel titolo del libro con prefazione di G. Berlinguer, *Le frontiere della bioetica. Domande e risposte su nascita, genetica, clonazione, salute*, a cura di E. Mancini, A. Morelli, Napoli 2004.

86 *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con *Introduzione* di P. Barcellona, Bari 2001. Nei brevi contributi emergono considerazioni fondamentali sui temi della bioetica e dell'inizio vita, quali: «l'inevitavile subordinazione del diritto alla tecnica" (E. Severino, 15), ma al tempo stesso l'intrinseca «politicità delle decisioni» (A. Catania, 25), «il paradosso di limiti superabili» (E. Resta, 43), il pericolo dell'«illimitatezza dei desideri ed erosione delle norme» (R. BODEI, 59) o anche «l'oltrepassamento della soglia dei desideri» (G. Marramao, 73) e «proliferazione dei desideri» (F. CIARAMELLI, 81), nel quadro del tema di scenario dei limiti al contenuto del diritto (F. MODUGNO, 123).

87 Volendo qui parafrasare S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006.

88 V. *supra*.

89 «La legge morale vive nella coscienza individuale» scrisse la Corte cost., sent. n. 9/1965, parafrasando Kant.

maggioritario, che nella bioetica rischiano di ridursi a meri simulacri di democrazia, quando non rispettose dei principi fondamentali dell'ordinamento pluralista.

Se questo avviene, non si sarà fatto altro in definitiva che spostare il tempo ed il luogo naturale della scelta ragionevole, al momento patologico del sindacato dinanzi al giudice delle leggi, per riscrivere con l'inchiostro della Costituzione la legge illegittima, seppure approvata in Parlamento semmai a larga maggioranza[90]. L'assolutismo dei valori della propria appartenenza trova forse ragione nell'elaborazione etica o religiosa, ma anche laddove coincidente con una maggioranza parlamentare, non ha spazi di legittimo esercizio nel diritto. Ed è questo un rischio che va particolarmente rifuggito nelle questioni bioetiche.

Le contrapposizioni ideologiche impediscono il raggiungimento di un accordo politico, perché viene negata in radice la dignità delle posizioni dell'avversario e dunque ogni spazio di possibile confronto, che è l'essenza stessa della politica in una democrazia pluralista. Emerge così l'esigenza, da un lato, di un ampio, per quanto possibile, consenso politico, al di là della mera numerica maggioranza parlamentare[91], ma anche di una normativa a maglie larghe, di un diritto mite, che lasci ragionevole spazio all'autodeterminazione della persona e alla flessibile applicazione del diritto al caso concreto sia nella pratica medica sia dinanzi ai giudici[92].

Il fatto è che, come magistralmente rilevato, «la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da "un'etica dei più", imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure

90 Da tempo, viene rilevata in modo condivido «la debolezza di un impianto affidato unicamente al principio di maggioranza». S. Rodotà, *Introduzione*, *op. cit.*, XI.

91 Importanti gli strumenti di maggiore partecipazione, nel rispetto, su di un piano generale, di un «principio di sussidiarietà quale metodo di legislazione»(P. Torretta, *Qualità della legge* e *informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, cit., 182.). Una tale partecipazione, ad un dibattito «altamente politico», consentirebbe di garantire se non anche un consenso alla futura disciplina, una preventiva, sorta di «analisi di impatto sociale» della stessa.

92 Da tempo, ampia dottrina sottolinea la necessità di ricorrere ad un tale modo di normare in tema di bioetica. Per alcuni riferimenti a tale posizione, v. già L. Buffoni, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della «sovranità» dell'individuo nella produzione giuridica*, in Osservatoriosullefonti.it, 2/2010, 6, spec. nt 29, che richiama in tal senso scritti di Rodotà, Chieffi, Perlingieri, Casonato, Rimoli, Veronesi, Gambino, Gianformaggio, Manfrellotti, Patroni Griffi.

maggioritarie»[93]. La «costruzione del *consenso valoriale*»[94] è la prospettiva migliore del legiferare in bioetica. Senza un tale modo di procedere, ponderare nel legiferare, ridurre a sintesi ragionevole i contrapposti diritti e interessi costituzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici, non senza rischi e pericoli[95] anche nella sede del controllo di ragionevolezza.

93 S. Rodotà, riportato da C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 156.

94 P. Giustiniani, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Napoli 2008, 122 ss., spec. 129.

95 Sino alcuni ad adombrare un «giudice legiferante». L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, *cit.*, 10.

Mauro Fusco

COSA RESTA DELLA LEGGE 40. BILANCI E PROSPETTIVE A DIECI ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA ITALIANA SULLA PROCREAZIONE ASSISTITA

La legge 40/2004 costituisce senza ombra di dubbio uno dei provvedimenti legislativi più controversi della storia repubblicana. Frutto di un dibattito parlamentare iniziato alla fine degli anni '50 e che dal 2000 in poi ha assunto toni che sarebbe quantomeno eufemistico definire accesi, la normativa italiana in materia di procreazione assistita è sicuramente l'emblema di come nel nostro paese sia difficile legiferare su temi di bioetica. A tal riguardo le maggioranze risicate in parlamento (nella votazione definitiva al Senato del 10.2.2004 la legge veniva approvata con 277 voti favorevoli, 222 contrari e 3 astenuti), unitamente al risultato controverso dei quattro referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2005 (in cui si riscontrava una netta vittoria dei sì con circa undici milioni di voti, ma con una percentuale di votanti ferma al 25,9%), erano già una evidente dimostrazione di come il testo approvato fosse tutt'altro che un testo condiviso.

La relativa approvazione fu tuttavia possibile grazie ad una maggioranza trasversale frutto di una stagione politica in cui, dopo la dissoluzione dei partiti di centro, tradizionalmente cattolici, entrambi i maggiori schieramenti parlamentari hanno tentato di accaparrarsi il favore dell'elettorato moderato, ritenuto particolarmente «sensibile» a determinate problematiche. Per tale motivo, nell'ormai lontano 2004, tra i sostenitori del testo poi approvato si sono annoverati non solo i partiti di centrodestra, tradizionalmente conservatori, allora al governo, ma anche alcuni partiti ed esponenti di centrosinistra che hanno in tal modo ritenuto opportuno accogliere le istanze dei propri elettori cattolici.

Del resto, fin dagli albori[1] era abbastanza evidente che la legge 40 fosse chiaramente ispirata da valori (soprattutto per quel che concerne la po-

1 Cfr. la proposta di l. n. 47/2001 presentata dall'On. Giancarlo Giorgetti. Il testo originario, successivamente confluito nel testo unificato, si apriva con l'affermazione del principio per cui «*ogni soggetto umano ha diritto alla tutela attiva della vita e della salute dalla fecondazione dell'ovulo alla morte*», a cui

sizione del nascituro), indubbiamente riconducibili agli insegnamenti del Magistero della Chiesa, al punto da essere da più parti definita una «legge cattolica»[2]. Senza addentrarsi più di tanto sui molteplici significati e sfumature che la locuzione «legge cattolica» può assumere[3], è innegabile, tuttavia, che la normativa italiana sia quantomeno qualificabile come una normativa ideologicamente orientata e, per usare un'espressione di uno dei suoi più autorevoli sostenitori, l'ex presidente del C.N.B. Francesco D'Agostino, «*non eticamente neutrale, dato che sceglie di difendere un principio etico ritenuto fondamentale (il rispetto della vita in generale e di quella nascente in particolare)*»[4].

Sotto un diverso profilo è parimenti innegabile, inoltre, che, nel bilanciamento degli interessi contrapposti che emergono nell'applicazione di tecniche di procreazione assistita (quelli della madre e quelli del nascituro innanzitutto), la normativa italiana fosse nata con l'intento prioritario di tutelare principalmente l'embrione rispetto alla madre al punto che autorevole dottrina ha correttamente rinvenuto «*uno "sbilanciamento" ai danni di quest'ultima sotto il profilo della tutela dell'embrione*»[5]. Ne sono l'emblema le disposizioni normative che, in relazione agli embrioni, vietano la sperimentazione (art.13, co.1), gli interventi non aventi finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche (art.13, co.2), ogni forma di selezione a scopo eugenetico (art.13, co.3), la crioconservazione (salvo limitatissime ipotesi) e la soppressione degli stessi (art.14, co.1), la creazione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre (art.14, co.2), nonchè la

---

seguiva una regolamentazione estremamente restrittiva. La relativa relazione di accompagnamento così si apriva: «*Onorevoli colleghi! La presente proposta di legge, che pone le premesse per lo statuto dell'embrione umano e stabilisce a quali condizioni è lecita la procreazione medicalmente assistita, si basa su tre concetti fondamentali: 1) l'embrione umano è soggetto umano in atto fin dalla fecondazione dell'ovulo; 2) la difesa dell'istituto familiare, quale cellula fondamentale della società e centro vitale per la continuità della specie; 3) la difesa del diritto del nascituro ad avere un padre e una madre che lo allevino, lo amino, lo educhino e gli assicurino il necessario sostentamento fino alla maggiore età*».

2 Tra i tanti si ricorda C. Flamigni, *Sulla «legge cattolica» per la fecondazione assistita in Italia*, in «*Bioetica*», 2003, 4, 733 ss.

3 Per tali aspetti si rinvia a A. Vicini, *Procreazione medicalmente assistita in Italia*, in P. Giustiniani (a cura di), *op. cit*., 166 ss.; M. Aramini, *La fecondazione artificiale: che cosa dice la legge e che cosa insegna la Chiesa*, Casale Monferrato, 2004.

4 C. Donisi, *Prime note sulla disciplina legislative della procreazione medicalmente assistita*, in P. Amodio, *op. cit*., 69.

5 C. Donisi, *Prime note sulla disciplina legislative della procreazione medicalmente assistita*, in P. Amodio, *op. cit.*, 69.

riduzione di gravidanze plurime, salvo le ipotesi della l.194/78 (art.14 co.4), le numerose restrizioni nella disciplina dell'accesso alle tecniche (artt. 4 e 5) ed il divieto assoluto a qualsiasi forma di procreazione di tipo eterologo (art.4, co.3), che di fatto precludeva nel nostro paese la procreazione alle coppie in cui uno dei partners fosse affetto da sterilità assoluta.

Alla luce di quanto esposto, è chiaro che sin dagli inizi la legge 40 non rispettasse minimamente quei tre requisiti fondamentali che una buona legge in campo bioetico dovrebbe avere, efficacemente sintetizzati dal Prof. Raffaele Prodromo in: «*essere applicabile agevolmente dagli addetti ai lavori essendo poi rispettata da tutti senza discriminazioni; non scendere in dettagli tecnici che potrebbero risultare presto obsoleti vista la velocità del progresso biomedico; evitare i punti eticamente più controversi e ricercare valori comuni ampiamente condivisi*»[6]. Va inoltre aggiunto che sia la legge sia le successive linee guida lasciano molto a desiderare non solo sotto il profilo della tecnica legislativa (per la mancanza di definizioni certe ed uso improprio ed ambiguo di alcuni termini medici), ma anche per quel che concerne i contenuti. Ne sono testimonianza le numerose critiche provenienti da esponenti anche autorevoli del mondo scientifico, dagli ordini dei medici, da associazioni di settore e da scienziati di indubbia fama[7], le cui indicazioni, anche nel corso del processo di formazione della legge, non sono state quasi mai prese in considerazione da Camera e Senato.

Ma se i parlamenti ed i governi succedutisi dal 2004 ad oggi si sono rivelati insensibili di fronte alle lacune ed alle incongruenze della legge 40, nonché ai molteplici dubbi di costituzionalità della stessa, altrettanto non può essere detto della Magistratura che, sin dai primi mesi dall'entrata in vigore della legge, si è espressa con pronunzie di ogni ordine e grado aventi ad oggetto le disposizioni maggiormente controverse della normativa. Tra le pronunzie più significative ricordiamo innanzitutto la sentenza n. 398/2008[8] con cui il T.A.R. Lazio ha ritenuto illegittima «*la disposizione delle Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita approvate con D.M. 21 luglio 2004 nella parte riguardante le Misure di Tute-*

6 R. Prodomo, *Quale etica pubblica per la procreazione assistita?*, in P. Giustiniani, (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, Napoli, 2005, 123 ss.

7 Si veda, sul punto, AA.VV., *Una sconfitta per tutti*, in «*Bioetica*», 2004, 1, 78 ss.

8 TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sent. n. 398 del 21.1.2008 pubblicata sulla rivista giuridica *on line Diritto e Giustizia* del 29.1.2008 con nota di M. Fusco, *Diagnosi preimpianto: oggi si può? Le situazione dopo il cambio di rotta del T.A.R. Lazio*. La sentenza TAR riprende principi già affermati in precedenza da Tribunale di Cagliari, ordinanza del 24.9.2007, e Tribunale di Firenze, ordinanza del 17.12.2007.

la dell'embrione laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 13, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale» e le sentenze della Corte Costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009[9] e n. 162 del 9.4.2014, con cui la corte ha dichiarato l'illegittimità rispettivamente dell'articolo 14, comma 2, nella parte in cui prevedeva che l'obbligo di effettuare un «*unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre embrioni*» e del comma 3 dello stesso articolo, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna, nonché degli articoli 4 comma 3, 9 commi 1 e 3 e 12 comma 1, che prevedevano il divieto assoluto di fecondazione attraverso donatori esterni e sanzioni per i medici che la avessero praticata.

Tale ultima pronunzia scaturisce dalle le molteplici ordinanze con cui le corti di merito hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale in ordine al contestatissimo divieto alla fecondazione eterologa[10] e segue le altalenanti pronunzie della Corte Europea dei Diritti Umani in ordine all'analoga proibizione contenuta nella legislazione austriaca. In proposito una prima pronuncia la CEDU[11] aveva fatto sperare sull'abolizione del divieto, ravvisando una violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione sul rispetto della vita privata e familiare e ritenendo che «*le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale delle tecniche non sono di per sé ragioni sufficienti per un divieto assoluto per una specifica tecnica di procreazione come l'ovodonazione. Tali ragioni devono essere particolarmente gravi laddove si decida di ammettere o meno l'accesso alla procreazione in generale, e la Corte rileva che non vi è alcun obbligo*

9 Cfr. Corte Cost. n. 151 dell'8.5.2009, pubblicata sulla rivista giuridica *on line Diritto e Giustizia* del 12.5.2009.

10 Da ultimo Tribunale di Catania, sez. I Civile, ordinanza 13 aprile 2013, nella rivista giuridica *on line Diritto e giustizia* del 30.4.2013 con nota di M. Fusco, *Fecondazione eterologa: la parola (di nuovo) alla Consulta*, Tribunale di Milano, ordinanza dell'8.4.2013, Tribunale di Firenze, ordinanza del 29.3.2013.
In passato sulle analoghe ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze del 6.9.2010, di Catania del 21.10.2010 e di Milano del 2.2.2011, la Corte Costituzionale si pronunciava, negativamente, con l'ordinanza n. 150 del 22.5.2012, contenente l'invito ai giudici a quo, a rivalutare la questione della legittimità dell'eterologa «*alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo*» nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani del 3 novembre 2011.

11 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I., Case of S. H. and others v. Austria (Application no. 57813/00), 1.4. 2010.

per uno stato di adottare una legislazione che consenta la procreazione artificiale. In ogni caso, laddove venga presa la decisione di consentire la procreazione artificiale, nonostante l'ampio margine di discrezionalità con cui la questione è stata affrontata dagli stati contraenti, la cornice legislativa stabilita a tal proposito deve essere delineata in un modo coerente, che consenta che i diversi interessi coinvolti siano presi in considerazione adeguatamente e nel rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione».

Tuttavia, in seguito al ricorso presentato dal governo dell'Austria con l'intervento *ad adiuvandum* dell'Italia e della Germania, la Grande Camera[12] della medesima Corte ribaltava la decisione affermando che il divieto austriaco «*perseguisse uno scopo legittimo, segnatamente la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui*» e che «*il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale. Ne consegue che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione*».

Nonostante il passo indietro compiuto dalla Grande Camera, per quanto concerne il nostro paese il divieto alla fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 comma 3 della legge 40 e sanzionato dal successivo art. 12 comma 1, soccombeva sotto la «scure» della Corte Costituzionale con la recente sentenza n. 162/14[13], sulla quale vale senz'altro la pena di soffermarsi, seppur brevemente.

Il percorso argomentativo dell'ultima pronunzia della Corte Costituzionale si snoda, infatti, attraverso i punti cruciali che sono alla base del dibattito in materia di procreazione di tipo eterologo, per giungere alla conclusione che il divieto di tali tecniche sia privo di adeguato fondamento costituzionale.

Partendo dalla suggestiva premessa «*che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita* i giudici delle leggi hanno preliminarmente evidenziato che: "*La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata*

12 Cfr. Sentenza Grande Camera della Corte di Strasburgo, resa il 3.11.2011.

13 Cfr. Corte Costituzionale n. 162 del 9.4.2014 pubblicata il 10.6.2014, nella rivista giuridica *on line Diritto e giustizia* del 13.6.2014 con nota di M. Fusco, *Il divieto alla fecondazione eterologa è incostituzionale. La scure della Consulta sull'ultimo baluardo della legge 40.*

mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera"». Sulla base di tale presupposto viene dunque affermato che non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo e che «*l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data»*. Sotto tale profilo la legge è incostituzionale in quanto penalizzerebbe ingiustamente le coppie affette da una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute.

Sul delicato tema dello status della persona nata dalla PMA di tipo eterologo e della relativa regolamentazione, la Corte, dopo aver escluso l'applicabilità di una serie di «ordinanze tampone» risalenti alla fine degli anni 90 e poi più volte prorogate[14], ha correttamente evidenziato che i profili concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori sono già regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004. In particolare si ritiene possibile estendere anche al nato da eterologa le previsioni di cui all'art. 8, comma 1, che gli attribuisce lo status di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto, che si aggiungono alle previsioni di cui all'art.9, già presenti nel testo originario per le ipotesi in cui fossero stati eseguiti trattamenti di PMA eterologa *contra legem* (di solito all'estero). In tali ipotesi l'art.9 impediva, ed impedisce tutt'ora: al coniuge o al convivente il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, o l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice; alla madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita la possibilità di dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396; al donatore/donatrice di gameti di acquisire alcuna

14 Circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), Ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

relazione giuridica parentale con il nato. Completano la regolamentazione della PMA eterologa le norme vigenti in materia di donazione di tessuti e cellule umani (con riferimento agli aspetti della gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario).

Per quanto concerne la delicata questione del diritto all'identità genetica, la Consulta richiama gli orientamenti giurisprudenziali e legislativi già emersi in tema di adozione circa l'*an* ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato ed al già intervenuto superamento del dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva[15].

Alla luce di tali considerazioni, il censurato divieto viene ritenuto «*il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento*» in quanto «*cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite*».

Non manca, infine, la Corte di affrontare la delicata questione del cd. «turismo procreativo», affermando che la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, realizza «*un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi*». Evidente, a riguardo è come il giudice costituzionale si sia reso conto che la facilità con cui può essere realizzata la donazione, soprattutto per quanto concerne gli spermatozoi, aveva, di fatto, introdotto un'ulteriore discriminazione tra le coppie, dovuta alla capacità economica di affrontare quei viaggi in uno dei tanti paesi[16] in cui tali tecniche sono consentite.

---

15 cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 278 del 2013. Si veda, sul punto anche l'art. 28, commi 4 e 5, della l. 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013).

16 In Europa il divieto assoluto all'eterologa è presente soltanto nelle legislazioni di Austria, Lituania e Turchia mentre Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera

Per tali motivi, viene dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 3, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché l'art. 12, comma 1, che puniva con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente

L'inadeguatezza dei divieti dalle legge 40 non si limita, tuttavia alla situazione peculiare delle coppie sterili o infertili ma si estende anche a quella delle coppie portatrici di malattie trasmissibili al nascituro. Con la pronunzia del 28 agosto 2012[17], la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, infatti, sanzionato il nostro paese ritenendo che il divieto di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili costituisse una violazione dell'art. 8 della Convenzione, che tutela il rispetto della vita privata e familiare dall'ingerenza dell'autorità pubblica. Nel testo dei giudici di Strasburgo si legge: «*il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto dalla stessa patologia*». Sulla base di tale sentenza il Tribunale di Cagliari ha affermato, con ordinanza del 9.11.2012[18], il principio per cui le coppie infertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro, hanno diritto ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni ed il trasferimento in utero solo di quelli risultati sani o portatori sani delle patologie di cui le stesse sono affette. Lo stesso Tribunale ha poi stabilito che la struttura sanitaria pubblica sia tenuta ad eseguire tale prestazione sanitaria e che, qualora si trovasse nell'impossibilità di erogare tempestivamente la stessa in forma diretta, la prestazione debba essere erogata in forma indiretta mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie.

---

vietano solo la donazione di ovociti. Sebbene non vi siano dati ufficiali, secondo l'Osservatorio sul turismo procreativo, erano circa 4000 le coppie che ogni anno effettuavano all'estero trattamenti medici di procreazione assistita vietati in Italia.

17 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 agosto 2012, caso *Costa e Pavan* (Richiesta 20 settembre 2010, n. 54270) nella rivista giuridica in linea Altalex, visibile all'indirizzo http://www.altalex.com/index.php?idnot=14695

18 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, nella rivista giuridica on line Diritto e giustizia del 19.11.2012 con nota di M. Fusco, *Diagnosi genetica preimpianto: dopo la Corte Europea anche il Tribunale di Cagliari dice sì*. Si segnalano, in ordine alla medesima problematica i precedenti di: Tribunale di Cagliari 24.9.2007, Tribunale di Firenze 17.12.2007, Tribunale di Bologna 29.6.2009, Tribunale di Salerno 9.1.2010.

Senza potersi addentrare più di tanto, per problemi di spazio, sul contenuto, senza dubbio dirompente, di tali sentenze che hanno sicuramente quantomeno ridimensionato l'essenza dell'impianto normativo della legge 40, viene inevitabilmente da chiedersi, alla luce delle stesse ed a circa dieci anni dall'entrata in vigore, cosa rimanga oggi di quella legge che tanto ha fatto discutere sostenitori e detrattori. Quello che balza senz'altro agli occhi è che la tutela di quel concepito al quale, sin dall'art.1, veniva per la prima volta nel sistema giuridico italiano attribuito lo status di «*soggetto*», sia stata sicuramente e fortemente ridimensionata. L'equivalenza o addirittura la prevalenza della tutela dell'embione/del concepito rispetto alla tutela della coppia e della madre, in base alla quale qualunque pratica/tipologia di trattamento che potesse comportare la distruzione o rischi per la salute degli embrioni veniva vietata (formazione di embrioni in numero superiore a quelli necessari ad un unico trasferimento in utero, crioconservazione, diagnostica preimpianto, selezione o sperimentazione sugli embrioni), allo stato attuale sicuramente vacilla sotto i colpi di una giurisprudenza che non poteva non tenere conto dell'insegnamento, ormai pluridecennale, della Corte Costituzionale[19] per cui embrione e madre non possano essere messi sullo stesso piano.

È, ad esempio, un dato di fatto che oggi, laddove le condizioni della donna lo richiedano, sia possibile creare embrioni in numero superiore ai tre stabiliti dall'originaria versione dell'art. 14 comma 2, dichiarato costituzionalmente illegittimo, sebbene le Corti non abbiano chiarito esplicitamente quale debba poi essere il destino degli eventuali sovrannumerari, restando formalmente validi i divieti di crioconservazione, distruzione, sperimentazione sugli stessi.

Analogo discorso può essere fatto per l'accesso alle tecniche di diagnostica genetica preimpianto (PGD) non solo da parte delle coppie infertili ma anche per le coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro che non abbiano problemi di sterilità o infertilità. Con una chiara forzatura del dato normativo originale, alla luce della già richiamata sentenza della Corte europea del 28.8.2012, il Tribunale di Cagliari ha infatti qualificato la diagnosi preimpianto come strumento «*indispensabile per il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, riconosciuta dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004*» operando un'interpretazione adeguatrice sì conforme alla Costituzione ed alla CEDU ma del tutto avulsa dall'impianto e dallo spirito originario della legge. Se, sotto un certo profilo, viene così eliminata la chiara antinomia tra le norme che

19 Corte Cost. n. 27 del 18 febbraio 1975 in *Giustizia Penale*, 1975, I, 203.

consentono nel nostro paese la diagnosi prenatale (e l'eventuale possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza in caso di esito infausto della stessa) e quelle che invece impedivano la diagnosi preimpianto, sotto un altro profilo si avverte senza dubbio la necessità di operare quantomeno la revisione delle norme della legge 40 che tuttora circoscrivono l'accesso alle tecniche esclusivamente alle coppie con problemi di sterilità o infertilità o portatrici delle sole malattie virali sessualmente trasmissibili (e quindi non genetiche), nonché delle norme che tuttora impediscono formalmente la distruzione o la crioconservazione degli embrioni a prescindere dallo stato di salute degli stessi. Si pone, inoltre il problema di decidere la sorte, prima che lo statuto giuridico, degli embrioni in soprannumero, destinati ad aumentare per il venir meno delle norme restrittive che ne imponevano il trasferimento, nonché il problema della regolamentazione analitica ed aggiornata dei centri e delle donazioni dei gameti per quanto concerne la procreazione eterologa, ritornata legale dopo il recente intervento della Consulta.

Alla luce di quanto esposto, emerge in maniera alquanto palese come tutte quelle critiche mosse alla legge nei primissimi mesi dopo la sua approvazione[20] siano poi state conformate non solo dalle aule delle corti, italiane ed europee, in cui più volte sono stati censurati gli aspetti maggiormente critici della normativa, ma anche e soprattutto dalle modalità con cui la fecondazione assistita è stata utilizzata nel nostro paese nei primi dieci anni di vigenza, con forme di elusione più o meno velate che hanno, nei fatti, reso vacillante l'originario impianto normativo. È parimenti palese come, in seguito alle richiamate pronunzie delle Corti italiane ed europee, dell'originaria formulazione e dell'originario spirito della legge 40 resti oggi ben poco. La legge, snaturata dall'abolizione dei suoi principi ispiratori e capisaldi fondamentali, presenta oggi, a 10 anni dalla sua entrata in vigore, tante di quelle lacune e contraddizioni che ne minano nel profondo l'efficacia regolamentatrice.

---

20 *Ex plurimis* M.R. MARELLA, M. VIRGILIO, *Una cattiva legge cattiva*, in AA.VV., *Un'appropriazione indebita. L'uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione assistita*, Milano, 2004, 176; AA.VV., «Guida al diritto», dossier mensile 3/2004, *Le prospettive della famiglia, dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*; M. FUSCO, *Figli in provetta: dubbi e opportunità dopo l'approvazione della legge* in «*D&G*» supplemento settimanale cartaceo alla rivista giuridica *on line «Diritto e Giustizia»,* n. 18 dell'8 maggio 2004. Tra i commenti apparsi sui quotidiani si evidenziano M. ZEGARELLI, *In Italia una legge medievale e confusa: il caos della fecondazione*, in «*L'Unità*», 13.02.04; M. MAFAI, *Il fronte oscurantista*, in «*La Repubblica*», 4.12.03; D. CAPEZZONE, *No alla morale di stato sulla fecondazione*, in «*Corriere della Sera*», 9.10.04.

Preso atto di questa situazione, la logica ed il buon senso, prima dell'applicazione di nozioni di tecnica legislativa, richiederebbero una «sistemazione» della legge 40 non solo per eliminare i molteplici punti oscuri presenti nel testo legislativo originario ma anche e soprattutto per eliminare le ulteriori incongruenze che si sono venute a creare dopo gli interventi della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia UE e dei giudici di merito. È evidente che, piuttosto che effettuare un ulteriore rimaneggiamento, il testo andrebbe ripensato e riscritto ex novo, cercando non solo di bilanciare meglio gli interessi dei soggetti coinvolti dalle tecniche di procreazione assistita ma magari di crearne uno che vada oltre l'anacronistica concezione di diritto come puro limite e che sia più conforme a quel modello di «diritto leggero», ritenuto da autorevole dottrina[21] come l'approccio più corretto per legiferare su temi di bioetica.

Individuato, quantomeno in linea astratta, cosa dovrebbe farsi, l'arduo successivo passaggio è individuare il come, il quando e soprattutto il se, si possa addivenire a realizzare la riforma di una normativa che il tempo e le sentenze hanno reso, ove possibile, ancor più contraddittoria e disorganica della formulazione originaria. Tale analisi non può non tenere conto del contesto politico profondamente mutato negli ultimi dieci anni. Le ultime tornate elettorali hanno, infatti, dimostrato il sostanziale fallimento del bipolarismo nel nostro paese, aggravato da un sistema elettorale che sicuramente non agevola quella stabilità politica necessaria al varo di un provvedimento legislativo importante e sicuramente controverso come senz'altro sarebbe la «nuova» normativa in materia di procreazione assistita. A questo va aggiunto che la profonda crisi economica in cui versa il paese da diversi anni a questa parte ha, di fatto, spostato il dibattito parlamentare sui più pressanti argomenti dell'economia e del lavoro piuttosto che su quelli, sicuramente meno pragmatici, dei temi di bioetica. Lo stato di fatto è testimoniato dall'ultima campagna elettorale in cui nessun partito politico ha inserito nel proprio programma interventi legislativi sull'inizio e sul fine vita, limitandosi tuttalpiù a qualche breve e fugace riferimento ai riconoscimenti delle unioni civili non seguito, peraltro, da alcun progetto o intervento concreto. È evidente, alla luce di quanto esposto, che lo scenario appena delineato lasci ben pochi spazi all'ottimismo, essendo altamente improbabile, almeno nel breve periodo, un mutamento dello *status* quo che possa consentire di realizzare una riforma della legge 40. È lecito, dun-

21 E. D'Antuono, *Bioetica*, Napoli, 2003, 47; L. Violante, *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in A. Di Meo, C. Mancina, *Bioetica,* Roma-Bari, 1989, 262 ss.

que, attendersi anche per i prossimi anni, un ricorso sempre più frequente alla Magistratura per cercare di superare, quantomeno nel singolo caso, le molteplici antinomie e contraddizioni della normativa attuale, nell'ottica di quella «via giurisprudenziale», rimasta ormai l'unico strumento per tutelare quei diritti (e soprattutto quei nuovi diritti) che il sistema giuridico italiano fatica sempre di più a riconoscere e garantire.

Claudia Casella

RESPONSABILITÀ CIVILE E TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Sommario: 1. La procreazione «tecnologica». Il dibattito in corso nella giurisprudenza. 2. Le responsabilità scaturenti dalla distruzione accidentale del materiale biologico o degli embrioni da impiantare. Esposizione di alcuni casi emblematici. 3. La sorte della filiazione nella fecondazione eterologa e nella surroga materna «da errore». 4. …con particolare riferimento alla vicenda verificatasi nell'Ospedale Sandro Pertini di Roma.

1. Prioritario, rispetto alle recenti questioni relative all'appropriatezza dei criteri (soggettivi ed oggettivi) di accesso alle varie tecnologie riproduttive e alle ripercussioni delle stesse sui soggetti coinvolti, appare un cenno al «diritto a procreare», allo scopo di accertare se possa configurarsi, nell'ordinamento giuridico italiano, anche un diritto al concepimento «artificiale».

Sotto questo profilo, l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale esclude la ravvisabilità, nel nostro sistema giuridico, di una norma alla quale ancorare l'esistenza di un diritto "insopprimibile" a procreare[1].

L'orientamento più recente ha criticato l'apparato argomentativo di questa opinione. Si allude, in particolare, alla sentenza della Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162[2], dove si sostiene che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo

1 Ci si riferisce, in particolare, alle motivazioni espresse dal Tribunale di Milano con la decisione del 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 ss.
Sempre nel contesto della propensione della giurisprudenza più risalente a pronunciarsi in senso contrario alla configurabilità, in generale, del diritto a procreare, va ricordata l'ordinanza resa dal Tribunale di Monza il 27 ottobre 1989, in *Riv. it. med. leg.,* 1991, 611 ss.

2 In proposito, v. M.Casini, *Il "figlio a tutti i costi" e la "procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. fam. e pers.,* 2014, 3, I, 973.. *Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia,* in *Minerva med.,* 2014, 64, 367 ss.

alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»[3].

Ecco, allora, l'esigenza di accertare se sussistono, nel nostro sistema, le condizioni essenziali (la prestazione a carico del Servizio Sanitario Nazionale e la correlata gratuità) affinché l'asserito incoercibile diritto a procreare mediante il ricorso alle tecnologie riproduttive possa essere concretamente esercitato anche da chi si trovi in disagiate condizioni economiche.

Al riguardo, occorre immediatamente sottolineare che, nel panorama legislativo italiano, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (in sigla P.M.A.) non sono state inserite nella pianificazione economica nazionale prevista dai Livelli Essenziali di Assistenza (d'ora in poi L.E.A.), tali da garantire, in sede di attuazione da parte delle singole Regioni, la omogeneità dei livelli di intervento su tutto il territorio nazionale. Situazione, questa, che ha dato luogo ad un sistema variegato, con differenze importanti tra le diverse Regioni, chiamate, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 40/2004, a regolamentare l'accesso alle tecniche in esame per quanto attiene alla fruibilità delle stesse con oneri a carico dell'utenza o del Servizio sanitario regionale[4].

---

3 In senso conforme, v. anche: l'ordinanza del Tribunale di Salerno, 13 gennaio 2010, in http://www.giurcost.org, nella quale si è qualificato «il diritto al figlio come un diritto soggettivo da ascriversi tra quelli inviolabili della donna ai sensi dell'art. 2 Cost.»; la sentenza del 1° aprile 2010, in *Guida al dir.,* 2011, 46, 17, con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che «il diritto di una coppia di ricorrere alla procreazione assistita per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 della CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare»; la sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano il 24 maggio 2013 (ined.), nella quale testualmente si legge: «il diritto al concepimento fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana, riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)»; infine, l'ordinanza del Tribunale di Roma, 14 gennaio 2014 (in http://www.osservatorioaic.it), dove si è sottolineato che «il diritto alla procreazione sarebbe irrimediabilmente leso dalla limitazione del ricorso alle tecniche di procreazione assistita da parte di coppie che, pur non sterili o infertili, rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili, di cui sono portatori».

4 In Lombardia e in Emilia Romagna, ad esempio, l'intervento di procreazione assistita è gratuito. In Toscana, in Piemonte, in Val d'Aosta, in Veneto, in Friuli Venezia Giulia, nelle Provincie Autonome di Trento e Bolzano, gli Organi amministrativi hanno inserito le prestazioni di P.M.A. nei L.E.A., con ticket o quota di compartecipazione, senza alcuna esclusione della popolazione interessata (dati, questi, tratti dal sito internet http://www.tecnobiosprocreazione.it).

Alla possibilità di rivolgersi a Centri pubblici o convenzionati si aggiunge quella di accedere a strutture private, in Italia concentrate soprattutto al Sud, ma con costi decisamente più elevati, con il conseguente prevedibile flusso migratorio. I dati presentati dalla Commissione d'inchiesta sugli errori e i disavanzi sanitari documentano, infatti, che le coppie che hanno fatto ricorso alla P.M.A. in Italia dal 1° gennaio 2011 al 30 giugno 2012 sono 50.900: di queste, 37.322 erano residenti nella stessa Regione in cui opera il centro di P.M.A. e ben 13.578 hanno dovuto migrare verso le Regioni che prevedono i trattamenti all'interno del sistema sanitario regionale[5]. Situazione, questa, che ha indotto ad affermare, ironicamente, che, allora, ai presupposti soggettivi ed oggettivi legittimanti l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita bisognerebbe aggiungerne un altro davvero odioso: essere economicamente benestanti[6].

Per rimediare a questo ingiusto effetto discriminatorio, si auspica che in futuro le tecniche di P.M.A. (omologa ed eterologa) vengano inserite nella pianificazione economica nazionale prevista dai L.E.A., in modo da renderne omogeneo su tutto il territorio tanto il servizio quanto il costo[7].

Sulla scorta di questo auspicio, ci si permetta di richiamare la preziosa ed insostituibile funzione *propulsiva* che la Corte è in grado di esercitare, in primo luogo, in direzione degli organi legislativi. Ebbene, proprio con riguardo a questa funzione, a parere di chi scrive la Consulta, con la menzionata sentenza 10 giugno 2014, n. 162, ben avrebbe potuto segnalare al legislatore l'esigenza di una normativa volta a garantire, nel nostro sistema, le condizioni essenziali (la prestazione a carico del Servizio Sanitario Nazionale e la conseguente gratuità) affinché l'«incoercibile» diritto a procreare mediante il ricorso alle tecnologie riproduttive (compresa la fecondazione eterologa) possa concretamente essere esercitato anche da chi si trovi in condizioni economiche non agiate.

Con la speranza che venga a breve adottato un provvedimento di questo tipo[8], non può che ritenersi condivisibile l'opzione di fondo, verso la quale

---

5 In http://www.salute.letteradonna.it.

6 In tal senso, v. C. Lalli, *Libertà procreativa,* Napoli, 2004, 10.

7 A. Palagiano (Presidente della *Commissione d'inchiesta sugli errori e sui disavanzi sanitari*), in http://salute.letteradonna.it*, op. cit.*

8 In quest'ordine di idee si collocano i nuovi L.E.A. presentati il 4 febbraio 2015 dal Ministro Beatrice Lorenzin alla Commissione Igiene e Sanità del Senato. In particolare, ha precisato il Ministro (in http://www.quotidianosanità.it), la P.M.A., sia eterologa che omologa, sarà erogabile dal Servizio Sanitario Nazionale. Quanto alle diverse e ulteriori attività che la fecondazione eterologa richiede rispetto all'omologa (selezione dei donatori/donatrici di gameti, conservazione e distribuzione degli stessi) il provvedimento ipotizza un *ticket* a

si è indirizzato il giudice del Tribunale di Cagliari con l'ordinanza del 9 novembre 2012[9]. Questa, pur collocandosi nel solco giurisprudenziale, già tracciato a partire dal 2007, favorevole all'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, contiene nuovi argomenti a sostegno della configurabilità, in chiave terapeutica, del diritto a concepire un figlio mediante le metodiche artificiali. In particolare, la novità del provvedimento in esame va colta nel passaggio relativo alla concreta attuazione del *dictum* giudiziale in discorso.

L'Azienda sanitaria convenuta aveva dichiarato di non poter eseguire l'esame diagnostico sugli embrioni, non essendo in possesso né di idonee strutture né delle necessarie risorse umane. Il giudice sardo ha disatteso il rilievo, osservando che l'articolo 32 della Costituzione, nel prevedere che la salute costituisce un *fondamentale* diritto dell'individuo, ne impone un'incondizionata protezione e rende dunque irrilevante la circostanza che il Servizio di Ostetricia e Ginecologia dell'Ospedale non sia iscritto nel registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, previsto dall'articolo 11 della legge n. 40/2004.

Peraltro – si legge ancora nell'ordinanza – accertato *il diritto alla prestazione medica,* qualora la struttura sanitaria pubblica si trovi nell'impossibilità di erogare la richiesta prestazione sanitaria in forma diretta, tale prestazione deve essere resa in forma indiretta, mediante il ricorso ad altri presidi sanitari, così come previsto dall'articolo 3, comma 2, della legge n. 595/1985[10].

2. Stando così le cose, giova interrogarsi su un problema ulteriore e per certi aspetti nuovo: quello degli eventuali profili di responsabilità civile configurabili nelle ipotesi in cui una negligenza degli operatori tenuti

---

carico delle coppie richiedenti nella misura fissata dalle Regioni o determinata a livello nazionale.

9 Il commento di A. Porracciolo, *I divieti imposti dalla legislazione interna contrastano con la normativa della Cedu,* in *Guida al dir.,* 2013, 8, 35 ss.

10 In attuazione di tale ordinanza, l'ASL cagliaritana, con la Delibera n.1158 del 26 giugno 2013, ha affidato al laboratorio GENOMA s.r.l. di Roma, Centro operante nel settore della diagnosi genetica pre-impianto, l'esecuzione delle analisi in esame. Dunque, il giudice del Tribunale di Cagliari discorre di *diritto alla prestazione medica* e non di *diritto a procreare*. Se ne può dedurre che l'Organo giudicante abbia incluso le tecniche riproduttive nell'ambito delle pratiche di natura terapeutica. In tale ottica, ha ritenuto la sussistenza del diritto soggettivo dei ricorrenti all'intervento e, quindi, la legittimità della pretesa delle parti istanti di ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato.

all'impianto dell'embrione o ad altre fasi della procedura procreativa abbia comportato un danno per la coppia richiedente.

In proposito, appare utile muovere dall'analisi della sentenza, che, in tema di fecondazione assistita, si pronunciò per la prima volta in merito alla lesione della funzione procreativa.

La vicenda oggetto della decisione riguardava un cittadino tedesco affetto da cancro alla prostata, il quale, prima di sottoporsi all'intervento di asportazione dell'organo malato, che inevitabilmente lo avrebbe portato alla sterilità, decise di far crioconservare il proprio seme in una clinica specializzata. Purtroppo, a causa di un disguido, il materiale biologico venne distrutto, così che l'uomo, quando decise di utilizzare il suo seme, si trovò nell'impossibilità di farlo.

Da ciò ebbe inizio una lunga e complessa vicenda giudiziaria. Vincolati al principio di tipicità dell'illecito aquiliano, proprio del sistema tedesco, i magistrati, nei diversi gradi del giudizio, rifiutarono di accordare all'uomo il risarcimento, mancando, a loro avviso, una lesione del corpo. L'ultima parola spettava, però, al *Bundesgerichtshof*, che emanò la relativa sentenza nel 1993[11].

Quest'organo chiarì che se un risarcimento doveva essere riconosciuto, questo non poteva che fondarsi esclusivamente sulla *lesione inferta alla funzione procreativa*. Nel dettaglio, le linee giustificative della decisione dei Giudici tedeschi si fondavano sul fatto che lo sperma (al pari dell'ovocita) prelevato e destinato ad essere impiegato per una fecondazione artificiale, costituiva l'unica possibilità per il soggetto di procreare e trasmettere ai figli il proprio patrimonio genetico.

Una vicenda per molti versi analoga si presentò ai giudici francesi qualche anno fa: anche in questo caso all'origine della stessa vi fu un fatto tecnico — un innalzamento della temperatura nell'incubatore — che provocò l'evaporazione dell'azoto liquido nel quale erano conservati alcuni embrioni, ottenuti con il materiale genetico di una coppia rivoltasi ad un centro specializzato, rendendo gli stessi inidonei all'impianto in utero.

Il Tribunale Amministrativo di Amiens[12], cui la coppia si rivolse per il risarcimento dei danni, negò la ricorrenza di un danno patrimoniale sulla scorta dell'art. 16-1 del *code civil*, per il quale *«le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial»*.

11 *Bundesgerichtshof*, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, 154, in *Trattato breve dei nuovi danni,* a cura di P. Cendon, 2001, 1115 ss.

12 Tribunal administrative Amiens, 9 mars 2004, n. 021451, in M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice,* in *Resp. civ. e prev.,* 2013, 4, 1242 ss.

Risposta parimenti negativa fu data sia alla richiesta di risarcimento del danno morale per perdita del congiunto perché *«les ovocytes surnuméraires ne sont pas des personnes»*, sia alla domanda avente ad oggetto *«la perte de chance d'être parent»* perché la giovane età degli aspiranti genitori non precludeva loro la possibilità di sottoporsi ad un ulteriore tentativo di P.M.A. Venne liquidata, invece, la somma di diecimila Euro, a titolo di *«réparation des troubles divers dans les conditions d'existence»*.

La Corte di Appello di Douai[13], l'anno successivo, fu ancora più severa: alla coppia non fu riconosciuto alcun danno, sia perché *«le préjudice né de la perte d'embryons par un établissement de santé n'est pas un préjudice indemnisable en l'absence de projet parental du couple ayant perdu lesdits embryons»,* sia perché gli embrioni *«ne constituent pas des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquels est attachée une valeur patrimoniale»*.

Insomma, per i giudici francesi, risultò decisivo il diverso trattamento giuridico da riservare agli embrioni protagonisti di un progetto genitoriale ed a quelli residui[14]. Nel caso specifico, quelli andati accidentalmente persi erano gli embrioni soprannumerari, come tali destinati non all'impianto, ma alla crioconservazione. Orbene, la coppia cui appartenevano aveva sì chiesto il risarcimento del danno causato dalla loro accidentale distruzione, ma (avendo portato a termine con successo una precedente P.M.A.) non aveva manifestato alcun interesse ad un loro successivo impiego a fini riproduttivi.

Nella giurisprudenza italiana, merita particolare attenzione la menzionata sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano in data 24 maggio 2013, con la quale, divenuto impossibile l'intervento di procreazione assistita a causa di un *black-out* verificatosi il giorno precedente, l'Azienda ospedaliera è stata condannata a risarcire la coppia, essendosi ravvisato, per la prima volta in tema di P.M.A., un danno derivante dalla *"lesione del diritto al concepimento"*.

La vicenda sottoposta all'attenzione del giudice di Milano si presenta, pertanto, molto delicata, muovendosi sul crinale tra etica, religione e scienza da sempre esposto alla polemica inerente alla tormentata questione della natura dell'embrione. Non a caso gli avvocati della coppia, avevano fondato la loro difesa sul presupposto che l'embrione fosse una forma di vita, seppur allo stato primigenio. Avevano, di conseguenza, richiesto il

13 *Cour administrative d'Appel Douai,* 6 décembre 2005, n. 04da00376, in http://www.revuegeneraledudroit.eu.

14 M. Gorgoni, *op. loc. cit.*

ristoro del danno biologico temporaneo, del danno morale, oltre al danno per la perdita di un figlio, commisurato alla percentuale di probabilità circa il buon esito dell'inseminazione artificiale.

La decisione dell'Organo giudicante, tuttavia, ha "bypassato" la rovente questione della natura dell'embrione, ravvisando la causa del danno meritevole di risarcimento non nella perdita di un figlio (come richiesto dagli avvocati della coppia), ma nella *«lesione del diritto al concepimento»*[15].

Al riguardo, vien fatto di osservare che l'embrione, a qualunque stadio sia trasferito in utero, non necessariamente è in grado di attecchire e di svilupparsi fino a dar luogo alla nascita di un bambino. Constatazione, questa, che, ad avviso di chi scrive, avrebbe potuto indurre il Tribunale di Milano a ravvisare il pregiudizio patito dalla coppia non nella lesione del diritto al concepimento, ma come perdita di una «*chance* procreativa».

Per quanto concerne, poi, l'invocato danno biologico subito dalla donna a causa delle massicce cure ormonali a cui fu sottoposta in vista della fecondazione assistita – scrive il giudice – non può ritenersene acquisita la sussistenza, giacché nessuna consulenza tecnica d'ufficio è stata richiesta ai fini del suo accertamento.

Quanto al danno morale, non sussistono, sempre a parere del Tribunale, dubbi circa l'esistenza del pregiudizio sofferto da entrambi gli attori. In particolare, per meglio configurare gli àmbiti di operatività del nocumento in esame, l'Organo giudicante ha considerato la circostanza che la richiesta di accesso alla procreazione assistita esprime un desiderio di maternità e di paternità (soprattutto per gli attori che effettuavano il tentativo per la seconda volta), cui corrisponde un forte grado di frustrazione e di disillusione in caso di mancata realizzazione dello stesso. Ha soggiunto,

15 L'Organo giudicante, in via preliminare, ha altresì sottolineato che l'asserito "danno derivante da perdita di un figlio" avrebbe una valenza esclusivamente morale (non esistenziale, non essendo il figlio mai nato) non cumulabile con un'ulteriore voce di pregiudizio morale. A questo proposito, va, però, ricordato che la Corte di cassazione, con la sentenza 28 settembre 2012, n. 16516 (in *Diritto e Giustizia online* 2012, 1° ottobre) — proprio con riferimento al danno da perdita di un figlio — ha ritenuto che, dovendo il risarcimento ristorare interamente il danno subito, va tenuto conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli esistenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice, a tal fine, provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno.

inoltre, che l'attuazione della procedura, richiedendo un *iter* caratterizzato da numerose visite mediche, accertamenti diagnostici, pesanti trattamenti preventivi, inevitabilmente suscita uno stato di ansia e di preoccupazione. Né si è tralasciata la circostanza che gli attori, ormai giunti al termine del travagliato percorso, dopo l'ottenimento di due embrioni vitali, proprio nel giorno previsto per il trasferimento in utero, hanno avuto l'amara sorpresa della vanificazione dei disagi fino a quel momento sopportati, per di più, a causa di un evento non "messo in conto" ed ancor più traumatizzante in quanto acuito dal dubbio relativo alla praticabilità di ulteriori tentativi volti alla realizzazione del loro desiderio di genitorialità. Ne è conseguito il riconoscimento del diritto al ristoro in via equitativa (data la peculiarità della fattispecie) dei pregiudizi non patrimoniali determinati sia dalla sofferenza morale dei genitori che dalla perduta possibilità di programmare ed attuare lo sviluppo della famiglia.

Infine, quanto all'entità del risarcimento, il Collegio ha liquidato alla moglie, di certo più direttamente coinvolta fisicamente e psicologicamente nel gravoso percorso attuativo della procedura, una somma più elevata di quella riservata al marito.

3. In chiusura, alla sintetica esposizione delle suddette vicende si permetta di far seguire qualche osservazione in merito ai casi in cui un embrione, ottenuto *in vitro* con ovociti e seme di una coppia identificata, venga impiantato per mero errore nell'utero di un'altra donna.

In essi, oltre ai rilevanti aspetti umani, emerge la questione giuridica relativa alla individuazione dei genitori dei nati.

In proposito, almeno tre casi sono stati riportati negli Usa, in cui la vicenda ha avuto esiti diversi: nel 1999 il caso di Richard e Donna Fasano di New York, che ebbero due gemelli, di cui uno di colore, per un embrione impiantato erroneamente. I genitori biologici del piccolo ottennero l'affidamento del bimbo, che quindi fu separato dal fratello.

Ha creato invece una «famiglia allargata» il giudice che nel 2004 ha deciso in merito alla vicenda che ha visto protagonista una donna californiana, alla quale erano stati impiantati gli embrioni di un'altra coppia; in questo caso, oltre a decidere per un risarcimento da un milione di dollari, il magistrato ha decretato un «affidamento congiunto» del bambino.

Cinque anni dopo, una donna dell'Ohio, che per errore del Centro, aveva dato alla luce il figlio di un'altra coppia che si era rivolta alla stessa struttura, ha deciso di restituire a questa il bambino.

Un altro caso (novembre 2010), è avvenuto al Thomson Fertility Centre di Singapore. Una paziente ha concepito una bambina fecondata erroneamente con lo sperma di un uomo diverso da suo marito. Oltre ai danni, la donna ha chiesto alla clinica anche un assegno di mantenimento. Pretesa, quest'ultima, negata dal giudice di appello, il quale ha testualmente sostenuto: «Non è necessariamente un principio di legge, ma credo che lo sia di umanità, che nessun genitore voglia che il proprio bambino cresca pensando di essere il frutto di un errore. E se l'appellante fosse riuscita a ottenere l'assegno, ogni centesimo speso per la piccola le avrebbe ricordato che era un risarcimento per quello sbaglio».

Nel 2011, infine, ad Hong Kong sono stati impiantati in una donna due embrioni «sbagliati»; la vicenda si è conclusa con un aborto e un risarcimento[16].

In Italia, invece, negli ultimi diciotto anni, a parte quella di cui si tratterà poco oltre, sono solo tre le vicende giunte sulle pagine dei giornali: due a Torino e Padova, dove la mattina dell'impianto i medici si accorsero dell'errore e le donne decisero di prendere la «pillola del giorno dopo»; un'altra a Modena, dove una donna bianca partorì due bambini neri. Nonostante gli iniziali sospetti di tradimento ed i commenti salaci dei concittadini, si accertò poi che l'incidente era di natura tecnica[17].

4. Significativo, in proposito, è il noto caso verificatosi recentemente (2014) all'Ospedale Sandro Pertini di Roma presso il quale, per un banale errore umano, a due coppie che avevano prestato il consenso alla fecondazione assistita, sono stati assegnati all'una gli embrioni dell'altra.

Questi due paralleli impianti non hanno avuto lo stesso epilogo: uno non è andato a buon fine, in quanto la gravidanza non è neppure iniziata; l'altro ha avuto esito positivo con la nascita di due gemelli.

La coppia, alla quale era riconducibile il patrimonio genetico dei gemelli che stavano venendo alla luce ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. dinanzi al Tribunale di Roma.

In particolare, i ricorrenti hanno chiesto che fosse ordinato all'altra coppia di fornire loro tutte le informazioni relative allo stato di salute dei nascituri, al luogo e al tempo in cui sarebbe avvenuto il parto; inoltre, hanno

16 Cfr. R. Stagliano, *Embrioni scambiati: quattro genitori e nessuna certezza*, ne *Il Venerdi di Repubblica*, 1° maggio 2014, 50 ss.

17 "All'epoca", ricorda C. Flamigni, ne *Il Venerdì di Repubblica, op. e loc. cit.*, «le provette non erano usa e getta come oggi. Quella incriminata era stata lavata male e c'era rimasto il seme di un uomo africano».

chiesto che i gemelli alla nascita venissero a loro consegnati perché genitori genetici e che fossero diffidati tutti gli ufficiali dello stato civile presso gli uffici di anagrafe italiani dal formare l'atto di nascita dei due gemelli con l'acquisizione della dichiarazione della donna che li stava partorendo o del suo *partner*. Sotto tale profilo hanno fatto leva sul contrasto tra questa dichiarazione e la «verità biologica».

Costituendosi, le controparti, nel comunicare l'avvenuta nascita dei gemelli, hanno chiesto dichiararsi l'inammissibilità delle domande avversarie e in ogni caso rigettarsi il ricorso perché il rapporto di filiazione doveva considerarsi legittimamente costituito con la madre gestante, alla stregua della normativa generale in vigore e di quella inerente alla fecondazione eterologa.

Successivamente, la coppia rinunciando alla richiesta di consegna dei neonati; ha però domandato che venisse disposta la collocazione degli stessi in idonea struttura, separandoli dai genitori «non genetici», o in subordine che venisse ad essa garantito il diritto di visita in modo da costruire con i minori un legame affettivo.

Il Tribunale di Roma, dopo aver ricordato che la vigente normativa non contempla né disciplina in modo esplicito la fattispecie in argomento[18], ha sostenuto, con l'ordinanza dell'8 agosto 2014[19], che sarebbe irragionevole nei rapporti di filiazione porre in una posizione sovraordinata il principio di verità genetica rispetto agli altri interessi in conflitto, perché «riconoscendo la prevalenza della madre genetica si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita». Soluzione, questa, che sarebbe «totalmente inconciliabile con il diritto della donna ospitante il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante».

---

18 Illuminante, in proposito, è la lettura del parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA intitolato *"Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni"*, pubblicato l'11 luglio 2014, ove testualmente si legge: «Ci si trova di fronte un'eterologa "da errore" (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del *partner*) o una surroga materna "da errore" (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso, il che sembra generare una situazione di indeterminatezza in merito alla maternità e paternità a fronte di un vuoto legislativo che dovrebbe venire colmato in via interpretativa».

19 G. Tona, *Ogni provvedimento d'urgenza avrebbe pregiudicato la stabilità dei minori e i loro legami con la famiglia,* in *Guida al dir.,* 2014, 37, 16 ss.

Con un pertinente richiamo alla letteratura scientifica, il provvedimento ricorda, inoltre, che è nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la gestante e che solo questa può provvedere all'allattamento al seno del bambino.

Del resto – si legge ancora nell'ordinanza in commento – le figure della madre genetica, della madre uterina e della madre sociale (cioè di colei che, desiderosa di avere un figlio ma impossibilitata a procrearlo, lo «commissiona» alla prima) non sempre coincidono; tuttavia, l'art. 269, 3° comma, c.c., inalterato nella sua formulazione originaria anche dopo la riforma della filiazione di cui al D.lgs. 154/2013, sancisce il principio in base al quale è il parto che determina la maternità.

Sulla scorta di questa motivazione, il giudice ha respinto il ricorso della coppia e ha lasciato i gemelli alla madre che li ha partoriti ed al *partner* di costei, ritenendo che ogni provvedimento di urgenza avrebbe pregiudicato la stabilità dello *status* dei minori e il loro diritto di vivere con quella che doveva considerarsi ormai la loro famiglia.

Di qui la sollecitazione a riflettere sulle conseguenze pratiche riannodabili all'ordinanza in esame. Basti, a tal proposito, segnalare da una parte il prevedibile futuro disagio psicologico dei gemellini, i quali cresceranno nella consapevolezza che il legame con la coppia che li alleva è frutto di «un errore» che li ha privati dei genitori genetici pronti ad accettarli ed a lottare giudizialmente per ottenerne l'affidamento; dall'altro il dramma di questi ultimi che si erano rivolti alla struttura sanitaria per realizzare il loro diritto alla genitorialità e che, purtroppo, dovranno rassegnarsi, per decisione del magistrato, ad ottenere soltanto una tutela risarcitoria.

D'altra parte, deve riconoscersi che, alla luce dei progressi scientifici e della perdurante inerzia del legislatore sui temi eticamente sensibili, i «giudici dei casi difficili»[20] si trovano di fronte all'impegnativo compito di individuare in qualche modo «le strade per smussare i contrasti, promuovere la convivenza, impedire le prevaricazioni, assicurare a ciascuno, nella vita comune, una parte non mortificata»[21].

20 L'espressione tra virgolette è di V. Zagrebelsky, *Un diritto da inventare,* ne *La stampa,* 19 aprile 2014, 25.

21 G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma, 2007, 50-51.

Maria Paola Costantini

LA DONAZIONE DEI GAMETI TRA GIURISPRUDENZA ITALIANA E DIMENSIONE EUROPEA: LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA FECONDAZIONE ETEROLOGA N. 162/2004

Sommario: 1. Premessa. 2. La decisione della Consulta: non sussistono ragioni per mantenere il divieto. 3. Un punto di arrivo: il bilanciamento tra diritti nelle questioni eticamente sensibili e il ruolo del legislatore. 4. Il ridimensionamento della legge 40/2004 al vaglio della Corte. 5. La qualità della legislazione e l'impatto con la realtà sociale e l'evoluzione della medicina. 6. L'iter giudiziario e la vicenda europea. 7. I contenuti della sentenza e il cd vuoto normativo. 8. I limiti alla donazione dei gameti. 9. I profili di illegittimità costituzionale: il principio di autodeterminazione. 9.1. La violazione del diritto alla salute. 9.2. La tutela della genitorialità e la irrilevanza del dato genetico nella nozione di famiglia. 9.3. La discriminazione economica.

1. Non si può negare che la sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014 vada considerata come un passaggio importante non solo riguardo alla questione della donazione dei gameti, ma più in generale per quanto concerne la disciplina della procreazione assistita e di temi definiti quali eticamente sensibili. La pronuncia, infatti, non esamina unicamente i profili strettamente inerenti la questione posta dai giudici, ma fornisce indicazioni anche al Legislatore. Ciò risulta evidente dalla lettura della decisione depositata il 10 giugno 2014 che ha visto anche una forte discussione all'interno della stessa Consulta proprio per le possibili conseguenze in un ambito più vasto.

La presente trattazione cerca di analizzare l'esito della vicenda, premettendo che lo stesso non era affatto scontato e risulta per alcuni versi sorprendente sia perché è stato necessario affrontare un lunghissimo iter giudiziario[1], sia perché l'opposizione all'eliminazione al divieto era molto

1 La ricostruzione di tutta la vicenda si può trovare nel vol. a cura di M. D'Amico e M. P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto della «fecondazione*

forte, suscitando la fecondazione eterologa fantasmi e paure per timore di scelte «sconsiderate» ed egoiste da parte delle coppie.

È necessario evidenziare che quella che si offre è una lettura «coinvolta e partecipata», atteso che chi scrive è stato uno dei difensori delle coppie e delle organizzazioni di pazienti e di tutela[2] che hanno promosso i giudizi davanti ai Tribunali civili e seguito tutto l'iter fino alla decisione della Consulta. Le riflessioni che seguono risentono o si avvantaggiano – a seconda dei punti di vista – del lavoro svolto per sostenere le tesi difensive di chi si riteneva leso dall'esistenza del divieto e che sosteneva l'inesistenza di una ragione costituzionalmente rilevante in ordine al mantenimento del divieto di fecondazione eterologa previsto nella Legge 40/2004. Tra queste tesi vi era anche la convinzione che grazie a una lettura costituzionalmente orientata e a un riferimento a norme già esistenti – compresa la stessa normativa in materia – fosse possibile eliminare il divieto ed evincere la regolamentazione specifica per consentire la donazione dei gameti, con tutte le sicurezze e tutele possibili.

2. Con la sentenza n. 162 del 2014, è stato eliminato per le coppie sterili il divieto di donazione dei gameti previsto dall'art. 4 comma 3 (divieto di fecondazione eterologa) nonché da ulteriori norme connesse (art. 9 comma 1 e 3; art. 12 comma 1) della Legge 40/2004 che rappresenta la legge quadro che disciplina tutto il settore della procreazione medicalmente assistita in Italia[3].

Per meglio comprendere la portata della decisione e l'esame approfondito e compiuto effettuato dalla Corte Costituzionale, si deve chiarire che la vicenda inizia nel 2010 con procedimenti davanti ai Tribunali di Milano, Bologna, Firenze, Catania da parte di coppie con sterilità di uno dei partner. Nel 2011 i Tribunali di Milano, Catania e Firenze sollevavano eccezione di incostituzionalità dell'art. 4 comma 3 della Legge 40/2004 e inviavano alla Corte Costituzionale. Con l'ordinanza n. 151 del 2012, la Corte Costituzionale rinviava le questioni ai rispettivi Tribunali i quali nel 2013 sollevavano nuovamente la questione ritenendo che la norma violasse diversi articoli della Costituzione italiana. In particolare, per i Tribunali di Milano e Catania: gli art. 3 Cost., 2, 31 e 32 Cost.; nonché sempre per il Tribunale

---

eterologa», 2014.

2 I procedimenti hanno visto in gran parte l'intervento *ad adiuvandum* di una serie di associazioni di pazienti o di organizzazioni civiche come Ass. Hera, Madre Provetta, Cerco un bimbo, SOS infertilità onlus e poi Cittadinanza attiva, Ass. Luca Coscioni, Vox Diritti.

3 L'art. 4 comma 3 recita: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

di Milano gli artt. 29 e 117, comma primo, Cost. con riferimento agli artt. 8 (Diritto alla vita privata e familiare) e 14 (Divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Le tre questioni di legittimità costituzionale del 2013 costituiscono in effetti una nuova proposizione della medesima questione di legittimità costituzionale su cui la Corte costituzionale si era pronunciata con ordinanza, n. 150 del 2012, disponendo la restituzione degli atti ai giudici remittenti, affinché procedessero ad una nuova valutazione della questione di legittimità costituzionale sollevata, alla luce del mutato orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (caso, *S.H. e altri c. Austria*), che, in data 3 novembre 2011, aveva superato il proprio precedente reso il primo aprile 2010.

E infatti, le tre ordinanze arrivate alla Corte Costituzionale nel 2012 facevano riferimento a una precedente decisione della X sezione del 2010 in cui veniva riconosciuta la violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione EDU da parte della Legge austriaca che consentiva la sola donazione di gamete maschile in vivo ma vietava la fecondazione eterologa sia maschile che femminile in vitro e cioè attraverso la fecondazione in vitro. In quell'occasione e cioè con l'ordinanza 150 del 2012, la Corte aveva ritenuto necessario un rinnovato esame da parte dei Tribunali in virtù del «*novum*» costituito dalla sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo, che aveva al contrario riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento e che riteneva non superabili le obiezioni sollevate in merito alla tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro ma anche i potenziali donatori.

Come già accennato ciò rappresenta in qualche modo un punto di arrivo sotto diversi profili sia in merito alla procreazione medicalmente assistita sia alla disciplina di materie «eticamente sensibili». Innanzitutto e a questo proposito, la pronuncia può essere letta come un doppio richiamo rivolto in particolare al Legislatore: a una maggiore laicità, intesa quale approccio più rispettoso dei diversi orientamenti esistenti e poi alla massima attenzione verso i soggetti destinatari dei provvedimenti.

In tal senso, l'espressione «eticamente sensibili» può essere intesa non solo riguardo alle più opzioni etiche presenti, ma può indicare anche la necessità di un atteggiamento che tenga in adeguata considerazione l'impatto sulle vite concrete delle persone. Nella decisione in oggetto a più riprese infatti si evidenzia come il bilanciamento di diritti e interessi non possa non essere realizzato se non con riguardo alla dignità della persona e alla luce di principi consolidati dell'ordinamento. La Corte afferma che laddove si affrontano tali «temi eticamente sensibili» sussiste una assoluta necessità di trovare un ragionevole

punto di equilibrio anche per le «plurime esigenze costituzionali» coinvolte. E ciò che emerge dal passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale afferma che: «*la procreazione medicalmente assistita coinvolge "plurime esigenze costituzionali" (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono "un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione" (sentenza n. 151 del 2009)*». Il richiamo alla pronuncia n. 151 del 2009, in cui venne dichiarata la non conformità a Costituzione del limite rigido dei tre embrioni destinati all'impianto nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, è strettamente connesso alla necessità di riportare a ragionevolezza la disciplina.

In questo senso, nell'assicurare un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno degli interessi fondamentali sottesi, la legislazione deve essere ragionevole e il bilanciamento degli interessi in gioco deve essere effettuato non attraverso divieti assoluti ma mediante l'adozione di criteri di proporzionalità e di ragionevolezza. Si può leggere in questo, l'indicazione per una legislazione «soft», leggera e capace di trovare risposte adeguate e appropriate, interpretabile alla luce dei cambiamenti.

Conseguentemente, la pronuncia si configura – specie se considerata insieme alla precedente decisione di incostituzionalità del 2009[4] – come una sorta di ridimensionamento della Legge 40/2004. Mentre la decisione del 2009 aveva posto l'attenzione sul necessario bilanciamento tra le esigenze di procreazione e la tutela dell'embrione[5], ribadendo la necessità di salvaguardia della salute della donna, prioritaria anche in merito all'embrione, in quest'ultima decisione si individua la necessità di un diverso bilanciamento rispetto a quello proposto dalla Legge. Lo si identifica nel dare pieno riconoscimento alla domanda di genitoria-

4 Si tratta della sent. n. 151/2009 in cui la Corte Costituzionale aveva già dichiarato illegittimi i comma 2 e 3 dell'art. 14 della L. 40/2004 e attraverso una decisione di tipo manipolativo aveva riscritto le norme.

5 La sent. n. 151/2009 eliminando il limite dei tre embrioni e individuando come cardine dell'iter sanitario la salvaguardia della salute della donna, consentendone l'interruzione ogni qualvolta potesse sussistere un pregiudizio per essa, trovava il giusto bilanciamento tra le esigenze della procreazione e il diritto alla vita dell'embrione, destinatario fino a quel momento di una tutela assoluta a discapito dei diritti – di pari rilevanza costituzionale – facenti capo agli altri soggetti coinvolti.

lità: «[…] *deve essere innanzitutto ribadito che la scelta di tale coppia (sterile o infertile) di diventare genitore e di formare una famiglia con figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli art. 2, 3 e 31 Cost. […]. Conseguentemente le limitazioni di tale libertà e in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificati dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pare rango*». Anzi, si evidenzia che proprio in presenza di ostacoli e difficoltà di ordine sanitario, la protezione deve essere massima e non escludente *poiché non è coercibile il desiderio della coppia sterile ad avere un figlio*. Si aggiunge poi – anche con riferimento ad altre pronunce – come «*il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione dei principi costituzionali*, *il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa*». E qui sussiste a un passaggio importante; i giudici costituzionali affermano l'esistenza di limiti ma: «*questi limiti, pur ispirati a considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»*.

Si tratta di un richiamo esplicito alla corretta collocazione tra il diritto e l'etica, entrambe necessarie ma aventi diverse funzioni e soprattutto – sembrerebbe dire la Corte – allo Stato e al Legislatore spetta l'onere di operare sul piano del diritto e del rispetto dei principi costituzionali e non su quello dell'etica.

3. Al centro della decisione è ovviamente la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale del divieto presente nella Legge 40/2004 – normativa che disciplina il settore della procreazione medicalmente assistita – ma a tale declaratoria si aggiunge una vera e propria legittimazione delle tecniche di procreazione assistita quale strumento terapeutico per ovviare alla infertilità e alla sterilità.

Infatti se nella sentenza 151/2012, sempre in materia di procreazione assistita, la Corte riconosceva come le tecniche di PMA rappresentassero uno strumento per dare una risposta alle esigenze di procreazione, in questa ultima pronunciasi chiarisce ulteriormente: se la determinazione di avere un figlio concerne la sfera più intima e intangibile della persona umana, tale

determinazione non può che essere incoercibile «anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere alla tecnica di PMA di tipo eterologo».

Innanzitutto, per i giudici della Corte non sussistono sufficienti ragioni per mantenere il divieto, poiché la pratica è da ritenere ammissibile, essendo rilevanti la protezione della salute e il rispetto del principio di determinazione nella sfera famigliare. L'ammissibilità trova un ulteriore motivazione in quanto risponde a richieste fondamentali e ineludibili legate all'esistenza delle persone. Va detto a tale proposito che la Corte si attiene strettamente a quanto richiesto dai giudici e in primo luogo alle coppie che hanno promosso i giudizi e quindi rimane nell'alveo di tali domande. La sentenza non «liberalizza» la fecondazione eterologa ma indica limiti e confini, specificando che l'eliminazione del divieto riguarda le coppie a cui è stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità e o infertilità assolute ed irreversibili[6]. Non concerne invece single o coppie omosessuali e non diventa un strumento alternativo per poter avere un figlio. Si rimane così – e ciò viene ribadito più volte - nel quadro costruito dalla Legge 40/2004 di cui tuttavia si evidenziano limiti e rigidità. In tale dichiarazione già emerge il contesto all'interno del quale è stata inserita la questione della fecondazione eterologa e cioè il bilanciamento tra diritti e interessi di più soggetti tra cui quello delle coppie e del nascituro nonché quello dei donatori. La Corte sceglie così un terreno concreto legato alla tutela dei soggetti destinatari ed evita di affrontare tematiche generali e – anche se certamente sottese, proprie più del dibattito in bioetica.

4. A tale proposito si potrebbe dire che il nuovo vaglio da parte della Corte Costituzionale della Legge 40/2004 non si può dire positivo, per la

6 Nel dispositivo della sent. 162/2014 si legge «la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 3 della l. 19 febbraio 2014 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibile; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 comma 1 della L. n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4 comma 3»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 comma 3 della l. n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4 comma 3; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 comma 1 della l. n. 40 del 2004, nei limiti di cui in motivazione». Queste ultime norme riguardano i richiami al divieto presenti negli articoli legati al divieto di disconoscimento di paternità, all'assenza di relazioni giuridiche tra donatore e nato da fecondazione eterologa e alle sanzioni agli operatori.

normativa in oggetto. Se vengono mantenuti i confini – almeno per l'accesso alla fecondazione eterologa –, allo stesso tempo si rinnova il giudizio in merito a tutto l'impianto della legge che risulta essere inadeguato per l'eccessiva rigidità e astrattezza delle norme. Del resto, questo era stato anche l'esito dell'esame dei giudici dei Tribunali civili e amministrativi durante i dieci anni di vigore della Legge. Più di 32 giudizi[7] che aveva-

7 L'elenco non è del tutto esaustivo ma può dare un'idea di quanto è avvenuto. Per sinteticità si richiamano i provvedimenti in ordine cronologico, secondo l'oggetto e l'esito: Ordinanza del Tribunale di Roma, febbraio 2004, su diagnosi pre-impianto, negativo; Ordinanza del Tribunale di Catania, maggio 2004, su diagnosi pre-impianto, negativo; Ordinanza del Tribunale di Roma, febbraio 2005, crioconservazione su ovociti fecondati, rigettata; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, giugno 2004,riduzione embrionaria, accolta; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, luglio 2005, su diagnosi pre-impianto, accolta; Sent. del Tribunale amministrativo del Lazio, maggio 2005, annullamento Linee guida del Ministero della Salute su diagnosi pre-impianto, rigetto; Ordinanza della Corte Costituzionale n. 369 del 2006, su diagnosi pre-impianto, inammissibilità; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, settembre 2007, su diagnosi pre-impianto; accolta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, dicembre 2007, su diagnosi pre-impianto, accolta; Sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, gennaio 2008, su limitazione diagnosi pre-impianto, accolta e rinvio alla Corte Costituzionale per l'art. 14; Ordinanza del Tribunale di Firenze, luglio 2008 su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, agosto 2008, su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta e rinvio alla Corte Costituzionale su art. 14; Ordinanza del Tribunale di Milano, marzo 2009, su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta e rinvio alla Corte Costituzionale su art. 14; Ordinanza del Tribunale di Bologna, giugno 2009, su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta; Ordinanza del Tribunale di Salerno, gennaio 2010**,** su diagnosi pre-impianto per coppie fertili con problemi genetici, accolta; Ordinanza del Tribunale di Salerno, luglio 2010, su diagnosi pre-impianto per coppie fertili con problemi genetici, accolta; Ordinanza della Corte costituzionale, febbraio 2010, su art 14 La Corte dichiara l'inammissibilità ritenendo di avere già deciso sulla materia e conferma esplicitamente l'impostazione della sentenza 151/2009; Ordinanza del Tribunale di Bologna, luglio 2010, su art. 14 e diagnosi pre-impianto, accolta; Ordinanza del Tribunale di Bologna, luglio 2010, (diverso giudice) su diagnosi pre-mpianto e art. 14, accolta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, settembre 2010 su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Catania, ottobre 2010, su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Milano, febbraio 2011, su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza della Corte Costituzionale n. 150, maggio 2012, su fecondazione eterologa con rinvio ai giudici a quo; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, novembre 2012 su diagnosi pre-impianto, accolta anche in assistenza indiretta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, dicembre 2012 su donazione embrioni per la ricerca scientifica, invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Firenze, marzo 2013 su eccezione di

no avuto come risultato una diversa interpretazione delle norme; l'apertura verso tecniche che sembravano essere vietate, come la diagnosi preimpianto; la priorità data al principio di autodeterminazione e alla tutela della salute della coppia; un diverso bilanciamento tra tutela della donna e tutela dell'embrione. Si può dire che l'operato dei giudici trovi riscontro anche nelle due sentenze della Corte Costituzionale e da questo profilo, la normativa appare ridimensionata e più attinente sia alle buone pratiche sanitarie sia al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti destinatari. Come già menzionato, i limiti del Legislatore sono in più punti della sentenza richiamati quasi a motivare la necessità di intervento della Corte Costituzionale. Nell'eliminare il divieto, i giudici sono quasi costretti a richiamare alle proprie funzioni un Legislatore disattento e «pauroso», di cui permane tuttavia il ruolo ineludibile specie in materie hanno bisogno di una regolamentazione, modalità estranea al lavoro della Corte Costituzionale.

È bene evidenziare tali affermazioni contenute nella sentenza perché subito dopo il suo deposito e soprattutto da una parte della politica si è accusati la Corte di aver esautorato il Parlamento e di essersi arrogata la funzione di scrivere di nuovo le leggi emanate dal «legittimo organo legislativo». Si è detto anche che i giudici avrebbero stravolto la Costituzione. La realtà appare ben diversa e si consenta una digressione legata all'iter giudiziario: in più occasioni le coppie e le loro associazioni, i medici e le società scientifiche, gli avvocati e i giuristi hanno invocato un intervento di modifica del Parlamento. Ma ciò è rimasto senza ascolto, rimanendo solo l'imbarazzo di chi avrebbe potuto dare risposte efficaci e appropriati e ha abbandonato invece il campo. In questo senso, l'intervento della Corte – non certo di sostituzione ma semmai di integrazione – è stato fondamentale per restituire dignità alle persone e alle loro istanze.

5. Un ulteriore punto che appare rilevante della decisione della Corte Costituzionale, già peraltro anticipato dalla precedente pronuncia del

---

incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta di nuovo e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Milano, marzo 2013 su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta di nuovo e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Catania, aprile 2013 su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta di nuovo e invio alla Corte Costituzionale; Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, agosto 2012 su diagnosi pre-impianto per le coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, accolta e invito all'Italia alla modifica delle norme; Ordinanza del Tribunale di Roma, settembre 2013 su diagnosi pre-impianto per coppia fertile con malattia genetica, accolta; Ordinanza del Tribunale di Roma, gennaio 2014 su diagnosi pre-impianto per coppia fertile con malattia genetica, invio alla Corte Costituzionale.

2009, riguarda la qualità della legislazione e cioè del fatto che quest'ultima – al di là della impostazione generale - dovrebbe essere strettamente connessa con i dati della realtà e quindi attenta al mutamento del contesto sociale e antropologico, all'evoluzione della medicina, alle nuove possibilità legate alle tecnologie e alla scienza. Tale assunto era presente anche nella decisione della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[8] ed è stata citati dai giudici che hanno per due volte sollevato la eccezione di incostituzionalità del divieto. In questo richiamo si avverte inoltre la doverosa attenzione nei confronti degli effetti e quindi dell'impatto che norme troppo rigide potrebbero determinare. Il divieto italiano di donazione di gamete – come hanno rilevato sia i giudici dei Tribunali che della Corte Costituzionale - ha infatti avuto conseguenze gravi come quella dell'aumento del cd turismo procreativo con la conseguente discriminazione delle coppie più deboli sia sotto il profilo sanitario che sotto il profilo economico; di incrementare un mercato estero, in particolare degli ovociti fuori da ogni controllo; l'impossibilità di accedere alle informazioni sanitarie per i nati da donazione dei gameti; «l'occultamento» dei nati da donazione dei gameti per le statistiche ufficiali (Registro sulla procreazione medicalmente assistita dell'Istituto superiore di sanità) impedendo la tracciabilità soprattutto sotto il versante sanitario. Con l'effetto paradossale che colui che si voleva proteggere era in realtà sguarnito di tutele. La norma è stata inoltre inutile poiché è stata «aggirata»: le prestazioni vietate in Italia erano al contrario ammesse in gran parte dell'Europa e nella legge 40/2004 non vi erano sanzioni per la coppia. La normativa italiana «sanava» in qualche modo la condizione delle famiglie e dei nati con il divieto di disconoscimento di paternità. Prevedendo infatti che il divieto non sarebbe stato rispettato, disciplinava tutte le conseguenze e in particolare conteneva tutte le norme per la tutela del nascituro, a partire dal riconoscimento dei nati come figli legittimi, nonché per il divieto di disconoscimento di paternità; nell'esclusione di qualsiasi rapporto e legame giuridico tra nato e donatore. Un ulteriore indicazione rintracciabile nella pronuncia riguarda la necessità di suffragare con dati scientifici l'introduzione di norme. Si tratta di un punto essenziale perché tra le ragioni per il divieto di eterologa erano state addotte ragioni in ordine alla

8 Si tratta della decisione in merito alla fecondazione eterologa per il caso S. H. e altri c. Austria deciso della Grand Chambre della CEDU 3 novembre 2011 in cui esplicitamente si richiama la necessità che il legislatore di prendere atto dei mutamenti sociali e del consenso della società, nonché del progresso della medicina e della evoluzione scientifica.

sua pericolosità e in particolare per l'integrità psicofisica del nascituro. In realtà già dai lavori preparatori[9] della Legge 40/2004, tali timori erano stati fugati nel corso delle audizioni con specialisti e ricercatori. Ma di ciò non si tenne conto, in nome di un principio di precauzione non suffragato da alcuna ricerca scientifica né si valutò l'impatto e gli effetti che poteva avere un divieto assoluto.

La Corte nel caso specifico – ma l'aveva già fatto con la sentenza 151 del 2009 che aveva dichiarato incostituzionale l'obbligo di creare solo tre embrioni e di trasferirli tutti in un unico e contemporaneo impianto - ha preso atto dell'insussistenza di danni o problemi nei nati da donazione di gameti dimostrata da studi condotti ormai da decenni in sede europea e internazionale e ha richiamato alla necessità di attenersi a risultati ed evidenze scientifiche. Le conclusioni sono state esplicite: il divieto di donazione dei gameti, «*impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale*» e ancora: «*In definitiva, le norme censurate stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali*». E ha aggiunto: la discrezionalità legislativa, qualora intervenga sul merito di scelte terapeutiche, non è assoluta, ossia «*non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati*».

In ultimo, ma la Corte lo afferma nella parte iniziale della decisione, si sgombrano dubbi e polemiche che pure sono state presenti in merito alla cd deriva eugenetica: *«la procreazione assistita di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche (semmai) riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita … dovendosi in radice escludere finalità illegittime o eugenetiche».*

6. Con la decisione n. 162 del 2014, la Corte Costituzionale non ha affrontato il rapporto tra le Corti e quindi con la CEDU, peraltro invece ampiamente trattate dai giudici remittenti, e ha valutato la questione unica-

9 Il riferimento è a quanto era emerso nell'ambito della seduta n. 504 del 10 dicembre 2003 e, nello stesso senso, si rinvia alle audizioni in sede di Commissione igiene e sanità, nonché alla Relazione di minoranza della dodicesima Commissione permanente Igiene e Sanità, n. 1514°-bis.

mente riguardo ai parametri costituzionali interni. Il richiamo effettuato dai giudici ha avuto essenzialmente quale riferimento l'art. 8 della Convenzione Edu e a quella giurisprudenza che ha riconosciuto come il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare la procreazione assistita fosse un diritto protetto appunto dall'art. 8 della Convenzione EDU, essendo espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare: «ogni cittadino ha non solo il diritto di avere o meno un figlio ma anche quello di concepirlo mediante l'utilizzo delle tecniche di PMA». L'opera dei giudici si è soffermata, tuttavia, nell'esaminare la questione alla luce dei principi espressi dalla Grande Camera in ordine al margine di apprezzamento da parte degli stati e alla necessità di tenere conto della evoluzione della società e della innovazione scientifica, nonché sui rischi eventuali al nascituro e ai donatori a seguito di donazione dei gameti.

Per la verità un riferimento al versante europeo e internazionale sussiste. A dimostrazione della rilevanza assunta dal sistema di relazioni internazionali, la Corte si preoccupa di sottolineare come un tale divieto non si ponga in conflitto con alcun documento di rilevanza internazionale. Così, il divieto di fecondazione c.d. eterologa non viola i principi sanciti dalla Convenzione di Oviedo, né quelli introdotti dal suo Protocollo addizionale in tema di divieto di clonazione di esseri umani.

7. E si potrebbe aggiungere che la Corte tenga conto, senza tuttavia citarli, di principi e riflessioni ormai considerati come una sorta di patrimonio comune europeo. Il riferimento è alle diverse pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo collegate con l'art. 8 della Convenzione EDU che hanno posto la rilevanza sul principio di autodeterminazione anche nella scelta procreativa. A questo riguardo si possono citare alcune pronunce come *Ternovszky c. Ungheria*[10] o *Pretty c. Regno Unito*[11], o ancora altre pronunce più specifiche in tema di procreazione assistita[12].

10 *Ternovszky c. Ungheria*, [Seconda Sezione], n. 67545/09, 14.12.2010, 22 " t] he notion of personal autonomy is a fundamental principle underlying the interpretation of the guarantees of Article 8 […]. Therefore the right concerning the decision to become a parent includes the right of choosing the circumstances of becoming a parent"; *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, [Grande Camera], nn. 22985/93 23390/94, 30.07.1998,

11 *Pretty c. Regno Unito*, [Quarta Sezione], n. 2346/02, 29.04.2002, 61.

12 Evans c. Regno Unito. sent. n. 6339 del 2005; Dickson c. Regno Unito. sent. n. 44362 del 2004; Odievre c. Francia decisa il 13 febbraio 2003; X e Y c. Paesi Bassi, sentenza 26 marzo 1985; Dudgeon c. Regno Unito sentenza 22 ottobre 1981; Christin Godwin c. Regno Unito sent. n. 28957 del 1995.

D'altra parte, avendo lo sguardo sulla dimensione europea, la Corte ha dovuto in qualche modo tenere in considerazione come la tecnica della fecondazione eterologa era consentita in quasi tutti i paesi europei ad esclusione di Austria e Germania (anche se in questi paesi il divieto non era comunque assoluto). Allo stesso tempo, la Corte era ben consapevole di come la scelta per una legislazione rigida come quella effettuata dall'Italia non fosse in qualche modo corrispondente alle esigenze di continuo mutamento nell'opinione pubblica e in relazione alla evoluzione scientifica e, come al contrario di altri paesi, ciò rendesse irragionevoli e non proporzionali alcune impostazioni normative[13]. Può essere al riguardo rilevante citare la decisione della Corte Costituzionale austriaca del 10 dicembre 2013 sull'accesso alla fecondazione eterologa di una coppia omosessuale fondata sul fatto che il desiderio di un figlio rappresenta un aspetto di particolare importanza dell'esistenza e della identità personale. La Corte ha ritenuto che limitare l'accesso alla fecondazione assistita sulla base dell'orientamento sessuale rappresenta una inammissibile ingerenza nella vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione EDU e una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 7 della Costituzione austriaca. La coppia era composta da una donna austriaca e dalla compagna tedesca, unite dal 2008 in *partnerariato* in base alla legge tedesca. La Corte tedesca ha evidenziato come il desiderio di avere un figlio rappresenti un aspetto di particolare importanza dell'esistenza e della identità personale e la nozione di vita familiare si estenda anche a persone dello stesso sesso con figli.

Può costituire un ulteriore riferimento utile il fatto che nelle ordinanze del Tribunale di Milano e di Catania del 2010, in cui per la prima volta sono state sollevate le questioni di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa[14], venga citato anche l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nell'ordinanza di Catania, in particolare si legge "Si ricordi, infatti che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 – che ha la stessa efficacia dei Trattati istitutivi – all'art. 7 prevede che "ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare".

8. La pronuncia della Corte costituzionale si caratterizza quale decisione dichiarativa dell'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione

13 Per uno sguardo alle modalità di disciplina e di approccio dei principali paesi europei cfr M. P. Costantini, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo* in A. Barenghi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, 2011, Cedam.

14 Il primo «blocco» di ordinanze di rimessione sono del Tribunale di Firenze, 1-13 settembre 2010; del Tribunale di Catania 21 ottobre 2010, del Tribunale di Milano 2 febbraio 2011

eterologa, come disciplinato ai sensi della legge n. 40 del 2004. Sul punto è importante immediatamente chiarire che la Corte ha potuto eliminare la norma in questione sia per il contenuto non vincolante della Legge (sebbene costituzionalmente necessaria[15]) sia per l'insussistenza di un vuoto normativo.

Come è specificato in più passaggi della decisione, la stessa Legge n. 40 del 2004 contiene norme di tutela di tutti i soggetti coinvolti per cui risultano già disciplinati *molti dei profili di più pregnante rilievo* e tra queste norme rilevano anche i cd «paletti» ossia i confini all'interno dei quali la donazione dei gameti è consentita.

Afferma infatti la Corte che permangono «*le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004). Queste norme sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte*».

Di conseguenza, la donazione dei gameti è ammessa solo ai soggetti che posseggono i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione artificiale e sarà vietata a single, coppie omosessuali, a donne non in età fertile (art. 5); le procedure dovranno seguire le disposizioni in materia di consenso informato (art. 6); si conferma la regolamentazione dello *status* giuridico del nato da fecondazione di tipo eterologo (artt. 8 e 9), come la regola dell'anonimato del donatore.

La Corte costituzionale prosegue, precisando come, anche con riferimento ad alcuni aspetti peculiari e propri delle sole tecniche c.d. eterologhe, la regolamentazione applicabile esiste già ed è desumibile dalla normativa vigente in tema di donazione di tessuti e cellule staminali, «*in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario […]*». Analogamente, vale per quanto attiene alla controversa questione del numero di donazioni.

Si applicano quindi le garanzie previste dal decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante, *Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla defi-*

15 Cfr. sent. n. 45 del 2005 si tratta della pronuncia di ammissione dei referendum abrogativi della L. 40/2004.

nizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane.

In questo senso, ben possono essere utilizzare le Linee Guida, previste a norma dell'art. 7, l. n. 40 del 2004, in cui saranno contenute le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e che dovranno recepire l'eliminazione del divieto.

9. Venendo ai profili di illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la Corte costituzionale ne sancisce, innanzitutto, l'incompatibilità con la scelta della coppia, destinataria della legge n. 40 del 2004 ma gravemente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia, in violazione degli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione. «*La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile,* – afferma la Corte – *concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera*». Assicurare le giuste esigenze della procreazione – come richiamato dalla precedente e già richiamata sentenza n. 151/2009 - significa, allora, bilanciare il diritto della coppia, assolutamente sterile o infertile, di scegliere liberamente se avere dei figli e se avvalersi, a tali fini, delle tecniche di tipo eterologo, con gli ulteriori valori e interessi costituzionali in gioco. Il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, viceversa, frustra irrimediabilmente la libertà della coppia di scegliere se diventare genitori; una libertà che la Corte costituzionale ha ribadito ricevere copertura costituzionale.

9.1. Si può affermare che tutta la decisione della Corte Costituzionale sia incentrata sul dare rilevanza al diritto alla salute. Appaiono quindi di rilievo anche per la innovatività alcune espressioni in essa contenute. Innanzitutto, il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo si traduce in una lesione del diritto fondamentale alla salute, art. 32 Cost., da intendere, così come recepito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, comprensivo tanto della salute fisica, quanto di quella psichica. Accogliendo una simile accezione di salute, non assumono alcun rilievo le differenze intercorrenti tra tecniche di fecondazione medicalmente assistita, di tipo omologo, da un lato, di tipo eterologo, dall'altro, in quanto è l'impossibilità procreativa stessa a riverberarsi negativamente sulla salute della coppia.

Sempre in relazione al diritto alla salute ed in linea con la sua giurisprudenza pregressa in materia, la Corte costituzionale avverte del fatto che il legislatore incontra il "limite del rispetto - nei casi di patologie produttive di una disabilità (come è il caso di chi ricorre alla PMA eterologa) - «*di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati*» e ribadisce il principio secondo il quale la discrezionalità legislativa, qualora intervenga sul merito di scelte terapeutiche, non è assoluta, ossia «*non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati*».

In tale ambito, pertanto e richiamando la sentenza 151/2009, «*la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali* […]. *Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango*».

9.2. Il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo manca, quindi, di un adeguato fondamento costituzionale e va annullato, in quanto lesivo «*della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, […] in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite*».

La Corte costituzionale accerta, poi, la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza del divieto, precisando che «*alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 "di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute*».

E afferma ulteriormente che – come già accennato – il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indi-

pendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il «*dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa*».

In linea con la legislazione vigente in materia di adozione e sebbene si sia infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori, è opportuno considerare la peculiarità della materia della procreazione medicalmente assistita al fine di operare ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi in gioco. A questo proposito, la Corte costituzionale richiama nella pronuncia in esame la sentenza n. 278 del 2013, in cui rivolgeva un invito al legislatore a introdurre disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato.

9.3. Un ultimo profilo attiene, infine, alla c.d. discriminazione, lesiva dell'art. 3 Cost., fondata sulle capacità o possibilità economiche delle coppie. La Corte costituzionale richiama il fenomeno, tristemente noto come «turismo» o «esilio» procreativo, che ha visto, negli anni di vigenza del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, innumerevoli coppie italiane recarsi all'estero allo scopo di sottoporsi ai trattamenti di procreazione artificiale vietati in Italia. Da questo punto di vista, il Giudice costituzionale ravvisa un ulteriore elemento di irrazionalità della disciplina nella scelta del legislatore del 2004 di dettare una regolamentazione puntuale degli effetti conseguenti alla procreazione artificiale di tipo eterologo praticata all'estero. «*Questa* – rileva il Giudice costituzionale – *realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole*».

Maria Antonietta La Torre

LA DONAZIONE DI GAMETI E IL CORPO DELLA DONNA: FANTASMI DELL'IDENTITÀ

Sommario: 1. La libertà procreativa. 2. Esigenze di disciplinamento. 3. *Ad opponendum*. 4. Questioni identitarie. 5. La medicina dei desideri. 6. L'incrollabile mito della natura. 7. Il controllo sul corpo femminile.

1. Nella IV parte del suo *Saggio sulla libertà* John Stuart Mill si chiedeva dove si collochi il limite tra la sovranità dell'individuo su se stesso e l'autorità della società su di esso, concludendo che nessuno è autorizzato a dire a un altro individuo che, fosse pure per il suo bene, non può fare della propria vita ciò che sceglie di fare, poiché l'interesse degli altri a come egli gestisce la sua vita è senza dubbio minimo rispetto a quello che ha in merito l'individuo stesso e dunque non può prevalere. Ciascuna donna e ciascun uomo conoscono ciò che è meglio per se stessi, in relazione ai propri sentimenti e condizioni esistenziali, meglio di chiunque altro. Se pure un individuo adottasse un comportamento che giudichiamo riprovevole, se questo non è sanzionato dalla legge, non possiamo che esercitare la nostra riprovazione morale, e non una costrizione ad agire diversamente o un impedimento alla realizzazione delle sue scelte. In verità, aggiungeva Mill ormai più di un secolo e mezzo or sono, la tendenza a estendere il raggio d'azione della «polizia morale» è assai diffusa e minaccia la libertà individuale, ma la tentazione di proibire ciò che alcuni giudicano immorale non è troppo dissimile dalle persecuzioni per motivi religiosi. In breve, egli suggeriva che il criterio della maggioranza (il quale, nei fatti, coincide con la volontà di chi detiene il potere) non ha titolo nella disciplina della condotta morale del singolo e avvertiva del pericolo di considerare «diritti sociali» le pretese che tutti rispettino e adottino i comportamenti approvati dalla maggioranza medesima, poiché tale atteggiamento rischierebbe di ledere la libertà individuale.

La lista dei «diritti umani» è in continua crescita e una consistente parte di essi rientra nella categoria dei «diritti bioetici»; questi registrano una significativa evoluzione, sia per l'ampliarsi delle possibilità offerte dalla tecnica, sia in conseguenza della rivendicazione di maggiori garanzie a tutela della salute, ma non di rado timori sociali o pregiudiziali ideolo-

giche interferiscono con il diritto di ciascuno all'autodeterminazione. In società che si considerano democratiche e hanno in linea generale accolto il principio di tolleranza, si assiste a tentativi di disciplinamento delle scelte individuali manifestamente dettati da visioni univocamente orientate e scarsamente pluralistiche. L'idea di ciò che costituisce un bisogno essenziale, che la società avrebbe il dovere di soddisfare per i suoi membri, è mutata nel tempo e si è ampliata, ma aprendo *querelle* spesso dolorose per le persone coinvolte. Un esempio di ciò è senza dubbio la Legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

Nell'opinione di Rodotà tra i nuovi diritti umani rientrerebbe anche quello alla procreazione, tuttavia è ancora in parte controversa la questione su quali mezzi siano leciti per realizzare tale diritto.[1] La *Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne* (New York, 1979) sanciva il loro *diritto* alla scelta riproduttiva e le poneva al centro delle politiche pubbliche in tale ambito, al punto che il diritto alla riproduzione risulterebbe un diritto umano specifico delle donne, il quale prevede non solo libertà di scelta, ma anche autodeterminazione e assenza di discriminazione.[2] Ora, se il dovere medico è alleviare la sofferenza, e la sterilità o l'impossibilità a procreare possono causare sofferenza, fino a che punto va esteso il diritto, con i conseguenti obblighi da parte della società a favorirne l'esercizio, al controllo della propria funzione riproduttiva? Nella Legge 40/2004, in realtà, non si configura propriamente un diritto, ma il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è inteso come soluzione di un problema, purché non vi siano altri metodi utili nel caso specifico e secondo un principio di gradualità. La questione non è priva di conseguenze: poiché la fecondazione assistita non rimuove la patologia, ossia la sterilità, bensì utilizza specifiche tecniche per aggirarla, è in effetti dubbio se possa configurarsi come cura e, di conseguenza, come diritto; in tal caso sarebbe difficile respingere le richieste di applicazione di tutte le tecniche disponibili. Inoltre, se la si ritiene una modalità riproduttiva al pari delle altre, allora essa si configura come un diritto assoluto, se invece la si considera dal punto di vista di una terapia della sterilità allora ne scaturirebbe un diritto relativo a determinate condizioni. Una terapia, infatti, può essere accordata in subordine a considerazioni di ordine medico, mentre una libera scelta individuale potrebbe essere esercitata sulla base dell'equiparazione tra procreazione

1 S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

2 P. Iagulli, *Diritti riproduttivi e fecondazione artificiale. Studio di sociologia dei diritti umani*, Milano, 2013.

naturale e assistita. A mio avviso, se pure l'assistenza alla procreazione non si configurasse come un diritto giuridicamente riconosciuto da cui scaturirebbe un dovere dell'assistenza sanitaria pubblica, potrebbe tuttavia configurarsi un *obbligo morale* alla soddisfazione di tale bisogno, in quanto risultasse necessario alla realizzazione dell'identità individuale.

In ogni caso, le tecniche di procreazione medicalmente assistita originano delicate e problematiche implicazioni sociali, poiché non solo pongono in discussione la concezione della sterilità, non solo determinano una ridefinizione culturale e sociale della nozione di procreazione, ma inducono anche a ripensare la rappresentazione della coppia e della famiglia e il mito della natura «buona» di contro a una tecnica (artificio) connotata in senso negativo; esse ci pongono dinanzi a: a) complesse questioni identitarie, b) un ripensamento della relazione tra il naturale e l'artificiale, c) un riesame dei compiti della medicina, d) una riflessione sulla corporeità femminile.

2. L'acquisizione di tecniche per la procreazione medicalmente assistita omologa ha nel tempo generato una gran mole di resistenze più o meno razionalmente fondate, alimentando fantasmi e paure connessi soprattutto al suo carattere di «artificialità», che però in linea generale sembrano ormai sufficientemente superate; al contrario la donazione di gameti, in particolare nel nostro Paese, risulta ancora investita di una valenza simbolica forte, poiché solleva un complesso intrico di questioni identitarie (l'identità di madre e di padre, l'identità del figlio), cosicché si è configurata ben presto come la questione più spinosa, l'ultimo divieto categorico imposto dalla legge e demolito da una sentenza della Corte Costituzionale: perché questo aspetto risulta particolarmente complesso? Poiché il linguaggio non è ininfluente sulla «cosa», utilizzando l'espressione «donazione di gameti», piuttosto che «fecondazione eterologa», si intende qui fornire una prospettiva aperta sulla questione.

Come molte problematiche a carattere bioetico, anche questa sembra richiedere un bilanciamento di interessi: da un lato l'autonomia e la libertà individuale di perseguire il fine della procreazione, che può contribuire alla definizione dell'identità personale e alla realizzazione del proprio sé, dall'altro la volontà comunitaria disciplinata dal diritto, che rivendica il potere di intervenire su quella libertà per tutelare interessi ritenuti più ampi; tuttavia, diverse Corti europee sono state chiamate a pronunciarsi sulla legittimità dei limiti posti alle libere scelte procreative e più volte il divieto è stato dichiarato illegittimo in quanto «arbitrariamente diretto a interferire nella "vita

privata e familiare" dei richiedenti, cui certamente deve ritenersi ascritta la libertà di decidere sulla dimensione genetica della propria genitorialità».[3] La discussa sentenza della Corte di Strasburgo nel caso S.H. e altri c. Austria (1 aprile 2010 n. 57813/00) ha sottolineato che considerazioni di ordine morale generale o relative alla sensibilità sociale diffusa non sono sufficienti a giustificare un intervento restrittivo da parte del legislatore. I rischi paventati non possono giustificare un divieto, ma semmai suggerire una regolamentazione e l'attenzione a eventuali abusi. Senza dubbio è particolarmente difficile nelle questioni bioetiche mantenere il principio della avalutatività del diritto, ma a mio avviso lo Stato manifesta la propria debolezza se legifera in maniera restrittiva palesando il timore di non potere controllare scivolamenti eccessivi su un ipotetico «piano inclinato»: la preoccupazione che si possa male adoperare la libertà non costituisce sufficiente fondamento per una regolamentazione legislativa in senso restrittivo. Né si può legiferare, in materie che sono esposte alla rapida evoluzione della tecnica, facendo appello al «costume», a meno di non riproporre modelli morali e criteri di giudizio analoghi all'obsoleto «pubblico scandalo», riferendosi, ad esempio, a un ipotetico pericolo per la concezione «tradizionale» della famiglia. L'impressione è che si voglia applicare una sorta di principio di precauzione, secondo il quale in caso di ignoranza su possibili conseguenze è preferibile non agire, a questioni che invece richiedono di fornire risposte contemperando diverse istanze e credenze, salvaguardando laicità e pluralismo dei valori.[4]

---

3 M. Dell'utri, *Fecondazione eterologa e diritti fondamentali*, in A. Barenghi (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del Convegno, Milano, 2011, 76.

4 Alcuni punti della L. 40 sembrano ispirati direttamente alla *Lettera Enciclica Evangelium Vitae* di Giovanni Paolo II. «Anche le varie tecniche di riproduzione artificiale, che sembrerebbero porsi a servizio della vita e che sono praticate non poche volte con questa intenzione, in realtà aprono la porta a nuovi attentati contro la vita. Al di là del fatto che esse sono moralmente inaccettabili, dal momento che dissociano la procreazione dal contesto integralmente umano dell'atto coniugale, queste tecniche registrano alte percentuali di insuccesso: esso riguarda non tanto la fecondazione, quanto il successivo sviluppo dell'embrione, esposto al rischio di morte entro tempi in genere brevissimi. Inoltre, vengono prodotti talvolta embrioni in numero superiore a quello necessario per l'impianto nel grembo della donna e questi cosiddetti "embrioni soprannumerari" vengono poi soppressi o utilizzati per ricerche che, con il pretesto del progresso scientifico o medico, in realtà riducono la vita umana a semplice 'materiale biologico' di cui poter liberamente disporre. Le diagnosi pre-natali, che non presentano difficoltà morali se fatte per individuare eventuali cure necessarie al bambino non ancora nato, diventano troppo spesso occasione per proporre e procurare l'aborto. È l'aborto eugenetico, la cui legittimazione nell'opinione pubblica nasce da una mentalità

Non è un caso se la giurisprudenza è particolarmente interessata all'analisi comparativa su questo tema: le differenze nelle legislazioni dei vari Stati riflettono culture e visioni del mondo e le resistenze appaiono talvolta manifestamente pregiudiziali.[5] La donazione di gameti è ammessa in buona parte degli Stati europei: in Germania occorre una specifica autorizzazione, Austria e Svezia consentono l'uso di gameti maschili, la Francia permette la donazione di uno solo dei gameti, in Grecia, Spagna e Gran Bretagna la fecondazione assistita è ammessa anche per la donna sola e la Gran Bretagna autorizza anche la maternità surrogata. L'unico vincolo in tutti i casi è l'assenza di mercificazione e lucro, in linea con la *Convenzione di Oviedo*, che si associa a diversificate soluzioni ai presunti rischi (per altro giudicati statisticamente irrilevanti) che tali pratiche potrebbero produrre (ad esempio, rifiuto del nascituro o non riconoscimento, numero eccessivo di donazioni e rischio di unione tra consanguinei, ecc.). Molta attenzione ha dedicato la riflessione giurisprudenziale alle possibili implicazioni di una nascita da donatore, alle modalità di tutela degli interessi delle diverse parti coinvolte (figlio, donatore, padre non biologico, ecc.), ma i profili giuridici si inquadrano in questioni squisitamente biopolitiche: fino a che punto il legislatore può ingerire nelle scelte procreative individuali in uno Stato che si configura come laico e regolato da una Costituzione centrata sulla tutela della dignità e del valore dell'individuo? È legittima la richiesta di utilizzare tutte le tecniche disponibili? L'evoluzione della nozione di salute, non più oggettiva, ma legata a istanze soggettive e mutevoli e a un'idea evolutiva di «benessere», solleva la domanda se la richiesta di assistenza, in presenza di tecniche idonee, non

— a torto ritenuta coerente con le esigenze della "terapeuticità" — che accoglie la vita solo a certe condizioni e che rifiuta il limite, l'handicap, l'infermità» (Giovanni Paolo II, *Evangelium Vitae*, 1995, Cap. I par. 14). Anche in altri orizzonti valoriali le perplessità non mancano. Ad esempio la Chiesa protestante francese solleva una questione di identità del nascituro nel caso di dissociazione tra la sfera genetica e quella affettiva (cfr. Fédération protestante de France, *Biologie et éthique: éléments de réflexion*); nella dottrina rabbinica si esclude la fecondazione assistita, a eccezione dei casi in cui sia l'unica possibilità, e comunque sempre all'interno della coppia coniugata; nell'Islam la fecondazione assistita è ammessa a condizione che sia salvaguardata l'identità genetica dei genitori. Cfr. D. Atighetchi, D. Milani, A.M. Rabelo, *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino, 2013.

5 Cfr. ad es. C. Casonato, T. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; F. Vari, *La fecondazione eterologa tra costituzione italiana e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Atti del seminario (Roma, 2 aprile 2012), Torino, 2012.

sia del tutto legittima e non sia moralmente doveroso soddisfarla. Come sempre in bioetica e spesso in diritto, si è di fronte a una questione di limiti: fino a che punto la genitorialità è un diritto rivendicabile?

3. In Italia, come si diceva, la donazione di gameti suscita ancora molte riserve, sebbene la giurisprudenza stia procedendo speditamente a garantire le opportunità. Infatti è dubbio, ad esempio, se un problema analogo, ossia l'impossibilità a procreare, possa essere oggetto di trattamento differenziato, ossia di disciplina diversa nei casi in cui vi sia sterilità di entrambi o uno solo dei coniugi, rischio di trasmissione di malattie ereditarie, ecc. Occorrerebbero motivazioni oggettivamente valide e ragionevolmente sostenibili. I numerosi ricorsi alla Corte costituzionale contro la Legge 40/2004 mostrano che essa ha disatteso proprio il principio di uguaglianza e quello della libertà di cura, in nome di un presunto diritto del nascituro a una doppia figura genitoriale, che entra in conflitto con quello dell'individuo alla procreazione.[6] Forse in nome di tale diritto potremmo sottrarre a una madre single il suo bambino o impedirle di procreare? La relazione di minoranza della XII Commissione permanente Affari sociali presentata al Senato nella XIV legislatura il 19 settembre 2003, nel corso del dibattito che ha poi prodotto la L. 40, sottolineava proprio la dubbia sostenibilità giuridica del diritto del nascituro alla dimensione biologica della genitorialità e la difficoltà anche di un suo fondamento etico-filosofico. A mio avviso sarebbe stata altrettanto meritevole di tutela l'esigenza di evitare la trasmissione ereditaria di gravi patologie, che restava invece insoddisfatta dalla Legge a causa del divieto di analisi preimpianto degli embrioni e di accesso alle tecniche alle coppie non infertili, ma portatrici di patologie trasmissibili. Ora, con la sentenza 162/2014, i giudici della Corte Costituzionale hanno esplicitamente affermato che il divieto di fecondazione eterologa non ha fondamento costituzionale e lede il principio di uguaglianza; inoltre, la cancellazione del divieto non indebolisce le tutele per i soggetti coinvolti.

Il principio di autonomia, fondamento di tutta la riflessione bioetica, rimane, ritengo, un insostituibile criterio di orientamento. «La riproduzione è una delle sfere essenziali di esercizio dell'autonomia umana, delle decisioni che ognuno prende per sé in libero accordo con altri individui».[7] E come tut-

6 Sul diritto alla procreazione, cfr. art 1 L. 194/78: «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile».

7 C. Caporale, A. Massarenti, A.M. Petroni, S. Rodotà, *Il manifesto della «bioetica laica»*, 1° marzo 1998. «A ben vedere, le tecniche di PMA eterologa non offendono alcun bene giuridico di rilevanza costituzionale. L'effettuazione di tali

te le pratiche medico-sanitarie, anche questa richiede una regolamentazione, non divieti perentori. Il giudizio negativo sull'impiego di gameti esterni alla coppia è invece spesso segnato da motivazioni quanto meno inclementi verso gli individui in sofferenza ed equiparato, verrebbe da osservare, alla condanna morale rivolta a una relazione adulterina. Ci si appella da un lato a presunti danni alla personalità del concepito, in effetti indimostrati e per altro da molti negati, dall'altro al rischio di minare la struttura familiare. Si sostiene che l'impiego di gameti o embrioni estranei metterebbe in pericolo, quando non distruggerebbe, l'identità della coppia e si paventano ripercussioni sulla società attraverso la disgregazione della famiglia. Vi è chi sostiene che verrebbe leso un presunto diritto dei membri della coppia ad acquisire un'identità genitoriale solo entro la forma del matrimonio e attraverso la coppia. Le ragioni per tale scelta, inoltre, sono giudicate egoistiche da parte di uno dei coniugi, che preferirebbe avere un legame genetico col figlio, rifiutando perciò l'alternativa dell'adozione, sacrificando la parità con l'altro membro della coppia, che verrebbe così a trovarsi in una posizione di inferiorità. Con la donazione di gameti vi sarebbero dunque «devastanti conseguenze psicologiche sia per il bambino che per la madre gestante»[8], poiché il concepito sarebbe ridotto a oggetto e privato della sua essenza antropologica.[9] E ancora, sarebbero violati il presunto diritto del figlio a essere concepito e messo al mondo all'interno del matrimonio e il suo diritto alla vita, in caso di produzione di embrioni soprannumerari,[10] e per-

---

pratiche non comporta di per sé la perdita di embrioni. I paventati pericoli di selezione genetica, nonché i possibili rischi etico-sociali e psicologici per il nascituro possono essere neutralizzati, almeno in parte, con l'adozione di una disciplina normativa speciale. Di conseguenza, il confronto avrebbe dovuto incentrarsi sulle condizioni e sui limiti da porre in riferimento alla figura del donatore (uomo o donna), al controllo e all'utilizzazione delle cellule germinali, nonché all'accesso ai dati sanitari ed anagrafici del donatore». S. Canestrari, M.P. Fantini, *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, Milano, 2006, 85-86.

8 M.L. Di Pietro, R. Minacori, *Tecniche di fecondazione artificiale*, in E. Sgreccia, A.G. Spagnolo, M.L. Di Pietro (a cura di*), Bioetica: manuale per i diplomi universitari della sanità*, Milano, 1998, 448.

9 D. Atighetchi, D. Milani, A.M. Rabelo, *op.cit*.

10 È evidente che qui il discrimine è costituito dal ritenere o meno che l'embrione sia una persona sin dal concepimento; a nostro avviso un embrione è solo un essere umano potenziale e non un essere umano *tout court*; tuttavia tale questione è annosa e di difficile soluzione e dunque tralasceremo di affrontarla in questa sede. L'individuo diviene persona giuridica al momento della nascita, secondo la nostra Costituzione, e prima di questo momento non può rivendicare «diritti» in senso proprio.

sino il diritto all'identità.[11] Il figlio conseguirebbe, infatti, la propria identità grazie ai genitori naturali; in caso contrario sarebbe privo di un riferimento «certo». In una simile prospettiva non si riconosce alcun diritto individuale alla procreazione, ma, anzi, il diritto a concepire sarebbe un diritto duale, per così dire, che cioè sussiste solo se si è in due e soprattutto soltanto entro le coordinate dell'istituzione legittimata da una specifica società. La procreazione non sembra affatto un atto della volontà, ma sarebbe addirittura un «diritto indisponibile»,[12] che può essere esercitato solo a certe condizioni.

Ora, non solo in tal modo si presupporrebbero condannati all'instabilità psicologica i bambini adottati, ma sarebbero irreparabili i danni al figlio generato in seguito a uno stupro, piuttosto che a un atto d'amore, al punto da far preferire un impedimento all'esistenza. Se un figlio detiene un diritto alla presenza di entrambi i genitori, allora le donne stuprate dovrebbero non essere sostenute, ma incoraggiate all'interruzione della gravidanza, per non ledere tale diritto. A ben vedere, tuttavia, il danno psicologico e sociale al figlio generato grazie a una donazione di gameti è presunto e presupposto non per evidenza scientifica, bensì sulla base di una sorta di sottinteso senso comune, che induce a considerare buono e giusto ciò che è noto e consolidato, e sbagliato e pericoloso ciò che è nuovo: si dà per noto ciò che noto non è. Che la donazione mini l'integrità psicologica del figlio così concepito, la sua identità, poiché le figure parentali sarebbero confuse o moltiplicate, non è, almeno per ora, dimostrato,[13] poiché ciò che le scienze psicopedagogiche sostengono è che occorrono due figure genitoriali e non altro, non dunque un legame genetico, per la crescita equilibrata di un bambino.

---

11 Si evidenzia «come *ratio* della limitazione imposta dalla legge alla libertà procreativa della coppia il bilanciamento dei diritti di tutti i soggetti coinvolti: il loro diritto di scegliere *come* procreare, di dare consenso anche ad una fecondazione con gameti da donatore trova un limite nei diritti del concepito, inteso in questo caso come il figlio che verrà. Il *no* all'eterologa viene a proteggere il suo diritto ad un'identità parentale certa, su cui non gravi l'ombra dell'anonimato di uno dei due genitori biologici (o di entrambi), o il peso della difficile rivelazione della scissione tra genitorialità biologica e genitorialità sociale. Qui il parallelo con l'adozione, più volte portato avanti dai sostenitori della fecondazione in vitro eterologa, non tiene: il figlio adottato è *già* un bambino in stato di abbandono», mentre «il figlio che venga a conoscenza della differenza tra la genitorialità sociale e quella biologica» andrebbe incontro a «disagio e sofferenza». M. Gensabella Furnari (a cura di), *Tecnica e procreazione. Desideri, diritti e nuove responsabilità*, Soveria Manelli, 2005, 83-84.

12 M.L. Di Pietro, R. Minacori, *op.cit.*, 448.

13 M. D'amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea*, Milano, 2012, 21.

Uno studio francese di qualche anno fa ha provato a indagare i vissuti e le storie personali, «i rapporti con le proprie origini (reali e fantasmatiche)»,[14] di un gruppo di bambini nati da seme di donatore, per evidenziare i «fantasmi» che accompagnano queste pratiche. Il numero di casi presi in esame non è elevato, pertanto non si può dire che esso abbia valenza statistica, tuttavia si conclude che i figli nati attraverso fecondazione eterologa non hanno difficoltà ad accettare il padre «adottivo» e, specie se sono stati correttamente e tempestivamente informati sulla propria origine, non inseguono il fantasma del padre naturale, ma riconoscono come padre vero colui che li ha desiderati, cresciuti, amati. Anche altre ricerche, esaminando numeri più significativi di casi, non hanno riscontrato differenze né fisiche né psichiche tra i bambini concepiti naturalmente e quelli concepiti con l'aiuto delle tecnologie mediche.[15] Verrebbe allora da chiedersi se i «fantasmi»

14 J.L. Clément, *Mon père, c'est mon père. L'historie singulière des enfants conçus par Insémination Artificielle avec Donneur*, Paris, 2006, 13.

15 Lo studio di S. Golombok, A. Brewaeys, M.T. Giavazzi, D. Guerra, F. MacCallum, J. Rust, *The European study of assisted reproduction families: the transition to adolescence*, Human Reproduction, 2002, 830-40, si è soffermato sulla fase presumibilmente più critica dell'adolescenza e, intervistando 102 famiglie che hanno utilizzato la fecondazione in vitro, 94 famiglie che hanno usato l'inseminazione da donatore, 102 famiglie adottive e 102 famiglie con un bambino concepito naturalmente, non ha riscontrato differenze nelle diverse tipologie di famiglie, se non una piccola percentuale di eccesso di coinvolgimento da parte dei genitori nelle famiglie che hanno fatto ricorso alla riproduzione assistita. Lo studio di S. Golombok, R. Cook, A. Bish, C. Murray, *Families created by the new reproductive technologies: quality of parenting and social and emotional development of the children*, Child Development, 1995, Apr., 66 (2), 285-98, con analoga comparazione con gruppi di controllo, ha concluso che la qualità della funzione genitoriale nelle famiglie con figli concepiti con procreazione medicalmente assistita è addirittura superiore a quella delle famiglie con figli concepiti naturalmente e che non vi è differenza nelle condizioni emotive, comportamentali o relazionali dei bambini. C. Murray, F. MacCallum, S. Golombok, *Egg donation parents and their children: follow-up at age 12 years*, Fertility and Sterility, 2006 Mar., 85 (3), 610-8, hanno confrontato la qualità della relazione genitoriale e l'adattamento psicologico alla donazione di gameti e alla fecondazione omologa in famiglie con figli adolescenti e non hanno rilevato differenze. S. Golombok, J. Readings, L. Blake, P. Casey, L.Mellish, A. Marks, V. Jadva, *Children conceived by gamete donation: psychological adjustment and mother-child relationships at age 7*, Journal of Family Psychology, Apr. 25 (2), 2011, 230-9, analizzando la relazione madre-figlio in bambini di sette anni nati da donazione di gameti, non rilevano differenze se non quando l'origine sia tenuta nascosta, ma evidentemente in tal caso si configura un problema della madre piuttosto che del bambino. Sembrerebbe insomma che l'aspetto genetico sia pressoché ininfluente per l'equilibrio del figlio.

siano effettivamente dei figli, o non piuttosto degli adulti, al limite anche dei genitori che si sentono inadeguati e che trasmettono queste sensazioni di estraneità ai figli: la funzione simbolica del padre si collega allo spermatozoo nella mente del figlio o nel senso di impotenza del genitore?

Accanto ai possibili rischi per la stabilità psichica del nuovo nato e per gli equilibri familiari e quindi per l'«istituzione» della famiglia, si postula poi un diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche, del quale il nascituro sarebbe privato a priori, con conseguenze pericolose anche in caso di insorgenza di eventuali problemi sanitari a carattere genetico. Su tutto il dibattito aleggia infine il fantasma dell'eugenetica, in riferimento a un'eventuale possibilità di scelta del donatore. Tali argomenti, tuttavia, non sembrano sufficienti a giustificare un divieto assoluto, mentre un bilanciamento degli interessi attuato caso per caso soddisferebbe maggiori bisogni.[16] Ad esempio, la possibilità di conoscere le proprie origini genetiche una volta raggiunta la maggiore età è prevista in alcuni legislazioni europee, ma la conoscenza delle proprie origini genetiche non può configurarsi come un diritto assoluto, visto che non possono esercitarlo i bambini abbandonati o adottati. Per quanto concerne l'eugenetica, essa è già sufficientemente sanzionata sia nei codici deontologici, sia nelle dichiarazioni internazionali sulla salute e i diritti, e il timore che qualcuno possa esercitare simile pratica non giustifica l'impedimento a salvaguardare talune coppie dalla trasmissione di gravi patologie: «un rischio non può compromettere una possibilità buona».[17]

Se si adotta un atteggiamento non dogmatico, le tecnologie riproduttive appaiono come un'opportunità, piuttosto che un rischio. Ove non sussistano rilevanti ragioni, lo Stato non dovrebbe poter interferire nella facoltà di autodeterminazione e tanto meno proporsi come uno Stato «educatore», come ha fatto con la Legge 40; anzi: lo Stato dovrebbe favorire ogni tentativo di formare una famiglia, al punto che non si dovrebbe solo rivendicare una libertà, ma chiedere la predisposizione di con-

16 «La generalizzazione del divieto, nella misura in cui vale per tutti, singoli o coppie, senza distinzione tra soggetti omosessuali o eterosessuali, sembra volta soprattutto ad impedire che possano assumere rilevanza nel nostro ordinamento quegli orientamenti interpretativi che reputano contrario al principio di non discriminazione la limitazione dell'accesso alla procreazione assistita soltanto alle coppie eterosessuali». L. Balestra, *Della famiglia*, in *Commentario del Codice civile. Leggi collegate*, Torino, IV, 2010, 537.

17 V. Franco, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Roma, 2005, 52.

dizioni favorevoli al suo esercizio. Indubbiamente è difficile ricondurre una questione complessa entro i limiti, apparentemente rigidi, ma nella pratica mutevoli, del lecito e del non lecito, quando essa comporta un ripensamento di sfere significative dell'esistenza individuale e della società, quali la definizione delle condizioni indispensabili alla realizzazione piena delle proprie «capacità»[18] o il riconoscimento di diverse concezioni di famiglia e di legame familiare o di filiazione. È fuor di dubbio che l'aumento delle possibilità determina un aumento delle responsabilità. Ma occorre guardarsi dalla pretesa di voler assicurare al bambino che nasce grazie alle tecniche quanto non ci si preoccupa di assicurare a bambini che nascono in maniera «naturale» e che possono avere madri assenti, padri violenti, situazioni socio-economiche disagiate, ecc.: la «natura» non garantisce affatto i diritti e non per questo qualcuno immagina uno screening generalizzato di idoneità alla riproduzione.

4. Il divieto di donazione di gameti esterni alla coppia sottintendeva, dunque, la duplice convinzione che da un lato non sia lecito o opportuno separare la filiazione biologica e quella sociale, se non in casi ben controllati e controllabili, quale l'adozione, sottoposta, com'è noto, a severa regolamentazione, dall'altro questo evento comporterebbe danni per lo sviluppo psicologico del nascituro. La sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 sembra offrire un sostegno a quanti individuano nell'origine genetica un rilevante elemento della costruzione dell'identità; affrontando il tema del diritto del figlio adottivo a conoscere le proprie origini, ossia i genitori biologici, la Corte ha proposto un bilanciamento di tale diritto con quello della madre a rimanere anonima (dovrebbe essere il giudice a chiedere in via riservata alla madre se intenda essere contattata dal figlio), proprio per rispondere a una precisa rivendicazione di un diritto presunto come necessario all'identità personale. D'altronde in una precedente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (causa Godelli c. Italia, Sentenza 25 settembre 2012), della quale la Corte costituzionale evidentemente tiene conto, il diritto a conoscere le proprie origini viene inteso come strettamente connesso proprio alla definizione della identità: ciascu-

18 Mi riferisco qui al concetto di *capabilities* elaborato da Sen e Nussbaum, ossia al dovere di consentire a ciascuno di sviluppare pienamente le proprie potenzialità in relazione alla propria idea di «vita degna»; cfr., tra gli altri scritti, A. Sen, *Risorse, valori e sviluppo*, tr. it., Torino, 1992; A. Sen *La diseguaglianza*, tr. it., Bologna, 1994; M.C. Nussbaum, *Creare capacità*, tr. it., Bologna, 2012; M.C. Nussbaum, A. Sen, *The Quality of Life*, Oxford, 1983.

no detiene «il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza». Ora, perché un figlio dovrebbe accedere alla storia della famiglia biologica per costruire la propria identità, se egli si è formato e strutturato come persona entro un contesto diverso? Che influenza e peso possono avere «familiari» con cui non ha interagito nei momenti della socializzazione primaria, quelli nei quali ha acquisito modi di pensare, parlare, essere in relazione? Se scoprisse che il genitore biologico appartiene a una religione, a una cultura totalmente diverse, questo farebbe mutare i suoi gesti, sentimenti, pensieri, atteggiamenti verso il prossimo? Da più parti si sostiene, a mio avviso con una certa superficialità, che sapere «da dove si viene» sia necessario a capire «dove andare», cioè che genere di individuo si vuole o si può essere e diventare. Un simile (e ipotetico, se non canzonettistico e vetustamente deterministico) automatismo sembra alquanto riduttivo della ricchezza delle esperienze che concorrono alla formazione di ciascuno e delle sue prospettive esistenziali, ipotizzando che in maniera meccanica o automatica la conoscenza di altri che hanno contribuito con qualche cellula alla propria nascita possa avere un'influenza anche solo lontanamente paragonabile alla relazione con quanti quotidianamente hanno fornito stimoli, insegnamenti, esempi, e risulti alla fine così decisiva da far considerare depauperante la sua assenza. E se pure nel caso dell'adozione può esservi una storia da conoscere e motivazioni da comprendere per rielaborare un possibile vissuto di abbandono, nel caso della donazione di gameti non vi è alcuna storia da conoscere se non un semplice atto di generosità disinteressata, nel duplice senso della gratuità e dell'assenza di interesse per la vita che nascerà, per la quale dunque incontrare quel donatore non dovrebbe costituire alcun valore aggiunto. Un gamete non è un individuo, non è una storia personale. La verità è che il numero di bambini adottati o nati da donazione di gameti che compiono tale ricerca è assai limitato, sebbene la divulgazione massmediatica ne enfatizzi la portata. La conoscenza del donatore non può essere realmente determinante nella vita di un individuo cresciuto e amato in una famiglia che ha compiuto un difficile percorso (elemento di solito trascurato) per giungere alla sua nascita che, in caso contrario, non sarebbe neppure avvenuta. Ma soprattutto l'identità individuale è il risultato della socialità, piuttosto che dei geni. La struttura dell'individuo è essenzialmente intersoggettiva e la vita umana ha un carattere fondamentalmente dialogico; si diviene agenti in senso proprio e dotati di un'identità attraverso l'acquisizione di un linguaggio e attraverso la relazione con altri individui dai quali apprendiamo questo linguaggio. Il processo di formazione della personalità è essenzialmente un processo sociale: l'interazione interindividuale è condizione per l'emergenza del

«sé», scriveva, ad esempio, Mead.[19] L'individuo perviene alla coscienza e sviluppa un'identità non per «natura», ossia attraverso i geni, bensì dalla relazione, dal rapporto con l'alterità. Non si sviluppa una coscienza di sé, se non scoprendo l'altro: di contro a ogni visione deterministica, di matrice vetero-positivistica, la cultura novecentesca ci ha lasciato in eredità il riconoscimento della natura sociale dell'agire umano. Scriveva Lévinas: «Soltanto andando incontro ad Altri sono presente a me stesso».[20]

Questa prospettiva appare finalmente recepita, ad esempio, dalla recente sentenza del Tribunale di Roma (sez. I civile, ordinanza 08.08.2014) a proposito dello scambio di embrioni verificatosi in un procedimento di fecondazione assistita, nella quale si legge: «Il rapporto di filiazione – ed il conseguente diritto all'identità personale – si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall'appartenenza genetica, potendosi rinvenire, grazie anche al rilievo "rivoluzionario" delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali; "la madre genetica" (la donna cui risale l'ovocita fecondato), "la madre biologica" (colei che ha condotto la gestazione), e la madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); il padre genetico ed il padre sociale. Figure che possono anche di fatto non coincidere».[21]

Il presunto diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche, alla luce di tali considerazioni, può trovare una giustificazione laddove emerga un'esigenza di ricostruzione di condizioni patologiche ereditarie, ma non pare possa essere considerato prevalente rispetto al diritto alla libertà riproduttiva. Certamente la riflessione bioetica è sorta dall'interrogativo in ordine al *limite* morale da porre nell'uso delle tecniche, alla necessità

19 G.H. Mead, *La filosofia del presente*, tr. it., Napoli, 1986.

20 E. Lévinas, *Totalità e infinito*, tr. it., Milano, 1982, 2^, 182.

21 Nella sentenza si legge anche: «Il legislatore italiano della riforma della filiazione, infatti, nel rivedere la disciplina delle azioni di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ha previsto un termine tombale di cinque anni per il loro esercizio, anche nei casi di sospensione previsti dalla legge, dando prevalenza all'interesse del minore alla stabilità del rapporto di filiazione ed a non recidere *i legami familiari e di affetti che ne fondano l'identità* [corsivo mio], sulla verità genetica o biologica del rapporto di filiazione. Il legislatore ha accolto il principio in base al quale la tutela del diritto allo status ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica». E inoltre: «Il diritto della personalità costituito dal diritto all'identità appare sempre più sganciato dalla verità genetica della procreazione e sempre più legato al mondo degli affetti ed al vissuto della persona cresciuta ed accolta all'interno di una famiglia». Perciò «non può più ragionevolmente ritenersi che il principio della verità genetica nei rapporti di filiazione sia sovraordinato rispetto agli altri interessi in conflitto».

di discriminare il lecito a fronte del tecnicamente possibile, ma fino a che punto un limite con una valenza sostanzialmente consuetudinaria e presuntiva, ossia fondata su presupposti indimostrati, può essere imposto forzatamente ad altri se la condotta in esame non danneggia direttamente gli interessi di qualcuno? Può, infatti, considerarsi danneggiato un individuo che in caso di divieto non sarebbe affatto nato? Se «il primo imperativo [etico] è che ci sia un'umanità»,[22] se cioè è una verità ontologica che sia preferibile l'esistenza alla non esistenza, non è preferibile nascere e far nascere, piuttosto che non esistere affatto, sia pur ipoteticamente privi di una definita identità genetica? E il frutto di un adulterio, una forma di «fecondazione eterologa» sempre esistita, preferirebbe non essere nato, poiché la nascita avrebbe calpestato i suoi diritti, determinando il disagio di avere un genitore naturale diverso da quelli che lo hanno cresciuto? A mio parere, il bambino fortemente voluto, al prezzo di dolorose pratiche terapeutiche, dovrebbe sentirsi più e non meno soddisfatto delle proprie origini. Anche se vi fosse un disagio psicologico, dovremmo supporre che sarebbe tale da rendere preferibile la non-vita e ritenere che l'ignoranza sul proprio patrimonio genetico sia peggiore del non essere nato affatto?[23] E se la separazione tra genitorialità genetica e sociale è da evitarsi, perché il figlio non conoscerebbe parte della propria storia familiare, e dunque non solo sarebbe all'oscuro di informazioni utili alla propria salute, ma risulterebbe anche privo di «radici», occorrerebbe allora tornare a vietare l'adulterio e con esso, del pari, ogni relazione sessuale potenzialmente riproduttiva che non avvenga entro la cornice di una stabilità di coppia e prevedere delle sanzioni in merito; in verità, però, le «radici» di ciascuno di noi esseri culturali molto più che naturali affondano nel terreno della famiglia reale, della società e della cultura entro la quale si cresce.

22 H. Jonas, *Il principio responsabilità*, tr.it., Torino, 1990, 54.

23 E. Severino, *Cari cattolici, ripensateci: meglio nascere*, in *Corriere della sera*, 28/06/2002, p. 1. «Come sappiamo, un accadimento è un danno per qualcuno solo se pone quel qualcuno in una condizione peggiore di quella in cui egli si sarebbe trovato altrimenti. Ora, chiunque nasca grazie alla fecondazione eterologa *non sarebbe potuto nascere tramite fecondazione omologa*: giacché il concepimento di ciascuno di noi, se non fosse intercorso esattamente tra quello spermatozoo (e non un altro vicino) e quell'ovocita (e non un altro precedente o seguente), non sarebbe stato il *nostro* concepimento, bensì il concepimento di un'altra persona». F. Bacchini, *Persone potenziali e libertà. Il fantasma dell'embrione, l'ombra dell'eugenica*, Milano, 2006, 243.

5. La richiesta di donazione di gameti viene sovente ascritta, con implicito biasimo, alla cosiddetta «medicina dei desideri». In effetti, tecniche innovative aprono orizzonti di possibilità che suscitano nuovi desideri (o anche illusioni di soluzioni rapide ai propri problemi); infatti, ciò che riteniamo impossibile non è, evidentemente, oggetto di desiderio, mentre quando lo scopriamo realizzabile possiamo desiderarlo e chiedere di avere accesso alle tecniche che lo rendono attuabile. Questi desideri sembrano però rapidamente trasformarsi in rivendicazioni e diritti e ciò genera preoccupazione sia dal punto di vista dell'allocazione delle risorse, poiché il sistema sanitario non può sostenere indefinitamente richieste di cure considerate «non necessarie»,[24] sia dal punto di vista socioculturale, poiché sembra che in tal modo la tecnica suggerisca le aspirazioni e quindi da strumento eticamente neutro acquisisca una connotazione morale e sociale e divenga un fine essa stessa, sia dal punto di vista bioetico, poiché ne è influenzata l'agenda della salute e ne scaturiscono nuove scale di priorità. Si parla perciò con una certa disapprovazione dell'eventualità che una «*medicina dei desideri*» sostituisca la *medicina dei bisogni*: la riprovazione è diretta alla trasformazione del desiderio in un bisogno così perentorio da richiedere una prestazione sanitaria. Ma fino a che punto è da considerarsi voluttuaria una prestazione che appare decisiva per il benessere del paziente, che si definisce non solo in termini fisici, ma anche psichici e sociali? Nel caso di una richiesta di prestazione sanitaria «voluttuaria», non indispensabile sotto il profilo dell'indicazione terapeutica, compito del medico e del chirurgo è necessariamente la dissuasione, o non, al più, la corretta informazione? Il «bene» del paziente, secondo il principio di beneficità, che la bioetica individua tra quelli fondanti della relazione terapeutica, non è necessariamente un bene oggettivo, immediatamente riconoscibile da tutti, poiché, se si identifica con ciò che accresce il benessere individuale, esso può apparire mutevole come i gusti e i bisogni di ciascuno, per certi aspetti «relativo», come la valutazione del piacere e del dolore. Nell'articolo 32 della Costituzione si riconoscono la libertà di scelta terapeutica da parte del paziente e la libertà di cura, e la *Carta europea dei diritti del malato* individua il *diritto alla libera scelta*, sancendo che «ogni individuo ha il diritto di scegliere liberamente tra differenti procedure ed erogatori di trattamenti sanitari sulle base di adeguate informazioni». Se condotte

24 Le cure da considerarsi «non necessarie» sono quelle che a) non hanno come fine diretto la tutela della salute, b) la cui efficacia non è sufficientemente provata in ambito scientifico, c) per le quali il bilancio complessivo dei benefici in rapporto al costo risulta sfavorevole. A me sembra che la richiesta di supporto alla genitorialità non rientri in nessuna di tali categorie.

considerate erronee o illecite in talune epoche o circostanze divengono in seguito possibili o giustificabili, tale evoluzione non andrebbe considerata una pericolosa deriva determinata dall'assenza di criteri di giudizio morale, ma il frutto del cambiamento del costume e dei progressi delle tecniche biomediche, quindi, dell'aumento delle *possibilità di scelta*. E avere più scelta andrebbe considerato un progresso e non un pericolo. Compito della scienza e della medicina, a mio avviso, è orientarsi alla soddisfazione degli interessi del più ampio numero possibile di individui, facilitando i loro progetti di vita, dunque tutte le richieste, se motivate, meritano quanto meno adeguata considerazione, se non soddisfazione. Molte volte una condotta sconcerta o disorienta soltanto perché differisce dal costume sino a quel momento considerato «normale», ossia conforme alla «norma» sociale, morale, consuetudinaria, di una società spesso intimorita dal «nuovo» in quanto tale, specie in campi delicati come quelli delle scelte esistenziali. D'altronde anche il «corpo» sociale tende per sua natura alla «conservazione» e a neutralizzare ogni rivolgimento. Nella questione in esame, per giunta, sovente la sterilità o l'impossibilità a procreare non sono neppure prodotte da cause naturali, bensì da chemioterapie[25] o addirittura da episodi correlati alla cosiddetta «malasanità», dunque gli spettri del «supermarket genetico» e dell'eugenetica sono strumentali e implicitamente suggeriscono trattarsi di desideri capricciosi e irragionevoli. Per altro, la rapida evoluzione della tecnica rende inattuale in breve tempo ogni tentativo di disciplinamento rigido, come quello tentato con la Legge 40: si pensi solo a come il progredire delle procedure atte al congelamento degli ovociti renda superfluo il divieto di impianto di più di tre embrioni, anch'esso in ogni caso giudicato incostituzionale. Ogni pretesa di regolamentazione dettagliata del lecito, in un'epoca di rapidissima evoluzione delle tecniche, è inoltre destinata a disattendere le necessità degli individui reali, con le loro mutevoli, complesse e talvolta sofferte esigenze. È piuttosto una norma aperta e flessibile, applicata seguendo il criterio della *negoziazione*,[26] che può garantire le istanze particolari dal rischio di essere calpestate da principi di maggioranza.

25 Ad esempio, l'1% delle donne va in menopausa precoce spontanea, perdendo tutte le cellule riproduttive e quindi la fertilità prima dei 40 anni. Un altro 3-4% di donne va invece in menopausa precoce, sempre prima dei 40 anni, a causa di cure mediche (chemioterapia, radioterapia e/o asportazione bilaterale delle ovale).

26 «Nelle questioni morali, ragionare significa sempre ragionare con qualcuno». C. Taylor, *Il disagio della modernità*, tr.it., Roma-Bari, 1994, 37.

6. La fallacia naturalistica dovrebbe avere ormai lasciato il campo alla consapevolezza che dalla natura non provengono imperativi e norme morali, poiché questi possono esercitarsi soltanto nell'ambito della scelta, preclusa alla natura,[27] la quale è invece vincolata alla biologia, a legami causa-effetto, a eventi deterministici, e che d'altronde la stessa «naturalità» non è di per se stessa un valore, poiché non vi è alcun fondamento razionale per argomentare il «valore» di un evento naturale rispetto a uno artificiale. Il giudizio morale non ha un legame diretto e privilegiato con la natura, anzi, di per sé la natura si sottrae al giudizio morale, tanto che non consideriamo immorale il predatore che si apposta e adopera strategie per uccidere la propria preda. Simili posizioni sottintendono un orizzonte etico che si richiama a qualche genere di dottrina del diritto naturale, una tentazione che oggi ritorna in alcune teorie filosofico-giuridiche le quali, dinanzi alle nuove sfide della tecnoscienza, con i suoi inediti interrogativi che coinvolgono la natura profonda dell'individuo umano e non solo, dinanzi al disorientante pluralismo delle visioni del mondo e delle voci che chiedono ascolto, provano a ricondurre le norme a un quadro che «precederebbe» le legislazioni nazionali e internazionali, per attingere, appunto, a principi derivati da un'ipotetica legge naturale, con tutti i rischi di totalitarismo etico che ciò comporta. Il diritto alla procreazione, si badi, non fa riferimento a un presunto diritto naturale, bensì a un diritto che scaturisce da bisogni sociali e da bisogni di riconoscimento e di identità e accettazione di sé, connessi al proprio essere sociale, ma anche dalla disponibilità di tecniche che rendono possibile soddisfare certe richieste. Non sembra che nelle società occidentali avanzate, ad eccezione delle nostalgie naturalistico/primitivistiche superficialmente sublimate in illusori ritorni a cibi naturali (che tali spesso non sono), in estemporanei e occasionali contatti con la natura (essi stessi «guidati», mediati e artificializzati), utili a compensare in maniera fittizia il disagio di una modernità ipertecnologicizzata, la natura abbia di per sé valenza di un effettivo valore-guida. Gli interventi su neonati fortemente prematuri, che favoriscono la sopravvivenza a dispetto del «corso della natura», non sono considerati un'evoluzione scellerata della tecnica. L'equivalenza tra non-naturale e moralmente sbagliato appare tanto più inconsistente quando si rifletta sull'oggettiva difficoltà a formulare una definizione univoca della stessa «natura».[28] L'artificialità del metodo non si

27 M.A. La Torre, *Dai miti della natura alla natura mitizzata*, Anthropos & Iatria, 2006, 4 (X), 92-97.

28 M. Warnock, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, tr.it., Torino, 2004, cap. XV.

connette a un'inferiorità di grado; nel caso specifico, non può essere considerata presupposto di una incompleta o manchevole genitorialità. Molte patologie sono «naturali» e invece «artificiali» sono le cure predisposte per esse e certamente non sosteniamo che le malattie sono morali e le cure immorali. «Lo statuto morale di un evento, o di uno stato di cose, dipende da quanto esso contribuisce a rendere più felici e libere e trattate con giustizia le persone; mentre *non* dipende dalla quantità di lavoro umano che è stata necessaria per produrlo. La medicina è nel suo complesso un rimedio artificiale volto a contrastare l'imperversare nefasto – ma naturale – delle malattie. E, ovviamente, la medicina è moralmente buona.»[29] Il fine moralmente apprezzabile di un'azione, quale è senza dubbio favorire la nascita, non viene alterato dall'uso di mezzi che non sono in sé malvagi, che non danneggiano altri, che sono liberamente scelti, e che tuttavia sono artificiali; anzi, l'impegno che l'accesso a una donazione di gameti richiede, in termini fisici, psicologici, economici, fa supporre un interesse autentico e non casuale, preludio più probabile di un legame forte che di uno precario o problematico. La difesa della famiglia «naturale» sottintende una concezione della famiglia biologica e non sociologica e la legislazione ha già recepito svariate eccezioni a ciò con la regolamentazione di varie forme di convivenza e considerando nuclei familiari quelli «di fatto», così da concedere a essi dei diritti.

7. «La donna sposata può impunemente dare dei bastardi a suo marito, e dare ad essi una fortuna che non appartiene loro», scriveva più di due secoli or sono Olympe de Gouges in calce alla *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, nella quale si legge anche (Principio XII) che «La garanzia dei diritti della donna e della cittadina implica un interesse più ampio; tale garanzia deve esser istituita per il vantaggio di tutti, e non per il beneficio particolare di quelle cui essa viene data». Il rispetto e la valorizzazione delle esigenze della donna non sono *per lei*, ma per tutti, e tuttavia è evidente che gli interventi diretti alla procreazione medicalmente assistita incidono innanzitutto sul corpo della donna e che dunque ella dovrebbe essere il primo soggetto le cui istanze andrebbero ascoltate.[30] Di fat-

29 F. Bacchini, *op.cit.*, 225.

30 «Una legge sulla procreazione assistita dovrebbe dunque porre fra i diritti primari da rispettare proprio il diritto alla salute della donna […] e invece, il diritto alla salute della donna è un diritto violato dalla legge 40; un diritto calpestato con accanimento a partire dal momento in cui l'embrione viene separato dalla relazione con la madre e considerato come se fosse autonomamente capace di svilupparsi».

to, tuttavia, la donna in questo processo non è solo soggetto, ma in qualche misura anche oggetto, in quanto manipolabile tecnologicamente, e questa duplicità rende complessi l'articolazione della sua identità e il rispetto della sua volontà: a un tempo è decisore ma anche *oggetto* di decisione, perciò affrontare astrattamente la questione, alla ricerca di norme imperative che delimitino il lecito dall'illecito, comporta il rischio di trascurare i vissuti e le biografie; la sfera riproduttiva non solo vede intrecciarsi elementi biologici, affettivi, simbolici, credenze religiose, valutazioni razionali, tutti insieme e difficilmente declinabili in norme valide per tutti,[31] ma, come si è accennato, può avere un peso decisivo per il costituirsi della propria identità relazionale e sociale.

La possibilità della donazione di gameti è l'ultimo tassello di una rivoluzione iniziata da tempo, che ha separato la sessualità dalla riproduzione. Da tale punto di vista essa può anche essere letta come la definitiva emancipazione della donna dai ruoli tradizionali. Non è facile accantonare il sospetto che, come molte delle resistenze alla liberalizzazione della pillola contraccettiva nascondevano il timore della libertà che questa concede alla donna, della «promiscuità», del capovolgimento dei ruoli sociali (perciò la battaglia per la sua liberalizzazione si intreccia con la storia del femminismo), analogamente nel faticoso iter della legge 40 si sia manifestata una paternalistica paura dell'«eccessiva» autonomia nelle scelte esistenziali. E una cultura che nei secoli non ha dubitato che la maternità fosse la naturale destinazione della donna e la vocazione alla quale era anormale sottrarsi, ora mette in dubbio tale inclinazione, indaga l'autenticità dell'aspirazione alla maternità, parla con tono sprezzante di «medicina dei desi-

---

V. Franco, *op.cit*., 59-60. Il diritto dell'embrione, vita solo possibile, potenziale, viene anteposto a quello della donna, che gode pienamente di diritti già acquisiti. «Tra tutti gli organi del corpo, l'utero è senza dubbio quello che, storicamente, è stato oggetto della maggiore espropriazione politica e economica. Cavità gestazionale in potenza, l'utero non è un organo privato, ma uno spazio pubblico che si disputano poteri religiosi e politici, industrie mediche, farmaceutiche e agroalimentari», scrive la filosofa spagnola Preciado, secondo la quale la cittadinanza delle donne sembra connotata da un carattere particolare: come individui sono cittadini liberi, come corpi dotati di un utero potenzialmente generativo diventano oggetto di tutela e controllo politico. B. Preciado, *Déclarer la grève des utérus*, Libération, 17/01/14.

31 M. Moneti Codignola, *La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in A. Bucelli A. (a cura di), *Produrre uomini: procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, 2005, 15 ss. Cfr. anche M.A. La Torre, *Venire al mondo tra natura e cultura*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, Torino 2006, 113-127.

deri», anche da parte del mondo femminile/femminista,[32] come se la capacità di desiderare non fosse tra le connotazioni più proprie dell'essere umano. È del tutto evidente che si tratta di una pretesa di controllo del tutto formale e per giunta applicabile soltanto alle parti più deboli, ossia alle donne con problemi, poiché ad esempio una donna fertile e sana potrebbe con relativa facilità procurarsi una gravidanza pur restando nella condizione di single e il concepito potrebbe del pari non avere legami con uno dei genitori. Raramente si considera che dietro la richiesta di donazione di gameti può esserci non un desiderio cieco e cocciuto, non la richiesta di un bambino perfetto, ma la compensazione di un'incapacità dovuta a una malattia geneticamente trasmissibile, alla distruzione delle ovaie dovuta a una grave endometriosi, condizioni rispetto alle quali l'esclusione dalla medicina riproduttiva risulta un crudele spregio delle difficoltà. Ogni tentativo di controllare in maniera «centralizzata» le scelte riproduttive dei cittadini è a mio avviso moralmente condannabile, specialmente quando influenzato da contingenti considerazioni politiche.[33] L'identità nasce dalla relazione: quella del figlio dalla relazione con chi lo alleva, quella dell'individuo che a ciò dà valore e significato speciale dalla filiazione. Su questa base risulta fuorviante l'argomentazione in merito alla tutela del nascituro, ma anche violenta la pretesa di impedire la costituzione dell'identità per chi senta la propria dimidiata da un impedimento tecnicamente superabile. Nelle società attuali la genitorialità ha subito un'evoluzione, realizzandosi non più semplicemente sulla base di un legame biologico, bensì nella relazione. Le tecniche a disposizione sono un'opportunità e all'«uomo» cui si rivolgono le diverse Dichiarazioni dei diritti succedutesi nella storia, maschio, borghese, e anche occidentale, citando ancora Mill, andrebbe ricordato che «le leggi non si migliorerebbero mai, se non vi fossero molte persone i cui morali sentimenti valgono assai meglio delle leggi in vigore».[34]

---

32 «Il "figlio ad ogni costo" viene desiderato dalla coppia oppure risponde al bisogno di una donna che, senza un figlio, si sente privata del pilastro più arcaico della sua identità? È espressione di genitorialità o generatività?» J. Baldaro Verde, R. Nappi, *Donne nuove. L'universo femminile nel terzo millennio*, 2002, 121.

33 Nella Legge 40 «su alcune opzioni di fondo l'obiettivo di operare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco è stato sacrificato alla determinazione di affermare le ragioni dei "vincitori"» politici, nell'avvicendarsi delle legislature di diverso orientamento valoriale/sociale, mentre «le scelte di uno Stato democratico e pluralistico in tema di biodiritto possono essere effettuate soltanto con l'ausilio di contributi razionali provenienti dai diversi punti di vista etico-culturali e religiosi presenti nella società». S. Canestrari, M.P. Fantini, *op. cit*.,78.

34 J.S. Mill, *La servitù delle donne*, Lanciano, 1926, 28.

Maria Clelia Zurlo [*], Federica Vallone [**]

CRIOCONSERVAZIONE DEI GAMETI E PATOLOGIE ONCOLOGICHE FEMMINILI: I DILEMMI DELLA MATERNITÀ

Sommario: 1. Premessa. 2. Malattia oncologica e attacco alla femminilità: il duplice trauma. 3. La svolta in campo biomedico: il valore ed i rischi della crioconservazione. 4. Dilemmi bioetici connessi alla crioconservazione: il bilancio fra costi, rischi e benefici. 5. L'intervento di *counseling* e sostegno psicologico nel campo dell'oncofertilità. 6. Bibliografia.

1. Negli ultimi decenni i progressi e i traguardi scientifici raggiunti dalla biomedicina nell'ambito della procreazione medicalmente assistita hanno avuto un sempre maggiore impatto a livello individuale, relazionale e culturale, rendendo possibili progetti procreativi e percorsi della filiazione precedentemente inimmaginabili. In tale ambito, proprio in virtù del costante cambiamento della società e delle richieste da essa poste all'universo scientifico, l'applicazione delle tecniche biotecnologiche al problema dell'infertilità ha portato alla luce la questione dell'oncofertilità e del ricorso alla crioconservazione dei gameti nei casi di patologia oncologica femminile.

L'attenzione e la riflessione rivolta al tema dell'oncofertilità sono legate sia alla elevata percentuale di persone in età fertile colpite da neoplasie (in Italia l'11%), sia alla crescente speranza di sopravvivenza in seguito ad esse. In Italia, infatti, sono stimati circa 120.000 casi all'anno di tumori maligni nelle donne, 38.000 dei quali sono tumori della mammella (AIOM-AIRTUM 2012), e, a partire dalla fine degli anni '80, si è assistito ad una continua diminuzione del tasso di mortalità. Secondo un rilevamento effettuato nel 2011 dall'Istituto Europeo di Oncologia la percentuale di pazienti sopravvissute 5 anni dopo la diagnosi è dell'87% nei casi di cancro al seno, rispettivamente del 78% e del 67% nei casi di cancro al corpo e al collo dell'utero, e del 41% nei casi di cancro all'ovaio (IEO, 2011).

* Professore Associato di Psicologia Dinamica Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Dottoranda di ricerca in *Human Mind and Gender Studies,* Università degli Studi di Napoli Federico II.

Tale tendenza, attribuibile ad una maggiore capacità predittiva dal punto di vista diagnostico, nonché agli innumerevoli progressi terapeutici, ha posto nuovi quesiti legati alla qualità della vita delle pazienti sopravvissute e ha dunque incrementato l'attenzione, a livello multidisciplinare, sulla cura e sulla tutela del benessere post-malattia.

A tale proposito, una delle principali tematiche sollevate in campo medico riguarda il rischio, per le pazienti oncologiche, di incorrere in un fallimento ovarico prematuro (POF), che, sul piano medico, può dipendere da vari fattori: la riserva follicolare della paziente, che è variabile da donna a donna e decresce con l'aumentare dell'età; l'età della paziente al momento della diagnosi; e il trattamento terapeutico utilizzato per affrontare la neoplasia (Donnez & Dolmands, 2013).

L'età della paziente è un fattore particolarmente significativo, giacché il dato secondo cui il 10% della popolazione femminile affetta da una malattia oncologica è ancora in età fertile (età < 45 anni) si combina con quello relativo all'aumento sensibile dell'età della prima gravidanza (secondo dati ISTAT l'età media in Italia alla prima gravidanza è di 31,4 anni)[1]. A tale dato si deve aggiungere quello relativo all'incremento dell'incidenza di tumori, con l'aumentare dell'età, sia nell'uomo che nella donna. D'altra parte, tutti i trattamenti necessari per combattere la neoplasia (chemioterapia, radioterapia, trattamento farmacologico) influenzano profondamente la riserva ovarica della paziente.

Ai rischi derivanti dalla cura si aggiungono peraltro quelli derivanti dai tentativi di preservare la fertilità, giacché il ricorso a qualsiasi tecnica di preservazione deve essere effettuata prima dell'inizio dei trattamenti chemio o radio terapici, e ciò implica un ritardo di essi di circa un mese.

Oggigiorno, comunque, sebbene nell'ultimo decennio si sia assistito ad una maggiore sensibilizzazione in materia, sono ancora poche le pazienti oncologiche che discutono con il loro medico sulle varie opzioni di preservazione della fertilità, e ancor meno sono quelle che si sottopongono effettivamente ad una tecnica di crioconservazione.

2. Il presente lavoro si pone l'obiettivo di descrivere i dilemmi etici e le ricadute a livello psicologico delle nuove possibilità offerte dalla biomedicina in tema di oncofertilità. A tale scopo, esso pone l'accento sulle problematiche legate ai nuovi percorsi della filiazione (Zurlo, 2009) delineatisi in risposta al progresso scientifico e focalizza l'attenzione sul vissuto delle

1 Cfr. Associazione Italiana Registro Tumori & Associazione Italiana di Oncologia Medica (2012), *I numeri del cancro in Italia 2012*. Intermedia Editore, Brescia.

donne affette da una patologia oncologica che chiedono di ricorrere ad una crioconservazione dei gameti.

La paziente oncologica si trova infatti a gestire in seguito alla diagnosi una «duplice trincea». Da una parte essa è chiamata a combattere contro i forti vissuti di angoscia e smarrimento legati alla prepotenza della malattia. L'impatto psicologico della diagnosi è caratterizzato dalla percezione di un vero e proprio «attacco alla vita» e del rischio di morte potenziale; vissuti, questi, che innescano, al di là della concreta prognosi medica, il timore di non riuscire a superare la malattia e la conseguente mobilitazione di meccanismi difensivi più o meno funzionali, primo fra tutti la negazione. La patologia, dunque, intessuta all'interno del dilemma vita/morte, rappresenta una prova esistenziale sconvolgente, che obbliga la donna a una globale riorganizzazione della propria vita. In questi termini, come sostiene Luis Chiozza (1981), «il cancro, sia come tumore visibile che come fantasia inconscia, possiede una forza travolgente, ma se lo osserviamo da lontano o da fuori, non esposti a tale forza, non possiamo comprendere nulla di fronte al paziente canceroso, che è allo stesso tempo spettatore e vittima di una carneficina quasi insopportabile da contemplare»[2].

Da tali drammatici vissuti trae forza la dimensione reattiva del desiderio, il desiderio di vita e di trasmettere la vita contro il rischio, la minaccia percepita di morte. Connessa a tale reazione è la seconda trincea che la donna si trova a gestire. Il desiderio procreativo si scontra, infatti, con una serie di interdetti, dal momento che sia la malattia oncologica che la cura nei confronti di essa, imponendosi con violenza *in toto* nella vita della donna, possono provocare un danno anche alle capacità procreative, attentando al cuore della femminilità in maniera sia diretta che indiretta: in maniera diretta, attraverso l'attacco agli organi simbolo della femminilità, come nel caso del tumore al seno e dei tumori ginecologici, e, in maniera indiretta, attraverso l'intervento chirurgico e i trattamenti chemio e radio terapici, necessari per la guarigione, che possono danneggiare in modo temporaneo o definitivo l'apparato riproduttivo.

Il vissuto soggettivo delle pazienti connesso alla notizia della possibile infertilità in seguito al cancro è approfondito dai lavori di Ann H. Partridge (2004) e Janette Perz (2013), che sottolineano come la possibile infertilità risulti essere una delle problematiche più difficili e traumatiche da affrontare per la paziente neoplastica, ed assuma valenza pari a quella della stessa malattia. L'esperienza delle pazienti in merito, è, infatti, caratterizzata, *in primis*, da sentimenti di rabbia, disperazione e shock, e, successivamente,

2 L.A. Chiozza, *Psicoanalisi e cancro*, Roma, 1981, 27.

da vissuti di ansia, depressione, perdita di autostima, e senso di inadeguatezza nei confronti del partner per le limitazioni subite dal proprio ruolo di compagna.

Per poter comprendere appieno l'entità del doppio trauma generato da tale duplice attacco, è necessario fare un passo indietro, e analizzare il ruolo della maternità nella strutturazione dell'identità femminile. Dal punto di vista storico, culturale e psicologico, infatti, la filiazione è stata, da sempre, ritenuta aspetto peculiare ed emblematico nella definizione dell'identità femminile, approdo della sessualità adulta, nonché obiettivo e norma nel progetto di vita, soprattutto femminile. Peraltro, il desiderio di filiazione racchiude al suo interno le fantasie connesse alla trasmissione intergenerazionale (Zurlo, 2009, 2013); essere madre non è riducibile ad una semplice constatazione biologica, ma implica il riconoscimento simbolico, intrapsichico e intersoggettivo, di una partecipazione a una catena di discendenza, ed il conseguente bisogno di custodire e garantire tale continuità, di generazione in generazione. Il desiderio di trasmettere la vita è situabile, peraltro, all'interno di una dimensione narcisistica di riproduzione di sé stessi, che si pone a garanzia, da un lato, della propria immortalità e, dall'altro, della propria integrità (Zurlo, 2013). Tutto ciò nei termini di una somiglianza ma anche di una diversificazione del futuro nato, che andrà a porsi in continuità e rottura rispetto ai propri genitori e alle generazioni precedenti.

D'altra parte, la catena intergenerazionale, come afferma René Kaës (2000), custodisce un elemento indicibile legato nel contempo al tema dell'origine e a quello della morte; pertanto, la procreazione può essere vissuta come rafforzamento del narcisismo di vita, come processo mediante il quale, attraverso il proprio figlio, si esprime il desiderio di mantenere una parte di sé in contatto con l'onnipotenza originaria immaginata, e si allontanana e si supera la morte, per mezzo della nuova vita. Nella medesima direzione vanno le riflessioni di Jacques Testart (1992), che afferma che l'uomo come individuo è mortale, laddove il suo gene, trasmesso di generazione in generazione, è immortale; dunque, avere un bambino implica la possibilità di mostrare la propria potenza creativa e vitale contro la morte e, nel caso delle pazienti oncologiche, contro la distruttività e la minaccia di morte rappresentata dalla malattia.

A partire da tali premesse, risulta chiaro come il rischio di infertilità derivante dalla malattia oncologica vada ad iscriversi, sul piano psichico, come potenziale interdetto, limite, la cui risonanza può determinare una massiccia regressione e la riattivazione di sentimenti di castrazione e di persecuzione. D'altra parte, purtroppo, tali vissuti sono rafforzati e resi

ancora più intensi nei casi in cui l'attacco alla femminilità diventa tangibile mediante l'intervento chirurgico, che viene inevitabilmente vissuto come limitante e castrante.

Nel caso della mastectomia, ad esempio, Mathelin e Annane (2005) descrivono le molteplici funzioni attribuite al seno, organo fondamentale nella vita psichica sia della donna che dell'uomo. Il seno incarna, infatti, la tenerezza della maternità, ma anche la bellezza e l'erotismo della donna. Tuttavia esso, emblema della vita, ammalandosi, si trasforma, nelle pazienti oncologiche, in fonte della minaccia di morte, e assume la forma del timore paralizzante sia di una morte reale, a causa del cancro, sia di una morte simbolica della propria identità e integrità, a causa della mastectomia. In proposito Marie-Frédérique Bacqué (2008) ha evidenziato anche come, in seguito all'intervento di mastectomia, la paziente possa dare sviluppo ad un'immagine androgina di se stessa, o subire una regressione all'infanzia, legata al vissuto di avere nuovamente un «busto da bambina».

Tuttavia, se da una parte è evidente l'impatto dell'intervento chirurgico sulla percezione dell'immagine corporea, dall'altra sono state da più parti rilevate le devastanti conseguenze della stessa malattia oncologica e dei trattamenti sulla percezione della paziente di sé, del proprio corpo e della propria vita, irrimediabilmente trasformata (Mathelin & Annane, 2005; Reich, 2008; Dany, 2009). Infatti, come afferma Deschamps (1997), al momento della diagnosi, al suono della parola «cancro», il corpo precipita in un abisso senza fondo, disintegrandosi, in mille «frammenti neoplastici», «malati». D'altra parte, come sottolinea giustamente Michel Reich, l'intensità della percezione degli effetti del cancro sul proprio corpo dipende anche dal livello precedente di investimento di esso, dal suo valore simbolico e dalle rappresentazioni associate all'organo colpito, nonché dai cambiamenti che, concretamente, limitano il funzionamento fisico della paziente (Reich, 2008).

Per comprendere appieno tale affermazione, è necessario riprendere il lavoro di Michel Reich (2008), che ha esplorato la complessità del vissuto del corpo e dell'immagine ad esso connessa nelle pazienti oncologiche, e ha quindi posto l'accento sui «diversi corpi» che si vanno a delineare, sul piano somatico e psichico, nel corso della malattia: il *corpo reale*; il *corpo del bisogno*; il *corpo identitario*; il *corpo immaginario*; ed il *corpo del dolore*.

Il *corpo reale*, sottolinea Reich, è il corpo oggetto di diagnosi e di indagini mediche, invaso dalla malattia, mutilato dagli interventi chirurgici e indebolito dalla cura e dai suoi effetti collaterali. La chemioterapia, ad esempio, è responsabile del segno più visibile del cancro: l'alopecia. In

tal senso, la perdita dei capelli, ritenuti da sempre un simbolo di femminilità, bellezza e potere seduttivo, rappresenta per le pazienti un effetto collaterale particolarmente traumatico, «lettera scarlatta» che prova costantemente a se stesse e al mondo la condizione di malattia. A tale proposito, Lionel Dany (2009) ha sottolineato il ruolo del «corpo sociale» della paziente, inteso come comunicazione, identità relazionale e sessuale, nonché «apparenza». La malattia, infatti, pone il corpo della paziente su di un palcoscenico dal quale non può sottrarsi, costringendola a mostrare e comunicare costantemente agli altri i segni della trasformazione che sta vivendo, a causa del cancro. L'autore, a tale proposito, utilizzando una prospettiva psicosociale, ha sottolineato l'uso quotidiano di pratiche di cura estetica, principalmente effettuate dalle pazienti donne, al fine di nascondere e mascherare i segni del cancro a sé ma, soprattutto, agli altri.

Il *corpo del bisogno* è invece, sul piano psichico, il corpo che testimonia la perdita di autonomia a causa della costante dipendenza dagli altri: medici, parenti, amici, partner.

Il *corpo identitario* è il corpo che si riferisce alla storia dell'individuo nella sua unicità. Nel paziente oncologico, sottolinea Reich, tale corpo finisce per riflettere, a causa dell'evidente crollo di segni di riconoscimento, un'immagine di sé cambiata, distrutta dal proprio «nemico interno»; ciò comporta un potenziale rischio di depersonalizzazione, ma anche vissuti di perdita di autostima e di fiducia in se stessi.

Il *corpo immaginario,* afferma Reich, è quello che, in virtù della perdita di integrità percepita dalla paziente, viene a delinearsi tra l'immagine idealizzata di un corpo sano, integro e perfetto prima della malattia, e l'immagine attuale di un corpo insidiato, ostacolato e mutilato dal cancro. D'altra parte, il corpo malato viene a minare la credenza di immortalità della paziente, costringendo l'apparato psichico a rappresentare nella realtà i drammatici cambiamenti avvenuti.

Infine, il *corpo del dolore* è il corpo all'interno del quale sono intessute la sofferenza fisica e psicologica; è il corpo che cela, mascherandoli per mezzo di disturbi somatici, i vissuti di angoscia, ansia, depressione, nonché il rimpianto per un'immagine di sé perduta per sempre.

D'altra parte, nel quadro del discorso che veniamo sviluppando in questa sede, non possiamo ignorare che il corpo della paziente oncologica è anche il corpo costretto alla menopausa precoce, temporanea o definitiva, a causa delle radicali modificazioni ormonali provocate dai trattamenti (Tamoxifene, LHRH, interventi chirurgici di isterectomia e ovariectomia, radioterapia, chemioterapia). In proposito occorre considerare che l'intensità delle conseguenze legate alle modificazioni

ormonali varia a seconda della cura utilizzata, e che sono però rilevabili una serie di problematiche comuni che tutte le pazienti si trovano ad affrontare (Mathelin & Annane, 2005): disturbi della pelle (invecchiamento e assottigliamento cutaneo); vampate di calore: (che interferiscono con la vita sociale, e sono causa di disturbi dell'umore e senso di disagio); modificazioni ponderali; disturbi genitali: (atrofia delle mucose, prurito e secchezza degli organi sessuali); calo o perdita della libido.

Quest'ultimo punto rinvia alle ripercussioni dei trattamenti sulla vita sessuale, che diventa un vero e proprio tabù, generando emozioni e paure legate alla dimensione del piacere, che divengono sempre più difficili da esprimere e danno origine a un vero e proprio circolo vizioso, che inasprisce il disagio psichico e fisico ed incide fortemente sulla qualità della vita della paziente e della vita di coppia.

Gli effetti della neoplasia sul corpo pervadono quindi completamente la psiche della paziente oncologica, generando il timore che non ci sarà mai veramente una *restitutio ad integrum*. In tal senso, l'unico lavoro necessario e possibile per lo psicologo prevede il fornire un sostegno per promuovere il difficile lavoro di elaborazione e accettazione, da parte della donna, del proprio «nuovo» corpo, attraverso processi di re-integrazione e di ri-costruzione di esso.

3. A partire dalla definizione del complesso senso di impotenza esperito dalla paziente oncologica, è possibile comprendere come l'indigeribilità del concetto di interdetto, a livello non solo individuale ma anche medico e sociale, abbia portato diverse discipline, *in primis* la biomedicina, verso la ricerca del superamento del concetto di limite, con esiti estremamente dibattuti in campo bioetico. Infatti, nel tentativo di fronteggiare il senso di impotenza, esperito dalle pazienti e dalle équipes curanti di fronte all'ineluttabile ed al «mai più», si sono poste le basi del progresso scientifico e degli sforzi interdisciplinari che cercano di affrontare i dilemmi della maternità della paziente oncologica e sottolineano il ruolo chiave della speranza di gravidanza per la promozione del suo benessere psico-fisico.

In tal senso, non possiamo non sottolineare come, in un corpo in balìa della patologia, sia proprio la stessa medicina salvifica, ma, nel contempo, potenzialmente distruttiva rispetto alla fertilità, a cercare di effettuare una riparazione, mediante la promessa di maternità rappresentata dalla crioconservazione. Attualmente, infatti, essa risulta essere una delle tecniche maggiormente proposte, in ambito oncologico, prima dei trattamenti chemio o radio terapici, o dell'intervento chirurgico.

Ma quale valore assume, dal punto di vista psicologico, la speranza di divenire madri in una paziente affetta da cancro?

In letteratura, diversi studi hanno affrontato il tema dell'oncofertilità, portando alla luce il desiderio di maternità della paziente neoplastica nel quadro delle complesse vicissitudini legate alla malattia oncologica. Il lavoro di Karolyne Siegel (1997), ad esempio, effettuato intervistando 50 pazienti oncologiche, ha avuto l'obiettivo di indagare la percezione dei rischi e dei benefici legati alla possibilità di portare avanti una gravidanza in seguito alla remissione del cancro. La Siegel ha posto particolare accento sull'analisi dei fattori che influenzano la decisione di divenire madri dopo la malattia neoplastica ed ha evidenziato come la possibilità di avere un figlio, a seguito della malattia oncologica, consenta di migliorare l'autostima della donna, contribuendo a ripristinare e ricostruire il senso di una femminilità e di una sessualità altrimenti perdute. La maternità svolgerebbe altresì un ruolo fondamentale nel soddisfare il bisogno di normalità delle pazienti sopravvissute, favorendo la percezione di essersi re-inserite adeguatamente nel mondo dei propri coetanei.

Sempre in tale direzione, la ricerca condotta da Patricia E. Hershberger (2012), che ha intervistato 27 donne affette da cancro (età media di 29 anni) per comprenderne le motivazioni legate alla scelta di accettare o meno la tecnica della crioconservazione, ha mostrato come alcune pazienti oncologiche, pur avendo già un figlio o pur dichiarando di non essere sicure di voler divenire madri, prendano comunque in considerazione di sottoporsi ad una tecnica di crioconservazione. Questo dato mostra, secondo l'autrice, quanto intenso possa essere il bisogno della donna di ristabilire un controllo sul proprio corpo percepito come impotente, in balìa della malattia, e come la crioconservazione svolga un'importante funzione in tal senso. Al riguardo, l'autrice, a titolo esemplificativo, riporta le parole di una paziente (23 anni al momento della diagnosi), la quale, pur essendo stata sempre sicura che, in futuro, avrebbe adottato un bambino, in seguito alla diagnosi di cancro aveva dichiarato di volersi sottoporre ad una tecnica di crioconservazione, affermando apertamente di non voler rinunciare all'opportunità di decidere. In questi termini la tecnica della crioconservazione viene a configurarsi come strumento ottimale per promuovere il ripristino della possibilità simbolica di azione volontaria nella paziente oncologica.

D'altra parte, il progetto potenziale della maternità, nei confronti del quale la crioconservazione si pone a tutela, rappresenta anche un proiettarsi nel futuro, un porre un «dopo», un immaginare un superamento della malattia, del rischio di morte. In tale direzione si pongono i lavori di Karen

H. Dow (1994) e Vania Gonçalves (2014), che hanno evidenziato come la possibilità di essere madri rappresenti un potente motore per la guarigione e per il mantenimento e il recupero del benessere psico-fisico delle pazienti oncologiche, e come incida in tal senso positivamente anche sulla prognosi.

Alla luce degli studi presenti in letteratura, dunque, la tecnica di crioconservazione può essere intesa e concepita come «futuro congelato» in attesa e nella speranza di essere vissuto nel suo senso pieno dalla donna, nei termini di un superamento del fantasma di morte, sia sul piano simbolico, mediante la trasmissione dei geni, sia sul piano reale, attraverso il concepimento. Parlare di preservazione della fertilità significa, infatti, parlare della preservazione di un momento successivo rispetto alla drammatica esperienza del cancro.

Tuttavia, non si può eludere al riguardo la questione dei rischi e dei costi di tali interventi. La possibilità di immaginare un superamento del fantasma di morte si rivela, infatti, un'arma a doppio taglio: se, da una parte, il ripristino della pensabilità di un domani va a delinearsi – come abbiamo detto – come rinforzo della motivazione ad affrontare al meglio la malattia, dall'altra, invece, essa cela il più potente rischio per l'equilibrio psichico della paziente, ossia il diniego del pericolo ad essa connesso. Risulta, pertanto, necessario sottolineare che se tale tecnica di preservazione della fertilità può rappresentare uno strumento utile per il potenziamento della fantasia di poter affrontare e superare la malattia, d'altra parte essa può anche avere in alcuni casi il negativo effetto di rafforzare il desiderio onnipotente di andare oltre la morte.

4. Il ricorso alla crioconservazione è quindi costellato in ambito oncologico da profondi dilemmi bioetici, che pervadono non solo la paziente ma anche gli esperti interessati in maniera più o meno diretta alla complessa tematica dell'oncofertilità, che sono chiamati a valutare i costi e i rischi del ricorso a tali procedure. Le équipe curanti, infatti, propongono la possibilità di preservare la fertilità quasi in parallelo rispetto alla diagnosi, imponendo, in tempi rapidi, una riflessione sui costi-rischi-benefici inscritti nel bilancio tra cancro e fertilità, e tra rischi e benefici connessi al desiderio di vita e di trasmettere la vita. Del resto, l'analisi di tale bilancio è richiesta, in primo luogo, al medico oncologo, che è chiamato a fornire dati esaustivi e coerenti alla paziente al fine di favorire il suo delicato processo decisionale.

In questo quadro va a inserirsi la possibilità di pensare un dispositivo congiunto e integrato di intervento, in cui lo psicologo affianca il medico. Il presente lavoro intende fornire un contributo di riflessione per cercare di offrire alle donne affette da patologie oncologiche interventi di *counseling*

e sostegno psicologico che siano attenti alle complesse dinamiche psicologiche prima descritte, e che tengano, nel contempo, presenti anche i rischi sollevati in letteratura dall'universo medico: rischi connessi al ritardo o alla sospensione del trattamento della donna (Rosendhal, 2013); rischi connessi all'impatto della prognosi incerta e di eventuali recidive sulle prospettive di impianto; rischi connessi alla possibilità di reimpianto di cellule cancerose (Donnez & Dolmans, 2013); rischi di abbandono degli embrioni e degli ovociti inutilizzati.

A tale proposito bisogna, in primo luogo, sottolineare che, talvolta, la richiesta della donna di sottoporsi a tale tecnica può comportare la necessità di procrastinare (di circa un mese) le cure mediche, per rispondere all'esigenza di «mettere in salvo» la propria fertilità, prima che venga danneggiata dai trattamenti. A partire da tali presupposti, è importante sia la precisazione dei rischi concreti ai quali la donna si espone (Rosendhal, 2013), sia la considerazione dalla risonanza soggettiva di tali rischi, che può indurre ad una sottovalutazione o sopravvalutazione di essi. In alcuni casi, infatti, la forza soverchiante del desiderio di maternità può condurre al paradosso della scelta di rischiare la propria vita per cercare di salvarla nel suo senso pieno. Dunque, è proprio nel difficile processo di elaborazione di tale paradosso inevitabile che deve cercare di situarsi l'intervento di *counseling* in tutta la sua reale complessità.

D'altra parte, dal punto di vista psicologico, è necessario comunque soffermarsi non solo sui rischi connessi al rinvio dei trattamenti, ma anche sul valore della possibilità di rinviare il progetto di maternità grazie alla crioconservazione. In altri termini, non possiamo non considerare che la possibilità di preservare la fertilità prima dell'inizio della cura e la conseguente possibilità di ri-affrontare la questione solo dopo aver sconfitto la patologia concedono alla paziente tempo ed energia da investire per affrontare al meglio la malattia.

Oltre a quanto detto, anche altre questioni sono state sollevate in relazione alla crioconservazione e, più in generale, alla gravidanza in seguito alla remissione del cancro. In letteratura, ad esempio, sono stati evidenziati i rischi connessi all'impatto della prognosi incerta e a eventuali recidive sulle prospettive di impianto dei gameti e degli embrioni crioconservati (Peccatori, 2013; Donnez & Dolmans, 2013). Al riguardo le linee guida (ASRM, 2005) chiariscono la necessità di attendere due anni circa prima di intraprendere i tentativi di instaurare una gravidanza, al fine di ridurre i rischi di recidiva. Tuttavia, talvolta, nel bilancio costi-benefici, il fattore età (al momento della diagnosi e al momento della guarigione) svolge un ruolo chiave nel processo decisionale intrapreso dalle donne, che sentono l'oro-

logio biologico incombere prepotentemente. Non poche risultano essere, infatti, le pazienti che scelgono di sospendere i trattamenti farmacologici o di intraprendere una gravidanza prima del tempo.

Peraltro, bisogna precisare che al riguardo anche la ricerca in ambito medico presenta aspetti di ambiguità. Infatti, mentre in passato la gestazione in seguito al cancro era ritenuta rischiosa, venendo a configurare, in tal senso, per le donne che decidevano di andare contro il parere del medico, un gioco perverso tra la vita e la morte, di recente sono state avanzate anche ipotesi a sostegno dell'assunto secondo cui la gravidanza svolgerebbe un ruolo protettivo rispetto alle recidive (almeno 5 anni *post partum*) anche in casi di pazienti affette da tumore ormono-sensibile (Peccatori, 2013).

Tuttavia, dato l'evidente contrasto degli studi presenti in letteratura, sembra necessario chiedersi fino a che punto sia possibile stressare la tematica del Giudizio di Salomone, in cui la «vera madre» sarebbe disposta a perdere tutto, compreso il proprio bambino. A tale proposito, bisogna, peraltro, necessariamente interrogarsi anche sui diritti del bambino futuro o del bambino già nato in tali circostanze.

Inoltre, al riguardo, un'ulteriore problematica è connessa al rischio di reimpianto di cellule cancerose nel caso di crioconservazione del tessuto ovarico (Donnez & Dolmans, 2013; Rosendhal, 2013). In proposito, il lavoro di Jacques Donnez e Marie-Madeleine Dolmans (2013), ad esempio, ha evidenziato come il tessuto ovarico prelevato da pazienti affette da leucemia presenti cellule maligne in più del 50% delle donne prese in esame, anche se gli stessi autori riferiscono di studi che mostrano che, in seguito alla completa remissione della malattia, il tessuto ovarico delle pazienti può risultare in molti casi completamente privo di tali cellule. Dunque, gli studi effettuati non cancellano i dubbi, ma convergono sull'assunto per cui occorre prestare molta attenzione alla diagnosi pre-impianto, poiché il rischio di vanificare le cure è tutt'altro che nullo.

Dal punto di vista psicologico, tale rischio va inevitabilmente ad alimentare i vissuti persecutori già riattivati dalla malattia, riconfigurando quel germe di morte che persevera nell'infiltrarsi nel corpo impotente della donna, distruggendo tutto e non concedendo niente, neppure lo spazio per poter sperare in una rinascita. Risulta chiaro, dunque, come l'incertezza emergente dalle ricerche che approfondiscono tali problematiche possa tradursi nell'incertezza riportata dalla paziente che richiede di ricorrere a tale tecnica e come, in tale delicato spazio di scelta e di riflessione, si iscriva l'intervento di *counseling* da proporre in questi casi.

In letteratura, ad esempio, molti autori (Dow, 1994; Siegel, Gorey, Gluhosk, 1997; Schover, 1999, 2005; Partridge et al., 2004; Braun et al.,

2005) hanno sottolineato le preoccupazioni riportate dalle pazienti in tema di oncofertilità, descrivendo le modalità di percezione e valutazione del rischio rispetto alla percezione della possibilità di avere un figlio, in seguito al cancro. In tal senso, i rischi percepiti riguardavano: il rischio di morte (il timore di non sopravvivere alla malattia, o di non riuscire ad essere abbastanza in salute per poter portare avanti una gravidanza o essere dei buoni genitori); il rischio di recidiva durante la gravidanza; il rischio di malformazioni del nascituro a causa dei trattamenti oncologici (anche se in letteratura non vi sono prove che confermino tale rischio); il rischio di trasmissione genetica della predisposizione al cancro (rischio di ripetizione del trauma subito, che genera un profondo conflitto fra desiderio di trasmettere la vita e rischio di trasmettere i vissuti dolorosi e la morte come conseguenza della patologia).

Il fantasma della trasmissione del rischio e della ripetizione intergenerazionale del trauma è particolarmente pregnante nei casi di tumore al seno, una patologia spesso reiterata ed «ereditata» dalle donne di una stessa famiglia, che quindi si ripete di generazione in generazione. In questi casi, infatti, il desiderio di maternità viene ad iscriversi lungo una catena di discendenza costruita sul fantasma della morte, ed il desiderio di vita, di cui la filiazione si nutre, risulta talvolta irrimediabilmente turbato dalla minaccia della malattia e della morte.

Sempre in tale direzione si inscrive il lavoro di Patricia Hershberger (2012), la quale ha mostrato come, 13 delle 27 pazienti oncologiche prese in considerazione nel suo studio avessero optato per una crioconservazione, e 14 avessero rifiutato di sottoporsi a tale tecnica. La Hershberger afferma nel suo studio che il rifiuto nei confronti della crioconservazione derivava, in base alle affermazioni delle intervistate, dalla confusione, dal disagio e dalla sofferenza esperite al momento della diagnosi e sottolinea come una parte di queste donne sostenesse di aver preso in considerazione l'adozione come alternativa più sicura per gestire i rischi e soddisfare il proprio desiderio di maternità, ed un'altra, invece, sostenesse di aver rifiutato di sottoporsi a tale tecnica nella speranza (non sempre realistica) di poter comunque riuscire ad avere un figlio naturalmente in seguito alla remissione del cancro. In tal senso, anche Ann H. Partridge (2004) ha sottolineato come la percezione del rischio effettivo di incorrere in una menopausa precoce in seguito ai trattamenti oncologici sia significativamente più bassa quanto più giovane è l'età delle pazienti. La difficoltà, e, in alcuni casi, l'impossibilità di prefigurarsi il rischio di infertilità futura rappresenta un indicatore significativo delle modalità difensive messe in atto dalla paziente; anche tale aspetto deve essere attentamente considerato e valutato nell'intervento psicologico di sostegno alla paziente oncologica.

In conclusione, da quanto descritto emerge la necessità di strutturare procedure di *counseling* multidisciplinare specificamente dedicato al momento della scelta delle pazienti in tema di oncofertilità, e ciò con l'obiettivo di accompagnare le donne lungo il complesso percorso decisionale, che, come abbiamo visto, è intessuto di dilemmi, conflitti, timori e perplessità. La chiara comprensione e l'analisi di tali dubbi, mediante il sostegno dell'équipe curante e dello psicologo, risultano, infatti, fondamentali ai fini della promozione di un consapevole processo decisionale della paziente.

5. L'intervento di *counseling* proposto nel presente lavoro, rivolto, specificamente, alle pazienti oncologiche che richiedono di sottoporsi alla tecnica di crioconservazione, è focalizzato sulle dimensioni delineate e si inscrive nel delicato momento della comunicazione della diagnosi e del confronto con essa.

D'altra parte, al fine di comprendere appieno il ruolo del *counseling* nell'ambito dell'oncofertilità è necessario soffermarsi, in primo luogo, sulla complessità dell'intervento psicologico all'interno del contesto oncologico. Talvolta, infatti, la paziente neoplastica, costretta repentinamente a relazionarsi con numerose figure professionali, può attribuire allo psicologo un ruolo marginale o può vivere tale rapporto come un'ulteriore relazione in cui essere stigmatizzata per «ciò che non va in lei», in cui essere relegata all'etichetta di «malata». Dunque, non è infrequente, in questi casi, che la donna non chieda alcun supporto psicologico, ponendosi esclusivamente nell'ottica di una totale attribuzione del proprio malessere alla malattia e alla potenziale infertilità, intese come meri dati corporei, problemi fisici, dunque, da poter solo affrontare attraverso la medicalizzazione ed il supporto medico.

Al contrario, le angosce di morte e di castrazione e le massicce difese attivate dalla paziente rendono indispensabile una elaborazione della complessa dinamica tra vita e morte attivata a livello conscio e inconscio. La delicatezza nell'approccio alla donna, da parte dello psicologo, è, dunque, un imperativo che deve guidare non solo il *counseling* legato all'oncofertilità, ma, più in generale, l'approccio al paziente neoplastico. Infatti, risulta necessario evitare di applicare stereotipi e semplificazioni delle complesse implicazioni sul piano psicologico legate alla malattia e alla scelta di preservare la propria fertilità e, in tal senso, è necessario valutare nella paziente: la struttura di personalità; i livelli e le modalità di adattamento dell'Io precedenti l'insorgenza della malattia; le caratteristiche del funzionamento difensivo; le strategie di *coping* adottate durante e dopo la malattia; le risorse attivabili a livello individuale e relazionale; i fattori culturali e reli-

giosi, che hanno profonda influenza sulle credenze, sui processi coscienti attivabili, e, quindi, sulle modalità di adattamento rispetto alla malattia.

Tale valutazione risulta, infatti, necessaria per comprendere appieno la risonanza del «doppio trauma» esperito dalla paziente e poter, dunque, inserire la richiesta di crioconservazione all'interno del vissuto unico ed irripetibile della donna. Inoltre, a ciò si aggiunge la necessità di accompagnare il confronto con le tematiche principali che sia le pazienti sia gli psico-oncologi sono chiamati ad affrontare e che riguardano i dilemmi esistenziali messi in gioco dall'intreccio tra diagnosi e rischio di infertilità, dilemmi concernenti, come abbiamo prima descritto, la dialettica tra vita e morte e quella tra vita e trasmissione della vita. Si tratta qui di sostenere processi di elaborazione che possono condurre a scelte consapevoli e ad effettive procedure di consenso informato. In tal senso, il *counseling* proposto non intende porsi come un dispositivo chiuso, indipendente, ma, al contrario, intende situarsi in un'ottica interdisciplinare e sinergica rispetto alla dimensione medica. Del resto, al fine di proporre alla paziente un intervento adeguato nell'ambito dell'oncofertilità, risulta necessario, *in primis,* strutturare un dispositivo di counseling estremamente flessibile, che segua l'andamento della malattia della paziente.

In tal senso, il percorso di *counseling* rivolto alla preservazione della fertilità in pazienti oncologiche può essere concepito in due tempi. Un primo tempo, che ha inizio a partire dalla comunicazione della diagnosi, ed è dedicato, in primo luogo, al sostegno della paziente in relazione all'elaborazione del duplice trauma generato dalla malattia, affrontando la percezione del cancro come minaccia alla vita e ostacolo agli obbiettivi della donna e, in secondo luogo, al supporto in relazione all'eventuale scelta di crioconservare. E un secondo tempo, coincidente con la fine dei trattamenti, quando la donna si confronta inevitabilmente con la realtà del radicale cambiamento subìto dal suo corpo e dalla sua vita. Tale fase dovrà necessariamente essere strutturata solo successivamente, in relazione alla condizione medica della paziente ed alla sua prognosi.

In conclusione non possiamo non considerare che il progresso scientifico è, comunque, in continuo divenire e alla ricerca perpetua del superamento del limite, e che ciò impone alla psicologia di porsi in una costante attitudine di riflessione e di riformulazione rispetto alle tematiche e alle problematiche emergenti al fine di seguire tale evoluzione e cercare di fornire il contributo più concreto ed opportuno per promuoverne l'assimilazione nel vissuto di tutti i soggetti coinvolti.

6. *Bibliografia*

Associazione Italiana Registro Tumori & Associazione Italiana di Oncologia Medica (2012), *I numeri del cancro in Italia 2012*. Intermedia Editore, Brescia.

Bacqué, M.-F. (2008), *Reconstruire le corps… une complexité inouïe*, in *Psycho-Oncologie*, 2(2):69-70.

Braun, M., Hasson-Ohayon, I., Perry, S., Kaufman, B., & Uzley, B. (2005), *Motivation for giving birth after breast cancer*. in *Psychooncology*, 14(4):282-296.

Chiozza, L.A. (1981), *Psicoanalisi e cancro*, Borla, Roma.

Dany, L., Apostolidis, T., Cannone, P., Suarez-Diaz, E., & Filipetto, F. (2009), *Image corporelle et cancer: une analyse psychosociale,* in *Psycho-Oncologie*, 3(2):101-117.

Deschamps, D. (1997), *Psychanalyse et Cancer: au fil des mots…un autre regard*. L'Harmattan, Paris.

Donnez, J. & Dolmans, M.M. (2013), *Fertility preservation in women*, in *Nature Reviews Endocrinology*, 9(12): 735-49.

Dow, K.H. (1994), *Having children after breast cancer*, in *Cancer Practice*, 2(6):407–413.

Gonçalves, V. (2014), *Childbearing attitudes and decisions of young breast cancer survivors: a systematic review*, in *Human Reproduction Update*, 20(2):279–292.

Guyotat, J. (1995), *Filiation et puerperalité. Logiques du lien*, PUF, Paris.

Hershberger, P., H. (2012), *The Decision-Making Process of Young Adult Women with Cancer Who Considered Fertility Cryopreservation*, 2012, AWHONN, the Association of Women's Health, Obstetric and Neonatal Nurses.

Istituto Europeo di Oncologia (2011), *Scheda dati epidemiologici*, Associazione Italiana Registri Tumori.

Kaës, R. (2000), *Filiazione e affiliazione. Alcuni aspetti della rielaborazione del romanzo familiare nelle famiglie adottive, nei gruppi e nelle istituzioni,* in M.C. Zurlo (a cura di), *La filiazione problematica. Saggi psicoanalitici,* Liguori Editore, Napoli, Seconda edizione, 177-194.

Mathelin, C. & Annane, K. (2005), *Répercussions somatiques et psychologiques des modifications hormonales liées aux traitements adjuvants des cancers du sein de la femme jeune,* in *Revue Francophone de Psycho-Oncologie*, 3:151-156.

Partridge, A.H., Gelber, S., Peppercorn, J., Sampson, E., Knudsen, K., Laufer, M., Rosenberg, R., Przypyszny, M., Rein, A., Winer, E.P. (2004), *Web-Based Survey of Fertility Issues in Young Women With Breast Cancer,* in *Journal of Clinical Oncology*, 22:4174-4183.

Peccatori, F.A. (2013), *Cancer, pregnancy and fertility: ESMO Clinical Practice Guidelines for diagnosis, treatment and follow-up*, in *Annals of Oncology,* 24 (Supplement 6): vi160–vi170.

Perz, J., Ussher, J., Gilbert, E. (2013), *Loss, uncertainty, or acceptance: subjective experience of changes to fertility after breast cancer*, in *European Journal of Cancer Care*, 23(4):514-522.

Reich, M. (2009), *Cancer et image du corps: identité, représentation et symbolique,* in *L'information psychiatrique*, 85(3):247-254.
Robertson, J.A. (2005) *Cancer & Fertility, Ethical and Legal Challenges*, in *Journal of the National Cancer Institute Monograph*, 34.
Rosendhal, M. (2013), *Cryopreservation of ovarian tissue for fertility preservation: no evidence of malignant cell contamination in ovarian tissue from patients with breast cancer*, in *Fertility and Sterility*, 95(6):2158-2161.
Schover, L. R. (1999), *Having Children after Cancer. A Pilot Survey of Survivors' Attitudes and Experiences,* in *American Cancer Society*, 86(4):697-709.
Schover, L. R. (2005), *Motivation for parenthood afetr Cancer: A Review,* in *Journal of National Cancer Institute Monographs*, Oxford University Press, 34:2-5.
Siegel, K., Gorey, E., Gluhosk V. (1997), *Pregnancy decision making among women previously treated for breast cancer*, in *Journal of Psychosocial Oncology*, 15:27–42.
Testart, J. (1992), *Le Désir du gene*, Francois Bourne, Paris.
The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine (2005), *Fertility preservation and reproduction in cancer patients*, Birmingham, Alabama.
Zurlo, M.C. (2005), *Filiazioni problematiche e sostegno allo sviluppo,* Liguori Editore, Napoli. Zurlo, M.C. (2009), *Percorsi della filiazione*, Franco Angeli, Milano.
Zurlo, M.C. (2013), *La Filiazione problematica. Saggi psicoanalitici*, Liguori Editore, Napoli, Seconda edizione.

Franca Meola

L'ACCESSO ALLA DIAGNOSI PRE-IMPIANTO NELLA COMPARAZIONE TRA L'ORDINAMENTO ITALIANO E QUELLO SPAGNOLO

Sommario: 1. Per un vaglio critico del merito e del metodo delle scelte legislative in tema di PMA nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo. 2. L'accesso alla diagnosi preimpianto in Italia: il controverso dettato legislativo nella valutazione giudiziale. 3. L'uso della diagnostica preimpianto in Spagna: la chiara strumentalità di tale indagine ai fini procreativi e di ricerca propri della nuova legge sulle tecniche di riproduzione umana assistita. 4. Leggi, diritti, interpretazione giudiziale. Per una valutazione critica del formante giurisprudenziale.

1. All'interno del più ampio contesto europeo, comunque complesso ed articolato in ragione della diversità di approccio dei singoli ordinamenti alle richieste di regolamentazione del settore della fecondazione *artificiale*[1], e della conseguente disomogeneità delle soluzioni normative da essi offerte al tema, la legge in materia di procreazione medicalmente assistita, varata dal Parlamento italiano nel 2004[2], ha indubbiamente, fin da subito, assunto un rilievo assolutamente peculiare.

L'impianto «patologicamente» impositivo, i contenuti eccessivamente punitivi, e le ricadute di forte impatto sociale che la connotano, hanno, infatti, prontamente permesso di additare in essa una tra le leggi piú controverse in tema; e ciò non solo sotto il profilo etico, ma anche sotto quello piú propriamente giuridico.

---

* Il presente contributo si intende concluso prima della pronuncia da parte della Corte Costituzionale della sentenza del 5 giugno 2015, n. 96.

1 Benché oramai assai diffusa nel linguaggio corrente, si è correttamente fatto notare che «l'espressione *fecondazione artificiale* andrebbe sostituita con quella di *fecondazione assistita*. Il termine *artificiale* tende a porsi come connotazione negativa di valore, mentre in realtà la fecondazione continua ad essere contrassegnata dalla naturalità; una naturalità che viene tuttavia favorita da un intervento di assistenza sanitaria»; così C. Magnani, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, 1999, 20, che, sul punto, riporta le considerazioni svolte da M. Mori, *La fecondazione artificiale*, Roma-Bari, 1995, 26.

2 Si tratta della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, avente ad oggetto *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

A marcare ancor più la peculiarità della normativa *de qua* è stata la distanza, immediatamente palesatasi, tra le prescrizioni in essa contenute e quelle positivizzate in altri Stati, quale la Spagna, il cui tessuto costituzionale, assolutamente *omogeneo*[3] a quello italiano, avrebbe, al contrario, dovuto consentire un'assimilazione tra i due sistemi ordinamentali altresì sotto il profilo legislativo, specie nell'ambito di cui si sta trattando ed alla luce della sostanziale convergenza espressa dalla Corte costituzionale italiana e dal *Tribunal Costitucional* iberico riguardo al(le modalità di) bilanciamento tra i diversi beni costituzionali coinvolti nelle vicende riguardanti l'inizio vita.

Dopo aver, per la prima volta, significativamente riconosciuto che la tutela del concepito ha «fondamento costituzionale», «sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie», già anni fa in Italia, in esito al giudizio di costituzionalità che li vede impegnati nella definizione dei molti dubbi di legittimità sollevati con riguardo alla normativa penalistica che, al tempo, sanzionava il ricorso all'aborto, i giudici costituzionali, in maniera altrettanto incisiva, evidenziano la necessità di non disgiungere questa premessa «dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione»; e ciò, perché, prosegue la Corte, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»[4]. Da tale «asimmetria», allora, il riconoscimento, da parte dei

3 È stato opportunamente rilevato – a proposito di una possibile comparazione tra l'esperienza costituzionale italiana e quella spagnola – che si tratta di «due Costituzioni separate cronologicamente dallo spazio di trenta anni, ma unite da tanti fattori ed elementi: riguardo alla loro genesi, al processo di elaborazione, allo spirito di consenso al quale risposero e, soprattutto, ai valori di riferimento»; così G. Rolla (a cura di), *Il X anniversario della Costituzione spagnola. Bilancio, problemi, prospettive*, Siena, 1989.

4 Corte Costituzionale, sentenza del 18 febbraio 1975, n. 27, in Giurisprudenza costituzionale, 1975, 120 ss., ed ivi i commenti di R. D'Alessio, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, 528 ss.; e S. Bartole, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, 2099 ss. A distanza di piú di un ventennio la Corte costituzionale, sentenza del 10 febbraio 1997, n. 35, in Giurisprudenza costituzionale, 1997, I, 281ss., torna ad affrontare la tematica e, per la prima volta, dopo aver precisato che il «diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili […] che occupano nell'ordinamento una posizione privilegiata», riconosce esplicitamente il «diritto del concepito alla vita»; così innovando rispetto alla precedente qualificazione di «situazione giuridica» contenuta nella sentenza del 1975. Tuttavia, anche in

giudici della Corte, della possibilità che la gravidanza possa essere interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno o pericolo grave, medicalmente accertato, a discapito del benessere fisico e dell'equilibrio psichico della gestante. Uguale dignità costituzionale, ma altrettanta insopprimibile necessità di un attento bilanciamento tra «plurime esigenze costituzionali», vengono, peraltro, nuovamente additate, quali ineludibili premesse di ogni successivo intervento legislativo in tali ambiti, nel monito rivolto molti anni più tardi dalla stessa Corte costituzionale all'organo parlamentare per sollecitarlo ad intervenire nel delicato settore delle nuove metodiche procreative, al fine di individuare «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della *persona nata* a seguito di fecondazione assistita»[5].

Analogamente, a distanza di anni, ricalcando in maniera pressoché fedele lo spirito e la lettera del pronunciamento della Corte costituzionale italiana, al pari di questa il *Tribunal Costitucional* spagnolo, dopo aver precisato che «*la vida humana es un divenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana*»[6], sentenzia in modo

---

occasione di tale pronuncia, la Consulta non manca di evidenziare, altrettanto espressamente, che «tale diritto può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita». Per una lettura critica di tale pronuncia si rimanda, ivi, alle osservazioni di C. Casini, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*; e di M. Olivetti, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*. Si legga, inoltre, al riguardo il commento di M. Ruotolo, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in Giurisprudenza italiana, I, 347 ss.

5 Corte Costituzionale, sentenza del 26 settembre 1998, n. 347, in Giurisprudenza costituzionale, 1998, 2632 ss. Da ultimo, un efficace richiamo al principio di ragionevolezza, quale principio cardine cui deve ispirarsi il delicato bilanciamento dei diritti rilevanti nell'ambito dell'inizio vita è rinvenibile in Corte Costituzionale, sentenza del 09 aprile 2014, n. 162, in www.giurcost.it. Nell'occasione, infatti, è proprio l'evidente violazione del principio *de quo* che induce i giudici costituzionali a pronunciarsi per l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, positivizzato dal legislatore all'art. 4, comma 3, legge n. 40/2004, *cit.*

6 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, 18 maggio, in Boletín Oficial del Estado, 1985, n. 119, (FJ 5). In verità, il principio *de quo*, enunciato per la prima volta nella citata sentenza, resa in tema di interruzione volontaria della gravidanza, torna ad essere affermato dal TC nella sentenza n. 116 del 1999, 17 giugno, in tema di procreazione medicalmente assistita, in Boletín Oficial del Estado, 1999, n. 162. Con ciò, i giudici costituzionali spagnoli individuano nell'impianto dell'embrione in utero un preciso momento la cui rilevanza non si esaurisce sul piano del divenire biologico del prodotto del concepimento, ma

inequivoco che il nascituro costituisce un «*bien juridico constitucionalmente protegido*»[7]. Tuttavia, anche per i giudici iberici, che in questo modo relativizzano anch'essi la tutela del concepito, «*como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones*»[8]. In particolare, e specificamente nel caso in cui «*de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protedigo, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer*», non potendosi affermare l'automatica netta prevalenza di uno degli interessi in conflitto (ossia la vita del concepito) sull'altro (quale il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della donna), «*el intérprete constitucional se vede obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos*»[9]. Del resto, osserva il *Tribunal Costitucional*, soprattutto in caso di grave pericolo per la vita o la salute della donna, «*si la vida del "nasciturus" se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender*

---

si estende a quello giuridico, perché, a partire da esso viene generato un terzo, distinto dalla madre e suscettibile di vita autonoma. Ciò che non può invece sostenersi nei riguardi del (pre)embrione *in vitro*; prima del suo impianto in utero, infatti, «*ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simple gametos son, a estos efectos, persona humana*», con l'ulteriore precisazione che: «*los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno*» sentenza n. 116/1999 *cit*. Per alcuni commenti sulle sentenze appena menzionate, intese singolarmente ovvero nel loro reciproco rapporto, si rimanda a: C. Lema Añón, *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)*, in Revista de Derecho y Genoma Humano, 2000, n. 12, 47 ss.; G. Arruego Rodríguez e R. Chueca Rodríguez, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina. (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)*, in Revista de Derecho y Genoma Humano, 2000, n. 12, 91 ss.; M. Del Pilar Camara Aguila, *Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 junio)*, in Derecho Privado y Constitución, 1999, n. 13, 117 ss. In particolare, per quel concerne la progressività della tutela accordata dall'ordinamento spagnolo al prodotto del concepimento, in relazione alle sue diverse fasi di sviluppo, cfr. C.M. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, 2002, 184 ss.

7 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, *cit*., (FJ 7).

8 *Ibidem*.

9 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, *cit*., (FJ 9).

su derecho a la vida»[10]; in tal modo riproducendosi «quasi letteralmente il criterio generale di prevalenza della tutela della posizione giuridica della donna espresso dalla sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale»[11].

Pur senza negare spessore alle marcate differenze[12] che distanziano, non solo cronologicamente ma anche contenutisticamente, le pronunce appena richiamate, è indubbio una loro sostanziale continuità argomentativa, o meglio una stretta contiguità della giurisprudenza del *Tribunal Costitucional* rispetto a quella della Corte costituzionale italiana. Entrambe finiscono per disegnare un quadro valoriale e di principio sostanzialmente concordante nelle sue coordinate fondamentali, ma soprattutto per marcare la necessità di un bilanciamento che non può realizzarsi in astratto *una tantum* ma deve, di volta in volta, compiersi nella considerazione dei casi concreti della vita.

A fronte di ciò, il carattere assolutamente dicotomico[13] dei testi legislativi infine approvati nei due Paesi può certo dirsi conseguenza del diverso uso, da parte dei rispettivi organi di rappresentanza della volontà popolare, di quella discrezionalità politica che ad essi naturalmente spetta pur all'interno delle predette prescrizioni costituzionali. Anzi, può a ragione sostenersi che l'esercizio di tale discrezionalità sia risultato infine funzionale alla concretizzazione di quello stesso quadro costituzionale di riferimento, che, «fatta eccezione per la doverosità della tutela del nato»[14], rimette comunque all'interprete, ed *in primis* al legislatore, la ricerca di un «ragionevole bilanciamento della pluralità confliggente di diritti e interessi costituzionali coinvolti»[15].

E proprio il criterio della ragionevolezza, che avrebbe dovuto, *ex ante*, essere il principio guida a cui, in entrambi gli ordinamenti, l'organo legislativo avrebbe dovuto ispirare il proprio intervento in materia, diventa, *a*

10 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, *cit*., (FJ 11).

11 Così, S. Penasa, *La necessaria concordanza fra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum BioDiritto. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita ed altri problemi*, Padova, 2009, 79.

12 Sul punto, cfr. M.P. Iadicicco, *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e in Spagna*, in www.forumcostituzionale.it

13 Di una «concretizzazione» del «comune terreno costituzionale» «in modelli di regolamentazione legislativa che non pare eccessivo definire dicotomici» parla S. Penasa, *op. cit*., 80.

14 Così, C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in Diritto pubblico, 2004, n. 2, 506.

15 *Ibidem*.

posteriori, il criterio utile al fine di vagliare il modo di esercizio di quella discrezionalità politica che si è detto naturalmente competergli.

Obiettivo di una simile analisi, ovviamente, è stabilire quanto il diverso uso di quella stessa discrezionalità abbia condotto alla positivizzazione di norme comunque *utili*, o se, e in che misura, i continui correttivi giurisprudenziali alla legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita siano stati, e siano a tutt'oggi, sintomatici di un tentativo di recupero in via pretoria di quell'adeguatezza che, fin da subito, è parsa assente nelle risposte date dal legislatore italiano alle questioni di inizio vita, sia in termini di ragionevolezza del bilanciamento enunciato quanto di concreta efficacia delle soluzioni operative predisposte. E ciò soprattutto nel confronto con una normativa, quale quella spagnola[16],

16 La Spagna è stato il primo paese europeo a dotarsi di una legislazione organica in materia di procreazione medicalmente assistita già alla fine degli anni '80. In particolare, sotto la guida del governo socialista di Gonzáles, furono approvate due diverse leggi, a contenuto fortemente «permissivo», e precisamente la *Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida*, e la *Ley 42/1998*, *de 28 de diciembre*, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*. Con l'avvento al potere della destra di Aznar, la legge sulla procreazione assistita fu modificata, in senso restrittivo, dalla *Ley 45/2003*, *de 21 de noviembre*, *por la que se modifica la ley 35/1988, de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida* che, di fatto, limitava il numero di embrioni da creare ed impiantare nella donna, restringeva il numero di embrioni soprannumerari, e dava certezza al destino di essi. Tornato al potere il partito socialista, il governo di Zapatero originariamente tentò di limitare la portata della riforma del 2003 con l'approvazione di due regi decreti, e precisamente il regio decreto 1720/2004, del 23 luglio, con il quale si individuavano le tipologie fisiopatologiche che permettevano il superamento dei limiti generali stabiliti per la fecondazione di ovociti nei processi di riproduzione assistita, ed il regio decreto 2132/2004, del 29 ottobre, che disciplinava i requisiti e le procedure per richiedere lo sviluppo di progetti di ricerca con cellule staminali ottenute da embrioni soprannumerari. Più tardi, però, lo stesso governo Zapatero decise di sottoporre il quadro normativo ad una profonda revisione, al fine di potenziare le possibilità di ricerca. Vennero così approvate la *Ley 14/2006*, *de 26 de mayo*, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (che ha abrogato la legge 35/1988), e la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica* (che ha abrogato la legge 42/1988), con cui si è permessa la clonazione terapeutica. In buona sostanza, la legislazione spagnola è variata, non solo nel tentativo di adeguarsi alle più recenti scoperte scientifiche, ma soprattutto a seguito dell'alternanza al governo di partiti di opposto orientamento politico, in quanto tali espressione di diverse istanze di carattere etico-giuridico. Per un commento critico della normativa in questione, nell'ambito della dottrina spagnola si leggano i contributi di da I. Alkorta Idiakez, *Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida,* in Derecho sanitario, vol. 11, luglio-dicembre, 2003, 172 ss.; S. Pantaleón Prieto, *Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida,* in Jueces para la Democracia, 1988, n. 5, 19 ss.; e C.

che, al contrario, non è stata scalfita neppure in sede di controllo di costituzionalità[17].

Alla definizione dell'obiettivo che l'analisi intende realizzare si accompagna peraltro una precisa scelta di metodo quanto alla sua impostazione. Tralasciando ogni altra valutazione che, sul piano strettamente teorico, le norme in questione potrebbero pur correttamente suscitare, la ragionevolezza delle opzioni legislative in esse cristallizzate verrà valutata proprio attraverso la lente giurisprudenziale, e, quindi, alla luce del modo in cui le istanze sociali sottese alla richiesta di accesso alle nuove tecnologie riproduttive, frustate dal dettato della legge, hanno poi trovato una diversa definizione nelle aule giudiziarie.

Infine, allo scopo di circoscrivere il campo d'indagine, rispettando comunque le finalità e la metodologia prescelte, tra le altre tecniche comunque controverse nella loro applicazione l'analisi si soffermerà, nello specifico, sulla diagnosi preimpianto. Oltre che in ragione della pluralità e diversità di pronunciamenti che la richiesta di accesso ad essa ha, fino ad oggi, provocato a fronte di un controverso dettato normativo, la particolare attenzione rivolta alla metodica in questione si giustifica in forza della sua naturale «neutralità»[18] rispetto ai fini. È noto, infatti, che, al pari di ogni altro strumento diagnostico «a finalità conoscitiva», tale tecnica,

---

Lema Añón, *Una década de legislación sobre reproducción asistida y utilización de embriones: observaciones sobre su aplicación, constitucionalidad y perspectivas de futuro,* in]ueces para la Democracia, 2000, n. 37, 68 ss. Per una ricostruzione puntuale ed approfondita dei successivi interventi del legislatore spagnolo in materia da parte della dottrina italiana, cfr. M. Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 37 ss.

17 Si allude anzitutto a *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 212 del 1996, 19 dicembre, in Boletín Oficial del Estado, 1997, n. 19, che, specificamente, ha affrontato la questione della legittimità costituzionale della legge 42/1988 sulla donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani e di loro cellule, tessuti od organi, che consentiva la donazione di embrioni clinicamente non vitali o morti (art. 2, lett. *c*.); quindi a *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 116 del 1996, 25 giugno, in Boletín Oficial del Estado, 1996, n. 182, che ha ribadito la conformità della legge alle esigenze di protezione costituzionale dell'embrione. Assolutamente critica nei riguardi del contenuto di tali sentenze è M. Casini, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea. Le decisioni delle corti costituzionali e degli organi sovranazionali di giustizia*, Padova, 2001, 269 ss.

18 Sul punto si rimanda a C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit.; E. Palmieri, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, 263 e E. Dolcini, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in Corriere di merito, 2009, 39 ss.

normalmente richiesta da soggetti affetti da gravi patologie genetiche, in funzione preventiva alle comuni e comunque differenti diagnosi prenatali[19], e quindi allo scopo di consentire, a favore degli stessi, l'identificazione di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni, ottenuti in *vitro* da loro, in fasi molto precoci di sviluppo e prima dell'impianto in utero, è sostanzialmente inidonea in sé ad incidere sui futuri utilizzi delle informazioni che essa stessa offre. Indiscutibilmente, nella concreta prassi applicativa, la sua «innata» neutralità potrebbe disperdersi, e di fatto si disperde, favorendo, in positivo, la riduzione del rischio di un'eventuale trasferimento ed impianto in utero di embrioni affetti da affezioni cromosomiche e/o genetiche, ma potendo, ugualmente, ed in negativo, spianare, secondo molti, la strada a forme di eugenetica «passiva»[20]. È per questa ragione che, a fronte delle possibilità di impiego di tale metodica, il vaglio sulle modalità di esercizio della discrezionalità politica si presta a valutazioni assolutamente interessanti, soprattutto sotto il profilo del concreto bilanciamento posto a base della scelta normativa infine positivizzata. Opportunamente, infatti, sul punto è stato evidenziato che: «se [...] in ragione delle suddette luci ed ombre i Parlamenti rimangono tendenzialmente liberi di precludere, o meno, l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie non sterili, né infertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, piú che alla scelta legislativa in sé, la scienza costituzionalistica dovrebbe piuttosto guardare ai bilanciamenti di valore a tale, discrezionale, decisione inevitabilmente consequenziali. Se, cioè, i "mezzi" legislativi in tal senso predisposti [...] si dimostrino invero non incongrui rispetto ai "fini" avuti di mira»[21].

19 La diagnosi prenatale, come tale, si avvale di una variegata molteplicità di tecniche reciprocamente convergenti quali, ad esempio, l'ecografia, l'amniocentesi, la fetoscopia, la villocentesi, la funicolocentesi, ecc.

20 Preoccupazioni di tal genere sono state espresse, in particolare, da M. Mastropietro, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in Diritto di famiglia, 2005, 1379, e M. Petrone, *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in Famiglia e diritto, 2007, nn. 8-9, 853 ss. In tema, benché precedenti all'approvazione del testo della legge n. 40/2004, si leggano le interessanti osservazioni di C. Casonato, *Discriminazione genetica e nuove frontiere del diritto alla privacy*, in Associazione italiana di diritto comparato, *I diritti fondamentali in Europa: XV Colloquio Biennale AIDC*, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, *Atti del Convegno*, Milano, 2001.

21 Così, S. Agosta, *Dal mero* restyling *all'integrale riscrittura giurisprudenziale: piú rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, *op. cit.*

Nella prospettiva indicata, dunque, le argomentazioni da ultimo addotte dal Tribunale di Cagliari[22] a sostegno della pronuncia infine resa con riguardo alla problematica *de qua*, e le valutazioni che quelle stesse argomentazioni suscitano, assumono valore paradigmatico. Esse, infatti, non si limitano semplicemente a riassumere un articolato e complesso *iter* di elaborazione giurisprudenziale della tematica, ma offrono elementi utili ad intendere, nel confronto con il dettato legislativo spagnolo, lo stacco e la contradditorità della normativa italiana a quel principio di ragionevolezza a cui avrebbero dovuto essere informate le scelte dell'organo parlamentare.

2. In effetti, il Tribunale di Cagliari che, nel caso definito con l'ordinanza pronunciata il 9 novembre 2012[23], torna[24] ad occuparsi del tema della diagnosi pre-impianto, non soltanto compendia brillantemente i più significativi precedenti giurisprudenziali in materia[25], ma, ribadendo infine

22 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012 in www.altalex.com,

23 Si tratta della già citata ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012. Per un commento dei suoi contenuti si rimanda alle osservazioni di G. Rossini, *Diagnosi genetica preimpianto: tribunale Cagliari ne riafferma la legittimità*, in www.altalex.com, nonché a quelle proposte da A. Verri, *Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il «diritto» di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica*, in www.penalecontemporaneo.it

24 In effetti, il Tribunale di Cagliari era stato in passato già due volte investito di tal genere di questione. Originariamente adito in sede cautelare, con ordinanza del 16.07.2005, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2006, 613 ss., esso si era posto quale giudice remittente la questione di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40/04 dinanzi alla Corte costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 32 del Testo fondamentale. Quindi, a seguito della successiva pronuncia di inammissibilità resa dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 369 del 09.11.2006, in Giurisprudenza costituzionale, 2006, 3835 ss., lo stesso Tribunale di Cagliari, giusta sentenza del 24.09.2007, *cit*., aveva per la prima volta positivamente definito la *vexata quaestio* dell'acceso alla diagnosi preimpianto, grazie ad una lettura costituzionalmente orientata della normativa fatta oggetto di impugnazione da parte degli attori. È per questo che, chiosando efficacemente la vicenda, di cui, al tempo stesso, condivide in pieno gli esiti, G. Rossini, *Diagnosi genetica preimpianto: tribunale Cagliari ne riafferma la legittimità*, *op. cit*., osserva come il Tribunale di Cagliari che, con l'ordinanza in commento, torna ad occuparsi di diagnosi pre-impianto, risolve «*opportunamente* la questione di cui *inopportunamente* è stato costretto ad occuparsi».

25 Tra le pronunce che, in ordine successivo, vengono ricordate dal giudicante si ricordino: Tribunale di Cagliari, sentenza del 22-24.09.2007, in Giurisprudenza costituzionale, 2008, 579 ss.; Tribunale di Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007, in Il Foro italiano, 2008, 630 ss.; TAR del Lazio, sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008, in Il Foro amministrativo, 2008, 151 ss.; Corte Costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, in www.giurcost.it; Tribunale di Bologna, ordinanza

l'ammissibilità della tecnica *de qua*, afferma definitivamente la solidità di un impianto decisorio e valoriale che, non a torto, può oggi considerarsi il diritto effettivamente vivente in materia.

«Affannosamente impegnato ad ovviare a quanto avrebbe dovuto piuttosto fare quello vigente»[26], esso, in particolare, rimarca la bontà dell'indirizzo ermeneutico teso ad ancorare la positiva definizione della problematica in esame alla dimensione costituzionale del diritto alla salute, e, di qui, a quel diritto «ad una adeguata informazione» che, quale suo corollario, obbliga il medico, che deve procedere all'impianto, a rendere pienamente edotti i soggetti che abbiano avuto legittimo accesso alle nuove tecniche procreative dei «possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti», nonché dello «stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero».

Di fatto, è proprio il richiamo a tale diritto a spiegare la *ratio* di una decisione che, valutata nella sua portata complessiva, palesa una struttura sostanzialmente ricostruttiva, accentuata dal tono piuttosto assertivo dei passaggi in cui si articola.

E così, nell'intento, più o meno consapevole, di procedere ad una compiuta e completa razionalizzazione della *vexata quaestio* delle possibilità e dei limiti di accesso all'accertamento diagnostico in questione, di per sé oggetto di una assai controversa previsione legislativa[27], il giudicante non manca anzitutto di osservare come la procreazione medicalmente assistita «rappresenti un trattamento medico, come si desume, oltre che dai protocolli dell'Organizzazione mondiale della Sanità, dalla stessa legge 40/2004, che ne ammette il ricorso qualora non vi siano altri metodi

---

del 29 giugno 2009, in www.altalex.com; Tribunale di Salerno, ordinanza del 09 gennaio 2010, in www.giurcost.org

26 S. Agosta, *Dal mero* restyling *all'integrale riscrittura giurisprudenziale: piú rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, *op. cit*.

27 In effetti, la legge, da un lato, all'art. 13, disciplinando la «Sperimentazione sugli embrioni umani», prevede un rigido divieto di «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» (art. 13, comma 1) ed ammette la ricerca clìnica e sperimentale «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad esse collegate volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (art. 13, comma 2), mentre, dall'altro, all'art. 14, trattando dei «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni», prevede il diritto della coppia di venire informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (art. 14, comma 5).

terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità (art. 1) e prevede l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita solo in strutture autorizzate iscritte in un registro nazionale istituito con decreto del Ministro della salute presso l'Istituto superiore di sanità (art. 11)»[28].

L'affermazione, che segna il definitivo superamento dell'ormai risalente *querelle* dottrinaria in ordine all'esatto inquadramento costituzionale della problematica in esame[29], costituisce, peraltro, la premessa sulla quale poggia la rilevanza che, nell'economia dell'ordinanza, il Tribunale accorda al «consenso informato», inteso come «vero e proprio diritto della persona», con funzione di sintesi «dei due diritti fondamentali all'autodeterminazione ed alla salute». Una rilevanza accordata non solo alla luce del quadro costituzionale di riferimento[30], delle numerose pronunce giurisprudenziali[31] e delle altrettanto copiose disposizioni che, con diverso grado di vincolatività[32], ne hanno sanzionato, sia a livello interno[33] che internazionale[34], la diretta strumentalità alla tutela dei diritti in questione, ma altresì in ragione dello specifico riferimento ad esso fatto dal dettato dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004. Tale articolo, infatti, espressamente, prescrive che: «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il medico informa in maniera dettagliata i soggetti […] sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle re-

28 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*

29 Si tratta di un profilo che ha interessato la riflessione dottrinaria già molti anni prima dell'approvazione della legge 40/2004, e per il quale, quindi, si rimanda alle ormai risalenti, ma sempre efficaci notazioni di A. Gustapane, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in Diritto e società, 1996, I, 207 e ss. Per il periodo successivo all'approvazione della legge n. 40/04 si veda il contributo di F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in Rassegna Parlamentare, 2005, 361 ss.

30 Il richiamo, esplicito, è agli artt. 2, 3 e art. 32 Cost., comma 2.

31 Tra quelle pronunciate in ultimo, in ordine di tempo, il giudice cagliaritano ricorda: Cass. sez. III, sentt. n. 16543 del 28.07.2011, n. 2468 del 30.01.2009, n. 10741 dell'11.05.2009.

32 In effetti, nell'ordinanza *de qua*, oltre alle norme di rango legislativo, sul versante ordinamentale interno, vengono altresì richiamate le norme del Codice di deontologia medica, e specificamente l'art. 30.

33 In particolare, qui si richiama l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sull'*Istituzione del servizio sanitario nazionale*.

34 In questa parte, il richiamo è all'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, meglio nota come «Convenzione di Oviedo»; nonché all'art. 3 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

lative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro», precisando altresì che tali informazioni «devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

La cornice normativa così delineata rende pure solo intuitiva la strumentalità della prestazione del consenso *de quo* alla realizzazione di un progetto filiale responsabile. Non a caso, anche in quanto già ampiamente argomentato in punto di diritto altrove[35], il profilo viene semplicemente ad essere riaffermato dal giudice, unitamente alla naturale finalizzazione della diagnosi preimpianto allo scopo «di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento degli embrioni formati ovvero al rifiuto di detto trasferimento»[36]. La metodica in questione, infatti, permette di accertare le condizioni di salute dell'embrione; o meglio, serve ad «accertare le condizioni di salute dell'embrione che siano legate da uno stretto nesso eziologico con l'integrità psicofisica della donna»[37], sì che questa possa consapevolmente determinarsi in ordine al prosieguo o meno del programma di riproduzione medicalmente assistita.

Riproponendo, qui, considerazioni utili a fugare le molte perplessità interpretative emerse in sede di prima applicazione della legge n. 40 del 2004, in particolare a causa del rimando che quest'ultima espressamente opera alle norme che regolano l'interruzione volontaria della gravidanza[38], il Tribunale sottolinea con ciò la perfetta simmetria tra l'uso, nei termini indicati, della dignostica preimpianto e le previsioni della legge n. 194 del 1978. Queste, infatti, ammettono l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni qualora la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, anche in relazione a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito[39], ovvero, anche

35 Il richiamo è alle considerazioni che, al riguardo, lo stesso Tribunale di Cagliari svolge, in particolare, nella sentenza del 24.09.2007, *cit*.

36 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit*.

37 *Ibidem*.

38 Il riferimento, qui, è alla peculiare chiave di lettura che di tale combinato normativo è stata offerta dal Tribunale di Catania, ordinanza del 03.05.2004, in Giustizia civile, 2004, 2447 ss. Sul punto, sia consentito rinviare a F. Meola, *Il caso Cagliari: brevi note sulla definizione in positivo della* vexata quaestio *inerente all'ammissibilità della diagnosi preimpianto*, in R. Prodomo (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 34 ss.

39 Art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, pubblicata in G.U. n. 140 del 22 maggio 1978.

dopo i primi novanta giorni, quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna[40].

A meno di non voler avallare una disparità di trattamento irragionevole e costituzionalmente censurabile, deve allora, anzitutto riconoscersi che anche l'informativa cui è tenuto il medico nello svolgimento di un programma di fecondazione in vitro[41] sia «funzionale all'accertamento della sussistenza di un serio pericolo per la salute psico-fisica della donna, quale effetto della condizione patologica del concepito»[42]. Conseguentemente, deve ritenersi che, parimenti a quanto avviene nei casi di gestazione in corso, in cui gli accertamenti genetici sono «pacificamente ammessi ed anzi garantiti nonostante la loro invasività», anche la diagnosi preimpianto, qualora «sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, 5° comma, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare», sia pienamente lecita.

Del resto, anche la Corte di Strasburgo, di cui il giudice cagliaritano significativamente ricorda il recente pronunciamento in tema[43], ha sostanzialmente posto in evidenza come «alla possibilità di eseguire diagnosi prenatali, al fine di tutelare la salute della donna, consegua necessariamente, a pena di incoerenza del sistema, l'ammissibilità sempre per il medesimo scopo, della diagnosi preimpianto, che appare […] indispensabile per il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, riconosciuta dallo stesso art. 6 della legge n. 40 del 2004»[44].

---

40 Art. 6, legge 194/78, *cit.*

41 Art. 14, legge 40/04, *cit.*

42 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*

43 Corte Europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo, Seconda Sezione, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan/Italia* (ricorso n. 54270/10). Il testo integrale della sentenza può esser letto in www.giustizia.it

44 È in questi termini che il pronunciamento della Corte Europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo, Seconda Sezione, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan/Italia*, *cit.*, viene riassunto dal Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*, limitatamente ai profili di interesse rispetto al giudizio di cui è investito. Sulle ricadute della sentenza Costa e Pavan all'interno del nostro ordinamento, si rinvia alle osservazioni svolte da M.P. Iadicicco, *L'accesso alla diagnosi genetica preimpianto nella girusiprudenza italiana ed europea: la problematicità delle relazioni interordinamentali in casi relativi a*

Nell'economia di una riflessione incentrata sull'analisi del rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale nella complessa definizione delle problematiche poste dal ricorso alla diagnostica pre-impianto, e, più in generale, sulle questioni di inizio vita alimentatesi in conseguenza della loro diffusione, quasi intuitive sono le considerazioni conseguenti alle osservazioni fin qui svolte.

La giurisprudenza che ripensa in prospettiva costituzionale le questioni poste dal ricorso all'accertamento diagnostico in questione, e ne àncora la definizione alla preventiva specificazione della complessa trama dei diritti rilevanti nella fattispecie olreché alla chiarificazione del loro esatto bilanciamento, finisce in questo modo per riparare l'incoerenza ed irragionevolezza delle scelte legislative, riportando il tutto nell'alveo costituzionale. A fronte di un dettato normativo che, pur nella sua controversa formulazione letterale, ne aveva sanzionato l'impiego come inammissibile, l'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in tema già nell'immediato, e da ultimo compendiata nella pronuncia in commento, è, al contrario, netta nel sostenere l'assoluta legittimità del ricorso alla diagnosi preimpianto. Chiaro, del resto, ma soprattutto coerente con il complessivo disegno legislativo sotteso alla 40/04, il percorso argomentativo sviluppato dai giudici in questa prospettiva. Nella valutazioni di questi, infatti, «negare il ricorso alla diagnosi preimpianto anche quando, giusta la disposizione di cui all'art. 14, esso sia finalizzato allo scopo di fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto, significherebbe rendere perciò stesso irrealizzabile lo scopo in questione»[45]. Ciò che equivarrebbe a contraddire la *ratio* stessa di tale disposizione: «l'informazione cui la legge finalizza l'impiego della diagnostica pre-impianto risulta, infatti, indispensabile sia per consentire ai futuri genitori di vivere, in maniera pienamente consapevole, l'attesa di un figlio, tra l'altro permettendogli di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del figlio, sia per tutelare la salute gestazionale della donna, mettendola al riparo dai danni che potrebbero esserle procurati dallo stato di salute dell'embrione»[46]. Il recupero dell'intrinseca coeren-

questioni biogiuridiche e l'insufficienza del dialogo tra le Corti, in Quaderni costituzionali, 2015, n. 2, 330.

45 Sia nuovamente consentito il rinvio a F. Meola, *Il caso Cagliari: brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio inerente all'ammissibilità della diagnosi preimpianto*, *op. cit.*, 61.

46 *Ibidem*.

za e non contraddittorietà del complessivo dettato legislativo in esame, segnato dalle considerazioni appena svolte, si accompagna, peraltro, alla comprensione della più corretta impostazione costituzionale della problematica in esame. Giuste, infatti, le finalità a cui la diagnostica pre-impianto tende, questa risulta indiscutibilmente strumentale anzitutto al soddisfacimento di quell'esigenza di tutela del bene salute della madre, costituzionalmente fondato all'art. 32. Al tempo stesso, la chiara finalizzazione della diagnosi eseguita sugli embrioni prodotti in vitro e destinati all'impianto in utero alla realizzazione di un progetto genitoriale cosciente e responsabile, impone, nel rispetto di quel principio di uguaglianza positivizzato all'art. 3, che il relativo diritto, normalmente soddisfatto dalla diagnosi prenatale effettuata sul feto della gestante nel corso di una gravidanza, non subisca compressioni irragionevoli e costituzionalmente censurabili quando l'attuazione di quel progetto passa non già attraverso la più dolorosa scelta di un'interruzione volontaria della gravidanza, ma per mezzo del ricorso a quelle nuove tecnologie oggi in grado di consentire il superamento dei problemi riproduttivi della coppia.

3. In uno schema argomentativo che pure indugia nell'individuazione dei referenti normativi utili a fondare l'accoglimento della richiesta d'accesso alla diagnosi preimpianto manca tuttavia ogni accenno, da parte del giudice cagliaritano, ad ulteriori ed importati prescrizioni che, pur nella loro diversa portata, ed a prescidere dalla loro piú risalente datazione, non solo avrebbero potuto ugualmente concorrere ad avallare la correttezza, in punto di diritto, della pronuncia infine resa, ma, proprio in forza della loro anteriorità temporale, avrebbero in particolare consentito di argomentare ancor meglio sull'irragionevolezza della scelta a favore di un divieto assoluto di diagnosi preimpianto a suo tempo fatta propria dal decisore politico italiano. Definendo, infatti, le possibilità ed i limiti già tracciati all'uso di tale metodica in epoca precedente la definitiva approvazione delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita, tali prescizioni, se richiamate, avrebbero offerto al giudicante la possibilità di sostenere con maggiore incisività la contrarietà ad esse della scelta legislativa italiana, e, piú in generale, la contraddittorietà delle disposizioni in cui quella stessa scelta si è tradotta.

In effetti, la soluzione che ammette la diagnosi preimpianto sull'embrione rintraccia, per il passato, un precedente significativo già nel *Codice di deontologia medica* del 1988, nel quale, all'art. 43, si legge che «ogni intervento sul genoma umano non può che tendere alla pre-

venzione e alla correzione di condizioni patologiche»[47], con l'ulteriore precisazione che «sono vietate manipolazioni genetiche sull'embrione che non abbiano finalità di prevenzione e correzione di condizioni patologiche»[48], e lo sono parimenti, ex art. 44, i test genetici, «se non diretti in modo esclusivo a rilevare o predire malformazioni o malattie ereditarie».

A livello internazionale, poi, la problematica concernente l'ammissibilità della diagnosi preimpianto trova, per quel tempo, un'importante definizione già nel documento del Consiglio d'Europa (*Cahbi*)[49] del 1989,

47 La previsione *de qua* viene peraltro ribadita all'interno del *Codice di deontologia medica* approvato nel 2006. In base all'art. 45, infatti: «Ogni eventuale intervento sul genoma deve tendere alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche». In questa parte, la formula in questione è stata ampliata nella bozza di riscrittura del predetto codice, attualmente in discussione. Il novellato testo dell'art. 45 prevede, infatti, che: «Ogni eventuale intervento sul genoma deve essere finalizzato alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche o a quelle predisponenti e all'individuazione di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci». Non vi è chi non veda, nel testo in questione, un chiaro ampliamento della formula originaria, attraverso la previsione della finalizzazione degli interventi sul genoma umano non solo alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche, ma anche a quelle predisponenti e «all'individuazione di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci». Previsione, questa, a cui, peraltro, si aggiunge un'importante novità: l'espresso riferimento al medico quale soggetto che non solo deve effettuare tali interventi, ma su cui soprattutto ricade l'obbligo di fornire «un'adeguata informazione sui rischi connessi alle procedure e alle loro possibilità di successo acquisendo il consenso scritto». Specificamente, infatti, ancora l'art. 45 recita che: «Il medico prescrive ed attua interventi sul genoma umano per esclusivi fini di prevenzione, diagnosi e cura di condizioni patologiche o a queste predisponenti e per la ricerca di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci. Il medico garantisce idonea informazione sui rischi connessi alle procedure e alle loro possibilità di successo acquisendo il consenso scritto».

48 Si noti che, mentre nella versione del Codice del 1988, l'art. 43 (interventi sul genoma e sull'embrione umano) vietava altresì le «manipolazioni genetiche sull'embrione» che non avessero «finalità di prevenzione e correzione di condizioni patologiche», nella formulazione del corripondente art. 45 del Codice di deontologia medica entrato in vigore nel 2006 ci si limita a condannare solo le pratiche sul genoma. E tale limitazione torna nella bozza di riforma del codice, attualmente in discussione.

49 O meglio, nel documento elaborato dal Comitato *ad hoc* di esperti sul progresso delle scienze biomediche del Consiglio d'Europa (CAHBI), istituito nel 1985. In particolare, tale comitato aveva lo scopo di evidenziare tutte le lacune di carattere politico e giuridico presenti nel sistema riguardo alla tutela della dignità e dei diritti umani, con l'obiettivo di consentire, sotto tale profilo, un'armonizzazione delle leggi vigenti nei vari Stati e proporre linee di condotta.

che, nell'enunciare i *Principi sui progressi delle scienze biomediche*[50], pure annovera, quali autonomi presupposti per l'accesso alle nuove tecnologie riproduttive sia l'«infertilità», sia «un serio rischio di trasmettere al bambino una grave malattia ereditaria», sia, ancora, «un serio rischio che il bambino soffra di un'altra malattia che comporterebbe una morte precoce o un handicap grave»[51], e, coerentemente con questa premessa, prevede la possibilità per gli Stati membri di permettere «la separazione delle cellule di un embrione [...] per utilizzarne una parte per finalità diagnostiche quando si tratti di verificare la presenza di una malattia o di un'anomalia grave nel nascituro»[52].

Tra le altre, proprio le indicazioni di chiara apertura nei riguardi delle possibilità di impiego della diagnostica preimpiato in tal modo espresse dal Consiglio d'Europa si rivelano particolarmente utili a rimarcare, nel confronto, la distanza che, anche solo per l'aspetto di cui si discute, separa il dettato normativo italiano da quello spagnolo, sotto il profilo della ragionevolezza del bilanciamento enunciato nelle rispettive disposizioni.

Nel panorama europeo, infatti, l'orientamento del Consiglio d'Europa, ancor prima di una sua puntuale recezione, trova addirittura una sua importante anticipazione nella legge spagnola sulle tecniche di riproduzione assistita che, già nel testo entrato in vigore nel 1988, in presenza di una serie di condizioni, ammetteva interventi diagnostici sul preembrione *in vitro* finalizzati ad individuare gravi malattie ereditarie, per curarle, se possibile, o per sconsigliare il trasferimento nell'utero, con esplicito divieto di influire su caratteri ereditari non patologici[53].

Oggi, coerentemente con le finalità assunte come proprie dalla nuova legge che, nella penisola iberica, disciplina le tecniche di riproduzione

50 Per una lettura del testo di tale documento, cfr. *Recueil des textes du Conseil de l'Europe en matière de bioétique*, Vol. II, 76 ss., in www.coe.int

51 Principio 1.1

52 Principio 17.3

53 Al riguardo, cfr. artt. 12 e 13 della *Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, *cit*. Tra l'altro, come nota M. Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, *op. cit*., 49, la disciplina contenuta negli artt. 12 e 13 *Ley 35/1988* era del tutto coerente con il disposto dell'art. 1, co. 2 e co. 3 della stessa legge, ove si indicava come finalità fondamentale (ma non esclusiva) della *pma* «l'intervento medico contro la sterilità umana per facilitare la procreazione quando altre terapie sono state scartate perché inadeguate o inefficaci», e si aggiungeva espressamente che le tecniche di *pma* «possono utilizzarsi anche per la prevenzione e il trattamento di infermità di origine genetica o ereditaria, quando sia possibile ricorrere ad esse con sufficienti garanzie diagnostiche o terapeutiche e siano inoltre strettamente indicate».

umana assistita[54], non solo le predette prescrizioni non vengono contraddette, ma le previsioni specificamente concernenti l'impiego della diagnosi preimpianto vengono addirittura corredate da due distinte clausole di salvezza, utili ad imprimere al sistema «quella elesticità necessaria in un campo come quello della procreazione assistita in cui le nuove scoperte rendono eccessivamente obsolete leggi eccessivamente rigide»[55].

Nell'economia di una legge finalizzata non soltanto a «disciplinare l'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita», ma, altresì, a regolare l'impiego di queste ultime «nella prevenzione e nel trattamento delle malattie di origine genetica», ed a fissare i presupposti e i requisiti «di utilizzo dei gameti e dei pre-embrioni umani crioconservati», le potenzialità applicative dello strumento diagnostico in questione si moltiplicano, autorizzandosene l'impiego nella rivelazione di malattie ereditarie gravi (*enfermedade hereditarisa graves*), di manifestazione precoce (*de aparición precoz*), e non suscettibili di essere oggetto di trattamento curativo postnatale (*y non susceptibles de tratamiento curativo postnatal*) conformemente alle conoscenze scientifiche attuali[56], e consentendone altresì l'uso in funzione della rilevazione di ogni altra alterazione che possa compromettere la vitalità del preembrione (*La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión*)[57].

Scopo ugualmente perseguito in tutte queste ipotesi è la selezione embrionaria, utile a permettere il successivo trasferimento in utero dei soli pre-embrioni non malati.

Unico è il limite che, in tutti questi stessi casi, il legislatore oppone alla relizzazione degli obiettivi di prevenzione e di trattamento delle malattie genetiche a cui le previsioni in questione specificamente risultano strumentali: in tali ipotesi, infatti, l'impiego della diagnosi preimpianto è subordinato al solo obbligo della preventiva comunicazione alla competente autorità sanitaria[58].

---

54 Si tratta della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*.

55 Così, E. Catania, *Le tecniche del legislatore spagnolo per la regolamentazione della procreazione medicalmente assistita*, in www.diritto.it

56 *Artículo 1, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*.

57 *Artículo 12, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cit*.

58 *Artículo 12, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*.

Ma, l'apertura che il legislatore spagnolo manifesta nei riguardi del ricorso allo strumento diagnostico in questione, nella consapevolezza delle sue innumerevoli potenzilità, è altresì rivelata dalle possibilità di ulteriore suo impiego a scopi differenti dalla ricerca, quali la selezione di pre-embrioni *in vitro* con antigeni istocompatibili per ragioni di cura di persone terze[59] ovvero per consentire la clonazione terapeutica attraverso il trasferimento nucleare. Possibilità applicative, queste, che la legge comunque consente; in questo caso subordinando il tutto alla previa autorizzazione del Comitato Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita[60].

Ripensate alla luce del «diritto vivente» italiano in tema, l'estrema flessibilità delle disposizioni legislative spagnole riguardo l'impiego della diagnosi preimpianto, oltreché la diversità dei fini a cui questo impiego è volto, sono certo sintomatiche di una vera e propria asimmetria tra i due sistemi ordinamentali, che, anche solo per il profilo esame, offrono un'importante riprova di quanto originariamente sostenuto in ordine allo scollamento che, nel passaggio dal piano dell'*inclusione* costituzionale a quello della *regolamentazione* legislativa[61], spesso si registra tra tali sistemi per effetto del *balancing test* operato dal decisore politico.

In particolare, nell'economia dell'analisi finalizzata a definire le possibilità e i limiti d'impiego della diagnosi preimpianto, l'uso del metodo comparativo si rivela anzitutto prezioso ad intendere, nel confronto con quella italiana, il piú ampio respiro della legislazione spagnola, quale risulta già dall'*incipit* del testo della legge 14/2006. La scelta del parlamento spagnolo a favore di una finalizzazione di tale legge non già al solo scopo della regolamentazione del ricorso alle tecniche di riproduzione assistita, ma altresì al loro utilizzo nella prevenzione e nel trattamento di malattie genetiche evidenzia una chiara volontà di affrancamento dell'impiego di tali tecniche dalla piú limitata prospettiva della cura della sterilità e dell'infertilità, a cui, invece, ancora oggi rimane ancorata la normativa italiana.

---

59 La possibilità di effettuare ricerche a fini terapeutici (determinazione degli antigeni di istocompatibilità dei preembrioni *in vitro*) a favore di terze persone malate appartenenti allo stesso nucleo familiare rappresenta una novità la cui rilevanza è stata ben colta da C. Guerrero Picó, *Spagna*, in C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M.T. Rörig (a cura di), *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, dicembre 2012, reperibile all'indirizzo web www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/2012

60 *Artículo 12, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*.

61 In argomento, S. Penasa, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi*, *op. cit., passim*.

Anzi, valutata alla luce delle successive puntualizzazioni che, nella fase della «*risoluzione* giurisdizionale»[62], sono state offerte dai giudici riguardo all'esatta portata della qualificazione nei termini anzidetti dell'accesso alle tecniche di riproduzione assistita, tale prospettiva, nel nostro Paese, risulta piuttosto il punto di arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale che non la disposizione d'apertura della legge vigente in materia. Infatti, sia pur consentito «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»[63], il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, in Italia, è sempre stato, di fatto, piegato a soddisfare le esigenze proprie di quell'ideologia dell'embrione di cui è stato intriso tutto il testo legislativo. Conseguentemente, esso non si è mai realizzato nel rispetto delle regole che presiedono alla sottoposizione della persona ad un trattamento sanitario, a cominciare dall'obbligo di acquizione del consenso che questi deve prestare, previa una sua adeguata informazione sulle conseguenze a ciò naturalmente connesse. Solo il successivo intervento correttivo della giurisprudenza ha determinato infine l'ancoraggio della liceità dell'impiego di tali tecniche al rispetto del diritto ad un'adeguata informazione di chi vi si sottopone. Sotto tale profilo, anche solo le argomentazioni svolte dal giudice cagliaritano già nel primo pronunciamento reso a favore dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto sono assolutamente paradigmatiche della diversità del successivo approccio pretorio alla problematica rispetto all'impostazione originariamente offerta ad essa in via legislativa. Investito della questione, infatti, il giudice, a fronte di un dato normativo assolutamente controverso[64], al fine di confutare l'argomentazione secondo cui il divieto della diagnosi preimpianto sarebbe desumibile «anche dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori», perentoriamente avverte che «la disciplina dettata non prevede per l'embrione una tutela assoluta, ma un bilanciamento dei contrapposti interessi che vede semmai prevalere, in certi casi, i diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti che alle tecniche di procreazione assistita abbiano avuto legittimo accesso, ed in particolare della donna, destinata ad accogliere nel suo grembo l'embrione prodotto». Quindi, sulla scorta di tale premessa, espressamente statuisce che «negare il ricorso alla diagnosi preimpianto anche quando, […], esso sia finalizzato allo scopo di fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione

62 Per riprendere l'espressione utilizzata da S. Penasa, *ult. op. cit.*, 63.

63 Art. 1, legge n. 40/04, *cit.*

64 Si tratta del combinato disposto dagli artt. 13 e 14, legge n. 40/04, *cit.*, più volte richiamati.

destinato all'impianto, significherebbe rendere perciò stesso irrealizzabile lo scopo in questione». Per il giudice, insomma, l'informazione a cui la legge finalizza l'impiego della diagnostica pre-impianto risulta indispensabile sia per consentire ai futuri genitori di vivere, in maniera pienamente consapevole, l'attesa di un figlio, tra l'altro permettendogli di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del figlio, sia per tutelare la salute gestazionale della donna, mettendola al riparo dai danni che potrebbero esserle procurati dallo stato di salute dell'embrione. Conseguentemente, in una prospettiva che non ribalta semplicemente un piú risalente indirizzo giurisprudenziale[65], ma realizza addirittura un'interpretazione costituzionalmente conforme in grado di bilanciare gli interessi di rango primario coinvolti nella vicenda dedotta alla sua attenzione, il ricorso all'esame diagnostico in parola viene ritenuto dal giudicante perfettamente ammissibile agli scopi a cui tende l'accesso ad un programma di procreazione medicalmente assistito.

Ma, sia pur definitivamente accettata in tutte le implicazioni ad essa conseguenti, è indubbio che la prospettiva italiana, che limita l'impiego delle nuove metodiche procreative ai soli scopi di *cura*[66] delle patologie della funzione riproduttiva, rimane sempre e comunque angusta nel confronto con la sanzione giuridica dell'ammissibilità di impiego di queste stesse tecniche al soddisfacimento delle esigenze proprie della ricerca, quale si registra all'interno della normativa spagnola. È, infatti, a tali scopi, oltre che a quelli strettamente riproduttivi, a favore della coppia o di soggetti terzi a cui vengono donati, che, nello specifico, il nuovo articolo 11 *Ley 14/2006* finalizza l'impiego degli embrioni che, scartati in esito alle indagini preimpiatatorie, vengono poi crioconservati[67]. In par-

65 Tale argomentazione è stata, in particolare, sostenuta dal Tribunale di Catania, ordinanza del 03.05.2004, *cit*.

66 In effetti, il legislatore che, come si evince espressamente dalla lettera dell'art. 1, comma 1, della legge 40/04, *cit*., intende le tecniche di procreazione medicalmente assistita come uno strumento per favorire la *soluzione* dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, finisce per connotare malamente tali tecniche. Come si è avuto modo di osservare in nota ad altro lavoro [sia consentito il rimando a F. Meola, *La scelta di procreare tra (poche) libertà e (molti) limiti*, in R. Prodomo (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Napoli, 2005, 156, nota n. 90], si tratta di un'impostazione assolutamente errata, in quanto è ormai «largamente condivisa l'opinione che le tecniche di procreazione medicalmente assistita non sono una "cura" della sterilità, bensì un aggiramento del problema, destinato a risolvere le difficoltà di procreare di singoli soggetti».

67 *Artículo 11*, *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*.

ticolare, potenziando sul punto la precedente normativa in materia[68], la legge attualmente vigente in Spagna riconosce, all'art. 15, espressamente la facoltà di utilizzare gameti ed embrioni a fini di ricerca scientifica, nel rispetto di una serie di condizioni, quali l'impiego allo scopo dei soli preembrioni sovrannumerari, l'acquisizione del consenso scritto della coppia o della donna donatrice, e la realizzazione in centri sanitari autorizzati, con previa approvazione del progetto di ricerca. Il tutto all'interno di un articolato normativo che prevede altresì «progetti di ricerca legati all'ottenimento, lo sviluppo e l'utilizzazione di linee cellulari da cellule staminali embrionali»[69].

Nel nostro Paese, invece, e giuste le considerazioni già svolte riguardo alle finalità del testo normativo, la legge vieta categoricamente qualsiasi sperimentazione che non sia preordinata a finalità diagnostico-terapeutiche a beneficio dell'embrione stesso (art. 13, comma 2), chiudendo quindi le porte a qualsiasi possibilità di utilizzo dell'embrione *in vitro,* anche se non più vitale o comunque non trasferibile, alternativo a quello procreativo a favore della coppia che è ricorsa ad un programma di procreazione assistita. E tale veto, che inibisce qualsiasi impiego degli embrioni prodotti *in vitro* in funzione dell'appagamento delle esigenze proprie della ricerca e della sperimentazione, viene calato all'interno di un più ampio articolato normativo che fissa una serie notevole di altri divieti che spaziano dalla produzione di embrioni umani a fini procreativi alla creazione di ibridi e chimere fino alla clonazione.

---

68 Precedentemente all'approvazione della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*., e precisamente in conseguenza dell'entrata in vigore della *Ley 45/2003 de 21 de noviembre*, *sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, *cit*., le possibilità d'impiego degli embrioni sovrannumerari a fini di ricerca o sperimentazione erano state grandemente ridotte dal legislatore, che, ai fini dell'utilizzo dei medesimi per finalità diverse da quelle riproduttive o diagnostico-terapeutiche a vantaggio dei medesimi, sempre che essi fossero stati crioconservati *prima* della sua entrata in vigore, aveva posto, quale condizione, la loro *«no viabilidad»*. Si tratta di un criterio assolutamente criticato dalla dottrina spagnola, che ha sempre, ripetutamente, contrastato sul punto le scelte del legislatore. In paricolare, giusto quanto osservato da L. Copello, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo,* in Revista Penal, 2004, n. 13, 130, attraverso la differenziazione tra preembrioni *«viables» e «no viables», «la Ley 35/1988 establece drásticas restricciones en la investigación con embriones viables, limitándola a la de carácter diagnóstico con fines terapéuticos o preventivos (art. 15.2), es decir, a los casos en los que el estudio revierte en el proprio interés del embrión [...] o en el de la futura receptora»*.

69 *Artículo 15, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *cit*.

Ma, se già il divieto di clonazione, in quanto riferito non solo a scopi riproduttivi[70] ma anche di indagine scientifica[71], risulta, proprio per la sua ampia portata, giuridicamente assai opinabile, in quanto finisce inevitabilmente per impedire il progresso in un campo potenzialmente in grado di sviluppare strumenti utili alla cura di gravissime malattie degenerative, senza che tali inibizioni possano in qualche modo giustificarsi in forza dell'esigenza di salvaguardia di superiori interessi giuridicamente rilevanti o di soddisfacimento di altrettante pregnanti esigenze etiche[72], di non minore spessore sono i dubbi alimentati dalla disposizione normativa che vieta «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano»[73]. Nella sua assolutezza, infatti, tale divieto suscita non poche perplessità circa la capacità del dettato normativo a realizzare gli obiettivi che la legge stessa annovera espressamente tra le proprie finalità. Questi, infatti, possono dirsi raggiunti «quando si vieta la produzione di nuovi embrioni per destinarli *ab origine* alla ricerca scientifica» ma non «quando si vieta la sperimentazione su embrioni già esistenti»[74]. L'osservazione, che involge un problema attualmente assai delicato e di improcrastinabile definizione[75],

70 In effetti, tale divieto, già desumibile dal tenore letterale della disposizione che vieta «ogni processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad altro essere umano in vita o morto» (art. 12, comma 7, legge n. 40/04, *cit.*), viene infine chiaramente enunciato dal legislatore attraverso la norma che *expressis verbis* nega la fattibilità di «interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca» (art. 13, comma 3, lett. c). In realtà, a destare perplessità non è tanto la previsione normativa volta a sanzionare la clonazione finalizzata «ad ottenere un essere umano». Infatti, tale disposizione, «che ripete un'analoga previsione contenuta all'art. 18, comma 2, della Convenzione di Oviedo può ritenersi sicuramente condivisibile, "in quanto conforme ad un sentimento etico largamente diffuso, anche fuori d'Italia"»; in questo senso, sia consentito il rinvio a F. Meola, *«[…] fermo restando quanto previsto dalla legge 22 febbraio 1978, n. 194», (art. 14 1 co. Legge 19 febbraio 2004, n. 40). Appunti su un inciso alquanto controverso*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum BioDiritto*, *op. cit*., 223 ss.

71 Cfr. art. 13, comma 3, lett. c), legge n. 40/04, *cit*.

72 Per un approfondimento del profilo *de quo* sia di nuovo consentito il rinvio a F. Meola, *ult. op.*, *cit.*, 223 ss.

73 Cfr. art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, *cit*.

74 Così C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *op. cit.*, 2004, 521. Sul punto, sia inoltre ancora una volta consentito il rinvio a F. Meola, *ult. op.*, cit., 224 ss.

75 Ad accentuare l'urgenza di definire il destino degli embrioni soprannumerari è stata la Corte Costituzionale, sentenza dell'08 maggio 2009, n. 151, in www.

quale quello della sorte degli embrioni soprannumerari, evidenzia, anche sotto tale profilo, l'assoluta irragionevolezza di un testo legislativo che, nel confronto con quello spagnolo, risulta definitivamente incapace di offrire soluzioni rispettose dell'esatto bilanciamento che, in materia, si impone tra i molteplici beni ed interessi costituzionalmente rilevanti.

4. Reiterare, nelle conclusioni, le considerazioni fin qui svolte in merito allo stacco che, negli ordinamenti in esame, si registra tra i rispettivi formanti legislativi per quel che concerne le scelte di inizio vita sarebbe ridondante; così come pletorica sarebbe ogni altra osservazione che indugiasse sui limiti denunciati come propri della legislazione italiana in materia rispetto a quella spagnola.

Indiscutibilmente, in tali aspetti, ed ancor prima nella individuazione di un analogo orizzonte costituzionale in cui pure devono necessariamente calarsi le scelte dei rispettivi organi parlamentari, è ben possibile rintracciare alcuni precisi ed importanti risultati dell'analisi comparativa fin qui condotta.

Spinta tuttavia oltre, a chi ne voglia proiettare gli sviluppi in una prospettiva di piú ampio respiro, questa stessa indagine offre all'analisi ulteriori elementi di riflessione di non poco rilievo. In particolare, il costante riferimento all'elemento «flessibilizzante»[76] della giurisprudenza, e, piú in generale, alla peculiarità dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, che, mai come nel nostro Paese, «si inseguono, si alternano, si scontrano, per correggersi o legittimarsi a vicenda»[77], ha da tempo suggerito, a chi si è già confrontato con tale problematica, di individuare nella

altalex.com. Con tale sentenza, infatti, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, legge n. 40/04, nella parte in cui, prevede l'obbligo di «un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» degli embrioni creati in conseguenza del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; e non precisa che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

76 S. Penasa, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi*, *op. cit*., 64.

77 C. Tripodina, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. Cavino – C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Milano, 2012, 41. Nello stesso senso, alla nota n. 4, 43, l'autrice richiama A. D'Aloia, *Norme, garanzia, diritti nel tempo delle biotecnologie: note* introduttive, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XVI.

risoluzione giurisprudenziale dei conflitti sorti nell'applicazione della disciplina legislativa un elemento determinante ai fini di una sua valutazione, «sia in termini di efficacia ed effettività dei mezzi di tutela sia in termini di rimodulazione della distribuzione dei modelli di regolazione all'interno delle tradizionali famiglie giuridiche»[78]. Il livello di litigiosità di una legge è così stato assunto a criterio cardine di valutazione della qualità del prodotto legislativo, che viene in questo modo analizzato sia attraverso l'impatto che esso ha sulla realtà e i fatti da regolare, sia in relazione alle modalità di approvazione del relativo testo e dei meccanismi previsti per la protezione dei beni giuridici coinvolti[79]. In particolare, attesa la «minima litigiosità»[80] che, in questi anni, si è registrata in Spagna attorno alle scelte positivizzate dal legislatore in tema di accesso alle nuove metodiche procreative, le diversità che è dato evidenziare nelle modalità di approvazione della disciplina spagnola, rispetto a quella italiana, oltreché riguardo ai meccanismi di tutela da essa previsti, non solo consentono la sussunzione di tali leggi in modelli alternativi di regolazione giuridica[81], ma, nel confronto, permettono di additare nella legislazione iberica un esempio di approccio «*procedure oriented*», la cui emulazione, nel nostro Paese, risulterebbe certo proficua nelle prospettiva di un decongestionamento del nutrito contezioso giudiziario. In tale approccio, infatti, il dettato normativo non determina in maniera rigida e predeterminata la regola da applicare al caso concreto. Piuttosto, la definizione di questo viene semplicemente orientata dal regolatore pubblico. In tale misura, quindi, il modello regolativo in questione riesce non solo a garantire l'effettiva applicabilità della legge, ma anche ad assicurare un atteggiamento di rispetto e di adesione, quasi spontaneo, da parte dei soggetti coinvolti.

Definite le peculiarità del modello in questione, chiara è la riconducibilità ad esso della normativa spagnola. Le sue prescrizioni, infatti, palesano «la precisa ed espressa volontà del legislatore di innescare un processo di coinvolgimento e partecipazione tanto dei soggetti coinvolti nella materia quanto della componente tecnico-scientifica (*expertise*), all'interno di meccanismi istituzionalizzati che vengono ad affiancare – a completare – il tradizionale procedimento legislativo»[82]. Un coinvolgimento ed una partecipazione che,

78 S. Penasa, *ult. op.*, *cit.*, 81.
79 *Ibidem*.
80 Al riguardo si rimanda a S. Penasa, *ult. op.*, *cit.*, 87 ss.
81 Sul punto, per una corretta disamina dei diversi modelli normativi in cui sussumere le leggi in esame, si rinvia a S. Penasa, *ult. op.*, *cit.*, 80 ss.
82 S. Penasa, *ult. op.*, *cit.,* 83, il quale, al riguardo, piú diffusamente, spiega: «La disciplina spagnola contiene precisi limiti nell'applicazione delle tecniche di

anche nel piú limitato ambito delle scelte riguardanti l'impiego dei preembrioni soprannumerari crioconservati, si palesa un aspetto fondamentale ed indefettibile della disciplina[83], le cui previsioni risultano non solo in grado di assicurare l'obiettivo di una protezione effettiva della possibilità di sviluppo biologico dei preembrioni, ma altresì utili a bilanciare questo con le diverse finalità della ricerca scientifica. In effetti, «lasciando alla libera – in quanto consapevole – determinazione della coppia (o della donna) la scelta del possibile destino dei preembrioni sovrannumerari, il rapporto di prevalenza fra le distinte opzioni possibili non viene […] predeterminato per via legislativa». Piuttosto, viene a delinearsi «un modello a progressiva estensione dell'ambito di tutela, all'interno del quale viene lasciata alla donna l'opzione di privilegiare le soluzioni maggiormente garantiste del bene costituzionale del preembrione *in vitro* e della sua aspettativa di sviluppo biologico». All'interno del testo legislativo, «viene infatti garantita tanto la possibilità di favorire opzioni normative in grado di tutelare il bene giuridico costituzionalmente protetto "preembrione in vitro", quanto la determinazione di uno spazio, residuale e condizionato dalla volontà della donna, aperto al bilanciamento di questo con il diritto costituzionale "*a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*" (art. 20, c. 1, della Costituzione spagnola del 1978) e con il mandato contenuto nell'art. 44, e. 2, della Costituzione spagnola, il quale prescrive ai poteri pubblici la promozione della scienza e della ricerca scientifica e tecnica a beneficio dell'interesse generale»[84]. Al contrario, quanto alla normativa italiana, è altrettanto chiara la diversa scelta, da parte del legislatore, a favore di una regolazione di «contenuto», che, per la staticità delle sue disposizioni, non

---

p.m.a. e soprattutto rispetto all'utilizzo per finalità di ricerca degli embrioni sovrannumerari crioconservati, che sembrano porsi in un rapporto di continuità e coerenza rispetto al modello di inclusione del conflitto sociale tracciato dalla propria giurisprudenza costituzionale. Ma una volta individuati a livello legislativo, l'applicazione concreta di tali limiti viene attuata attraverso meccanismi procedurali di coinvolgimento delle *expertise* (*Comisión National de Reproducción Humana Asistida*) e di assunzione diretta di responsabilità da parte dei soggetti direttamente coinvolti (*compromiso de responsabilidad della madre o dei progenitori*)».

83 O meglio, «una concretizzazione a livello legislativo della regola di progressività crescente del livello di protezione delle varie fasi di sviluppo embrionale»; così S. Penasa, *ult. op.*, *cit.*, 83.

84 Sul punto, cfr. S. Penasa, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello «value oriented» e modello «procedure oriente» a confronto*, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2010, n. 1, 133.

solo esclude ogni possibile osmosi tra il testo delle sue previsioni e il dato, sociale oltre che propriamente tecnico, su cui è chiamato ad incidere, ma finisce per assumere come sua unica ed esclusiva finalità la tutela del concepito. In questo senso, anche solo la rigidità del divieto di ogni sperimentazione sugli embrioni diventa paradigmatica di un approccio alla tematica assolutamente opinabile sotto il profilo giuridico, e propriamente costituzionale, per l'assoluto svilimento di quell'esigenza di bilanciamento con i diversi interessi costituzionalmente fondati e rilevanti in ambito, chiaramente compressi, ed anzi propriamente sconfessati.

Spinta in questa direzione, l'analisi potrebbe allora ulteriormente svilupparsi fino a definire quanto della pretesa «rigidità» della legislazione italiana si sia in concreto tradotta in una sua maggiore capacità garantista delle diverse posizioni giuridiche rilevanti in ambito, e quanto, invece, della «flessibilità» della normativa spagnola abbia, di fatto, soddisfatto tale obiettivo. In questa prospettiva, essa potrebbe, allora, trovare tutta una serie di elementi utili a sostenere, come già di fatto asserito, che una flessibilità proceduralmente rigida può, infine, risultare molto piú efficace di un apparato proibizionista[85], ed offrire con ciò riprova di quanto la presunta maggiore «rigidità» della legislazione italiana, *quid est* il modello regolativo cha esso incarna, sia stata, e sia a tutt'oggi, causa di quell'alto tasso di litigiosità che, facilmente registrabile nel nostro Paese, risulta al contrario inesistente nel sistema spagnolo. Anche sotto tale profilo, l'ormai copiosa giurisprudenza in tema di accesso alla diagnosi preimpianto torna a imporsi quale esempio dalla valenza paradigmatica. A fronte dell'incrocio, all'interno del medesimo testo legislativo, di un rigido divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano, affiancato dal riconoscimento dell'ammissibilità della ricerca clinica esclusivamente per finalità diagnostico-terapeutiche a favore dello stesso embrione oggetto di intervento (art. 13, primo comma), e di una successiva previsione riguardante il preciso diritto della coppia di essere informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (art. 14, quinto comma), l'autorità giudiziaria è stata, in effetti, piú volte adita nel tentativo di ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale un contenuto normativo assolutamente privo di ogni ragionevolezza. E così, nel giro di pochi anni, alle pronunce dei giudici ordinari hanno fatto seguito ulterio-

85 Sul punto, si rimanda a tutte le interessanti osservazioni sviluppate nel suo scritto da S. Penasa, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello «value oriented» e modello «procedure oriented» a confronto*, *op. cit.*, *passim*.

ri e significativi interventi tanto della giustizia amministrativa quanto di quella costituzionale, che, ugualmente sollecitati dall'esigenza ed anzitutto dall'urgenza di superamento di un contenuto legislativo palesemente contraddittorio e perciò stesso giuridicamente opinabile, sono lì a testimoniare il progressivo ed importante aumento del contenzioso giudiziario da esso prodotto.

Ma, la sempre maggiore giurisdizionalizzazione dei conflitti ha finito ben presto per far emergere altresì le «ombre» di questa tendenza; a cominciare anzitutto dai costi normativi che essa comporta. Il riferimento, lapalissiano, è alla molteplicità e diversità di risposte che, in relazione alla stessa fattispecie dedotta alla cognizione dell'organo giudicante, è dato spesso registrare nella giurisprudenza italiana, anche (e soprattutto, forse) su questi temi. In effetti, nel susseguirsi delle pronunce appena ricordate si è di fatto colta, in questi anni, una risposta ondivaga e contraddittoria offerta dalla giurisprudenza a quella richiesta di maggiore ragionevolezza di cui, fin da subito, la legge è parsa priva, sia nella formulazione letterale che nella sua concreata applicazione. È così accaduto che ad una prima serie di pronunce[86], tutte di segno contrario al riconoscimento dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto, ha poi fatto seguito un ulteriore intervento della giurisprudenza ordinaria[87] che, pur dovendo concludere nel segno dell'inammissibilità del ricorso a tale tipo di indagine, ha tentato tuttavia di recuperare le ragioni dei ricorrenti, purtroppo frustate dal dettato della legge, attraverso la proposizione della questione di legittimità delle disposizioni rilevanti nel giudizio, individuandone i profili di non manifesta infondatezza. Piú di recente, invece, il «difetto procedurale»[88] dietro cui si è trincerata la Corte Costituzionale, dichia-

86 Ci si riferisce, in particolare, a: Tribunale di Catania, ordinanza del 03.05.2004, *cit*.; Tribunale di Roma, sentenza del 23.02.2005, in Il Foro italiano, 2005, I, 881; TAR Lazio, Sezione III, sentenza del 09.05.2005, n. 3452, in www.altalex.com

87 In questo senso, in successivo ordine di tempo, si sono espressi: Tribunale di Cagliari, sentenza del 24.09.2007, *cit*.; Tribunale di Firenze, ordinanza del 17.12.2007, in in www.altalex.com; TAR Lazio, Sezione III quater, sentenza del 21.01.2008, n. 398, in www.altalex.com

88 L'espressione «difetto procedurale» è stata, in particolare, utilizzata da L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in Giurisprudenza costituzionale, 2006, 4722, per qualificare il vizio, ossia la mancata estensione dei dubbi di costituzionalità ad altri articoli della medesima legge, diversi dall'art. 13, che, stante l'interpretazione della Corte costituzionale, impedirebbe lo svolgimento del sindacato di legittimità sulle disposizioni fatte oggetto di

rando manifestamente infondata la questione sollevata dinanzi a sé, ha spianato la strada ad un nuovo filone giurisprudenziale che, fatta propria la premessa metodologica spinta a preferire, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata della norma, ha finito, per questa via, per riconoscere la piena ammissibilità della diagnosi preimpianto. Chiara ogni deduzione sul punto. Indubbiamente apprezzabile nel merito, forse criticabile nel metodo, la giurisprudenza appena ricordata, nella sua successiva evoluzione, risulta comunque chiaramente espressiva di uno dei maggiori limiti connessi agli sviluppi dell'attività ermeneutica: la disomogeneità dei giudicati. Una disomogeneità che di fatto comporta sempre un'importante compressione, quando non addirittura un vera e propria violazione, di quel principio al pari trattamento di tutti dinanzi alla legge, costituzionalmente sancito all'art. 3, che si declina altresì nei termini di un'uguaglianza di tutti nell'applicazione del diritto e nella garanzia della certezza del diritto.

C'è tuttavia un ulteriore aspetto della giurisdizionalizzazione dei conflitti di cui si è fatto cenno che il pur costante riferimento all'intervento armonizzante del formante giurisprudenziale all'interno dell'orizzonte ordinamentale italiano spesso scorda di apprezzare in quella che è la sua esatta portata, e che pure riveste un'importanza niente affatto secondaria in tema: l'erosione progressiva da parte dei giudici di quote di potere decisionale, *quid est* politico, naturalmente spettante al Parlamento. L'osservazione, in questo caso, investe più specificamente il principio della separazione dei poteri e porta a chiedersi se la pur apprezzabile ricerca di «un giusto punto di equilibrio» non si sia tradotta in un'alterazione del tradizione equilibrio tra potere legislativo e potere giurisdizionale.

Qui, peraltro, si impone una precisazione che investe propriamente la funzione giudiziaria. Sottesa, infatti, all'interrogativo sopra proposto non vi è affatto la pretesa di negare la valenza propria dell'attività interpretativa dei giudici, quale fase inscindibile da quella propriamente applicativa della legge. Al contrario, è ormai indubbio che «l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso solo ad uno strumento rigido, qual è la legge», ma «richiede anche uno strumento flessibile, qual è la giurisprudenza»[89]. L'interpretazione giurisprudenziale, anzi, consente,

impugnazione da parte del Tribunale di Cagliari con ordinanza del 16.07.2005, *cit*.

89 F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2006, 320.

specie negli ambiti incisi dallo sviluppo delle più moderne biotecnologie, la continua osmosi tra dato giuridico e dato sociale. Tuttavia, tale funzione non può risolversi in una creatività normativa senza limiti, *quid est* in una sostituzione alla legge; pena la chiara compressione delle garanzie di certezza giuridica.

Ripensato alla luce di tale precisazione, allora, i dubbi palesati in ordine alla tenuta di quel rapporto di stretta continuità tra dato legislativo e decisione giudiziaria esprimono la specifica esigenza di carpire quanto le soluzioni offerte, in via pretoria, alle problematiche suscitate dall'applicazione di talune, controverse applicazioni biotecnologiche risultino rispondenti al *proprium* della giurisdizione, nel senso sopra specificato, e quanto, invece, configurino sconfinamenti nel diverso ambito legislativo. In questa prospettiva, ad offrire elementi utili ad una riflessione sul punto è proprio il diverso approccio manifestato nei riguardi della controversa ammissibilità della diagnosi preimpianto dai diversi giudici di merito chiamati ad occuparsene. Indiscutibilmente, la soluzione da questi infine adottata è quella costituzionalmente più adeguata e ragionevole. Tuttavia, non sembra possa dubitarsi che, in taluni casi, le argomentazioni proposte dai Tribunali al fine di avallare la scelta a favore dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto concretizzino vere e proprie rotture del dato letterale oltre che dell'impianto teleologico della legge.

Assolutamente significativa, nella prospettiva indicata, è l'ordinanza pronunciata dal Tribunale di Firenze il 17 dicembre 2007. In essa, infatti, l'interpretazione del dato legislativo viene forzata al punto da spingere il giudice a sostenere che la diagnosi preimpianto non è soltanto ammessa, ma piuttosto richiesta dalla legge 40 del 2004[90].

Inutile rimarcare l'opinabilità di tale asserzione.

Piuttosto, nell'evidenziare in essa un chiaro esempio di decisione eccedente i confini naturali dell'interpretazione giudiziale, pare possibile, prendendo le mosse da qui, avanzare una qualche considerazione conclusiva in merito al rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale, che, tuttavia, pure non esaurisce la riflessione sul punto. In particolare, se, ad evitare che l'«applicazione creativa» delle disposizioni legislative da parte dei giudici si trasformi in «surrogazione creatrice»[91], è necessario che le disposizioni oggetto della valutazione giudiziale presentino aspetti contenutistici e procedurali utili ad evitare l'opinabile scivolamento della fun-

90 Tribunale di Firenze, ordinanza del 17.12.2007, *cit*.

91 Per usare le espressioni di S. Penasa, *La necessaria concordanza fra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale paramentro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, *op. cit.,* 65.

zione giudiziaria nel campo legislativo, è possibile, al contrario, sostenere che l'assenza delle qualità predette all'interno delle scelte positivizzate dal legislatore alimenti quello stesso scivolamento. Sicchè, lo «sbilanciamento legislativo», quale effetto di una tecnica normativa che, come nel caso italiano, «impone» dall'alto regole, assolutamente afflittive di diritti costituzionalmente garantiti ed al tempo stesso offensive delle risultanze offerte da quella stessa evoluzione tecnico-scientifica di cui si propone di disciplinare le più diverse applicazioni, finisce, in questa propettiva, per esser talvolta causa di quel che, non a torto, può definirsi uno «sbilanciamento giurisprudenziale». Impegnata nel recupero della ragionevolezza tradita dal legislatore, in assenza di prescrizioni utili a circoscriverne la discrezionalità, l'interpretazione giudiziale, che pure offre soluzioni costituzionalmente apprezzabili, finisce insomma per tradire talvolta il *proprium* della funzione di cui è esercizio, in un chiaro capovolgimento di ruoli, dalle forti implicazioni costituzionali.

Raffaella Cristiano

LA SPERIMENTAZIONE SUGLI EMBRIONI UMANI

Sommario: 1. Lo sviluppo della ricerca sugli embrioni nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. 2. Le diverse finalità della sperimentazione sugli embrioni umani. 3. Profili bioetici e statuto dell'embrione. 4. La regolamentazione della sperimentazione sul piano giuridico: il panorama internazionale e comunitario. 5. La disciplina legislativa negli ordinamenti nazionali. 6. La legge n. 40 del 2004 e il divieto di sperimentazione nell'ordinamento giuridico italiano.

1. Uno dei profili di maggiore attualità e, al contempo, di maggiore delicatezza nel dibattito bioetico più recente concerne la possibilità di sperimentazione sugli embrioni umani e quindi la possibilità di disporre della vita dell'essere umano sin dalle primissime fasi del suo sviluppo[1].

A ben vedere, a fronte dei progressi e delle potenzialità messe a disposizione dalle moderne biotecnologie, sullo sfondo resta la questione generale della liceità dei metodi, dei limiti e delle frontiere cui possa giungere la ricerca scientifica rispetto alla vita nelle sue diverse forme ed evoluzioni.

Quello della sperimentazione sugli embrioni, pertanto, rappresenta sicuramente un ambito importante, ma anche piuttosto problematico e controverso, della procreazione medicalmente assistita.

Proprio con lo sviluppo delle tecniche di fecondazione artificiale, infatti, e in particolare con la produzione di embrioni *in vitro*, ha preso avvio il progressivo ampliamento della ricerca sugli embrioni, in un primo tempo circoscritta soprattutto all'approfondimento della conoscenza sulle fasi iniziali dello sviluppo embrionale; in principio, infatti, la sperimentazione era diretta al miglioramento dei terreni di coltura, alla definizione delle condizioni migliori per il trasferimento dell'embrione nell'apparato riproduttivo della donna, per il suo impianto e per la sua conservazione in stato di congelamento e quindi, complessivamente, era volta ad una migliore conoscenza della realtà biologica dell'essere umano nel suo stadio iniziale e ad una indagine sulle cause ancora ignote di

1 Sul tema della sperimentazione e della libertà della ricerca scientifica, si è tenuto di recente a Roma il 4, 5 e 6 aprile 2014, il Terzo Incontro del Congresso Mondiale per la libertà di ricerca scientifica.

sterilità. Successivamente, superando tale confine, la ricerca si è spinta sino allo studio delle proprietà delle cellule staminali embrionali e alla c.d. «clonazione terapeutica».

Le cellule staminali umane sono cellule non specializzate dotate, di capacità di autorinnovamento, ovvero di moltiplicazione senza differenziazione, e di capacità di dare origine a cellule progenitrici da cui possono discendere a loro volta linee cellulari differenziate e altamente specializzate (muscolari, nervose, ematiche ecc.); tali qualità le rendono potenzialmente idonee ad essere utilizzate in modo efficace a fini terapeutici contro molte patologie umane[2].

Questi caratteri, peraltro, variano in relazione all'origine e allo stadio di sviluppo dell'organismo da cui sono estratte: solo le cellule staminali embrionali prelevate dall'embrioblasto prima del suo impianto nella parete dell'utero, infatti, sono totipotenti, avendo la capacità di rinnovarsi in modo illimitato e di specializzarsi in ogni tipo di tessuto o organo, mentre le cellule staminali fetali derivate da stadi più avanzati dell'embrione e quelle adulte, definite pluripotenti, non hanno capacità di rinnovarsi in modo illimitato e possono produrre soltanto alcuni tipi di tessuti.

Nell'ambito della ricerca sugli embrioni, le più recenti frontiere della sperimentazione si stanno orientando verso la cd. «clonazione terapeutica» (SCNT), ovvero la produzione di cellule staminali embrionali autologhe ottenute per trasferimento di nucleo di cellule di un soggetto in un ovocita denucleato, da utilizzare per finalità terapeutiche sul soggetto da cui sono state prelevate le cellule somatiche. Tali cellule, oltre al vantaggio di essere totipotenti, possiederebbero gli stessi caratteri genetici del soggetto sottoposto alla terapia, riducendo, così, i rischi di un rigetto.

2. Nell'ampia accezione di sperimentazione si suole ricomprendere tanto la ricerca clinica e sperimentale avente finalità specificamente diagnostiche e terapeutiche sull'embrione, quanto la sperimentazione, in senso proprio, non terapeutica, ma svolta a fini di ricerca e di indagine.

La prima, attività propriamente terapeutica, impiega l'utilizzo di nuove tecniche diagnostiche o nuove terapie principalmente al fine della tutela della salute e dello sviluppo del singolo embrione sottoposto alla procedura sperimentale.

---

2 Cfr. Parere CNB, *Sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, del 27 ottobre 2000 e Parere CNB, *Su ricerche utilizzanti embrioni umani e cellule staminali*, dell'11 aprile 2003.

La sperimentazione non terapeutica, invece, promuove soprattutto il progresso della ricerca scientifica e medica ed è volta ad ampliare le conoscenze biologiche di base o applicate alla terapia cellulare[3], sia in vista della cura potenziale di gravi malattie umane, sia per la brevettabilità[4] o commercializzazione delle invenzioni prodotte mediante la ricerca sugli embrioni stessi.

Sull'ammissibilità dell'uso di embrioni a fini industriali o commerciali, si è pronunciata la Corte di Giustizia europea, Grande Sezione, nel noto caso *Olivier Brüstle contro Greenpeace* del 18 Ottobre 2011[5], escludendo

3 Gli obiettivi della sperimentazione non terapeutica sono molteplici: l'approfondimento della conoscenza dei meccanismi di sviluppo embrionale; il miglioramento dei terreni di coltura; la definizione delle condizioni di congelamento; prove di fertilità; la valutazione dell'efficacia di tecniche abortive o contraccettive; l'utilizzo per trapianti tissutali; tentativi di terapia genica; diagnosi preimpianto; la preparazione di vaccini; allo stato attuale, peraltro, l'attenzione si è incentrata soprattutto sulla produzione di cellule staminali.

4 Proprio il campo della brevettazione della vita solleva rilevanti questioni sia di ordine etico e bioetico che di natura economica e commerciale, implicando talvolta l'esigenza di porre dei limiti alla libertà di ricerca scientifica: basti pensare alla questione del finanziamento, pubblico o con fondi privati, della ricerca sugli embrioni oppure al rischio della privatizzazione di un bene pubblico, quale la salute, in quanto frutto della ricerca scientifica e tecnica. Su tali profili cfr. P. Giustiniani, *Brevettazione della vita e libertà della ricerca scientifica*, in R. Prodomo, (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 99: «I temi della gestione tecnoscientifica delle linee di vita, soprattutto di quelle embrionarie ed umane, s'incontreranno e si con-fonderanno con i profili economici, assicurativi, etici e bioetici, a conferma della sempre più diffusa esigenza di una riflessione pluridisciplinare, non soltanto economica ed etica, e neppure soltanto scientifica o tecnologica, ma altresì sociale, culturale, giuridica, politica e filosofica, ovvero bioetica».

5 Sent. della Corte di Giustizia (Grande Sezione), del 18 Ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.*; la Corte ha risolto una delicata questione interpretativa della direttiva n. 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, escludendo la brevettabilità di un'invenzione qualora essa […] richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza (n. 3 disp.). Quanto al divieto di brevettabilità dell'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali, sancito all'art. 6, n. 2, lett. c) della direttiva 98/44, la Corte ha chiarito che comprende anche la ricerca scientifica, eccezion fatta per le finalità terapeutiche o diagnostiche relative all'embrione umano.
A commento della decisione, P. I. D'Andrea, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012; A. Spadaro, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e… altrettanti difetti*, *ivi*, 2012; V. Altamore, *La tutela dell'embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea* (C-

dalla brevettabilità l'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali nonché l'utilizzazione per fini di ricerca scientifica in procedimenti che comportino la distruzione degli embrioni stessi, ammettendone l'uso per le sole finalità terapeutiche e diagnostiche applicabili all'embrione umano che risultino utili a quest'ultimo[6].

La sentenza del giudice di Lussemburgo ha così chiarito che il diritto dei brevetti si fonda sul principio generale del rispetto della dignità della persona e dell'integrità del corpo umano. Richiamandosi a questi principi generali, la Corte ha stabilito che nell'ambito dei brevetti la nozione di embrione umano acquista un valore autonomo e va interpretata nel senso più ampio possibile, accordandone una tutela corrispondente. È embrione, quindi, non solo l'ovocita fecondato, ma qualunque ovocita che abbia la potenzialità di svilupparsi e di dar vita a un individuo umano, compresi quelli formati mediante trasferimento nucleare e per partenogenesi da ovocita non fecondato (cioè quando il gamete femminile si divide e si sviluppa come un embrione pur non essendo stato fecondato): nozione comprensiva di tutte le ipotesi di cellule totipotenti in grado di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano. Tali organismi, infatti, pur non essendo stati oggetto di fecondazione, «per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo[7]».

L'embrione umano è quindi giuridicamente riconosciuto come tale in base alle modalità di sviluppo e non a quelle della sua formazione. Conseguenza diretta di questa impostazione è l'esclusione dalla brevettabilità di qualunque iniziativa su materiale cellulare che presupponga la distruzione di embrioni umani, sia che risponda a meri interessi commerciali sia che venga richiesta nel contesto di ricerche scientifiche.

34/10 *Olivier Brüstle contro Greenpeace e V.*), *ivi*, 2011; M. C. Agnello, *La tutela dell'embrione alla luce della sentenza della Corte di Giustizia del 18.10.2011*, in *Diritto civile e commerciale*, 2012; L. Violini, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, 1/2012, 145 ss.

6 La Corte ha specificato di aver preso in esame il problema da un punto di vista esclusivamente giuridico, dando un'interpretazione strettamente tecnica delle Direttive europee in vigore, tralasciando qualsiasi considerazione etica o medica e precisando come la disciplina europea avesse esclusivamente ad oggetto la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche e non riguardasse l'ammissibilità dell'utilizzazione di embrioni umani nell'ambito di ricerche scientifiche; paragrafo 40, sent. della Corte di Giustizia (Grande Sezione), del 18 Ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.*

7 Paragrafo 36 della sent. del 18 Ottobre 2011.

Oggetto di sperimentazione possono essere sia gli embrioni prodotti a fini procreativi mediante fecondazione *in vitro* – e non impiantati perché in soprannumero o in quanto presentano gravi anomalie irreversibili – sia gli embrioni formati appositamente a scopi sperimentali e di ricerca.

Nella prima ipotesi rientrano tanto gli embrioni crioconservati in «stato di abbandono», perché prodotti in soprannumero[8], ma non destinati al trasferimento in utero perché i genitori non li desiderano più e si oppongono alla «donazione», quanto gli embrioni freschi o crioconservati che risultino inadatti al trasferimento in utero in quanto giudicati non vitali o affetti da gravi patologie.

Nella seconda ipotesi si ricomprendono quegli embrioni umani prodotti *in vitro*, oppure clonati, per creare cellule embrionali ad esclusivo scopo di ricerca (pratica peraltro vietata in molti ordinamenti), al fine di poter disporre di una maggiore quantità di materiale biologico non alterato dai processi di congelamento e di scongelamento.

Emergono, peraltro, alcune criticità legate alle tecniche di congelamento degli embrioni, soprattutto in ordine alla necessità di dover scongelare l'embrione per accertarne scientificamente la perdita di vitalità e in relazione all'effetto paradossale – nell'impossibilità di ricongelarlo una seconda volta – di determinarne la morte qualora non possa essere impiantato nell'utero materno[9].

---

8 La produzione di embrioni in soprannumero presenta alcuni vantaggi: la possibilità di scegliere gli embrioni che allo stadio di 4-8 blastomeri appaiono essersi sviluppati in maniera ritenuta normale; di selezionare con la diagnosi preimpianto gli embrioni geneticamente sani e che offrono, pertanto, maggiori possibilità di normale sviluppo; l'aumento del successo delle tecniche mediante trasferimento di un numero più elevato di embrioni, anche se è maggiore il rischio di gravidanze multiple; la crioconservazione degli embrioni "in eccedenza" rispetto a quelli trasferiti (in generale due o tre) da utilizzare per un ciclo successivo qualora il primo tentativo sia fallito; la preservazione della fertilità della donna qualora debba sottoporsi a cicli di radio o chemio-terapia.

9 Relazione finale, adottata a maggioranza l'8 gennaio 2010, di una «Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita», nominata dal Ministro della Salute con decreto del 25 giugno 2009: «Il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l'embrione scongelato nell'utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la definitiva perdita di vitalità come organismo. Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta

3. La sperimentazione sulle cellule staminali embrionali, pur aprendo potenzialmente verso nuove prospettive terapeutiche, peraltro ancora in via di verifica nel concreto, e pur consentendo indubbie utilità nel progresso delle conoscenze biologiche di base o applicate alla terapia cellulare, presuppone il dilemma della necessaria distruzione degli embrioni umani.

Oltre, infatti, al rischio di degradare l'embrione umano a mero oggetto di ricerca, a *res*, ovvero a strumentalizzarlo a mezzo per raggiungere un fine – suscitando in tal senso preoccupazioni di ordine etico e sociale – il vero nodo problematico, eticamente sensibile, sotteso al problema della sperimentazione sugli embrioni concerne le ipotesi in cui, a fini di ricerca, si renda necessaria la distruzione o la soppressione dell'embrione umano.

A prescindere dalle modalità di produzione degli embrioni, con tecnologie riproduttive o con la tecnica di trasferimento del nucleo, nonché dalle condizioni di utilizzazione degli stessi – embrioni crioconservati soprannumerari o non impiantabili perché affetti da gravi anomalie irreversibili – resta, pertanto, la questione della liceità di prelievo e uso di embrioni a solo scopo sperimentale distruttivo, tanto per fini di ricerca e, in prospettiva, per finalità terapeutiche, quanto per una loro brevettabilità e commercializzazione.

Tra le posizioni estreme di chi nega in assoluto la sperimentazione sugli embrioni in ragione della sacralità e della indisponibilità della vita umana e di chi ritiene lecita la produzione di embrioni a mero scopo sperimentale distruttivo, si colloca l'orientamento intermedio di chi sostiene l'ammissi-

---

e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la sua morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati. È da ritenere però che il progresso della ricerca scientifica consentirà di individuare criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine. In attesa che a tanto si giunga e che si possa ben presto stabilire quando sia divenuto privo di senso il prolungamento della conservazione degli embrioni in stato di congelamento, ribadisce che non è possibile non far riferimento all'esplicita prescrizione dell'art. 14 della L. 40/2004, che vieta comunque la soppressione degli embrioni, quindi anche di quelli tra essi che siano crioconservati. Non solo, ancor più dirimente è il fatto che il legislatore della legge 40 già postosi il problema della sorte degli embrioni soprannumerari, ha optato inequivocabilmente per la loro conservazione e non per la loro distruzione, con ciò cristallizzando normativamente una *ratio* preferenziale verso una loro tenuta in vita, anche quando fosse incerto il loro destino».

bilità della sola utilizzazione degli embrioni soprannumerari crioconservati già esistenti, non impiantati o non più impiantabili, in stato di abbandono e destinati al deterioramento, previo consenso dei genitori biologici.

Le variegate risposte a tale questione e i diversi orientamenti in merito alla sperimentazione sulle cellule staminali embrionali riflettono, in definitiva, le divergenze sulla definizione ontologica dell'embrione, sul suo statuto[10], sulla sua dignità, sulla sua qualificazione di individuo umano e di persona, ovvero di soggetto meritevole di tutela con il conseguente giudizio circa la liceità o meno di una sua soppressione[11].

Si tratta di questioni di difficile soluzione, le cui opzioni, i cui criteri, valori e principi etici costituiscono il fondamento e il punto di partenza essenziale per le soluzioni giuridiche cui deve ispirarsi il legislatore nel tentativo di dare una risposta normativa al tema della sperimentazione sugli embrioni umani e di regolare, in generale, tematiche bioeticamente rilevanti.

Esse vedono coinvolti una pluralità di beni differenti, altamente meritevoli di tutela, che necessitano di un bilanciamento e di un contemperamento, quali il diritto alla vita e alla dignità da assicurare all'embrione, la libertà della ricerca scientifica e la promozione del progresso delle conoscenze biomediche, l'interesse per la cura dei malati, per la salute ed il benessere degli uomini.

Alla luce del quadro costituzionale italiano, tanto la necessità di tutelare la vita dell'embrione quanto il progresso della ricerca scientifica e tecnica – avente la finalità di apportare miglioramenti alla salute dei consociati – risultano valori costituzionali espressamente garantiti sia dagli artt. 2, 9 e 33 Cost., che dall'art. 32 Cost., rilevando il diritto alla tutela della salute sotto il duplice profilo del diritto all'integrità del singolo individuo (in tal caso l'embrione) e dell'interesse della collettività alla salute.

A ben vedere, tali problematiche non investono soltanto il problema giuridico di operare una sintesi in un senso – per così dire – orizzontale tra beni costituzionali in gioco, ma evidentemente concernono l'ambito ben più ampio e comprensivo del rapporto «verticale» che intercorre tra l'uomo, la tecnica, i progressi raggiunti nel campo scientifico e la vita, non solo umana, ma dell'intero ecosistema.

Sul piano medico-scientifico, per ammettere una sperimentazione sugli embrioni e superare le difficoltà di carattere bioetico ad essa sottese, si è andata affermando – a partire dal documento del Comitato Warnock del

10 Sul tema, L. Palazzani, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Persona y Derecho*, 44/2001, 113-131.

11 Parere CNB su *Identità e statuto dell'embrione umano*, del 22 giugno 1996.

1984 nel Regno Unito[12] – la teoria del cd. pre-embrione, secondo la quale, entro il quattordicesimo giorno dalla fecondazione, non essendo ancora comparsa la cosiddetta stria primitiva – che segna il passaggio dalle cellule toti o pluripotenti a quelle specializzate – l'embrione non può considerarsi ancora formato, consentendone un'utilizzazione del materiale genetico nella ricerca sperimentale.

Il limite temporale dei quattordici giorni, basato sulla comparsa della stria primitiva, è fondato sul criterio della individualizzazione; si ritiene che, dopo la comparsa della stria primitiva, l'embrione in via di sviluppo possa dare origine ad un solo essere vivente, poiché a partire da tale momento non è più possibile la formazione di gemelli tramite suddivisione dell'embrione o aggregazione di due o più embrioni in fase di segmentazione. Solo una volta apparsa la linea primitiva le cellule dell'ammasso interno cominciano a differenziarsi nei vari tipi di tessuto specializzati.

Tale orientamento ha tentato di dare una risposta scientifica alla questione della determinazione del momento di inizio di un essere umano individuale e quindi del possesso di un'identità individuale da parte dell'embrione cui garantire una tutela pari a quella di una persona, imponendo un dovere intrinseco di assicurarne l'esistenza e l'integrità: alla luce di esso, l'embrione in via di sviluppo acquisirebbe uno *status* morale crescente, man mano che la gravidanza procede.

I continui, rapidi e incessanti progressi nel campo delle biotecnologie sembrano imporre, nel dibattito medico-scientifico in corso a livello internazionale, l'esigenza di convenire su una definizione biologica dell'embrione umano sempre più ampia, che includa, oltre alle entità biologiche risultanti dalla fecondazione di un ovocita umano da parte di uno spermatozoo umano, anche quelle create mediante l'induzione della partenogenesi o il trasferimento del nucleo di cellule somatiche in ovociti umani, prima richiamato[13].

---

12 «*The human embryo […] is not under the present law of the United Kingdom accorded the same status as a living child or adult, nor do we necessarily wish it to be accorded the same status. Nevertheless, we were agreed that the embryo of the human species ought to have a special status*» (Warnock Committee, 1984). Un'analoga impostazione si rinviene nello studio del Department of Health, Education and Welfare Ethics Advisory Board (Comitato etico consultivo del Ministero della Sanità, dell'istruzione e dell'assistenza pubblica statunitense) che ha osservato quanto segue: «*the human embyro is entitled to profound moral respect, but this respect does not necessarily encompass the full legal and moral rights attributed to persons*.» (Ethics Advisory Board, 1979).

13 Parere CNB, *Chimere ed ibridi. Con una riflessione particolare sugli ibridi citoplasmatici*, *op. cit*.

4. Il ricorso da parte del legislatore sovranazionale e comunitario ad alcuni criteri e principi generali quali il principio di precauzione[14], di responsabilità, di ragionevolezza scientifica[15], nonché a clausole etiche quale quella di ordine pubblico e buon costume, riflette in modo significativo un'esigenza normativa volta ad orientare e ad indirizzare la discrezionalità legislativa, giurisdizionale ed amministrativa in ambiti eticamente sensibili.

Nel diritto internazionale e comunitario si rinvengono una pluralità di disposizioni, tanto in relazione alle modalità del processo produttivo degli embrioni (legittimità della clonazione), quanto all'esito di tale processo (brevettabilità del processo o del prodotto), che sono variamente collegate tra loro dal richiamo alle clausole generali del rispetto dell'ordine pubblico (*order public and morality*) e della dignità umana.

All'interno del contesto internazionale ed europeo esse esprimono l'esigenza di lasciare, nell'applicazione delle norme, uno spazio flessibile, aperto agli sviluppi scientifici ma anche alla percezione pubblica del messaggio scientifico, alle pressioni economiche e alle diverse sensibilità.

Viene in rilievo l'art. 1 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* (Unesco, 11 Novembre 1997) che offre una qualificazione giuridica ed etica del genoma umano, affermando che «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, esso è patrimonio dell'umanità».

Nel sottolineare il profondo nesso esistente tra identità genetica e dignità personale, la Dichiarazione impone il rispetto del «carattere unico

14 Parere CNB, *Principio di precauzione: profili bioetici, filosofici e giuridici*, 18 giugno 2004. Il principio di precauzione ha assunto progressivamente ampio rilievo nel dibattito bioetico sugli sviluppi delle biotecnologie, configurandosi come un generale criterio orientativo di prudenza e di cautela nel campo della ricerca scientifica e biotecnologica; cfr. M. A. La Torre, *La business bioethics nelle sperimentazioni biotecnologiche*, in R. Prodomo (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, *op. cit.,* 223-224.

15 Il valore etico delle sperimentazioni non può mai prescindere da un loro rilievo strettamente scientifico: in tal senso appare criticabile anche eticamente qualsiasi ricerca futile, scarsamente giustificata, altamente e inutilmente rischiosa o indebitamente costosa. Nel determinare il valore scientifico di una ricerca bisogna valutare – oltre all'utilità o all'interesse di un'ipotesi – anche il suo valore intrinseco, in rapporto a quanto scientificamente è già noto. Parere CNB, *Chimere ed ibridi. Con una riflessione particolare sugli ibridi citoplasmatici*, del 26 giugno 2009. S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quad. cost.,* 2014.

di ciascun individuo e la sua diversità» (art. 2) e appone ben precisi limiti alla ricerca e alle sue applicazioni che non possono «prevalere sul rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e della dignità umana degli individui o, all'occorrenza, dei gruppi di individui» (art. 10).

I medesimi valori di dignità, identità, integrità umana e prevalenza dei diritti dell'uomo sugli interessi della società e della scienza, indicati dalla Dichiarazione sul genoma, caratterizzano anche la *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina*, emanata a Oviedo il 4 aprile 1997 che, in particolare, all'art. 18 n. 2, vieta «la costituzione di embrioni umani ai fini di ricerca» e quindi la possibilità di produrre embrioni umani a soli fini sperimentali, prevedendo che, laddove la legge consenta la ricerca sugli embrioni, essa dovrà anche garantire un'adeguata tutela dell'embrione (art. 18 n. 1).

In ambito europeo, un numero considerevole di norme riguarda la questione della ricerca sugli embrioni umani: le raccomandazioni del Consiglio d'Europa sull'ingegneria genetica (n. 934/1982), sull'utilizzazione degli embrioni e dei feti umani ai fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali (n. 1046/1986), sulla ricerca scientifica relativa ad embrioni e feti umani (n. 1100/1989).

Il Parlamento europeo ha approvato tre risoluzioni in materia: nel 1989 la Risoluzione sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, nella quale si legge che lo zigote umano va tutelato e non deve essere sottoposto a sperimentazione arbitraria; sempre nel 1989 è stata approvata la Risoluzione concernente la fecondazione artificiale «*in vivo*» e «*in vitro*», che limita il numero di embrioni che possono essere impiantati e sollecita il divieto della sperimentazione genetica *ex vivo*; infine, nel 2000, il Parlamento ha approvato la Risoluzione sulla clonazione umana, secondo la quale la clonazione non può, in alcun caso, essere giustificata né tollerata da alcuna società[16].

16 Sui meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa alla luce degli sviluppi scientifici e tecnologici, cfr. D. Ruggiu, *I diritti umani alla sfida della biologia sintetica tra Unione Europea e Consiglio d'Europa: il caso delle applicazioni sull'essere umano*, in *Politeia*, XXX, 113, 2014, 9 ss. Nel 1998 la Commissione europea ha richiesto un parere del GEE (Gruppo europeo per l'etica delle scienze e delle nuove tecnologie), sugli aspetti etici della ricerca che prevedeva l'uso di embrioni umani nel contesto del Quinto programma quadro. Dal parere è emerso che pur esistendo un certo grado di consenso tra gli Stati membri che consentivano la ricerca sugli embrioni (ad es. il divieto dell'uso di embrioni per la ricerca oltre il limite dei quattordici giorni dal concepimento), tuttavia permanevano ancora divergenze sullo *status* dell'embrione: ciò ha reso giuridicamente difficile tentare di armonizzare le leggi nazionali ed inopportuno cercare di imporre un unico codice morale. Gli stessi finanziamenti non andavano esclusi *a priori*, ma concessi solo a condizioni rigide, sottoponendo ad una valutazione etica sistematica a livello

La disciplina europea sulle invenzioni biotecnologiche, inoltre, offre un contributo importante ai modelli di qualificazione giuridica: la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 44 del 1998, all'art. 6 comma 1, esclude dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale sia contrario all'ordine pubblico e al buon costume (*order public and morality*), precisando tuttavia che «lo sfruttamento di un'invenzione non può di per sé essere considerato contrario all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto che è vietato da una disposizione legislativa o regolamentare».

Nel suo significato generale, la portata della clausola etica di *order public and morality* implica una ricostruzione complessiva del sentire diffuso nella comunità internazionale, sentire che va al di là delle disposizioni del singolo Paese; una lesione di tale clausola comporterebbe «un'offesa alla moralità così come percepita nell'*ethos* pubblico, nonché un *vulnus* inferto alla dignità dell'essere umano in tutte le fasi del suo sviluppo»[17].

Il secondo comma dello stesso articolo 6 prevede un elenco non esaustivo delle invenzioni non brevettabili: «a) i procedimenti di clonazione di esseri umani; b) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano; c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali; d) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica degli animali atti a provocare sofferenze senza utilità medica sostanziale per l'uomo o per l'animale, nonché gli animali risultanti da tali procedimenti». L'Italia ha dato attuazione alla direttiva 98/44/CE con il d.l. n. 3 del 2006[18], con il quale, tra le diverse previsioni, ha specificamente escluso dalla brevettabilità ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane.

La Corte di Giustizia, nel già richiamato caso *Brüstle contro Greenpeace e V.*, si è espressa sull'interpretazione della direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo, accordando ampia tutela all'embrione umano. Di recente, il giudice lussemburghese è stato nuovamente investito di una questione pregiudiziale dalla High Court of Justice inglese sulla possibilità di ricomprendere, alla luce del recente stato dell'arte, il prodotto della partenogenesi nel concetto di embrione umano[19].

---

comunitario i protocolli che avrebbero richiesto il finanziamento per la ricerca sugli embrioni.

17 Così P. Giustiniani, *Brevettazione della vita e libertà della ricerca scientifica*, *op. cit.*, 99.

18 Pubblicato in G. U., n. 8 dell'11 gennaio 2006.

19 S. Penasa, *Opening the Pandora box: la Corte di Giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano*, in Note dall'Europa, *Quad. cost.*, 3/2013;

Da ultimo, la Commissione europea[20] ha respinto l'iniziativa dei cittadini denominata «*One of Us*» volta a vietare nell'Unione Europea, nell'ambito della ricerca scientifica, attività che comportino la distruzione di embrioni umani e ad escluderne le possibilità di finanziamento, attraverso una apposita normativa europea. Nello specifico la Commissione ha ritenuto le previsioni di Horizon 2020 sulla ricerca con cellule staminali embrionali (il Programma di Ricerca ed Innovazione dell'Unione Europea per i prossimi sette anni, 2014-2020) – in particolare quelle che regolano i finanziamenti alla ricerca con cellule staminali embrionali umane[21] – in piena armonia con le previsioni dei Trattati che tutelano la dignità umana, il diritto alla vita e all'integrità della persona, nonché adottate secondo il metodo democratico. In tal modo si è ribadito che l'UE non finanzia la distruzione di embrioni umani e che sono posti in essere appropriati controlli[22].

5. Nel panorama mondiale, tra le possibili opzioni politiche di azione in merito alla ricerca sugli embrioni umani, le legislazioni dei Paesi si muovono, in genere, tra due posizioni estreme: da una parte, le legislazioni più permissive verso la sperimentazione sugli embrioni[23]; dall'altra, quelle che prevedono un rigido e netto divieto dell'utilizzazione di embrioni per la ricerca[24].

In una posizione intermedia si trovano Paesi – ad esempio India, Sud Africa, Israele, Regno Unito – che consentono la sperimentazione sugli embrioni (i primi due anche il trasferimento nucleare o clonazione terapeutica) ma la circoscrivono e la limitano in diverse forme, spesso ammettendola sotto il controllo di specifiche *Authorities*[25]. Il vantaggio di tale metodo con-

---

Idem, *Defining life? The European Court of Justice Facing (again) the Definition of Human Embryo*, in *www.bioethicsinternational.org*, 2013.

20 European Commission, «Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative "One of us"», Brussels, COM(2014) 355 final, 28.5.2014.

21 Art. 19, Horizon 2020 Regulation.

22 «*The framework is based on the recommendations of the European Group on Ethics in Science and New Technologies21 and consists of the "triple lock" system: 1. First and foremost, national legislation is respected – EU projects must follow the laws of the country in which research is carried out. 2. In addition, all projects must be scientifically validated by peer review and must undergo rigorous ethical review. 3. Finally, EU funds may not be used for derivation of new stem cell lines, or for research that destroys embryos – including for the procurement of stem cells*»; European Commission, «Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative "One of us"», *op. cit*.

23 Ad esempio Cina, Singapore e Corea del Sud.

24 Oltre all'Italia, alcuni paesi europei come Austria, Germania, Polonia, Lituania, Norvegia, Slovacchia.

25 Un tale sistema esiste nel Regno Unito, dove i permessi per i progetti di ricerca devono essere approvati dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority*

siste nel permettere alla ricerca etica di svilupparsi senza la necessità di stabilire rigide norme giuridiche che potrebbero rivelarsi restrittive o diventare superate in breve tempo; un'autorità di regolamentazione dovrebbe inoltre dimostrarsi sensibile verso i principi etici fondamentali.

Nell'ambito di soluzioni politiche intermedie sono ipotizzabili altre forme di limitazione della sperimentazione: vietare l'utilizzo di farmaci o di prodotti derivati dalla ricerca sugli embrioni umani; limitare taluni tipi di ricerca sugli embrioni umani o il brevetto di farmaci, prodotti o procedimenti derivati dalla ricerca sugli embrioni umani; vietare i finanziamenti alla ricerca sugli embrioni umani o a taluni tipi di essa; ridurre la creazione di embrioni umani soprannumerari o limitare la crioconservazione degli embrioni umani[26].

In Europa[27], alcuni Stati – ad esempio il Regno Unito[28] – hanno adottato un approccio pragmatico e permissivo verso la ricerca sugli embrioni; altri, segnatamente l'Austria[29] e la Germania[30], hanno fissato norme giuridiche

(Autorità per la fecondazione umana e l'embriologia).

26 Parlamento Europeo, Direzione generale degli Studi, Programma STOA, *Le implicazioni etiche della ricerca sugli embrioni umani*, PE 289.665/ St. Fin., Lussemburgo, 2000.

27 Per un quadro sinottico delle legislazioni europee in materia di fecondazione artificiale e sperimentazione sugli embrioni, v. Dossier di documentazione, *La procreazione medicalmente assistita (aggiornamento)*, a cura del Servizio Biblioteca della Camera Dei Deputati, XIV Legislatura, del 21/03/05.

28 Principi generali indicati nell'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, Allegato 2, Paragrafo 3 e nel regolamento attuativo *Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations 2001*. Il legislatore ammette la ricerca, ma le attività di ricerca devono essere autorizzate dall'*Human Fertilisation and Embryology Authority* e indirizzate all'avanzamento delle conoscenze nei seguenti versanti: a) trattamento dell'infertilità; b) cause delle malattie genetiche; c) cause degli aborti spontanei; d) tecniche di contraccezione; e) alterazioni genetiche e cromosomiche negli embrioni prima dell'impianto; f) sviluppo degli embrioni, g) gravi malattie; h) sperimentazione dei trattamenti per tali malattie. Divieto di utilizzare embrioni dopo l'apparizione della «linea primitiva» (generalmente situata al termine del quattordicesimo giorno dalla fecondazione).

29 La ricerca sugli embrioni è regolamentata dalla legge del 1992 sulla medicina procreativa. Art. 9, comma 1, della legge sulla riproduzione Assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 1° luglio 1992. Il principio fondamentale alla base di questa legge è che la medicina riproduttiva è consentita solo nell'ambito di una relazione eterosessuale stabile, volta alla procreazione. La legge vieta la ricerca sugli embrioni. Le cellule in grado di svilupparsi non possono essere utilizzate a scopi diversi da quelli della riproduzione assistita. Esse possono essere sottoposte ad esami e trattamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per dare origine a una gravidanza.

30 Art. 2, comma 1, della legge sulla protezione degli embrioni (*Embryonenschutzgesetz*) del 13 dicembre 1990.
La legge è volta a garantire la tutela degli embrioni in relazione all'importazione e all'utilizzazione di cellule staminali embrionali umane (*Stammzellgesetz*) del

severe che rispecchiano l'assunto morale secondo cui l'embrione umano ha uno *status* equivalente a qualsiasi essere umano.

Altri Paesi europei come Spagna[31], Svezia[32], Danimarca[33], Finlandia[34] consentono solo la utilizzazione degli embrioni residuali, non oltre il quattordicesimo giorno di sviluppo. Anche in Grecia[35], la ricerca sugli embrioni

---

28 giugno 2002. Essa vieta tutte le forme di ricerca implicanti l'utilizzazione distruttiva di embrioni umani, permette solo l'uso dell'embrione per la sopravvivenza del medesimo, con l'obiettivo di condurre una gravidanza. Dal 2002 è però permessa, in via eccezionale, la ricerca sulle cellule staminali embrionali, la cui produzione resta vietata, ma che, a particolari condizioni, possono essere importate dall'estero.

31 L. 35/1988, sulle tecniche di riproduzione assistita; l. 42/1988, sulla donazione e utilizzo di embrioni umani; l. 45/2003, di modifica parziale della legge 35/1988; l. 14/2006, che sostituisce in toto la l. 35/1988; l. 14/2007 che sostituisce la legge 42/1988 sulla donazione e utilizzo di embrioni. La ricerca è ammissibile, previo consenso dei progenitori, entro i primi quattordici giorni dal concepimento; si dovrà però trattare o di ricerca applicata di carattere diagnostico oppure di ricerca a fini terapeutici. La ricerca a fini non strettamente terapeutici è consentita solo su embrioni non vitali. Consenso scritto dei genitori o dei donatori. Realizzazione in centri sanitari e da parte di *equipes* scientifiche con autorizzazione legale. Differenti possibilità di ricerca a seconda che si agisca sui pre-embrioni in grado di sopravvivere, non in grado, oppure morti. Solo su un pre-embrione durante i primi 14 giorni di sviluppo, escluso il periodo della crioconservazione. Utilizzazione solo degli embrioni soprannumerari.
In dottrina, E. Catania, *Le tecniche del legislatore spagnolo per la regolamentazione della procreazione medicalmente assistita*, in *www.diritto.it/docs/35950*, 14/02/2014.

32 L. 1140/1984 sull'inseminazione, come modificata dalla L. 253/2002. 71; L. 711/1988 sulla fecondazione esterna al corpo, come modificata dalla l. 252/2002. Divieto di utilizzare embrioni dopo 14 giorni dalla fecondazione. Consenso dei donatori. Progetti di ricerca sottoposti al parere della Commissione Etica Nazionale e finalizzati all'avanzamento delle conoscenze relative a: a) cura dell'infertilità; b) metodi contraccettivi; c) sviluppo degli embrioni e cause di anomalie.

33 La l. n. 460 del giugno 1997 disciplina la fecondazione artificiale per ciò che riguarda il trattamento, la diagnosi e la ricerca. L'art. 25 fa esplicito riferimento alla ricerca sugli embrioni, stabilendo che essa può essere condotta esclusivamente allo scopo di migliorare le tecniche di fecondazione *in vitro* o le tecniche diagnostiche preimpianto.

34 La legge sulla ricerca medica del 1999 disciplina la ricerca sugli embrioni, stabilendo un tempo limite di 14 giorni dal concepimento. Il consenso dei progenitori deve essere ottenuto prima di avviare la ricerca. La legge proibisce, inoltre, la creazione di embrioni a esclusivo scopo di ricerca.

35 Codice civile: art. 1459 (inserito dalla l. n. 3089 del 2002). Linee guida del Consiglio centrale della sanità (1988). Utilizzazione solo degli embrioni soprannumerari. Consenso scritto e congiunto dei donatori. In mancanza di consenso gli embrioni sono utilizzabili decorsi 5 anni.

è consentita fino al quattordicesimo giorno successivo al concepimento, previa approvazione della commissione etica preposta.

Il legislatore francese[36], superando i precedenti divieti, ha di recente consentito la ricerca sugli embrioni purché sussistano i presupposti della «pertinenza scientifica», della «finalità medica» e del rispetto dei «principi etici relativi alla ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali embrionali».

La legge belga dell'11 maggio 2003 limita la ricerca agli embrioni soprannumerari, ma consente la clonazione (trasferimento nucleare), quando gli obiettivi della ricerca lo richiedano[37]. Il trasferimento nucleare è, attualmente, ammesso anche in Svezia e Finlandia.

6. In Italia il legislatore ha dato una risposta tendenzialmente negativa alla possibilità di sperimentazione sugli embrioni umani, ammettendo la sola ricerca clinica e sperimentale avente finalità terapeutiche e diagnosti-

36 L. n. 2013-715 del 6 agosto 2013. I ricercatori potranno utilizzare solo embrioni provenienti dai laboratori per la fecondazione *in vitro*, dopo l'espresso consenso della coppia. Al tempo stesso la coppia conserverà un diritto di ripensamento fino all'inizio delle ricerche le quali, una volta che il trasferimento ha avuto inizio, diverranno irreversibili. Al fine di evitare che gli embrioni vengano utilizzati per scopi commerciali e non medico-terapeutici, suddette ricerche sono sottoposte al rilascio di autorizzazioni da parte dell'*Agence de la biomedicine*, previo accertamento delle condizioni previste dalla legge. Inoltre, al fine di effettuare suddette ricerche, si deve far ricorso esclusivamente a embrioni in sovrannumero ovvero a cellule staminali. Anche la ricerca sull'embrione *in vitro* è soggetta ad autorizzazione e deve rientrare nell'ambito di una procreazione assistita.
La riforma è stata oggetto di controllo da parte del *Conseil constitutionnel*, in sede preventiva. Con la decisione n. 2013-674 DC, resa il 1° agosto 2013, la Corte ha affermato che il nuovo regime non è in contrasto con il principio di salvaguardia della dignità umana, poiché «se il legislatore ha modificato alcune delle condizioni previste per effettuare le ricerche sull'embrione umano e sulle cellule staminali per scopi unicamente medici, al fine di favorire questo tipo di ricerca e rendere sicure le autorizzazioni accordate, egli ha corredato il rilascio di queste autorizzazioni di garanzie effettive».

37 Legge relativa alla ricerca sugli embrioni *in vitro* dell'11 maggio 2003, articoli 3 e ss. Ammette la sperimentazione, ma solo per finalità terapeutica o destinata a far progredire le conoscenze mediche. Basata sulle conoscenze scientifiche più recenti e che soddisfi le esigenze di una metodologia corretta della ricerca scientifica. Condotta in un laboratorio autorizzato collegato ad un programma universitario di procreazione medicalmente assistita o di genetica umana. Parere del comitato etico locale dell'università interessata. Solo su un embrione durante i primi 14 giorni di sviluppo, escluso il periodo della crioconservazione. Divieto di utilizzo di embrioni con finalità commerciali. Divieto di ricerche eugenetiche e di selezione del sesso.

che volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, sempre qualora non risultino disponibili metodologie alternative; in tal modo viene accordata un'ampia prevalenza allo statuto giuridico dell'embrione e si pongono significative limitazioni alle esigenze della ricerca scientifica.

Al di fuori della sperimentazione terapeutica o diagnostica, la legge n. 40 del 2004[38], all'articolo 13 del Capo VI, nell'ambito delle misure di tutela dell'embrione, vieta in via generale ogni altra forma di sperimentazione sull'embrione umano (art. 13.1), escludendo poi, tassativamente ed espressamente, la produzione di embrioni a fini di ricerca e di sperimentazione (art. 13.3.a); la selezione, manipolazione e diagnosi pre-impianto a scopo eugenetico (art. 13.3.b); la clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi che di ricerca (art. 13.3.c); la produzione di ibridi e chimere attraverso la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa (art. 13.3.d)[39]; la crioconservazione[40] (salvo l'ipotesi di rinvio dell'impianto per ragioni connesse alla salute della donna *ex* art. 14.3) e soppressione di embrioni (art. 14.1); la produzione di embrioni soprannumerari rispetto a un unico impianto (art. 14.2).

Il legislatore, quindi, pone un divieto tassativo ad ogni forma di selezione a scopo eugenetico dell'embrione e dei gameti, nonché a quegli interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione e comunque attraverso procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, oppure a predeterminarne le caratteristiche genetiche.

Allo stato attuale, dalla legge 40 del 2004 non sembrano emergere ampi margini per la ricerca sperimentale sugli embrioni.

Tuttavia, sinora la giurisprudenza ha svolto un ruolo molto significativo ed incisivo nel tentativo di allentare le «maglie strette» della legge. Tanto la giurisprudenza dei giudici comuni, nella applicazione della legge, quanto la giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali – in particolare della Corte di Strasburgo – in una sorta di attività «sinergica», hanno aperto spiragli rilevanti verso la ammissibilità della diagnosi

38 Pubblicata in G. U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

39 La legge, peraltro, non contempla espressamente la categoria dei cibridi, prodotti dal trasferimento di nucleo di cellula adulta umana effettuato in un ovocita animale enucleato.

40 Si ritiene che la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 debba comportare una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione. La crioconservazione sarebbe infatti necessaria in tutti i casi in cui il medico ritenga che l'impianto possa non essere compatibile con la salute della donna.

genetica preimpianto sino a consentire – da ultimo con la sentenza n. 162 del 2014 della Consulta – la fecondazione eterologa[41].

In particolare, in tema di diagnosi genetica preimpianto, la Corte di Strasburgo, nel noto caso *Costa, Pavan c. Italia* del 2012[42], ha evidenziato come la *ratio* di garantire la tutela dell'embrione in ogni caso, sottesa alla legge 40/2004, apparisse incoerente e contraddittoria con la possibilità, prevista dall'ordinamento italiano, di ricorrere successivamente all'aborto terapeutico del feto, destando seri dubbi di incostituzionalità in ordine alla differenziazione incongrua ed irragionevole del grado di tutela del medesimo soggetto, il concepito, in relazione ai diversi stadi del suo sviluppo.

---

41 La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui stabilisce per la coppia il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Per un commento alla decisione, v. A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura* , in *www.giurcost.org*, 2014; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *www.giurcost.org*, Studi, 2014; A. Ruggeri, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo con la Corte Edu*, in *Forum di Quad. cost*., 2014; V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014; S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quad. cost.,* 2014, cit.; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014; F. Girelli, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014; F. Perrini, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014; T. F. Giupponi, *La Corte e la «sindacabilità indiretta» dei regolamenti parlamentari: il caso dell'autodichia*, in *Forum di Quad. cost.,* 2014; L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, 2014; V. Baldini, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014; C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014; A. Ciervo, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*.

42 Corte Europea Diritti Uomo, sez. II, nella sentenza 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*. In dottrina, C. Tripodina, *Statuto dell'embrione vs libertà di ricerca scientifica: un conflitto risolto in modo incostituzionale*.

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009[43] che ha ammesso, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, la produzione di embrioni in un numero superiore al limite di tre – limite posto originariamente dal legislatore[44] – resta aperta la questione della possibilità di un'utilizzazione a fini di ricerca degli embrioni crioconservati, prodotti a fini procreativi, ma non impiegati perché in soprannumero o per la presenza di gravi patologie che ne impediscano l'utilizzo e destinati comunque a deperire.

L'impiego di embrioni soprannumerari, freschi o crioconservati, a fini di sperimentazione risulta una questione di grande attualità nel dibattito

43 Corte cost., sent. n. 151 del 2009, *Giurisprudenza costituzionale*., III, 2009, p. 1656 ss. A commento della decisione, v. G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, *Forum di Quad. cost., www.forumcostituzionale.it*; S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, *ivi*; D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra «detto» e «non detto». Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consulta OnLine, www.giurcost.org*; L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, *ivi*; E. Dolcini, *Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, II, 950; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata, Giur. cost.*, 2009,1688 ss., e C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, *ivi*, 1696 ss.. Cfr., inoltre, M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010.

44 La Corte ha dichiarato irragionevole la disciplina nella parte in cui limitava al numero massimo di tre gli embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica e imponeva un'unica e contemporanea procedura di impianto degli embrioni prodotti, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che, di volta in volta, si sottoponeva alla procedura. Tale previsione, se per un verso determinava la necessità di moltiplicare i cicli di fecondazione e l'aumento dei rischi connessi a tale iperstimolazione, ledendo il diritto alla salute della donna, per altro verso impediva al medico di valutare, nei casi specifici e sulla base di aggiornate conoscenze scientifiche, il numero di embrioni idoneo al fine della procreazione. Le conclusioni cui è giunta la Consulta nella decisione in esame hanno comportato una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione degli embrioni: pur facendosi comunque salvo il principio generale secondo il quale le tecniche di produzione non dovessero creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario secondo accertamenti demandati al medico nei casi concreti, le argomentazioni cui essa è giunta hanno consentito il ricorso alla tecnica di congelamento degli embrioni soprannumerari, prodotti ma non impiantati in base alla valutazione del medico, fino alla data del trasferimento, da realizzarsi non appena possibile e senza arrecare pregiudizio alla salute della donna.

in corso[45], giacché proprio su tale problematica di recente il Tribunale di Firenze[46] ha sollevato una questione di legittimità alla Corte costituzionale, censurando l'art. 13 della legge 40 del 2004, in relazione agli articoli 9, 32 e 33 Cost., laddove pone il divieto di utilizzazione degli embrioni residuati a scopo di ricerca.

In particolare, il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso, senza la previsione di deroghe o temperamenti, appare al giudice remittente del tutto irragionevole ed in contrasto con i principi sanciti agli artt. 9 e 32 Cost., soprattutto perché impedisce di «utilizzare gli embrioni residuati da procedimenti di PMA – cioè gli embrioni malati, ovvero ancora non biopsiabili, dunque sicuramente non più impiegabili per fini procreativi e destinati perciò all'autodistruzione certa nel giro di qualche anno – per impieghi alternativi e sicuramente meritevoli di tutela alla luce della Carta costituzionale quale ad esempio, l'impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico» connesso alle problematiche della patologia genetica di cui sono portatori i ricorrenti[47].

Secondo il giudice di Firenze, dal combinato disposto degli art. 9 e 32 Cost., l'espressione «promuove [...] la ricerca scientifica» andrebbe interpretata in un senso dinamico, nel senso, cioè, che sia perseguito lo sviluppo della ricerca scientifica per il bene della salute, il progresso della stessa che è allo stesso tempo interesse di tutti, ma è particolarmente qualificato per i soggetti portatori di una specifica patologia: quantomeno, dunque, l'espressione deve essere intesa nel senso minimo di facilitare lo sviluppo della ricerca scientifica volta alla cura delle patologie e, comunque, di non ostacolarla, se non per finalità di tutela di un interesse perlomeno equivalente nella scala dei valori.

Nel bilanciamento operato dal legislatore tra i beni costituzionali coinvolti, invece, l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica appare del tutto recessivo rispetto all'aspettativa di vita del singolo embrione, senza alcuna ragionevole distinzione tra le varie categorie di embrioni; secondo il giudice *a quo*, l'assolutezza della tutela avrebbe dovuto essere differenziata e modulata tenendo conto dell'impiego programmato o ragionevol-

45 Cfr. l'articolo di G. Corbellini e M. De Luca, *In vitro sono solo cellule*, *Il Sole 24 Ore*, del 13 luglio 2014, nonché le lettere di risposta nella rubrica *L'Europa, la biologia e l'identità dell'embrione*, *Il Sole 24 Ore*, del 20 luglio 2014. Sul tema v. G. Coletta, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 17/2011, 311, ss.

46 Ordinanza n.166/2013 del 07/12/2012, pubbl. in G.U. n. 29 del 17/07/2013.

47 Ordinanza n.166/2013.

mente prevedibile cui l'embrione è destinato, con la conseguenza che ove il medesimo fosse non più impiegabile a fini procreativi e quindi destinato a naturale e rapida «estinzione», esso potrebbe essere utilizzato, previo parere dei generanti, per altri impieghi «costituzionalmente rilevanti», come la ricerca scientifica bio-medica[48].

A conferma dell'attualità del tema, sulla medesima questione dell'ammissibilità della ricerca scientifica sugli embrioni crioconservati soprannumerari si è pronunciata di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda sezione)[49], nel ricorso *Parrillo contro Italia*, del 28 maggio 2013, dichiarandolo irricevibile e rinviando al governo italiano l'esame dei motivi.

Nel caso specifico, la ricorrente lamentava il fatto che la legge n. 40/2004 le impedisse di donare i suoi embrioni per finalità di ricerca scientifica, obbligandola a mantenerli in stato di crioconservazione fino alla loro estinzione; il divieto di poter donare gli embrioni in causa, inoltre, violava la libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituiva un aspetto fondamentale; invocando l'articolo 8 della Convenzione, infine, la ricorrente configurava in tale divieto una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata.

In attesa che la Corte costituzionale si pronunci effettivamente sulla questione sollevata dal Tribunale di Firenze dell'utilizzazione degli embrioni soprannumerari a fini di sperimentazione e di ricerca, possiamo immaginare come esito probabile, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi sino ad oggi sulla legge 40 del 2004, che la Consulta faccia cadere anche questo ennesimo divieto della legge.

L'auspicio è che tale (presunta futura) possibilità di condurre ricerche e sperimentazioni sugli embrioni umani soprannumerari freschi o crioconservati possa avvenire realmente a favore di un progresso etico e responsabile della ricerca medica, scientifica e tecnologica e possa contribuire efficacemente – anche questa una speranza davvero – all'affermazione e al rafforzamento di un principio generale di ragionevole certezza del diritto nel nostro ordinamento[50].

---

48 *Ibidem*.

49 Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, del 28 maggio 2013.

50 M. Cartabia, *La ragionevole certezza del diritto*, Lectio magistralis tenuta il 29 aprile 2014, nell'ambito delle Lezioni magistrali, sul tema *Quale certezza? Certezza e incertezze del diritto tra teoria e prassi*, X ciclo, anno accademico 2013/2014, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, in corso di pubblicazione.

Roberta Catalano

BREVETTABILITÀ DELLE RADICI DELLA VITA E NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

Sommario: 1. Posizione dei problemi. 2. Le soluzioni normative di Europa e Stati Uniti e le critiche oppostevi. 3. Il caso Myriad Genetics ed il confine tra scoperta ed invenzione. 4. La Corte di Giustizia europea e la nozione di embrione. 5. Considerazioni conclusive: l'evoluzione della categoria dei beni comuni.

1. Negli ultimi decenni i progressi dell'ingegneria genetica hanno consentito la messa a punto di tecnologie sempre più raffinate di analisi e manipolazione delle cellule e del DNA degli esseri viventi. Queste tecnologie sono diffusamente applicate sulle piante e sugli animali per fini di studio e di terapia, o anche per finalità industriali ed alimentari (si pensi, ad esempio, all'ampio settore della produzione di organismi geneticamente modificati). Sono applicate altresì su cellule, embrioni e genoma umani per la cura e prevenzione delle patologie, nonché per il miglioramento della qualità della vita delle persone.

Si tratta di tecnologie approntate in base agli esiti di studi e ricerche concernenti il funzionamento degli organismi viventi ed il loro patrimonio genetico. Quindi, tali tecnologie e le invenzioni e le scoperte di cui costituiscono applicazione hanno spesso un grande valore economico, specie quando sono idonee ad essere utilizzate su larga scala per la realizzazione di nuovi trattamenti sanitari ovvero per la produzione di sostanze medicinali, alimentari o cosmetiche. Per questo motivo esse vengono sovente – quasi sempre – brevettate, al fine di consentire ai ricercatori ed ai loro finanziatori di riservarsi per un certo periodo di tempo il diritto di sfruttarle economicamente[1].

1 Sul punto cfr. L. Marini, *Brevetto biotecnologico e cellule staminali nel diritto comunitario*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 586 ss.; G. Casaburi, *Le nuove frontiere della disciplina brevettuale: il settore farmacologico, biotecnologico e vegetale*, in *Ragiusan*, 2012, 238 ss.; A. Cordiano, *Profili di responsabilità civile in materia di produzione di organismi geneticamente modificati*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 400 ss.; R. Romano, *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 246 ss.; G. Caforio, *Le invenzioni biotecnologiche nell'unità del sistema brevettuale*, Torino, 1995.

Da siffatta prospettiva emerge che la brevettazione degli esiti – anche applicativi – delle ricerche biotecnologiche è funzionale al soddisfacimento di interessi indubbiamente meritevoli di tutela. Infatti, l'intero ambito della ricerca biotecnologica necessita di ingenti risorse economiche il cui reperimento diverrebbe assai arduo qualora non fosse riconosciuta ai finanziatori la possibilità di avvalersi, sul piano giuridico, di un qualche strumento idoneo a consentir loro di recuperare quanto investito e trarne del guadagno.

Rimane il fatto, però, che i diritti di privativa industriale sono stati elaborati e quindi disciplinati avendo riguardo alle invenzioni di cose inanimate, di macchinari, di meccanismi, e non anche di cellule o altro materiale vivente. Sicché, in relazione alle invenzioni biotecnologiche si rende necessario verificare se ed in che misura il diritto di privativa industriale – che tradizionalmente ha carattere patrimoniale ed è funzionale alla realizzazione di attività lucrative – sia compatibile con gli interessi fondamentali della persona, di natura non patrimoniale, che vengono in rilievo ogniqualvolta il brevetto riguardi materiale vivente[2]. In particolare, va verificata la compatibilità con i diritti fondamentali all'ambiente o alla biodiversità dei brevetti relativi a cellule o DNA animale o vegetale; così come va verificata la compatibilità con il valore della dignità dei brevetti relativi a cellule o embrioni o DNA umani[3].

2. Gli studiosi e gli interpreti nazionali ed internazionali non hanno tardato a rilevare le criticità appena illustrate. Sia il Rapporto sulla brevettabilità degli organismi viventi del Comitato Nazionale di Bioetica Italiano del 1993,

2 Cfr. al riguardo R. Romano, *Brevettabilità del vivente e «artificializzazione»*, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, *Ambito e fonti del biodiritto*, I, Milano, 2010, 599; F. Di Lella, *Logica del profitto e dimensione etica nella disciplina della proprietà industriale sulle invenzioni biotecnologiche*, in www.juscivile.it, 2013, 4, 245.

3 Sulle questioni scientifiche e giuridiche sorte circa gli embrioni umani e le cellule embrionali, nonché circa il loro impiego in laboratorio v., tra le altre, le analisi di C.A. Redi, *La questione delle cellule staminali. Il quadro scientifico*, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, 1087 ss.; S. Penasa, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, *ivi*, 1101 ss.; nonché quelle di G. Di Rosa, *Vita e diritto: cellule staminali e statuto dell'embrione umano*, in S. Mazzarese e A. Sassi, (a cura di), *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Torino, 2009, 257 ss.; I. R. Pavone, *La convenzione europea sulla biomedica*, Milano, 2009, 190 ss. Sull'esigenza di tutelare l'ambiente e la biodiversità cfr. R. Romano, *Lo sfruttamento delle risorse genetiche tra diritto delle invenzioni e biodiversità*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, I, 411 ss.; S. Vezzani, *Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui «global commons»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 433 ss.

sia l'Accordo Trips firmato a Marrakesh nel 1994 segnalano che la brevettazione delle invenzioni biotecnologiche pone in contrasto una molteplicità di interessi meritevoli di tutela in relazione ai quali si impone una esigenza di bilanciamento[4]. A questa constatazione non è seguita, però, l'assunzione di una posizione netta e comune circa i criteri di contemperamento degli interessi in conflitto e circa le soluzioni normative attraverso le quali attuare il bilanciamento. Infatti l'art. 27 dell'Accordo Trips di Marrakesh, trascurando l'esigenza di preservare la tendenziale uniformità esistente tra le discipline e le prassi brevettuali dei paesi industrializzati, si è limitato ad individuare due possibili soluzioni – disporre l'applicazione, seppur con dei correttivi, della tradizionale disciplina brevettuale anche alle invenzioni biotecnologiche; oppure elaborare e sperimentare nuovi sistemi tarati sulle peculiarità della materia in esame – ed a rimettere ai legislatori nazionali la scelta di quella ritenuta più idonea.

È accaduto così che la strada prescelta, in Europa come negli Stati Uniti, è stata la prima: disporre l'applicazione, con dei correttivi, della tradizionale disciplina brevettuale alle invenzioni biotecnologiche. Tale opzione, infatti, oltre a palesarsi evidentemente meno faticosa, consentiva – all'epoca in cui fu adottata – una più celere risposta normativa alla crescente domanda di regole generata dagli incalzanti progressi delle scienze biotecnologiche. Inoltre, queste scienze erano in quegli anni ancora giovani ed in via di tumultuoso sviluppo, sicché oggettivamente assai arduo si presentava il compito di disciplinare *ex novo* una materia i cui contorni apparivano indefiniti ed in rapida espansione e trasformazione.

A partire dagli anni '90, negli Stati Uniti, si è quindi affermata presso lo *U.S. Patent and Trademark Office* una prassi, poi in parte cristallizzata nelle *Utility Examination Guidelines* del 2001, alla cui stregua i brevetti delle invenzioni biotecnologiche sono sottoposti alle già vigenti regole in materia brevettuale, salvi i necessari correttivi apportati – anche in via di interpretazione – per garantire il rispetto dei diritti fondamentali. Si è am-

4 L'Accordo TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) del 1994 forma l'Allegato 1C dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, approvato dalla Comunità Europea mediante la decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994, 94/800/CE (G.U.C.E. L 366, pag. 1).
Al riguardo v., tra gli altri, G. Contaldi, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC*, Milano, 2009, 120 ss.; G. Mormese, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009, *passim*; A. Lupone, *Gli aspetti della proprietà intellettuale attinenti al commercio internazionale*, in G. Venturini (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, 136-137.

messo altresì che i brevetti avessero ad oggetto, oltre a molecole di DNA sintetico, anche intere sequenze di DNA presente in natura purché isolato[5].

Analogamente, in Europa la direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche – tuttora vigente ed attuata in Italia con il d.l. 10 gennaio 2006, n. 3, convertito con modificazioni dalla l. 22 febbraio 2006, n. 78 (la disciplina in materia di invenzioni biotecnologiche è stata poi trasfusa, dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, nel Codice per la proprietà industriale, artt. 81 *bis* e ss., 170 *bis* e *ter*) – ha disposto l'applicazione dei tradizionali meccanismi brevettuali alle invenzioni biotecnologiche e si è limitata ad escludere «dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico al buon costume» (art. 6, co. 1), nonché a stabilire alcune limitazioni per i casi in cui il brevetto riguardi il corpo umano (art. 5, co. 1), le varietà vegetali e le razze animali (art. 4), gli embrioni o il DNA umani o animali (art. 5, co 1 e 6, co. 2)[6].

---

5 Cfr. USTPO, *Utility Examination Guidelines*, 66 Fed. Reg. 1092, del 5 gennaio 2001. Questo documento è consultabile all'indirizzo web www.uspto.gov.
Sul punto v. G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso 'Myriad Genetics'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 281 e ss., in particolare pagina 299 testo e nota 103.

6 Significativo è il *considerando* n. 8 della direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (G.U.E. 30 luglio 1998, n. 213), il quale chiarisce che «la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche non richiede la creazione di un diritto specifico che si sostituisca al diritto nazionale in materia di brevetti», e che «il diritto nazionale in materia di brevetti rimane il riferimento fondamentale per la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, ma che deve essere adeguato o completato su taluni punti specifici, in conseguenza dei nuovi ritrovati tecnologici che utilizzano materiali biologici e che possiedono comunque i requisiti di brevettabilità». Il successivo art. 1, co. 1, dispone poi: «Gli Stati membri proteggono le invenzioni biotecnologiche tramite il diritto nazionale dei brevetti. Essi, se necessario, adeguano il loro diritto nazionale dei brevetti per tener conto delle disposizioni della presente direttiva».
Sui lavori che hanno condotto all'approvazione della direttiva 98/44/CE v. E.R. Gold, e A. Gallochat, *The European Biotech Directive: past as prologue*, in *Eur. Law Journal*, 2001, 331 ss. Sulla direttiva cfr. V. Di Cataldo, *La brevettabilità delle biotecnologie. Novità. Attività inventiva. Industrialità*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 189 ss.; T. Faelli, *La tutela delle invenzioni biotecnologiche in Europa: prime valutazioni di insieme*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, 125 ss.; S. Marchisio, *Riflessioni sull'attuazione in Italia della direttiva 98/44/CE*, in V. Della Fina (a cura di), *Discipline giuridiche dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008, 107 ss.; A. Pizzoferrato, *Brevetto per invenzione e biotecnologie*, Padova, 2002, *passim,* in part. 180 ss. V. anche, sulla direttiva e sulle norme italiane di attuazione V. Di Cataldo, (a cura di), *La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*,

Le soluzioni così prescelte, al di qua ed al di là dell'oceano, non hanno convinto gli interpreti e gli studiosi che ne hanno messo in evidenza i profili di incongruità rispetto ai bisogni di protezione dei diritti fondamentali della persona[7].

In Europa questa insoddisfazione ha coinvolto anche i governi nazionali che in molti casi hanno ritardato l'attuazione della direttiva 98/44/CE, ed addirittura hanno agito (il governo dei Paesi Bassi, sostenuto da Italia e Norvegia) dinanzi alla Corte di Giustizia per ottenerne l'annullamento in base, tra le altre cose, all'osservazione che la direttiva, prevedendo all'art. 5, co. 2, «la brevettabilità di elementi isolati dal corpo umano», finisce per consentire «una strumentalizzazione del materiale umano vivente lesiva della dignità dell'essere umano»[8].

Tale azione non ha avuto buon esito poiché la Corte di Giustizia non se l'è sentita di assumere una posizione critica verso il legislatore comunitario; sicché i giudici europei, nel 2001, hanno respinto le domande dei ricorrenti limitandosi, in buona sostanza, ad affermare che le norme della direttiva del 1998 delimitano con sufficiente precisione l'ambito applicativo del diritto brevettuale così da garantire congrua protezione alla dignità umana[9].

Nondimeno, gli studiosi e gli interpreti hanno continuato a segnalare l'inadeguatezza della disciplina prevista dalla direttiva 98/44/CE, fintantoché la loro insoddisfazione non ha contagiato anche gli enti di ricerca e le industrie farmaceutiche.

Commentario, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 353 ss.; P. Izzo, *La disciplina delle biotecnologie e la tutela della «dignità umana»: la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1185 ss.

7 In Italia, tra gli altri, vedasi T. Faelli, op. loc. ult. cit.; V. Di Cataldo, (a cura di), *La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, *Commentario*, cit., 353 ss.; P. Giustiniani, *Brevettazione della vita e libertà di ricerca scientifica*, in R. Prodomo (a cura di) *Il futuro della bioetica*, Torino, 2008, 97 ss.; M. Miola, *La brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 193 ss.; R. Romano, *Brevettabilità del vivente e «artificializzazione»*, cit., 599 ss., i quali fanno riferimento anche alle osservazioni svolte dagli studiosi degli altri paesi europei ovvero statunitensi.

8 Corte di Giustizia 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Paesi Bassi v. Parlamento e Consiglio, in *Racc.*, 2001, I, 7166, ma anche in *Foro it.*, 2002, IV, 25 ss. con nota di A. Palmieri, *In tema di direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*. Su questa sentenza e sulla vicenda da cui è scaturita v. anche il commento di S. Gobbato, *Direttiva sulle invenzioni biotecnologiche ed obblighi internazionali degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia 9 ottobre 2001*, in *Dir. Un. Europea*, 2002, 519 ss.

9 Corte di Giustizia 9 ottobre 2001, causa C-377/98, cit.

Invero, le critiche mosse da enti di ricerca ed industrie farmaceutiche non coincidono con quelle sollevate da studiosi ed interpreti. Mentre questi ultimi lamentano la scarsa attenzione riservata ai bisogni di protezione dei diritti fondamentali, i primi si dolgono del fatto che l'applicazione della ordinaria disciplina brevettuale alle invenzioni biotecnologiche pregiudica il progresso e la libertà di scienza. Ciò in quanto la concessione ad ogni piè sospinto di diritti di privativa su intere sequenze di DNA o su ogni procedimento di manipolazione di cellule ed embrioni, col passar del tempo finisce per ostacolare l'inizio di nuove linee di ricerca, stante la necessità di raccogliere il previo consenso (né scontato, né gratuito) dei titolari di privative già esistenti[10].

La diversità delle critiche, però, non ha sminuito la forza della vasta area di dissenso così formatasi. Anzi, l'ha accresciuta; tanto che proprio l'esistenza di tale sempre più diffusa insoddisfazione ha propiziato l'adozione delle decisioni giurisprudenziali (esaminate qui di seguito) dalle quali ha preso le mosse quel processo di revisione delle regole sulla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche che è tuttora in corso di svolgimento, e che è volto all'individuazione di nuove soluzioni (anche interpretative) idonee a contemperare in modo più congruo la molteplicità di interessi, di carattere patrimoniale e non patrimoniale, posti in conflitto dal fenomeno in esame.

3. A segnare l'inizio di questo percorso sono state le decisioni rese negli Stati Uniti, tra il 2010 ed il 2013, per dirimere il noto caso Myriad Genetics[11].

La Myriad è una società costituita nel 1991 da alcuni noti genetisti come *start-up* del *Center for cancer genetics epidemiology* dell'Università dello Utah allo scopo di reperire gli investimenti necessari a completare una ricerca volta a dimostrare la connessione tra certi tipi di sequenze genetiche frutto di mutazione e l'insorgere del cancro all'utero o alla mammella. In virtù dei fondi attratti e delle ricerche svolte, la Myriad è riuscita a dimostrare che le mutazioni studiate sono effettivamente in grado di generare una predisposizione al carcinoma mammario e ovarico e, pertanto, ha brevettato le sequenze delle mutazioni genetiche studiate, nonché i test

10 Cfr. sul punto, G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, cit., 281 e ss.

11 Il testo integrale di tutte queste pronunce, che saranno menzionate ed illustrate nel prosieguo, è disponibile sul sito www.unipw-lawtech.eu/il-brevetto-di-geni-umani--il-caso-myriad.html.

diagnostici approntati e prodotti in base agli esiti di questa scoperta. Inoltre, forte dei brevetti così ottenuti, la Myriad ha ostacolato – negando il consenso all'uso delle informazioni oggetto di privativa – sia chi intendeva svolgere ulteriori ricerche in materia, sia chi intendeva produrre e commercializzare test diagnostici simili.

Anche per reagire a tali condotte, alcuni enti di ricerca hanno agito in giudizio innanzi alla *United States District Court for the Southern District* di New York affinché sette dei ventitré brevetti della Myriad fossero dichiarati *patent-inelegible subject matter* ai sensi della *Section* 101, del titolo 35 dello *United States Code*. I ricorrenti si dolevano del fatto che, ai sensi di dette norme, il brevetto può avere ad oggetto soltanto invenzioni (ossia beni, o macchine o materiali o procedure aventi i caratteri della *novelty*, *non-obviosness* e *disclosure)* e non anche scoperte, quali sono i *products of nature* o le informazioni che li concernono (seppur ignorate sino a quel momento). Sicché una sequenza genomica, per quanto purificata in seguito all'isolamento in laboratorio, non può essere validamente brevettata poiché è un *quid* biologico già esistente in natura (né è il frutto della creatività dell'uomo).

La Corte Distrettuale, con decisione del 29 marzo 2010, ha accolto le richieste dei ricorrenti chiarendo, appunto, che la «*purification of a product of nature, without more, cannot trasform it into patentable subject matter*» giacché il DNA isolato non è *markedly different* dalle molecole di DNA nativo[12].

In sede di gravame, però, la Corte d'Appello Federale degli Stati Uniti, con una pronuncia del 29 luglio 2011, ha riformato la sentenza di primo grado e, confermando la prassi fino a quel momento seguita dall'Ufficio Brevetti statunitense (codificata nelle *Utility Examination Guide-lines* del 2001), ha affermato il principio di diritto alla cui stregua c'è invenzione, e non mera scoperta di un prodotto di natura, quando il materiale brevettato ha un composizione chimica diversa da quello – pur simile – esistente in natura. Sicché il DNA isolato, avendo una composizione chimica non del tutto coincidente con quella del DNA nativo, va qualificato come invenzione ed, in quanto tale, può essere oggetto di brevetto ai sensi della *Section* 101[13].

12 Unites States District Court, Southern District of New York (USDC SDNY) Case 1:09-cv 045515-RWS, 29 marzo 2010, in http://www.unipv-lawtech.eu/il-brevetto-di-geni-umani—il-caso-myriad.html.

13 United States Court of Appeals for the Federal Circuit Docket 2010–1406, Decided July 29, 2011, in http://en.wikipedia.org/wiki/Association_for_Molecular_Pathology_v._Myriad_Genetics.

Il contrasto tra le due decisioni ha fatto sì che su istanza (*writ for certiorari*) dell'*Association for Molecular Pathology* fosse interprellata la Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale il 26 marzo 2012 ha deciso di rinviare il caso alla Corte di Appello Federale invitandola a riesaminarlo alla luce di alcune recenti decisioni rese su materie similari. Nonostante ciò la Corte Federale, con sentenza del 16 agosto 2012, ha confermato il suo primo arresto cosicché, a fronte di ciò, la *American Civil Liberties Union* e la *Public Patent Foundation* hanno proposto un'altra richiesta di revisione alla Corte Suprema. Quest'ultima, il 13 giugno 2013, si è infine pronunciata sul caso riordinando la materia e reinterpretando le norme vigenti in modo più aderente alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali e della libertà di scienza.

La Corte Suprema prende le mosse dalla considerazione che «*it is undisputed that Myriad did not create or alter any of the genetic information encoded in the BRCA1 and BRCA2 genes. The location and order of the nucleotides existed in nature before Myriad found them. Nor did Myriad create or alter the genetic structure of DNA. Instead, Myriad's principal contribution was uncovering the precise location and genetic sequence of the BRCA1 and BRCA2 genes within chromosomes 17 and 13*». Ne deriva che «*Myriad did not create anything... it found an important and useful gene, but separating that gene from its surrounding genetic material is not an act of invention*». Sicché consentire a Myriad di brevettare queste sequenze genomiche significa, in sostanza, attribuirle una privativa su di una mera informazione piuttosto che su di una invenzione. E ciò è appunto dimostrato dal fatto che Myriad pretende di impedire a chiunque di sintetizzare molecole simili, seppur non chimicamente coincidenti, poiché ritiene che i suoi brevetti riguardino essenzialmente «*the information contained in the genetic sequence, not with the specific chemical composition of a particular molecule*».

Tuttavia – continuano i giudici statunitensi –, alla stregua della *Section* 101 del *Patent Act* «*laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas are not patentable*» perché «*they are the basic tools of scientific and technological work*». Qualora se ne consentisse il brevetto, «*the grant of patents would "tie up" the use of such tools*» e, quindi, ostacolerebbe il progresso della ricerca scientifica e l'innovazione. D'altronde, una tale conclusione sarebbe del tutto incompatibile con le vigenti norme in materia di brevetti poiché tale disciplina «*exist to promote creation*» e non di certo per ostacolarla.

Pertanto, le sequenze di DNA nativo o isolato (come nel caso Myriad) non possono essere brevettate perché non integrano gli estremi dell'invenzione, bensì della mera scoperta. Nonostante le differenze tra loro intercor-

renti quanto a composizione chimica, sia il DNA nativo che quello isolato contengono una sequenza di informazioni sulla struttura della vita del tutto identica. Diversamente, possono essere oggetto di brevetto sia nuovi procedimenti di isolamento e sintetizzazione del DNA in laboratorio, sia le sequenze di DNA sintetico ottenute attraverso questi procedimenti.

A siffatta pronuncia della Corte Suprema si è poi allineata la prassi dell'Ufficio brevetti statunitense, mentre gli studiosi e gli interpreti – non solo statunitensi – si sono impegnati a sviluppare le riflessioni svolte dalla Corte e ad esaminarne le ricadute sistematiche sull'intero edificio del diritto dei brevetti.

Da siffatta prospettiva, è emersa l'esigenza di una generale revisione del modo di interpretare ed applicare il diritto brevettuale in relazione alle biotecnologie. Infatti il caso Myriad insegna che l'ammissione indiscriminata alla tutela brevettuale di ogni esito delle ricerche biotecnologiche rischia di snaturare i tradizionali meccanismi brevettuali rendendoli, piuttosto che strumenti di tutela ed incentivo per l'innovazione tecnica e l'espressione artistica, mezzi di assoggettamento «alla logica proprietaria di aree di conoscenza»[14]. Se la logica proprietaria può fungere da volano per lo sviluppo economico quando applicata ai beni materiali in una economia capitalistica, diversamente accade quando la frammentazione proprietaria concerne la conoscenza poiché essa inevitabilmente finisce per creare una molteplicità di mini-monopoli e, quindi, presto o tardi, una situazione di stallo del progresso economico e scientifico[15].

Pertanto, la scelta dei legislatori dei paesi industrializzati di non elaborare norme specifiche per la protezione della proprietà intellettuale relativa alle biotecnologie, impone agli interpreti l'arduo compito di ridefinire, in relazione al contesto specifico delle ricerche biotecnologiche, la linea di confine tra scoperte ed invenzioni biotecnologiche. Ciò al fine di sottrarre all'appropriazione brevettuale quelle informazioni basiche, concernenti il come ed il perché dei fenomeni biologici, che necessariamente costituiscono il punto di partenza di ogni successivo studio; e, quindi, al fine di contemperare adeguatamente l'interesse allo sfruttamento economico degli esiti delle ricerche con il valore fondamentale della libertà di scienza[16].

---

14 G. Colangelo, *La tutela delle invenzioni biotecnologiche in Europa e negli Stati Uniti alla luce dei casi Brustle e Myriad Genetics*, *op. cit.*, 36.

15 G. Colangelo, *op. loc. ult. cit.*

16 Cfr. l'ampia analisi di G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso Myriad Genetics*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 281 ss.

4. Le esperienze e le riflessioni giurisprudenziali e dottrinali statunitensi non hanno tardato ad influenzare gli interpreti al di qua dell'oceano, e ad indurre la Corte di Giustizia europea a sottoporre a parziale revisione la posizione già assunta, circa la direttiva 98/44, nella propria precedente pronuncia del 2001[17].

La nuova decisione della Corte, resa nel 2011, riguarda il prof. Oliver Brustle, direttore dell'Istituto di Neurobiologia Ricostruttiva dell'Università di Bonn, il quale aveva ottenuto un brevetto tedesco relativo a cellule progenitrici neurali isolate e depurate, al procedimento di produzione delle stesse da cellule staminali embrionali umane ed alla loro utilizzazione per il trattamento di alcune gravi malattie neurali[18]. Di questo brevetto Greenpeace chiedeva la declaratoria di nullità al *Bundespatentgericht* perché, tra le altre cose, il procedimento Brustle comportava la manipolazione e la distruzione di embrioni finalizzata alla produzione di cellule neurali utilizzate per trattamenti terapeutici. Il *Bundespatentgericht* accoglieva la domanda; mentre il giudice di appello (*Bundesgerichtshof*) decideva di rimettere la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea poiché l'esito della controversia dipendeva dall'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 98/44 ed, in particolar modo, dalla interpretazione della nozione di "embrione umano" più volte utilizzata dalla direttiva ma mai definita esplicitamente né altrimenti precisata. Il giudice tedesco ha chiesto altresì a quello europeo di chiarire se: nel divieto di brevettare le utilizzazioni di embrioni umani per fini industriali o commerciali di cui all'art. 6, co. 2 della direttiva, siano comprese anche le utilizzazioni a fini di ricerca scientifica; e se sia brevettabile un'invenzione che – come quella di Brustle –, pur non avendo di per sé ad oggetto l'utilizzazione di embrioni umani, consti di un procedimento di manipolazione di materiale biologico ottenuto dalla distruzione di embrioni umani.

La Corte, in via preliminare, osserva «che la determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto dell'Unione non fornisce alcuna definizione va operata [...] tenendo conto del contesto in cui essi sono

17 A questa decisione del 2001 si è già fatto cenno *supra*, paragrafo 2, testo e nota 8.

18 Corte di Giustizia UE 18 ottobre 2011, causa C-34/10, Oliver Brustle v. Greenpeace, in *Foro it.*, 2012, IV, 26 e ss.; in *Giust. civ.*, 2011, I, 2757 ss.; ed in *Giur. comm.*, 2012, II, 32 ss.

Per un commento sulla sentenza del 2011 v., tra gli altri, G. Carapezza Figlia, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 3 ss.; M. Casini, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della cd. 'teoria del preembrione'*, *ivi,* 3 ss.; G. Colangelo, op. ult. cit., 40 ss.; R. Rossolini, *La tutela dell'embrione umano nelle invenzioni biotecnologiche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia nel caso Brustle*, in *Dir. ind.*, 2012, 133 ss.

utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte»[19]. Quindi, rileva che dal preambolo della direttiva emerge che se è vero che quest'ultima mira ad incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia, lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali ed, in particolare, della dignità umana; e che «il sedicesimo considerando della direttiva [...] sottolinea che "il diritto dei brevetti deve essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo"». Pertanto i giudici europei concludono che: a) alla stregua del valore fondamentale della dignità deve essere considerato embrione umano «qualunque ovulo umano sin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi ed a svilupparsi»[20]; b) il divieto di brevettare le «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali» (art. 6, co. 2, lett. c, della direttiva) include le utilizzazioni per fini di ricerca poiché «il fatto di accordare a un'invenzione un brevetto implica, in linea di principio, lo sfruttamento industriale e commerciale delle stessa» e, pertanto, nel caso di specie, degli embrioni utilizzati; c) contrasta con il valore della dignità e, dunque, non può essere oggetto di brevetto un procedimento che utilizza un materiale biologico di partenza ottenibile solo mediante la previa distruzione di embrioni umani.

Queste conclusioni correggono la rotta tracciata dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel 2001 poiché ammettono che il tessuto normativo della direttiva 98/44/CE presenta delle lacune che vanno al più presto colmate al fine di evitare l'affermarsi di soluzioni interpretative non pienamente conformi al valore della dignità umana. Al pari dei giudici statunitensi, anche i giudici europei ritengono che la soluzione vada ricercata nei valori di vertice dell'ordinamento, ma la Corte di Giustizia fa un ulteriore passo avanti perché non si limita – come la Corte Federale d'oltreoceano – ad utilizzarli per orientare l'interpretazione di norme esistenti (nel caso Myriad

19 In Italia V. Durante, *La 'semantica dell'embrione' nei documenti normativi. Uno sguardo comparatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 63 ss., aveva già segnalato che il termine 'embrione' viene utilizzato nei testi normativi europei ed internazionali in modo disomogeneo.

20 La Corte di Giustizia, nella più recente pronuncia del 18 dicembre 2014 resa sul caso *International Stem Cells*, ha in parte corretto il tiro poiché ha affermato che un ovulo umano non fecondato, indotto a dividersi secondo la tecnica della partenogenesi, non costituisce 'embrione umano' e può, pertanto, essere oggetto di brevetto. Per un commento al riguardo v. V. Ranaldi, *Embrione e brevetto biotecnologico nell'Unione europea alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Osservatorio internazionale e diritti umani*, 2015, 228 ss.

le norme reinterpretate sono state quelle poste a distinzione della scoperta non brevettabile dall'invenzione brevettabile), ma ad applicarli direttamente per colmare un vuoto normativo.

Da siffatta prospettiva, i giudici europei plasmano *ex novo* un'ampia nozione di embrione che sottrae all'area delle invenzioni biotecnologiche brevettabili tutti gli embrioni umani – nativi o creati in laboratorio – sin dalla fecondazione o dalla prima divisione cellulare. Ciò al fine di ridimensionare drasticamente i pericoli di oggettivazione e commercializzazione della vita umana allo stadio iniziale e tracciare in modo ampio i contorni di una nozione delicatissima, qual è quella di embrione umano, della quale i legislatori e gli interpreti nazionali dovranno tener conto in futuro, sia in sede di applicazione delle norme in materia di invenzioni biotecnologiche, sia in sede di applicazione di altri ambiti disciplinari relativi ad attività concernenti le radici della vita (si pensi, ad esempio, alle regole sulla fecondazione medicalmente assistita).

5. L'esperienza giurisprudenziale descritta mette in luce l'esistenza di significativi profili di attrito tra la tradizionale struttura della proprietà intellettuale e le invenzioni che hanno ad oggetto materiali biologici. In particolare, evidenzia che l'applicazione delle tradizionali tutele brevettuali alle invenzioni biotecnologiche comporta il grave rischio di «ritagliare porzioni sempre più ampie del parco collettivo di conoscenza e assoggettarle alla logica dell'appropriazione esclusiva e dello sfruttamento di mercato»[21]. Con tutto ciò che ne consegue anche in termini di oggettivazione degli esseri viventi, di lesione della dignità umana e della vita e di limitazione della libertà di scienza[22].

Le esaminate pronunce mettono in luce, quindi, l'incongruità della originaria scelta legislativa di applicare, seppur con correttivi, la tradizionale disciplina brevettuale alle invenzioni biotecnologhe. Ma evidenziano, altresì, gli sforzi che gli interpreti stanno facendo, in Europa come negli Stati

21 G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, cit., 283

22 Sul punto, seppur in relazione ad un più ampio campo di indagine, appaiono ancora attuali le osservazioni svolte da N. Irti, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 339. Assai rilevanti sono altresì le riflessioni di S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, *Ambito e fonti del biodiritto*, I, cit., 207 ss. e L. Chieffi, *Biotecnologie e valori costituzionali*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, cit., 9 ss.

Uniti, per ridimensionare detto rischio attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme vigenti.

Invero, nel quadro delle moderne democrazie costituzionali e delle moderne economie di mercato di stampo capitalista non è realistico pensare di affrancare la tutela delle invenzioni biotecnologiche dalla logica dell'appropriazione. Tuttavia, proprio l'esperienza giurisprudenziale esaminata dimostra quanto sia necessario perlomeno ridefinire, ad opera del legislatore ed in modo specifico per le biotecnologie, la linea di confine tra scoperte (non brevettabili) ed invenzioni (brevettabili) in modo da evitare l'oggettivazione e la commercializzazione delle informazioni relative alle radici della vita, e da consentire ai ricercatori di avvalersi della tutela brevettuale per le sole applicazioni tecniche approntate in base alle nuove conoscenze acquisite[23].

La soluzione appena illustrata, cui paiono ispirarsi in modo più o meno esplicito tutte le pronunce esaminate, sembra allo stato la più convincente perché pare idonea a contemperare adeguatamente l'interesse economico dei ricercatori e dei loro finanziatori con i valori fondamentali della dignità umana, della vita e della libertà di scienza.

Rimane il fatto, tuttavia, che essa è di difficile attuazione sul piano normativo e pratico. Anzitutto perché la linea di confine tra scoperte e invenzioni biotecnologiche può subire delle significative oscillazioni in ragione dei progressi scientifici e degli esiti di nuove ricerche; e poi in quanto la ridefinizione di detta linea di confine necessariamente implica un'opera di revisione della tradizionale categoria dei «beni comuni» che, lungi dall'essere limitata ai beni sottoposti a regime demaniale, andrebbe ampliata fino ad includervi le informazioni e le conoscenze che nella società contemporanea sono ormai fondamentali per consentire agli individui di realizzare pienamente la loro personalità come singoli e nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.)[24].

---

23 In tal modo, osserva Resta, op. ult. cit., 307, si doterebbe «d'immediata forza precettiva quella formula simbolica – del genoma come "patrimonio comune dell'umanità"- contenuta nella Dichiarazione Universale sul genoma e i diritti umani». Il riferimento è, evidentemente, a UNESCO, *Universal declaration of the human genome and human rights*, dell'11 novembre 1997, in *Resolution* AIRES/53/152 del 9 dicembre 1998.

24 G.Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, cit., 307. Ma sui beni comuni vedi anche S. Vezzani, *Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui «global commons»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 433 ss.

Il primo ostacolo, invero, può essere superato facendo sì che il legislatore, nella sua opera definitoria, sia affiancato da biotecnologi esperti. Inoltre, in applicazione di una tecnica legislativa già nota e collaudata, può prevedersi un meccanismo di periodica verifica ed aggiornamento dei criteri tecnici adottati.

Più arduo e delicato si palesa, invece, il compito di ammodernare la tradizionale categoria dei «beni comuni» poiché la definizione dei contorni di tale categoria è strettamente dipendente da complesse opzioni ideologiche relative alla nozione di proprietà ed alla sua funzione sociale[25].

Qui, evidentemente, non è possibile esaminare i problemi sorti in tale ultimo complesso campo di indagine. Peraltro, stante quanto osservato in precedenza, è perlomeno possibile concludere rilevando che ogni futuro intervento di riforma o correzione della disciplina in materia di invenzioni biotecnologiche potrà dirsi idoneo ad affrontare e, magari, a risolvere, in tutto o in parte, le questioni finora esaminate solo se riesca ad individuare sul piano della categoria dei «beni comuni» un punto di idoneo contemperamento tra i nuovi bisogni di protezione della persona umana e gli interessi, anche patrimoniali, sottesi alla libertà di ricerca.

25 Cfr. l'ampia analisi di U. Pomarici, *Beni comuni*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino, 2012, 1 ss.

Gianluca Attademo

LA FRONTIERA DEL QUOTIDIANO: LE STAMINALI CORDONALI TRA SCIENZA, ETICA E DIRITTO

Sommario: 1. Introduzione: vulnerabilità e rischio. 2. La tecnologia in oggetto. 3. I documenti dei comitati nazionali ed internazionali di bioetica. 4. La normativa italiana. 5. La controversia pubblico-privato nel dibattito italiano. 6. Il modello spagnolo. 7. Conclusioni: un'arringa per la solidarietà.

> «In definitiva, la riduzione della capacità di scelta non nasce tanto dall'impossibilità di prevedere le conseguenze future delle nostre decisioni. L'incertezza del futuro, presa in sé, non costituisce il vero punto critico per i vulnerabili di oggi. La scelta diviene invece difficoltosa a causa del modo in cui il futuro opera sul presente. Se al futuro si guarda con l'attenzione concentrata sui potenziali di rischio, sulle minacce incombenti, esso agisce come fonte di un'ansia e di una preoccupazione che rendono impotenti. I rischi, più che da assumere, sono da evitare. Le scelte da prendere in considerazione sono esclusivamente scelte negative, che consentono di evitare, fronteggiare, resistere. Non sono le decisioni a governare l'assunzione del rischio, ma è il rischio a sovrastare le potenzialità di scelta dei soggetti. Più che senza futuro, i vulnerabili di oggi sono sovrastati dal futuro, hanno il loro presente compresso dall'ansia di ciò che possono perdere»[1].
>
> Costanzo Ranci, 2002

1. «La paura è là, intenta a saturare quotidianamente l'esistenza umana mentre la *deregulation* penetra fino alle fondamenta e i baluardi difensivi della società civile cadono a pezzi. La paura è là, e attingere alle sue riserve, apparentemente inesauribili e riprodotte con ansia per ricostituire un capitale politico consumato, è una tentazione alla quale molti politici trovano difficile resistere. Ed è bene radicata anche la strategia di capitalizzare la paura, una tradizione che risale ai primi anni dell'assalto neolibe-

1 C. Ranci, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in *Rass. Ital. Sociologia*, 2002, 542.

rista allo Stato sociale»[2]. Se Zygmunt Bauman attribuisce queste strategie principalmente al mondo della politica vorrei invece, nella pagine seguenti, identificare come «capitalisti della paura» precisi soggetti economici e cioè le banche private di cellule staminali cordonali[3].

Ritengo che la conservazione delle staminali da cordone per uso autologo, servizio vietato in Italia, ed offerto attraverso agenzie di intermediazione, possa essere interpretato come una risposta del mercato all'incessante bisogno degli individui contemporanei di fronteggiare l'ignoto, suggerendo la possibilità di prevedere l'incalcolabile. «L'intreccio di paura e azione ispirate dalla paura, con la sua capacità di riprodursi autonomamente, è il meccanismo che più si avvicina al modello sognato dal *perpetuum mobile*. Il terreno su cui poggiano le nostre prospettive di vita è notoriamente instabile, come sono instabili i nostri posti di lavoro e le società che li offrono, i nostri partner e le nostre reti di amicizie, la posizione di cui godiamo nella società in generale e l'autostima e la fiducia in noi stessi che ne conseguono. […] Incapaci di far rallentare il ritmo sbalorditivo del cambiamento, e tanto meno di prevederne e controllarne la direzione, ci concentriamo sulle cose che possiamo (o crediamo di potere, o ci hanno garantito che possiamo) influenzare: cerchiamo di calcolare minimizzare il rischio che corriamo personalmente, o chi in quel momento ci è più vicino o più caro, il rischio di cadere vittime degli infiniti e innumerevoli pericoli che ci riservano il mondo impenetrabile e il suo futuro incerto. In altre parole, cerchiamo dei bersagli di *riserva* sui quali scaricare l'eccesso di paura esistenza che non riesce a sfogarsi in modo naturale»[4]. È lo stesso Bauman, d'altronde, a sostenere che, in analogia al capitale liquido, il capitale della paura possa essere indirizzato verso «qualsiasi tipo di profitto, commerciale o politico»; il mercato che si delinea vede dunque l'«*incolumità personale* diventare uno dei principali, se non *il* principale *selling point* in tutti i tipo di strategie di marketing»[5].

---

2 Z. Bauman, *Il demone della paura*, Roma-Bari, 2014, 7/8.

3 «Probabilmente anche nel caso delle cellule staminali cordonali gli annunci di nuove terapie hanno precorso la realtà operativa, allargando il divario tra attese dei pazienti e realtà clinica e rendendo sempre più necessaria la diffusione di una conoscenza corretta in questo ambito, sia da parte degli esperti sia da parte dei potenziali destinatari di queste nuove tecniche» (Pontificia Academia Pro Vita, *Le banche di cordone ombelicale*, 2013, 8). Nella stessa prospettiva Martin et. Al. utilizzano l'espressione "*capitalizzare la speranza*" cfr. P. Martin, N. Brown, A. Turner, *Capitalizing Hope: the commercial development of umbilical cord blood stem cell banking*, in *New Gen. and Soc.*, 2008, 27, 127/143.

4 Z. Bauman, *op. cit.*, 16/17.

5 *Ivi*, 19.

Questa cura per la *incolumità personale* non è l'hobbesiana «*paura della morte violenta*», tarlo dell'uomo del Seicento alle prese con i processi di strutturazione dello stato laico e della società pluralista. Secondo Marc Augè, infatti, ciò che paralizza non sono rischi dal volto definito, bensì la "superstizione" che le singole minacce concrete siano «tutte insieme presenti nella nostra vita, mescolate e confuse»[6]. Per definire la novità di questo processo l'antropologo francese utilizza l'espressione «matassa della paura». La «matassa della paura» annoda a sé le esistenze degli individui, alimentandosi di se stessa; in questo modo la *vulnerabilità* si delinea contemporaneamente come caratteristica dei soggetti e condizione di funzionamento dell'intero sistema.

«La vulnerabilità psicologica delle famiglie alla promozione emotiva nel momento della nascita di un bambino tende ad accentuare le preoccupazioni su rischi veri e presunti di malattie per il bambino, e a far credere che il sangue del cordone ombelicale possa rappresentare una specie di panacea terapeutica per qualunque» malattia, per cui "non si è buoni genitori se non si mette da parte il cordone del figlio"»[7]. Il principio di autonomia, e la pratica del consenso informato, subiscono, in questo contesto, un forte ridimensionamento: «it's evident that such forms of coercion do not destroy the capacity to choose freely, but they do weaken its rational foundation and the effective range of its operation»[8].

2. Le proprietà rigenerative delle cellule staminali emopoietiche (CSE) sono state impiegate con successo nei trapianti di midollo osseo (BM- *bone marrow*) sin dalla fine degli anni '50; il progresso della ricerca biomedica ha consentito negli anni recenti il prelievo di CSE dallo stesso cordone ombelicale.

Oggi si è giunti ad impiegare con successo in oltre 70 indicazioni le cellule staminali emopoietiche rinvenute nel sangue cordonale (UCB – *umbilical cord blood*); tra queste: tumori maligni del sistema emopoietico e linfatico, disordini metabolici, immunodeficienze, etc.[9]. Il primo trapianto

6 M. Augè, *La matassa delle paure*, intervista di F. Gambaro in *La Repubblica* del 28/01/2013, ora in Z. Bauman, *op. cit.,* 54.

7 L. Contu, *Il Dibattito sul Sangue del Cordone Ombelicale: a chi e a che cosa serve la conservazione privata del sangue cordonale ?*, documento adoces, 2011, 1.

8 M. Serrano-Delgado, B. Novello Garza, E. Valdez- Martinez, *Ethical issues relating to the banking of umbilical cord blood in Mexico*, in *BMC Medic. Eth.*, 2009, 12, 6.

9 V. Reimann, U. Creutzig, G. Kögler, *Stem Cells Derived From Cord Blood in Transplantation and Regenerative Medicine*, in *Deut. Ärzteblatt Int.*, 2009,

con sangue da cordone risale al 1988 come terapia per un paziente affetto dall'anemia di Fanconi. Il successo di questo trapianto dimostrò che un singolo cordone conteneva una quantità sufficiente di cellule (per un ricevente in età pediatrica), che il prelievo era del tutto innocuo per la madre e il bambino e che queste cellule, nonostante una necessaria crioconservazione e successivo scongelamento, una volta trapiantate, mantenevano le loro proprietà[10]. Dopo dieci anni, nel 1998, per studiare le buone pratiche e definire uno standard internazionale venne istituito il registro europeo Netcord. Nel 2000 uno studio del Gruppo Europeo per il Trapianto di Sangue e Midollo Osseo[11] provò definitivamente che il rischio di GVHD (malattia del trapianto contro l'ospite) nell'impiego di UCB è ridotto rispetto a BM, aprendo la strada a ricerche che negli anni successivi hanno dimostrato l'applicabilità del trapianto allogenico in tutte le indicazioni per il trapianto di staminali ematopoietiche.

Si consideri che nel 2000 su un totale di 251 trapianti compiuti in Italia poco più del 10% erano stati eseguiti utilizzando UCB, cifra che nel 2008 era arrivato a un picco del 19% (su un totale di 648) e che nel 2013 si colloca al 7% (su un totale di 749)[12]. A livello mondiale si può affermare che nel 2012 i trapianti da staminali emopoietiche del cordone rappresentavano un quinto del totale[13].

I campioni di sangue cordonale sono reperibili molto più velocemente dei campioni di midollo (in due giorni di lavoro per situazioni di emergenza); infatti mentre nel caso del midollo il campione deve essere prelevato una volta accertata la compatibilità con il potenziale donatore iscritto al registro, nel caso del sangue cordonale il campione è già disponibile (crio-

831/832; Si veda la recente – aprile 2014 – lista della indicazioni della Società tedesca dei trapianti (*Deutsche Arbeitsgemeinschaft für Knochenmark- und Blutstammzelltransplantation*) alla pagina http://www.dag-kbt.de/content/public/Indikationsliste-DAG.pdf.

10 Cfr. E. Gluckman, A. Ruggeri, F. Volt, R. Cunha, K. Boudjedir, V. Rocha, *Milestones in umbilical cord blood transplantation*, in *Brit. Jour. Haem.*, 2011, 442.

11 Cfr. *Ivi*, 444.

12 Per interpretare questa apparente flessione bisogna considerare anzitutto la crescita in termini assoluti del numero di interventi ed inoltre l'evoluzione delle tecniche di prelievo dei campioni BM; infatti al prelievo del midollo dalla cresta iliaca si è affiancata la, meno invasiva, procedura aferetica (in questa modalità la percentuale è passata dal 3% del 2000 al 47% del 2008 e infine al 61% del 2013) Cfr. IBMDR, *Report delle attività*, 2013, 26..

13 Cfr. CCNE, *Opinion n. 117, Use of stem cells derived from umbilical cord blood, the umbilical cord itself and the placenta; their storage in biobanks. Ethical issues*, 2012, 6.

conservato) nelle banche. Questa reperibilità immediata si affianca quindi all'altra importante qualità dei campioni di sangue cordonale cioè la maggiore istocompatibilità dovuta alla immaturità delle cellule. È stato dimostrato che in alcune condizioni il sangue cordonale può essere trapiantato con successo anche se donatore e ricevente non sono al 100% compatibili. È stato calcolato (relativamente ad un paese europeo, quindi con poca variabilità genetica) che per una popolazione di circa sessanta milioni basterebbe una disponibilità di circa 50.000 campioni (quindi uno a mille ca.) per un coprire la quasi totalità (96%) dei trapianti[14].

La continuità tra queste tecnologie (il trapianto di midollo e il trapianto di staminali cordonali) è evidente; c'è stata, tuttavia, una interessante continuità anche nel modo in cui è stato disciplinato il loro impiego. Considerate infatti l'efficacia e l'applicabilità in molteplici indicazioni del trapianto allogenico, si è seguita come via maestra per la regolamentazione di entrambe le tecnologie, quella della destinazione solidaristica (la donazione). Per questi motivi, in una mozione del luglio del 2007, il CNB ha espresso «l'auspicio che la rinnovata disciplina giuridica della conservazione e dell'utilizzo delle cellule staminali derivate da cordone ombelicale risulti coerente con i principi e le norme relativi alle attività trasfusionali ed alla produzione nazionale di emoderivati, che consente la donazione – senza equivoci sulla sua volontarietà e gratuità – di sangue da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato ed accertamento dell'idoneità fisica del donatore, nonché rispettando il principio della non commerciabilità del corpo umano in quanto tale»[15].

Oggetto del presente lavoro è la questione bioetica suscitata dalla conservazione per uso autologo dei campioni, una scelta alternativa alla donazione (conservazione per uso allogenico) che sempre più frequentemente le coppie intraprendono al termine di una gravidanza. Questa pratica, oltre ad esprimere valori del tutto differenti, è stata oggetto di critiche da parte di numerosi comitati di bioetica nonché da larga parte della comunità scientifica.

3. Nel 2002 il CCNE (*Comité consultatif National d'Etique*), il comitato nazionale per la bioetica francese, definisce la pratica della conservazione ad uso autologo come ispirata ad una «*sconsiderata estensione del princi-*

14 S. Querol, G. Mufti, S. Marsh, A. Pagliuca, A. Little, B. Shaw, *Cord blood stem cells for hematopoietic stem cell transplantation in the UK: how big should the bank be?* in *Haemat.*, 2009, 536/41.

15 CNB, *Mozione del comitato nazionale per la bioetica sulla raccolta, la conservazione e l'utilizzo di cellule staminali derivate da cordone ombelicale*, 13/07/2007, 2.

pio di precauzione»[16] e quindi solleva il dubbio che essa stabilisca obiettivi illusori e connessi più al mercato che ad esigenze terapeutiche scientificamente definibili. Il comitato ravvisa nella scelta della conservazione per uso autologo un attentato al cuore pulsante della società («*the gravest danger is for society in so far as setting up such banks is likely to contradict the principle of solidarity, without which no society can survive*»[17]), che strumentalizza la salute dei bambini e alimenta speranze utopistiche. Viene inoltre scartata l'ipotesi di una gestione pubblica di queste riserve; è vero che l'intervento dello stato garantirebbe da «*discrimination based on wealth*» ma i costi «*spropositati*» commisurati alla praticamente nulla probabilità di impiego costituirebbero una futile priorità. La futilità di tale investimento sarebbe, scrive ancora il CCNE, «*a provocation in the eyes of the very poor, in particular in the Southern hemisphere*»[18].

È a partire da una rassegna di posizioni tra le quali ha un ruolo centrale questo documento francese che, nel 2004, si pronuncia anche il «Gruppo Europeo per l'Etica delle scienze e delle nuove tecnologie» (EGE), definendo una lista di principi fondamentali a partire dai quali impostare la questione della conservazione del sangue cordonale. Nell'ordine: il principio di non commercializzazione del corpo umano (che, scrivono gli autori, deriva da quello di rispetto per la dignità e l'integrità umana); il principio di autonomia ed il conseguente diritto al consenso informato; i principi di solidarietà e giustizia per quanto riguarda l'accesso alle cure mediche; il principio di beneficenza ed infine il principio di proporzionalità. «*The values of freedom and free enterprise can conflict with the principles of solidarity and justice, according to which access to healthcare should be on an equitable basis and based on realistic needs, as well as with the principle of protection of vulnerable groups*»[19]. Rilevato questo conflitto di valori il documento prende una netta posizione sulla legittimità delle banche per uso autologo: «*they sell a service, which has presently, no real use regarding therapeutic options. Thus they promise more than they can deliver*»[20]. Tuttavia proprio sulla base del principio di libertà d'impresa – conclude il documento – l'attività delle banche, pur sollevando serie riserve di tipo etico, non può essere messa al bando; di conseguenza gli autori

16 Cfr. CCNE, *Umbilical cord blood banks for autologous use or for research*, Opinion n. 74, 2002, 8.
17 *Ivi*, 9.
18 *Ibid*.
19 EGE, *Ethical aspects of umbilical cord blood banking*, Opinion n. 19, 2004, 17.
20 *Ivi*, 20.

del documento sottolineano l'esigenza di regole di controllo in particolare sulla pubblicità del prodotto.

Il CIDT (*Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes*), nato a Salamanca nel 2005 per coordinare le *policy* dei trapianti dei ministeri della salute di quattordici paesi (tra i quali la Spagna, l'Argentina e il Brasile), nella sua prima riunione ufficiale, a Mar de la Plata nel novembre dello stesso anno, suggerisce di incoraggiare la donazione volontaria e altruistica e di scoraggiare «*por los países miembros la promoción de la donación para uso autólogo y el establecimiento de los Bancos para este uso*»[21].

«"*Science is always uncertain, but law can always be revised"*»[22] con questa citazione del parere del 2002 nel 2012 il CCNE torna sull'argomento con il parere n. 117; trenta pagine contro le tredici del primo documento per discutere diversi aspetti della questione e introdurre una importante distinzione tra la conservazione del sangue cordonale e quella dell'"*afterbiths"* (placenta e annessi) nella prospettiva di una promozione della ricerca sulle cellule mesenchimali[23].

Il punto di partenza deve essere la risoluzione di una contraddizione "*eticamente evidente*"[24], quella che si origina dalla confusione circa i ruoli dei soggetti coinvolti nella raccolta immediatamente dopo il parto. O si destinano risorse specifiche, e il documento elabora in questo senso una analisi dettagliata nell'allegato n. 5, o si rischia che l'attenzione si sposti, in sala parto, dalla cura della puerpera e del neonato alla raccolta del sangue cordonale e dell'*afterbiths*. Il parere prende in esame, in maniera dettagliata, la questione dei costi e conclude che a disincentivare la raccolta è anche

21 CIDT, *Sobre Bancos Autólogos De Células De Cordón Umbilical*, Recomendación Rec – Cidt 1, 2005, 4.

22 CCNE, Opinion n. 74, cit., p. 9; ID., *Use of stem cells derived from umbilical cord blood, the umbilical cord itself and the placenta; their storage in biobanks. Ethical issues*, Opinion n. 117, 2012, 8.

23 Nella gelatina del cordone ombelicale sono presenti cellule staminali mesenchimali primitive rispetto alle MSC del midollo osseo e del sangue cordonale. Queste cellule hanno maggiore capacità differenziativa, proliferativa e immunomodulante delle MSC midollari e del sangue cordonale. «*The importance and potential of MSCs in this respect is illustrated by the fact that, in the last ten years, the National Library of Medicine of the NIH of the United States contains references to over 6,000 international scientific publications responding to the key words «regenerative medicine and stem cells». Almost a quarter of these articles relate to MSC*s»(CCNE, Opinion n. 117, cit., 26).

24 «*No conflict of interest between harvesting cord blood (particularly if payment is involved) and the health caring attention owed to mother and child can be allowed to exist. Removing the existence of this contradiction, ethically patent, implies the funding of extra staff in the maternity departments*». *Ivi*, 11.

il fatto che a fronte di un *income* di 90 euro per campione i dipartimenti di maternità dello stato impiegano circa 200 euro di risorse (somma ottenuta considerando le risorse umane e materiali impiegate). E gli aspetti problematici non si limitano alla raccolta; una volta conservato un campione (il cui costo complessivo di raccolta e conservazione si aggira sui 2500 euro) viene venduto alla struttura che lo acquista per il trapianto ad un prezzo di circa 8000 euro. Le ragioni di questo incremento sono molteplici ma la principale (come viene chiarito in una noticina di fine pagina 14) è volta al finanziamento delle stesse biobanche statali. Accanto a queste cifre merita menzione la somma per l'acquisto di un campione dall'estero che costa ad una struttura francese tra i 25000 e i 45000 dollari americani[25].

Il parere interviene, inoltre, nel dibattito circa la utilità della conservazione autologa del sangue e lo fa sostanzialmente riconfermando la legittimità delle raccomandazioni già proposte, anzi suggerendo che la denuncia della pubblicità ingannevole avvenga «con più forza»[26]. Il paradosso rilevato è, infatti, che pur rimanendo unanime il giudizio della comunità scientifica nel decennio trascorso, pubblicità fuorvianti e infondate siano state al centro delle strategie di marketing delle banche autologhe private for-profit («*privately owned and for-profit autologous blood banks*») e abbiano condotto le future madri ad atteggiamenti illogici, oltre che non solidali[27]. Si suggerisce, inoltre, che lo stato finanzi (almeno in parte) la conservazione «familiare», quest'ultima viene quindi a essere differenziata sia dall'uso allogenico che dall'uso autologo (come in effetti è nella normativa italiana, cfr. *infra*). Il documento apre inoltre alle possibilità, nel breve o medio

25 Cfr. N. Brown, L. Machin, D. Mcleod, *Immunitary bioeconomy: the economisation of life in the international cord blood market*, in *Soc. Sci. Med.*, 72, 2011, 1115/1122. Gli autori interpretano le *policy* del mercato transnazionale dei campioni di UCB attraverso le categorie biopolitiche di *immunitas* e *communitas* analizzate da Roberto Esposito e concludono: «*the international trade in CB is not necessarily a freely given expression of common community. It is instead a form of protection for the trade's participants from the vulnerabilities of being dependent on an import market in premium goods. Being able to export valuable units eases the cost burden associated with buying CB on the international market. What we want to document in this paper are the newly emerging arrangements for structuring the availability and trade in, an immune-system resource that is the basis of a globalised community built on CB*» (1116).

26 «*CCNE considers today that there is no call for substantial change to its Opinion N°74 as regards its general economic thrust, its contents and recommendations insofar as they apply to cord blood harvesting.[…]The criticism denouncing deceptive advertising in this Opinion is still pertinent and, in fact, it should be voiced more strongly in today's context*» CCNE, Opinion n. 117, *cit.*, 8.

27 *Ivi*, 13.

periodo, di sviluppi della ricerca applicata in campo farmacologico e nella medicina rigenerativa; quindi in virtù di questi sviluppi il CCNE propone di rivedere il divieto assoluto di conservazione per uso autologo e soprattutto di supportare queste linee di ricerca con fondi statali[28].

La normativa in vigore in Spagna (2006) rende i campioni delle banche private accessibili per le necessità delle banche pubbliche; di tale soluzione si discuterà più avanti, si riportano qui le raccomandazioni del rapporto congiunto dei comitati nazionali spagnolo (*Comité de Bioética de España*) e portoghese (*Conselho Nacional de* Ética *para as Ciências da Vida*) del 2012[29]. Anche questo parere si esprime con forza contro la pratica della conservazione autologa nelle banche private, sia per la qualità e la selezione dei campioni, sia per le assurde pretese di applicazione e le violente strategie di marketing rivolte a un pubblico che attraversa una fase particolarmente vulnerabile della propria esistenza. In conclusione i comitati iberici scoraggiano l'uso autologo dei campioni «*as they compete with samples available for allogeneic transplant, consequently harming the common good*»[30].

«La problematica principale che si pone a distanza di circa 30 anni dalla nascita della prima banca cordonale è fondamentalmente di natura etico-sociale e fa riferimento in primo luogo all'opportunità di investire una certa quota delle risorse attuali della società per la conservazione del sangue cordonale attraverso le "banche". Accanto a questo aspetto, si pone immediatamente la necessità di definire le modalità operative delle banche cordonali […] La problematica oggi evidente agli occhi di tutti, infatti, è che non solo le banche private, ma anche quelle pubbliche possono allontanarsi dallo spirito solidaristico che muove alla donazione del sangue cordonale, per tramutarsi primariamente in una attività a scopo di profitto, con la conseguente strumentalizzazione dell'atto di donazione e discriminazione sul piano sociale, in relazione alla distribuzione dei benefici terapeutici offerti dall'utilizzo delle cellule del sangue cordonale»[31]. I rilievi del documento della Pontificia Accademia delle Vita del 2013 esplicitano i dubbi[32] sollevati dal CCNE

28 Cfr. *Ivi*, 18.

29 CBE – CNECV, *Opinion on blood and tissue banks of the umbilical cord and placenta, A joint report by the Spanish Bioethics Committee and the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences,* 2012.

30 *Ivi*, 17.

31 Papv, *op. cit.*, 9.

32 Cfr. anche C. Petrini, *Umbilical cord blood banking: from personal donation to international public registries to global bioeconomy,* in *JBM*, 5, 2014, 87/97.

nel 2012; tuttavia, se si esclude qualche passaggio molto efficace come quello riportato, nel documento hanno un ruolo centrale l'analisi della razionalità clinica dei trapianti da staminali cordonali (che conduce a quella che viene definita «giustificazione etica della creazione delle banche cordonali in relazione alla loro utilità clinica»[33]), nonchè la critica alla informazione definita «spesso confusa o persino erronea», e trova proporzionalmente molto meno spazio una affermazione propositiva del valore della donazione. Nel merito della controversia banche pubbliche-private gli estensori sottolineano che «se si considera che anche il denaro privato ha una funzione sociale, allora ci si dovrebbe chiedere se questi 2.400 milioni di euro, anche se provenienti da individui privati, potrebbero essere impiegati per scopi di maggiore rilevanza sociale, anche all'interno dello stesso ambito sanitario»[34]. In conclusione gli autori, ritenendo non individuabile un «argomento etico veramente determinante» da opporre alla possibilità di conservazione autologa nelle biobanche, formulano un appello, invero generico e tutto sommato blando, ai principi di giustizia e solidarietà sociale[35]. La questione è complessa e non può essere risolta in questa sede tuttavia ritengo molto problematica questa ricerca dell'"argomento determinante" perché rischia di sovrapporre il piano della argomentazione tecnico scientifica a quello della argomentazione etico-giuridica ed inoltre suggerisce l'idea che l'assenza di una tavola di valori chiaramente definita costituisca una *impasse* insuperabile per i processi normativi.

In conclusione di questa rapida rassegna di documenti di comitati nazionali ed internazionali si consideri che, come scrive Carlo Petrini, «otto su ventisette paesi europei hanno prodotto un totale di undici documenti, un totale significativo se paragonato alla produzione su temi di maggior rilievo»[36].

Carlo Petrini analizza efficacemente il plesso di problemi che sta sollevando la conservazione delle staminali a livello globale, in particolare sottolinea che «*it must be recognized that even in systems founded on unpaid and voluntary donations, the transfer of cells, tissues, blood, and organs from one country or continent to another generates the movement of not inconsiderable sums of money; as a consequence, there is an inevitable "impact of commercialization" in this field*» (95).

33 Papv, *op. cit.*, 27 ss.

34 *Ivi*, 45.

35 Cfr. *Ivi*, 55.

36 C. Petrini, *Ethical issues in umbilical cord blood banking: a comparative analysis of documents from national and international institutions*, in *Transfusion*, 53, 2013, 904.

4. Nella già citata mozione del 2007 il Comitato Nazionale per la Bioetica auspicava «la predisposizione di idonei strumenti di informazione del pubblico non specialistico in ordine alle realistiche applicazioni terapeutiche delle cellule staminali derivate da cordone ombelicale, confortate dagli sviluppi delle conoscenze scientifiche al riguardo, e la possibilità per i cittadini di accedere alle "biobanche" anche mediante la razionale distribuzione sul territorio di tali strutture»[37].

Oggi in Italia (dopo la proroga negli anni 2003-2007 della ordinanza del ministero della Salute che vietava l'istituzione di «banche per la conservazione di sangue da cordone ombelicale presso strutture sanitarie private anche accreditate»[38]) le attività delle banche di sangue da cordone ombelicale sono disciplinate

dal Decreto Legislativo 191/2007 che, recependo la Direttiva europea 2004/23/CE, definisce i *Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici per le Banche di sangue da cordone ombelicale*[39];

e da due decreti del ministero della Salute in vigore dal 18/11/2009, che discendono dalla Legge quadro 219/2005. Il primo (09A15290) stabilisce le disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale[40], mentre il secondo (09A15289) predispone l'istituzione di una rete italiana di banche per la conservazione di sangue cordonale a fini trapiantologici[41].

37 CNB, *op. cit.*, 2.

38 Ministero della Salute, Ordinanza 11/1/2002, *Misure urgenti in materia di cellule staminali da codone ombelicale*, G.U. n. 31 del 6/2/2002. Si veda la Sentenza TAR Lazio n° 12384/2002 con la quale viene ribadito che, facendo riferimento alla vigente normativa in materia di trapianti, è possibile «per la persona fisica cui appartengono le cellule» (la madre) esprimere la volontà di donare ma non è consentito «salvo che la legge espressamente non disponga altrimenti, predeterminarne la persona del ricevente, per evidenti ragioni di solidarietà sociale costituzionalmente rilevanti».

39 D.lgs. n. 191 del 6/11/2007, *Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*, G.U. n. 261 del 9/11/2007.

40 Ministero della Salute, d.m. 18/11/2009, *Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato,* G.U. n. 303 del 31/12/2009.

41 Id., d.m. 18/11/2009, *Istituzione di una rete nazionale di banche per la conservazione del sangue cordonale,* G.U. n. 303 del 31/12/2009.

Il DLgs 191/2007 demanda alle regioni (e province autonome) istituzione, autorizzazione, accreditamento e controllo delle banche (qui «istituti dei tessuti»[42]), individua i principi per la selezione e valutazione dei donatori (con attenzione specifica alle «attività di promozione e pubblicità a favore della donazione», che è «volontaria e gratuita»[43]), istituisce un registro nazionale degli eventi avversi e stabilisce gli standard di qualità e sicurezza. «Le "banche di sangue di cordone ombelicale" sono strutture pubbliche che costituiscono la Rete italiana delle banche per la conservazione di sangue da cordone ombelicale, secondo criteri riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale. Tutte le Banche istituite a tale fine, operanti nel mondo, inviano, anche attraverso i rispettivi registri nazionali, se presenti, informazioni relative alle cellule staminali in esse conservate, ad un Registro Internazionale, al quale accedono tutti i Centri Trapianto di midollo osseo per la ricerca di un donatore compatibile con un paziente che necessiti di trapianto»[44].

Il DM 18/11/2009 (09A15290), dopo aver definito la conservazione del sangue da cordone quale «interesse primario per il SSN» ed averla consentita «esclusivamente presso le strutture pubbliche», distingue due tipologie: «la conservazione di sangue da cordone ombelicale donato per uso allogenico a fini solidaristici» e «la conservazione di sangue da cordone ombelicale per uso dedicato al neonato con patologia in atto al momento della nascita o evidenziata in epoca prenatale, o per uso dedicato a consanguineo con patologia in atto al momento della raccolta o pregress […] o nel caso di famiglie a rischio di avere figli affetti da malattie geneticamente determinate»[45]. Inoltre il decreto autorizza una terza possibilità e cioè «l'esportazione di campioni di sangue da cordone ombelicale per uso personale ai fini della loro conservazione presso banche operanti all'estero»[46]. Si noti che la conservazione per uso dedicato è consentita solo per indicazioni «per le quali risulti scientificamente fondato e clinicamente appropriato l'utilizzo di cellule staminali da sangue cordonale» e che a questo proposito il Ministero si impegna ad aggiornare regolarmente l'elenco delle patologie trattabili (l'ultimo aggiornamento è dell'aprile

42 D.lgs. 191/2007, art. 3.
43 *Ivi*, art. 12.
44 Ministero della Salute, *FAQ – Uso appropriato del sangue da cordone ombelicale*, ultimo aggiornamento luglio 2013, disponibile on-line su http://www.salute.gov.it.
45 Id., d.m. 18/2009, "*Disposizioni…"*, art. 2 comma 3.
46 *Ivi*, art. 2 comma 9.

2014)[47]. Dopo aver quindi attribuito allo stato la gestione della conservazione per uso allogenico ed autologo-dedicato (quella che nel parere 117 del CCNE è definita «familiare»), aver dichiarato illegittime altre forme di conservazione[48] ed aver legalizzato la possibilità del trasferimento all'estero (nelle biobanche private) per uso autologo, il documento si chiude con il duplice divieto, sul territorio nazionale, di istituzione di banche private e di pubblicità connessa alle stesse[49].

Ai sensi dell'altro decreto (09A15289)del 2009, la rete italiana delle banche di sangue da cordone ombelicale è finalizzata alla «promozione della organizzazione delle banche di sangue cordonale secondo criteri qualitativi e quantitativi […] a garanzia [..] della rispondenza ai requisiti necessari per la cessione di unità di sangue cordonale ai fini di trapianto ematopoietico nell'ambito dei circuiti internazionali;» alla «definizione dei necessari flussi informativi […] e con le funzioni di «sportello unico» attribuite al registro nazionale dei donatori di midollo osseo»; alla «promozione di iniziative finalizzate alla formazione permanente e all'aggiornamento del personale»; alla «promozione della donazione e della raccolta del sangue da cordone ombelicale finalizzate al trapianto ematopoietico»; alla «promozione di studi e ricerche sulla raccolta, lavorazione, caratterizzazione e conservazione del sangue cordonale». La rete è inoltre finalizzata alla «promozione[…] di iniziative finalizzate alla presentazione della donazione solidaristica del sangue da cordone ombelicale alla popolazione, in particolare alle madri-donatrici; […] promozione […] di una corretta e chiara informazione ai cittadini in merito all'utilizzo scientificamente fondato e clinicamente appropriato del sangue cordonale»[50].

Le modalità dettagliate per il funzionamento delle banche, gli standard di qualità dei campioni, le modalità di acquisizione del consenso informato dalle partorienti, la raccolta, lo stoccaggio e il rilascio sono contenute nell'Accordo Stato Regioni del 29 aprile 2010[51] mentre le modalità

47 Id., d.m. 22/11/2014, *Modifiche e integrazioni al decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 18 novembre 2009, recante: «Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo dedicato»*, pubblicato in GU n° 137 del 16/06/2014.

48 Id., d.m. 18/2009, "*Disposizioni…",* art. 8.

49 *Ivi,* art. 3 comma 2.

50 Id., d.m. 18/2009, "*Istituzione …"*, art. 2.

51 *Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sull'esportazione di campioni di sangue da cordone ombelicale per uso autologo. (SALUTE) Accordo ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n.281, previsto dall'articolo 3, comma 1, dell'Ordinanza del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 26 febbraio 2009 recante: "Disposizioni in*

di esportazione dei campioni presso le banche operanti all'estero dopo rilascio di nulla osta della Regione (o Provincia autonoma) sono invece contenute nell'Accordo Stato Regioni del 20 aprile 2011[52].

Recependo pienamente le indicazioni dei comitati di bioetica, la normativa italiana dunque:

consente e promuove la donazione a fini solidaristici (uso allogenico);

consente e tutela l'impiego per la cura del neonato con patologia in atto o per i familiari con patologia in atto o a probabile insorgenza (uso autologo/dedicato);

vieta la conservazione in assenza di patologia trattabile, o di rischio di insorgenza, nel neonato o nei familiari (uso autologo).

5. Il veto imposto dallo Stato alla attività e alla pubblicità delle biobanche dà luogo a un paradossale effetto collaterale: spazi e modalità attraverso i quali queste aziende raggiungono i loro consumatori sono di fatto al di fuori del dibattito pubblico, ragion per cui, tranne che in qualche episodio[53], il controllo che il ministero e l'opinione pubblica possono arrivare ad avere sulla regolarità di questa informazione è praticamente nullo. Mentre i comitati di tutto il mondo si sono coralmente uniti nel dissuadere dalla conservazione del cordone per uso autologo e in Italia si è, nei fatti, sottratto alla sfera della discussione pubblica l'argomento, si assiste alla espansione[54] di questo mercato, che coinvolge soggetti in una fase particolarmente vulnerabile della loro vita.

---

materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale". (Rep. Atti n. 62/CSR del 29 aprile 2010).

52 *Accordo, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. 191/2007, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante: «Linee guida per l'accreditamento delle Banche di sangue da cordone ombelicale».* (Rep. Atti n. 75/CSR del 20 aprile 2011).

53 Nel 2011 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è ad esempio intervenuta impegnando formalmente sei società a modificare il loro materiale pubblicitario (brochure, sito internet) e fare chiarezza su «le reali applicazioni terapeutiche delle cellule staminali emopoietiche cordonali, la numerosità dei trapianti effettuati distinti nelle due tipologie (autologhi, […], e allogenici, […]), la garanzia della durata della conservazione dei campioni di sangue (15-16 anni) a fronte del periodo anche più lungo, 20/25 anni, relativo al servizio di conservazione offerto, la compatibilità genetica in ambito familiare e le problematiche da superare per l'eventuale rientro dei campioni in Italia per un loro utilizzo». Cfr. AGCM, *Comunicato stampa*, 24/10/2011.

54 Si consideri uno studio su 3450 donne in gravidanza dell'IRCSS Burlo Garogalo di Trieste, nel biennio 2010-2012, che presenta (come dato inferiore alla media nazionale a causa, tra l'altro, di un contributo ulteriore richiesto dalla regione

Proprio da una messa a fuoco di questa preoccupante tendenza prende l'avvio un consistente lavoro di critica alla scelta della conservazione per uso autologo a cura del presidente di ADoCeS (Associazione donatori cellule staminali), il genetista Licinio Contu, nel documento «*Il Dibattito sul Sangue del Cordone Ombelicale: a chi e a che cosa serve la conservazione privata del sangue cordonale?*»[55].

Contu distingue con decisione tra tipologie di raccolta e conservazione di UCB «utili per i malati» (cioè quelle offerte dal SSN «nel rispetto di tutti i criteri di sicurezza, idoneità e trasparenza stabiliti dalle norme europee e nazionali»[56]) e la tipologia offerta dalle banche private estere (e relative agenzie di intermediazione italiane) definita «inutile secondo il SSN, la scienza e i dati clinici obiettivi»[57]. Inutile secondo il confronto tra un calcolo teorico sui dati di incidenza delle malattie[58] e una disamina dei dati dei trapianti autologhi effettivi[59] che portano a considerare come irrisorie le probabilità di impiego dei campioni conservati per uso autologo. Ad avvalorare la interpretazione dei dati di Contu è la unanimità dei pareri delle società scientifiche (e in particolare degli ematologi pediatri) sul tema; accanto infatti ai documenti dei comitati di bioetica vanno menzionate i numerosi interventi sul tema della comunità scientifica internazionale[60].

Friuli) il 15 % di conservazione autologa presso biobanche estere. Cfr. S. Parco, F. Vascotto, P. Visconti, *Public banking of umbilical cord blood or storage in a private bank: testing social and ethical policy in northeastern Italy*, in *JBM,* 4, 2013, pp. 23–29.

55 L. Contu, *Il Dibattito sul Sangue del Cordone Ombelicale: a chi e a che cosa serve la conservazione privata del sangue cordonale ?*, Documento Adoces, 2011.

56 *Ivi,* 3.

57 *Ivi*, 4.

58 Teoricamente, argomenta Contu, si può partire dalla probabilità di «insorgenza nel bambino di una delle patologie con indicazione al trapianto autologo di CSE entro i primi 15 anni di vita» (nelle popolazioni occidentali): i dati vedono una oscillazione tra «un minimo di 1/250.000 (pari a 0.0004%) ad un massimo di 1/10.000 (pari a 0.01%). Il valore medio è intorno a 1/100.000 (0,001%), con una variazione, la più verosimile, che copre la grande maggioranza delle situazioni, da 1/50.000 (0,002%) a 1/150.000 (0,00066%)». *Ivi*, 6.

59 A questo calcolo "teorico" Contu affianca una rilevazione (al 2010) delle unità impiegate sul totale mondiale delle unità conservate nelle banche private (9/900.000 pari allo 0,001%). Questa rilevazione non è ben definita nella sua estensione temporale e quindi relativamente utilizzabile; indicazione che manca anche al dato di 60.000 unità esportate fuori dall'Italia al 2010 delle quali si sottolinea che nessuna è stata utilizzata. Cfr. *Ivi,* 7/8.

60 Cfr. almeno il *Position statement*: *Raccolta e conservazione del sangue cordonale in Italia* del 2011; questo documento è stato sottoscritto da aieop, aibt, gitmo, isct,

Tuttavia, preme sottolinearlo, le attività delle banche sono in crescita, e per spiegare questo situazione Contu analizza tre «strategie della persuasione». Secondo la prima nel mondo il numero dei trapianti autologhi di CSE sarebbe superiore a quello totale dei trapianti allogenici. È un dato però falsato perché calcolato sul totale dei trapianti quindi sommando UCB e BM[61]; risulta quindi evidente come questo approccio giochi sulla confusione tra trapianti di cellule emopoietiche in generale e trapianti di cellule cordonali. La seconda strategia poggia sulla inclusione «di studi sperimentali di terapia rigenerativa in malattie non ematologiche» nel totale dei trapianti autologhi; anche in questo caso si crea volutamente una confusione. La terza consiste nel prospettare usi possibili della unità per i familiari del neonato omettendo di precisare che «se la probabilità di utilizzo del SCO prelevato da un neonato sano appartenente ad una famiglia senza rischi particolari di malattie in cui è indicato il trapianto di CSE, è, […] 0.0010%-0.0013%, la probabilità che quello stesso SCO venga utilizzato da un fratello (o una sorella) del neonato è = 0.00025%-0.00032%»[62].

Interessante ai fini di una analisi del dibattito sono le critiche che Contu muove al documento «La conservazione del SCO per uso autologo» redatto da M. Busacca, M. Campogrande, A. Chiantera ed E. M. Ferrazzi nel 2011 per le società SIGO (Società Italiana di Ginecologia e Ostetricia), AOGOI (Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani) e AGUI (Associazione Ginecologi Universitari Italiani). Il documento giustificherebbe l'attività banche private estere e delle loro agenzie di intermediazione in Italia argomentando che «la probabilità di utilizzo da parte del bambino (autologo) e dei suoi familiari (allogenico familiare) in relazione alle patologie per le quali viene usato il sangue cordonale, ha oggi una possibilità di uno a dieci rispetto all'impiego allogenico non familiare ottenibile da staminali da donazione eterologa. Queste evidenze sono ben lontane dalla soglia dell'efficienza pure in un ambito ad alti costi terapeutici come l'oncologia e l'oncologia pediatrica. La scelta di impiegare risorse a questo scopo non può che essere in carico al privato»[63].

Il rapporto uno a dieci indicato è ricavato da dati europei di fonte autorevole (EBMT – European group for Blood and Marrow Transplantation) ma

---

SIGU, SIMTI, SIN, SIP, CNT, CNS, e condiviso da IBMDR, FNCO, ADISCO, ADOCES, ADMO, FIAGOP, FEDERFARMA.

61 L. Contu, *op. cit.,* 16.

62 *Ivi,* 17.

63 M. Busacca, M. Campogrande, A. Chiantera, E.M. Ferrazzi, *La conservazione del sangue cordonale per uso autologo*, draft manuscript, AOGOI – SIGO – AGUI, 2011, 15/16.

si propone di commisurare, secondo Contu, elementi non comparabili. La relazione "autologo + allogenico familiare / donazione eterologa = 1/10" (che si vuole utilizzare come prova della necessità di porre in carico al privato la conservazione autologa) pone infatti come numeratore unità altamente selezionate (a volte, come sappiamo, ottenute *ad hoc* tramite gravidanze pianificate) mentre al denominatore ha le unità casualmente donate. Inoltre, aggiunge il genetista, «è opportuno sottolineare che la tipologia di trapianto autologo di SCO data dal EBMT e utilizzata nel documento per calcolare la probabilità di impiego del SCO da parte del bambino, non ha nulla da vedere con la tipologia di trapianto autologo prospettato dalle banche private, e oggetto della controversia ubblico-privato (SCO di neonati malati raccolto e trapiantato senza bisogno di bancaggio, nel primo caso, e SCO di neonati sani bancato a lungo termine come misura profilattica, nel secondo caso)»[64]. La probalità di utilizzo di campioni conservati per uso autologo è, come si è visto, estremamente più bassa del rapporto 1/10 indicato; si tratta dunque di una probabilità non meramente «lontana dalla soglia dell'efficienza», come eufemisticamente scrivono gli estensori del documento SIGO, bensì tanto lontana da essere, praticamente, inutile. Nelle conclusioni Contu risponde, senza mezzi termini, alla domanda che dà il titolo al suo saggio: «l'attività svolta in Italia dalle banche private estere e dalle loro agenzie di intermediazione è utile esclusivamente a loro, e non ha alcuna valida giustificazione né medica, né sociale, né tanto meno etica»[65].

6. La gestione del sangue cordonale e della placenta è, scrive il politologo P. Santoro, «*a critical site of social change*» e per questo consente di osservare la trasformazione e ricomposizione di relazioni, associazioni ed istituzioni[66]. Secondo Santoro il caso spagnolo mostra in che modo «paradossalmente il tentativo di produrre una disciplina nazionale ampia e definita abbia portato allo sviluppo di un mercato transnazionale senza regole»[67]; nella sua analisi questa divaricazione mette in discussione il nesso tra stato-nazione, corpo sociale e solidarietà della popolazione, su cui si sono fondati i sistemi pubblici di donazione di organi e tessuti. Nella Unione europea le modalità di regolamentazione delle biobanche private sono

64 L. Contu, *op. cit.,* 21.
65 *Ivi,* 19.
66 P. Santoro, *Liminal Biopolitics: Towards a Political Anthropology of the Umbilical Cord and the Placenta,* in *Body and Society*, 17, 2011, 76.
67 P. Santoro, *From (public?) waste to (private?) value. The regulation of private cord blood banking in Spain*, in *Science Studies*, 2009, 6.

state lasciate ai singoli stati, a conferma della tesi secondo cui l'Europa interviene solo su aspetti di qualità e sicurezza evitando deliberatamente di pronunciarsi su questioni più spinose quali le questioni etiche. Tuttavia, come scrive la sociologa S. Jasanoff, le cornici regolatorie costituiscono «*an apparatus of collective sense-making*» attraverso i quali i governi nazionali e l'opinione pubblica interpretano minacce e promesse delle biotecnologie e per questo «*gli approcci regolatori nazionali contribuiscono al posizionamento della novità ontologica rappresentata dalle biotecnologie sul fronte dei rischi noti e gestibili o su quello dei rischi ignoti e forse non tollerabili*»[68].

Anche in Spagna il dibattito si è sviluppato attorno alle due questioni fondamentali sinora presentate: a) la questione delle evidenze scientifiche a supporto della scelta di conservare il cordone per l'uso autologo; b) il conflitto tra una visione improntata alla solidarietà e all'altruismo (la Spagna è il primo paese al mondo per donazioni di midollo), sostenuta dalle autorità pubbliche, ed una centrata sul valore della libertà di iniziativa economica, difesa dai sostenitori delle banche private.

La soluzione adottata[69] infine ha legalizzato l'attività delle banche private ma solo ad alcune severe condizioni; tra queste è determinante la prelazione che lo stato si riserva anche sui campioni conservati per uso autologo. Se c'è bisogno (e ovviamente compatibilità) per un trapianto allogenico, la banca e la famiglia vengono obbligate a cedere il campione. «Dal punto di vista delle banche private questa norma di fatto mette in discussione la proprietà privata del campione ed è stata profondamente criticata»[70]. Inoltre la legge obbliga tutte le banche di tessuti a essere no-profit in modo da preservare il carattere libero delle donazioni e prevede un accordo scritto tra la banca e l'ospedale prima di qualsiasi intervento. Per effetto di queste norme solo una banca ha scelto di registrarsi, la Vidacord, mentre le altre si sono spostate all'estero e la maggior parte dei genitori ha scelto, per evitare la possibilità di vedere il proprio campione impiegato dallo Stato, di inviare i campioni all'estero. Inoltre mentre la normativa per conservare in Spagna richiederebbe i più alti standard di qualità l'invio all'estero può avvenire secondo standard definiti dalle aziende, con la conseguenza che la nuova legge avrebbe addirittura generato le «condizioni per un mercato non regolamentato»[71]. Un'altra

68 S. Jasanoff, *In the democracies of DNA: ontological uncertainty and political order in three states*, in *New Gen. and Soc.*, 24, 141.

69 Cfr. *Real Decreto* 1301/2006.

70 P. Santoro, *From (public?) waste to (private?) value. ..*, cit., 15.

71 *Ivi*, 16.

conseguenza della legge è che essa ha radicalizzato un conflitto che quantitativamente sarebbe potuto essere contenuto: il bisogno di campioni per il trapianto allogenico a fronte di 400.000 nascite annue nel paese sarebbe coperto da uno stock iniziale di 60.000 campioni da rigenerare a poco a poco nel tempo, nella misura di poche migliaia all'anno. Si sono delineati, invece, «due sistemi completamente differenti": da un lato nei reparti statali di maternità le famiglie che scelgono di donare, dall'altro le coppie che hanno figli nelle cliniche private e scelgono prevalentemente di tenere il cordone per sé. Ed il paradosso, che accomuna Spagna e Italia è che proprio coloro che «riconoscono un alto valore simbolico oltre che materiale nella donazione del cordone, e che, però, incontrano difficoltà [tecniche e organizzative] a conservarlo nelle strutture pubbliche, vengono diretti verso le strutture private»[72].

Nella analisi di Santoro il conflitto tra le biobanche private e pubbliche viene interpretato come contrasto tra «due forme di biopolitica, due dispositivi di biopotere»[73]. Un versante è occupato dal modello della "relazione del dono" di Titmuss sulla quale è basato il sistema pubblico dei trapianti: la relazione anonima, guidata dallo stato, tra donatori e riceventi che istituisce una unità «simultaneamente biologica e nazionale». Dall'altro lato le banche private che esprimono un *trend* più recente e cioè «un cambiamento da una prevenzione calcolabile a una precauzione incerta, o la transizione, teorizzata da Nikolas Rose, dall'esercizio del "potere pastorale" dello Stato alle azioni ispirate alla precauzione dell'"individuo somatico"»[74]. La tensione tra queste due logiche biopolitiche sarebbe, scrive ancora Santoro, «*terapeuticamente* visibile nella opposizione tra autologo e allogenico»; mentre infatti il sistema pubblico opera con un riferimento a una «economia redistributiva dei tessuti», le banche private hanno al contrario come matrice di riferimento l'idea, propria della medicina rigenerativa, di un corpo isolato capace di autoriparazione «*a body secluded from the solidaristic networks of tissue exchange*»[75].

Una separazione non tanto nitida nella vita reale ma utile a concettualizzare il problema delle biobanche non come una questione episodica ma come confronto permanente tra forme di governo della vita[76].

---

72 *Ibid*.
73 *Ivi*, 18. Cfr. anche Id, *Liminal Biopolitics…*, cit., 73/93.
74 *Ibid*.
75 *Ibid*.
76 Cfr. su questo tema i già citati testi di P. Santoro (2009 e 2011), C. Petrini (2014) e N. Brown et al. (2011).

7. Gli studi sulla vulnerabilità sociale mettono a fuoco un plesso di atteggiamenti nei confronti di una realtà afasica dove la paura e l'ansia assurgono a lessico universale. Scrive a tal proposito Frank Furedi: «in un mondo dove è sempre più difficile parlare una lingua che parla di giusto e sbagliato, condividere valori comuni basati su uno spazio morale, crediamo che un modo tramite cui sia possibile per noi dare un qualsiasi tipo di definizione morale sia attraverso la paura. Il problema della paura diventa un veicolo attraverso cui diamo significato e definizione alla vita»[77]. La definizione della vulnerabilità sociale è stato un percorso della ricerca sociologica che, come rileva tra gli altri Costanzo Ranci[78], ha avuto negli ultimi anni (complice la crisi), un incremento in estensione e profondità.

È opportuno però rilevare un altro *trend* recente, una linea di approfondimento che in questo caso riguarda il dibattito pubblico nel suo complesso, e cioè, come emerge chiaramente da un ampio *report* del *Nuffield Council on Bioethics*[79], una rinnovata attenzione al principio solidarietà. Una attenzione che, secondo le curatrici di questo documento, traspare, anche a dispetto delle apparenze, nel dibattito bioetico: «*as a concept, an idea, or a value, is much more prominent in bioethical writings than the frequency of explicit uses of the term might have suggested*»[80].

La solidarietà, ricorda tuttavia Busnelli, non compare tra i quattro principi della bioetica nordamericana, «è sostituita da un'evanescente *beneficience,* che Tristram Engelhardt definisce principio meramente "esortativo"»[81], e al contempo, anche in autori che sono diventati classici del pensiero contemporaneo, si dimostrerebbe un principio operante in maniera debole. «In ultima analisi, se per John Rawls la "solidarietà sociale" si scolora in una "fraternità" che, non essendo immune dagli strascichi storici della *fraternité* uscita dalla rivoluzione francese, si riveste paradossalmente di un significato "liberatorio" (dalla solidarietà stessa), per Martha Nussbaum la "solidarietà della compassione" sembra oscillare tra la virtù cristiana della carità e il precetto laico della "reciprocità democratica", senza mai varcare la soglia della doverosità costituzionale, quale si addice a un concetto "for-

77 F. Furedi, *Le regole impalpabili per diffondere la paura*, in Z. Bauman, *op. cit.,* 81.

78 C. Ranci, *Vulnerabilità sociale e nuove disuguaglianze sociali*, in *Sociologia del lavoro*, 110, 2008, 161/171.

79 Cfr. B. Prainsack, A. Buyx, *Solidarity: Reflections on an Emerging Concept in Bioethics*, London, 2011.

80 *Ivi*, 20.

81 F. D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente", oggi*, in *Persona e mercato*, 2, 2013, 109.

te" di solidarietà»[82]. Pertanto anziché parlare di riemersione del principio di solidarietà, secondo Busnelli, la «crescente aspirazione a un ideale di giustizia e di coesione sociale», la «solidarietà "organizzata" tra pubblico e privato» ("*l'attesa della povera gente*" con una espressione di Giorgio La Pira), la «riscoperta da parte degli studiosi dell'idea di solidarietà» si intrecciano in una "sinistra coincidenza", con l'"offuscamento in seno al diritto", e in particolare al diritto civile, del principio di solidarietà. Quali le ragioni di questo offuscamento del principio della solidarietà «su cui poggia la nostra Costituzione?» – si chiede Busnelli – «principalmente due: la prima riguarda la nozione stessa di solidarietà, e consiste nella sua sbandierata ambiguità; la seconda concerne l'isolamento culturale della concezione costituzionale (italiana) della solidarietà, che certamente ambigua non è»[83]. Un isolamento che, tuttavia, sarebbe da ridimensionare, almeno considerando il processo attivo di elaborazione dei principi per una cittadinanza europea che si svolge nel nostro presente; un processo nel quale, ad esempio, R. Alfano (analizzando due sentenze della Corte di Giustizia che negano le esenzione per le prestazioni delle banche private di sangue cordonale) ravvisa una «esigenza solidaristica» che, in «assenza di una reale politica fiscale europea», arriva ad influire sulla stessa materia tributaria[84].

Nel volume *La solidarietà. Un'utopia necessaria* Stefano Rodotà ci ricorda che «la vicenda storica della solidarietà conosce molti momenti di difficoltà, e persino di eclisse, che tuttavia non consentono di ignorare un altro dato di realtà, rappresentato proprio dal fatto che il permanere della possibilità di riferirsi alla solidarietà come principio fondativo ha mantenuto nei diversi sistemi una benefica tensione, che continuamente ci ricorda l'irriducibilità del mondo alla sola dimensione del mercato[85]».

A proposito quindi di donazione di staminali cordonali l'analisi svolta a partire dal dibattito sociologico sul rapporto tra vulnerabilità e sicurezza può essere integrata e completata da una riflessione di carattere costituzionale. Come sottolinea Malcolm Ross «la solidarietà è vista in termini di legami in cui le dimensioni costituzionale (giuridica) ed esistenziale (sociologica e politica) predominano e sono in una relazione reciproca (se non sempre direttamente causale). La solidarietà, concepita in questo modo […] possiede un carattere essenzialmente attivo, che implica una capaci-

82 *Ivi*, 111.
83 *Ivi*, 103.
84 R. Alfano, *Imponibilità ai fini IVA delle prestazioni fornite dalle banche private per la conservazione delle cellule staminali provenienti da cordone ombelicale: alcune riflessioni (non solo) tributarie*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 11, 314/335.
85 S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 7.

tà trasformativa. La più pressante questione politica per la solidarietà nel mondo reale è se essa possa trasformare in qualche modo l'ossessione contemporanea per la sicurezza, ed a tale scopo potrebbe essere necessario dimostrare che la sicurezza esistenziale è perseguita meglio dalle solidarietà transnazionali che dalle ideologie nazionalistiche»[86]. Come la "solidarietà nazionale" del nazionalismo occulta deliberatamente la differenza tra la «naturalità ascrittiva di una comunità ereditata» propria dell'etica e la reciprocità politica orientata «al futuro» della solidarietà[87], così l'enfasi sulla sicurezza origina comportamenti non solidali ripiegati sulla naturalità dei legami intrafamiliari.

Antidoto ad un rapporto con il futuro segnato dalla solitudine e dalla impotenza nel quale la futile quanto egoistica scelta della conservazione autologa appare come un dovere morale per le coppie può solo essere la riscoperta della dimensione politica della solidarietà. Come scrive il filosofo tedesco J. Habermas «la solidarietà ha per oggetto un contesto-di-vita non tanto derivato dal passato, quanto piuttosto da organizzare politicamente per il futuro»[88]. Organizzarsi per il futuro, un impegno che passa oggi per politiche a sostegno della donazione solidale delle cellule staminali da cordone ombelicale, perché, come emblematicamente ha scritto il CCNE nel 2002, «*la solidarité est en effect constamment à inventer*»[89].

86 M. Ross, *Solidarietà: un nuovo paradigma costituzionale per l'Unione europea?*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2009, 266.

87 J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari, 2014, 34s. In questa raccolta di saggi Habermas rilegge le sue posizioni tradizionali sul legame tra solidarietà e giustizia sociale, criticandone la moralizzazione e spoliticizzazione del concetto di solidarietà.

88 *Ivi*, 38.

89 CCNE, *Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou en recherche*, AVIS N° 74, cit., 8.

APERTURE E GARANZIE
NELLA LEGISLAZIONE SPAGNOLA

José Antonio Cobacho Gómez

BREVE COMENTARIO A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA ESPAÑOLA EN LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Es oportuno comenzar este breve comentario haciendo referencia a una serie de cuestiones que están dando lugar a un amplio debate social.

Los medios de comunicación se han hecho eco de que dos de las empresas más importantes del mundo, Appel y Facebook, han propuesto a sus empleadas la posibilidad de retrasar la maternidad ofreciéndoles la financiación de la congelación de óvulos. Las citadas empresas argumentan que la edad para ser madres es coincidente con la de máximo esplendor de la carrera profesional. Pretenden atraer al sector tecnológico a más mujeres porque dicho sector cuenta con pocas, estando dispuestas Appel y Facebook a financiar tratamientos de estimulación ovárica y posterior congelación que cuestan ocho mil euros aproximadamente, a los que hay que añadir otros cuatrocientos euros anuales para mantenimiento.

El anuncio de estas ayudas ha provocado una polémica entre los que son partidarios de ellas y los que creen que tienen muchos inconvenientes. Por un lado, se destaca el que se ayude a ser madre controlando el calendario de la fertilidad, pero a la vez se resalta que en el periodo de embarazo es muy problemático el desempeño de altas labores directivas; en suma, que para destacar en el ámbito empresarial hay que retrasar o renunciar a la maternidad.

Los medios de comunicación también resaltan la incertidumbre de la propuesta porque no hay garantías de que se alcance la maternidad. Según los especialistas en esta materia, para conseguir un embarazo que culmine con el nacimiento de un bebé, el óvulo ha de salir adecuadamente de la congelación, posteriormente fecundarlo in vitro aunque a veces no se consigue y superar el procedimiento de implantación uterina, algo en lo que en muchos tratamientos de fecundación asistida se fracasa.

En muchos países la incorporación de la mujer al trabajo ha dado lugar a que la natalidad haya disminuido de forma muy notable por la dificultad de conciliar la vida profesional y el cuidado de los menores. Pero no cabe desconocer que estamos ante un importante problema social dado que so-

bre todo en países europeos el porcentaje de población joven ha disminuido mucho. Por ello, como se ha señalado en los medios de comunicación, sólo propugnar la congelación de óvulos es obviar el problema. Las autoridades políticas y sociales deberían adoptar medidas que permitan compatibilizar la actividad profesional y la maternidad.

En España ha provocado un gran debate social alguna propuesta gubernamental tendente a que sólo se financien tratamientos de reproducción asistida a parejas heterosexuales. Amplios sectores de la doctrina constitucional sostienen que dicha propuesta es inconstitucional porque supone una limitación para las parejas y matrimonios homosexuales y para las mujeres solas. Hay que señalar que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 eliminó las referencias que incluía la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de la Ley de 1988 que establecía que la actuación médica tendría lugar ante la esterilidad humana. En la actualidad la mujer puede ser usuario o receptora de las técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual. Además permite el tratamiento no sólo en los casos de esterilidad médica sino que pretende hacer posible el derecho a la reproducción humana de todas las mujeres.

También está suscitando controversia la selección de sexo porque las clínicas de reproducción asistida están promoviendo una recogida de firmas para conseguir la presentación de una iniciativa legislativa popular en el Congreso de España para cambiar la citada Ley de 2006. Se reabre un debate porque dicha Ley sólo permite seleccionar el sexo del bebé con fines terapéuticos, o sea, evitar enfermedades como la distrofia muscular o la hemofilia. Como es sabido, la selección del sexo de los hijos por razones no terapéuticas es atacada o defendida con argumentos de todo tipo. En casi toda Europa está prohibida, salvo por finalidad terapéutica. En Estados Unidos, México, Panamá, Tailandia, Nigeria y Jordania, entre otros, está permitida, según los datos dados a conocer por los promotores de la iniciativa legislativa popular.

Refiriéndonos a la evolución que se ha producido en el ordenamiento jurídico español, hay que decir que España es uno de los primeros países que legislaron en materia de reproducción asistida porque antes sólo lo habían hecho el Estado de Victoria en Australia y Suecia. Como ha destacado Alkorta Idiakez, tras la publicación por el Gobierno británico del primer Informe Warnoch sobre reproducción humana y embriología en julio de 1984, varios países europeos empezaron a tomar conciencia de la necesidad de crear grupos de trabajo para estudiar la repercusión social de las técnicas de reproducción asistida.

El Congreso de los Diputados creó un grupo de trabajo y lo mismo hizo la Dirección general de los Registros y del Notariado. El Congreso de los Diputados denominó al grupo de trabajo Comisión especial de estudio sobre Fertilización Extracorporea que fue presidida por el diputado socialista Marcelo Palacios. Posteriormente la Comisión se denominó Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana. El otro grupo de trabajo auspiciado por la Dirección General de los Registros y del Notariado se ocupó de las cuestiones civiles que planteaban las técnicas de reproducción asistida.

Siguiendo las recomendaciones del Informe de la Comisión Especial a la que acaba de hacerse referencia, el Pleno del Congreso aprobó por amplia mayoría una Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida el 16 de diciembre de 1987. Posteriormente fue la Comisión de Política Social y Empleo con competencia legislativa plena la que aprobó el texto de la proposición, tras fuertes debates parlamentarios que también se produjeron en la tramitación en el Senado.

Alkorta Idiakez detalla la reacción de la sociedad española ante la entrada en vigor de la Ley/1988. La Iglesia Católica se pronunció en contra de la iniciativa parlamentaria a lo largo de su tramitación. Un sector importante de los profesionales del sector sanitario recibió la Ley/1988 de buen grado porque era adecuada y permitiría a España colocarse a la cabeza del desarrollo de la reproducción asistida en Europa. Entre los juristas primaron los que estaban en desacuerdo con la Ley. A Romeo Casabona le pareció prematura e insuficiente, aunque destacó de ella el que regulaba extensamente las cuestiones que suscitaba la reproducción asistida. Pantaleón criticó la tramitación de la Ley y las soluciones legales a los grandes problemas planteados. Contrariamente, Zarraluqui elogió a la Ley/1988 porque siguió las soluciones más avanzadas.

Al poco de aprobarse la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se aprobó la Ley 42//1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejido y Órganos.

Ambas leyes fueron objeto de sendos recursos de incostitucionalidad por parte de un grupo de diputados del Partido Popular. El recurso contra la Ley de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos fue resuelto por la Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, que declaró su constitucionalidad. La Sentencia 116/1999, de 17 de junio, declaró la Constitucionalidad de la Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida, aunque estimó el recurso en algunos aspectos.

Según la Exposición de Motivos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, los modernos avances y descubrimientos científicos

y tecnológicos, y en especial en campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la inseminación artificial con semen del marido o del varón de la pareja o con semen de donante, se viene realizando desde hace bastantes años; concretamente en España, el primer Banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos dos mil niños en nuestra nación.

En la Exposición de Motivos también se dice que en la Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacer por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aún en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas y cuya valoración jurídica resulta dificultosa. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualidad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere, libre y responsablemente.

La Ley de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos de 1988 reguló la donación y la utilización de los embriones y los fetos humanos y considerando aquéllos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, y dependiente y vital con la mujer gestante.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, modificó la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988. La Exposición de Motivos de Ley declara que desde la promulgación de la Ley de 1988 se han producido avances considerables en el ámbito de la técnica y de la práctica médica, consecuentemente se han reducido los riesgos relacionados con los tratamientos, se han mejorado las tasas de embarazos y nacimientos, y se ha contribuido, en definitiva, a resolver de manera más eficaz los problemas de infertilidad de muchas parejas.

Durante los quince años de vigencia de la Ley de 1988, sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, la investigación y la práctica

médica en el ámbito de la reproducción humana asistida han superado las previsiones contenidas en aquélla. Así mismo, el paso del tiempo ha puesto de manifiesto la existencia de alguna limitación en la norma, que han dado lugar a situaciones de cierta inseguridad jurídica y a problemas de un calado ético y sanitario considerable. Sin duda alguna, el más importante de estos problemas ha sido la acumulación de un elevado número de preembriones humanos sobrantes cuyo destino está aún sin precisar.

Por ello, la Ley de 2003 se ocupaba de la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley de 1988 para evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios a la vez que se intenteba reducir la tasa de embarazos múltiples. Se establecía un límite máximo de número de preembriones que pueden ser transferidos a una mujer en cada ciclo, a fin de reducir el número de partos múltiples y evitar así los riesgos que este tipo de embarazos puede suponer tanto para la madre como para los hijos. Se establecia el límite máximo de tres preembriones por ciclo que pueden ser transferidos a una mujer que se fecundará un máximo de tres ovocitos por ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores. En conclusión cabe decir que la Ley de 2003 dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer.

Tras las elecciones generales celebradas en España a principios de 2004, con el cambio de gobierno se dictan dos Reales Decretos que siguen una línea distinta de la Ley de 2003. El Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que Establecen las Tipologías Fisiopatológicas que Permiten la Superación de los Límites Generales Establecidos para la Fecundación de Ovocitos en Procesos de Reproducción Asistida parte del hecho de que limitar numéricamente los preembriones en cada ciclo, con el único fin de reducir así el número de preembriones sobrantes, podría desvirtuar la finalidad de las técnicas de reproducción asistida. Como se dice en el Real Decreto, desde la promulgación de la Ley de 2003 la demanda de que se especifiquen mediante Real Decreto las tipologías en las que se permita fecundar más de tres ovocitos ha sido constante.

El Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se Establecen los Requisitos y Procedimientos para Solicitar el Desarrollo de Proyectos de Investigación con Células Troncales Obtenidas de Preembriones Sobrantes reguló el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2003.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida introduce importantes novedades respecto a la legislación ante-

rior. Así las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. La Ley de 1988 siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades eran conocidas en aquel momento y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación. La Ley del 2006 también lo hace pero, como se dice en el texto legal, se evita la petrificación normativa y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica, una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante Real Decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.

Además la Ley de 2006 extiende su ámbito de actuación al desarrollo de otras técnicas que solucionan los problemas de esterilidad dirigidas a evitar la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. Dado que el diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

La Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2003 y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Con ello, al igual que en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Igualmente se eliminan los límites que estableció la Ley de 2003 para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

La Ley de 2006 es más amplia que la de 1988, regula, como ya se ha dicho, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y la aplicación de dichas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético. Tras la Exposición de Motivos a la que ya se ha hecho referencia, debe señalarse que la Ley tiene veintiocho artículos estructurados en ocho Capítulos. El Capítulo I, intitulado Disposiciones Generales, abarca de los artículos 1 a 4, denominados, respectivamente, objeto y ámbito de aplicación de la Ley, técnicas de reproducción humana asistida, condiciones personales de la aplicación de las técnicas y requisi-

tos de los centros y servicios de reproducción asistida. El Capítulo II, Participantes en las Técnicas de Reproducción Asistida, comprende de los artículos 5 a10, reguladores, respectivamente, de los donantes y contratos de donación, usuarios de las técnicas, filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, determinación legal de la filiación, premoriencia del marido y gestación por sustitución. El Capítulo III, Crioconservación y Otras Técnicas Coadyuvantes de las de Reproducción Asistida, va desde el artículo 11 al 14 ocupándose de la crioconservación de gametos y preembriones, diagnóstico preimplantacional y técnicas terapéuticas en el preembrión. El Capítulo IV, Investigación con Gametos y Preembriones Humanos, comprende de los artículos 14 al 16 dedicados a la utilización de gametos con fines de investigación, utilización de preembriones con fines de investigación y conservación, y utilización de los preembriones para investigación. El Capítulo V, Centros Sanitarios y Equipos Biomédicos, se extiende de los artículos 17 al 19 regulando la calificación y autorización de los centros de reproducción asistida, condiciones de funcionamiento de los centros y equipos, y auditorias de funcionamiento. El Capítulo VI, Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, incluye el artículo 20 dedicado al objeto, composición y funciones de dicha Comisión. El Capítulo VII, Registros Nacionales de Reproducción Asistida, comprende los artículos 21 a 23 que regulan el Registro nacional e donantes, el Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida y el suministro de información. El Capítulo VIII, Infracciones y Sanciones, incluye los artículos 24 a 28 reguladores de normas generales, responsables, infracciones y sanciones y competencia sancionadora. Cinco disposiciones adicionales dedicadas a los preembriones conservados a la entrada en vigor de la Ley, Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humano, Organización Nacional de Trasplantes, Banco Nacional de Líneas Celulares y Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad. Completan la Ley una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El Anexo de la Ley, al que se refiere el artículo2 dedicado a las técnicas de reproducción humana asistida, establece las siguientes:

A) Técnicas de reproducción asistida: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in vitro e intracitoplasmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos. B) Procedimientos diagnósticos: procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermotozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase

de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba.

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se Establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su actualización incluye varios anexos, en el III dedicado a la cartera de servicios comunes de atención especializada se dice que ésta comprende las actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel. En su apartado 5.3.8 se incluye la reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplamática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica también se refiere a las cuestiones que nos ocupan, en el Preámbulo se dice que en la utilización de embriones supernumerarios en las técnicas de reproducción humana asistida, el punto de partida lo constituye el régimen legal que dispone la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que prohíbe expresamente la llamada clonación humana reproductiva. El artículo 1, intitulado objeto y ámbito de aplicación, preceptúa en su artículo 1-b que esta ley tiene por objeto regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica y, en particular la donación y utilización de ovocitos espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas. El artículo 3, intitulado definiciones de un embrión, feto preembrión y otros. La Ley consta de 90 artículos, tres disposiciones adicionales, tres transitorias, un derogatoria y cinco disposiciones finales. No cabe duda de que muchos artículos inciden sobre aspectos de reproducción asistida.

Puede concluirse haciéndonos eco de lo que se dice en la Exposición de Motivos de la Ley de 1988, «los avances científicos cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquello. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si

no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sigo generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativo, civil, o penal. Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda».

Mª Carmen Plana Arnaldos

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CRIOCONSERVACIÓN DE GAMETOS Y PREEMBRIONES EN LA LEY ESPAÑOLA DE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Material objeto de conservación y duración. 2.1. Crioconservación de gametos masculinos y límite temporal. 2.2. Crioconservación de ovocitos, tejido ovárico y preeembriones. 2.2.1 Ovocitos y tejido ovárico. 2.2.2. Preembriones. 2.2.3. Límite de conservación de ovocitos y preembriones. 3. Destinos del material crioconservado. 3.1. El problema de los denominados preembriones supernumerarios. 3.2. Utilización por la propia mujer o su cónyuge. 3.3. Donación con fines reproductivos y donación con fines de investigación. 3.4. Cese de la conservación sin otra utilización. 3.5. Responsabilidad por incumplimiento de los fines establecidos. 4. Consentimiento para la utilización de los preembriones y material crioconservados. 4.1. Sujetos. Quien tiene que consentir. 4.2. Renovación y revocación del consentimiento. 4.3. Tiempo de prestación del consentimiento. 4.4. Consentimiento informado.

1. La «crioconservación» es una forma de conservación imprescindible para el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida. De hecho, los avances tecnológicos en esta materia han supuesto grandes cambios en la aplicación de las citadas técnicas, lo que se ha traducido en la necesidad de dar una respuesta jurídica.

Desde que los médicos informaron del primer caso de embarazo que tuvo lugar tras la transferencia de un embrión congelado, a principios de la década de los ochenta, el desarrollo científico ha permitido avanzar en las posibilidades de crioconservación del material susceptible de ser utilizado; esta realidad, junto al recurso cada vez más frecuente a dichas técnicas, tiene como resultado una situación en la que se demanda una regulación adaptada a las nuevas necesidades.

Esta tecnología se ha extendido rápidamente y se ha convertido en una técnica complementaria a la fecundación in vitro, que permite disponer de embriones para diversas implantaciones sin necesidad de recurrir a nuevos tratamientos completos (lo que disminuye el riesgo físico y el coste económico) o para el supuesto de que ya no se pueda recurrir a ello (infertilidad sobrevenida, edad…).

Sin embargo, no se trata de una técnica infalible, no todos los preembriones sobreviven al proceso de crioconservación, también se ha apuntado que la tasa de éxito de la implantación es menor y, sobre todo, no hay unanimidad científica en cuanto a la posibilidad de que se produzcan alteraciones cromosómicas en el embrión. Y es que hemos de tener en cuenta que la crioconservación de preembriones es una practica objeto de discusión. El juicio que merece depende, obviamente, de la consideración que nos merezca el embrión y, fundamentalmente si lo consideramos como un ser humano.

La principal cuestión a solucionar en esta materia es el destino que ha de darse al material crioconservado y no utilizado tras un proceso de fecundación asistida, en especial los llamados «preembriones supernumerarios».

Las soluciones propuestas a esta cuestión, así como las críticas de que son objeto, reflejan posiciones éticas e ideológicas contrapuestas, que en esta materia afloran constantemente.

En cualquier caso, la vigente Ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (como ya ocurría en la anterior Ley de 1988, art. 11.3) permite la crioconservación de preembriones, aunque sometiendo esta practica a controles y cautelas; y es que no es necesario considerar el preembrion un ser humano para propugnar la necesidad de una especial protección, como el espíritu la letra de la Ley hacen (así, el propio artículo 11de la LTRHA, en su apartado 6, prevé un régimen especial de consentimiento para los preembriones).

A diferencia de España, donde se permite la crioconservación de embriones desde la primera LTRA de 1988, otros países de nuestro entorno jurídico han optado, en fechas mucho más recientes, por no permitir esta practica, fundamentalmente por la controversia ética que suscita. Así, por ejemplo, la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 prohíbe expresamente la crioconservación de embriones, pero incluso en este caso, la propia Ley reconoce la imposibilidad de una prohibición absoluta del recurso a esta técnica, y permite la crioconservación en casos en que la implantación ha sido imposible por motivos posteriores a la generación del embrion, y sólo hasta el momento de la implantación, que será lo antes posible. En una línea similar, tampoco permiten la crioconservación de embriones Alemania, Irlanda y Suiza.

Con carácter general, la crioconservación en el ámbito de la reproducción asistida exige la respuesta legal a diferentes aspectos: Material que la Ley autoriza conservar, plazo máximo de conservación, requisitos para conservar el material y destinos. Estos son los aspectos regulados en la Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo 11.

2. La Ley se refiere tanto a semen, como a ovocitos, tejido ovárico y preembriones, aunque diferencia en cuanto al régimen aplicable, y en cuanto al tiempo máximo de conservación del material.

2.1. En relación a los gametos masculinos la Ley establece que *«El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede»*. La fórmula legal utilizada, a diferencia de la opción por establecer un periodo temporal tasado, como ocurría en la legislación anterior (10 años) permite evitar problemas como los que surgían en relación a la denominada «autoconservación», es decir, aquellos supuestos en los que el semen se conserva en atención a una probable futura esterilidad. En muchos de estos casos la limitación temporal hace muy difícil que se cumpla el fin deseado: varones jóvenes que se van a someter a tratamientos de quimioterapia o radioterapia que les pueden producir esterilidad, casos de patologías testiculares que producen una pérdida de capacidad reproductiva o varones que se someten a una vasectomía. En estos casos una limitación temporal relativamente corta suponía en la práctica que la conservación no pudiera alcanzar la finalidad pretendida.

Así pues, el no establecer un límite temporal en años parece positivo para evitar estos problemas, pero la expresión utilizada *la vida del varón del que proceda* puede plantear problemas por su indeterminación. Es fácil que surjan preguntas como si es necesario en todo caso esperar al fallecimiento del varón y, en tal supuesto, quién podría disponer el destino del material conservado, o cómo se comprueba el fallecimiento. Sin descartar que pueden plantearse problemas logísticos por la cantidad de muestras conservadas. Es necesario realizar un esfuerzo para ver como podría funcionar el régimen establecido por la Ley:

Cuando no sea posible establecer las circunstancias personales (no se sabe, en definitiva, si vive) o el hombre se desentiende de cualquier modo del material, será de aplicación la regla de apropiación por el centro (artículo 11.6). Ahora bien, si en el consentimiento inicial se especificaba el destino del material, el centro habrá de respetarlo, siempre que ello sea posible (por ejemplo si era para inseminar los óvulos de la pareja y esta revoca el consentimiento, ya no es posible el destino inicial consentido y se podrá optar por cualquier otro).

Todavía hemos de preguntarnos cuándo hay que considerar que el hombre se ha desentendido del material, o cuando puede el centro actuar por no conocer las circunstancias personales del depositante. En este punto, no cabe otra posibilidad que aplicar las reglas del artículo 11.6: el centro habrá de requerir la renovación o modificación del consentimiento cada dos años

y si durante dos renovaciones consecutivas no se puede obtener el pronunciamiento, y se pueden demostrar de modo fehaciente las actuaciones tendentes a conseguir el consentimiento, el centro podrá destinar ese material a cualquiera de los destinos establecidos en la Ley.

Cuando sea de aplicación la regla de apropiación por el centro y el titular de los gametos crioconservados no hubiera especificado el destino de los mismos en el consentimiento inicial, el centro puede decidir libremente entre los destinos de la ley (salvo la inseminación a la pareja, porque es necesario el consentimiento expreso de los dos miembros de la misma).

De todas formas, el consentimiento renovable cada dos años es una medida que se va a implantar en la práctica simplemente por la mecánica de funcionamiento de la mayoría de los centros en los que se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida: el varón que quiere conservar un muestra de semen normalmente suscribirá un contrato de depósito con un centro (privado) que se compromete a crioconservar y mantener el semen; pero ese contrato tiene un plazo renovable, dos años y además es remunerado, con lo que si no se renueva el contrato y se paga, la muestra se descongela y se destruye.

Una vez que el varón de quien procede la muestra fallece, si no ha previsto el destino del material (por ejemplo para donación), la pregunta que surge es si podrían sus herederos disponer el destino. No parece que esto pueda ser así, ya que hemos de considerar que se trata de algo intransmisible por su naturaleza personalísima. Todo ello, sin perjuicio de la regulación de la fecundación *post mortem* (artículo 9 de la Ley), de manera que la conservación y la utilización de este material después de fallecido el hombre se regirá por lo establecido para el caso de premoriencia del marido.

Las propuestas que había hecho la doctrina antes de la Ley de 2006, sobre la base de reconocer la conveniencia de suprimir el límite de temporal de 5 años de la Ley de 1988, iban mayoritariamente en la línea de permitir la crioconservación de semen durante la vida fértil del varón de quien proceda[1]. Pero de este modo el problema sería que, en una interpretación estricta de la norma, precisamente cuando el hombre deja de ser fértil, y puede necesitar acudir a los gametos conservados, la Ley establecía el cese de la

1 V. por todos I. Alkorta Idiakez, *ob. cit.*, 182 ss.; C.M. Diez Soto, *La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre: ¿Una reforma suficiente? Panorama de nuevos cambios legales*" en *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*, coord. A. Díaz, Madrid 2006, 199, que cree conveniente fijar este límite para evitar paternidades tardías o extemporáneas.

conservación. Sin olvidar que es más difícil saber cuando termina la vida fértil del varón, que conocer su fallecimiento.

Lo mejor sería establecer una edad límite, tanto en varones como en mujeres, para someterse a las técnicas de reproducción asistida y aplicar ese mismo límite a la crioconservación. De este modo se evita el problema de indeterminación y a la vez se impide la paternidad o maternidad a una edad que puede resultar discutible según la conciencia social dominante. Los profesionales médicos se han puesto de acuerdo, al menos mayoritariamente y, ante el vacío legal, fijan el límite de la maternidad asistida en 50 años[2], aunque tal acuerdo ni es unánime ni mucho menos vinculante.

Por último es necesario puntualizar que la referencia al «varón del que procede» el semen no se refiere al donante, que se «desentiende» con la donación del material conservado, conforme al régimen establecido para la donación (no se requiere, evidentemente, su consentimiento para el destino posterior del semen….).

2.2. El artículo 11 diferencia, a efectos de establecer el régimen de la crioconservación, entre gametos masculinos, por un lado, y gametos femeninos y preembriones por otro lado, igualando en gran medida el régimen de estos últimos. En principio, parecería más lógico diferenciar entre gametos y preembriones, pero no se hace así. El motivo del tratamiento igualitario de óvulos, tejido ovárico y preembriones es que, desde un punto de vista practico, su crioconservación plantea, en estos casos, problemas técnicos e interrogantes que todavía no se han resuelto como el plazo máximo que puede durar la crioconservación sin que el material sufra daños.

2.2.1. La posibilidad de conservar óvulos o tejido ovárico ha sido un objetivo difícil largamente perseguido por los científicos. El óvulo es un célula delicada muy sensible a los cambios de temperatura, por lo que no suele sobrevivir a la congelación o se ve afectada su estructura cromosómica[3]. Sin embargo, los avances científicos en esta materia se producen rápidamente y lo que en otros tiempos era técnicamente imposible, hoy es posible y su practica ha de ser regulada.

---

2 Se trata de una regla de autorregulación que por supuesto no todos cumplen; en los medios de comunicación se ha difundido tanto el caso del ginecólogo italiano especializado en convertir en madres a mujeres que han rebasado los 50 años, como el cas de la mujer española que ha sido madre de dos niños a los 60 años… .

3 Una explicación pormenorizada del proceso de congelación de óvulos la podemos encontrar en J.R. Lacadena, *Congelación de ovocitos humanos: aspectos científicos, éticos y legales*, en http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2003_01/2003_01_04.html.

Los primeros casos de niños nacidos a partir de ovocitos congelados los podemos encontrar a mediados de los noventa[4], y en España en septiembre de 2002 se anunció el nacimiento de la primera niña a partir de un ovocito congelado. Esto abrió la polémica sobre las nuevas posibilidades científicas y la necesidad de una regulación.

El artículo 11 de la LTRHA/2006 permite en el apartado 2 la utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados, aunque requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente. Se reconoce así la realidad científica que permite la crioconservación y utilización de gametos femeninos con fines de reproducción, pero, al mismo tiempo, también se establecen cautelas derivadas de las dificultades técnicas que esta posibilidad ofrece todavía (menor tasa de embarazos, riesgo de posibles malformaciones o daños genéticos…).

La crioconservación de óvulos es especialmente atrayente por las consecuencias prácticas que conlleva su aplicación. Las posibilidades que ofrece son variadas y de gran trascendencia:

por un lado, permite la conservación de óvulos en contemplación a una futura esterilidad[5], o en atención al riesgo de tal, en supuestos en que se debe someter a la mujer a quimioterapia o radioterapia, que pueden producir el fallo ovárico y por tanto la esterilidad o en caso de que la mujer sufra una histerectomía o una ovariotomía.

también permite retrasar la maternidad, contando para ello con «óvulos jóvenes».

permite la creación de bancos de ovocitos, semejantes a los de semen, que ayudan en los casos de donación de óvulos, permitiendo eludir los problemas de sincronización entre la donante y la receptora.

y por último, pero no menos importante, permite evitar los problemas éticos que produce la generación de preembriones excedentes, ya que si es posible conservar los gametos masculinos y los femeninos, no será necesario realizar primero la fecundación y conservar el preembrión. La conservación de óvulos permitiría minimizar e incluso impedir la existencia de preembriones excedentes[6].

---

4 v. J.R. Lacadena, *ob. cit*..

5 El periódico francés *Le Monde (*5 de julio de 2007) dio noticia de la donación de óvulos, en Canadá, de una madre a su hija de 7 años: una anomalía cromosómica la condenaba a la esterilidad y la madre entiende que de este modo le ofrece una posibilidad. El Comité de ética la que se sometió el asunto dio su conformidad.

6 En este sentido I. Alkorta Idiakez, *ob. cit*., 43; J.R. Lacadena, según el cual «la técnica de congelación de ovocitos puede paliar o incluso llegar a sustituir a la congelación de embriones sobrantes obtenidos en programas de FIV» (*ob. cit.*).

En especial, la crioconservación de tejido ovárico está indicada en los casos de mujeres muy jóvenes en las que no se puede inducir la ovulación y sin embargo se prevé su infertilidad (enfermedades, tratamiento…).

Sin embargo, todavía estamos lejos de que la crioconservación de óvulos sea una práctica rutinaria y totalmente fiable.

2.2.2. El apartado 3 del artículo 11 reconoce la posibilidad de crioconservación de preembriones, al establecer que «*Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser conservados en los bancos autorizados para ello*».

El objeto de conservación es el embrión preimplantatorio o preembrion. Debemos tener en cuenta que según el art. 1.2 LTRHA, se considera, «a los efectos de esta Ley» que preembrión es «el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde»[7].

La referencia a los preembriones *sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro* enlaza perfectamente con la prohibición de crear preembriones para fines distintos de los de reproducción. Esta prohibición se encontraba expresamente establecida en el artículo 3 de la LTRA/1988 (*«Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana»*) y sin embargo, actualmente no se encuentra en la LTRHA/2006, aunque deriva de las previsiones legales y especialmente de la finalidad de las técnicas de reproducción asistida[8]. Sí ha establecido el legislador expresamente la prohibición de crear embriones con fines de investigación, en el artículo 33.1 de la Ley de Investigación Biomédica (*«Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de investigación»*) lo que resulta acertado si tenemos en cuenta que uno de los posibles destinos de los preembriones viables sobrantes de la fecundación in vitro es la donación para investigación. Por tanto, esta previsión resulta adecuada aunque sea desde un punto de vista didáctico, aunque tal conclusión se extrae de la interpretación del conjunto de normas aplicables en la materia y de los principios inspiradores de la

7 La misma definición aparece en el art. 3.s) Ley de Investigación Biomédica de 14 de junio de 2007.

8 Sobre la finalidad esencialmente terapéutica de las técnicas de reproducción asistida y el reflejo de este principio en las legislaciones europeas v. M.E. Roca i Trías, *Derechos de reproducción y eugenesia*, en *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado,* Granada 1998, 19 ss.. Sin embargo, tal principio no se ha recogido en la vigente LTRHA.

legislación y sobre todo, teniendo en cuenta que el Código penal considera delito la fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la reproducción humana.

La técnica de crioconservación de preembriones dió sus primeros frutos en los años ochenta; en 1983 se dio noticia del primer embarazo[9] y posteriormente, en Australia se consiguió en 1984 el primer nacimiento de un niño, a partir de la implantación de un preembrion descongelado. Esta tecnología se extendió rápidamente y se ha convertido en una técnica complementaria a la fecundación in vitro, que permite disponer de embriones para diversas implantaciones sin necesidad de recurrir a nuevos tratamientos completos (lo que disminuye el riesgo físico y el coste económico) o para el supuesto de que ya no se pueda recurrir a ello (infertilidad sobrevenida, edad…).

Sin embargo, no se trata de una técnica infalible, no todos los preembriones sobreviven al proceso de crioconservación[10], también se ha apuntado que la tasa de éxito de la implantación es menor[11] y, sobre todo, no hay unanimidad científica en cuanto a la posibilidad de que se produzcan alteraciones cromosómicas en el embrión[12]. Y es que hemos de tener en cuenta que la crioconservación de preembriones es una practica objeto de discusión. El juicio que merece depende, obviamente, de la consideración que nos merezca el embrión y, fundamentalmente si lo consideramos como un ser humano.

En cualquier caso, la LTRHA permite la crioconservación de preembriones, aunque sometiendo esta practica a controles y cautelas; y es que no es necesario considerar el preembrion un ser humano para propugnar la necesidad de una especial protección[13], como el espíritu la letra de la Ley hacen

---

9 A. Trounson, L. Mohr, *Human Pregnancy Following Cryopreservation, Thawing and Transfer o an Eight-Cell Embryo*, Nature, n.305, 1983.

10 Según R. Andorno, *Bioética y dignidad de la persona,* 118, cerca de la mitad de los embriones muere en la descongelación, sin embargo PASTOR (*Fecundación in vitro versus procreación*, 42) sitúa este porcentaje en el 25% y GAFO, editor (*Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales* Madrid 1998) diferencia entre los procesos de congelación lenta y rápida.

11 V. Medical Research Internacional, Society for Asisted Reproductive Technology (Start) y American Fertility Society, *In vitro fertilization-Embryo transfer*, *Fertil and Steril*, n. 57, 3, 1992.

12 Las cifras que se ofrecen sobre efectividad de la crioconservación y sobre problemas genéticos futuros difieren mucho entre si y son utilizadas en ocasiones de forma interesada para fundar posturas permisivas o críticas. Lo único claro que podemos deducir es que no existe acuerdo científico. v. I.d.M. Beriain, *El embrión y la biotecnología,* Granada, 2004, 254 y las referencias que hace.

13 El Informe Warnock, tras exponer las diferentes posturas sobre la consideración el embrión, llega a un punto intermedio, entendiendo que es necesario atribuirle

(así, el propio artículo 11, en su apartado 6 prevé un régimen especial de consentimiento, como veremos, para los preembriones).

2.2.3. La crioconservación no es una situación que se pueda mantener eternamente. Básicamente la congelación persigue ralentizar al máximo los movimientos de los átomos y de las moléculas que componen la célula de forma que sus funciones vitales se detengan. Si la congelación se hace con precisión y la descongelación es progresiva y cuidadosa (lo que no implica que sea lenta) se puede lograr que la célula reviva y empiece a dividirse. Si pudiéramos conservar la célula en el cero absoluto (-273ºC) se detendría todo movimiento y se podría conservar indefinidamente. Pero esa temperatura no se alcanza porque sólo se puede conseguir con hidrogeno liquido, un elemento muy caro y explosivo que solo utiliza la NASA para lanzar cohetes; los laboratorios utilizan nitrógeno liquido, que no consigue una temperatura tan baja, con lo que el movimiento interno de la célula no se detiene del todo[14]. El mayor obstáculo para la crioconservación está en el paso de líquido a hielo, porque los cristales que se forman pueden afectar el núcleo de la célula; por eso supuso un avance decisivo el descubrimiento de los crioprotectores, que ayudan este proceso[15]. La investigación en este campo y el descubrimiento de crioprotectores cada vez más efectivos hace que las posibilidades de lograr y mantener la crioconservación sin deterioro sean cada vez mayores.

Teniendo en cuenta estas premisas técnicas, junto a la posibilidad de crioconservación de ovocitos y tejido ovárico, el artículo 11 LTRHA/2006 regula en el apartado 3 el plazo de duración de la crioconservación de este

---

un estatuto y protección legal. ROCA i TRÍAS pone de manifiesto que el embrión es un ser vivo, lo que no significa en modo alguno que deba ser protegido de la misma forma como lo son los seres ya nacidos (*ob. cit*.,141-142). Incluso, sobre la existencia de un pretendido derecho a nacer del embrión, que también plantean muchos autores, la autora citada entiende que es dudoso que exista un derecho del embrión a nacer; su vida potencial no está más protegida que la de la madre y es más, aunque pueda decirse que los embriones creados in vitro quizá tienen una protección mayor que el embrión durante el periodo del embarazo y mientras permanecen en el cuerpo de la madre (porque puede ser tratado de forma independiente), debe negarse rotundamente que exista un derecho a nacer (*ob. cit*.,151).

14 J. LEJEUNE, *What´s in the fridge? Jerome Lejeune´s Expert Court Testimony Regarding The Nature of Human Embryos* 1993, en http://www.sedin.org/propeng/embryos.htm). Vid. también I. ALKORTA IDIAKEZ, que cita al mismo autor (*ob. cit*., 41).

15 El primero fue el glicerol, descubierto por POLGE en 1949 (Nature 164, 666-676).

material. Según las previsiones de esta norma «*La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida*».

La norma sobre duración se refiere tanto a los ovocitos y tejido ovárico como a los preembriones y hace depender el límite de un determinado ciclo reproductivo al que se quiere vincular el material y, en definitiva, del criterio médico («*…se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la practica de la técnica de reproducción asistida*»).

La ausencia de un plazo *ab initio* se debe en ambos casos, según nuestra opinión, a causas distintas, aunque la solución adoptada es común: vincular la duración de la crioconservación a la práctica de un ciclo concreto de reproducción asistida.

Por lo que se refiere a los ovocitos y tejido ovárico, se traduce la incertidumbre científica sobre cual puede ser el plazo máximo de duración de la crioconservación de este material, con lo que se opta por poner un límite temporal, que depende en última instancia del criterio profesional.

Lo mismo ocurre en el caso de los preembriones, pero el motivo para evitar una conservación excesivamente prolongada es distinto, responde a la preocupación del legislador por evitar la existencia de preembriones conservados sin un destino claro, con lo que se vincula la conservación a su utilización por la receptora.

Nada impide que, a pesar del plazo máximo, el cese de crioconservación se produzca antes, por destinar el material a otro de los fines legalmente establecidos, con el preceptivo consentimiento. Salvo el cese de conservación sin otro fin, ya que en este caso operaria la cautela prevista en el apartado 4 *in fine* del artículo 11 *«En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción* (cese de la conservación sin otra utilización) *sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores»*.

Una vez cumplido el plazo legal, es decir, cuando médicamente se considere, siguiendo las pautas legales, que la receptora de los óvulos o el preembrion ya no reúne los requisitos adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida, el material se destinara a uno de los fines legalmente

establecidos en el apartado 4 de este artículo, con los requisitos establecidos para ello; básicamente el consentimiento informado. Tal consentimiento que puede haberse prestado indicando desde el inicio el posible destino, o se recabará en el momento que se decida la necesidad de poner fin a la crioconservación. Sería conveniente, por motivos de seguridad jurídica, que en todos los casos se especificara el destino desde el inicio, pero cuando se trata de preembriones, es requisito legal que se haga así, ya que el artículo 11.6 establece que el consentimiento para el destino de los preembriones debe haber sido prestado antes de la generación de estos.

3. El apartado 4 del artículo 11 establece taxativamente los posibles destinos que se pueden dar tanto a los preembriones como a los ovocitos, tejido ovárico y semen crioconservados.

3.1. Uno de los principales problemas existentes antes de la entrada en vigor de la Ley vigente era la existencia de una cantidad considerable de preembriones crioconservados, sobrantes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida

La LTRA de 1988 preveía como únicos destinos posibles para los preembriones generados, los fines reproductivos de la pareja generadora o la donación a otras mujeres. Al mismo tiempo, la citada norma establecía un plazo máximo de crioconservación de los preembriones de 5 años (*«Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de 5 años»*). Pasado este plazo, si no se habían utilizado ni se habían donado, la única posibilidad era su destrucción[16], ya que no se admite el destino a la investigación; pero los Centros no lo hacían, por los dilemas éticos y la discusión social que genera la destrucción de embriones humanos que, en principio, son viables.

No parece que haya una vía clara para evitar preembriones sobrantes, se puede intentar minimizar el número, pero es necesario decidir qué hacer con los excedentes caso de producirse. En este contexto, el apartado 4 del artículo 11 de la LTRHA/2006 clarifica los posibles destinos tanto de los preembriones resultantes de la fecundación in vitro como del semen o de los ovocitos o tejido ovárico crioconservados. A diferencia de la Ley de 2003, no se limita el número de ovocitos que se pueden fecundar, el tratamiento

16 En Inglaterra el Informe Warnock llegaba a la conclusión de que debería dejarse morir a los embriones que no pudieran ser implantados, cualquiera que fuese la razón para ello (principio 47).

y numero adecuado se deja a criterio médico[17], aunque el artículo 3 limita la transferencia a un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

3.2. El primero de los destinos que la Ley prevé para el materia crioconservado, en la letra a) del apartado 4 del artículo 11 es *su utilización por la propia mujer o su cónyuge*.

Ciertamente, el destino natural del material (ya sean gametos o preembiones) es su uso por la persona de quien procede, sea hombre o mujer. Esto es lo que intenta reflejar la norma. Cuando esto no ocurre, como alternativa, la Ley permite la donación, para fines de reproducción o de investigación, o la destrucción; y si se trata de ovocitos o preembriones, la destrucción se somete a ciertos requisitos, al entenderse que esta debe ser la última opción.

3.3. La donación con fines reproductivos (artículo 11.4.b) y la donación con fines de investigación (artículo 11.4.c) son dos de los destinos posibles para los gametos o el material crioconservado.

La donación, de gametos o de preembriones, es una formula jurídica, muchas veces imprescindible, utilizada en el desarrollo de la técnicas de reproducción asistida: por un lado la donación de gametos es necesaria para la fecundación heterologa. Por otro lado, también parece necesario reconocer esta posibilidad en el caso de que, de algún modo, puedan existir preembriones excedentes de la aplicación de las técnicas (aunque sea de forma excepcional)[18]. Incluso aquellos que entienden que el destino natural y, en principio, único de los preembriones ha de ser su implantación en la mujer o la pareja generadora, admiten la posibilidad de la donación como una alternativa preferible a la destrucción en los casos en los que el fin inicialmente pretendido no es posible y ya existe el preembrión[19].

---

17 Sin embargo, el artículo 26 LTRHA recoge las cautelas en este sentido, al establecer que constituyen infracción grave, tanto la generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso y la trasferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.

18 Con todo, podemos encontrar en la legislación italiana la prohibición absoluta de donación de gametos y de preembriones, con lo que tampoco se posibilita la fecundación heterologa (Legge n. 40/2004, de 19 de febrero de 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita,* artículo 4.3).

19 Según el Informe Casini "la congelación debería considerarse admisible solamente en relación con la vida del embrión, es decir, cuando causas imprevisibles hagan imposible la inmediata implantación en el útero, o cuando haya, de

La LTRHA/2006 regula la donación en al art. 5. El artículo 11 se aplica en función de la especialidad del objeto: gametos y preembriones crioconservados. Lo único que añade el artículo 11 es la finalidad a que se puede destinar la donación, que se hace depender de la voluntad de quien proceda (manifestada a través del correspondiente consentimiento informado): reproducción o investigación.

Ahora bien, el artículo 5 sólo se refiere a la donación de gametos, pero no incluye la donación de preembriones crioconservados. El artículo 5.8 establece que «*Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella*». De este modo, la donación de gametos está reconocida y regulada en el artículo 5 de la Ley, mientras que la donación de preembriones se permite en aplicación de las previsiones del artículo 11.

El artículo 11 no contiene ningún régimen específico de la donación de preembriones, con lo que tendremos que acudir a la norma general que es el artículo 5, para decidir qué previsiones de este precepto son aplicables a la donación de preembriones (anonimato del donante…) y cómo, y cuales no, en razón de las especialidades del objeto. Hay previsiones que claramente no se podrán aplicar, aunque otras como la compensación puede ser más discutible.

La primera duda que suscita esta regulación es por qué se diferencia entre gametos y preembriones y no se incluyen simplemente los preembriones en el artículo 5. La respuesta a esta cuestión, a nuestro juicio, pasa por admitir que la donación no puede ser el fin del preembrion, ni siquiera la donación con fines de reproducción; dicho de otro modo, no se puede crear un preembrion para donarlo, ni siquiera con fines de reproducción, como sí se puede extraer del cuerpo un gameto con el fin de donarlo. En el caso de los preembriones, la donación es una finalidad a la que se puede recurrir cuando el preembrión ya ha sido creado con el fin único de implantarlo, en la pareja o mujer generadora, y no ha podido ser así por cualquier motivo; es entonces cuando se permite la donación y se restringen las finalidades de la misma: reproducción o investigación. EL apartado 4 del artículo 11 no prioriza entre las finalidades que permite (utilización por la mujer, donación o destrucción), pero se trata siempre de destinos que se pueden dar a un preembrión que ya existe porque ha sido creado para la pareja generadora.

---

cualquier modo, embriones superfluos producidos en contravención de todas las recomendaciones…" (*ob. cit.*, 90).

La decisión sobre la finalidad de la donación, igual que la decisión sobre donar o no, corresponde a los donantes y requiere el consentimiento informado conforme a los términos del artículo 11.5 y 6.

3.4. El último apartado del artículo 11.4 permite el «cese de conservación sin otra utilización», es decir, la descongelación de gametos o, también, de preembriones y su consiguiente destrucción.

Es el único de los destinos en el que la Ley establece una cautela; según el último inciso del artículo 11.4 *«En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores»*. De este modo, la destrucción del material se convierte en la última posibilidad cuando se trata de preembriones o de ovocitos, mientras que en el caso del semen el régimen legal permite que se pueda optar de forma indistinta por cualquiera de las finalidades permitidas, sin necesidad de agotar el plazo de conservación.

Esta cautela refleja un principio protector del preembrion que se deja ver en otros preceptos de la Ley y que traduce la especial consideración y protección que tal objeto debe merecer en atención al respeto a la dignidad humana, incluso, como ya hemos dicho anteriormente, sin necesidad de considerar el preembrion igual que una vida humana.

En el caso de los ovocitos, la cautela se debe a que es un bien preciado cuya destrucción se ha de disuadir en lo posible, aunque por motivos distintos.

El destino elegido para el material de que se trate se puede cambiar, modificando el consentimiento en los términos previstos en el artículo 11.6 (*El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación*). Para que la nueva elección tenga efectividad será necesario que la anterior elección todavía no se haya consumado, ya que de otro modo sería imposible (si se ha implantado o ya se ha donado a una pareja o, evidentemente, si se descongelado). El único caso en que, al menos en teoría, sería posible un cambio de destino después de que se hubiera consumado la primera opción sería la donación para investigación, pero en este supuesto hay que aplicar la previsión contenida en el artículo 14.2, en virtud de la cual los gametos utilizados para investigación no podrán ser destinados a reproducción.

3.5. El empleo para finalidades distintas a las establecidas en la Ley, que son las establecidas en el art. 11.4, genera responsabilidad para la clínica, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley, que enumera las conductas constitutivas de infracción leve, grave o muy grave.

Al margen de las sanciones administrativas previstas en la Ley, la conducta de que se trate podrá ser constitutiva de delito y en todo caso, el daño patrimonial y moral que el destino del material a un fin no querido y no consentido puede producir, será indemnizable en vía civil, tal como veremos al final de este comentario. La responsabilidad civil a que nos referimos será objetiva, al venir perfectamente delimitados en la ley los criterios legales de utilización de gametos y preembriones, derivándose automáticamente la responsabilidad de cualquier utilización que incumpla dichos parámetros legales, con independencia de que en la infracción de dicho deber legal haya concurrido o no culpa del infractor.

4. El destino final de los preembriones será decidido por la pareja o la mujer, en su caso, dentro de las posibilidades establecidas en la Ley. Este principio se logra exigiendo el consentimiento, que, como es principio general en la Ley y en el campo de la medicina en general, ha de ser un consentimiento informado[20].

A tenor del artículo 11.5, la utilización del material crioconservado requiere el consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. El consentimiento deberá especificar el destino que se consiente dar al material de que se trate, aunque nada impide, según vamos a ver, la modificación del consentimiento y del destino.

Este requisito legal necesita diversas precisiones:

4.1. Como principio general, tendrá que prestar el consentimiento la persona de la que proviene el material. Cuando se trata de preembriones, el artículo 11.5 aclara que el consentimiento *deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones*.

El caso de la mujer sola no plantea ningún problema en cuanto al consentimiento, será ella quien decida el destino del preembrion. Resulta más complejo el supuesto del preembrion de una pareja:

20 No es este el lugar para un estudio de cómo entender el consentimiento informado, ni mucho menos su concepto.

Si el material lo han aportado los dos, indudablemente es necesario el consentimiento de ambos.

También lo será en el caso de que un gameto provenga de donante pero se vaya a establecer la filiación; probablemente este es el caso que subyace en el artículo 11.4 al referirse al marido. La referencia al marido hemos de entenderla teniendo en cuenta que en tal caso se establecerá la relación de filiación paterna, pero no excluye la equiparación del conviviente de hecho, no tendría sentido tal discriminación a la vista de la *ratio* de la norma. Sí se excluye, siguiendo el razonamiento, al cónyuge del mismo sexo (otra mujer), de ahí la referencia legal al marido y no al cónyuge o la pareja.

La Ley es clara al exigir el consentimiento de ambas partes de la pareja tanto para la generación como para la crioconservación y el posterior destino de los preembriones[21].

Como principio general, el consentimiento para la crioconservación y el destino del material crioconservado habrá de ser emitido de forma personal, no cabe la posibilidad de ser prestado a través de representante, al tratarse de un acto personalísimo[22]. Dicho esto, es necesario plantear qué ocurre con los menores de edad.

El problema del consentimiento de menores se presenta en relación a la posibilidad de crioconservación de sus gametos, normalmente en previsión de una futura esterilidad (en especial en tratamientos contra el cáncer, o enfermedades degenerativas que van a producir la esterilidad). La cuestión se ha planteado en chicos muy jóvenes que se van a someter a tratamientos agresivos y su edad permite conseguir gametos fértiles (niños a partir de 12-13 años con semen fértil. En el caso de las niñas no se plantea la posibilidad de conservar óvulos porque no se pueden conseguir por la edad[23]).

---

21 Merece una consideración distinta el caso de preembrión constituido para una pareja (consentimiento de ambos etc) pero con semen de donante; en este caso no parece que fuera necesario el consentimiento para la implantación, si no se establece la filiación paterna con respecto a la pareja que previamente consintió. Con todo, tambien sería necesario poner una cautela en el caso de que se tratara del marido, porque en tal caso entraría en juego la presunción de paternidad del marido.

22 En este sentido, M. Carcaba, Fernández, *Problemas jurídicos*, *ob.cit*., 68. En parecidos términos se expresan J. Delgado Echeverria, *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde,* en *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana,* Madrid, 1988, 208.

23 Además, en el caso de la mujer la LTRHA es clara al exigir la mayoría de edad como requisito para someterse a las técnicas de reproducción asistida, y la

En ausencia de previsión legal específica, hemos de acudir a las reglas generales: el 162 del Código civil y la Ley 41/2002 (artículo 9.3.c y 9.4).

La Ley 41/2002 distingue según la madurez del menor, pero estableciendo un criterio objetivo según su edad. Sin embargo, esta norma excluye del régimen previsto las técnicas de reproducción asistida (artículo 9.4) con lo que hemos de acudir al Código civil.

El criterio que deriva del artículo 162 del Código civil es el de madurez del menor: en nuestro supuesto esto significa que si no es maduro, podrán consentir los padres. Pero no hay representación legal, porque se trata de un derecho personalísimo que no puede ser actuado por representante; la actuación de los padres se produce en ejercicio de la patria potestad. Esto implica que sólo podrían realizar aquello que no pueda esperar al cambio en las condiciones del menor (que él mismo pueda decidir por tener suficiente madurez), lo que significa que los padres (o tutor) pueden consentir en la crioconservación, pero no en el destino del material, que sí puede esperar a que el menor decida por si mismo (mayoría de edad o, al menos, condiciones suficientes de madurez).

En cuanto a la capacidad necesaria para decidir el destino del material crioconservado, será necesario que el menor haya cumplido los 18 años para destinar el material a la donación, con fines de reproducción o de investigación, ya que se aplica el régimen general de la donación del artículo 5 LTRHA.

Sin embargo, no será necesaria la mayoría de edad, al no exigirlo expresamente la Ley, para consentir la destrucción del material. Tendremos que acudir al criterio general de la madurez del menor, al ser un acto de naturaleza personalísima (artículo 162.1 Código civil).

Puede ocurrir también que el menor pretenda destinar el semen crioconservado a la fecundación de ovocitos de su pareja. Lo cierto es que la LTRHA no establece un requisito especial de capacidad con respecto al hombre que participa en el proceso de fecundación asistida, con excepción de la donación de gametos. La Ley sólo exige la mayoría de edad en la mujer (artículo 6). Por tanto, hemos de acudir de nuevo a las reglas generales de capacidad y si aplicamos la regla general, debemos considerar capaz al hombre mayor de edad no incapacitado o al menor emancipado, con lo que el menor emancipado por matrimonio (a partir de los 14 años) ha de ser considerado perfectamente capaz para consentir

---

crioconservación es una técnica complementaria a la que le debemos aplicar el mismo criterio.

la inseminación artificial de su mujer o la fecundación in vitro de sus ovocitos, siempre que ella sea mayor de 18 años[24].

Si admitimos este razonamiento se podría objetar una discriminación injustificada entre el hombre y la mujer, pero la norma exige los 18 años en la mujer no en atención a la posibilidad de ser madre (de forma natural puede serlo antes de esa edad) sino teniendo en cuenta el tratamiento médico al que se ha de someter y la complejidad e implicaciones del mismo

4.2. Según el sistema configurado en el artículo 11.6, el consentimiento prestado puede ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

Por tanto, el consentimiento puede ser libremente revocado en cualquier momento anterior a la aplicación consentida inicialmente, modificando el destino consentido (por ejemplo, se consiente la fecundación para la implantación y posteriormente se modifica exigiendo la destrucción).

En el caso de preembriones de una pareja, la Ley es clara al exigir el consentimiento de ambas partes de la pareja tanto para la generación como para la crioconservación y el posterior destino de los preembriones. Sin embargo, el problema que se plantea, y sobre el que los tribunales ya han tenido que pronunciarse, es qué ocurre cuando una vez consentida la crioconservación de los preembriones con fines de reproducción de la pareja generadora, posteriormente uno de ellos revoca el consentimiento.

Este supuesto es el que se ha planteado ante los tribunales en varios casos en los Estados Unidos y también ha sido resuelto en una sentencia del TEDH.

La primera sentencia sobre la materia fue del Tribunal Supremo de Tenesse, Estados Unidos, en el caso Davis contra Davis. Un matrimonio se somete a un tratamiento de fecundación asistida y obtienen un preembrion con el fin de implantárselo a la mujer, pero antes de que esto ocurra el marido pide el divorcio; durante el proceso de divorcio, no se ponen de acuerdo en el destino del preembrion: la mujer quiere implantárselo y el marido no consiente. Posteriormente ambos se vuelven a casar y entonces la petición de la mujer cambia, quiere donar el preembrion para que le sea implantado a otra mujer, a lo que el hombre se niega. En este caso, el Tribunal dio la razón al hombre, argumentando que el interés del marido en evitar la paternidad genética era más importante que el deseo de la esposa de donar los

24 J. Delgado Echeverria admite la posibilidad de que el menor emancipado por matrimonio pueda prestar su consentimiento para la inseminación de su cónyuge (*ob. cit.*, 208).

embriones para que los gestara otra mujer[25]. También en el caso J.B contra M.B. hace prevalecer el Tribunal (en este caso de New Jersey) la voluntad de aquel que quiere destruir los preembriones, aunque en este caso era la mujer, y el marido pretendía conservarlos para utilizarlos con una futura compañera. En otros casos, existía un acuerdo sobre el destino que dar a los preembriones en caso de separación o de incapacidad de una e las partes y los Tribunales simplemente han ordenado respetar tal acuerdo[26].

En el caso Evans contra Reino Unido el supuesto de hecho era bastante similar: una pareja congela una serie de embriones antes de que a la mujer le fueran extirpados los ovarios para detener un cáncer (ante la posibilidad de congelar los óvulos, la clínica informó a la mujer que no practicaban esa técnica porque su porcentaje de éxito era muy pequeño. La pareja aseguró que él quería tener un hijo con ella, con lo que no había problema). Posteriormente la pareja se separa, antes de la implantación de cualquiera de los seis embriones obtenidos (tenia que esperar dos años desde la operación). El hombre retira el consentimiento para la conservación e implantación de los embriones y exige que sean destruidos. La mujer inicia un procedimiento judicial pidiendo que se impidiese la retirada del consentimiento, alegando que los embriones en cuestión son su única posibilidad de tener hijos, habida cuenta la operación a la que se sometió. El TEDH (sentencia de 7 de marzo de 2006) analiza la regulación de la disposición sobre los preembriones en los diferentes Estados Miembros que la regulan o que la resuelven en la práctica. En este estudio legislativo se pone de manifiesto que en la mayoría de las leyes europeas sobre reproducción asistida se establece que para la disposición de los preembriones se requiere el consentimiento constante y conjunto de ambos miembros de la pareja. Con todo, la sentencia apoya la

25 En la citada sentencia (842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992) el Tribunal entiende que «Para resolver el conflicto del destino de los preembriones concebidos in vitro, se debe primero examinar las preferencias de sus progenitores. Si es imposible establecer cuales son realmente sus deseos, o si estos deseos son incompatibles, se aplicará el acuerdo previo sobre el destino de los preembriones. En ausencia de acuerdo previo, conviene sopesar los intereses de las partes en la utilización o no utilización de los preembriones. Por norma general es la voluntad de la parte que desea evitar la procreación la que prevalece […]. En ausencia de otra opinión razonable, hay que estudiar los argumentos a favor de la utilización de los preembriones a efectos de un embarazo. Sin embargo, si la parte que desea decidir el destino de los preembriones tiene simplemente la intención de donarlos a otra pareja, es evidente el interés de la parte contraria a su utilización el que prima y el que, en consecuencia, prevalece».

26 Asunto Kass contra Kass (98, NY Int. 0049) y A.Z. contra B.Z. (2000, 431 Mass. 150; 725 N.E. 2d 1051).

pretensión del hombre, entendiendo que la Ley nacional aplicable (la Ley inglesa) es clara al reconocer cada una de las personas afectadas por un tratamiento de FIV la libertad de retractarse hasta el momento de implantación el embrión.

No es un tema fácil de resolver, puesto que están en juego importantes intereses, por una parte los de la mujer a poder utilizar las técnicas de reproducción asistida con su propio material reproductor, y por otro los del hombre que ya no quiere que el suyo se utilice para fecundar a la mujer con la que inicialmente estaba dispuesto a tener un hijo. Probablemente la solución a este dilema pasa por tener en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto, que es lo que subyace en las distintas decisiones judiciales. Resulta por tanto acertada la tesis mantenida de que junto con el derecho a no ser forzado a procrear, también se tenga en cuenta el derecho a gestar los embriones en aquellos casos en que la parte que los reclama no tenga otra forma alternativa de tener hijos biológicos[27].

Se ha considerado que sería acertado admitir ciertas excepciones a la regla de la revocabilidad pues con ello se evitaría que el hombre tuviese un derecho absoluto de veto a la implantación de los preembriones que pudiera solicitar la mujer[28]. En este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo reconoce, en relación a la legislación inglesa, que es la cuestionada, que «podría haber ponderado de forma diferente los intereses en juego confiriendo, por ejemplo, al acuerdo del donante masculino un carácter irrevocable, o prohibiendo formalmente a este retractarse de su compromiso una vez concebido el embrión».

4.3. El consentimiento se podrá prestar al iniciar el tratamiento de reproducción asistida (o en el momento de la donación) o podrá ser posterior, y prestarse en el momento en que sea necesario decidir el destino del material crioconservado (habrá entonces un inicial consentimiento para la crioconservación y otro posterior, que probablemente podríamos entender también como modificación, en el que se consiente un determinado destino.

---

27 I. Alkorta Idiakez, *Nuevos límites*, *ob. cit*., 59, considera que en determinados casos la parte dañada por la revocación del consentimiento pueda reclamar una reparación de los perjuicios en base, en el caso español, en la responsabilidad extracontractual generada por la promesa de no revocar, en aquellos supuesto que así se hubiera previsto.

28 En este sentido E. Farnós Amorós, *Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja*, en *Indret*, www.indret.com, 2, 2007.

Ahora bien, tratándose de preembriones, el artículo 11.6 exige que el destino haya sido especificado antes de la generación de los preembriones, con lo que, en el momento inicial la pareja generadora, o la mujer, habrá de consentir el destino ulterior a que consiente que se destine el preembrion que se pretende generar y que, necesariamente, como primer destino, ha de tener el de reproducción de los generadores (o la mujer).

4.4. La regla general en el ámbito sanitario, y en especial en las técnicas de reproducción asistida, es que el consentimiento ha de ser prestado teniendo previamente el paciente toda la información relevante para tomar la decisión. Este principio del consentimiento informado se recoge, una vez más, en relación a la crioconservación y destino del material crioconservado. A tenor del artículo 11.5 se requerirá el «*consentimiento informado*» y en el artículo 11.6 *in fine* se establece que «*Con anterioridad a la prestación del consentimiento se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este precepto*».

Francisco Manuel García Costa

PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

SUMARIO: 1. Determinaciones previas. 2. La maternidad subrogada como reto del Derecho constitucional. 3. Breve apunte sobre la problemática constitucional de la maternidad subrogada en el Derecho español. 4. Bibliografía.

1. El problematismo de la denominada maternidad subrogada comienza con su propia denominación. Han sido numerosas las etiquetas terminológicas utilizadas al efecto: desde la de «vientre de alquiler» hasta las de «maternidad portadora» o «maternidad de encargo», pasando por la de «gestación por sustitución», la cual fue acogida en el Derecho español por el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Esta variedad terminológica, como se ha apuntado, trasluce la existencia de numerosas cuestiones problemáticas de naturaleza médica, sociológica, ética y jurídica que alcanzan, incluso, a la propia determinación de la realidad analizada. En este sentido, cabe cabalmente reconducir qué sea o en qué consista la maternidad subrogada a los términos delimitados de una definición afirmando, con Joan Cerdà Subirachs, que es «en sentido amplio, el supuesto de reproducción asistida en el que una mujer, por contrato, acepta gestar y entregar el producto de dicha gestación con el objeto de que los contratantes establezcan un vínculo jurídico de filiación con el neonato».[1]

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre, realiza una definición de la llamada gestación por sustitución según la cual «consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».

1 J. Cerdà Subirachs, *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de la DGRN*, *Diario La Ley*, n. 4893, 2011, 1.

Tanto la definición doctrinal antes señalada como la realizada por la SAP de Valencia resultan operativas para acoger en su seno las diferentes formas de la maternidad subrogada que, en apretada síntesis, serían las siguientes:

a) La primera de ellas comparece como el supuesto genuino para los profesores Martínez-Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu, autores de una de las primeras monografías sobre esta temática en el ordenamiento jurídico español. En sus palabras, tal genuino supuesto «es el de la portadora a quien se implante un embrión de un huevo fecundado en vivo o *in vitro*»[2].

b) La segunda de ellas es aquella en la que la portadora, siguiendo a Hernández Ramírez y a Fernández Figueroa, «es inseminada aportando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos, y admite la adopción de la pareja»[3]. Según estos autores, este segundo supuesto cabe ser considerado como de subrogación total, a diferencia del anterior, que consideran como de subrogación parcial.

c) La tercera forma de maternidad subrogada o gestación por sustitución consiste, siguiendo en este punto a J. Martín Camacho, en la «elección de la subrogación por parte de los varones gays como forma de acceder a la paternidad, ya sea que estén en pareja o solteros, quienes contactan con una mujer gestante y pueden utilizar el óvulo de ella o de una tercera persona y el semen de uno de ellos o, si son pareja, de ambos combinados»[4].

En las modalidades anteriores son tres las partes involucradas en la maternidad subrogada, es decir, son tres las partes del contrato de gestación por sustitución: la gestante; los contratantes que desean establecer el vínculo de filiación; el padre o madre genéticos, que pueden no coincidir con ninguna de las partes anteriores. En el caso de coincidir, estaríamos en la segunda de las modalidades referidas; en caso contrario, en la primera y en la tercera.

Así entendida la realidad de la gestación por sustitución, la misma ha sido regulada en diferentes ordenamientos jurídicos, los cuales pueden clasificarse convencionalmente en tres categorías en función de si consideran

2 M. P. RODRÌGUEZ, J.M. MASSIGOGE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, 1994, 68.

3 A. HERNÀNDEZ RAMÌREZ, J.L. FERNÀNDEZ FIGUEROA, *Ley de maternidad subrogada del distrito federal*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XLIV, n. 132, 2011, 1341.

4 J. MARTÌN CAMACHO, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable*, Versión *on line* en http: www.gestacionsubrogadaenespaña.es., ultima consulta efectuada el 15/10/2014.

el contrato de gestación por sustitución (i) nulo de pleno derecho; (ii) válido en todo caso; o, como síntesis mediadora, (iii) válido únicamente con el cumplimiento de ciertos requisitos.

(i) En el primer supuesto, que es el mayoritario, nos encontramos Estados tales como Italia, Francia, Alemania, Suecia o Austria en los que la maternidad subrogada es declarada una práctica ilícita. Al respecto debe señalarse el supuesto que representa Suiza, en el que la prohibición de la gestación por sustitución no se ha recogido en la legislación ordinaria, sino que se ha incluido de manera expresa en la propia Constitución. En este sentido, el artículo 119 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999 establece en la letra d) de su inciso 2º, bajo la rúbrica de «Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano», la prohibición de la gestación por sustitución en los siguientes términos: «La Confederación aprueba disposiciones en materia de utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito protege la dignidad humana, la personalidad y la familia, respetando, en particular, los siguientes principios: […] la donación de embriones y cualquier otra forma de maternidad subrogada son inadmisibles».

España forma parte de esta categoría de Estados, dado que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece en su primer inciso que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero», de modo que en todo caso la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (inciso 2º), quedando, asimismo, a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (inciso 3º).

(ii) En la segunda categoría se incluyen Estados como Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos de América como California o el Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos[5].

(iii) Por su parte, forman parte de la tercera categoría de las anteriormente señaladas el Reino Unido, Canadá, Grecia, Israel, Brasil, Nueva Zelanda y algunos Estados de México (así, el Distrito Federal) y de

5 Estos son los países que recoge E. Lamm como los únicos que, en la hora actual, recogen una «admisión amplia» de la maternidad subrogada, E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 3/2012, 17. Con anterioridad, uno de los estudio más completos de Derecho comparado en esta materia, concretamente de 2004, se contenía en S. MARKENS, *Surrogate Motherhood and the politics of reproductions,* University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2007.

Australia (así, Australia Meridional y Australia Occidental). Todos estos Estados declaran válidos el contrato de gestación por sustitución, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. En función de cuáles sean estas condiciones, existirán tantas subclasificaciones como prácticamente criterios se recojan en cada una de las respectivas legislaciones. No obstante ello, E. LAMM distingue, dentro de esta tercera variante, dos subcategorías en función de si concurre o no un «proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución», subcriterio que nos parece adecuado[6].

Una vez realizadas las anteriores determinaciones previas atinentes a la variedad terminológica propia de la maternidad subrogada, a su concepto, a sus supuestos típicos y a las tendencias actuales en su regulación, consideramos oportuno que nuestra exposición se adentre en la consideración de la maternidad subrogada (i) como reto del Derecho constitucional y (ii) en su problemática constitucional específica en el Derecho español.

2. Antes de analizar críticamente los retos que la maternidad subrogada presenta al Derecho constitucional, es conveniente realizar una serie de consideraciones previas en torno a qué sea o en qué consista un reto para el Derecho constitucional. Para responder con garantías de éxito a esta pregunta, hemos de partir de la consideración de que la función del Derecho constitucional, en cuanto técnica de la libertad[7], es la de intervenir en aquellos ámbitos en los que el poder político haya devenido inmune, garantizando «libertades negativas», así como la de transformar la sociedad en aquellos ámbitos en los que esta sea necesaria en garantía del progreso y conservación de la sociedad, promoviendo, pues, «libertades positivas». Si el Derecho constitucional, en cuanto técnica de la libertad, ha de intervenir para limitar al poder político (libertades negativas) y para transformar la sociedad (libertades positivas), parte de los numerosos desafíos del Derecho constitucional en la actualidad, en tanto en cuanto en ellos ha de inter-

6 E. LAMM, *op.cit*., 12-16.

7 El Derecho constitucional, como disciplina científica elaborada sobre estos presupuestos ideológicos y jurídicos, ha sido concebido desde sus orígenes como la «técnica de la libertad», tal y como se recoge en el primer tratado español de Derecho constitucional, las *Lecciones de Derecho público constitucional para las escuelas de España* escritas por Ramón de Salas y Cortés, en el que el Derecho constitucional ya entonces se definía como la Ciencia «de la libertad», R. SALAS, *Lecciones de Derecho público constitucional, para las escuelas de España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982,158.

venir el Derecho constitucional para evitar que el poder devenga inmune, vienen siendo necesariamente arrastrados desde el siglo XIX, precisamente por no haber encontrado durante las pasadas centurias una respuesta satisfactoria. Nos referimos a cuestiones de profundo alcance y calado como la clarificación del propio concepto de Constitución; la adaptación de la alta teoría de la representación política y del funcionamiento de los poderes del Estado al actual Estado de partidos; o el desarrollo de una teoría de la Monarquía adecuada a las circunstancias actuales.

Junto con estos retos, existen otros propios del nuevo cometido del Derecho constitucional como técnica de la «libertad positiva», que se le presentan al Derecho constitucional en la actualidad, precisamente porque han surgido en el siglo XXI, siendo, pues, *genuinos* de este siglo XXI. Nos referimos a la incorporación de las víctimas de infracciones penales a las Constituciones; a la exigibilidad de los derechos sociales; al establecimiento de nuevas garantías de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; al desarrollo de nuevas formas de descentralización territorial del poder que no conculquen real y efectivamente la igualdad constitutiva de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones; al gobierno de Internet; o, en fin, a la incorporación de las técnicas de democracia electrónica en los Estados representativos.

Siendo lo anterior esencialmente cierto, en el siglo XXI comparece como uno de los retos esenciales del Derecho constitucional la investigación biomédica y sus consecuencias, entre las que se incluye la maternidad subrogada cuya emergencia ha supuesto, incluso, la superación del paradigma secular expresado en el brocardo *mater semper certa est* que ha comparecido como inmutable durante toda la historia de la humanidad hasta momentos relativamente recientes (el primer acuerdo de maternidad subrogada, firmado en Michigan, data de 1976)[8]. La maternidad subrogada, a diferencia de las cuestiones que hemos comentado con anterioridad que, en su mayoría, o son retos del siglo XIX todavía no resueltos o son retos actuales, plantea al Derecho constitucional desafíos que serían propios tanto del siglo XIX como del actual siglo XXI.

Efectivamente, de las diferentes cuestiones que plantea la maternidad subrogada al Derecho constitucional[9], y dejando las relativas a la filiación

8 V., al respecto, J. LÒPEZ GUZMÀN, À APARISI MURALLES, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, *Cuadernos de Bioétic*a, Vol. XXIII, n. 2, 2012, 257.

9 Muchos de los retos de la maternidad subrogada hacen referencia a cuestiones tan trascendentales como las siguientes, que ya señalaba la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida en los

que siempre presentan un innegable interés público, la prohibición de la maternidad subrogada por parte del poder político puede suponer una injerencia injustificada de este en la libertad personal de los ciudadanos y, consiguientemente, una esfera en la que aquel ha devenido inmune. Asimismo, tal prohibición puede significar que los poderes públicos han abdicado de su función transformadora de la realidad social, precisamente en un ámbito en el que tal actividad resultase necesaria en garantía del progreso y perfeccionamiento de la sociedad. El Derecho constitucional, pues, debe dar una respuesta normativa a los retos que plantea la maternidad subrogada desde su condición de técnica de la libertad, garantizando «libertades negativas» y promoviendo «libertades positivas».

De la importancia de la maternidad subrogada para el Derecho constitucional no solo da cuenta la circunstancia de que esta sea objeto de especulación científica por parte de la doctrina constitucionalista[10], sino también, y principalmente, el dato de que las Constituciones modernas han incorporado entre sus contenidos la regulación de la maternidad subrogada, como así sucede en la Constitución Federal de la Confederación Suiza, tal como hemos apuntado anteriormente.

3. Como hemos avanzado anteriormente, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, reproduciendo en sus propios términos los del artículo 10 de la Ley 35/1988,

---

siguientes términos: «En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida, en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

10 Sobre la evolución de la preocupación doctrinal sobre la maternidad subrogada en Estados Unidos, *vid*., al respecto, S. Markens, *op.cit*., 20 ss.

de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Ya entonces la doctrina científica se cuestionaba la necesidad de incluir en la ley de 1988 un precepto que explicitase de manera directa la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, habida cuenta de que tal nulidad podía perfectamente predicarse de los artículos del Código civil que regulan los requisitos esenciales para la validez de los contratos, concretamente de los artículos 1271 y 1275, en tanto en cuanto la causa del contrato de gestación sería ilícita al oponerse a la moral (art. 1275) y su objeto, asimismo, sería nulo dado que cabría reputar su objeto -la capacidad generativa- como fuera del comercio de los hombres y, en todo caso, contrario a las buenas costumbres (art. 1271).

No obstante ello, tanto la ley de reproducción asistida de 1988 como la posterior de 2006 han declarado expresamente la ilicitud de la maternidad subrogada, lo que es consecuencia de la necesidad de explicitar una respuesta a la aparición de esta nueva realidad con la que se solventara el eventual debate que podría suscitarse en torno a la ilicitud de la causa y del objeto del contrato de gestación por sustitución. Tal prohibición expresa da cuenta, pues, de la necesidad de regular específicamente una realidad social que se presentaba por primera vez y, consiguientemente, con el carácter de *ius novum*.

Es evidente que la prohibición de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico presenta una innegable trascendencia constitucional que ha de ser analizada en los términos que han quedado señalados, con carácter general, en el punto anterior. Coherentemente con los planteamientos allí contenidos, la constitucionalidad de la declaración de nulidad del contrato de gestación por sustitución contenida en el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida no sería conforme con la Constitución: (i) si la misma conculcase el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española -en adelante, C.E.-); o si tal declaración de nulidad (ii) impidiese a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra fueran reales y efectivas (art 9.2 C.E.) o la protección social, jurídica y económica de la familia (art.39 C.E.).

En nuestra opinión, la prohibición de la gestación por sustitución del artículo 10.1 de la Ley 35/1988 no constituye una injerencia injustificada de los poderes públicos en la libertad personal de los ciudadanos ni desvía a aquellos de la tarea transformadora de la sociedad propia del Estado social, pues tal prohibición encuentra anclaje constitucional en los siguientes preceptos:

a) En la dignidad humana consagrada en el artículo 10.1 C.E. como fundamento del orden político y de la paz social, que no ha de ser entendida en sentido religioso, ni ontológico, ni ético, sino en su dimensión jurídico-positiva, como «factor de estima dimanante de un comportamiento positivamente valioso […]; y, en ciertas concreciones normativas, apreciación de una situación subjetiva, que merece específica tutela o, por contraste, reacción punitiva»[11]. Si la dignidad humana consiste en concebir a los seres humanos como fines en sí mismo y no como instrumentos, la gestación por subrogación implica la reificación de la gestante, especialmente la de aquellas que, por razones socio-económicas, se podrían hallar privadas de plenas capacidades intelectivas y/o volitivas en el proceso de formación de su voluntad.

b) En el derecho a la integridad física y moral de la gestante, así como en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 C.E.).

c) En el mandato al legislador consistente en posibilitar la investigación de la paternidad, entendiendo por tal tanto la de la paternidad como la de la maternidad (art. 39.2 *in fine* C. E.), mandato con el cual se actúan las exigencias de la protección del interés supremo del menor en una doble dirección: de un lado, para facilitarle «cuantitativa y cualitativamente el mecanismo de la efectiva prestación de asistencia»[12]; de otro, para que pueda conocer su origen biológico y establecer las correspondientes relaciones jurídicas de filiación. Este derecho del menor a conocer y establecer su filiación ha sido recogido, asimismo, en el artículo 7.1 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en los siguientes términos: «el niño […] tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

11 J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, *Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona*, en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Madrid, 68.

12 F. GÀLVEZ MONTES, *Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica*, en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, 855.

4.

F. Gàlvez Montes, *Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica*, en F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.

A. Hernàndez Ramìrez, J.L. Fernàndez Figueroa, *Ley de maternidad subrogada del distrito federal*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XLIV, Núm. 132, septiembre-diciembre de 2011.

E. Lamm, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 3/2012.

J. Lòpez guzmàn, Á. Aparisi Miralles, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII, Núm. 2, 2012.

S. Markens, *Surrogate Motherhood and the politics of reproductions,* University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2007.

J.M. Martìnez-Pereda Rodrìguez, J.M. Massigoge Benegiu, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994.

J. Ruiz-Giménez Cortéz, I. Ruiz-Giménez Arrieta, *Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona*, en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales-EDERSA, Madrid.

R. Salas, *Lecciones de Derecho público constitucional, para las escuelas de España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

María del Mar Navarro Martínez

ANÁLISIS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR ESPAÑOLA DE GESTACIÓN SUBROGADA

1. Qué es la gestación subrogada y situación actual en España. 2. Origen y motivación de la iniciativa ¿por qué es necesaria la gestación subrogada en España? 3. Presupuestos generales del contrato de gestación subrogada: la proposición de ley. 4. El Registro Nacional de Gestación por Subrogación. 5. La mujer gestante. 6. Progenitores subrogantes. 7. Interrupción voluntaria del embarazo. 8. Premoriencia de los progenitores subrogantes. 9. Valoración personal.

En 2012 surge en España la Iniciativa Legislativa Popular para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada, en este artículo analizaremos esta proposición de ley.

Para ello comenzaremos con la definición de gestación subrogada según el texto propuesto y la situación actual en España, a continuación veremos cuáles son los motivos esgrimidos por la Iniciativa por los que debe ser legalizada y, finalmente entraremos de lleno en el análisis de la proposición de ley, a saber, el contenido mínimo del contrato, las condiciones tanto de la mujer gestante como de los progenitores subrogantes, la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación así como otras cuestiones reguladas más controvertidas como la premoriencia de alguno de los cónyuges o la interrupción voluntaria del embarazo.

1. *Qué es la gestación subrogada y situación actual en España*

La Gestación Subrogada es la[1] *"la técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida contempladas en la ley y da a luz el hijo de otra persona o personas."*

Como vemos, la gestación subrogada se concibe como una técnica de reproducción humana asistida más a través de la cual la mujer gestante acepta gestar al hijo del progenitor o progenitores subrogantes y dar a luz a ese niño.

1 Art. 1 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

Situación actual en España.

Actualmente en España la gestación subrogada o gestación por sustitución no está permitida, siendo cualquier contrato con este fin nulo conforme al artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)[2] independientemente de que sea con precio o no. Este mismo artículo hace hincapié en la determinación de la filiación en el momento del parto.

Ahora bien, a pesar de esta regulación la gestación subrogada ha sido, y es, una realidad en España acudiendo multitud de parejas a países donde la técnica es legal, volviendo posteriormente a España e inscribiendo a sus hijos en el Registro Civil.

A esto hay que añadir el reciente cambio en el panorama jurídico debido a las dos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014[3], que condenan a Francia obligándola a inscribir a los hijos de dos matrimonios nacidos por gestación subrogada.

Para entender dicho cambio es necesario conocer los antecedentes existentes en nuestro país en materia de gestación subrogada.

En 2010, la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) dicta la Instrucción de 5 de octubre[4] que ordena la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero a través de gestación subrogada cuando, entre otros requisitos, exista una resolución judicial del Tribunal Extranjero competente en la que se determine la filiación del nacido

Un año antes, en 2009 un matrimonio intenta inscribir directamente a sus hijos con toda la documentación legal extranjera a través del Registro Consular del país extranjero. Se les deniega la inscripción pero estos recurren y la DGRN ordena mediante Resolución de 18 de febrero de 2009 la inscripción de éstos al existir la certificación registral extranjera pese a haber sido gestados a través de gestación subrogada.

Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal ante los Tribunales estimando dicho recurso el Tribunal de Primera Instancia, la Audiencia Provin-

---

2 Art. 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: *1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

3 STEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 Mennesson contra Francia y 65941/11 Labassee contra Francia.

4 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

cial de Valencia y el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 6 de febrero de 2014[5] negando la inscripción en el Registro de los niños y dejando sin efecto tanto la Resolución de 18 de febrero de 2009 como la Instrucción de 10 de Octubre de 2010.

Por lo tanto, hasta la STS de 6 de febrero de 2014 se podía inscribir o no a los niños nacidos por gestación subrogada, dependiendo de sí el Registro se atenía a la Ley 14/2006 sobre TRHA, el procedimiento civil iniciado en 2009 o la Instrucción de la DGRN de 15 de octubre de 2010.

Esta Sentencia, a pesar de confirmar el fallo de instancias anteriores, es muy interesante por lo reñido de su votación, cinco magistrados en contra a cuatro a favor de la técnica, y cuenta con un ilustrativo voto particular exponiendo el porqué.

El motivo principal para la confirmación del fallo era el mantenimiento del orden público español o respeto a la ley nacional, además la Sentencia expone que los derechos de los menores están garantizados mediante la acción de paternidad que puede ejercitar el padre biológico y la adopción por parte del otro cónyuge.

Por otro lado, los motivos a favor de la inscripción o del uso de la técnica eran la prevalencia del interés superior del menor y la necesidad del reconocimiento jurídico de la realidad social.

La STS no hacía otra cosa que corroborar lo que nuestra ley regula. Dicha técnica no se permite en nuestro país.

Ahora bien con las dos sentencias del TEDH nuestro panorama cambia radicalmente.

Estas Sentencias de 26 de junio de 2014 condenan a Francia por violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[6] que regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar y obliga a Francia a inscribir a los tres niños nacidos de esta técnica.

El Tribunal expone que lo que resulta contrario al Convenio no es la prohibición de la técnica, por parte de en este caso Francia aunque bien podría aplicarse a España, sino la posibilidad de considerar contrario al orden público

5 STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014.

6 Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar*: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

el reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero de manera legal. Y establece la prevalencia del interés superior del menor en esta cuestión.

Estas Sentencias han supuesto que en España vuelva a estar vigente la Instrucción de 5 octubre de 2010 de la DGRN y, por lo tanto, que vuelvan a inscribirse a los niños nacidos en el extranjero a través de esta técnica además de un compromiso por parte del gobierno para que dicha Instrucción se transforme en una Ley.

Es decir en España no es legal la gestación subrogada y cualquier contrato con esta finalidad es nulo pero sí se pueden inscribir los niños nacidos de esta técnica en el extranjero, es más no sólo se permite sino que se quiere garantizar a través de una ley.

2. *Origen y motivación de la iniciativa ¿por qué es necesaria la gestación subrogada en España?*

Origen. La historia de Antonio y Marta.

Esta iniciativa surge a raíz de la historia de Antonio y Marta. Este matrimonio esperaba una hija y, por complicaciones en el parto pierden a su hija y a Marta tienen que realizarle una histerectomía subtotal (extirpándole el útero pero no los ovarios). Antonio y Marta se quedaron sin la posibilidad de tener más hijos y la adopción era lenta y costosa así que vieron en la gestación por subrogación la solución a sus problemas y la posibilidad de que muchas personas puedan ejercer su derecho a ser padres.

Motivación de la iniciativa.

En cuanto a la motivación de la Ley, la encontramos en la Exposición de Motivos del texto, y podemos esgrimir varios argumentos para justificar la necesidad de que se regule en España la gestación subrogada.

En primer lugar la evolución del modelo de familia ayudado por el estado de la ciencia actual y las técnicas de reproducción humana asistida.

La Ley española 14/2006 sobre TRHA es una de las más pioneras y progresistas en derecho comparado, por ello permite la utilización de las técnicas de reproducción asistida tanto a parejas como a mujeres solteras, la donación de óvulos, espermatozoides o incluso ambas (donación heteróloga). España siempre ha estado a la vanguardia adelantándose al resto de países de nuestro entorno tanto a nivel técnico como jurídico en las TRHA.

Nuestra legislación trata de contemplar todas las posibilidades para que, si el estado de la ciencia lo permite, la mujer pueda ser madre por lo que el siguiente paso es la gestación subrogada. Al igual que una mujer que no tiene

ovarios puede ser madre recurriendo a la fecundación in vitro, aun cuando el óvulo no sea suyo ¿Por qué una mujer que no tenga útero no puede recurrir a esta técnica y ser madre también?

La gestación subrogada se concibe como una técnica más de reproducción humana asistida y por ello dentro de la línea que ha marcado España en TRHA su legalización sería el paso más lógico.

A esto cabe añadir que, si el estado protege y amplia en la medida de lo posible el *"derecho de la mujer a ser madre"* y estamos en un país que preconiza como uno de sus principios fundamentales la igualdad debería protegerse y respetarse el "derecho a ser padre".

En segundo lugar la gestación subrogada es un hecho en nuestro país, actualmente entran más niños nacidos de gestación subrogada que por adopciones internacionales.[7]

La gestación subrogada es una realidad social, y como tal el derecho debe encargarse de regularla. Un estado de derecho no puede ignorar el devenir de los acontecimientos, es necesario regular la gestación subrogada en términos más amplios o más restrictivos si es algo que está ocurriendo con o sin regulación.

Y, por último y enlazado con este segundo motivo la necesidad de regular la gestación subrogada se justifica en el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución Española ya que, al permitir la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos a través de esta técnica en el extranjero, aún siendo ilegal en nuestro país, se está permitiendo el acceso a esta técnica pero, únicamente a las personas que tengan capacidad económica suficiente para costeársela. Dicho de otra manera, actualmente la gestación subrogada se permite en nuestro país, pero sólo a un grupo de personas en base a su capacidad económica quebrantando así el principio de igualdad.

3. *Presupuestos generales del contrato de gestación subrogada: la proposición de ley*

La gestación por subrogación puede plantear múltiples problemas al adaptarla a la realidad, ¿Qué pasa si la mujer quiere quedarse al hijo? ¿Y si se muere antes uno de los progenitores? ¿Y si la mujer gestante se arrepiente? Esta ley ha tratado de contemplar todas esas posibilidades y re-

7 Del Barrio, Ana. (29 de octubre de 2014). Entran más niños en España por vientre de alquiler que mediante adopción. Periódico El Mundo. Consultado el 29 de octubre de 2014 en www.elmundo.es/solidaridad/2014/10/29/544dee1a22601d0b0e8b456c.html

gularlas para proteger los derechos tanto de los progenitores subrogantes como de la mujer gestante, así como, y sobre todo, a los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida. Para ello, entre otras medidas, crea el Registro Nacional de Gestación por subrogación, se anticipa y regula la premoriencia de uno de los cónyuges o de ambos o el supuesto de que la mujer gestante desee interrumpir el embarazo.

En cuanto a la regulación de la gestación subrogada el texto de la Iniciativa Legislativa Popular propone lo siguiente:

La gestación subrogada se concibe como una técnica más de reproducción humana asistida, y es por ello que la proposición de ley realiza remisiones constantes a la Ley 14/2006 sobre TRHA. Se concibe como la ley general y por ello muchos de los requisitos o condiciones serán los mismos que en dicha ley.

En cuanto a la filiación[8] se establece desde el principio en el contrato de gestación por subrogación rompiendo dicho contrato con la regla general que establece la filiación en el momento del parto. Estaríamos ante una excepción de la regla general.

No se podrá impugnar la filiación del hijo nacido por gestación subrogada una vez formalizado el contrato y producida la transferencia embrionaria a la mujer gestante. De no ser así tanto el hijo como la mujer gestante quedarían desprotegidos puesto que los progenitores podrían impugnar la filiación en cualquier momento y no existiría la seguridad jurídica necesaria en este tipo de contratos.

Los progenitores se harán cargo a todos los efectos del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto[9].

La gestación subrogada sólo podrá ser usada una vez agotadas las demás técnicas de reproducción o cuando los progenitores subrogantes sean incompatibles con las demás TRHA, es decir, al ser la técnica más invasiva se concibe como una técnica residual[10]. Además deberán existir posibilidades de éxito y no suponer riesgo grave para la salud de la mujer gestante ni de la posible descendencia.

Dicha técnica se regulará mediante un contrato que deberá cumplir unos requisitos y un contenido mínimo para su validez.

---

8 Art. 8. de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

9 Art. 5.2 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

10 Art. 2.2 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

La gestación subrogada no tendrá carácter lucrativo ni comercial[11]. Este requisito descarta uno de los motivos esgrimidos frecuentemente para no despenalizar la gestación: el comercio con niños o la mercantilización de la mujer, no existe comercio, puesto que no existe precio.

Es un contrato con un fin solidario: gestar y dar a luz al hijo de una persona que no puede físicamente. También descarta la denominación "vientres de alquiler" puesto que no existe tal contrato. Por otro lado, sí percibirá la mujer gestante una compensación destinada a cubrir molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales, el lucro cesante inherente al procedimiento así como a proporcionar las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el parto.

Es decir, la gestación subrogada siempre será sin ánimo de lucro, no suponiendo la compensación económica en ningún caso un incentivo económico, ésta tiene carácter estrictamente resarcitorio. Esta característica es común en derecho comparado.

La ley establece una garantía para que se respete la gratuidad de la técnica. La publicidad o promoción por parte de los centros autorizados a la Gestación Subrogada deberán respetar el carácter altruista no pudiendo "*alentarla mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.*"

Y será el Ministerio de Sanidad, previo informe de la Comisión Nacional de RHA, el que fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación subrogada.

Para formalizar dicho contrato deberá elevarse a documento público[12] otorgado ante notario. Y a él se adjuntará la inscripción de la mujer gestante en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación. Dicho contrato deberá ser presentado ante el Registro antes de la utilización de cualquier TRHA.

En cuanto al contenido mínimo del contrato[13]:

La compensación económica que percibirá la mujer gestante y la forma y modo de su percepción. Como hemos expuesto anteriormente dicha compensación, en ningún caso debe suponer un incentivo económico sino que tiene carácter estrictamente resarcitorio. Que el contrato sea sin ánimo de lucro no puede suponer que le cueste dinero a la mujer gestante.

---

11 Art. 3.2 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

12 Art. 1.2d de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

13 Art. 6 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

Las TRHA que se emplearán.

Forma, modo y responsables médicos del seguimiento de la gestación y previsión del lugar del parto.

Designación de un tutor, de acuerdo con lo previsto en el art. 223 del Código Civil. Este tutor se hará cargo del menor en los casos de premoriencia de los progenitores subrogantes.

Detalles de un seguro del que será beneficiaria la mujer gestante que cubra, *con hasta un millón de euros*, las contingencias que puedan derivarse de la aplicación de la TRHA y gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

Por último mencionar que en el contrato, aunque no forme parte del contenido mínimo, se podrán incluir cláusulas para prever los hábitos de vida de la mujer gestante durante el embarazo a fin de que no sean perjudiciales para el niño: hábitos de vida saludable, no fumar y beber, etc.

4. *El Registro Nacional de Gestación por subrogación*

El texto crea el Registro Nacional de Gestación por Subrogación[14], adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el que estarán inscritas todas las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación. En el quedarán también registrados los contratos de gestación por subrogación. Este Registro dota de mayor seguridad y garantías la utilización de esta técnica tanto para la mujer gestante como para los progenitores subrogantes. Los progenitores subrogantes que no conozcan a ninguna persona que desee ser mujer gestante podrán acudir a este Registro para encontrar a la mujer gestante idónea. El gobierno, previo informes del Consejo interterritorial del Servicio Nacional de Salud y de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y mediante Real Decreto regulará la organización y funcionamiento del Registro.

5. *La mujer gestante*

La ley define esta figura como "*la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con*

14 Art. 11 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica."[15]

En ella deberán cumplirse una serie de condiciones, a saber:

Deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar.

En cuanto al estado psicofísico las exigencias son las mismas que las fijadas para los donantes en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006 de TRHA:

Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad y que esté vivo[16]. Este motivo es para evitar problemas psicológicos posteriormente, la mujer que haya sido madre ya ha estado antes en esta situación y sabe lo que es.

Disponer de una situación socioeconómica estable. Este requisito es fundamental puesto que la gestación por subrogación se configura en España como un contrato con un fin altruista y, por tanto, sin ánimo de lucro. Con este requisito se descarta que la mujer gestante realice el contrato por el incentivo económico.

Haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato. Así evitamos el turismo de mujeres gestantes.

La mujer gestante podrá tener o no algún tipo de vínculo con los progenitores subrogantes. En numerosas ocasiones existirá vínculo con los progenitores subrogantes y será alguna mujer de la propia familia o una amiga la que quiera prestarse a ser mujer gestante ya que la finalidad de este contrato es altruista, lo mueve la solidaridad. Para el caso de personas que no estén en esa situación se crea el Registro Nacional de Gestación por Subrogación a través del cual se puede encontrar la mujer gestante idónea.

---

15 Art. 1.2.c de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

16 Art. 3 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

En cuanto a la relación de la mujer gestante con el niño[17], en principio no tienen porqué tener ninguna, otra cosa es que mujer gestante y progenitores lleguen al acuerdo de que exista algún tipo de relación. La ley regula y protege la primera posibilidad estableciendo que de la inscripción en el Registro Civil no se reflejarán tales datos (que quedarán inscritos pero no se podrá acceder con normalidad, son datos especialmente protegidos) y la revelación de la identidad procederá conforme a lo dispuesto en la Ley 14/2006

"Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes."

Estará debidamente informada de los riesgos y condiciones de la técnica antes de su aceptación libre y consciente. Esto es, la mujer gestante, tiene derecho a la información como en todo tipo de actuación sanitaria y es necesario que preste su consentimiento tras haber recibido la misma.

6. *Progenitores subrogantes*

La ley define también al progenitor o progenitores subrogantes como "*la persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético.*"[18]

Esto quiere decir que los progenitores aportarán o no su material genético pero si necesitan material genético de otra persona será siempre mediante la donación de óvulos o espermatozoides y nunca usando el material genético de la mujer gestante.

La técnica se permite tanto para un progenitor único como para parejas pero, en este último caso deberán estar unidos por vínculo matrimonial,

17 Art. 7.2 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

18 Art.1.2b de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

inscritos como pareja de hecho o relación de análoga afectividad[19]. Este requisito se establece para proteger al menor, descarta que puedan existir casos extravagantes de progenitores desconocidos, o la amistad como vínculo para tener un hijo.

Igual que en el caso de la mujer gestante el progenitor deberá ser español o residente en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato. En caso de que sean pareja, bastará con que uno de los progenitores cumpla esta condición

7. *Interrupción voluntaria del embarazo*

¿Qué pasa si la mujer decide abortar?

Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna dentro del marco de la ley[20]. Ahora bien, si se acogiese a algunas de las circunstancias del art. 14[21], es decir, cuando no medie causa médica alguna sino que sea a petición de la mujer ésta deberá devolver las cantidades percibidas e indemnizar por daños y perjuicios a los progenitores subrogantes, además, se excluirá a la mujer gestante del Registro Nacional de Gestación por Subrogación.

Esto debe ser así porque no se puede obligar a una mujer a tener un hijo sin su aceptación libre, pero en el caso de que la mujer decida abortar sin que medie causa médica o tenga justificación para su cambio de parecer deberá indemnizar a la familia, además quedará excluida del Registro Nacional de Gestación por Subrogación.

---

19 Art. 4 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

20 Art. 5.4 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

21 Artículo 14 Interrupción del embarazo a petición de la mujer de la Ley 2/2010.
Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:
a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Ahora bien, aquí caben multitud de interrogantes ¿y si los padres son los que se arrepienten y quieres que la mujer gestante aborte? ¿Y si es por malformaciones del feto?

Los progenitores subrogantes tienen la posibilidad de elegir a la mujer gestante idónea y esta será la que tenga unas convicciones o principios similares a los suyos. Lo normal es que todos estos puntos se hayan dialogado previamente y ambas partes estén de acuerdo en la actuación a seguir. Además, ni que decir tiene que son posibles términos a añadir en el contrato.

8. *Premoriencia de los progenitores subrogantes*

El texto también regula que pasa si uno de los dos progenitores o ambos fallecen:

En el caso de premoriencia de uno de los cónyuges si el cónyuge supérstite decide continuar sólo será considerado hijo del cónyuge fallecido si ya se ha producido la fecundación o el material reproductor del progenitor fallecido se halla en el útero de la mujer gestante[22].

Esto tiene una excepción, podrá determinarse la filiación si el progenitor subrogante fallecido presta su consentimiento en el contrato de gestación subrogada para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria.

Si el fallecimiento es de ambos progenitores o de progenitor único, el contrato mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando a lo dispuesto en las leyes generales.

9. *Valoracion personal*

No podemos hacer caso omiso de la realidad en la que vivimos, la gestación subrogada es una realidad en España y como tal debe ser regulada, máxime ahora que se quieren garantizar los derechos de inscripción registral de los niños nacidos por esta técnica mediante una ley. La situación actual quebranta el principio de igualdad que debe ser garantizado en un

22 Arts. 9 y 10 de la Proposición de Ley para la Legalización y Regularización de la Gestación Subrogada.

estado de derecho pues al final se está permitiendo la gestación subrogada para aquellos que pueden costeársela en un país donde sea legal.

La legalización de la gestación subrogada es un tema controvertido, el argumento más frecuente para evitar su legalización es la dignidad de la mujer y su explotación o el "comercio" de niños. Las leyes están para garantizar los derechos de los ciudadanos, una ley sobre gestación subrogada que garantice y proteja los derechos de todos los partícipes en la técnica desbancaría estos argumentos.

En mi opinión la proposición de ley analizada es una buena opción para regular la gestación subrogada. El texto trata de ser lo más garantista posible con los derechos de la mujer gestante, de los progenitores subrogantes y, por supuesto y por encima de todo, del menor. Concibe la gestación subrogada como un acto altruista, sin ánimo de lucro y regula multitud de supuestos para evitar lagunas legales. Es una proposición clara y bastante cauta precisamente para evitar posibles reticencias de la ciudadanía a esta cuestión.

Juan Antonio Fernández Campos

LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM*

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos. 3. La admisión en Derecho español de la reproducción asistida *post mortem*. 3.1. Las diferentes opciones de la doctrina. 3.2. Los argumentos esgrimidos. 3.3. La doctrina del Tribunal Constitucional. 4. ¿Se admite la reproducción asistida *post mortem* que no determine la filiación?

1. Si originariamente las técnicas de reproducción humana asistida tenían como finalidad remediar los problemas de esterilidad que podía padecer alguno de los miembros de la pareja en orden a la procreación, desde hace décadas, en la legislación de algunos países, o simplemente en la práctica, las técnicas de reproducción asistida han superado esa orientación y permiten también la reproducción de personas que no tienen enfermedad o disfunciones que le impidan la procreación natural: este sería el caso de esta modalidad que vamos a analizar: el uso post mortem de las técnicas de reproducción humana asistida.

Esta posibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina, incluso en aquellos países, como es el caso de España, donde la legislación lo permite, señalándose que la autorización de la inseminación post mortem supone una nueva excepción al principio terapéutico de la asistencia médica a la procreación[1], o que la admisión de la fecundación post mortem transgrede la filosofía de la ley (finalidad terapéutica) para realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad[2].

Diversas denominaciones ha recibido en la doctrina estas prácticas: fecundación post mortem quizás sea una de las primeras y acaso la más generalizada[3], pero tiene una deficiencia: se refiere literalmente a la fecundación

1 I. Alkorta Idiákez, *Regulación jurídica de la Medicina reproductiva (Derecho español y comparado)*, Pamplona, 2003, 369.

2 F. Lledó Yagüe, *Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica*, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España (El proceso legal de reformas)*, Madrid, 2006, 155.

3 F. Rivero Hernández, *La fecundación artificial post mortem*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987- 4; E. Serrano Alonso, *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*, en *La filiación a*

del óvulo con el semen del varón y no alude a la transferencia del embrión preconstituido, del óvulo ya fecundado; por ello es preferible denominarla «reproducción asistida post mortem», para englobar ambos supuestos[4].

El Capítulo II de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006) regula las repercusiones de la procreación asistida en la determinación de la filiación. Entre ellos destaca el artículo 9 que bajo el epígrafe «Premoriencia del marido» está dedicado a la regulación de la reproducción asistida post mortem.

Se trata de permitir que se puedan utilizar, en algunos casos, las técnicas de reproducción asistida reguladas en la ley cuando el varón del que proviene el material reproductor ya haya fallecido. La legislación de otros países, en cambio, impide el uso del semen conservado una vez que haya fallecido su titular, prohibiendo así la inseminación post mortem de la viuda o la transferencia embrionaria[5].

La Ley 14/2006, que mantiene sustancialmente la regulación que ya se contenía en la LTRA de 1988, supone importantes matizaciones de principios tradicionales en materia de filiación[6], y de los presupuestos clásicos para poder ser sucesor *mortis causa*, en la medida en que con posterioridad al fallecimiento del marido se va a proceder a la fecundación o a la transferencia del embrión a la viuda, con el resultado jurídico de que el así nacido, va a participar en la herencia del difunto con el resto de sus hermanos si los hay, postergando, por tanto, a otros parientes o familiares.

Además de la introducción del epígrafe («Premoriencia del marido»), poco afortunado, que encabeza el artículo, cabe advertir las siguientes di-

---

finales del siglo XX, 1988; P. López Pelaez, *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem*, 1994; J.J. Iniesta Delgado, *Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 29, 2008; J.J. Iniesta Delgado, *Fecundación postmortem*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, I, Granada, 2011; M. Navarro Castro, *Determinación de la filiación en caso de fecundación post mortem*, en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Navarra, 2012, 700.

4 R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Reproducción asistida post mortem*, en *Aranzadi Civil*, 2001; M. Pérez Monge, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, 249, que defiende como denominación más adecuada la de «procreación post mortem»; A.M. Rodríguez Guitián, *Reproducción artificial post mortem*, Valencia, 2013.

5 v. J. Jiménez Victoria, *La mal llamada fecundación post mortem*, Trabajo Fin de Máster (Máster en Bioderecho: Derecho, Ética y Ciencia), Universidad de Murcia, 2014.

6 Con la LTRA «la coherencia interna del Derecho de filiación ha quedado profundamente afectada» (C. Martínez De Aguirre, Prólogo, a M. Pérez Monge, 2002, 19).

ferencias entre el texto del artículo 9 en la Ley de 1988 y el texto de la Ley de 2006:

1º Se amplía el plazo que puede mediar entre el fallecimiento del varón y el momento de la fecundación (o transferencia del embrión) de 6 a 12 meses.

2º Se puede prestar el consentimiento del varón, además de en testamento o escritura pública, en el documento de instrucciones previas (regulado en el art. 11 de la Ley básica estatal 41/2002) y en el propio documento «clínico» utilizado para la autorización de las prácticas de reproducción asistida (del art. 6.3 Ley 14/2006).

3º Se introduce un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 9 por el cual «se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido».

2. Tras la difusión internacional que alcanzó el caso Parpalaix, la doctrina de muchos países, entre ellos la española, reclamó la necesidad de promulgación de una legislación al respecto[7]. Sobre la conveniencia de la LTRA de 1988, los pareceres en la doctrina son dispares; si por un lado se apunta que sería reprochable una actitud pasiva del legislador frente al fenómeno, teniendo en cuenta, además, que lo que no está prohibido está permitido y que es mejor un posición que la ausencia de legislación[8], por otro lado se apuntaba que «antes de proceder a regular conviene dejar que los fenómenos sociales desarrollen toda su problemática. Sólo una consideración completa de la misma y una reflexión detenida sobre las soluciones deseables pueden constituir las bases de una buena legislación»[9]. Con todo, hay que señalar que la no existencia de legislación que regulara, en general, las técnicas de reproducción asistida no impedía los nacimientos utilizando dichas técnicas[10].

---

7 F. Rivero Hernández, 1987, 902.

8 E. Roca Trías, *La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana,* Madrid, 1988, 19 y 35.

9 R. Bercovitz Rodríguez, *La filiación inducida y las clasificaciones legales*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, 119.

10 C. Hernández Ibáñez, *La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada*, en *Actualidad Civil*, 1988-2, 27.

Aunque la gestación de la Ley de 1988 es bastante conocida, acaso no sea ocioso recordar los hitos más importantes en su elaboración. El 2 de noviembre de 1984 se crea en el Congreso una «Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial humana», presidida por el diputado del grupo parlamentario socialista Dr. Palacios[11]. Dicha comisión elaboró un informe que después fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, conocido como «Informe Palacios»[12].

El Informe de esta Comisión contenía 155 recomendaciones, y es antecedente de dos Proposiciones de ley (que se convertirían en las futuras leyes 35/1988 y 42/1988) presentadas por el grupo parlamentario socialista y publicadas en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el día 9 de mayo de 1987[13].

¿Por qué se utilizó el cauce de una proposición de ley y no se hizo a través de un proyecto de ley aprobado por el Gobierno? La preocupación del Congreso por abordar la regulación de la reproducción humana asistida (reflejado en la creación de la Comisión) también existía en el Ministerio de Justicia, en cuyo seno se encargó otro informe a un grupo de trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado que fue publicado el 15 de enero de 1986 y que contiene «muy estimables conclusiones» en relación con la futura regulación[14].

Respecto de la tramitación parlamentaria, tras la presentación contra la proposición de numerosas enmiendas, la aprobación definitiva en el Congreso tuvo lugar el 31 de octubre de 1988, y la sanción por el Jefe del Estado el 22 de noviembre de 1988. La ley 35/1988 bajo el título oficial de *Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 24 de noviembre[15].

---

11 F. De A. Sancho Rebullida, *Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española*, en *La filiación a finales del siglo XX, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, 99-101. La creación de la Comisión parlamentaria (noviembre de 1984) es contemporánea al primer nacimiento en España (julio de 1984) por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.

12 La doctrina más crítica señala que no es sino una copia del «Informe Warnock» (F. Pantaleón Prieto, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, 642).

13 La Proposición 122/000061, de 28 de abril de 1987, sobre «Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos»; y la Proposición 122/000062, de 29 de abril de 1987, sobre «Técnicas de reproducción asistida».

14 E. Serrano Alonso, *Aspectos de la fecundación artificial*, en *Actualidad Civil*, 1989, 386.

15 «Por desgracia, en el BOE de 24 de noviembre de 1988 se ha publicado la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida» (F. Pantaleón Prieto,1989, 641).

La ley española de 1988 no fue la primera ley sobre reproducción humana asistida, pero sí la primera que incluía entre la técnicas admitidas tanto la inseminación artificial (homóloga, IAC, y heteróloga, IAD), como la fecundación *in vitro* del óvulo y posterior transferencia de embriones (la FIVTE), ya que la ley sueca de 1984 y la legislación de algunas estados de Australia, anteriores a ley española, solo regulaban la inseminación artificial.

En relación con nuestro objeto de estudio (la procreación asistida post mortem) tanto el «Informe Palacios» instaba a autorizar a la mujer viuda el uso de gametos congelados de su marido fallecido, sin que ello comportara la constitución de relación de filiación entre el hijo así nacido y el varón fallecido. Según la recomendación 11ª, «*se debería permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia*» (es decir, una autorización explícita para el uso de gametos congelados del otro miembro de la pareja, tanto los gametos masculinos como los femeninos, y además esté o no unida la pareja por vínculo de matrimonio).

En relación con los efectos legales de esa gestación establece la recomendación 13ª: «*Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido*».

Por tanto, la recomendación 13ª del Informe de la Comisión Parlamentaria, siguiendo el modelo del Informe Warnock, y tal y como luego recogería la proposición de ley presentada por el grupo socialista, niega efectos sucesorios a los hijos así nacidos. Es más, insiste en esta orientación la recomendación 61ª: «*Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido*».

En consecuencia, el informe Palacios descuida los derechos que deben asistir al «hijo» así nacido, pues le priva de efectos sucesorios y no mencionan si podrán ser titulares de los otros derechos derivados de la filiación (que son no solo los sucesorios). La Proposición de ley presentada por el grupo socialista en mayo de 1987 recogiendo las recomendaciones del Informe Palacios, autoriza que se pueda utilizar material reproductor del fallecido si éste lo había consentido (es decir, admite en nuestro Derecho, la reproducción

asistida post mortem, en el art. 9.1.[16]) pero sin que ello permita determinar la filiación ni hacer derivar derechos sucesorios (art. 9.2)[17].

En cambio, el texto final aprobado por el Congreso corrigió esta desconsideración hacia los derechos de los nacidos fruto del uso post mortem de las técnicas de procreación asistida, gracias a los cambios que introduce la enmienda 371 presentada por el propio grupo socialista a la proposición inicial, que básicamente se pueden sintetizar en: 1ª, el nuevo texto permitirá determinar la filiación y no solo autorizar la procreación post mortem; 2ª, se suprime el art. 9.3 de la proposición que permitía al marido utilizar los gametos de la mujer, lo cual hubiera conducido a la gestación por sustitución que la propia ley prohibía; 3ª, no se explicita la autorización a la técnica, como hacía el anterior apartado primero. De lo cual deduce alguna doctrina que «el legislador no quería incentivar dicha práctica sino que simplemente le parecía que no podía prohibirla»[18].

3. El debate sobre si se debe permitir en nuestro Derecho el uso post mortem de las técnicas de reproducción asistida ha perdido parte de la fuerza que tuvo en otro tiempo: promulgada la ley de 1988 se deduce con toda claridad su admisión aunque sometida a ciertos requisitos que se mantienen con la ley de 2006 (aunque se modifican los términos y plazos). Con todo puede ser ilustrativo para la experiencia italiana hacer referencia a las diversas posturas que se presentaron y referirnos a los distintos argumentos que se barajaron en el momento de discusión y aprobación de la ley.

3.1. Las diversas opiniones que se vertieron se pueden agrupar en tres posturas[19]:

1ª) la de aquellos que preconizan una radical prohibición de la procreación post mortem[20], alegando que presenta problemas de filiación y suceso-

16 «Los miembros de un matrimonio o pareja estable deberán expresar por escrito si el material reproductor crioconservado se podrá utilizar por el otro miembro de la pareja, cuando ellos hayan fallecido, y con fines reproductores».

17 «Los hijos nacidos por estas técnicas con material reproductor del varón, cuando este material no esté en el útero de la mujer con la que está vinculado por matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte del varón, no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido».

18 I. Alkorta Idiákez, 2003, 371.

19 Siguiendo a F. Rivero Hernández, 1987, 873-876.

20 Llegando a sostener que «sería aconsejable que el futuro legislador prohibiese muy poco […] a saber: la fecundación artificial post mortem y cualquier procedimiento que tienda a garantizar, frente al futuro ser, el anonimato de su padre y/o madre

rios, y fundándola principalmente en que significa condenar al niño nacido fruto de estas prácticas a no tener padre[21].

Algunos autores se oponen cuestionando la legitimidad de los motivos o finalidad de esta práctica: «ponderando los derechos que entran en colisión (los de la madre y los del hijo) no se debe permitir la fecundación post mortem como culto fetichista de la mujer o simple capricho de ésta, en perjuicio del nacido de esta manipulación y con trastorno del orden familiar[22]; o por razones de seguridad jurídica, pues las cuestiones sucesorias no pueden quedar indeterminadas mientras el semen congelado conserve su poder germinativo[23]; porque se estaría permitiendo una distorsión de la finalidad terapéutica de las técnicas reproductoras[24]; o porque al privársele en forma deliberada de la asistencia personal de uno de los progenitores, se le está infringiendo una especial forma de abandono»[25].

2ª) La de aquellos otros que admiten esta práctica pero negando al póstumo derechos sucesorios (posición seguida en el Informe Warnock, en el Informe de la Comisión del Congreso de 1986, y en la Proposición de ley

---

genéticos» (F. Pantaleón Prieto, *Procreación artificial y responsabilidad civil*, en *La filiación a finales del siglo XX,* Madrid, 1988, 260). «Tajantemente sostenemos que la procreación artificial post mortem debe ser prohibida sin contemplaciones ni excepciones» (H. Corral Talciani, *La procreación artificial post mortem ante el Derecho*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, Tomo 265, 21).

21 Objeción que también se alega contra la procreación asistida en mujer sola, aunque como la doctrina ha puesto de manifiesto, en la fecundación post mortem el hijo sí tendría padre conocido, aunque fallecido, y no carecería de familia paterna (F. Rivero Hernández, 1987, 879).

22 L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *La inseminación artificial heteróloga y la filiación*, 1986, 97. Para J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, 147, «ningún derecho tiene la viuda a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, ni siquiera aunque éste hubiese manifestado su voluntad en este sentido».

23 L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *La naturaleza jurídica de los elementos genéticos*, en *Revista General de Derecho*, 1986, 2454.

24 F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, 1988, 192-193; R.M. Ramírez Navallón, *Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana (Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas)*, en *Revista General de Derecho*, 1987, 6556, objetaba: «puesto que no se cumple aquí la finalidad propia de las nuevas técnicas de paliar o curar la esterilidad de la pareja».

25 H. Corral Talciani, 1988, 27: «La existencia de dos progenitores va a jugar un papel muy importante en todo el troquelado de la personalidad del niño o de la niña»(GAFO, *Problemática ética de las nuevas formas de reproducción humana*, en *La fecundación artificial. Ciencia y técnica*, Madrid, 1985, 91).

del grupo socialista). Esta opción fue pronto rechazada por resultar contraria al principio constitucional de igualdad de toda filiación, consagrado en los arts. 14 y 39 de la Constitución española de 1978[26].

3ª) los que aprueban la admisión bajo condiciones, principalmente referidas a requisitos del consentimiento y de plazo, en la línea de la sentencia del *affaire Parpalaix* y del informe elaborado por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado publicado en 1986, que defienden que si se admite la práctica de la reproducción asistida post mortem, el hijo así nacido debe ser matrimonial[27].

Estas condiciones se introducen porque de estas prácticas de procreación post mortem se va a derivar la filiación (no en vano, se introdujeron en el art. 9 de la ley los requisitos de consentimiento, forma de prestarlo y plazo cuando, con la admisión de la enmienda 371, se establece la importante novedad de que el hijo así nacido sí tendría determinada la filiación respecto del padre fallecido)[28].

3.2. Se ha señalado que la admisión o no de la práctica post mortem de las técnicas de reproducción asistida refleja una tensión entre la libertad de procreación (manifestación de la libertad personal) y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, frente a la protección de los hijos que garantiza el art. 39 CE[29]. No creo que a favor de la mujer se pueda alegar el derecho a la intimidad, ni contra la reproducción asistida post mortem el derecho a la salud (por el cual estas prácticas solo estarían indicadas para remediar la esterilidad).

---

26 E. Roca Trías, 1988, 34.

27 *Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de Registros y del Notariado)*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento num. 3/1986. Los presupuestos serían: «a) El consentimiento del marido en testamento o documento público, con referencia a los gametos depositados en determinado establecimiento autorizado; b) la prueba de que en este establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados; c) que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no concurra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda».

28 A favor de la admisión, A. Merino Gutiérrez, *Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida*, en *La filiación a finales del siglo XX,* Madrid, 1988, 429; H. Campuzano Tomé, *Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente*, en *La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, 1988, 433-435; L. Martínez Calcerrada, *La inseminación artificial y su problemática jurídica*, en *Derecho Médico,* Tomo I, Madrid, 1986, 510 y 590.

29 F. Rivero Hernández, 1987, 880. Sobre el alcance y los sujetos titulares del derecho a procrear, v. E. Roca Trías, 1988, 29-33.

Las principales objeciones aducidas por quienes preconizaban la prohibición de la misma, eran las siguientes:

1º) que esta práctica atentaría contra el bienestar del hijo, contra su pretendido derecho a una familia estable y completa, para su mejor desarrollo físico y espiritual; en consecuencia, la situación de la viuda no es la más adecuada para afrontar maternidad[30]. El médico que la realice será civilmente responsable frente al nacido ella por los daños patrimoniales y morales que a éste le reporta el haber venido al mundo sin padre[31].

2º) que presentaría problemas en cuanto al consentimiento del marido[32];

3º) problemas de filiación y sucesorios. Estos últimos parece que fácilmente salvables[33] como se ha puesto de manifiesto con la regulación en la ley 35/1988 o la 14/2006, y en la legislación autonómica sobre capacidad para suceder.

Para la doctrina más autorizada solo el primer argumento es sustancial, pero frente a él se puede alegar que el «derecho» del hijo (*rectius*, la protección que los poderes públicos le deben prestar derivada de la garantía constitucional del art. 39) no consiste en tener dos padres (cuestión de número) sino que los padres le proporcionen el entorno adecuado[34] (como, por otro lado, se busca también procurar cuando se solicita la adopción, otra modalidad de filiación). Se critica la hipocresía de exigir condiciones más duras a la procreación post mortem que a la generación natural; ¿se exige a los padres naturales que garanticen este entorno? ¿se impide a enfermos irreversibles o condenados a muerte a tener hijos?[35]. Y contra el argumen-

30 C. Hernández Ibáñez, 1988, 3030. A lo cual contesta, E. Serrano Alonso, 1989, 396, que si la ley autoriza la fecundación en mujer sola, con mayor razón se admitirá en la viuda.

31 F. Pantaleón Prieto, 1989, 661.

32 F. Pantaleón Prieto, 1989, 659, considera que el consentimiento para uso de semen para procreación debe ser en todo momento revocable, luego no debe concederse eficacia a la declaración (autorización) post mortem que desde la muerte del sujeto es irrevocable y que al ser personalísimo tampoco los herederos pueden revocar.

33 Sin entidad suficiente los consideraba F. Rivero Hernández, 1987, 877: «problemas más graves sobre filiación plantean otros tipos de IA y FIV y no se ha pensado por eso sólo en prohibirlas. Y en cuanto a que la herencia se halle en suspenso cierto tiempo no puede ser un inconveniente especialmente grave».

34 F. Rivero Hernández, 1987, 878.

35 F. Rivero Hernández, 1987, 878-879. A lo cual contesta F. Pantaleón Prieto, 1989, 659, que el Estado no puede impedir que moribundo tenga un hijo (que será, seguro, póstumo, sin padre) porque el art. 18 CE, que protege su intimidad, lo ampara, pero sí puede impedir el Estado la fecundación asistida de la viuda porque al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida ya no hay intimidad.

to de que la Constitución impide estas prácticas, RIVERO señala que «no hay precepto constitucional que ampare de forma directa un derecho de la mujer a la fecundación post mortem, ni tampoco base legal suficiente para denegarla» [36].

3.3. Como distintos autores traen a colación los preceptos constitucionales en el debate sobre la admisión o no de esta práctica, veamos cuál ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

Al respecto cabe destacar que solo se ha pronunciado sobre la cuestión la STC 116/1999, de 17 de junio, que resuelve el recurso 376/1989 (una década tardó el Tribunal Constitucional en resolver) presentado por diputados del Partido Popular contra la ley 35/1988, y, subsidiariamente, contra algunos preceptos de la misma, entre los cuales, por cierto, el recurso no citaba el artículo 9[37].

La sentencia rechazó el recurso contra toda la ley[38], pero no se dejó de analizar el art. 9 por infracción de la «garantía institucional de la familia», señalando el Alto Tribunal que «el concepto constitucional de familia tiene unos perfiles notoriamente más amplios que los considerados por los diputados recurrentes. Así, siendo evidente que en dicho precepto (art. 39.1) se incluye la familia matrimonial, también lo es que nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, por relevante que sea en nuestra cultura esa modalidad de vida familiar».

La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto es amplia y sólida, y permite a los constitucionalistas afirmar que «la Constitución no está contemplando, en el apartado 3 del artículo 39, ningún específico modelo de familia (biparental, monoparental, etc.) sino que está sentando el principio

36 Aunque la pretensión de la mujer es razonable (necesita para desarrollo de su personalidad una maternidad que la muerte de su marido frustró), «no hay derecho absoluto a la maternidad aun entendida como vía apta para contribuir al desarrollo de la personalidad de una mujer» (F. Rivero Hernández, 1987, 880). Por eso aunque el autor proponía su admisión bajo condiciones («la prohibición sin más me parece injusta e improcedente»), estima que no sería inconstitucional si se prohibiera, como sucede en otros países (F. Rivero Hernández, 1987, 881).

37 M. Pérez Monge, 2002, 314, nt. 166. La sentencia ha sido objeto de menos atención de la que su trascendencia merece (F. Rivero Hernández, *La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1997, de 17 de junio, al affaire Odièvre)*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, 106).

38 No obstante, la STC 116/1999 admite la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LTRA, en concreto los arts. 12.2 y 20.1.

mucho más general de que los adultos deben responsabilizarse materialmente de los menores a su cargo»[39].

Por tanto, «no hay inconstitucionalidad de la fecundación post mortem por violación del apartado 3 del artículo 39 ya que el deber de asistencia puede proceder de un solo progenitor (frecuentemente, así sucede)»[40]. Y en esta misma línea, los civilistas insisten en poner de relieve que el art. 39.3 CE «no impone el deber de estar vivos a los padres –al progenitor- en el momento del nacimiento del hijo. No impone que el hijo tenga un padre, sino que atribuye o imputa a quien es padre el deber de asistir al hijo»[41].

Ante la indeterminación de la Constitución, la cuestión de la admisión o no en nuestro ordenamiento de la fecundación post mortem (como tantas otras cuestiones) queda a discreción del legislador. Como bien señalaba RIVERO: «no encuentro a nivel constitucional norma explícita directamente favorable ni desfavorable a la fecundación post mortem. Entiendo que ésta es materia cuya regulación es contingente y queda a discreción del legislador, que debe resolver según criterios de política jurídica»[42].

Y abundando en la cuestión, se ha apuntado que no hay derecho constitucional o fundamental a la maternidad que ampare la pretensión de mujeres viudas o solteras, pero tampoco lo necesitan: «el empleo de estos sistemas de reproducción no necesita para su legitimación acudir a normas fundamentales ya que del mismo no deriva vulneración del interés general y del orden público y en consecuencia, como regla general, ha de admitirse su uso»[43].

---

39 Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, 130.

40 Y. Gómez Sánchez, 1994, 132.

41 «Desde esta perspectiva, entiendo que no es inconstitucional la admisión de la fecundación post mortem. Cuestión distinta son los problemas jurídicos que deriven de dicha posibilidad, así como su articulación y solución» (F. De P. Blasco Gascó, *La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, 705). También A. Reverte Navarro, *Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, Murcia, 1992, 34.

42 «Dándole en su caso el contenido y alcance que le parezca oportuno dentro, claro está, del respeto de los derechos fundamentales de la persona» (F. Rivero Hernández, 1987, 882). En esa línea, para M. Pérez Monge, 2002, 374, «aun reconociendo que no es una práctica deseable, no encuentro argumentos constitucionales definitivos para defender su prohibición». En cambio, Pantaleón consideraba que el art. 9 de la Ley 1988 es un precepto rotundamente inconstitucional y además, una insensatez: «diga lo que quiera el art. 9.2 de la ley 35/1988, la fecundación post mortem era y sigue siendo ilícita en nuestro Derecho».

43 E. Serrano Alonso, 1989, 387.
Sobre el régimen de los requisitos v. J.A. Fernández Campos, *Artículo 9*, en *Comentarios a la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana*

4. ¿Es posible una reproducción asistida post mortem que no cumpla requisitos del art. 9.2 porque no se pretende que determine la filiación? es decir, ¿sería posible disociar, por un lado, la reproducción asistida post mortem que determine la filiación, que deberá cumplir los requisitos señalados en la ley frente a una reproducción asistida post mortem como opción de la viuda en la cual, por no contar con el consentimiento del varón, no habría determinación de la filiación?.

Al respecto, el texto de la ley no es explícito[44]. Ante esta indeterminación legal, una parte de la doctrina abiertamente señala que los requisitos para determinar la filiación son también los requisitos de licitud de la técnica, luego no cabe un procedimiento de reproducción asistida post mortem si no puede determinar la filiación del nacido[45].

Si acudimos a los antecedentes legislativos, no cabe el uso post mortem de material reproductor no autorizado por el varón (el mismo requisito que para la determinación de la filiación). Por otro lado como la fecundación post mortem que conduzca a la determinación de una filiación póstuma debe estar basada en la previa autorización del marido, y como no es deseable el nacimiento de una persona respecto de la cual no se determine la filiación paterna (siendo conocida), no se debería admitir la reproducción asistida post mortem no autorizada.

Pero si, aunque no debiera, finalmente se realiza la fecundación o la transferencia embrionaria post mortem con falta de alguno de los requisitos del art. 9.2. ¿se puede determinar la filiación?

Asistida, Navarra, 2007, 305-352; J.J. Iniesta Delgado, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, en *Tratado de Derecho de la Familia* (*Volumen V, Las relaciones paterno-filiales*), 2011, 735-855; M. Pérez Monge, *Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida*, en *Los 25 Temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Madrid, 2011, Tomo I, 578-616; F.J. Jiménez Muñoz, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012; A.M. Rodríguez Guitián, *Reproducción artificial post mortem (Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006)*, Valencia, 2013.

44 «Parece que lo que el legislador plasmó en este precepto no es la imposibilidad de practicar la IA post mortem sin consentimiento del varón fallecido, sino la imposibilidad de que practicada la IA en tales circunstancias la filiación se pueda determinar legalmente» (M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, 1995, 89).

45 I. Alkorta Idiákez, 2003, 372-374. Para M. Pérez Monge, 2002, 272, «se prohíbe la fecundación post mortem con carácter general y el párrafo 2º es una excepción, en que se permite su realización si se cumplen determinados requisitos».

Para una parte de la doctrina, si el marido no consintió la reproducción asistida post mortem o se fecunda fuera de plazo, no habrá determinación legal de la paternidad, pues no se cumplen los requisitos del art. 9.2; en consecuencia, estaríamos ante un supuesto semejante al de la mujer fecundada con semen de donante[46].

Otros autores, bajo los requisitos que señalaba la LTRA de 1988, aceptaban que si hubo consentimiento y los gametos empleados en la fecundación eran del marido, hubiera determinación de la filiación aun cuando el consentimiento del mismo constara en *documento privado (*es decir, contraviniendo uno de los requisitos legales: la forma de prestar el consentimiento). En cambio, no reconoce efectos a la fecundación *fuera de plazo* porque el requisito del plazo deriva de la necesaria seguridad jurídica y afecta a terceros[47].

Con buen criterio se ha observado que la no determinación de la filiación si no se cumplen los requisitos previstos actúa como una sanción al nacido (inocente) y no a la madre o al Centro que serían los que han infringido la norma[48]. Por eso se propone conceder al menor, al menos, los apellidos[49]. Para otros, aun contra la literalidad del art. 9.2, para proteger al menor, se postulaba que debía reconocerse la paternidad; de lo contrario se daría la paradoja de una filiación biológica conocida (la del progenitor fallecido) pero sin determinación legal de la filiación[50].

Pero esta paradoja no es sino consecuencia de la relevancia del consentimiento en orden a la determinación de la filiación. Debe considerarse, además, que si no se reconoce la filiación en tales supuestos, es buscando el efecto ejemplarizante para que ninguna mujer solicite, ni ningún centro auto-

46 C. Hernández Ibáñez, 1988, 3034. Estamos ante un hijo extramatrimonial de la mujer, como hijo nacido de donante, sin determinación de la filiación paterna (M.J. Moro Almaraz, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Barcelona, 1988, 251).

47 C. Martínez De Aguirre, *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida*, en *El juez civil ante la investigación biomédica*, 2005, 302.

48 I. Alkorta Idiákez, 2003, 374. La autora admite la reclamación de daños contra el Centro, solo exento si fue la viuda la que mintió (I. Alkorta Idiákez, 2003, 375).

49 Así R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2001, 2166, sugiere que «nada impide atribuir el apellido del padre a un hijo póstumo aunque nazca mucho tiempo después del fallecimiento de aquél».

50 «Si se produce el nacimiento, debe protegerse el interés del menor y reconocerse la paternidad respecto de varón, con todas sus consecuencias, incluidos los derechos sucesorios» (M. Pérez Monge, 2002, 25). Aunque se señala que la solución idónea sería que el art. 9.1. debería simplemente establecer una prohibición (M. Pérez Monge, 2002, 312).

rice, una fecundación post mortem sin consentimiento del varón[51]. Porque si no: ¿para qué los requisitos?

En suma, ¿cuál debe ser la consecuencia jurídica más adecuada ante la práctica de una reproducción asistida post mortem realizada sin la preceptiva autorización del varón: no reconocer la filiación al hijo que nazca fruto de esa procreación, o sancionar al centro que realiza una técnica de reproducción asistida sin cumplir los requisitos legales? A nuestro juicio, procede derivar denuncia para que se instruya el correspondiente expediente sancionador contra el centro o clínica al tiempo que debemos buscar, para no perjudicar al nacido, hechos que permitan, en su caso, deducir un consentimiento presunto del varón.

51 Aunque lo deseable sería no tener que negar la atribución de la paternidad, sino que en estos casos se impidiera la reproducción asistida, para no dar lugar a una descendencia sin determinación de la filiación.

Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz

ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES DE LA INVESTIGACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN CON EMBRIONES HUMANOS

Los avances en la investigación médica son continuos e imparables. El futuro que en muchas ocasiones se vislumbra como difícil de alcanzar, cada día se hace presente y en mucha ocasiones es el origen de profundos debates éticos y legales, que se traducen en cambios intensos en las concepciones más básicas del ser humano.

La fecundación se inicia cuando el espermatozoide penetra la corona radiada que rodea al óvulo. Se forma una célula única (cigoto) y comienza el desarrollo embrionario. De dos realidades distintas (óvulo y espermatozoide) surge una realidad nueva y diferente, con una potencialidad propia y una autonomía genética. El huevo fecundado se dirige desde la parte superior de las trompas de Falopio al útero, al que llega tres o cuatro días después, y se divide en dos, cuatro, seis y ocho células, momento en el que se denomina mórula. A la semana de la fecundación, el embrión comienza a fijarse a las paredes del útero, tardando aproximadamente una semana más en producirse la anidación o implantación. Esta es la razón por la que se acepta, como regla general, que la anidación finaliza dos semanas después de la unión entre el espermatozoide y el óvulo.

Desde un estricto punto de vista biológico son varias las consideraciones que es preciso realizar. En efecto, hemos de tener presente que el proceso de fecundación y formación del cigoto no es instantáneo, ya que no se limita a la entrada del espermatozoide en el óvulo, sino que se extiende por un periodo de varios días. Este hecho obliga a plantearnos cuál es el momento en el que se constituye el cigoto, los diferentes momentos de la fecundación del óvulo, y cuando se constituye el embrión[1]. Sabemos que el cigoto después de varias transformaciones y divisiones celulares da lugar a la formación de un conjunto celular llamado blastocisto, que sólo unas pocas células de ese conjunto, llamadas células de la masa interna, son las

1 E. Osuna, B. andreu, *Técnicas terapéuticas en el preembrión*, en *Comentarios a la Ley 14/2006*, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. J.A. Cobacho y J.J. Iniesta. (eds.), Navarra, 2007, 463-470.

que dan lugar al futuro individuo mediante múltiples interacciones con el endometrio de la madre y que la información generada a través de todas ellas es esencial para que ese proceso se realice con normalidad[2]. A partir de estas consideraciones surge la cuestión de establecer el momento en el que queda constituido el embrión: si coincide con la entrada del espermatozoide en el óvulo, con la formación de las células de la masa interna del blastocisto o tras un momento posterior cuando un conjunto celular tiene las capacidades internas para poder generar, de forma intrínseca y autónoma, al individuo.

Es obligado referirnos al Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina[3] que en su artículo 2 establece que el interés del ser humano deberá prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad y de la ciencia. Este artículo constituye una proclamación sobre la dignidad del ser humano, en paralelo a lo establecido en la Declaración de Helsinki sobre Investigación Biomédica de 1964, y en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos de la UNESCO de 1997.

Más adelante, en el artículo 15, señala que «La investigación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio y en otras disposiciones que garanticen la protección del ser humano». A lo que añade en el artículo 18, que «cuando la experimentación con embriones esté permitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada al embrión» prohibiéndose «la generación de embriones humanos con fines de experimentación».

Así pues, ¿qué es el embrión? y ¿cuál es la dignidad que se le debe conferir, y en concreto, en la etapa temprana del desarrollo embrionario?. Desde un punto de vista biológico la definición de embrión humano puede ser fácil de establecer: es la realidad biológica que da lugar a una persona. Sin embargo, esta definición no es suficiente cuando se abordan cuestiones éticas referidas al valor y la protección que debe conferirse al embrión, tal y como vamos a desarrollar.

---

2 C. Alonso bedate, *El estatuto ético del embrión humano: una reflexión ante propuestas alternativas*, en: Gen-ética. F. Mayor Zaragoza y C. Alonso Bedate y otros (eds.), Barcelona, 2003, 28 y ss.

3 Convenio de Oviedo para la protección de los derechos Humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1997. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano cpon respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (*BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 1999).

El Convenio de Oviedo actúa como factor de armonización en relación a los problemas éticos y legales que plantea la biomedicina. Toma como punto de partida la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que proclama la dignidad humana como valor universal y como requisito imprescindible para la convivencia pacífica.

La ratificación masiva del Convenio de Oviedo no fue fácil de conseguir. La bioética y el bioderecho se nutren de cuestiones muy conectadas a las creencias más profundas de cada sociedad y los Estados tienden a regirse por normativas muy diferentes. Para evitar este obstáculo, en el texto del Convenio se recogen principios generales y básicos, en lugar de normas detalladas y específicas. Por ejemplo, en el tema que nos ocupa, no se entra de forma clara en la cuestión relacionada con el estatuto del embrión y las razones pueden estar relacionadas con la sensibilidad que genera el tema del aborto en los diferentes Estados miembros[4]. El Convenio no proporciona una definición de lo que se entiende por embrión, pero tampoco existe una definición uniforme en la legislación de los diferentes países. Sólo se refiere de una forma muy general a la prohibición de la selección de sexo, «salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo» (artículo 14) y a la experimentación con embriones in vitro explicitando que «se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación» (artículo 18).

Algunos países como Alemania lo consideran excesivamente liberal, especialmente en lo relacionado con la experimentación con embriones. Por ejemplo, la Embryonenschutzgesetz de 1990 (German Embryo Protection Act)[5], es una de las legislaciones más restrictivas, quizás como repulsión al pasado nazi. En el lado opuesto, se encuentra la legislación del Reino Unido que, al respecto, no ha ratificado el Convenio.

El 18 de octubre de 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia en el asunto C-34/10 (procedimiento entre el Dr. Oliver Brüstle y Greenpace) sobre las patentes de células troncales embrionarias. En sus conclusiones se refirió al informe del Abogado General del Tribunal, Yves Bot, de 10 de marzo de 2011, sobre la no patentabilidad de las células troncales pluripotentes embrionarias de acuerdo con la Directiva 98/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo (Art. 6, párrafo 2, epígrafe c). Para este Tribunal un embrión humano lo constituye todo óvulo humano

4 V. L. RAPOSO, E. OSUNA, *European Convention of Human Rights and Biomedicine*, en *Legal and Forensic Medicine*, Berlin, 2013, 1405-1423.

5 Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990.

a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. Añade que corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un «embrión humano».

Se trata de una definición muy próxima a la que también incluye la sección 8 de la Embryonenschutzgesetz alemana, que describe el embrión como el óvulo humano, fertilizado y capaz de desarrollarse, desde el momento de la fusión de los núcleos, así como cada célula totipotente retirada de un embrión que se supone que es capaz de dividirse y convertirse en un individuo en condiciones apropiadas. En el Reino Unido, The Human Fertilisation and Embryology Act 1990, en su artículo 1.1.b) se refiere al embrión como «un óvulo en proceso de fecundación o sometido a otro procedimiento capaz de producir un embrión». Así pues, se considera la existencia del embrión humano desde la fecundación.

Muy diferente, sin embargo, es lo que establece la Ley Española de Reproducción asistida (Ley 35/1988, de 22 de noviembre[6] y Ley 14/2006, de 26 de mayo[7]), al hablar del preembrión, y que ratifica la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica[8], que incluye las definiciones de preembrión, embrión y feto. Por preembrión se considera «el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». Esta fase se corresponde con el período preimplantatorio. Define el embrión como la «fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener». A partir de este momento se habla de feto, definido como «embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto».

6 *BOE* núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.
7 *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2006.
8 *BOE* núm. 159, de 4 julio de 2007.

El término «preembrión» fue introducido por Mc Laren[9] para designar al embrión en el periodo de desarrollo que comprende desde la fecundación hasta el momento de la implantación en el útero. El Informe del Comité Warnock[10], solicitado por el gobierno inglés para analizar diversos aspectos relacionados con el desarrollo embrionario en relación a un proyecto de ley, incluye en su relación final que «la investigación se puede realizar sobre cualquier embrión que sea fruto de la fecundación *in vitro*, independientemente de su procedencia, hasta el decimocuarto día posterior a la fecundación».

La utilización de este término resulta controvertida. Biológicamente no tiene sentido mantener que el preembrión es un embrión en el período de desarrollo previo a la implantación y se corresponde con los primeros 14 días. Existe una contradicción cuando se afirma que un embrión en una determinada fase del desarrollo no es un embrión, sino un preembrión[11]. Lo correcto sería hablar de embrión pre o postimplantatorio sin más dilaciones. Para Alonso Bedate[12], el uso de este término puede conducir a un error, al encuadrarlo en una categoría que lo constituye en un conjunto celular, que aunque va a dar lugar a un embrión, lo separa del proceso de formación propiamente dicho, aunque quede ligado biológicamente y temporalmente al mismo. El término embrión preimplantatorio tampoco resuelve el problema, puesto que es puramente descriptivo relacionado con una situación temporal.

Desde un punto de vista biológico carece de sentido establecer esta diferencia. Lo correcto es el uso indistinto del término embrión para referirnos a todos los estadios del desarrollo comprendidos entre el cigoto y el momento en el que se encuentran presentes los rudimentos de todas las estructuras importantes del nuevo individuo, adquiriendo un sistema en el que el futuro ser se encuentra definido. En el ser humano este momento tiene lugar a las 8ª-9ª semana del desarrollo y a partir de él se le denomina feto.

Con la utilización del término «preembrión» parece que quieren justificarse determinadas actitudes o valoraciones respecto al embrión de-

9 A. MC LAREN, *Prelude to embryogenesis*, en *The CIBA Foundation (ed). Human embryo research yes or no?*, Londres, 1986, 5-23.

10 Mary Warnock presidió la «Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana» (1982-1984) en cuyo informe, publicado en 1984, se basó la ley británica sobre reproducción asistida.

11 J.R. LACADENA, *La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2006,157-184.

12 C. ALONSO BEDATE, *op. cit.*, 28 y ss.

pendiendo de la fase de desarrollo en que se encuentre. La cuestión es si al utilizar el prefijo *«pre»* se le quiere dar al período preimplantatorio una consideración ética y por consecuente una protección diferente, con respecto al postimplantatorio. Con ello, también parece presuponerse la licitud de su manipulación y posible eliminación, al considerarse el preembrión como conjunto de células que aún no es un embrión y, por ende, aún no es un individuo humano, convirtiéndolo en mero material biológico[13,14]. Así, la elección de uno u otro término genera diferentes posiciones frente a la experimentación, reproducción asistida o clonación durante los primeros catorce días del desarrollo humano.

Como resultado de la conceptualización del embrión humano, en función del grado de desarrollo en que se encuentre podemos considerar: a) aquellas legislaciones que mantienen el término embrión durante todo el proceso de desarrollo, dándole un único estatuto jurídico y diferenciando solo embrión y feto; b) aquellas partidarias de diferenciar las diferentes fases de desarrollo embrionario, proporcionando una categoría ética y jurídica diferente en diversos momentos, tal y como ocurre en la legislación española. La Ley inglesa de 1990[15], si bien no utiliza el término preembrión, establece que un embrión fecundado in vitro no puede desarrollarse más de catorce días sin haber sido implantado en la mujer. La ley italiana de 19 de febrero de 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)[16] en su capítulo VI se refiere a las medidas de protección sobre el embrión humano y no establece diferencias conceptuales en función del grado de desarrollo del embrión.

Es unánime la consideración de que el punto de partida de la vida humana es el momento de la fecundación, momento en el que dos realidades diferentes -óvulo y espermatozoide- dan lugar a una nueva realidad biológica -el cigoto- y comienza el desarrollo embrionario; sin embargo, el acuerdo no existe cuando se ha de establecer si el comienzo de la vida humana coincide con la consideración de ser humano. Sin duda, es el tema más debatido al abordar las cuestiones éticas de la reproducción asistida y de la utilización de células embrionarias.

---

13 L.M. PASTOR, *Bioética de la manipulación embrionaria humana*, en *Cuadernos de Bioética* (Edición especial sobre El comienzo de la vida humana: Ética, Biología y Derecho), VIII, 1997, 1074-1103.

14 L. M. PASTOR, Estatuto del embrión humano, en Cuadernos de Bioética, 1992, 5-13.

15 The Human Fertilisation and Embriology Act.

16 Repubblica Italiana. Legge 19 febbraio 2004. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. In: G. U., Serie generale, 2004, 5-12.

Otra cuestión que se plantea es si el embrión debe considerarse como una persona o asimilable al valor de una persona. Si respondemos afirmativamente, no se podría aceptar ningún uso para un fin que no sean ellos mismos, por lo que de la respuesta que demos, consideraremos lícito o no, derivar células troncales de embriones sobrantes de las fertilizaciones *in vitro* o de embriones generados con fines terapéuticos y si tal uso se entiende como una agresión contra la dignidad del embrión o de la persona. Las posturas al respecto son difíciles de armonizar.

La posición más tradicional es la de quienes consideran que el ser humano y persona está en el cigoto en potencia desde el momento de la fecundación, de tal modo que el organismo resultante de la unión del óvulo y espermatozoide, se constituye como una realidad biológica con valor asimilable a la de persona. Se sustenta en que el cigoto o el embrión en los primeros momentos del desarrollo puede ser persona por razón de su entidad, de su suficiencia constitucional (fundamentalmente genética), junto a la pertenencia al proceso generador de un individuo persona[17]. Como consecuencia de un proceso natural se originará un ser humano y se constituirá una persona, por lo que destruir este proceso es destruir el orden natural[18]. Así «el ser existente hay que respetarlo porque posee la capacidad o el poder de desarrollarse en un ser digno de respeto por sí mismo; respeto del que es merecedor porque el ser existente y el ser en el que se convertirá es uno y el mismo». Desde esta posición, la vida existe en el embrión desde el momento en que se unen los gametos y el útero sólo aporta el entorno necesario para que el embrión se desarrolle. Aún más, consideran que la inclusión del término «preembrión» supone un hábil truco lingüístico para edulcorar la realidad, convirtiendo al embrión en sus primeras fases de desarrollo en mero material biológico[19,20]. Por tanto, el embrión, es un ser que tiene el potencial de desarrollarse en un ser merecedor de respeto por sí mismo, la persona. Para quienes mantienen esta posición al embrión se debe conceder la misma o casi la misma consideración, en términos de derechos, que a la

17 R. Lucas Lucas, *¿Cuándo se inicia la persona humana? Individualidad biológica y existencia personal*, en M LOPEZ BARAHONA Y R. LUCAS LUCAS (eds.), *Identidad y estatuto del embrión humano. La contribución de la biología*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1999.

18 S. Buckle, *Arguing from potential*, en P. SINGEL, et al.(eds.), *Embryo experimentation, Ethical, Legal and Social Issues*, Cambridge University Press, 1990.

19 L. M. Pastor, *Bioética de la manipulación embrionaria humana*, *op. cit*., 1074-1103.

20 L. M. Pastor, *Estatuto del embrión humano*, *op. cit*., 5-13.

persona a la que dará lugar. Así, se podría concluir que destruir ese embrión sería equivalente a no permitir el posible nacimiento de una persona y que el embrión contiene en potencia el individuo humano.

Otra posición es la de quienes piensan que el ser humano se origina a través de un proceso de desarrollo que origina constantemente novedad y en el que progresivamente se adquieren cualidades nuevas y por tanto valores específicos. Por esta razón, una realidad biológica no se define por su genotipo ni aun por su fenotipo embrionario sino por la realidad emergente, la realidad constituida que surge a lo largo del desarrollo. Es decir, la realidad biológica definida como embrión no tendría suficiencia constitucional en origen, sino que la suficiencia constitucional se adquiriría en el tiempo[21]. Así pues, los embriones humanos bien como potencia constituida, bien como sujetos de un proceso de generación humana, o como sujetos que adquieren gradualmente suficiencia constitucional humana tienen valor. La diferencia estriba en el carácter que se debe dar a ese valor.

Es incuestionable que en el cigoto existe la causa que en última instancia llegará a ser persona. Este argumento es de gran trascendencia a favor de la dignidad que debe conferirse al embrión humano. Al respecto, Diego Gracia[22] señala la importancia que adquiere lo que denomina como proceso constituyente, de cara a la interpretación del valor de los organismos vivos. En este sentido, propone que aunque los genes y las unidades que estructuran el desarrollo convergen para la generación y constitución de una nueva realidad viva, deben ser entendidos sólo como unidades que conforman el proceso, necesarios para la generación del todo, pero sin capacidad de comprenderlo en su totalidad. Por esta razón, ni los genes ni las unidades que estructuran el desarrollo confieren por sí mismas suficiencia constitucional a las realidades vivas.

En conclusión, la principal cuestión radica en si el embrión constituye o no un ser humano desde el momento de la fecundación. Para autores, el cigoto es ya un ser humano al que debe atribuírsele la dignidad humana, y como tal, sujeto de derechos, no puede ser jamás un medio para un fin[23]. Para otros, el embrión durante el período preimplantatorio no debe ser con-

21 C. Alonso Bedate, *op cit*., 28 y ss.

22 D. Gracia, *Problemas filosóficos en Genética y en Embriología*, en f. abeò y c. canon, (eds.), *La Mediación de la Filosofía en la construcción de la Bioética*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993, 215-254.

23 M. C. Diaz de teran, *El embrión in vitro como fuente de células troncales. Análisis jurídico crítico*, en *Cuadernos de Bioética*, 2004, 317-329; a. suarez, *El embrión humano es una persona*, en *Cuadernos de Bioética* (Edición especial sobre Inicio de la vida y clonación, 2002, 19-38); j.e. mora, *La clonación en mamíferos y*

siderado como un ser humano[24]. La trascendencia jurídica y moral de esta consideración es importante y ha sido objeto de controversia en numerosos debates.

Al respecto, el universo jurídico, en un sentido general se divide en dos categorías, personas y cosas, o lo que es lo mismo, sujetos de derechos y objetos de derechos[25]. La teoría de la propiedad de los embriones[26], se basa en la doctrina que propugna derechos de propiedad sobre el propio cuerpo. Una posición dentro de esta teoría es que las partes, órganos y fluidos del cuerpo son de nuestra propiedad mientras se mantienen ligados a nuestro cuerpo, pero perdemos este derecho cuando se desprenden, lo que, por ejemplo, significa que los espermatozoides o los ovocitos son nuestros si están dentro de nuestro organismo, pero dejan de estar bajo control nuestro fuera de él. Por esta razón se aplicaría esta postura a los embriones obtenidos de gametos que han sido donados, por lo que quedarían a disposición de la clínica o institución, sin que los padres tuvieran ningún derecho a pronunciarse sobre ellos[27]. Sin embargo, otra de las opiniones mantiene el derecho de propiedad después de la separación del cuerpo, por lo que la persona tendría un derecho de propiedad sobre su cuerpo, extendiéndose a todo lo que se deriva de él, como por ejemplo, los gametos y los embriones (a semejanza de la teoría de los frutos vigente en el derecho civil, de la que emana que la propiedad de los frutos de un árbol es del propietario del árbol).

Aplicar esta teoría a los embriones implica cosificarlos y, además, si se admite que los embriones no son personas efectivas, sino personas potenciales, el denominado preembrión (embrión pleimplantatorio) no podría integrarse en ninguna de las categorías (persona o cosa), no pudiendo configurarse de forma plena como un sujeto titular de derechos, ni como una cosa objeto de derechos. Por esta razón debe atribuírsele un estatuto

---

en seres humanos: aproximación jurídica, en *Cuadernos de Bioética* (Edición especial sobre Genética y clonación, 1999, 495-507).

24 M. PALACIOS, *Consideraciones sobre la clonación*, en B. ORTUZAR, (ed), *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos,* Universidad Internacional de Andalucía, 2002, 31-53.

25 V.L. RAPOSO, *¿De quién es este embrión?. El poder de disposición de los embriones*, en *Revista de Bioética Latinoamericana*, vol. 2, n. 2, http://www.saber.ula/ve/handle/123456789/26238, 2009.

26 J. BERG, *Owning Persons: The Application of Property Theory to Embryos and fetuses*, Wake Forest Law Review, 2005,159-162.

27 M. FREEMAN, *The Unscrambling of Egg Donation*, *Law Reform and Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershot, Brookfiled USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1992, 283.

jurídico propio[28], superando la clásica distinción entre personas y cosas: el embrión constituye una categoría jurídica que merece una especial protección en sí mismo, como algo nuevo pero no totalmente distinto, por cuanto que su naturaleza le hace participar del respeto inherente a la dignidad humana[29].

En esta controversia también se encuentran dos teorías éticas opuestas, irreconciliables y totalmente justificables[30]. Por una parte, la tesis utilitarista, por la que el valor moral de una acción depende del beneficio que proporciona a la mayoría y por otra, la tesis personalista que se basa en el respeto a los derechos individuales, justificándose el bienestar social sólo si se respetan los derechos individuales. La consideración del embrión como persona contradice la mayoría de los ordenamientos jurídicos, al menos los europeos. Sin embargo, en América latina el planteamiento es diferente, ya que el legislador señala que la persona humana inicia su existencia en el momento de la concepción. Por ejemplo, el artículo 70 del Código civil argentino establece lo siguiente: «Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre»[31].

Al referirnos al ámbito constitucional español hemos de referirnos a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la despenalización de determinados supuestos de aborto y confirmada en sentencias posteriores como la 212/1996, de 19 de diciembre y la 116/1999, de 17 de junio. Los conceptos biológicos de embrión y feto, anteriormente comentados, se integran en el concepto jurídico de *nasciturus* o concebido y no nacido. Según establece la sentencia el problema nuclear en torno al que giran las cuestiones que se

28 V.L. Raposo, E. Osuna, *Embryo dignity: The status and juridical protection of the in vitro embryo*, 2007, 737–746.

29 J.R. Lacadena, *Embrión (técnico)*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, c. r. casabona, (dir.), *Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano*, Granada. 2011, 720-729.

30 P. Femenia, *Embrión (jurídico)*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, c. r. casabona, (dir.), *Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano*, Granada, 2011,703-720.

31 Coincide esta consideración con el artículo 4.1. de la Convención Interamericana de Derechos del Hombre, según la cual toda persona tiene derecho a que su vida sea respetada, siendo este derecho protegido por ley desde el momento de la concepción.

plantean en el recurso se refiere al alcance de la protección constitucional del *nasciturus*. En su Fundamento Jurídico 5º señala que «la vida del *nasciturus* en cuanto este encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra dicho precepto fundamento constitucional» a lo que añade «el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental».

La interpretación de lo expresado en este fundamento es doble[32]. Para algunos, el bien constitucional protegido es un concepto alternativo al de persona, referido a una realidad humana en un nivel de desarrollo anterior al ser nacido, por lo que no es idóneo para ser titular de derechos, pero sí desde un punto de vista constitucional. Para otros, cuando el Tribunal Constitucional se refiere al término «bien jurídico protegido» no lo hace en relación al *nasciturus* sino a la vida humana, sin pronunciarse sobre la calificación jurídica del *nasciturus*.

Añade en su fundamento jurídico 6º que la palabra *todos* utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los «nacidos», y que el uso que de la expresión *persona* se hace en el Convenio de Oviedo, en concreto en su artículo 2, «lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus»*. Por tanto, si no se refiere al *nasciturus*, menos puede referirse al preembrión[33]. Para Palacios[34] el *nasciturus* comienza a ser tal con el embrión implantado o propiamente dicho. Por tanto, el preembrión no viable es una estructura embriológica que por sus taras o daños intrínsecos no va a poder desarrollarse.

El Fundamento Jurídico 12 señala lo siguiente: «El Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto».

Reconocer la existencia de vida en la fase embrionaria no equivale a otorgar al embrión la categoría de sujeto de derecho. La cualidad de bien jurídicamente protegido que tiene la vida embrionaria permite una cierta protección en los estadios anteriores al nacimiento, pero no puede afirmar-

32 E. Osuna, B. Andreu, *Investigación con preembriones*, en *Comentarios a la Ley 14/2006*, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. J. A. Cobacho y J.J. Iniesta (eds.), *Navarra*, Aranzadi, 2007, 483-511.

33 E. Osuna, B. Andreu, *Investigación con preembrione, op. Cit.,* 493.

34 M. Palacios, *Consideraciones sobre la clonación*, *op. cit.,* 31-53.

se que el embrión sea titular jurídico de un derecho fundamental, ya que sólo el hecho físico del nacimiento determina la adquisición de la personalidad y, por tanto, la titularidad de los derechos fundamentales[35].

Al respecto, es preciso comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LTRA/1988. Señala que «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento jurídico constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución, lo que sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional [...]». En su Fundamento Jurídico 4 afirma que «ni los preembriones no implantados ni los simples gametos son, a estos efectos, persona humana, por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida o a la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución)». Así pues, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional equipara los gametos con los embriones preimplantatorios.

Una consecuencia lógica de la aplicación de estas técnicas es la existencia de embriones sobrantes que no van a ser implantados, para los que la ley puede establecer un destino alternativo: su destrucción o la posibilidad de que sean utilizados para fines de investigación o experimentación, siendo esta la opción que nuestra legislación considera como prioritaria. Procedemos a analizar este aspecto.

La primera cuestión que se debe abordar es qué embriones pueden utilizarse para investigación. En teoría, serían los sobrantes de las técnicas de reproducción asistida o creados especialmente con esta finalidad, que a su vez se pueden diferenciar entre gaméticos (creados a partir de gametos donados con fines de investigación) y somáticos (creados mediante técnicas de transferencia nuclear)[36] para obtención de células troncales para generar cultivos de tejidos u órganos. Tal y como señala la normativa española, se prohíbe la creación de preembriones y embriones humanos con fines únicamente de investigación o experimentación, por lo que los preembriones que pueden utilizarse para investigación son exclusivamente los sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley 14/2006 (artículos 15 y 16). Brevemente son los siguientes:

35 M.P. Conejero Montero, *El marco jurídico del embrión*, en F. F. bandres moya, s. delgado bueno, j. sanchez caro, (eds), *Biomedicina y Derecho Sanitario*, Madrid, 2006, 373-400.

36 G. Manfany, J. Egozcue, V. Camps, *Clonatge terapèutic: perspectives científiques, legals y ètiques*, Barcelona, 2005, 56 y ss.

a) «Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y su implicaciones».
b) «Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado». La justificación de este requisito se sitúa en el propio concepto de preembrión, que anteriormente se ha analizado.
c) Que la investigación se realice en centros autorizados y por «equipos científicos cualificados, bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes».
d) Se exige que el proyecto de investigación se fundamente en un proyecto debidamente presentado y autorizado.
e) En el caso de la cesión de preembriones a otros centros, deberán especificarse «las relaciones e intereses comunes de cualquier naturaleza que pudieran existir entre el equipo y centro entre los que se realiza la cesión de preembriones. En estos casos deberán también mantenerse las condiciones establecidas de confidencialidad de los datos de los progenitores y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro».

En la normativa española se ha abierto un camino para el uso de técnicas de transferencia nuclear que podrían generar un embrión con fines exclusivos de investigación. Así, el artículo 33.2 de la Ley de Investigación Biomédica permite utilizar cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear. Este aspecto ha generado fuertes críticas y se duda sobre su admisibilidad en nuestro Derecho. Al respecto, son numerosos los textos internacionales que prohíben la clonación humana. Algunos ejemplos son la Declaración de la UNESCO sobre Genoma y Derechos Humanos de 1997, que en su artículo 11 prohíbe la clonación con fines reproductivos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre clonación humana de 2005, en la que se insta a los Estados a prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana, y sobre todo, debido a su carácter vinculante para España, el protocolo adicional al Convenio de Oviedo, en el que se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano que sea genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto (art. 1).

En España el artículo 160.3º del Código penal tipifica como delito la creación de seres humanos idénticos por clonación, precepto que la doctrina penal reserva para la clonación reproductiva. A su vez, el uso de esta

técnica podría suponer la creación de preembriones únicamente con fines de experimentación y al margen del proyecto reproductivo de una mujer o pareja. Para algunos, esta conducta caería dentro del delito tipificado en el artículo 160.2º Código Penal español, en el que se prohíbe fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación[37].

El avance constante y rápido de la ciencia y la tecnología obliga a la sociedad a cuestionarse sobre sus repercusiones tanto en el momento actual como en el futuro. Los peligros que pueden derivarse para el ser humano, las especies animales y el medio ambiente no sólo generan incertidumbres en el ámbito estrictamente científico y tecnológico, sino también un intenso debate en el plano económico, social y ético, en el que hay que participar desde diferentes ámbitos del conocimiento y en un clima de diálogo y consenso. Es difícil conciliar la libertad de investigación científica y tecnológica y las exigencias de los límites éticos que determinan las aplicaciones peligrosas del progreso del conocimiento. Es labor del Derecho establecer reglas, que adaptadas a las circunstancias y al avance de la ciencia, garanticen los derechos y bienes jurídicos presentes en la investigación biomédica, pero también impulsen la investigación en beneficio de la salud colectiva e individual.

37 C.M. Romeo Casabona, *Los llamados delitos relativos a la manipulación genética*, en *Genética y Derecho*, C.M. Romeo Casabona (ed), Granada, 363 y ss.

JOAQUÍN JIMÉNEZ GONZÁLEZ

¿ES NECESARIO UN ACUERDO INTERNACIONAL RESPECTO AL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL?

Sumario: 1. ¿Qué es el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)? ¿Para qué sirve? 2. ¿Es el DGP una técnica eugenésica? 3. ¿Cuál es la situación legal a nivel internacional del DGP? 4. ¿Por qué hay tanta disparidad de criterios a nivel legislativo respecto al DGP? 5. ¿Qué consecuencias están ocasionando los diferentes usos del DGP? 6. ¿Es necesario un acuerdo internacional relativo al DGP? 7. Bibliografía.

1. El DGP ha sometido a la comunidad científica y a los expertos en ética y moral a dura y profunda disquisición donde está en juego ni más ni menos que el futuro patrimonio genético de la humanidad. Como en muchas otras ocasiones, la ciencia se ha adelantado al pensamiento ético y al modo de entender nuestra vida cotidiana afectando la cuestión, como añadidura, al campo del bienestar social y la salud, al sufrimiento de la enfermedad y a la mejora de la especie humana.

La técnica consiste en extraer una o dos células de un embrión de más de seis, obtenido mediante técnicas de fecundación in vitro, donde habitualmente se obtienen 7-10 óvulos fecundados, con el objetivo de analizar su material genético antes de implantarlo en el útero materno y así transferir aquél que presente unas características genéticas determinadas. El proceso comienza en el tercer día de desarrollo del embrión, momento donde se le realiza la biopsia y se extrae el material genético que en un plazo máximo de 48 horas estará analizado . Así se podrá implantar en su quinto día. Esto conlleva la excedencia de los embriones no seleccionados, que habitualmente se crioconservan , se usan para fines científicos o bien se inutilizan definitivamente.

Las posibilidades que ofrece son muchas, cada cual más audaz si cabe. En el momento actual, podemos clasificarlas en dos tipos, según usemos el DGP para fines terapéuticos o no.

a) DGP para fines terapéuticos:

Para prevenir transmisión de enfermedades de transmisión genética de carácter grave o incurable, ya sea de aparición precoz o tardía. Ello abre las puertas a la erradicación de diferentes enfermedades o disminuir la posibilidad de padecerlas.

Para prevenir transmisión de enfermedades ligadas a sexo. Bastaría con seleccionar el sexo necesario para impedirla.

Para evitar transmisión de enfermedades de carácter multifactorial. Muchas de las enfermedades crónicas habituales, como la diabetes, hipertensión arterial o la hiperlipidemia, poseen una conjunción de factores genéticos y ambientales con un peso relativo variable e indeterminado, que todavía resultan muy desconocidos y que en un futuro podrían ser susceptibles de aplicar un DGP.

Selección de embriones con histocompatibilidad HLA[1] con uno ya nacido, generalmente un hermano, y así conseguir tejidos para curar una enfermedad sin otra alternativa terapéutica, ya que la posibilidad de que dos personas no emparentadas sean histocompatibles es muy escasa.

Selección embrionaria en mujeres de edad avanzada o que padezcan abortos recurrentes, para aumentar la tasa de éxito de embarazo.

b) DGP para fines no terapéuticos:

Selección de sexo, independientemente de enfermedad.

Seleccionar embriones con una carga genética específica. Con ello se pretende la expresión de un determinado fenotipo físico o conductual. Ello podría incluir la manifestación de características que actualmente se consideran patológicas[2].

2. La pregunta sobre si el DGP es una técnica eugenésica podríamos plantearla de otro modo ¿Podríamos afirmar que el DGP cura enfermedades? No, lo que hace es eliminar la posibilidad de padecerla en el embrión que hemos seleccionado.

Si nos vamos a la literalidad del concepto, el DGP es una técnica eugenésica en la medida que selecciona embriones. Pero visto desde el punto de vista terapéutico, es una técnica que evita enfermedades o puede salvar a una persona ya nacida. Pensemos en el enfermo de leucemia que sin donante de médula ósea está condenado a una muerte temprana y en la visión de unos progenitores angustiados por el drama. Convendría centrarnos en

1 El complejo mayor de histocompatibilidad (CMH) conforma en humanos el sistema HLA (Human Leukocyte Antigen) y es una familia de genes ubicados en el brazo corto del cromosoma seis implicados en la diferenciación de lo propio y lo ajeno en el sistema inmunitario, fundamentales en la defensa inmunológica, y constituyen la principal barrera al transplante de órganos y células madre.

2 Como el caso Sharon Duchesneau y Candy McCullough, pareja sordomuda que mediante selección embrionaria eligió en 2002 un bebé sordo.

este aspecto y evitar connotaciones negativas empleando términos como «eliminación» o «destrucción».

La controversia viene modulada por el concepto humano que se le confiere al embrión, y que va desde la visión católico-cristiana , que lo respeta como persona plenamente humana desde el momento de su concepción y que rechaza toda intervención en su singular patrimonio genético, hasta la visión genéticamente utilitarista , que ve en el DGP una excelente oportunidad para evolucionar hacia una raza humana mejorada en su aspecto físico y psíquico. La excedencia de embriones también ha creado un profundo debate sobre la discriminación de personas válidas y el derecho a la vida del no nacido.

En este punto convendría una reflexión: es crucial hacer conciencia del problema real y trascender a las cuestiones éticas personales. En la actualidad la selección genética es una opción generalmente excepcional, a la que habitualmente acuden parejas con problemas de fertilidad o enfermedad hereditaria familiar, y que en otros países supone una solución a problemas graves como el infanticidio. No es un problema generalizado. Hay otras cuestiones sociales de primer orden mundial que urgen atender, y ni mucho menos los dilemas éticos que plantea la biotecnología alcanzan la importancia que éstas tienen[3]. Por otro lado, no se entiende el reparo a esta técnica en países donde está aceptado el aborto, cuando en este caso el dilema ético es mucho mayor ya que se trata de un feto, con características humanas mucho más desarrolladas a nivel físico y psíquico.

La cuestión es que el DGP está ampliamente aceptado y se practica en general sin una legislación que la regule. Tan sólo en algunos países hay leyes concretas, y en el resto a lo sumo existen recomendaciones de diversas comunidades científicas con seguimiento desigual. Esto está provocando su uso para fines no médicos y con resultados como mínimo discutibles. Más adelante será posible la actuación directa sobre el genoma del embrión; entonces parte de los dilemas éticos que plantea el DGP se habrán reducido, ya que igual que se interviene quirúrgicamente a una persona , la intervención directa del genoma se puede plantear como un fin médico para evitar una malformación o enfermedad incurable. Por tanto ya no hablaría-

3 En agosto de 2008, la OMS (Organización Mundial de la Salud) emite un informe de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud en respuesta a la creciente preocupación suscitada por las inequidades persistentes y cada vez mayores en las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud, proponiendo tres recomendaciones generales: mejorar las condiciones de vida cotidianas, luchar contra la distribución desigual del poder, el dinero y los recursos, y medición y análisis del problema.

mos de selección embrionaria y sí de curación. Todo ello debería abrir un nuevo debate, nuevas dudas y un replanteamiento de ideas a nivel ético y religioso. Hasta entonces, es inevitablemente aceptar el DGP y estudiar la situación que hoy día está ocasionando.

3. Como ya se ha adelantado, no existe legislación específica relativa al DGP en la mayoría de los países. De hecho en Europa, siendo una región eminentemente legisladora, sólo diecinueve estados miembros de la Unión Europea poseen leyes acerca de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)[4], no ya sobre DGP, mientras que el resto se remiten a sus respectivas leyes generales de salud[5].

En los países donde se encuentra regulado , quedan prohibidas las prácticas que no sean realizadas para fines médicos, y dentro de ellas hay divergencias significativas en torno a tres supuestos principales: evitar la transmisión de enfermedad genética grave o incurable (incluida las ligadas a sexo), la de enfermedad genética de aparición tardía o multifactorial, y la selección de embriones histocompatibles con un tercero ya nacido.

Quizás el país de referencia en TRHA es *Reino Unido* donde además de aceptar dichos supuestos, un organismo administrativo independiente, la HFEA (Human Fertilisation and Embriology Authority), autoriza en exclusiva la práctica del DGP y elabora una base de datos en continua actualización de enfermedades susceptibles de ser aplicada dicha técnica[6]. En *España* además se acepta para cualquier otra finalidad que no esté recogida en la ley mientras que sea aprobada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA)[7]. En *Francia* se aceptan esos tres supuestos

4 Las Técnicas de Reproducción Humana asistida (THRA) son el conjunto de métodos que facilitan o sustituyen a los métodos naturales en la reproducción humana, como la fecundación in Vitro, la inseminación artificial o la maternidad subrogada. El DGP no es en sí una TRHA.

5 Lituania, Letonia, Malta, Chipre, Polonia, Rumania, Luxemburgo e Irlanda.

6 Condiciones de licencia para DGP de la HFEA: http://guide.hfea.gov.uk/pgd/ (consultada 16/10/2014). La solicitud para enfermedades no incluidas en este listado es estudiada por la HFEA según condiciones establecidas.

7 En España el DGP está regulado por la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, art. 12. Según éste, se puede practicar en centros debidamente autorizados para la detección de enfermedades hereditarias graves de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento postnatal alternativo y para la «detección de otras alteraciones que pueden comprometer la viabilidad del preembrión» (art. 12.1.b). El apartado 12.2 lo contempla «para cualquier otra finalidad» no recogida en el 12.1. que, al igual que para la selección de embriones histocompatibles con terceros, deberá ser aprobada por el CNHRA, mientras que las prácticas incluidas en el apartado 12.1 bastarán con ser informadas.

si hay una enfermedad genética previamente identificada en al menos uno de los progenitores y si forman pareja heterosexual casada o al menos en condiciones de demostrar dos o más años de convivencia[8]. En *Suecia* está aprobada la selección para enfermedad genética grave y embriones histocompatibles con terceros. No así en *Holanda*[9], ya que no se considera aceptable el nacimiento de un ser humano sólo por el hecho de sanar a otro. En *Dinamarca* sólo se acepta en casos de posible transmisión de enfermedad genética potencialmente mortal, al igual que en *Alemania*[10], que hasta 2011 había prohibido el DGP y que ahora lo acepta en ese supuesto.

En Austria, Letonia, Lituania, Suiza e Italia el DGP está prohibido. Como en el caso alemán, el temor a la eugenesia ha frenado en *Suiza* la aprobación del DGP, aunque el gobierno en junio de 2013 presentó un proyecto para su aprobación sólo en caso de transmisión de enfermedad genética grave, que necesitará una votación popular ya que en este país supondrá un cambio constitucional[11]. En *Italia* la restrictiva Ley 40/2004 de Reproducción Asistida ha provocado fuerte debate social desde su aprobación, que incluyó un referéndum nacional en 2005 que no alcanzó el quórum necesario para ser vinculante, y abundantes sentencias disconformes con la ley incluso a nivel europeo[12].

Si la situación en el entorno europeo es heterogénea, el marco legislativo a nivel mundial prácticamente es inexistente. En general encontramos referencias someras e indirectas. Como ya se ha comentado se encuentran directrices de organismos, consejos profesionales e incluso del correspondiente gobierno estatal sin carácter vinculante. En *Australia* hay una normativa de mínimos (no referida expresamente al DGP) que deja la posibilidad a los estados de legislar específicamente acerca de las TRHA[13]. En otros países, como en *India*, no hay ley específica sobre DGP ni se

8 L. n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

9 Embryowet 20 juni 2002. Regeling PGD van 16 februari 2009 kenmerk CZ-TSZ-291208.

10 Bundestagsdrucksache 17/5451.

11 Constitution fédérale de la Confédération suisse, art. 119.

12 La Corte Europea de Derechos Humanos, en Sentencia de 28 de agosto de 2012, condena al estado italiano entre otros por la incoherencia que resulta de la Ley 40/2004 , que prohibe implícitamente el DGP mientras que permita un diagnóstico prenatal y practicar un aborto. La Sentencia del Tribunal de Cagliari de 9 de noviembre de 2012 autoriza a una pareja recurrir al DGP para evitar la transmisión de una talasemia mayor, que ya padece la madre, pero dicha sentencia se encuentra apelada.

13 El estado de Victoria fue la primera jurisdicción con derecho común en el mundo que promulgó una legislación que regula las TRA.

cumple la ley que prohíbe conocer el sexo del embrión antes y después de la concepción[14], y en *China* existe un vacío legal que ha sido aprovechado de forma alarmante para recurrir a la técnica, lo que ha generado grandes problemas a nivel demográfico en diversas regiones. En *Japón* no hay legislación concreta y se siguen las recomendaciones de la Sociedad Japonesa de Genética humana, que sólo permite su uso en casos de posible transmisión de enfermedad grave. En *Israel* está ampliamente aceptado incluso con la connivencia de las autoridades religiosas, que lo han dejado pasar a pesar de contravenir varias disposiciones halájicas, y las directrices marcadas por el gobierno permiten incluso elegir el sexo por razones familiares en casos muy concretos[15]. El caso de *Estados Unidos* llama la atención, porque a pesar de ser el país referencia en lo que a ciencia se refiere, no existe legislación respecto al DGP, y aunque la ASRM (American Society for Reproductive Medicine's) emite recomendaciones periódicamente, la elección de la técnica está sujeta al contrato que una pareja, en su libertad reproductiva, realiza con entidades privadas. En los países árabes no hay legislación que regule el campo de la biotecnología, tan sólo hay fatwas[16] y recomendaciones contradictorias entre sí según la asociación o escuela islámica que la emite y la técnica, que no obstante está ampliamente aceptada, se circunscribe a clases pudientes. En África y Latinoamérica tampoco existen leyes regulatorias, y el debate ético respecto a la biotecnología está en segundo plano respecto a otras preocupaciones de índole social y sanitario.

4. Esta disparidad de criterios a nivel legislativo sin duda no puede ser fruto del azar. Es fácil imaginar que entre culturas que han tenido escasos vínculos históricos deba haber diferencias. La religión, las tradiciones sociales, incluso factores climáticos y ambientales influyen necesariamente en el sentido de las cosas de cada región, y esto se ve necesariamente reflejado en forma de ley, norma o recomendación propia. Por ello existen vacíos legales en lugares donde hay mayor tradición jurisprudencial, como en Estados Unidos, o donde la biotecnología no sea un cuestión principal, como ocurre en África y Latinoamérica. También se explica que en unas

14 L. n. 57 de 1994 de Técnicas de Diagnóstico Prenatal. Reforma de la L. 2002 (n. 14 de 2003).

15 Se permite la selección de sexo en parejas con cuatro o más hijos del mismo sexo previa aprobación del Comité Nacional de Bioética.

16 Opinión jurídica no vinculante, emitida por una autoridad expresamente habilitada para expresarla.

zonas haya mayor tolerancia a las TRHA que en otras. Quizás merezca la pena detenernos brevemente en ello de cara a estudiar un posible acuerdo a nivel internacional respecto al DGP.

Si hay un factor que sigue marcando el pensamiento del ser humano, ese es la *religión*[17]. Mientras que el catolicismo le otorga al embrión una dignidad plenamente humana desde el momento de la concepción[18], en el protestantismo se encuentran diferentes tendencias, desde las más utilitaristas a las más conservadoras. El judaísmo, siguiendo los principios morales de La Halajá, observa varias etapas en el desarrollo embrionario y no lo considera completado hasta el nacimiento. Según se lee en el Talmud Babilónico[19] el embrión no inicia una identidad humana hasta los 40 días, por lo que previamente no hay restricciones a estas pruebas. Las referencias a la procreación como fuente de poder y santificación son numerosas en la Torá y trata la infertilidad como una maldición. El islamismo no ofrece argumentos exhaustivos respecto a biotecnología, aunque prohíbe el infanticidio femenino y permite las TRHA sin restricciones antes de la infusión del alma por Alá, situada a los 40 o 120 días dependiendo de la escuela islámica. El budismo y el hinduismo también aceptan en gran medida estas técnicas[20].

Las *tradiciones* conforman el pensamiento de cualquier sociedad. En China es esencial tener un hijo varón, ya que es el soporte del linaje familiar; la infertilidad, que está aumentando por causas aún desconocidas, y la discapacidad supone para quien la padece una importante presión social y psicológica[21]. En un país como India , donde el 80% de las familias viven

17 De hecho, se discutió la inclusión dentro de los fundamentos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea una referencia al judeo-cristianismo como factor decisivo dentro de la tradición europea. En Alemania el DGP no se aprobó hasta 2011 en parte por la fuerte oposición de la Iglesia Católica. En Irlanda , donde nunca estuvo regulado el DGP pero tampoco prohibido, se produjo el primer caso en 27 de junio de 2014. ROCHE,B.(2014): «Birth of first baby screened for Cystic Fibrosis a 'milestone'",en publicación web The Irish Times: http://www.irishtimes.com/news/health/birth-of-first-baby-screened-for-cystic-fibrosis-a-milestone-1.1857015 (consultado 6/10/2014)».

18 *Donum Vitae*, Cap. I.

19 *Talmud Babilonio*, Oholot 7:6.

20 En el budismo el cuerpo no es más que el soporte del kharma, y en el hinduismo aunque se considera que el alma se encuentra en el embrión desde la concepción, se antepone la vida de la madre sobre la del no nacido.

21 El matrimonio está prohibido en estos casos, según la Ley de Salud Materna e Infantil de 1955. En 1989, la Sociedad China de Minusválidos solicitó al gobierno que aprobara la legislación que impide el nacimiento de «bebés deformes» dada las pésimas condiciones de vida que les esperan.

en la pobreza, tener una hija es un problema ya que pagan una dote para desposarlas, aunque está prohibida por ley desde 1963. Rituales ancestrales como el «Shradh» o el «Penend dan» condenan a no descansar en paz a las familias donde no nazca hijo varón. Es por ello que las hijas no son deseadas y son asesinadas a los pocos años de vida. En ambos países la demanda de DGP y las TRHA es enorme. En Estados Unidos se obstaculiza tradicionalmente la intervención del estado en temas de salud, en defensa del principio de autonomía y la libertad individual, y la mayoría prefiere tratarse en hospitales privados. En Alemania y Austria, las prácticas eugenésicas practicadas en el periodo nazi han obstruido el desarrollo de la biotecnología, lo que ha supuesto un retraso denunciado por la comunidad científica.

No podríamos dejar sin mencionar el *factor económico*. El DGP está reservado a clases pudientes en lugares tan dispares como Estados Unidos, India, África, Latinoamérica o países árabes. Incluso en Europa, donde todos los miembros de la Unión Europea permiten acudir a las TRHA en otros países, sólo se financia el DGP en diez de ellos y de éstos en cinco sólo a nivel público[22].

5. Las diferencias legislativas hacen acudir a múltiples parejas a países del entorno para poder acceder al DGP y, en general, a las TRHA, en lo que se ha denominado *cross-border reproductive care* o *turismo reproductivo*. El estudio Shenfield de 2009, encuadrado en un proyecto de la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE), examinó las razones por las que se producía el fenómeno en el ámbito europeo. Las principales fueron las restricciones legales seguidas de las limitaciones de edad, orientación sexual y estado civil. Ello obviamente impide que las parejas menos pudientes puedan acceder a la técnica, convirtiéndose ésta en un método elitista aunque con permiso para ser realizado en otro país. En numerosas ocasiones las parejas acuden sin consejo médico, aun siendo posible que no esté indicada la prueba, poniendo en riesgo su salud. Además no siempre está garantizado el seguimiento tanto de la madre como del hijo nacido en el país de origen, más en países donde el DGP no está autorizado. Dicho fenómeno es aplicable a nivel mundial, e incluso podría aplicarse entre regiones de un mismo país, como Australia y Reino Unido[23]

22 A nivel público en Dinamarca, España, Finlandia, Reino Unido y Suecia. En todos los casos se financia en Bélgica, Chipre, Eslovenia y Francia.

23 Es este último básicamente por diferencias de cobertura económica.

En China la política de hijo único ha sido derogada en algunas regiones, ya que las parejas acudieron masivamente a la selección embrionaria y ello ha causado desequilibrios demográficos. Algo parecido ha ocurrido en India. En ambos países incluso han aumentado los casos de violencia contra la mujer ante la dificultad para mantener relaciones o tener un matrimonio.

En Estados Unidos el citado vacío legal y la selección embrionaria mediante acuerdo privado entre pareja y entidad ha ocasionado que el 3% de casos de DGP se practique por motivos personales o culturales, incluyendo casos donde se seleccionaron embriones con genes considerados socialmente incapacitantes.

Aunque conviene insistir en que el uso del DGP no está generalizado, sin duda el DGP ya está originando problemas de salud pública a nivel mundial, derivados de la heterogeneidad de las normativas nacionales.

6. Pese a que las perspectivas para algunos no puedan ser buenas, el rumbo escogido después del convulso siglo XX está siendo el del entendimiento, y todo ello movido por la innegable ayuda de internet, las redes sociales, y la mejora de los medios de comunicación y transporte. El ser humano cada vez está menos aislado y, desde un punto de vista interesado, en el mundo global lo que antes parecía el problema de uno ahora lo es más de todos. Es el caso del genoma humano, de su manipulación y su transmisión a las futuras generaciones.

Las declaraciones universales e internacionales proclamados por la UNESCO sobre el genoma, datos genéticos y bioética no se refieren expresamente al DGP. Son en esencia un principio de acuerdo relativo a la biotecnología. Gracias a ello se han sentado bases fundamentales, como la promoción de la dignidad humana mediante el tratamiento y protección de los datos genéticos, la prohibición de la clonación humana y la declaración simbólica del genoma humano como patrimonio de la humanidad. Pero no engloban totalmente las circunstancias que caracterizan al DGP.

El Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997, también conocido como *Convenio de Oviedo*, ahonda en la cuestión prohibiendo la selección de sexo excepto en enfermedades de transmisión genética ligada a sexo y limitando las pruebas genéticas predictivas y la intervención en el genoma humano, siempre que no sea para hacer una modificación, a fines médicos. Tanto éste como el Protocolo Adicional a la convención, que también prohíbe la clonación humana, son vinculantes para el país que la firma y ratifica pero actualmente sólo lo han hecho 29 de 47 países para el Convenio de Oviedo y 21 para el Protocolo Adicional.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art.3 prohíbe la clonación humana y las prácticas eugenésicas, «en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas». Dicho artículo viene referido al «marco de la medicina y la biología» en unos términos que, particularizando en el DGP, son bastante ambiguos. Volvemos al debate sobre si el embrión antes de implantarse es persona. La reciente resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2014, sobre productos sanitarios para diagnóstico in Vitro, dice que es «política inveterada» de la Unión Europea no interferir en políticas nacionales referidas a «aquellas tecnologías controvertidas desde el punto de vista ético, como las pruebas de diagnóstico genético preimplantacional», por lo que la decisión de permitirlo o no debe ser de competencia nacional[24]. La decisión está tomada bajo el principio de subsidiariedad[25], y supone que la legislación nacional basta para el caso.

Pero la acción particular de un gobierno o estado ya no es suficiente en el campo de la biotecnología. Es más, carece de sentido, ya que el legislador nacional no puede ser ajeno al marco internacional que le rodea. Una pareja que no pueda recurrir en su país a un DGP lo hará en otro si tiene el suficiente poder adquisitivo para hacerlo, y lo que no se puede negar, sea cual sea la selección embrionaria a la que se sometió, ya sea por causa médica o no, es la cobertura pública de los controles de salud tanto de los padres como del hijo nacido. Y permitir que a ello sólo puedan acceder las clases pudientes es, sencillamente, injusto e inaceptable. Un país que pretende regular el DGP prohibiéndolo dentro de sus fronteras pero aceptándolo a nivel transnacional, debe hacerlo procurando condiciones de equidad para todos sus ciudadanos. Ello no solo suponen medidas costosas a nivel económico, sino que el país receptor quiera tomar medidas de equidad respecto a sus propios ciudadanos que quizás no pueda afrontar. La acción tiene aspectos transnacionales que no pueden ser superados por la legislación nacional, salvo que finalmente aceptara la técnica con acceso equitativo para todos. Por tanto, y de una u otra forma, los países con políticas restrictivas tendrán que ceder, porque el problema ya no es local sino global. Y lo tendrán que hacer más pronto que tarde.

24 Considerando 67bis de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos sanitarios para diagnóstico in Vitro.

25 Consagrado en el art.5 del Tratado de la UE, junto a los principios de atribución y proporcionalidad, pretende determinar el nivel de intervención pertinente en ámbitos de competencia compartida entre la UE y los estados miembros.

Pero ello no evita los profundos cambios demográficos en China o India, el controvertido uso del DGP en Estados Unidos o aquel que podría realizarse en la mayoría de países, porque hay un vacío legal que lo permite. Tampoco soluciona el turismo reproductivo ya que por muy equitativas que sean las políticas nacionales éstas responden al contexto en el que nacen, y para cada caso siempre habría alguna legislación más ventajosa. Para alcanzar la solución hace falta un paso más. Puede haber llegado el momento en que logremos ser capaces de trascender a las ideas propias, que básicamente representan las de una cultura entre todas las existentes, para tras profundo debate crear una legislación reguladora común para el DGP a nivel internacional, cuyas bases podrían ser las siguientes:

a) Carácter vinculante.

b) Criterios de prudencia y proporcionalidad: Información a la autoridad nacional correspondiente y autorización específica en los casos donde se requiera según los acuerdos adoptados.

c) Evitar el uso banal de la prueba: No fundar falsas expectativas en la sociedad y ajustar los casos de DGP a los acuerdos aprobados. El mundo occidental vive en medio de un éxtasis tecnológico y en la creencia de que de todo es diagnosticable en laboratorio. La mayoría de las enfermedades son de carácter multifactorial y, por tanto, inevitables. El mundo libre de enfermedad y dolor todavía está por llegar.

d) Lucha contra la desigualdad de la mujer: Algunos autores opinan que mientras la situación de la mujer en algunas zonas sea la actual, se debe aceptar el DGP para evitar su discriminación o infanticidio. Esa postura es como mínimo peligrosa, ya que da por hecha la exclusión social de la mujer, e indefendible a medio plazo. La lucha debe ser contra esa exclusión, objetivo irrenunciable de cualquier sociedad, que además es la causa por la que se acude masivamente a la selección embrionaria del sexo.

d) Acuerdo de mínimos:

- Aceptación de su uso para fines médicos incluyendo la selección de sexo para enfermedad ligada a sexo, enfermedades multifactoriales de alta penetrancia genética o de aparición tardía con pronóstico fatal o incapacitante.

- Aceptación de su uso para fines no médicos:

La selección de sexo por razones culturales o personales tiene que ser excepcional, ya que es fundamental para la especie guardar el equilibrio que de forma natural se ha mantenido a lo largo de la historia.

El uso para elección de embriones con genes socialmente reconocidos como anormales, incapacitantes o patológicos debe estar prohibido, ya que por muy preparada que esté una sociedad concreta para acoger al bebé por nacer, esa acción es negarle a priori una capacidad que podría utilizar

como cualquier otra persona con la que conviva. Se podría considerar un uso frívolo de la técnica.

La selección de embriones que con una determinada carga genética ocasionan o mejoran una característica física o psíquica se presta a discusión inevitable a medio plazo. Se puede aceptar como excepcional cuando se trata de un carácter concreto, atendiendo a los principios de equilibrio que han regido nuestra naturaleza. Pero debería valorarse su aceptación si se trata de una selección que mejora las condiciones de salud individual y queremos respetar las definiciones de la OMS[26] o del Hastings Center de Nueva York [27].Todo ello debe ser sometido a un amplio y sosegado debate y el presente artículo pretende exponer la necesidad y obligación social de realizarlo.

7.

A. MALPANI, *Preimplantation sex selection for family balancing in India*, Human Reproduction, vol 17 (1), 2002, 11-12.

J. MASIÀ, *Cuidar la Vida. Debates Bioéticos*, Ed Helder, 2012.

M. SPRINGGS, *Lesbian couple create a child who is deaf like them*. J Med Ethics, 28:283, 2002. Resolución WHA62/R14 de la Asamblea Mundial de la Salud.

F. SHENFIELD, et al., the ESHRE taskforce on cross border reproductive care: *Cross border reproductive care in six European countries*, Human Reproduction vol. 25, no. 6, 2010,1361-1368.

F. SHENFIELD et al., and the ESHRE Task Force 'Cross Border Reproductive Care' (CBRC): *ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners*, Human Reproduction Vol.26(7), 2011,1625-1627.

Declaraciones Universales e Internacionales de la UNESCO: Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos y Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos

Fuentes legislativas nacionales y del Consejo de Europa.

26 Definición de Salud de la OMS: «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.» Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmado en Nueva York, 22 de julio de 1946.

27 El Informe del Hastings Center de Nueva York define como salud «la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y la mente. La salud se caracteriza por la ausencia de males de consideración y, por tanto, por la capacidad de una persona para perseguir sus metas vitales y desenvolverse adecuadamente en contextos sociales y laborales habituales».

JAIME PERIS RIERA

REGULACIÓN DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Sumario: 1. Introducción. 2. Modalidades delictivas: Delito de manipulación genética. 2.1. Bien Jurídico Protegido. 2.2. Conducta y elementos del tipo en la modalidad dolosa. 2.3. Conducta y elementos del tipo en la modalidad imprudente 3. Ingeniería genética con fines armamentistas. 3.1. Bien jurídico Protegido 3.2. Conducta y elementos del tipo 4. Fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación. La selección de la especie humana. 4.1. Bien jurídico protegido. 4.2. Conducta y elementos del tipo 4.3. La Procreación artificial no consentida: Bien jurídico protegido. 4.4. Conducta y elementos del tipo. 5. Bibliografía.

1. El Título V del Código Penal de 1995, relativo a los delitos de manipulación genética, constituyó una novedad sin precedentes en nuestra legislación penal, elevando a la categoría de delito una haz de comportamientos derivados de la aplicación de diversas técnicas genéticas por considerarlos atentatorios contra bienes jurídicos dignos de tutela penal. Los espectaculares avances vividos en este campo parecen haber sido el motor de esta novedosa respuesta penal ante la ingeniería genética articulada por el legislador español. Y decimos parecen porque en realidad, aun recorriendo la evolución parlamentaria de estos tipos penales, no encontramos las razones explícitas que motivaron su incriminación. En este sentido, como resalta PORRAS DEL CORRAL, nada dice la Exposición de Motivos del código al respecto «*y algo debiera decir que justificara su inclusión*».

La tipificación conjunta de los diversos usos ilícitos de estas técnicas parece obedecer a la preocupación generada por los riesgos que entraña para *la propia dignidad y el futuro del ser humano (MUÑOZ CONDE),* sin que en ningún caso se haya pretendido -al menos de forma directa y consciente- limitar la libre experimentación científica que defiende nuestro Texto Constitucional.

A título de mera síntesis introductoria, se castiga con penas privativas de libertad de hasta siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio que puede alcanzar los diez años de duración a aquellas personas que realicen alteraciones del genotipo humano mediante manipulaciones genéticas con fines no terapéuticos -incluida la modali-

dad imprudente aunque con penalidad menos severa- (art. 159.1º y 2º CP); utilicen la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (art. 160.1º CP); practiquen una fecundación utilizando gametos femeninos humanos con fines distintos a la procreación humana (art. 160.2º CP) o apliquen técnicas de clonación humana o procedimientos diversos que persigan la selección de la raza (art. 161.1º CP); por último, previa denuncia del Ministerio fiscal según los casos, se sancionará a quién practicare reproducción asistida en una mujer sin contar con su consentimiento (art. 161.2º CP). Todo ello, con independencia de las consecuencias accesorias previstas en el articulo 162 cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

Relación somera de conductas incluidas en dicho Título que sirve de base para exponer la segunda crítica dirigida contra la normativa penal vigente en esta materia: lo inadecuado de la rúbrica utilizada para agruparlas. En efecto, alguno de los tipos delictivos citados nada tiene que ver con la manipulación genética stricto sensu.

En otros trabajos hemos advertido ya de la falta de uniformidad doctrinal y los graves efectos que provocaba esta confusión terminológica en el proceso de juridificación de la biomedicina así como la posterior interpretación dogmática que ha de realizarse del texto legal vigente. En este sentido, algunos autores ya han señalado que esta errónea utilización de la rúbrica *pone de manifiesto la falta de precisión terminológica del legislador, lo que ha suscitado polémicas doctrinales* (SÁNCHEZ MOLERO y SOLER MATUTES). En esta misma línea, recordemos cómo, junto con la elevada especialización de la materia y, por ende, la complejidad del léxico utilizado, la existencia de normas administrativas que regulan la utilización de alguna de estas técnicas implica, además, *la irrupción de conceptos biogenéticos en la descripción del tipo que deben integrarse en la acción típica para que pueda ser ésta relevante penalmente* (MORA ALARCÓN).

Todo ello comporta el riesgo de aumentar la resistencia a la regulación jurídica de la ingeniería genética en forma de normas sancionatorias puesto que, desde la propia regulación penal, se ofrece una imagen de incoherencia o, cuanto menos, de imperfección técnica, dada la incorrección de la descripciones típicas utilizada. A este respecto, si gran parte de los delitos incluidos en el Código de 1995 se hubieran introducido como apéndices sancionatorios en leyes no penales, esto hubiera permitido que aquellos *fueran elaborados por técnicos en esos ámbitos no punitivos sobre los que se superponen los nuevos injustos penales, técnicos que no hubieran incurrido en los defectos de quienes ignoran conceptos de esos sectores* (RO-

DRÍGUEZ RAMOS), fijando con precisión los límites entre los injustos civiles, administrativos o laborales y los nuevos injustos penales yuxtapuestos. Precisión que, además de entrañar de nuevo un posicionamiento en favor de la legislación especial, resalta, por lo que ahora interesa, la imprecisión de conceptos.

Así ha ocurrido con la propia expresión de *manipulación genética* utilizada en la rúbrica del Título, pues parece más correcto que ésta mencione el bien jurídico que se quiere proteger -conforme al criterio generalmente admitido por la Doctrina- en vez de aludir, como en verdad hace, a alguna de las modalidades comisivas sancionadas. En todo caso, como resalta LACADENA, dado que en ella se hace referencia a técnicas dispares, alguna de las cuales nada tiene que ver con la genética, *hubiera sido deseable que incluyera qué entiende el legislador por manipulación genética*.

En lo que respecta al aludido bien jurídico protegido no es de extrañar que, atendido el contenido y tenor literal de la rúbrica del Título V, sea de imposible concreción, siendo ésta una *cuestión muy debatida en la doctrina* (DE LA CUESTA). De hecho, este último autor recoge la opinión mayoritaria, afirmando que nos encontramos ante especiales y novedosas formas de ataque a bienes jurídicos penales tradicionales de titularidad individual pero con grandes posibilidades de poder trascender esa individualidad y afectar a la propia especie humana. Serían esos bienes de titularidad colectiva los que justificasen el *considerable adelantamiento de la intervención penal que estas nuevas incriminaciones suponen*, las cuales, en todo caso, *no resultan fáciles de reconducir a un mismo bien jurídico (DE LA CUESTA)*, por lo que este tendrá que ser identificado al estudiar cada uno de los distintos preceptos. Por ello, y los delitos tipificados en el Título V son uno de los ejemplos paradigmáticos, se constata una «eclosión» de normas penales en cualquier ámbito que pueda considerarse peligroso o atentatorio contra los bienes de la sociedad. Esta evolución o, quizá mejor modificación, sufrida por el Derecho Penal con la consiguiente variación de características y lindes propios de todo sistema sancionador empieza a ser una realidad demasiado incómoda para nuestros derechos. La afirmación puede parecer exagerada, pero es un hecho que de un modelo enmarcado por la exigencia de criminalizar tan solo aquellas conductas atentatorias de ciertos bienes jurídicos, como fórmula que impedía abusos de corte totalitario por los detentadores del poder, hemos pasado a un Derecho penal donde el criterio del bien jurídico no es ya un requisito sine qua non, sino un mero indicio para su tipificación. Es decir, la propia idea de bien jurídico es utilizada por el legislador para crear nuevas figuras penales: su función negativa ha sido transformada, perdiendo gran parte de su poder

garantista. Además, este nuevo Derecho penal se caracteriza por atender no ya a la efectiva lesión del bien, sino al riesgo de que éste sea puesto en peligro por el sujeto activo de la acción, de forma tal que se adelanta la barrera de protección hasta extremos inaceptables.

A lo anterior ha de añadirse los preocupantes signos de utilización promocional y/o simbólica de la legislación criminal emergente en esta materia, a través de tipos penales de nueva creación. En efecto, la tendencia del legislador penal actual a educar al ciudadano, partiendo de la conveniencia de tutelar determinados bienes jurídicos que se manifiestan como nuevos, o respecto de la aparición de distintas modalidades de ataque a los ya existentes, se ha convertido casi en una constante de nuestros días. Y también aquí, algunas de las conductas más características de la ingeniería genética se erigen en ejemplos paradigmáticos de esa tendencia del legislador moderno a promocionar determinados bienes.

Por último, la regulación internacional de la materia persigue perfeccionar la tutela jurídica ofrecida a aquellos ciudadanos más necesitados de ella, en especial, a la población marginal, a los miembros de sociedades subdesarrolladas, quienes representan un accesible y económico banco de material biológico. Ya no se trataría de evitar el éxodo hacia los países de legislación más liberal, sino de unir esfuerzos frente a una dramática operación crematística sobre los óvulos, espermatozoides, o embriones humanos provenientes de esas personas para su utilización experimental. Cuestión ciertamente preocupante aunque poco atendida por el común de la doctrina.

La regulación de los delitos relativos a la manipulación genética ha sufrido, desde su redacción, tan solo una modificación mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que no cambia en profundidad el texto original (MORILLAS CUEVAS). La reforma del Código penal operada a través de la LO 15/2010 no ha modificado en nada el Título V, lo que, como luego detallaremos, resulta sorprendente pues, sin quererlo, ha dejado vacío de contenido el artículo 162.

2. La etiología del tipo previsto en el artículo 159 se encuentra en la magnitud de los posibles perjuicios que una incorrecta utilización de las aludidas técnicas puede llegar a producir, así como en la comprobada incapacidad de la normativa administrativa para evitar estos riesgos. Perjuicios con capacidad de afectar no solo al individuo, sino a su propia descendencia, pudiendo alterar con ello el contenido genético de la especie humana, y sin que podamos predecir las consecuencias de todo ello. Incapacidad, por cuanto las elevadas multas que se prevén repercutir en el precio final del

producto pasan a ser un mero asiento contable a incluir entre la estimación de gastos (GARCÍA GONZÁLEZ). Argumentos, ambos, que por sí solos sirven para afirmar que el artículo 159 del código penal cumple con el carácter subsidiario que debe acompañar a toda normal penal.

El delito de manipulación genética regulada en el Código contempla dos modalidades, la dolosa y la imprudente.

2.1 Partiendo de la imposible concreción de un único bien jurídico protegido, común a todo el título V (DE LA CUESTA), consideramos que el objeto formal tutelado en el artículo 159 es la inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana y la del propio individuo sobre el que recae la acción.

No compartimos, pues, las opiniones que asimilan dicho objeto jurídico con la vida prenatal (GONZÁLEZ CUSSAC), resultando más discutible su identificación con el genotipo (MUÑOZ CONDE, MACÍA GÓMEZ y ROIG ALTOZANO). Y ello porque la vida humana concebida pero aún no nacida carece de protección penal en nuestro país (con matices respecto del aborto y las lesiones al feto), estando previsto, incluso su destrucción o su utilización con fines experimentales en determinados supuestos por las leyes administrativas que regulan la materia. En lo que respecta al genotipo, este es el objeto material de la conducta típica pero se discute que sea el objeto formal del injusto; dicho de otra manera, entendiendo el genotipo como el conjunto de genes existentes en cada uno de los núcleos celulares de todo individuo, la amplitud del tipo penal sería ilimitada pues alcanzaría cualquier clase de intervención génica en las células humanas, incluyendo, por poner solo un ejemplo, las somáticas que hayan sido extraídas del cuerpo humano. Tampoco sería asumible la opinión de MORILLAS CUEVA, quien defiende la integridad de la especie y su normal desarrollo, con lo que parece reservar la integridad genética del individuo que sufre la manipulación como bien jurídico protegido por otros preceptos del título, en concreto, por el segundo párrafo del artículo 161 del código penal, si bien consideramos acertada la crítica del autor realizada respecto de una visión centrada en el *conjunto de intereses derivados de la configuración constitucional de la dignidad humana* (posición mantenida por LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN) por entenderla *excesivamente generalista e incorrecta (MORILLAS CUEVA)*

En definitiva, las posibilidades se reducen a dos: de un lado, defender que la identidad genética del ser humano que soporta la manipulación responde a una visión individualista en la que prima el derecho de cada uno de nosotros a poseer un genotipo propio, no alterado sino con finalidades

terapéuticas consentidas (la unicidad del ser humano, el derecho a ser un unicum irrepetible, el derecho a heredar características genéticas no manipuladas, su integridad somática, su identidad genéticas, […] son expresiones de sinónimo significado que configuran dicho objeto formal). De otro lado, considerar que el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana incluyen el de heredar material genético intacto, por lo que sería este y no aquellos el bien jurídico objeto de tutela penal. Partiendo de esa unicidad son varias las lecturas que pueden hacerse: así, se habla de inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano, derecho a heredar un genotipo modificado pero sano, la identidad e irrepetibilidad del ser humano, el aseguramiento de la dotación genética doble, […], como alguno de sus aspectos.

Por otra parte, destaca la especial interpretación realizada por SÁNCHEZ MOLERO y SOLER MATUTES. Según estos autores y partiendo del significado común de los vocablos *genotipo* y *genoma* entre los profesionales de la ingeniería genética, el bien jurídico protegido por el artículo 159 del Código penal se concretaría en la identidad genética no patológica del individuo que sufre la manipulación y la del ser humano en formación, incluso, consideran tutelada la intangibilidad genética no patológica de la descendencia de dicho individuo, pero excluiría la protección de la integridad genética de la especie humana en general. Y ello porque el tipo penal se refiere al genotipo -en clara referencia al patrón genético del individuo- y no al genoma humano -o patrón genético de la especie humana-. Por contra, consideran la dignidad humana como bien jurídico indirectamente protegido.

Sin duda, la falta de un adecuado acotamiento de las conductas de manipulación genética perturban la correcta interpretación de la norma. De igual manera, la falta de armonización con las leyes administrativas que regulan esta materia sirven de poca ayuda a tal fin. Pero aún así, no parece posible admitir la delimitación que del objeto formal de este delito propugnan los citados autores en la que no incluyen la tutela de la integridad genética de la humanidad en general; y ello por considerarla contraria tanto a una interpretación coherente con la ratio legis y evolución parlamentaria del precepto como con las recomendaciones y modelos internacionales generalmente propuestos.

2.2. El artículo 159, apartado 1, incrimina la *manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves*. Con independencia de la carga peyorativa inherente al término utilizado, lo cierto es que

el vocablo «manipulación» es *lo suficientemente etéreo como para hacer difícil su concreción* (MORILLAS CUEVA).

En principio, manipulación debe interpretarse como sinónimo de actividad técnica ejercida sobre el gen (VÁZQUEZ IRUZUBIETA). El Prof. LACADENA se refiere solo a supuestos de terapia génica; desde este prisma la manipulación supondría una *administración deliberada de material genético en un paciente humano con intención de corregir un defecto genético*, descartando de tal actuar la inteligencia, el comportamiento y el aspecto físico (LACADENA CALERO). De hecho, no solo se puede alterar el genotipo humano mediante técnicas génicas; existen procedimientos germinales que pueden producir la alteración del mismo, por ejemplo, mediante su creación ex novo. Se utiliza, pues, un concepto amplio de manipulación genética que abarca toda actuación sobre los genes que produzca una modificación del patrimonio genético del individuo, el de su posible descendencia, así como el de la propia especie humana.

Ahora bien, para matizar dicho concepto, y recurriendo a la definición del Prof. MANTOVANI, cabe distinguir entre un significado *restrictivo y propio* de manipulación genética (aquel que denota una modificación de los caracteres génicos naturales, del patrimonio genético del individuo, mediante la transferencia de segmentos de Ácido Desoxirribo Nucleico portadores de una determinada información genética), de otro más *amplio o impropio* que no comporta necesariamente la modificación del patrimonio hereditario ni la utilización de ADN (y que incluye las manipulaciones de gametos y embriones así como las técnicas de reproducción asistida; incluso se hace referencia con ella a simples análisis génicos, consultas genéticas o diagnósticos pre o postnatales).

Si bien es cierto que la mención a la *manipulación genética* realizada en la rúbrica de este Título V no hace mención alguna entre el sentido propio o impropio de dicha expresión, incluyendo la totalidad de intervenciones genéticas aun cuando no conlleven una modificación, real o potencial, del genoma humano, también lo es que esa misma expresión utilizada en el contexto del artículo 159 del código penal exige un resultado típico -la alteración del genotipo- por lo que solo podrá interpretarse de forma restrictiva. Esto es, por manipular ha de inferirse cualquier intervención técnica que conlleve la modificación de los caracteres génicos naturales, del patrimonio genético del individuo, mediante la transferencia de segmentos de Ácido Desoxirribo Nucleico portadores de una determinada información genética. Entendida así la manipulación genética, para ser típica, deberá estar dirigida y ser idónea para lograr la alteración del genotipo, por lo que es éste el verdadero límite de la conducta criminal.

Por genotipo se entiende el conjunto de genes que configuran el ser humano, presentes en cada uno de los núcleos celulares de los miembros de nuestra especie. Objeto material del delito que deberá sufrir una alteración como consecuencia de la manipulación realizada sobre los genes, por lo que el precepto presenta una naturaleza de resultado material.

Se manipulan genes humanos, esto es, los propios de la especie humana, por lo que no constituye delito la manipulación de genes animales o vegetales, salvo que con ello se persiga realizar la conducta tipificada en el articulo 160 del código penal.

La modalidad comisiva de este apartado 1 del artículo 159 ha de realizarse a título de dolo. Téngase en cuenta que sólo las prácticas génicas sin fines terapéuticos resultan típicas. Por tanto, dicha conducta debe practicarse de manera consciente y voluntaria. Los elementos cognoscitivo y el volitivo que configuran esta forma de culpabilidad deben abarcar la actuación no curativa a la que se someten los genes humanos, el curso causal que de seguro se dará y el consecuente resultado que todo ello producirá. Como sostienen SÁNCHEZ y SOLER *basta con saber que normalmente dicha acción conlleva aquel resultado*, es decir, que con dicha intervención se producirá la alteración efectiva, permanente e irreversible del genotipo no patológico.

La existencia del elemento subjetivo del tipo y el vigente sistema administrativo de autorizaciones que rige esta clase de intervenciones médicas hace que sea admisible el dolo eventual.

En cuanto a las intervenciones con fines terapéuticos, como luego detallaremos al estudiar el segundo párrafo del artículo 159 del código penal, solo podrán castigarse si se realizan despreciando de forma absoluta las más elementales reglas de actuación médica así como las normas administrativas reguladoras de la materia.

Como delito de resultado, admite las formas imperfectas de aparición, pues es posible iniciar las manipulaciones genéticas sin que llegue a alterarse el genotipo (SERRANO GÓMEZ, GONZÁLEZ CUSSAC y GRACIA MARTÍN). En lo que respecta a las formas imperfectas de ejecución, la naturaleza de delito de resultado doloso implica su admisión, salvo en la modalidad imprudente, pues el resultado se concibe como la realización del riesgo no permitido que precisamente sanciona la norma.

Las relaciones concursales que puede provocar la realización de la conducta típica afectan, principalmente, a los delitos de homicidio, aborto, lesiones al feto y lesiones. Al ser la integridad del patrimonio genético el objeto formal tutelado por esta norma, cualquier manipulación genética que lograra alterarlo en los términos expuestos acompañada de otros efec-

tos sobre el sujeto pasivo del delito dará lugar a un concurso ideal por ser distintos los específicos bienes jurídicos ofendidos.

Respecto de los sujetos que toman parte en este delito, cabe identificar el sujeto pasivo, en su faceta colectiva, con la propia especie humana (MORILLAS CUEVA) y, en su faceta individual, con el embrión en todas sus fases de desarrollo y la persona nacida que sufre esa manipulación y consiguiente alteración del genotipo de alguna de sus células, en su calidad de portadores y titulares del bien jurídico protegido, siempre que éstas permanezcan o se introduzcan en su organismo. En cuanto al sujeto activo parece posible admitir que se trata de un delito especial, que sólo pueden cometer aquellos profesionales con calificación específica en el ámbito genético, opinión que se evidencia con la inclusión de la pena (además de prisión) de inhabilitación especial. Sin embargo, la opinión pacífica de la doctrina es que estamos ante un delito común, que puede realizar cualquier persona.

La conducta del artículo 159.1 del código penal se sanciona con una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años. Admitiendo la importancia del bien jurídico protegido tutelado -sobre todo en su enfoque colectivo- y relacionando el castigo previsto con el de las lesiones causantes de una grave enfermedad somática o psíquica del artículo 149 (prisión de seis a doce años) o la del aborto consentido del artículo 145 (prisión de uno a tres años de prisión e inhabilitación especial de uno a seis años para quien lo practique, y multa de seis a veinticuatro meses para la mujer que lo provoque o lo consienta a un tercero), cabe indicar cierta desproporción penológica (*sumamente desproporcionada*, en palabras de QUERALT JIMÉNEZ)

2.3. Por su parte, resultará de aplicación el apartado 2 del artículo 159 del código penal si la alteración del genotipo producida fuere realizada por imprudencia grave. Es decir, la alteración del genotipo humano mediante manipulación de los genes dará lugar al tipo imprudente solo cuando concurra la finalidad terapéutica en dicha intervención (en contra GONZALEZ CUSSAC) y esta se realice con el más absoluto desprecio a la lex artis y a la normativa administrativa vigente. De no concurrir esa finalidad, será de aplicación, en todo caso, el primer párrafo del precepto a título de dolo.

La modificación del genotipo cuya meta sea la de eliminar o paliar graves enfermedades, como hecho penalmente atípico, tendrá relevancia jurídica en tanto en cuanto sea utilizada de forma negligente. En ningún otro caso dará lugar a la aplicación del artículo 159.2 código penal. No son asumibles, en consecuencia, las afirmaciones de DE LA CUESTA, para

quien la modalidad imprudente comprende supuestos de manipulaciones sin finalidad terapéutica que causan esa alteración del genotipo realizadas faltando a las normas más elementales de cuidado exigibles, dejando fuera a las alteraciones producidas en el marco de intervenciones terapéuticas, pues reiteramos la opinión de considerar que cualquier intervención sin finalidad terapéutica materializa el tipo básico contenido en el primer párrafo del artículo 159 código penal. Se trata, por tanto, de una *fórmula autónoma de imprudencia sancionadora de las conductas alteradoras del genotipo con finalidad terapéutica que se ejecuten conculcando las normas más básicas de la actividad genetista y del especialista en dicha materia* (MORILLAS CUEVA). Es cierto que la redacción del precepto admite otras interpretaciones, pero el elemento subjetivo exigido, valorado como causa de atipicidad, impide cualquier apreciación distinta a la expuesta.

Esa imprudencia ha de ser grave, esto es, realizar un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente, sino a causa de haber omitido la diligencia más elemental que personalmente le era exigible (COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN).

La conducta imprudente se sanciona con pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

3. El antecedente directo de esta modalidad se encuentra en la legislación administrativa aprobada en los años ochenta donde se contemplaba la misma conducta -con idéntica redacción- como infracción muy grave; posteriormente, el Proyecto del Código Penal de 1994 dispuso su traslado como ilícito penal a la entonces prevista legislación especial que debía regular esta materia, para terminar siendo incluida con el resto de comportamientos en el Título V del Libro II del Código Penal.

3.1. En lo atinente al bien jurídico y partiendo de nuevo de la imposibilitad de concretar un solo objeto formal tutelado, común, al conjunto del Título V, cabe indicar la supervivencia de la especie humana (en el mismo sentido, ROMEO CASABONA) o la protección del género humano, en expresión de MUÑOZ CONDE, como el interés protegido en el artículo 160 del código penal.

Y precisamente por ser ese su objeto formal no se entiende bien la posición que ocupa este precepto dentro del Título V pues, como señala VALLE MUÑIZ, *sistemáticamente no parece muy adecuado decidir la ubicación de los tipos en base a los medios comisivos y no al bien jurídico protegido*,

como ocurre en este caso. En efecto, la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana ha de poner en peligro la propia continuidad de la humanidad, razón por la que hubiera sido mas adecuado incluir este precepto entre los Delitos contra la Comunidad Internacional (Título XXIV del código penal), como por otra parte argumenta la mayoría de la doctrina (QUERALT JIMÉNEZ, SÁNCHEZ-JUNCO y SERRANO GÓMEZ).

3.2. El artículo 160, apartado 1, incrimina la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana. El uso de las técnicas genéticas con la finalidad señalada no tiene por qué recaer sobre el genotipo humano; el tipo penal solo exige la utilización de la ingeniería genética. De hecho, de darse una alteración génica sobre células humanas ésta constituiría siempre un delito de manipulación genética, en concurso ideal con este artículo 160, si bien resulta difícil idear un supuesto en el que esa alteración no terapéutica del patrimonio genético humano constituya un arma o medio en sí mismo para exterminar a la especie humana. En todo caso, un comportamiento tal solo podría imaginarse vinculando esas alteraciones genéticas con el sistema reproductivo humano, pudiendo aplicarse entonces el artículo 607 CP, de nuevo en concurso ideal -pero esta vez- con el artículo 159 CP. Lo mas lógico sería relacionarlo con intervenciones genéticas en microorganismos animales o vegetales que sean perjudiciales para las condiciones de vida humana, pues efectivamente la ingeniería genética puede dotar de nuevas características a los microorganismos o simplificar la producción en masa de determinadas sustancias con aquella finalidad (HIGUERA GUIMERÁ).

La producción de esas armas ha de intentarse y, en su caso, lograrse (no debe olvidarse que se trata de un delito de mera actividad) mediante la utilización de la ingeniería genética. Se trata de un término extraño al ámbito jurídico-penal que tendrá que ser delimitado por la jurisprudencia, que será quien, en última instancia, determine su contenido así como los casos en los que su uso debe entenderse dirigido a la creación de artefactos de destrucción pasiva (RUIZ VADILLO y MORA ALARCÓN).

No obstante lo anterior, parece lógico convenir que dicha expresión incluye al menos los supuestos de manipulación genética. Por tanto, cualquier modificación de los caracteres génicos naturales del patrimonio genético de un organismo vivo -humano o no- mediante la transferencia idónea de segmentos de ADN portadores de una determinada información genética, dirigida a la creación de esas armas, realizaría el injusto típico.

Por tanto, la biotecnología ha de ser utilizada para la producción de esas armas. Es decir, el sujeto activo debe servirse de ellas para crear, fabricar, elaborar, obtener o formar armas de alto poder ofensivo y letal, capaces de aniquilar a la especie humana.

De esta forma, la utilización de la ingeniería genética busca en el presente caso la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana por lo que incluye cualquier instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse siempre que venga configurada en forma de organismo vivo (arma biológica) o sea susceptible de acabar con la totalidad de la especie humana (arma exterminadora). Sea cual fuere el tipo de armas el precepto exige la potencialidad lesiva de las mismas.

Se incorpora un elemento subjetivo del injusto que, como parte integrante del tipo, ha de concurrir necesariamente para la realización del mismo: Utilizar esas técnicas para producir armas destructivas de la especie humana. Se trata, por tanto, de un comportamiento de marcado carácter doloso en el que no es admisible el dolo eventual por cuanto exige un elemento de intención concreto para alcanzar relevancia jurídico penal, esto es, utilizar la ingeniería genética para la creación de armas biológicas o exterminadoras de la vida humana. Tampoco es posible la realización imprudente por no haberla previsto de forma específica el legislador, a tenor del vigente artículo 12 Código Penal, lo que es de todo punto lógico dada la inclusión de un elemento subjetivo en el injusto.

En cuanto a su naturaleza hay que decir que nos encontramos ante un delito de resultado cortado tal y como anuncia el elemento de intención que incorpora el tipo. En todo caso se trata de subtipos de delitos de intención. Por otro lado, si la fabricación de las armas llegara realmente a producirse se aplicaría el correspondiente concurso de delitos.

En lo atinente al sujeto activo de la acción es pacífica la consideración de encontrarnos ante un delito común que, como tal, puede ser realizado por cualquier persona (en contra GONZÁLEZ CUSSAC, que defiende su naturaleza de delito especial propio por ser ésta una conducta que solo podrá realizar una persona con formación suficiente).

En lo que respecta a las formas imperfectas de ejecución, la naturaleza de delito de mera actividad hace que la tentativa acabada sea inadmisible siendo de difícil apreciación la tentativa inacabada. De ahí que el delito se consuma con el inicio de la actividad prohibida no siendo necesario que se llegue a producir una o varias armas.

La conducta descrita tiene aparejada pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.

4. Sin duda la creación de seres humanos para fines distintos a la procreación, la clonación de los mismos o la selección de la raza justifican por sí solos la presencia de este apartado segundo del artículo 160 del código penal. Su antecedente se encuentra en la legislación administrativa aprobada en España en los años ochenta donde constituía una infracción muy grave.

4.1. Respecto del particular, tras una primera lectura podría pensarse que se intenta proteger la vida humana prenatal (GONZÁLEZ CUSSAC) y/o la dignidad humana (BENITEZ ORTUZAR). Sin embargo no se comparte esta opinión.

Como es sabido, la regulación administrativa que completa la normativa vigente en la aplicación de técnicas de reproducción asistida contempla la posibilidad de someter a investigación y experimentación a gametos y embriones humanos (véase las interesantes apreciaciones hechas al respecto por la STC 116/1999), siempre que cuenten con la preceptiva autorización; por lo demás, resulta obvio que el óvulo fecundado per se no goza de derecho fundamental alguno pues solo el desarrollo embrionario humano a partir de la anidación tiene un reconocimiento constitucional indirecto, solicitando además últimamente el Tribunal Constitucional español que sea viable. Argumentos que sirven para desechar la vida prenatal como bien jurídico protegido en este delito.

En cuanto a la dignidad humana como objeto tutelado tan solo recordar que la misma, por ser el valor guía del ordenamiento jurídico, no puede ser considerada como bien jurídico de ningún delito, pues esa carece de identidad propia, proyectándose en el conjunto de derechos fundamentales. Por tanto, las referencias que a ella se hagan servirán de fundamento para la intervención penal pero no para identificar el bien jurídico protegido en estos delitos (en este mismo sentido VALLE MUÑIZ)

Dicho esto, consideramos que el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana incluyen el de heredar material genético intacto, por lo que sería éste y no aquellos el bien jurídico objeto de tutela penal a través de estas conductas, al que habría que añadir el interés del Estado en controlar la reproducción artificial de seres humanos (GRACIA MARTÍN). Intereses protegidos por el derecho penal que han de entenderse tanto en su vertiente individual como colectiva, si bien el sujeto pasivo del delito será la comunidad.

4.2. La conducta sancionada en el apartado 2 del artículo 160 del código penal consiste en fecundar óvulos humanos (esto es, generar un preem-

brión humano mediante la unión de un espermatozoide y un óvulo, ya sea de forma artificial o natural) con cualquier fin distinto a la procreación humana.

La primera duda surge al plantear si el esperma necesario para realizar la fecundación ilícita debe ser humano. Resulta obvio que si lo es. Pero más compleja parece la respuesta si se trata de esperma de otra especie. En principio, parece que la letra de la Ley se refiere a ambos gametos de manera que origine un nuevo individuo, lo que supondría la necesaria unión del óvulo femenino con el espermatozoide masculino humano. Pero si aceptamos esta interpretación, la creación de un híbrido hombre-animal que no persiga -como fin- la selección de la raza constituiría un simple ilícito administrativo. Hecho que fuerza la aceptación de que cualquier clase de fecundación -con esperma humano o de otras especies- realizada con fines distintos a la procreación integra la conducta típica sancionada. Con ello se impide que un comportamiento de tal magnitud, necesitado de pena, la eluda.

Pero a su vez, con este planteamiento, se llega al absurdo de que la fecundación esta vez de óvulos animales con espermatozoides humanos (híbrido animal-humano) nunca merecerá mayor reproche que el administrativo pues, en todo caso, la aplicación del código penal exige que el óvulo que se fecunda provenga de una mujer. Por otra parte, se sabe que el test del hamster -la fecundación de un óvulo de ratón mediante un espermatozoide humano- es una prueba de fertilidad habitual en este ámbito.

Por ello, se considera que la utilización de preembriones humanos o de híbridos -animal/hombre, hombre/animal- constituyen comportamientos que suponen una instrumentalización de una vida que debería estar llamada a ser plenamente humana y a la que se niega por principio toda dignidad y perspectiva de futuro (DE LA CUESTA). Motivo por el que se defiende que ambas conductas integran el injusto típico que se comenta.

La segunda duda que genera este artículo es la referente a la consumación del delito: El tipo no exige la implantación del preembrión obtenido artificialmente para la realización del injusto, bastando a tal fin la unión de ambos gametos -óvulo femenino con espermatozoide humano o animal-. Pero admitir esta interpretación contradice la regulación administrativa vigente en la materia, pues la investigación en preembriones humanos está autorizada en determinados supuestos. Dicho de otro modo, si se protege la fecundación en sí, se está articulando un severo sistema de control penal frente a actividades mucho mas problemáticas en cuanto a su valoración jurídica como es la propia destrucción de preembriones sobrantes. De ahí que se cuestione si la realización del injusto precisa la creación de un ser o la anidación del mismo.

La pena señalada es la de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años

Por su parte, el apartado 3 de este artículo 160 del código penal establece que con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

La conducta descrita presenta la misma incertidumbre que la anteriormente descrita en cuanto a su consumación. Puesto que nada dice el tipo cabe entender que se sanciona la mera duplicación in vitro de un ser humano, con independencia de su viabilidad, y sin que sea relevante a estos efectos su posterior implantación en el útero materno.

Téngase en cuenta que se castiga la creación de vida humana -seres humanos idénticos- pero no se exige que alcance la cualidad jurídica de persona conforme a la legislación vigente; tampoco su posterior transferencia. Valórese a tal efecto el régimen jurídico establecido por la legislación reguladora de las técnicas de procreación asistida y utilización de material biológico humano, que permite en algún supuesto la utilización de preembriones humanos con fines experimentales y de investigación, así como la destrucción de preembriones «sobrantes».

En lo atinente al segundo comportamiento descrito -la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza- cabe destacar que dicha finalidad se aprecia con independencia de que se quiera mejorarla o degradarla. El tipo habla de *otros procedimientos* sin mayor explicación, cuando lo lógico sería examinar cada avance científico con rigor y establecer, en su caso, una respuesta punitiva proporcionada. Se trata, sin duda, de una expresión legal poco adecuada, que abarca cualquier procedimiento, incluyendo la recombinación de material genético, la creación de híbridos, la creación de quimeras, la partenogénesis, etc., así como la clonación eugenésica pues la fórmula abierta prevista en el tipo permite considerar que la clonación de seres humanos idénticos puede ser castigada también por cuanto este método sea uno de los procedimientos utilizados para lograr la selección de la especie.

Además, estos comportamientos deben buscar la selección de la raza, si bien lo correcto hubiera sido hablar de la especie humana, siendo en todo caso irrelevante que persiga mejorarla o degradarla o, como ya se ha dicho, que finalmente se alcance o no dicho objetivo.

Debemos destacar que dichas conductas tampoco exigen la viabilidad del producto creado ni su posterior transferencia, por lo que se consumarían con su mera creación con tales fines eugenésicos.

Respecto del sujeto activo de la acción también resulta pacífica la consideración de encontrarnos ante un delito común y, por tanto, la conduc-

ta puede ser realizada por cualquier persona. Los conocimientos técnicos precisos para materializar dicho comportamiento limitará, de hecho, el número de posibles autores pero el tenor del injusto típico no permite catalogarlo dentro de los delitos especiales (en contra GONZALEZ CUSSAC). En lo atinente al sujeto pasivo, valorando el objeto formal que se tutela, se constata la absoluta conformidad doctrinal que lo identifica con la propia comunidad.

En principio, y considerado en abstracto, parecería que las conductas previstas en el artículo 161 del código penal son realizables tanto de forma activa como omisiva. Sin embargo, los verbos utilizados -fecundar, crear, seleccionar- son tan evidentemente activos que sería difícil aplicar el párrafo primero del artículo 11 del código penal cuando exige que la omisión equivalga según el sentido del texto de la Ley a su causación. Aún con todo, y en vía de hipótesis, podría imaginarse supuestos en los que la necesaria coordinación y cooperación entre numerosos individuos que forman un equipo científico generase responsabilidad penal a las personas que, cumpliendo los requisitos legales del artículo 11, omitan el deber jurídico de vigilancia como directores de proyectos de investigación, al ser responsables de departamentos experimentales y/o equipos médicos en los que se desarrollen actuaciones génicas sobre el ser humano. Con todo, este planteamiento es muy discutible.

4.3. Como ya se dijo no es posible concretar un único bien jurídico común a todo el Título V, por lo que identificamos la libertad de procreación de la mujer como el objeto formal tutelado en el artículo 161 del código penal, y ello al constituir esta libertad el máximo exponente del libre desarrollo de su personalidad, que se traduce en su plena autonomía para decidir cuándo y cómo desea ejercer su maternidad. De ahí, que se haya señalado que *esta norma no tiene, en sí misma, contenido genético* (LACADENA), pues las técnicas genéticas tan solo constituyen la forma concreta con la que lesionar dicho bien jurídico.

El conjunto de la doctrina es unánime a este respecto, empleando sinónimas expresiones para acotar el derecho de la mujer a no ser considerada como mero receptáculo reproductor de la especie. De ahí que se incida en la idea de que es la autonomía de la mujer y no la procreación en sí misma el objeto jurídico protegido por la norma.

4.4. La conducta sancionada en este artículo 161 del código penal consiste en practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento. Por practicar entendemos usar o ejercer de manera continuada una cosa

siendo de sinónimo significado ensayar, experimentar o trabajar. Consecuentemente se incrimina a quien lleve a cabo actividades tendentes a lograr la fecundación de una mujer mediante cualquier forma técnicamente posible. Hemos de insistir en que la procreación en sí no se protege mediante esta figura penal sino la libertad de la mujer que sufre esta conducta. De ahí que la aludida fecundación no se presente como un elemento necesario para la consumación delictiva.

Nada indica la norma sobre lo que debe entenderse por reproducción asistida, por lo que se debe incluir el conjunto de técnicas descritas en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, incluyendo, pues nada lo prohíbe, las nuevas modalidades técnicas que se vayan desarrollando (VÁZQUEZ IRUZUBIETA).

En todo caso, el comportamiento descrito ha de realizarse sin consentimiento de la mujer objeto de tales prácticas de reproducción artificial. Como puede imaginarse, el principio general del consentimiento del sujeto adquiere en esta materia unos perfiles muy delicados, no tanto -ni tan solo- por la virtualidad otorgada a tal principio, como por la dificultad que concurre a la hora de calificarlo de consentimiento suficientemente informado. A su vez, y debido precisamente a la trascendencia de sus efectos, la doctrina dedica gran atención a las diversas características que ha de cumplir el consentimiento dado que la falta de alguna de ellas lo vicia. En concreto estos requisitos son: Capacidad del sujeto para comprender las consecuencias de su decisión; que sea otorgado con anterioridad a la acción; que sea un consentimiento libre e informado. Sin embargo, la unicidad de criterio desaparece a la hora de concretar el alcance de dichos requisitos.

En lo atinente al sujeto activo, igual que en los tipos anteriores, éste puede ser cualquiera al tratarse de un delito común. Sujeto pasivo solo podría ser la mujer, dado que con el tipo se protege precisamente el ámbito de su libertad. Por tanto, la ausencia de consentimiento del hombre (en el caso de mujer casada) sería irrelevante desde perspectivas penales, aún cuando en el plano administrativo el artículo 6, apartado 3, de la Ley 14/2006 que las técnicas de reproducción asistida exige «el consentimiento del marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente». Insistimos que tal consentimiento solo encuentra su eficacia en el plano administrativo, sino irrelevante –caso de no constar- en el ámbito penal.

Atendiendo a la descripción de la conducta (pluralidad de actividades parciales que confluyen en la misma finalidad de practicar una reproducción artificial sin el consentimiento de la mujer) nos encontramos ante un delito de mera actividad pues no precisa resultado ulterior ni, por supuesto,

embarazo, siendo irrelevante que se alcancen los objetivos de procreación propuestos.

En cuanto al elemento subjetivo, se trata de un comportamiento de marcado carácter doloso, en el que no es admisible el dolo eventual por cuanto exige una actuación contraria a la voluntad de la mujer receptora de las correspondientes intervenciones médicas, extremo que también ha de ser abarcado por el dolo del autor.

La conducta tiene señalada pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

Por lo demás, debemos destacar los requisitos de perseguibilidad, señalados en el apartado 2 del artículo 161, que deben concurrir para proceder por este delito, configurándose de esta manera como ilícito semi-público. Así, será precisa la denuncia de la persona agraviada (o de su representante legal) entendiendo por tal al sujeto pasivo del delito, esto es, la mujer que ha sufrido la reproducción asistida. Su marido o compañero no podrá incoar el procedimiento, ni siquiera cuando su semen haya sido utilizado en contra de su voluntad para tal fin, debiendo acudir, en su caso, a la vía administrativa y/o civil para ver resarcido los posibles daños o para impedir los efectos propios de la filiación. Ahora bien, cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o se trate de una persona desvalida, también podrá denunciar, junto a las interesadas y sus representantes legales, el Ministerio Fiscal.

5.

ADAN NIETO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal*, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

BENITEZ ORTUZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edersa, Madrid, 1997.

M. COBO DEL ROSAL, *Instituciones de Derecho Penal Español*, Editorial Cesej, Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÒN, *Derecho penal. Parte general.*

DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo código penal español,* 1995.

GARCÌA GONZÀLEZ, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano,* Edersa, Madrid, 2001. GÒMEZ JARA, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas*, Thomson Reuters. 2012.

GONZÀLEZ CUSSAC, *Manipulación genética*, en VV.AA, Derecho Penal, Parte especial.

GRACIA MARTÌN, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en comentarios al Código Penal, parte especial.

HIGUERA GUIMERÀ. *El Derecho penal y la genéti*ca.

JURGEN, MARTIN PAUL WASSMER, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados*, Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

LACADENA CALERO, *Delitos relativos a la manipulación genética* en el nuevo Código penal español: Un comentario genético. Revista Derecho y Genoma Humano, 1996.

LUZÒN PENA, en *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Valencia, 2012.

MACÌA GÒMEZ, ROIG ALTOZANO, *Nuevo Código penal de 1195*, Cedecs, Barcelona, 1996.

F. MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, Revista Derecho y Genoma Humano, núm. 1, 1994, 93-135.

S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª Edición, Barcelona, 2011.

MORILLAS CUEVA, BENÌTEZ ORTUZAR, *Límites penales a la experimentación humana, en El Derecho ante el Proyecto de genoma humano*, Vol. III, Madrid, 1994.

MORILLAS CUEVA, CASTELLÒ NICÀS, *Comentario al artículo 159 del Código Penal, en Comentario al Código Penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, Tomo V, Madrid, 2002.

MORILLAS CUEVA, *Manipulación genética. Límites jurídico-penales y frontera penal. La respuesta al código penal español*, en Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos, Madrid, 2002.

MORILLAS CUEVA, *Clonación y Derecho Penal*, en Societas & Lex, 2002.

MORILLAS CUEVA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en curso de Derecho Penal español, Parte especial, obra dirigida por Cobo del Rosal, Dykinson. 2005.

L. MORILLAS CUEVA, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anales de Derecho (Universidad de Murcia), Núm. 29, 2011.

MORA ALARCÒN, *Suma de Derecho penal. Parte especial*, Edisofer, Madrid, 1996.

MUNOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 1996.

J. PÉREZ ARIAZ, *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2014.

PERIS RIERA, GARCÌA GONZÀLEZ, *Delitos relativos a la manipulación genética. Artículos 159, 160, 161 y 162*, en COBO DEL ROSAL, M Comentarios al Código Penal, Tomo V, Edersa, Madrid, 2001.

J. PERIS RIERA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en Sistema de Derecho Penal Español, Parte especial (Coor. Morillas Cueva), Madrid, 2011.

J. PERIS RIERA, *Delitos relativos a la manipulación genética* en ROMEO CASABONA, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo. I, 1057-1071, editorial Comares, Granada, 2011.

J. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética* en España, Civitas, Madrid, 1995.

J. PERIS RIERA, *Orden biológico versus orden jurídico*, Madrid, 1997. 128.

M. POLAINO NAVARRETE, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009, Grijley. Perú

L. PORRAS DEL CORRA, *Biotecnología, Derecho y Derechos humanos*.

QUERALT JIMÈNEZ, *Derecho Penal. Parte especial*.

RODRIGUEZ RAMOS, *Un buen código para reformar*, Le Ley, 1996.

ROMERO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

ROMERO CASABONA, *Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código penal español de 1995*, Editorial Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001.

ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, editorial Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2006.

ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Ed., 1972.

SÀNCHEZ JUC-JUNCO MANS, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en código penal de 1995, comentarios y jurisprudencia.

SÀNCHEZ MORELO, SOLER MATUTES, *Consideraciones sobre el delito de manipulación genética*.

SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, 1993.

VALLE MUNIZ, TAMARIT SUMALLA, *Delitos relativos a la manipulación genética* en Quintero Olivares-Morales Prats, comentarios al nuevo código Penal, Aranzadi, 2004.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996.

E. VELASCO NUNEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012.

Jacinto Pérez Arias

CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos dogmáticos relevantes en la responsabilidad penal corporativa. 2.1. Capacidad de acción y tipicidad. 2.2. Capacidad de culpabilidad. 2.3. Teoría del sujeto. 3. Amnesia legislativa. Imposible mutación jurídica del artículo 162 Código Penal. 4. Bibliografia.

1. El artículo 162 del código penal (último precepto de este Título V) establece que la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Se trata de un artículo de cierre en el ámbito de la manipulación genética que tipifica la responsabilidad accesoria de las personas jurídicas en base al extinto régimen ubicado en el artículo 129 del código penal.

Este precepto no ha sufrido modificación alguna desde su instauración en el año 1995, ni tan siquiera ha sido objeto de reforma mediante la LO 5/2010, norma que introduce en el orden penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tampoco ha vairado con la reciente LO 1/2015 de Reforma del Código Penal.

Este tipo de responsabilidad penal ha sufrido un profundo cambio a lo largo de los años en el derecho penal español, y sin embargo el artículo 162 del código penal ha quedado impasible, inmutado y hasta desfasado de este nuevo modelo de responsabilidad penal.

Para un sector de la doctrina la responsabilidad de la persona jurídica inició su andadura a través de la reforma operada por la LO 8/1983[1], que

1 Anteriormente el Proyecto Silvela del Código Penal (1884) afirmaba "*por una parte que la responsabilidad criminal es individual y [disponía], por otra, la posibilidad de imponer las medidas de suspensión y disolución de las sociedades"*, criterio que fue precisado en el Código penal de 1928 al establecer como medidas de seguridad la disolución, suspensión o supresión de las entidades o personas jurídicas. Así lo recuerda S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2011, 196. Concretamente se disponía en el artículo 25 del Proyecto

incluyó[2] en el artículo 15 bis del viejo código la responsabilidad personal del directivo, órgano de la persona jurídica o representante (legal o voluntario, se decía) por los hechos cometidos por las entidades aún cuando no concurrieran en aquel las condiciones necesarias para la aplicación del delito de que se tratara. Se trataba de responsabilizar al sujeto que actuaba en nombre de otro y para ello se debía tender un puente de legalidad que autorizara esa clase de autoría.

Como se afirmaba en la exposición de motivos de la citada ley *la rigurosa interpretación de la autoría dificultaba la imputación de responsabilidad al que se presume verdadero autor dada las condiciones y cualidades que éste debe tener*. Dicho de otro modo, y por lo que aquí interesa, se negaba a la persona jurídica las cualidades necesarias para ser considerada autora de hechos criminales. Así lo afirmaba sin tapujos el Tribunal Constitucional (Sentencias 150/89 y 253/93) y el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Segunda, de 30 de junio de 2010).

En el año 1995, con la instauración del vigente Código Penal, se producen dos cambios importantes. Por un lado, se modifica la cualidad del autor persona física dentro de la entidad jurídica descrita en el anterior artículo 15 bis –se ubica en el artículo 31- pasando de directivo u órgano a administrador de hecho o de Derecho, y de otro, en el artículo 129 se incluye un haz de consecuencias accesorias que podían imponerse directamente a la persona jurídica con el fin de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, y que iban desde la clausura definitiva o temporal de la empresa hasta la disolución de la sociedad, pasando por medidas de intervención, etc. A este régimen jurídico, completamente derogado en la actualidad, pertenece el artículo 162 del Código penal que nos ocupa.

---

que "*Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda*", aunque como señala MORILLAS CUEVAS esta especie de responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una excepción ya que el propio artículo *se inicia con la rotunda afirmación de que "la responsabilidad por los delitos o faltas es individual*" (L. MORILLAS CUEVA, *en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 29, 2011, 3.

2 Tal y como había sugerido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que fue introducida ya en el Proyecto de 1980, convirtiéndose en el artículo 15 bis de la LO 8/1983.

Más adelante, concretamente en el año 2003, y a través LO 15/2003 de 25 de noviembre, se incorpora al Código un segundo apartado en el artículo 31 que modifica ampliamente el escenario y augura en cierto modo la situación creada con la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2.010. En aquel apartado segundo se implantaba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica cuando el autor persona física, en cuyo nombre y por su cuenta actuaba, fuera condenado, en los supuestos establecidos, a pena de multa. Dicho de otro modo, cuando el delito fuera cometido a través de una persona jurídica (o «por ella misma» pero a través de las personas físicas que la dirigen) y la pena a aplicar por ese delito fuera la de multa, la persona jurídica respondería solidariamente respecto de esa pena. En el ámbito de la manipulación genética, dicha previsión solo podía ser aplicada –por contener pena de multa- en la modalidad imprudente del delito de manipulación genética del artículo 159.2 del código penal.

En aquel contexto legal, vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, la persona jurídica podía por tanto sufrir consecuencias accesorias (vía artículo 129 del Código Penal) y/o ser responsable directo y solidario del pago de la pena de multa impuesta al autor del delito (vía 31.2 del Código Penal, y solo aplicable en este ámbito para el delito previsto en el artículo 159.2 del código penal), pero en caso alguno podía ser sujeto responsable de una conducta penal. Como señala ADÁN NIETO[3], *pese a que la intención del legislador fue probablemente establecer una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, el artículo 31 puede interpretarse como un supuesto de responsabilidad civil de la sociedad por la sanción impuesta al administrador, semejante a la que ha existido tradicionalmente en el ordenamiento italiano*.

El régimen legal sintetizado –entiéndase referido al Art. 31.2 y al Art. 129 Código Penal- y que es al que se remite el artículo 162 del Código penal (en lo relativo a la manipulación genética) quedó derogado por completo con la LO 5/2010, al instaurar un sistema autónomo de responsabilidad penal de la persona jurídica, articulado a través del extenso y nuevo articulo 31 bis del Código Penal. Concretamente, se ha derogado expresamente el artículo 31.2 y se ha modificado, hasta perder su naturaleza original, la redacción del artículo 129 que pasa a regular las medidas aplicables a aquellas entidades que, por carecer de personalidad jurídica, no pueden incardinarse en el actual artículo 31 bis.

3 A. Nieto, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados*, en *Revista Penal*, n. 17, Wolters Kluwer España, S.A., 2006, 227.

Solo la reforma realizada en el año 2010 constituye la completa derogación, o supuesta superación, de la vieja locución societas delinquere non potest, concepto éste de profunda complejidad jurídica –si se analiza desde perspectivas de teoría general- y que, incluso, desde recientes pronunciamientos de la Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal nada permitía entender su superación real desde el plano teórico[4].

En este nuevo contexto, resulta obvio que el artículo 162 del Código Penal ha quedado sin trascendencia práctica alguna, ya que sigue remitiendo su contenido al artículo 129 del código penal, cuando en la actualidad, este precepto solo regula aquellos casos en los que la conducta delictiva se ha llevado a cabo por corporaciones que carecen de personalidad jurídica. Es decir, en el ámbito de la manipulación genética, y a pesar de que el legislador ha querido hacer responsables a las personas jurídicas desde su instauración en el año 1995, se ha terminado por cercenar dicha posibilidad al mantener intacto un artículo que se remite a otro (artículo 129) cuyo tenor literal no solo ha mutado sino que nada tiene que ver con el estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sentido estricto y actual. El artículo 129 del código penal no regula en la actualidad la consecuencias accesorias sino la posibilidad residual de poder aplicar determinadas medidas a aquellas corporaciones que no tienen personalidad jurídica, pues en caso de tenerlas (esa es la regla general que inspira al legislador) sería de aplicación el artículo 31 bis, que exige de manera expresa e imperativa la tipificación concreta de esta responsabilidad corporativa en el delito de que se trate. Obviando esta referencia expresa (este es el olvido del legislador con el artículo 162 del código penal) no puede sino concluirse que la persona jurídica no podrá ser responsable en el ámbito de la manipulación genética, y ello por mucho que la mens legislatoris (contenida en la versión histórica y a la vez vigente

4 Véase en este sentido la STS número 862/2009, de 23 de julio, que expresa que «*Si bien es cierto que existe una corriente doctrinal minoritaria proclive a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas,*[…] *ello no quiere decir que se haya derogado en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest. Pues no parece plausible hablar de una conducta humana atribuible a la propia persona jurídica; ni tampoco realizar un reproche ético social, con base en el principio de culpabilidad, a un ente que no es una persona física; ni resulta muy factible imponerle a una persona jurídica cierta clase de penas ni que cargue con el lastre de cumplir otras por actos que personalmente no ha realizado, sin olvidar las consecuencias indirectas que conlleva la imposición de una pena a sujetos integrantes de una sociedad que no han tomado parte en el comportamiento delictivo*».

del mencionado artículo) confirme lo contrario. Paradoja legal que solo puede solucionarse con una aplicación exhaustiva de la norma.

En términos de coherencia legislativa, que no de compresión de la nueva norma, la redacción del artículo que comentamos ha debido ser adaptado a los nuevos criterios de responsabilidad y no dejarlo aislado conforme al ya extinto principio societas delinquere non potest.

Es de señalar, además, que la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica solo puede atribuirse -dentro de los modelos establecidos en el artículo 31 bis- en aquellos delitos para los que expresamente se haya contemplado esta posibilidad. Por tanto, en ningún caso, y como ya hemos señalado, esta modificación puede resultar aplicable a los delitos contemplados en el Título V del Código Penal.

Aún con todo, y alejados de posicionamientos que han sucumbido a la crítica por seguir un estricto positivismo acrítico, el marco legal que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas no puede ser acogido de manera favorable desde un punto de vista dogmático y práctico; desmerecimiento que se debe no solo a la propia instauración de un modelo de responsabilidad altamente discutido y discutible sino por la propia redacción llevada a cabo por el legislador.

2. *Aspectos dogmáticos relevantes en la responsabilidad Penal corporativa*

2.1. La primera cuestión que debe ser analizada es si la persona jurídica, simplemente por una decisión legislativa, puede ser responsable penalmente por las conductas realizadas por personas físicas (aquellas enumeradas en el Art. 31 bis del Código Penal).

Desde cualquier planteamiento de la antijuricidad, formal o material, resulta imposible que la persona jurídica adquiera capacidad de acción. Sería por tanto inasumible que pueda reprocharse, en sentido propio, la antijuridicidad de un hecho cuya realización es imposible .

Los términos del artículo 31 bis permiten concluir –de manera contradictoria- ésta incapacidad de acción de las corporaciones. El legislador, aún siendo consciente de que la persona jurídica no responde más que por los delitos cometidos por las personas que se enumeran en el artículo 31 bis, subraya que estamos ante una responsabilidad por hecho propio, extremo éste que no deja de ser una mera etiqueta lingüística para impedir la inconstitucionalidad del precepto. Obsérvese el Preàmbulo de la LO 1/2015 de Reforma del Código Penal cuando dice que «*se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas ju-*

rídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, [poniendo con ello fin] a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial» (SIC).

El sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica –de doble vía – se circunscribe a los supuestos delitos que se cometan, por un lado, en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho (entendido éste en sentido directo, como beneficio, o indirecto, como ahorro de costes), por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho (la llamada responsabilidad del hecho personal por representación o tesis del reflejo, a semejanza del Artículo 121.2 del Código Penal francés), y, por otro, por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (representantes legales y administradores de hecho o de derecho), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (artículo 31 bis, n.º 1). En este último caso, añade el precepto, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Esta responsabilidad se genera al constatarse la comisión de dichos delitos por quien ostente los cargos o funciones aludidas, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (artículo 31 bis, n.º 2). Esta posibilidad motivará una auténtica fuga del derecho penal respecto de la personas físicas, y ello aunque estemos en una época en la que el sentido legislativo –por completo discutible- sea diametralmente el opuesto (la llamada expansión hacia el derecho penal).

En los diversos conceptos de acción poco parece encajar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien, y partiendo de la supuesta posición de garante de los administradores que parece establecerse en el artículo 31 bis, (apartado segundo) puede deducirse un concepto negativo de acción[5]. Como señala LUZÓN PEÑA[6], esta concepción negativa de acción entiende no solo la omisión sino también la comisión como evitación de un resultado pudiendo hacerlo[7]. Sin embargo, y como afirma el citado autor

5 Concepto propuesto por la doctrina alemana por Herzberg y Behrendt.

6 L. PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2012,135.

7 En el mismo sentido POLAINO NAVARRETE señala que la concepción negativa de acción define la conducta humana como la no evitación de un resultado existiendo posibilidad de haberlo evitado

este concepto debe ser rechazado al ser totalmente normativo, es decir, que esta pensando solo en delitos (centrándose además casi exclusivamente en delitos de resultado), y en su significado de delitos de comisión o de omisión respecto de la producción de un resultado típico, y no en la simple conducta como tal, con independencia de sus ulteriores características relativas a la producción de resultados típicos. Dicho de otra manera, se acude a un concepto de significado normativo, el de evitabilidad o inevitabilidad del resultado, para resolver ya en la acción cuestiones que realmente son de antijuridicidad o ausencia de la misma (caso fortuito por inevitabilidad general), o de culpabilidad o inculpabilidad (incapacidad individual de previsión o de evitación).

La persona jurídica no tiene capacidad de acción, dado que ésta solo es predicable de la persona física, en tanto sujeto único con capacidad de razonar y elegir un determinado comportamiento (activo u omisivo de tipo doloso) y/o advertir peligros (en la imprudencia). En última instancia, la persona jurídica no es sino un patrimonio organizado en torno a una actividad, dirigida y administrada por personas físicas, siendo imposible aislar e independizar la titularidad de la conducta (que recae jurídicamente sobre la persona jurídica) del autor real y material de esta (que exclusivamente recae sobre personas físicas). En definitiva, la persona jurídica no puede ser considerada más que un instrumento –de corte jurídico- en el iter criminis de los autores.

Solo desde perspectivas funcionalistas de difícil aceptación puede atribuirse responsabilidad penal a la persona jurídica, en la medida en que esta corriente sociológica (abstraída de la fenomenología jurídica) aboga por aplicar la consecuencia de la pena a cualquier sujeto o ente con implicaciones en el delito (bastando una implicación instrumental). Aceptar tal concepción conduce a un derecho penal simbólico que desnaturaliza esta disciplina como instrumento último del Estado para responder a los ataques más graves hacia los bienes jurídicos relevantes.

Hemos de señalar que la persona jurídica solo puede ser responsable de los delitos expresamente previstos en el Código Penal. Por tanto, no cabrá inferir responsabilidad penal alguna sino solo de aquellos delitos en los que exista una previsión expresa para la persona jurídica (sucede lo mismo que con los delitos imprudentes en el artículo 12 del Código Penal, el perdón del ofendido en el artículo 130.5 del Código Penal, etc.).

En consecuencia, se establece un número cerrado de figuras delictivas en las que, solo y con carácter exclusivo, se podrá declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es aquí precisamente donde se produce el escollo aplicativo del artículo 162 del código penal. La actual configuración

del ámbito de responsabilidad penal corporativa impide imputar delitos a la persona jurídica si, con carácter previo y expreso, no se ha previsto esta posibilidad en el delito en cuestión. No son por tanto válidas las anteriores configuraciones indirectas o accesorias de responsabilidad de la persona jurídica, y si algún precepto del código penal ha quedado inalterado tras la reforma de la LO 5/2010, es el caso del artículo 162 del código penal, debe entenderse derogado en aplicación coherente y sistemática del principio de legalidad penal.

2.2. Por otra parte, yún cuando la culpabilidad es un segmento del Derecho Penal cuyo alcance será cuestionado siempre por la doctrina, no puede negarse que, desde el propio concepto de antijuricidad, el hecho culpable debe ser realizado por una persona física, en tanto tiene capacidad de acción, es decir, tiene capacidad de modificar el mundo –dolosa o imprudentemente- mediante un hecho/omisión individual y analizable en términos valorativos y prácticos. Y esto con independencia de las divergencias que surjan a la hora de decidir cómo se entiende la culpabilidad. Dicho de otro modo, culpable solo puede ser el autor natural (no artificial o ficticio) del hecho típicamente antijurídico.

Con la aparición de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la culpabilidad se torna claramente en un análisis metafísico, esto es, la culpabilidad se ciñe a una afirmación que escaparía por completo a toda posibilidad de experimentación sensible por el ser humano, de tal forma que la culpabilidad en la persona jurídica está llamada a estructurarse en estantes predefinidos y cuya acreditación real escaparía a cualquier esfuerzo probatorio. Una culpabilidad así conduce de manera inexorable hacia una responsabilidad penal objetiva, y resulta abiertamente contraria al marco constitucional.

Tal es así que, como señala VELASCO NUÑEZ[8], *dado que sin voluntad no hay culpabilidad, la acción realizada en nombre de la persona jurídica, en principio, tampoco puede ser susceptible de reproche social, ni realmente le puede ser imputable, pues se trata de un mero patrimonio para un fin mercantil*.

Dentro de la reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos destacar el hecho de que no existen conductas dolosas, y ello por mucho que el delito de referencia (aquel que puede ser atribuido a la corporación) esté concebido para esta modalidad de culpabilidad. Esta relevante

8 E. VELASCO NUÑEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*, en *Diario La Ley*, n. 7883, 2012, 2.

circunstancia no solo modifica el elemento subjetivo del delito sino que pone de manifiesto que la vinculación de la persona jurídica con el delito, más allá de su discutible capacidad de acción (ausencia de hecho propio) y de su culpabilidad directa, persigue la aplicación mecánica y estricta de la pena por el mero hecho de que las personas físicas enumeradas en el artículo 31 bis han infringido la norma penal.

Solo se establecen conductas valorables desde una concepción imprudente de la culpabilidad, consiguiendo desnaturalizar por completo la estructura general del delito, ya que, con clara infracción del artículo 12 del Código Penal, a la persona jurídica se le pueden atribuir conductas que no contienen ninguna modalidad típica basada en la imprudencia. También, y como se ha dicho más arriba, se instaura una ilimitada posición de garante, autorizando con ello a imputar en masa una serie de conductas activas que fuerzan, y por tanto desnaturalizan, el propio y preciso concepto dogmático y legislativo de omisión. En España, se ha optado por establecer un estatuto general de responsabilidad de la persona jurídica, con abstracción del elemento subjetivo concreto establecido en el delito a imputar. Así, mientras que la persona física debe traspasar dos límites valorativos -el elemento objetivo (conducta propia y resultado) y el subjetivo del tipo- nos encontramos con que a la persona jurídica (además de no actuar en sentido propio, eliminando con ello el elemento objetivo de la conducta) se le ha suprimido completamente el elemento subjetivo para la atribución de culpabilidad. Así las cosas, la persona jurídica solo responde por la causación del elemento objetivo del resultado del delito –que además ha realizado una persona física-.

Con tales antecedentes, no cabe la menor duda de que el legislador, siguiendo criterios de política criminal, ha tenido a bien instaurar un sistema de responsabilidad en el que la pena –que en la mayoría de las veces será de multa- se convierte en un instrumento de retribución económica por la comisión delictiva. Dicho de otra manera, se cambia radicalmente el concepto de retribución de la pena, concretándose éste, a diferencia del tradicional, en el provecho económico que el Estado, y no solo la persona jurídica, podrá percibir por los delitos cometidos en la empresa .

El debate en torno a la culpabilidad de las personas jurídicas ha partido de tres ideas básicas. De un lado, la propuesta por SCHÜNEMANN[9] que, aún

9 SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

admitiendo la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, sostiene que el fundamento del reproche se halla en un estado de necesidad del bien jurídico[10]; De otro, la propuesta por TIEDEMANN[11] que elabora toda una teoría de culpabilidad sobre la base del defecto de organización. Y una tercera fundamentación de la culpabilidad en general –y que ha querido extrapolarse, en algún caso, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas- se sustenta en criterios funcionalistas elaborados desde la perspectiva de la prevención de la pena. Casi todas las teorías existentes son meras derivadas de las dos primeras formulaciones señaladas (así, HIRSCH, KORTE, EIDAM, etc.).

En el ámbito de este funcionalismo, nos encontramos, a su vez, con dos teorías sobre la culpabilidad: De un lado, la propiciada por ROXIN[12], que desde perspectivas de prevención especial y bajo un funcionalismo moderado[13], parte de la necesaria existencia de un sujeto persona física (único capaz de resocialización), por lo que, en modo alguno, satisface la culpabilidad colectiva y, de otro, la sostenida por JAKOBS que, fundamentando la culpabilidad en la función preventiva general y conforme a un funcionalismo radical[14], admitiría, partiendo de una metateoría sobre los sistemas de Luhmann, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Son diversas las categorías empleadas por la doctrina para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica (conciencia especial de la persona jurídica, espíritu normativo, conducción de la actividad empresarial, etc.) siendo la teoría del defecto de organización (debida a Tiedemann) la más seguida. La base de esta teoría se encuentra en una concepción amplia de la culpabilidad tendente a renunciar a cualquier reproche ético personal centrándose en una dimensión estrictamente socio-jurídica[15] (Responsabilidad social, en palabras del propio TIEDEMANN[16]).

---

10 Entiendo que resulta inadmisible un modelo de responsabilidad de la persona jurídica basado en lo que algunos han denominado "la defensa a ultranza del bien jurídico", porque una posición tan defensista quiebra la idea de última ratio del derecho penal. En la medida que la persona jurídica no es capaz de asumir la función preventiva especial de la pena, las penas establecidas en el código no son más que un catálogo de sanciones que bien pudieran haberse establecido en el ámbito administrativo

11 TIEDEMANN, *Die «Bebußung»* von *Unternehmen* nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität

12 Roxín, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1972.

13 Influido por el funcionalismo de PARSONS

14 Influido por el funcionalismo de LUHMANN

15 J. GÓMEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, en *Civitas*, 2012,163.

16 TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, 1993, 233.

Sin embargo, es inviable concebir una concepción de la culpabilidad sin ni siquiera hacer referencia a la acción y ninguna de estas teorías funda la posible culpabilidad de la persona jurídica en un hecho real propio (en sentido real y no figurado). Tampoco se mencionan ni el dolo ni la imprudencia, ya sean consideradas éstas como formas de culpabilidad o como elementos subjetivos de la tipicidad. Lo que sí establecen prácticamente todas estas teorías, como factor común, es la idea de posición de garante de la persona jurídica, y si bien podemos compartir parcialmente esta posición (cuando, según el caso concreto, queda referida a los miembros de un órgano colegiado o de una persona física dependiente), en modo alguno es sostenible cuando se refiere a un ente sin capacidad autónoma de decisión y, por tanto, incapaz de hacer o evitar. En definitiva, ante la improbada posibilidad de acción en la corporación (dada la imposibilidad de evitación de la misma) y su ausente culpabilidad resulta imposible que se de, en su definición neoclásica[17], cualquier forma de aparición delictiva atribuible a una persona jurídica.

Absolutamente nada queda al margen de las personas físicas, y solo su capacitación profesional, el fondo económico de que dispongan, etc., serán las que decidan el devenir de las personas jurídicas en su relación con el mundo y, concretamente, con el Derecho. Por tanto, esta personas físicas, y no el ente, son quienes llegan al abuso de la personalidad jurídica, concepto creado precisamente para definir el uso fraudulento de la corporación por los individuos que la dirigen. Como indican JÜRGEN LOUIS y MARTIN PAUL WASSMER[18] *la opinión tradicional discute la capacidad de culpabilidad de la asociación, porque la culpabilidad debería determinarse en términos ético-sociales; sólo el hombre podría, a partir de una autodeterminación libre y responsable, decidirse contra el derecho, sólo contra el hombre podría formularse el reproche de la falta ética*. Otra cosa es que se admita –y parece poco compatible constitucionalmente- una responsabilidad penal por hecho ajeno, fundamentada tan solo en reproche y en reafirmación de la norma infringida.

17 Como señala COBO DEL ROSAL, en la actualidad se habla de especiales formas de aparición del delito en un sentido totalmente disintió del adoptado por la sistemática neoclásica en la que la antijuridicidad y lo injusto eran básicamente idénticas para todas las clases de delitos. COBO DEL ROSAL, *Instituciones de Derecho Penal Español*, Madrid, 2004, 217. Actualmente, y aunque no resulta pacífico en la doctrina, dentro de las especiales formas de aparición del delito se analiza el iter criminis, la autoría, participación y el concurso.

18 JÜRGEN, M. P. WASSMER, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Sistemas Penales comparados*, en *Revista Penal*, n. 17, Wolters Kluwer España, S.A., 2006, 205.

En definitiva, el modelo de responsabilidad establecido en el Art. 31 bis sostiene una responsabilidad por transferencia en modo alguno basada en un hecho propio de la persona jurídica. Tal modelo instaura una responsabilidad objetiva corporativa en la medida que queda predeterminada en el Código Penal de manera estática y desconectada absolutamente del hecho delictivo y de la culpabilidad, que solo son predicables de las personas físicas determinadas en el citado precepto.

2.3. El legislador penal del año 2010 tampoco ha definido una teoría sobre la autoría de la persona jurídica, haciéndola responsable sin ser, en sentido estricto, autor o partícipe. Esta conclusión puede extraerse del propio artículo 31 bis cuando establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos «por», es decir, se acepta que la corporación no ha realizado conducta delictiva alguna. La desafortunada redacción de este precepto no es sino una inaceptable mezcla de puras referencias a conceptos comunes que después no se compadecen, en absoluto, con el articulado correspondiente del Código Penal referido a la persona física.

La persona jurídica solo es un ente creado y diseñado para un fin. Un fin que, además, debe ser posible, lícito y determinado. Es decir, que se pretende extender la eficacia de los actos de un ente, que está diseñado para unos fines y dirigido por personas físicas, a supuestos no solo no amparados dentro de su objeto lícito sino que pueden incluso ser calificados de delictivos. Una cosa es que a una corporación se le exija responsabilidad en el ámbito económico (si ese es uno de sus fines) por sus actos «económicos» incorrectos, y otra muy distinta es que pretenda incluirse como sujeto para poderle atribuir penalmente las conductas que han realizado las personas físicas que la dirigen o gobiernan o administran para defraudar, etc. Dicho con otras palabras, los actos son formalmente de las personas jurídicas, pero las decisiones reflexivas que dan como resultado esos actos no. La persona jurídica carece por tanto de sustantividad material y necesita de una persona física que «obre o actúe» por ella (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 11 de mayo de 2013), siendo el «derecho de voto» de estas personas físicas el único instrumento jurídico de formación de voluntad corporativa. Cómo se emplee este derecho a votar solo puede afectar penalmente a su titular (accionista, consejero, partícipe, etc.) pero nunca a la entidad jurídica gestionada (instrumento inerte).

A lo máximo que se puede llegar es a la aplicación de consecuencias jurídicas para evitar los beneficios –no buscados precisamente por la persona jurídica- que la conducta delictiva le haya podido procurar, incluso

llegando a la disolución si se entiende que la persona jurídica no ha sido constituida para obtener fines lícitos, pero nada más.

No son en absoluto satisfactorias las tesis sociológicas esgrimidas por quienes defienden la responsabilidad corporativa (apoyadas en autores como Habermas o Luhmann), y que basan la responsabilidad penal de la personas jurídicas en la interacción (capacidad comunicativa) que los actos corporativos producen en el mundo jurídico merced a la eficacia que tales actos les reconoce el Derecho. Aunque consideremos que la existencia de acción comunicativa válida entre sujetos implica una interacción entre éstos que permite producir efectos jurídicos en el mundo, debemos concluir que la selección de sujetos es, en todo caso, natural y no artificial o selectiva. Cuando cierto sector de la doctrina aboga por esta capacidad comunicativa para entender que las personas jurídicas son sujetos con capacidad de responsabilidad penal en realidad está seleccionando o corrompiendo la teoría para hacer un claro supuesto de la cuestión, y ello, porque, siendo estrictos y no selectivos, los menores también tienen capacidad comunicativa y no por eso se les atribuye capacidad jurídica plena. Es más, no la tienen no porque carezcan de capacidad comunicativa sino porque el legislador -atendiendo a puros elementos de incapacidad intelectiva y volitiva de estos sujetos para comprender y ordenar su voluntad- considera que son inimputables. Por eso no los somete a una reprobación personal e individual por sus actos.

Entendemos que, en sede penal, la capacidad comunicativa se debe relacionar con las bases que definen la imputabilidad. Siguiendo el anterior ejemplo, el menor tiene capacidad comunicativa pero no penal comunicativa, porque es incapaz de entender la trascendencia de su conducta y de la infracción en que consiste esta conducta sobre el bien jurídico que pretende proteger la norma (ausencia de capacidad para motivarse con la norma). No obstante, esa inimputabilidad (imaginemos que un menor de 9 años ha causado la muerte de un sujeto) no supone, en modo alguno, que el Derecho, que no solo es Derecho Penal, quede impasible ante tal hecho.

En el ámbito de la persona jurídica se pretende atribuir en términos de reprobación penal la conducta exteriorizada por una corporación, olvidando que quien dirige y controla la misma no es sino una persona física, única a la que, en todo caso, podrá someterse a un reproche personal en el ámbito penal.

3. La situación que se genera por el incomprensible olvido del art. 162 del Còdigo Penal es evidente: En la medida que el sí modificado artículo 129 solo resulta de aplicación residual para los supuestos de organizaciones

y grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidos en el estatuto de la responsabilidad penal de la persona jurídica del artículo 31 bis, será imposible, a la luz de los principios básicos del Derecho penal y de la obsoleta redacción vigente del artículo 162 CP, la aplicación de consecuencia alguna a la propia organización a la que pertenezca el autor. Por tanto, el artículo ha quedado vacío de contenido.

Dicha situación, de enorme relevancia práctica, no varía con la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, demostrando el desprecio que el legislador tiene por la coherencia sistemática y estructural que todo cuerpo normativo debe tener. En realidad, las numerosas reformas realizadas en el código penal desde su instauración en el año 1995 –de diferente corte ideológico y jurídico- han quebrado el espíritu legislativo que motivó su aprobación, iniciándose, con tanta reforma de parche, un claro síntoma de vejez prematura, que abocará sin duda a una inseguridad jurídica inevitable, solo paliada con la temible interpretación judicial ad hoc. Tal situación solo podrá corregirse con una refundición del texto penal que vuelva a coordinar (pues actualmente se encuentran desconectados) los principios esenciales que contiene con las diversas modalidades delictivas que tipifica. El mejor ejemplo de ello es, sin duda alguna, el artículo 162, que pretendiendo depurar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito de los delitos contra la manipulación genética no encuentra sin embargo acomodo en el actual marco legal de este tipo de responsabilidad criminal.

Es más, la propia redacción penológica del artículo 162 del código penal, aun cuando se quisiera forzar su interpretación, excluiría actualmente su posible aplicación práctica, pues remite de manera genérica al catálogo de sanciones previstas en el artículo 129 (« […] *la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código* […]»). Dicha remisión, que solo fue admisible cuando dicho artículo establecía consecuencias accesorias, resulta hoy en día contraria al principio de legalidad, en tanto esas medidas indirectas o accesorias son en la actualidad penas en sentido estricto. (Art. 33.7 Código Penal).

Dicho precepto, para quedar ajustado al artículo 31 bis, y siempre que el legislador pretenda continuar con la responsabilidad penal de la persona jurídica, y con la extensión de la pena que entienda proporcional, debería redactarse de la siguiente manera: «*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este título, se le impondrán las siguientes penas*[….]».

Mientras el artículo 162 del código penal no quede redactado así, de los delitos relativos a la manipulación genética solo responderán las personas físicas o naturales.

4.

ADAN NIETO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal*, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

BENITEZ ORTUZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edersa, Madrid, 1997.

M. COBO DEL ROSAL, *Instituciones de Derecho Penal Español*, Editorial Cesej, Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÒN, *Derecho penal. Parte general.*

DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo código penal español,* 1995.

GARCÌA GONZÀLEZ, *Límites penales a los* últimos *avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano,* Edersa, Madrid, 2001. GÒMEZ JARA, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas*, Thomson Reuters. 2012.

GONZÀLEZ CUSSAC, *Manipulación genética*, en VV.AA, Derecho Penal, Parte especial.

GRACIA MARTÌN, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en comentarios al Código Penal, parte especial.

HIGUERA GUIMERÀ. *El Derecho penal* y la genética.

JURGEN, MARTIN PAUL WASSMER, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados*, Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

LACADENA CALERO, *Delitos relativos a la manipulación genética* en el nuevo Código penal español: Un comentario genético. Revista Derecho y Genoma Humano, 1996.

LUZÒN PENA, en *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Valencia, 2012.

MACÌA GÒMEZ, ROIG ALTOZANO, *Nuevo Código penal de 1195*, Cedecs, Barcelona, 1996.

F. MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, Revista Derecho y Genoma Humano, núm. 1, 1994, 93-135.

S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª Edición, Barcelona, 2011.

MORILLAS CUEVA, BENÌTEZ ORTUZAR, *Límites penales a la experimentación humana, en El Derecho ante el Proyecto de genoma humano*, Vol. III, Madrid, 1994.

MORILLAS CUEVA, CASTELLÒ NICÀS, *Comentario al artículo 159 del Código Penal, en Comentario al Código Penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, Tomo V, Madrid, 2002.

MORILLAS CUEVA, *Manipulación genética. Límites jurídico-penales y frontera penal. La respuesta al código penal español*, en Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos, Madrid, 2002.

MORILLAS CUEVA, *Clonación y Derecho Penal*, en Societas & Lex, 2002.

MORILLAS CUEVA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en curso de Derecho Penal español, Parte especial, obra dirigida por Cobo del Rosal, Dykinson. 2005.

L. MORILLAS CUEVA, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anales de Derecho (Universidad de Murcia), Núm. 29, 2011.

MORA ALARCÒN, *Suma de Derecho penal. Parte especial*, Edisofer, Madrid, 1996.

MUNOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 1996.

J. PÉREZ ARIAZ, *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2014.

PERIS RIERA, GARCÌA GONZÀLEZ, *Delitos relativos a la manipulación genética. Artículos 159, 160, 161 y 162*, en COBO DEL ROSAL, M Comentarios al Código Penal, Tomo V, Edersa, Madrid, 2001.

J. PERIS RIERA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en Sistema de Derecho Penal Español, Parte especial (Coor. Morillas Cueva), Madrid, 2011.

J. PERIS RIERA, *Delitos relativos a la manipulación genética* en ROMEO CASABONA, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo. I, 1057-1071, editorial Comares, Granada, 2011.

J. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética* en España, Civitas, Madrid, 1995.

J. PERIS RIERA, *Orden biológico versus orden jurídico*, Madrid, 1997. 128.

M. POLAINO NAVARRETE, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009, Grijley. Perú

L. PORRAS DEL CORRA, *Biotecnología, Derecho y Derechos humanos*.

QUERALT JIMÈNEZ, *Derecho Penal. Parte especial*.

RODRIGUEZ RAMOS, *Un buen código para reformar*, Le Ley, 1996.

ROMERO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

ROMERO CASABONA, *Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código penal español de 1995*, Editorial Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001.

ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, editorial Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2006.

ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Ed., 1972.

SÀNCHEZ JUC-JUNCO MANS, *Delitos relativos a la manipulación genética*, en código penal de 1995, comentarios y jurisprudencia.

SÀNCHEZ MORELO, SOLER MATUTES, *Consideraciones sobre el delito de manipulación genética*.

SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, 1993.

VALLE MUNIZ, TAMARIT SUMALLA, *Delitos relativos a la manipulación genética* en Quintero Olivares-Morales Prats, comentarios al nuevo código Penal, Aranzadi, 2004.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996.

E. VELASCO NUNEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012.

ASPETTATIVE DI NASCITA E AUTONOMIA DELLE DONNE
LE CRITICITÀ DELLA PRATICA ABORTIVA IN ITALIA

Salvatore Prisco

ABORTO E AUTODETERMINAZIONE DELLA DONNA: PROFILI PROBLEMATICI

Sommario: 1. Bioetica e diritti fondamentali: un panorama di problemi discussi e una premessa teorico-generale sul rapporto tra «natura», tecnologia, desiderio e diritto. 2. La bioetica come narrazione e i suoi rapporti con il biodiritto. 3. L'aborto tra leggi, dottrina e giurisprudenze costituzionali: pienezza di «cittadinanza femminile» *versus* tutela del nascituro e delle generazioni future. Uno sguardo di sintesi su alcune «scelte tragiche» in ambito bioetico. 4. Dall'assunta piena «cittadinanza» femminile (anche) come autodeterminazione alla tutela del nascituro quale suo limite interno: a) I dati di diritto positivo sulla tutela dell'embrione, la questione degli embrioni sovrannumerarî nell'ambito di un trattamento di fecondazione assistita e quella della loro possibile donazione a scopi di ricerca. 5. (*segue*) b) Le conseguenze dell'impianto personalistico della Costituzione italiana nella riconduzione a sistema della disciplina italiana sull'aborto. 6. La ripresa delle discussioni sulla disciplina dell'aborto in conseguenza di un conflitto fra diritti: l' autodeterminazione femminile, l'«esplosione» delle obiezioni di coscienza del personale sanitario, i rimedî ai possibili abusi e una proposta *de jure condendo*. Quando obiettano le aziende e le organizzazioni di ispirazione religiosa: cenni al più recente dibattito statunitense sul tema. 7. Note conclusive: la bioetica come «luogo» di narrazioni e il ruolo del diritto. 8. Nota bibliografica.

1. Diritti fondamentali e divisione dei poteri costituiscono com'è noto il DNA, il «canone occidentale» del costituzionalismo moderno, da fine Settecento in poi, nella nostra parte del mondo (per riprendere il titolo di un noto saggio di Harold Bloom, che ne esplora – in verità con gusto raffinato, ma molto personale, che lo porta ad inclusioni ed esclusioni presumibilmente non condivisibili da tutti – le caratteristiche applicate alla letteratura).

È superfluo spendere parole su questo punto, come pure notare le articolazioni interne di ciascuna delle due «piste» che si dipartono dalla formula del celebre articolo 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*: i «mattoni» di base del costituzionalismo euro-statunitense sono pochi, ma ne variano molto le possibili combinazioni.

Intorno ai modelli differenziati della divisione dei poteri non si discuterà qui, salvo un accenno – implicato dal tema trattato – nel corso del testo.

Dell'universo dei diritti fondamentali è invece necessario occuparsi più ampiamente, con la del resto ovvia avvertenza che esso è venuto, nel corso

del tempo, a farsi notoriamente sempre più complesso, dopo la rivoluzione copernicana del tardo XVIII secolo, che intese svincolarli da appartenenze «comunitaristiche»: innanzitutto i diritti della tradizione liberale, poi quelli detti «sociali» e «politici», infine i «nuovi diritti».

Giacché questi ultimi sono in molti casi l'effetto delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche, nessuna meraviglia che la discussione bioetica ne sia investita in pieno.

Attorno all'evento «nascita», in particolare, nonché alle problematiche genitoriali che vi si collegano, varie questioni agitano i giuristi.

Così, ad esempio, da una precedente situazione di generalizzata proibizione, assistita da sanzione penale, si è passati nella maggior parte degli ordinamenti sviluppati all'affermazione di una liceità giuridica dell'aborto, sia pure sottoposto al verificarsi di presupposti legittimanti più o meno severi, la cui integrazione è diversamente richiesta, a seconda delle legislazioni positive (che l'accedervi sia un diritto soggettivo sostanzialmente pieno, almeno in una prima fase della gravidanza, è invece discusso e resta posizione minoritaria, anche in contesti culturali eticamente pluralistici e «aperti»).

Sempre con riferimento all'aborto, mentre i più riconducono il comportamento di medici e paramedici che obiettano all'intervento di interruzione della gravidanza all'inviolabile libertà di coscienza, in più occasioni e ancora di recente (come si approfondirà in seguito) il Consiglio di Europa ha invitato gli Stati aderenti a limitare il ricorso ad essa, per evitare obiezioni «di facciata» e «di comodo», oltre che per non incidere in modo troppo gravoso sul diritto – in conflitto col precedente – di una donna incinta a non proseguire la gestazione, tanto ella volendo ed essendone, come si è appena rammentato, legittimata in presenza di taluni presupposti.

Si invoca inoltre il diritto alla riservatezza del parto, per scongiurare abbandoni di neonati «in culla». Si controverte – ancora – sul diritto a conoscere l'identità del genitore naturale, per quanti siano stati adottati, ponendo invece la questione ardui problemi da risolvere in relazione a quanti siano nati da fecondazione eterologa: entrambe le tematiche che questo richiamo intreccia sono state oggetto di distinte e recentissime decisioni della Corte Costituzionale italiana, che hanno innovato orientamenti restrittivi pregressi, suscitando in entrambi i casi molto clamore.

Assai vasto, del resto, è anche il dibattito anche italiano sulla legge che disciplina la procreazione medicalmente assistita (n. 40/ 2004), molto discussa quanto al problematico coordinamento della tutela dell'embrione in essa prevista con la precedente legge n. 194/ 1978, che – ricorrendo (come si ribadisce e come più ampiamente si dirà) – determinati presupposti, diversi e via via più stringenti, a seconda dello «stato di avanzamento» della

gravidanza, autorizza appunto l'aborto, sia pure nell'ottica della «riduzione del danno», benché si palesi la singolare contraddizione ordinamentale del divieto di diagnosi pre-impianto in relazione all'embrione, essendo tuttavia possibile interrompere la gravidanza anche oltre i tre mesi, se le gravi condizioni previste del feto rifluiscono sulla condizione psicologica della donna che ne sia incinta.

Una legge, quella sulla procreazione assistita, che comunque è stata significativamente «incisa» dal diritto vivente ad essa successivo, sia perché interessata da interpretazioni costituzionalmente orientate da parte dei giudici di merito, sia perché oggetto di caducazioni di molte originarie disposizioni da parte della Consulta, fino alla recentissima dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto generalizzato di fecondazione eterologa (sentenza 162/2014).

Si discute, infine – sempre restando ad un universo fenomenico meritevole di ampia osservazione, per concentrarsi quindi nel seguito solo su un suo specifico profilo – dell'adottabilità da parte di soggetti *singles* o di coppie omosessuali.

Come si può osservare dal mero elenco parziale di temi che si è appena compiuto (e si tratta di un rilievo non di poco conto, bensì decisivo), va sottolineata la nostra peculiarità nazionale circa il modo in cui da noi si affrontala regolazione del campo bioetico: si registra la netta prevalenza di interventi giurisprudenziali su quelli legislativi, venendo i primi a supplire sistematicamente la mancanza dei secondi su punti essenziali, o a correggerne l'impianto, laddove (rare) leggi vi siano.

L'impressione di molti, non priva invero di fondamento persuasivo, è comunque che la crisi delle grandi tradizioni culturali che avevano accompagnato la logica emancipatoria sottesa alla progressiva affermazione dei diritti «classici» – nei quali questi si accompagnavano comunque al «verso» della solidarietà, in un bilanciamento più o meno accorto di diritti e doveri – abbia oggi lasciato il posto ad una sorta di religione laica postmoderna (o di «narrazione», come si è intrapreso a dire, «mitica») dei diritti umani.

Questi si assumono tutti egualmente radicati nell'eguale dignità delle diverse forme di vita individuale e sociale e – in nome di tale valore (non bilanciabile com'è noto in se stesso con altri, giacché esso è semmai la bilancia medesima, per usare un'immagine metaforica coerente) – si procede a «rilanciare» di continuo sul piano dell'identificazione e conseguente tutela di nuove figure di diritti, come «portato» di una tradizione occidentale individualistico-liberale, sovente declinata in forme libertarie di perseguimento del desiderabile e potenziata negli effetti dalle applicazioni tecnologiche.

Invocando protezione stabilizzata per bisogni sociali in via di affermazione, anche attraverso un uso talora disinvolto e decontestualizzato della comparazione, si finisce cioè (si è sostenuto) col procedere – da parte di gruppi organizzati e abili a rivendicarli – a una costante e unidirezionale trasmutazione, che non conosce resistenze insuperabili, altro e al più che per il tempo necessario a conquistare consensi di opinione pubblica alla causa della volontà che mira a realizzarsi, di desiderî resi possibili dal progresso tecnologico in pretese giuridicamente rivendicabili.

Esse diventano cioè affermabili alla lunga in un dato Paese perché in altri sono appunto oggetto di riconoscimento esplicito, attraverso la via della giurisdizione, se non già per il tramite della stabilizzazione costituzionale o legislativa formale da parte di Assemblee rappresentative (come per l'Italia si è sopra notato), o in apposite Carte dichiarative: da ciò il noto fenomeno dello *shopping* transnazionale dei diritti medesimi, che sono stati icasticamente definiti «insaziabili».

Scontata l'inesigibilità dell'appello al «diritto naturale», salvo le periodiche riprese che ne sono osservabili, in quanto indebolito e sconfitto a suo tempo dal giuspositivismo (nonostante gli evidenti limiti anche di quest'ultimo), nemmeno il richiamo alla comune dignità dell'uomo, del quale si diceva, sembra essere terreno unificante per fondare in modo saldo siffatte pretese di giuridificazione, posto che, come appunto già per il diritto naturale, non c'è accordo sui contenuti minimi di tale valore.

Analogamente, non sembrano assistibili da un reale comune consenso i tentativi, pur pregevoli, che nel dibattito ora richiamato sono stati fatti alla necessità di recuperare – per individuarne un fondamento ontologico non individualistico, né autoreferenziale – la dimensione ordinamentale (anziché potestativa) del diritto, o a quella di distinguere tra diritti davvero «fondamentali» e quindi tra loro bilanciabili e mere espressioni di desiderio, perché solo i primi sarebbero «ragionevoli», o ancora all'individuazione di un'*esperienza elementare* umana minima comune.

Certo appartiene ad ogni vivente razionale la percezione del nascere, dell'amare, del soffrire, dell'invecchiare, infine dell'ammalarsi e del morire, il tutto mentre rimane in un assetto di costante relazione e confronto coi suoi simili, ma nondimeno questo sembra un terreno troppo ampio e dunque insufficiente per derivarne di per sé condivisi vincoli giuridici stringenti.

A tacer d'altro, taluno potrà vivere questa consapevolezza all'insegna dell'affermazione identitaria e «superomistica», insomma fortemente assertiva della propria individualità, talaltro ne trarrà motivo per il sacrificio di sé, altri per avvertire la pregnanza di vincoli sociali coi proprî simili.

Vi sarà chi ne ricaverà la spinta ricercare un'armonia con la natura, altri però troveranno legittimazione al tentativo di trasformarla incessantemente.

Per riprendere e adattare al campo ora in esame il sopra citato Bloom, si è cioè via via passati da un'età «teocratica» dei diritti ad una «aristocratica» e a quella «democratica», per approdare infine alla presente «età caotica».

Al momento devono registrarsi tanto la crisi della statualità, quanto la difficoltosa costruzione di istituzioni sovrastatuali rappresentative, mentre le minori entità di appartenenza umana – famiglia nucleare o allargata, associazione volontaria di interessi politici, economici od oblativi, ente territoriale minore (cioè, in definitiva e in sintesi, il consolidamento e l'espansione della dimensione della «sussidiarietà orizzontale») – corrispondono ancora ad esigenze profonde di senso e di solidarietà.

Esse avrebbero bisogno di espandersi e di trovare contraltare o sviluppo entro assetti più ampi, tuttavia appunto in crisi o in corso di problematica edificazione, sicché non si intravede invero via di uscita, che non sia quella fondata sul dialogo pluralistico tra attori disomogenei e della diffusione e radicamento di una «cultura dei diritti» che sia però, al tempo stesso, coscienza *anche dei doveri* (verso la vita in formazione e verso le generazioni future) che necessariamente si generano, in modo corrispondente ed incrementale, per effetto di questa dinamica.

2. Se questa modalità dialogica di costruire la scienza sociale (dunque anche quella giuridica, quanto all'area dell'indifferente, del lecito, dell'incentivato, del doveroso, dell'interdetto) viene coerentemente seguita e in particolare applicata alla bioetica, come si proverà a fare di seguito con riferimento all'aborto, appare chiaro che il giurista può derivarne magari non proprio una rivoluzione metodologica, ma certo una opportuna circoscrizione e un raffinamento linguistico-concettuale del suo perimetro di intervento.

La bioetica infatti, occupandosi – come attesta la radice etimologica dei termini che compongono la denominazione della disciplina – di corporeità ed eticità, non vive in realtà se non di riflessioni sui corpi e sulle etiche, al plurale, giacché la possibilità di standardizzare i casi che essa incontra e studia nella dinamica in concreto fluida della vita è oltremodo problematica.

Non solo l'approccio del giurista di *common law* risulta allora più fruttuoso, ma – di più – la «povertà» degli strumenti del giurista «classico» come tale appare evidente.

Si vuol dire meglio: il diritto ha certo una funzione imprescindibile di tutela e promozione dei mobili equilibri sociali, ma – se non vuole condannarsi all'autoreferenzialità – deve confessare e accettare in questo campo la sua natura di strumento regolativo solo suppletorio della vita

collettiva, deve cioè riconoscere quando può (e deve) intervenire e quando invece può (e deve) tacere.

Sul punto si ritornerà, con una specifica applicazione esemplificativa al tema oggetto di questo lavoro, ma può già per il momento fissarsi il punto per cui – più che chiedere regola preventiva al biodiritto – la bioetica è narrazione dell'esperienza, che dunque non è facilmente idonea a diventare normativa altro che per se stessa: qui davvero *ex facto oritur jus*.

Nella bioetica, cioè, il biodiritto è elemento recessivo, consistendo piuttosto essa di «narrazioni» di casi che tendono a cercare la regola in se stessi.

«Noi siamo una storia. L'unico modo che abbiamo per vivere con gli altri, e spesso anche con noi stessi – è stato infatti efficacemente scritto da un medico – è raccontarci».

Su questo assunto si basa anche la cosiddetta «medicina narrativa», che non è una nuova branca di tale scienza, ma una modalità di approccio del medico alla cura, una «mentalità», giacché «le *medical humanities* sono […] una dimensione da affiancare, non da contrapporre, alla dimensione più razionale e oggettiva della *Evidence Based Medicine* (EBM)».

Non sembra avere esito diverso il richiamo al diritto «gentile» di cui taluno ragiona, al proposito: non un «diritto mite», che rinvia comunque alle consuete tecniche di bilanciamento (è un diritto, insomma, che in ogni caso c'è), ma uno che abbia caratteristiche tali da accettare al limite la sua stessa desistenza regolatoria in ordine al caso, traendo la *ratio* della sua regola dall'ascolto del concreto evento, ricondotto poi all'applicazione di discipline e conoscenze sistematiche ad esso esterne. Un «diritto permeabile», dunque e piuttosto, al linguaggio e alle ragioni di altri ordini di conoscenze e di differenti tecniche di disciplinamento dei rapporti sociali e al limite alla sua deliberata cessione del passo al riguardo.

Sembra insomma da condividere l'osservazione che segue:

«Il linguaggio – pensiero giuridico deve aprirsi anch'esso a un *apprendimento*, che inevitabilmente ne rinnova il paradigma: quello di categorie e termini – propri del pensare etico, medico, comune – che gli consentano di essere il meno estraneo possibile alla *cultura* delle relazioni da regolare. È uno sforzo che va iniziato, senza per questo rinunciare alla certezza e alla finezza di antichi strumenti del mestiere. Non si tratta dell'operazione imitativa che spesso si tenta in modo semibarbaro in progetti legislativi, ma della meditata costruzione di un diritto capace di capire e farsi capire da chi pensa e vive nell'universo della salute. Questa esigenza va tenuta tanto più presente quanto più si desidera procedere verso la costruzione di "un diritto gentile".

3. In relazione alla disciplina dell'aborto – sulla quale da qui in poi ci si concentrerà, ma senza rinunciare ad osservazioni sparse su problemi ad essa connessi – l'oggetto del lavoro va anzitutto circoscritto: si intende ovviamente riferirsi non a quello spontaneo (problema di ordine medico), bensì agli atteggiamenti degli ordinamenti giuridici circa quello volontario, nel senso – va precisato ulteriormente – di quello che è dalla gestante voluto e procurato, anche e perlopiù attraverso l'aiuto di terzi, ma col suo accordo, giacché per quello attuato senza il suo consenso non vi è luogo a discutere della sua riprovabilità morale e sanzionabilità giuridica.

Ci si fermerà inoltre sull'interruzione della gravidanza nella sola macroarea euro-americana, in linea di assai larga massima culturalmente più omogenea al suo interno, essendo già questa sola indagine ardua e rimandando a pregevoli ricostruzioni più ampie – già del resto compite dagli studiosi – per le macroaree contemporanee diverse e quanto alle società storiche, cioè quelle del passato pre-moderno.

Tanto precisato, fino ai primi anni del Novecento il quadro del diritto comparato palesava un generale disfavore verso di esso, criminalizzato e quindi di fatto praticato clandestinamente e con rischi per la salute della gestante, anche per considerazioni geopolitiche di forza («il numero è potenza», come si diceva).

Il rischio successivamente percepito di sovrappopolazione mondiale e il progredire in Occidente di una tendenza alla secolarizzazione, nonché l'aspirazione crescente al benessere materiale, hanno determinato un'inversione di paradigma, tant'è che esso è stato perlopiù decriminalizzato e riconosciuto come possibile, in presenza però di alcuni presupposti di fatto, come si è già ripetutamente detto, quindi non reso *tout court* lecito senza condizioni, salvo soluzioni particolari a taluni ordinamenti.

Come si vedrà, per essere più precisi, tali presupposti legittimanti secondo i diversi ordinamenti si sono tradotti in concreto nell'individuazione di «termini» di praticabilità dell'interruzione della gravidanza, che è ovviamente un evento di durata, che attraversa varie fasi, e/o in cosiddette «indicazioni» apponibili al suo esercizio, perché esso sia legittimo.

È secondo chi scrive imprescindibile, ai fini di una sia pur rapida focalizzazione delle riflessioni che seguono sulle discipline comparate dell'interruzione volontaria della gravidanza (solo questo, anche per il ridotto spazio disponibile, s'intende compiere qui, rinviandosi alla nota bibliografica finale per approfondimenti già da altri compiuti e che sarebbe dunque ultroneo ripercorrere), confrontarsi con la nota e risalente catalogazione e distinzione tra posizioni in materia illustrata in merito da Mary Ann Glendon.

La giurista statunitense, dichiaratamente cattolica, *pro life* e per un certo tempo anche ambasciatrice del suo Governo presso la Santa Sede, oltreché presidente dell'Accademia vaticana delle Scienze sociali – lo si ricorda non per compiere valutazioni di merito sulle sue tesi che procedano da tale *background*, al fine di approvarlo o stigmatizzarlo, ma per «ambientarle» agli occhi del lettore che ignorasse tali circostanze – ha sottolineato una evidente differenza di accento nelle giurisprudenze delle Corti Supreme.

L'analisi delle fasi storico-sociologiche che hanno prodotto intense polarizzazioni ideologiche, allorquando il problema della regolazione del fenomeno – che tuttora divide – si è manifestato con forza nel dibattito pubblico, nonché quella delle soluzioni giuridiche infine accolte e che sono state condotte in riferimento ai differenti Paesi, conferma in effetti questa diversa sensibilità, espressione di orientamenti culturali sicuramente non omogenei. Com'è stato infatti di recente ed efficacemente ricordato, con ovvia e puntuale rinvio alla citazione «classica» di Max Weber, «l'ambiente culturale nordamericano è fortemente impregnato, sin dalla fondazione, di una concezione puritana del rapporto tra l'uomo e i suoi bisogni. In sintesi, il successo individuale è visto come conseguenza della rettitudine e, per converso, il fallimento o le difficoltà della vita sono interpretate come sintomi di difetti morali. In termini ancora più sintetici, la ricchezza è vista come manifestazione della grazia, la povertà come espressione concreta del vizio. A ciò deve aggiungersi che la cultura politica statunitense è da sempre timorosa del c.d. *big government*: l'autorità pubblica (principalmente, federale) potenzialmente invasiva delle prerogative sia dell'individuo che della comunità locale». La *U. S. Supreme Court*, nel celeberrimo caso *Roe versus Wade* (410 U.S. 113, 1973) era preoccupata essenzialmente di ricondurre la fattispecie abortiva alla sfera di una *privacy* che in quella cultura è più ampiamente intesa come autodeterminazione, particolarmente tutelata, nonché a quella del *due process of law.*

L'attenzione alla *privacy* fu nello specifico tanto elevata che quello di Roe era in realtà un cognome solo di copertura della ricorrente, in seguito paladina con la sua vera identità delle politiche di liberalizzazione dell'interruzione della gravidanza, prima di manifestarsi pentita per avere consentito che il suo caso desse una «bandiera» al movimento; la sentenza ebbe comunque un effetto solo di principio, perché fu pronunciata a parto già intervenuto. Si trattava di una decisione (che dichiarava incostituzionale una legge texana che incriminava chi procura l'aborto) sulla quale risultarono assai influenti in quel momento lo stato del dibattito femminista dell'epoca, ma anche – come si è sottolineato – la consapevolezza delle «terribili conseguenze derivanti dall'utilizzo del talidomide e dall'epidemia di rosolia negli anni '60».

Beninteso, anche nelle decisioni della Corte Suprema statunitense successive alla *Roe*, gioca l'indagine sul momento in cui il feto possa avere «*viability*», cioè vitalità autonoma (tra la ventiquattresima, nel minimo e la ventottesima, di regola, settimana di gravidanza), ma resta in tutte la riconoscibile impronta liberale-individualista di quella cultura, che alimenta anche nel dibattito pubblico attuale la dialettica di organizzazioni sociali *pro choice* e *pro life*, di cui molte a base religiosa, elemento fondante – come notava già Tocqueville – della democrazia in America.

Lo scontro forte tra le opposte posizioni si mantiene invero fitto e vivace ancora oggi (come meglio si vedrà alla fine), investendo i legislatori e le giurisdizioni degli Stati in termini che non sono qui sintetizzabili agevolmente e soprattutto non possono essere ripercorsi in modo analitico, ma che ormai è possibile seguire attraverso i periodici aggiornamenti al riguardo, pubblicati con prontezza nei più accreditati siti *web* di bioetica.

Altre Corti – non soltanto europee – con funzioni analoghe a quella della *U.S. Supreme Court* sono state dal canto loro molto attente a salvaguardare la scelta di sostenere, in diversi casi anzi precedendole (così in Italia, con la sentenza 27/1975; così anche in Spagna, con la sentenza sulla depenalizzazione dell'aborto 75/ 1984, resa in *amparo* in relazione all'art. 15 Cost. e anteriore alla 53/1985, che di seguito verrà più volte richiamata), leggi che in materia cercano di mediare tra i diritti dei soggetti adulti coinvolti – essenzialmente quelli della donna incinta – e l'esigenza di tutela del nascituro.

Alla gestante che si determina ad abortire incombe insomma quasi sempre, in Europa (di un'eccezione palese poi si dirà), un *onus probandi* della serietà delle sue motivazioni, da esplicitare e ricondurre a presupposti legittimanti – le cosiddette «indicazioni» – di ordine eugenetico, sanitario o psico-sociale, che non possono comunque essere superficiali. Questo obiettivo è stato inserito – dall'indagine macrocomparatva – in un comune «modello gradualistico europeo», sulle cui variazioni interne si scaricano, a seconda delle contingenze, variegate sensibilità individuali od organizzate, di volta in volta orientate su base religiosa o in senso laicistico, dogmatismi ideologici di segno opposto, mutamenti di indirizzo politico-culturale: tutti fattori che – com'è ovvio – non giovano alla ricerca di un equilibrio pragmatico tra le soluzioni perseguibili e alla pratica di una logica di confronto, piuttosto che di scontro, che meglio si adatterebbero – a giudizio di chi scrive – alla trasversalità ideale e alla mappa reale degli interessi in campo.

Si danno quindi nel Vecchio Continente discipline normative diverse, da una maggiore ad una minore attenzione alla tutela del nascituro, il che significa in concreto limitazioni diverse alle circostanze, di fatto e anche di fase di

avanzamento, in cui la gravidanza può essere legalmente interrotta (rispettivamente dette in genere «indicazioni» e «termini»).

Siffatto intenso dialogo tra Corti e legislatori, in cui le prime precedono sovente i secondi e talora semplicemente li eludono, come accade – sotto diversi profili bioetici, anche se invero non sull'aborto – nel caso italiano, mostra in generale (e si scioglie qui una riserva avanzata all'inizio) quale sia lo stato attuale del rapporto tra i differenti «formanti» ordinamentali e del principio di divisione dei poteri, applicato in modo ormai molto diverso dallo schema teorico tralatizio della «previa formazione della norma astratta di legge parlamentare/ sua successiva attuazione concreta per via applicativa, in sede di amministrazione e/o di giurisdizione». Solo a titolo di esemplificazione non esaustiva, si ricorda che a Malta l'interruzione volontaria della gravidanza resta semplicemente del tutto vietata e cosi accade anche (fuori dall'area europea) in Cile. Un regime normativo restrittivo sul piano formale, ma di poco meno rigido, è quello dell'Irlanda, di cui sono noti i casi *X* del 1992, relativo a una ragazza rimasta incinta dopo una violenza sessuale e che aveva manifestato intenzioni suicide, se non le fosse stato possibile abortire (la Corte Suprema fu decisiva qui nello spingere all'integrazione informativa della Costituzione di cui si dice appena oltre), l'altro successivo di tre signore ricorrenti per casi simili alla Cedu (e per il quale pure si veda oltre) e infine *Havalanappar*, quello cioè di una signora orientale, sebbene di origine irlandese, morta per setticemia dopo che i medici dell'ospedale in cui fu ricoverata avevano negato l'imminenza del suo pericolo di vita e quindi la necessità e praticabilità giuridica dell'aborto (in termini di esimente da reato per lo stato di necessità) che ella richiedeva. Si tratta di vicende emblematiche di un dibattito intensissimo, atteso il tenore della Costituzione, che in quel Paese tutela la vita del nascituro *ex* art. 40. 3. 3, consentendo l'aborto solo nel caso di un pericolo effettivo di vita della madre, come fu confermato da un primo referendum del 1983, anche se – proprio a seguito della pronuncia sul caso X di cui di diceva e di un ulteriore referendum del 1992 – si è oggi eliminato il divieto di ricovero all'estero per abortire ed è lecito diffondere nel Paese informazioni sui luoghi stranieri nei quali questo è possibile (pur sempre fuori dai confini nazionali, giacché un ultimo referendum del 2002 ha continuato a rifiutare l'introduzione dell'istituto).

Si avvicina a questo (ma con maggiore apertura) il caso polacco. Qui l'aborto fu autorizzato nel 1942 per le sole donne del Paese, quindi nuovamente vietato nel dopoguerra, poi la possibilità di praticarlo fu reintrodotta dal 1956, secondo una tendenza comune agli ordinamenti sottoposti all'influenza sovietica.

Nel 1993 la materia fu nuovamente rivisitata. L'aborto resta illegale, salvo che per il caso di pericolo per la vita e la salute della madre, o se la gravidanza derivasse da stupro o incesto, nonché per accertate malformazioni gravi del feto. Le sanzioni per aborto al di fuori di questi presupposti colpiscono però il solo medico che vi si sia prestato, non la donna.

Nell'ultima seduta di agosto del 2011, il *Sejim*, che è la Camera bassa del Parlamento, ha respinto con un margine strettissimo la proposta di tornare a criminalizzare del tutto la pratica abortiva volontaria, sostenuta da gruppi di pressione *pro life* e da partiti di orientamento cattolico (nel Paese com'è noto assai forti) e conservatore.

Su entrambe le situazioni è intervenuta la Corte di Strasburgo, che, come in altri casi in materia, ha preferito in genere ricondurre le fattispecie allo scrutinio di eventuali violazioni dell'art. 8 della Convenzione (*diritto alla vita privata e familiare*), piuttosto che dell'art. 2 (*diritto alla vita*, la cui violazione viene richiamata in un ambito di possibili oggetti da tutelare assai largo e pluricomprensivo). Generalmente le pronunce si sono ispirate ad interpretazioni che facessero salva, nel caso dell'interruzione della gravidanza, la rigorosa applicazione del diritto interno a ciascun Paese, ritenendo che la disciplina della materia fosse riservata al margine di apprezzamento nazionale, espressione di diversità di orientamenti culturali, etici e religiosi.

Questo non le ha peraltro talora impedito interventi incisivi. Nei casi richiamati, ad esempio, essa ha onerato proprio gli ordinamenti giuridici nazionali (per l'Irlanda si veda il sopra richiamato caso *A, B, C,* di cui alla sentenza della *Grande Camera Cedu,* 16 dicembre 2010; per la Polonia si vedano i casi *Tysiac*, definito con sentenza del 20 marzo 2007 e più recentemente *R. R.*, oggetto della decisione del 26 maggio 2011 e *P. e S.*, di cui alla sentenza del 30 ottobre 2012) di introdurre strumenti idonei a rendere effettiva la possibilità di interrompere la gravidanza: com'è stato osservato, «quando lo Stato decide di autorizzare l'aborto anche eccezionalmente» esso deve allora «istituire un quadro giuridico preciso e una sicura procedura per permettere a queste donne di esercitare effettivamente il loro "diritto" all'aborto. Così, l'aborto non è imposto frontalmente all'Irlanda e alla Polonia, ma utilizzando il mezzo di obbligazioni procedurali che garantiscono, non il diritto (materiale) all'aborto, ma il diritto (procedurale) di sapere se ci sia una possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza».

A sua volta la nuova *Legge Fondamentale* ungherese, approvata il 19 aprile 2011 da una maggioranza nettamente di destra e fatta più in generale oggetto di speciale osservazione critica da parte dell'Unione Europea, dichiara all'articolo II che «La dignità umana è inviolabile. Ogni uomo ha diritto alla vita ed alla dignità umana, la vita del feto va protetta fin dal concepimento».

Lo Stato ha tuttavia dovuto restituire al Fondo europeo per l'occupazione e la solidarietà sociale danaro che era stato erogato (a detta della Commissione) per ragioni diverse da quelle per cui i fondi erano stati utilizzati, vale a dire per una campagna antiabortiva molto intensa.

In precedenza, al contrario, gli interventi possibili in materia erano assai permissivi (situazione invero comune al tempo e negli Stati del «socialismo reale», come si accennava, giacché – nell'ottica dell'ideologia che li ispiravano – la situazione giuridica dell'individuo era legittimamente funzionalizzata all'equilibrio complessivo e all'interesse auperiore della collettività) e furono ritenuti nel 1991 illegittimi solo perché la relativa normativa era di carattere amministrativo, *vulnus* formale sanato in ogni caso l'anno dopo da una *Legge sulla vita fetale* peraltro di analoga ispirazione: bastava che la gestante determinata ad abortire si trovasse – per conseguire lo scopo voluto – in una «seria crisi», intendendosi per tale una «che causa esaurimento fisico o mentale o una conseguente situazione impossibile dal punto di vista sociale».

L'eccessiva ampiezza e vaghezza di tale formula fu dichiarata in parte illegittima dalla sentenza 48/1998 del giudice di costituzionalità, in nome della necessità di un controllo esterno (fino ad allora mancante) della volontà dell'interessata appunto sulla «serietà» della situazione lamentata ed in nome della necessità di proteggere quindi anche la vita del nascituro, in termini sostanzialmente analoghi alla soluzione tedesca del 1993, che verrà richiamata oltre.

In Inghilterra, Scozia e Galles la legge che autorizza l'interruzione della gravidanza risale al 1967 e condiziona la liceità dell'aborto al concorde assenso di due medici, dal quale si evinca un rischio per la vita o per la salute fisio-psichica della donna incinta e dei figli già da essa, più grave rispetto al turbamento psicologico che potrebbe derivare dall'interruzione della gestazione, anche tenuto conto del contesto del caso, ovvero ancora se sia nella medesima forma attestato il rischio della presenza nel feto di gravi deformità o *deficit* mentali. Ricorrendo tali condizioni, le spese dell'intervento sono poste a carico del servizio sanitario pubblico.

In Spagna si registra attualmente un ripensamento e irrigidimento della più liberale disciplina previgente.

Questa, contenuta nella *Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* 2 /2010, approvata al tempo del governo socialista Zapatero a strettissima maggioranza, modificava la precedente legge organica di compromesso n. 9/1985, che (intervenendo sul codice penale) permetteva di interrompere l'aborto nel caso di rischio per la salute fisio-psichica della madre, di stupro e di malformazioni del feto.

In sostanza e più specificamente, dal 2010 l'aborto resta non incriminabile, ove la gravidanza derivi da violenza sessuale previamente denunciata, se si evidenzino nelle prime ventidue settimane pericoli per la vita della gestante o gravi malformazioni – certificate da medici diversi da quello chiamato ad intervenire nel procedimento abortivo – del feto. L'interruzione può poi essere fatta in qualsiasi momento della gravidanza se un comitato di medici, designato dalle comunità autonome, certifica che il feto soffre di una malformazione grave ed incompatibile con la vita.

Il *focus* di tale nuova normativa è nel riconoscimento del diritto all'interruzione di gravidanza, senza rendere giustificazione sul piano della salute della donna o del feto o su altre circostanze, fino al compimento della quattordicesima settimana. In tale fase si introduceva la possibilità di «interrompere la gravidanza […] a discrezione della donna, sempre che siano rispettati i seguenti requisiti: che la donna sia stata informata sui diritti, le prestazioni e gli aiuti pubblici a sostegno della maternità[…]; che siano trascorsi almeno tre giorni da quando la donna ha ricevuto le informazioni» .

Ebbene, mutata la maggioranza, il progetto della nuova – imperniata sul Partito Popolare – che si indirizza, con significativo cambio di accento della *rubrica legis* rispetto al passato, alla *Protezione della vita del concepito e dei diritti della donna gravida* – innova anche in relazione alla ricordata, precedente legge n. 9/1985 e non solo a quella del 2010.

Si prevede pertanto che la facoltà di abortire torni ad essere un intervento ammissibile solo sulla base di «indicazioni» mediche debitamente certificate e comunque non per «ragioni eugenetiche», cioè non a causa di gravi malformazioni del feto: in tale senso sono suonate nette le parole del ministro della Giustizia Ruiz-Gallardón, fautore della svolta che ha il sostegno di organizzazioni cattoliche come l'*Opus Dei* e che hanno provocato accese polemiche, come pure motivo di aspro contrasto è stata l'annunciata volontà di escludere tra i casi che aprono al possibile aborto la circostanza che la gravidanza sia l'effetto di una violenza fisica, restando in questa ipotesi reato l'aborto procurato e di consentire l'interruzione di gravidanza solo per l'eventualità di scongiurare un danno psicologico alla gestante, manifestato in propositi di suicidio e medicalmente riconosciuto.

All'estremo opposto rispetto a tale scelta di riaprire con intenti restrittivi la discussione in tema si collocano invece le recentissime opzioni della vicina Francia (preparate invero progressivamente anche da quelle anteriori, dalla legge Neuwirth, 1176-1967, che legalizzò la contraccezione, alla legge Veil, 17-1975, che consentiva il ricorso all'aborto a «toute femme enceinte majeure ou mineure que son état place en situation de détresse», come recita l'art. L. 2212-1 del *Code de la santé publique*,

alla legge Aubry, 588-2001), contenute all'interno di una rivisitazione legislativa della parità di genere da poco approvata.

La probabile conseguenza pratica sarà che, rispetto al momento storico nel quale veniva lì magnificata la Spagna per le scelte della allora maggioranza socialista, invertitasi la tendenza a seguito di quelle restrittive della maggioranza che a Madrid sostiene il governo conservatore Rajoy, il flusso per l'interruzione della gravidanza tra i due Stati confinanti sembra destinato ad invertirsi «Désormais – com' è stato notato – l'IVG consiste au "droit des femmes à choisir ou non de poursuivre une grossesse», giacché il riferimento alla *détresse* (*disagio*, *depressione* e simili) è stato abrogato, con liberalizzazione completa e non onerata di motivazione entro la dodicesima settimana.

La Francia ha anzi promosso una campagna per fare dichiarare l'aborto un «diritto umano» in sede internazionale e (come meglio si dirà alla fine) chi nel Paese lo ostacola o allega obiezione di coscienza – che oggi a Parigi è vista con diffidenza – è esposto al carcere e a una rilevante sanzione pecuniaria.

Si conferma insomma la tradizionale *exceptionnalité* e insomma la radicalità individualista del modo in cui il Paese intende la sua *laïcité* e l'*égalité*.

Analoga apertura si registra nel Regno dei Paesi Bassi, la cui *Legge sull'interruzione della gravidanza* del 1984 lascia libertà di aborto alla donna in situazioni di emergenza, col limite peraltro della praticabilità finché non possa esservi possibilità della vita autonoma del nascituro, cioè a ventiquattro settimane; nella prassi, già dopo la ventunesima settimana gli aborti non si eseguono. L'intervento interruttivo della gravidanza (a queste condizioni) resta beninteso legittimo nelle sole strutture pubbliche o private autorizzate

Il cenno alla situazione olandese è interessante, perché – secondo le fonti documentarie ufficiali riconducibili alle informazioni fornite in merito dal suo Governo – la precedente condizione di sovrappopolazione demografica, rispetto ad un Paese di dimensioni così piccole, è stata fra le principali e dichiarate motivazioni delle attuali (e invero ormai risalenti) scelte «liberali» in merito, a conferma delle osservazioni che si avanzavano all'inizio del secondo paragrafo.

Il ricorso all'aborto legale resta comunque basso, o effettuato attraverso metodiche alternative a quella classica, anche perché in pari tempo veniva molto diffusa dagli organismi di pianificazione familiare l'informazione e l'assistenza alla contraccezione.

* * *

Ci si muove in materia – come si è visto dalla sintetica rassegna che precede – su una scala che va da uno *screening* severissimo delle ragioni in favore

della tutela del nascituro (fino alla sua protezione assoluta) all'accoglimento di posizioni più aperte alle ragioni della donna incinta (fino al massimo del pressocché totalmente), con scelte di fondo irrigidite quindi dal legislatore in un senso o nell'altro.

La tecnica normativa impiegata passa peraltro in genere – salvo i rammentati punti estremi di tale percorso – sempre attraverso la nota tecnica del bilanciamento, secondo «*test* di necessità, sufficienza e proporzionalità», innanzitutto tra valori e soggetti in gioco, ma anche in relazione alla scelta degli strumenti più efficaci per effettuare o disincentivare l'intervento, prevedendo la possibilità di interventi interruttivi o negandola in relazione alla combinazione tra fase di avanzamento e circostanze della gravidanza, ovvero favorendo o sfavorendo la somministrazione della cosiddetta «pillola abortiva» (o «del giorno dopo» rispetto al rapporto sessuale e che in realtà abortiva non è, diverso essendo il caso dell'assunzione di farmaci a gravidanza iniziata come metodo alternativo all'aspirazione), oppure ancora minacciando il carcere (a seconda degli opposti orientamenti al riguardo) o alla donna che abortisce contro le cosiddette «indicazioni» e/o per chi da medico o paramedico vi partecipi, ovvero a chi ostacoli l'interruzione della gravidanza, esercitando un'obiezione di coscienza valutata come speciosa.

In tale senso (e per considerare ora qualche arresto delle giurisprudenze costituzionali) appare particolarmente emblematica l'oscillazione tra la prima rilevante sentenza costituzionale tedesca in materia (*BverfGe* I, 39/1975) e la seconda di quasi vent'anni dopo (*BVerfGe* II, 2/ 1993)).

Nel 1975, il ragionamento della motivazione procede dal valore fondamentale del bene vita e assume poi che «la legge (*qui: quella penale*) non è solo strumento per la guida dei processi sociali secondo conoscenze o prognosi sociologiche; essa è anche espressione stabile di valutazioni etico-sociali e conseguentemente giuridiche delle azioni umane; essa deve dire che cosa per il singolo è giusto o ingiusto».

Questo affidamento allo strumento penale della tutela della vita prenatale cede peraltro il passo successivamente – dopo la riunificazione tedesca e dopo che il *Bundestag* aveva adottato una legge che legalizzava l'aborto nei primi tre mesi, ma a condizione che la donna incinta avesse ricevuto un'informazione imparziale sulla circostanza che il nascituro è una «vita indipendente» e che si fosse atteso un periodo di riflessione di settantadue ore dalla richiesta – ad una valutazione più prudente (giacché la precedente rischiava di richiamare all'osservanza di una sorta di etica di Stato, motivata dalla considerazione che una scelta diversa avrebbe allentato la percezione psicologica della collettività circa l'esigenza di difendere la formazione stessa

della vita) e realistica, rispetto all'obiettivo di protezione della vita nascente, cui affidare la sperata riduzione delle interruzioni di gravidanza.

Attesa l'inscindibilità biologica di madre e feto in tale fase («In questo stadio della gravidanza la nuova vita appartiene ancora per intero alla madre e dipende in tutto e per tutto da lei»), ne segue che; «questa [...] dipendenza del non ancora nato [...] fa apparire giustificata la considerazione che lo Stato ha maggiori *chances* di tutelarlo se agisce in accordo con la madre».

Di più: «Un'efficace tutela della vita prenatale è possibile soltanto *con*, e mai *contro*, la madre» ed ancora: «Una donna coinvolta da una gravidanza non desiderata può essere infatti profondamente toccata sul piano esistenziale. In taluni casi essa deve modificare radicalmente il proprio programma di vita, vedendosi esposta, oltre che ai fardelli inevitabilmente connessi col progredire della gravidanza, a duraturi e incalcolabili vincoli di comportamento, a doveri precauzionali e talora persino a rischi per la propria vita. Inoltre la donna, nelle fasi iniziali di una gravidanza non voluta, spesso non è ancora psicologicamente calata nel ruolo di madre e non sente ancora il legame con la vita che sta formandosi in lei, come accadrà invece in uno stadio più avanzato, nel quale sentirà quella vita dentro di sé. La peculiare situazione della donna e del concepito nelle fasi iniziali della gravidanza può dunque essere motivo per rinunciare alla pena e fare invece ricorso a speciali misure protettive».

La conclusione del percorso motivatorio è qui, dunque, che: «È in armonia con la considerazione dovuta alla donna in stato di gravidanza che lo Stato cerchi di ottenere che costei adempia ai suoi compiti di madre per mezzo non già di una generalizzata minaccia di pena, bensì di una consulenza individuale, un appello alle sue responsabilità verso la vita prenatale, aiuti economici e agevolazioni sociali».

Quanto al giudice costituzionale italiano, anch'esso precede e orienta, come si diceva in precedenza, il successivo intervento legislativo di ridisciplina organica, fornendo una lettura complessiva e costituzionalmente orientata del fenomeno e degli equilibri fra interessi e valori in gioco, di cui ha l'occasione di occuparsi in una pronuncia che depenalizza l'aborto, la cui repressione penale era ricondotta fino ad allora ai «Delitti contro l'integrità della stirpe».

Anche in quest'ordine sequenziale di intervento dei formanti dell'ordinamento si confermano l'atteggiamento attendista del nostro legislatore su questioni consimili e le sollecitazioni della giurisprudenza: si pensi, ad esempio, alla spinta per il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali che si evince dal tenore delle sentenze 138/ 2010 e 170/ 2014 della Corte Costituzionale (oltreché da alcune della Cassazione, come ad esempio la sentenza

4214/2014), benché in tali casi – diversamente da quello più esplicito della prima sentenza sull'aborto – la Consulta abbia per il momento evitato di impiegare (quantomeno con chiarezza) lo strumento della decisione additiva di principio.

Essa individua, nel caso che ora si esamina, il diritto alla vita del concepito derivandolo sistematicamente dagli artt. 31, 2° comma, e 2 della Costituzione e bilanciandolo tuttavia con quello della madre, persona già formata, sicché il primo interesse non può dunque prevalere per salvare la vita della seconda, la cui decisione abortiva – già sicuramente esente da incriminazione in ragione del suo eventuale stato di necessità rispetto alla salvezza della vita, *ex* art. 54 c. p. – va tuttavia secondo la Consulta bilanciata invero anche oltre lo stretto rischio della vita della gestante, in ragione di possibili ricadute psicologhe, sociali ed economiche della situazione individuale che facultino l'interruzione di gravidanza (a tenore dell'ordinanza di rimessione che aveva originato il caso, infatti, la gestante non era infatti propriamente nelle condizioni estreme che consentono l'applicazione dell'esimente sopra richiamata).

Si tratta dunque di situazioni eterogenee, ma – se questo quadro compositivo di valori non implica che la speranza di vita del concepito resti irrilevante – per altro verso un'incriminazione assoluta dell'interruzione della gravidanza la sovra-quoterebbe nel confronto, per così dire.

Il più ampio riconoscimento contenuto nella legge 194/1978 alle condizioni economiche e sociali della famiglia della madre come presupposto legittimante dell'interruzione della gravidanza va sicuramente oltre indicazioni di stretto «stato di necessità», ma una dottrina ha ritenuto che il quadro sfavorevole socio-psicologico della gestante, se «non costituisce una condizione che da sola può giustificare il ricorso all'aborto […] certamente rappresenta un rilevante fattore che può influire negativamente sulla salute fisica e psichica della gestante», aggiungendo che «il c. d. aborto sociale solo se sganciato dal suo collegarsi e ripercuotersi sulla condizione di salute della donna costituirebbe violazione della tutela costituzionale di cui è titolare il concepito, giacché rappresenterebbe un irragionevole bilanciamento tra diritto alla vita del concepito e benessere economico e sociale della famiglia».

La stessa dottrina segnala peraltro anche il «tradimento» che una prassi applicativa «rilassata» (il termine è di chi qui scrive) ha inferto al delicato bilanciamento di principio che la Consulta aveva suggerito.

In conclusione, l'aborto è dunque oggi lecito in Italia entro il primo trimestre di gravidanza, condizionato peraltro all'attestazione della struttura consultoriale o del medico di fiducia interpellati dalla gestante che la con-

tinuazione della gravidanza potrebbe creare un effettivo rischio per la sua sopravvivenza, ovvero per la sua integrità fisio-psichica.

Benvero, in sede di consulto, vanno illustrati alla donna incinta i benefici che l'ordinamento appresta a lei e al nascituro (artt. 4 e 5), tuttavia – persistendo l'intento abortivo – si può procedere all'intervento (con spese a carico del servizio sanitario nazionale, ma esclusivamente in ospedali pubblici o privati convenzionati) decorso un termine di riflessione di una settimana anche in presenza di un avviso contrario degli esperti interpellati.

Più stringenti sono invece le condizioni per un eventuale aborto oltre il primo trimestre di gravidanza, potendosi accedere ad esso solo se le previste (e sempre diagnosticate medicalmente) gravi malformazioni fetali si riflettano sull'equilibrio fisio-psichico materno (artt. 6 e 7).

Com'è noto, la disciplinata dalla legge 17471978 risulta confortata dalla reiezione popolare di due referendum di opposto intento (l'uno più restrittivo, l'altro più aperturista).

La giurisprudenza costituzionale spagnola (sulla quale si tornerà anche oltre) e la vicenda complessiva della disciplina dell'interruzione della gravidanza in questo Paese è sembrata a taluno muoversi in «sostanziale coincidenza» con quella italiana, con echi della vicenda tedesca, anche se altra dottrina sottolinea di più le differenze fra le varie esperienze.

Anche in questo caso le *Cortes* erano comunque pervenute all'assetto normativo sopra ricordato dopo l'intervento del *Tribunal Constitucional,* come del resto il *Bundestag* si era mosso in stretta dialettica con la Corte di Karlsruhe e la Consulta italiana aveva preceduto come s'è detto il legislatore, ad ulteriore conferma dell'assetto «circolare» della pluralità di impulsi degli operatori giuridici che sono intervenuti in materia.

4. Ci si lasci osservare a questo punto l'ovvio: l'intensa partecipazione soprattutto di studiose a questo dibattito.

I motivi sono facilmente intuibili e tuttavia può dirsi che quello dell'aborto sia solo «un affare di donne», come ritiene fin dal titolo (che cita in realtà quello di un molto intenso film francese del 1998, di cui è regista Claude Chabrol e la cui brava protagonista è Isabelle Huppert) un recente contributo monografico in materia e il suo riconoscimento unicamente una questione di «cittadinanza», attraibile a problematiche di eguaglianza sostanziale di genere senza che residuino in modo rilevante considerazioni di tenore diverso, com'è stato di recente sostenuto?

In realtà, l'aborto non sembra a chi scrive configurabile soltanto in tali termini. Se così fosse, egli non avrebbe avuto titolo ad occuparsene e con lui non

potrebbero farlo né i colleghi che pure si sono espressi in merito, né le colleghe prive di figli, per scelta, per avventura, o perché sterili.

Per fortuna, tuttavia, una così stretta interpretazione «esistenziale» o «categoriale» del ragionare secondo diritto non è mai stata nemmeno proposta, anche se è logico che chi può vivere una data situazione sia in grado di esplorarla meglio di chi ne ha un'esperienza solo teorica, o di chi direttamente non potrebbe mai averla.

La normativa italiana in materia, peraltro, se da un lato, *ex* art. 5 della legge 194/1978, commi 1 e 2, dispone che il padre del concepito sia presente nel consultorio, nella struttura socio-sanitaria, o presso il medico di fiducia, per coinvolgerlo in ordine all'apprezzamento delle circostanze che determinano la donna a chiedere l'interruzione della gravidanza e per l'analisi di possibili soluzioni idonee ad evitare tale esito, dall'altro condiziona tale presenza al consenso della donna medesima.

Autodeterminazione femminile come scelta dunque «personale» in merito (ribadita dall'art. 11, comma 1, che impone all'interessata la richiesta diretta), ma beninteso non se la donna sia minorenne (ivi, comma 2): in tale caso, infatti, è previsto l'assenso degli esercenti la potestà genitoriale o la tutela alla decisione abortiva e, in mancanza e se vi è urgenza (non volendo cioè la ragazza dirlo ai genitori, ovvero se le idee di questi in merito siano contrarie all'intervento, o tra loro difformi), quello del giudice tutelare.

Anche su questo oggetto, secondo una caratteristica invero propria non del solo approccio italiano alle questioni in ambito bioetico (ma certo da noi tanto evidente da tipizzare l'atteggiamento), lo scopo è raggiunto «obliquamente»: non solo il legislatore attende la soluzione di più casi giudiziari per intervenire (e come lui hanno invero fatto altri Paesi), ma – per disporre in positivo in ordine a un determinato fenomeno – la legge assume di farlo «in via di eccezione».

L'art.1 della citata legge 194/1978, infatti, dichiara, in linea preliminare, che:

«1. Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e *tutela la vita umana dal suo inizio*. 2. L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite. 3. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite».

Con tecnica espressiva analoga, il testo da molto tempo *in fieri* del ddl Calabrò, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*", si apre con la seguente dichiarazione programmatica:

«1. La presente legge, tenendo conto dei principi di cui agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione: *a)* riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge».

Va peraltro detto che il medesimo tono – cioè di eccezione a regola – è anche nella legge tedesca in materia del 1992, che si intitola *Gesetz zur Vermeidung und Bewaeltigung von Schwangerschaftskonflikten*, vale a dire, letteralmente, «legge per prevenire e risolvere conflitti derivanti da gravidanze». In essa, la parte propriamente dedicata alla disciplina dell'interruzione della gravidanza è preceduta da quella (che è iniziale e di principio) relativa alla politica di informazione anticoncezionale e alla prevenzione di gravidanze non gradite e il punto sarà da questo scritto ripreso oltre.

In effetti, è stato notato in dottrina che «l'assenza nei Paesi membri del Consiglio d'Europa di un'univoca opinione sulla definizione del momento iniziale della vita (principio affermato nelle sentenze *Vo v. France* della Cedu, 2004 ed *Evans v. the United Kingdom* della medesima Corte, 2006) amplia il margine di discrezionalità dello Stato» (si ricorda solo di passaggio – e non perché questo rilevi nello specifico dello svolgimento che si sta effettuando – che il primo caso nacque da un'azione intentata contro il Governo per una quasi omonimia tra due donne di origine vietnamita in Francia, a proposito di distinti interventi da ciascuna richieste e che la recentissima cronaca italiana riferisce anch'essa di uno clamoroso scambio di provette in relazione a due distinte fecondazioni *in vitro* per coppie diverse, anch'esse assimilate nell'errore per una quasi omonimia delle pazienti interessate)

Per la legislazione italiana il feto non è mero «materiale biologico»: l'art.1 della legge 40/2004 sulla fecondazione assistita tutela la vita fin dal suo sorgere e proibisce la sperimentazione sull'embrione, se non rivolta al suo beneficio (*ex* art. 13); essa è infatti diretta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura *i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*» e si confronti pure l'art. 1 della l. 194/1978, nella parte richiamata sopra, sempre in corsivo.

In concreto, si contrappongono potenzialmente l'interesse della donna e quello del nascituro, del quale – del resto – la recente giurisprudenza civile italiana fa un centro anticipato di interessi anticipato anticipato, rispetto alla nascita, ritenuto pertanto portatore di una soggettività sospensivamente condizionata nel manifestarsi di effetti risarcitori di cui è titolare anche *jure proprio*, ovvero, nell'arresto più recente della Cassazione civile italiana, comunque un

«oggetto speciale di tutela», ove – in seguito ad una gravidanza travagliata, frutto di errore medico e alla nascita – si constati che la sua è destinata ad essere una *wrongful life,* una «*vita*» (vorremmo qui tradurre non letteralmente) «*sfortunata*».

Va invero precisato che su questo aspetto specifico e su quelli che immediatamente seguono ci si limita qui a cenni rapidissimi, per connessione e mera completezza rispetto all'oggetto centrale del lavoro, giacché il Convegno in cui la presente relazione è presentata prevede – in ordine ai profili toccati in questo punto del discorso – approfondimenti da parte di altri colleghi.

Tanto premesso, riguardo alla «vita indesiderata» appare chiaro il tenore di un arresto – anche se non è il più recente – della Cassazione italiana (III, 16754/2012), laddove essa precisa che «risulta innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale "non nascere", ma si riconnetta, personalmente e soggettivamente, a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale evocato, onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagevolmente, anelando ad una meno incompleta realizzazione dei suoi diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti nell'art. 2 della Costituzione».

Quanto alla sorte dei feti abortiti, invece, l'art.7 del D.P.R. 285/1990, che approva il regolamento nazionale di polizia mortuaria, dispone nei termini che di seguito si riportano (commi 2/4):

«Per la sepoltura dei prodotti abortivi di presunta età di gestazione dalle 20 alle 28 settimane complete e dei feti che abbiano presumibilmente compiuto 28 settimane di età intrauterina e che all'ufficiale di stato civile non siano stati dichiarati come nati morti, i permessi di trasporto e di seppellimento sono rilasciati dall'Unità Sanitaria Locale / A richiesta dei genitori, nel cimitero possono essere raccolti con la stessa procedura anche prodotti del concepimento di presunta età inferiore alle 20 settimane./ Nei casi previsti dai commi 2 e 3, i parenti o chi per essi sono tenuti a presentare, entro 24 ore dall'espulsione od estrazione del feto, domanda di seppellimento all'Unità Sanitaria Locale accompagnata da certificato medico che indichi la presunta età di gestazione ed il peso del feto» [...].

Sul punto ha avuto occasione di pronunziarsi di recente la Cedu, a proposito di un caso contro la Croazia (sentenza *Marić*, I, 12. 6.2014) , statuendo che «l' ordine dell'ospedale di trattare le spoglie di un feto senza vita come un qualunque rifiuto ospedaliero è illegittimo. in quanto violazione dell'art. 8 CEDU in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare».

Con riferimento al divieto assoluto di sperimentazione sugli embrioni umani di cui si diceva e in generale al divieto di qualsivoglia intervento che non sia di immediato beneficio all'embrione interessato, sembra di potere osservare in contrario che – fermo restando il divieto di produrre *deliberatamente* embrioni destinati alla sperimentazione – risponda invece ad un'ottica di solidarietà «di specie» (e proprio con riferimento all'ottica personalistica della Costituzione che di seguito verrà ricordata come propria della nostra tradizione giuridica) permettere che quelli soprannumerari non impiantabili e «in stato di abbandono» – nonché i feti risultanti da aborto non volontario – possano invece, in una prospettiva oblativa e ove non si oppongano a tanto i genitori, venire impiegati per ragioni di ricerca: non si tratterebbe infatti in questo caso di «vite sacrificate» a tale interesse collettivo, che pure ha rilievo costituzionale, *ex* artt. 9 e 33, ma di risultati di processi biologici non intenzionalmente interrotti per votarli a tale scopo, che riceverebbero (in luogo della distruzione cui sono destinati) una sorte di finalizzazione «nobile».

Anche quella sottoscritta ad Oviedo nel 1997 e normalmente denominata in forma sintetica come *Convenzione europea sulla biomedicina*, all'art. 18 sembra del resto da leggere in tale senso, laddove – pur ribadendo nel 2° comma che «La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata» – aveva tuttavia precisato al comma precedente che «Quando la ricerca sugli embrioni *in vitro* è ammessa dalla legge (il che accade ad esempio con le leggi francese e danese, *n.d.r.*), questa assicura una protezione adeguata all'embrione».

In Italia si attendono in particolare, al riguardo, una decisione della Corte Costituzionale (che già aveva in parte investito il profilo della crioconservazione embrionale, ritenendone possibile in alcuni casi l'ammissibilità, con la sentenza 151/2009).

La questione è stata sollevata com'è noto dal Tribunale di Firenze, con ordinanza 166/2013, proprio a proposito del divieto (la cui legittimità costituzionale è stata appunto revocata in dubbio dal giudice *a quo*) di utilizzare per finalità di ricerca embrioni sovrannumerari crioncondervati e non impiantabili.

Un caso strettamente collegato al precedente è anche quello su cui si attende la pubblicazione della decisione della *Grande Chambre* della Cedu (e che era stato appena discusso in udienza, nel momento in cui il presente testo veniva licenziato), dopo che la Seconda sezione di quell'organo aveva deciso in via parzialmente interlocutoria sulla fattispecie, non mancando peraltro di ricordare il suo stesso precedente *Brüstle versus Greenpeace* del 2011, sui limiti della sperimentazione e della brevettabilità di materiale embrionale).

La vicenda giudiziaria, che è nota come *Parrillo versus Italia*, è stata originata dal ricorso a quella Corte di una signora che, venuto a morte nel 2003 il

suo compagno, aveva espresso la volontà di donare a fini di ricerca gli embrioni prodotti con materiale della coppia – e dunque prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004 – nell'ambito di un procedimento di fecondazione assistita.

* * *

In generale, ad uno sguardo di sintesi rivolto al tema in varie e collegate profilature, trova conferma l'impressione che si era manifestata all'inizio, richiamando il contributo dottrinale pioneristico della Glendon, anche se l'esperienza successiva mostra come il panorama delle soluzioni accolte dagli ordinamenti rispetto al momento in cui il saggio fu scritto si sia venuto molto arricchendo e articolando.

La cultura giuridico-costituzionale media europea in materia – ammesso che sia possibile rinvenirne una comune tra opzioni tanto diverse – si basi (salve differenti sfumature normative talune prima richiamate espressioni) su presupposti ideali anch'essi liberali, ma sicuramente non nel senso marcatamente individualistico implicato dalla Costituzione statunitense.

In particolare la Costituzione italiana (sulla quale ora ci si concentrerà) è dichiaratamente fondata – come non è nemmeno il caso di precisare – sul «personalismo» e sulla nozione cruciale della «dignità umana» (non diritto da bilanciare, ma bilancia essa medesima, è stato efficacemente detto, come si ricordava all'inizio): «pari» e «sociale», nelle aggettivazioni della Carta fondamentale italiana, già dall'art. 3, c. 1; «assoluta» (*Unantastbar*, nella coeva *GG* tedesca, art. 1).

Non si ricorda qui il dato per sostenere tuttavia l'equiparazione invero problematica delle nozioni di «soggetto di diritto» e «persona» in senso giuridico, onde derivarne *tout court* una qualità del concepito da proteggere contro la volontà e la determinazione abortiva della madre biologica: come si è visto sopra, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto non equivalenti una *spes hominis* e la situazione di un soggetto già del tutto formato, socialmente operante ed adulto, com'è la gestante.

La lettera più ampia delle disposizioni introdotte a disciplinare il fenomeno abortivo, ma soprattutto la prassi applicativa poco rigorosa (come è stato egualmente segnalato) hanno peraltro allentato il riferimento legittimante alle condizioni personali della gestante (*rectius*: hanno allargato il modo di intenderle), ben al di là di una condizione di sopravvivenza a rischio, riconducibile all'invocazione dell'esimente da reato dello stato di necessità in una sua peculiare profilatura e tuttavia il punto merita una ridiscussione.

5. Il giurista farebbe in realtà bene – se non ad evitare assunti filosofici, il che è impossibile e non sarebbe nemmeno desiderabile (nella sentenza 53/1985 del *TCE*, l'ambizione invero utopica che viene indicata ai giudici sarebbe quella che essi si astenessero «da ogni elemento o criterio di giudizio che non sia quello strettamente giuridico e da quanto altro sarebbe in contraddizione con l'imparzialità e l'obiettività di giudizio inerente alla funzione giurisdizionale che non può attenersi a criteri o schemi, incluse le proprie convinzioni, estranei a quelli dell'analisi giuridica») – quantomeno ad esplicitare quelli ai quali aderisce e, nel caso di uno studioso del diritto positivo italiano, la presa d'atto dell'impronta personalistica del testo della Costituzione che analizza lo toglie da ogni possibile imbarazzo al riguardo.

Che cosa implica peraltro aderire al personalismo, o quantomeno prendere atto che il suo oggetto di indagine ne è esplicitamente e dunque per lui in modo inescapabile, sul piano interpretativo, permeato?

La persona non è invero una monade senza porte e finestre, né a siffatta entità (se pure fosse ipotizzabile) potrebbe mai indirizzarsi il diritto, che è concepibile unicamente come disciplina della convivenza *sociale*.

La sua libertà di autodeterminazione, che è poi appunto la «dignità» di cui si diceva, non si svolge nel vuoto pneumatico: la persona è cioè «situata».

In particolare, essa si determina sì liberamente (se non lo si ritenesse e si assumesse che la sua vita sia vincolata da un'insuperabile necessità, vano sarebbe lo stesso ragionare di «diritti di libertà»), ma può farlo soltanto all'interno del complesso dei vincoli in cui è irrelata, taluni provando ad infrangerli, talaltri accettandoli e modellandoli, altri ancora assumendoli liberamente per il fatto stesso che diviene.

Non esiste cioè una persona che sia titolare di soli diritti da affermare, senza anche doveri da osservare: la Costituzione italiana richiama infatti entrambi i versi dell'attività umana nel medesimo contesto (art. 2), i primi definendoli come «inviolabili» e da «riconoscere», i secondi qualificandoli come «inderogabili».

Anche il suo diritto alla salute le è garantito come fondamentale, tuttavia non solo nel proprio interesse, bensì altresì in quello della collettività; si tratta peraltro – secondo il modo di vedere di chi scrive – non della collettività generale, ma della concreta comunità verso la quale sono state intrattenute relazioni affettive o comunque di scambio.

Svolgiamo con riferimento all'interruzione della gravidanza il discorso implicito in tale premessa.

Fisiologicamente il nascituro è *portio foeminae*, è cioè incluso nel corpo materno medesimo, da cui si distingue subito idealmente, ma fisicamente solo dal momento del materiale distacco (con la recisione del cordone ombelicale),

il che ha condotto la sentenza costituzionale spagnola già richiamata a sostenere che «il vincolo naturale che lega il nascituro alla madre crea una relazione di natura speciale di cui non vi è parallelo in nessun altro comportamento sociale», assunto che spiega – tra parentesi – il nocciolo di verità contenuto nell'idea sopra rammentata, vale a dire che l'aborto sia «una questione di donne».

Del pari è conforme allo stato delle conoscenze scientifiche prendere atto anche da parte dei giuristi che (come dice espressamente ancora la stessa sentenza) «*la vida humana es un divenir, un proceso que comienza con la gestación , en el curso de la cual una realidad biologica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana*».

L'esistenza umana è insomma un processo biologico continuo, che include – se il dato è controverso quanto al «pre-embrione» – quantomeno l'embrione annidato e il feto, momenti di sviluppo personale dell'individuo (in senso biologico) la distinzione tra i quali nel senso della minore o maggiore pregevolezza ai fini giuridici appartiene unicamente all'ordine convenzionale e all'opinabile.

Da quanto ricordato, ne consegue che la scelta materna può essere – riguardo al frutto del concepimento – di autodeterminazione solo relativa, giacché deve risultare non arbitraria, perché il nascituro medesimo non può risultare privo di tutele.

È una scelta, cioè (come tutte quelle umane, ma qui in modo visibilmente immediato) per propria natura essenziale destinata ad essere anche eterodeterminativa.

Da ciò le cautele di leggi e giurisprudenze costituzionali europee (ma in misura diversa persino di quella statunitense) che prima si richiamavano.

Al di là e prima della norma giuridica, peraltro, è stato osservato con acutezza e in modo corretto (ad altro titolo, ma sempre con riferimento a una questione bioetica, come quella del suicidio o del «lasciarsi morire») che «come insegnavano i giuristi romani, il diritto può e deve avere certi confini. […]. La mediazione tra valori etici diversi deve compierla la società, non la legge».

Questo vuole dire che – tanto su questioni di inizio vita, quanto su problemi che si palesano al momento in cui essa finisce – sul piano dell'effettività è necessario richiamarsi all'esercizio *responsabile* dei diritti, ma anche che il tribunale davanti al quale questa responsabilità viene fatta valere, se in molti casi è tale anche in senso tecnico, in altri può – e di più: non può che essere – in primo luogo quello del «foro interno».

Va, insomma e piuttosto che coltivata l'ansia omni-regolatrice del giurista in quanto tale, elevata la soglia di percezione del rispetto della vita, nella società e nella gestante ed è illusorio pensare che il diritto possa riuscire determinante verso questo obiettivo: esso è semmai strumento tra gli altri e non di prima fila,

anche se certo questo non vuol dire che si possa del tutto tralasciare un controllo giuridico stringente ed «esterno» alla gestante sulla ricorrenza o meno dei presupposti legittimanti dell'intervento.

Come assume la storica, seconda decisione tedesca in precedenza richiamata, un vincolo che nella fattispecie fosse esclusivamente giuridico e sanzionatorio, esteriore, non intimamente avvertito, sarebbe perfino controproducente, giacché spingerebbe all'elusione e alla clandestinità del comportamento chi fosse intenzionato ad infrangerlo, non facendo d'altro canto avvertire la sostanza morale dell'opzione e «anestetizzando» il disagio (all'insegna dell'idea fallace ed autoconsolatoria per la quale «ricorrono i presupposti e sono state seguite le procedure di legge, si può allora restare anche eticamente tranquilli»).

Nel caso in cui non si desideri la gravidanza, dunque, l'assunto rinvia alla sua prevenzione tramite una precoce ed esigente educazione, di carattere anche – sebbene non soltanto – sessuale, istituzionalizzata in ambito familiare, ma anche scolastico e di assistenza consultoriale (*ex* l. 405/1975, richiamata del resto quanto all'aborto negli artt. 2 e 5 proprio della l. 194/1978) da potenziare, finanziare e dotare di figure esperte sociali e psicologiche in misura più continua e non episodica, come talora si lamenta dagli operatori che accada, con approccio che per riuscire efficace deve perciò essere anche «informale» più di quanto non sia accaduto in concreto nell'esperienza applicativa, che ormai è di circa quarant'anni), nonché alla promozione dell'informazione sui dati dei processi biologici che sono interessati da un simile conflitto dei valori.

Occorre altresì incentivare ad ampio spettro la convinzione che sia necessario (più che semplicemente opportuno sottoporsi volontariamente – la legge infatti non può imporlo – a visite preventive a rapporti finalizzati alla riproduzione, ove si conosca di essere esposti alla possibile trasmissione di una malattia genetica ereditaria o di avere ad esempio contratto l'aids e di essere quantomeno sieropositivo al *test* sull'HIV.

In particolare e per completezza, va qui ricordato che, in applicazione dell'art. 32, c. della Costituzione italiana, l'articolo 5, c 3°, della legge 135/1990 vieta com'è noto di sottoporre chiunque, senza il suo consenso, ad analisi che mirino a verificare una presenza nel soggetto di infezione da HIV, salva peraltro la possibilità di *screening* di massa a fini epidemiologici su campioni resi anonimi e salva altresì la necessità di evitare che un soggetto affetto da sindrome di immunodeficienza acquisita sia adibito ad un'attività che implichi rischi per terzi (Corte Costituzionale, 218/ 1994). Nello scambio sessuale, poi, di chi – essendo informato di tale sua condizione – la taccia al *partner* si identificano contemporaneamente un illecito civile aquiliano e il reato di lesioni sessuali aggravate (artt. 382 e 383, secondo comma, c. p.), punito, a seconda dei casi, a titolo di «dolo intenzionale» o «eventuale».

Tornando però al tema principale, una donna che abortisce soprattutto non va «giudicata», ma assistita, consigliata senza indurle spavento, riprovazione morale e stigmatizzazione sociale, aiutata insomma a decidere nella libertà (giacché non possono accettarsi una legge o una sua attuazione consultoriale che in materia siano veicolo di un'ipotetica, unica e omogenea «morale di Stato»), ma anche a rendersi consapevole che si trova comunque di fronte a una «*tragic choice*».

Se, com'è stato efficacemente detto a proposito della funzione dei diritti fondamentali, «il loro ruolo (è) per così dire, di (essere) le "leggi del più debole contro la legge del più forte", regola, quest'ultima, che è propria dello stato di natura, ossia dell'assenza di diritto e di diritti», la tragicità della scelta in questione è infatti evidente, trattandosi nella specie di bilanciare – per seguire l'immagine appena ricordata – la legge del più debole in assoluto (il nascituro) con quella di una donna che, essendosi determinata all'interruzione della gravidanza, è dunque perciò stesso debole anch'essa, posto il realistico assunto che una donna incinta (com'è giustamente implicato dalle espressioni richiamate dalle sentenze costituzionali citate *supra*) non si accinge a tale pratica senza enormi costi psicologici.

Nella laica Francia della quale si è sopra riferito, l'allora ministro della salute Simone Veil, difendendo all'Assemblea Nazionale la legge che porta il suo nome, aveva anch'ella a suo tempo detto: «*Je le dis avec toute ma conviction: l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue. Mais comment le tolérer sans qu'il perde ce caractère d'exception, sans que la société paraisse l'encourager? Je voudrais tout d'abord vous faire partager une conviction de femme, je m'excuse de le faire devant cette Assemblée presque exclusivement composée d'hommes: aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement. Il suffit d'écouter les femmes*».

Proprio l'impostazione ancora «eccezionali sta» dell'aborto che da tali parole è chiaramente manifestata è stata tuttavia oggi superata – come si è visto – nell'Esagono, ove si è invece nel corso del tempo aperto l'ordinamento all'attuale previsione di un'esercitabilità a semplice domanda dell'interruzione della gravidanza nel corso del primo trimestre (anche mediante largo impiego, altresì domiciliare, della «pillola RU486», nata del resto appunto nel Paese ed induttiva – a differenza della c.d. «pillola del giorno dopo» – di aborto farmacologico) e questo ha fatto paventare a molti il rischio di una sua «banalizzazione».

6. Un aspetto particolare dell'intensissimo dibattito riapertosi oggi sull'aborto volontario è quello che si articola intorno al controlimite al suo eserci-

zio rappresentato dall'obiezione di coscienza di quanti, medici o paramedici, non intendano prestarsi al procedimento interruttivo della gravidanza.

L' istituto è oggetto in via generale di studi risalenti o più nuovi. Si tratta infatti di un vero *tópos* per quanti si appassionano al tema del rapporto tra autorità e libertà nella storia e nella letteratura, da Antigone in poi, sicché la nota bibliografica che chiude il lavoro eviterà di richiamarli puntualmente, salvo alcuni contributi più recenti, per la classicità e quindi la notorietà di molti di essi e comunque per la loro copiosità.

In sede teorico-generale esso è individuato ormai, dunque, come tecnica diffusa, nel rapporto in democrazia tra diritti soggettivi e doveri costituzionali, al fine della possibile composizione della conflittualità coessenziale al pluralismo ideale della società contemporanee.

Il Comitato Nazionale di Bioetica ha ad esempio approvato e reso pubblico nell'estate del 2012 – com'è noto – un documento (approvato quasi all'unanimità, cioè col solo voto contrario del professore Flamigni) che appunto la raccomanda in linea di principio, di fronte al problema della disciplina di materie eticamente «sensibili».

Su questo piano sono stati peraltro registrati anche evidenti abusi per quanto riguarda il tema discusso in queste pagine, che hanno suggerito a più d'uno il sospetto di un organizzato «sabotaggio» della normativa relativa all'interruzione della gravidanza: da un lato, in Italia resta a volte «scoperta» quasi del tutto, specialmente nelle regioni centro-meridionali, l'offerta pubblica – o quella privata in luoghi idonei convenzionati – del servizio alla donna che si determini all'aborto, anche per la talora ritenuta illegittimità giurisprudenziale di bandi di concorso per personale sanitario riservati in linea di principio ai soli operatori che non intendano sollevare obiezione; dall'altro sono stati talora denunciati per aborto clandestino all'autorità giudiziaria medici che erano ufficialmente obiettori.

Si è pertanto determinata di recente una forte reazione contraria, tradottasi in un atto del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, la cui decisione è stata depositata il 10 marzo 2014, che ha condannato l'Italia (su ricorso della *International Planned Parenthood Federation European Network, molto attiva in tutti i Paesi su questo tema)* per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea, che tutela il diritto alla salute anche della donna, in sostanza per i rilevanti ostacoli all'accesso all'interruzione della gravidanza motivati da eccesso di tutela della libertà di coscienza, a partire dalla situazione dell'area di Jesi, Fano e Fermo, i cui ospedali vedono la totalità di medici specialisti obiettori.

La situazione in materia è peraltro complessa: solo il 24 aprile 2013, quindi poco tempo prima, l'Assemblea del Consiglio d'Europa aveva infatti

invitato gli Stati membri ad «accogliere le credenze religiose nella sfera pubblica, garantendo la libertà di pensiero in relazione alla sanità, all'istruzione e al servizio civile».

Chi scrive aveva proposto già molti anni fa che (ferma l'illegittimità di clausole di bandi di concorso per posizioni mediche o paramediche in reparti di centri di assistenza e cura ginecologica che prevedano clausole come quelle censurate), ogni concreta forma di obiezione di coscienza che venga tradotta in comportamenti praticamente rilevanti – e non consista cioè in condotte di puro pensiero, come sarebbe ad esempio l'impegnarsi a dire la verità in un giudizio, da testimone o consulente, secondo una formula di giuramento caratterizzata in forma religiosa o all'opposto secondo una formula «laica»- sia accompagnata da una prestazione sostitutiva di impegno almeno pari, se non più gravoso.

Andrebbe disposta dunque simile misura anche nel caso del rifiuto di partecipare a interruzioni di gravidanza, diversamente da quanto accade oggi nel nostro Paese, in cui l'obiezione è premiata senza alcun costo, perché assunta come volta a riaffermare in principio il «diritto alla vita» del nascituro.

Va infatti ribadito (come chi scrive aveva a suo tempo osservato, se è qui permesso il rinvio concettuale) che, a mente dell'art. 9 l. 194/1978, che rinvia agli artt. 5 e 7, le procedure ed attività in relazione alle quali è possibile sollevare obiezione di coscienza sono solo quelle direttamente e necessariamente collegate all'intervento abortivo, non invece le attività di cura e assistenza preliminari e conseguenti ad esso ed anzi un sincero obiettore potrebbe trarre dalla propria presenza accanto alla gestante motivo per prospettarle il suo punto di vista, sicché (in tale ottica soggettiva) tale contiguità e occasione di confronto andrebbe da lui addirittura ricercata.

Quanto sopra lo si è scritto cioè non per colpire in modo inammissibile l'obiettore sinceramente motivato, che esercita un diritto costituzionalmente coperto, ma per scoraggiare i furbi e le obiezioni di comodo, che squalificano il valore anche etico dell'istituto.

Oggi alcune dottrine riprendono il suggerimento, che una di esse definisce correttamente come «una soluzione non teoricamente, ma fenomenologicamente necessitata», che è insomma imposta non da ragioni di teoria generale o da coerenza sistematica astratta, bensì dall'abuso del ricorso alla pratica obiettoria senza «pagamento di dazio», come si direbbe popolarmente, il che ne svilisce il valore di gesto testimoniale di valori diversi da quelli ai quali si oppone.

In termini, può da noi vedersi ora – in tale direzione – il recentissimo Decreto 152/ 2014 del Presidente della Regione Lazio, che approva tra l'altro le «Linee di indirizzo regionali per le attività dei consultori familiari», a mente

delle quale il medico ha comunque il dovere di informare, garantendo in particolare alla paziente che richiede un aborto la documentazione all'uopo utile ed è tra l'altro obbligato alla prescrizione dei contraccettivi, anche successivi al rapporto sessuale.

In base a tale atto, il medico può insomma obiettare alla partecipazione ad interventi di interruzione volontaria di gravidanza, ma in ogni caso non può sottrarsi al suo compito di assistenza e cura nell'ambito dei consultori familiari e – secondo la giurisprudenza penale di legittimità – nemmeno all'assistenza comunque successiva all'interruzione della gravidanza: il caso era quello di un aborto farmacologico, avvenuto senza la partecipazione di una dottoressa addetta alla guardia medica, denunciata e condannata perché – chiamata in soccorso per una emorragia successiva all'aborto già avvenuto, nella c. d. «fase di secondamento» del feto, che dopo detto intervento era in via di espulsione – aveva opposto, rifiutando la prestazione richiesta di ausilio, la sua condizione di obiettrice (Cass. pen., VI, 14979/ 2012). In precedenza, Tar Puglia, 3477 /2010 aveva – in senso restrittivo di principio apparentemente analogo, ma in realtà con esito pratico in parte opposto – ritenuto che il medico che esercita in un consultorio è obbligato a prestare le altre attività comunque previste dalla legge, salve appunto quelle di partecipazione diretta all'intervento, di talché le sue convinzioni al riguardo – limitatamente a quanto appena precisato – non rilevano. L'effetto era stato peraltro, nel caso, quello di escludere in parte dal concorso *ad hoc* medici obiettori, ricorrenti perché esclusi in quanto non dichiaratisi disponibili all'interruzione della gravidanza, come il bando annullato invece richiedeva ed interessati tuttavia ad entrarvi, al fine di esercitare nella fase istruttoria – non certo in quella dell'intervento interruttivo della gestazione, la partecipazione al quale era da loro per primi esclusa – un'azione dissuasiva. Più precisamente, si era dichiarato il bando riservato *in toto* a medici obiettori come illegittimo, indicandosi come ragionevole la riserva dei posti fino al 50%. Nella prospettiva dialogica in seguito argomentata tale soluzione compromissoria sembra invero a chi scrive equilibrata, giacché contempera le opposte esigenze di aprire il consultorio a visioni *pro life*, mantenendovi però anche punti di vista *pro choice* e professionisti orientati ad eseguire l'intervento richiesto).

A questo punto torna opportuno per connessione porre attenzione alla recentissima ripresa del dibattito pubblico e giudiziario statunitense, proprio sotto il profilo che si sta analizzando dell'obiezione di coscienza.

Si tratta delle discussioni sui casi *Hobby Lobby (U. S. Supreme Court*, 354/ 2013) e *Conestoga Wood Specialties Comp*. (*U.S. Supreme Court*, 356/ 2013) e sul successivo caso di sospensione provvisoria dell'obbligo di distribuire anticoncezionali da parte del *Wehaton College* dell'Illinois di ispirazio-

ne cristiana rigorosa, che risultano da controverse (e non unanimi nemmeno in seno ad essa) decisioni della Corte Suprema .

Nel primo esempio (*Burvell versus Hobby Lobby* e *Conestoga*) si è statuito che le imprese *closely-held,* che sono cioè controllate da pochi soggetti (quindi non da azionisti diffusi ed anonimi), laddove non intendano fornire ai dipendenti copertura assicurativa in relazione a talune pratiche anticoncezionali che potrebbero in astratto implicare distruzione di materiale embrionale, operano legittimamente, giacché i loro titolari stanno in tal modo esercitando la libertà religiosa, negli U.S.A. protetta da ultimo, in attuazione della Costituzione, dal *Rfra* (*Religious Freedom Restoration Act*) del 1993 e in nome della *Free Exercise Clause*.

Il caso era nato dalla censura, sul punto, dell'*Obamacare*, la riforma sanitaria dell'Amministrazione Obama, promosso da un'impresa di Oklahoma City con molte migliaia di dipendenti, *leader* nel settore dei beni e dei servizi per il tempo libero e il *bricolage* (da cui la sua denominazione) e riferibile – assieme alla controllata *Mardel* – alla gestione diretta della famiglia Green, i cui componenti sono cristiani evangelici particolarmente rigorosi. Dopo un giudizio che aveva portato ad una condanna al pagamento di una forte multa in primo grado, la Corte distrettuale di Denver aveva ribaltato la precedente decisione, oggi confermata dalla Corte Suprema a stretta maggioranza (cinque *Justices* contro quattro).

Analoga era la posizione della più piccola azienda *Conestoga*, produttrice di armadi lignei.

Analogamente, subito dopo questa decisione, nel caso relativo al *Wheaton College* dell'Illinois, la Corte Suprema (*U. S*., 573/2014) ha poi stabilito con un ordine di sospensione che su di esso non gravi l'obbligo di rendere nota la sua contrarietà a pratiche e strumentazioni contraccettive, attraverso la compilazione di un modulo da cui consta il rifiuto a provvedere in tale senso, detto *Ebsa Form 700,* sul presupposto che anche solo la compilazione del documento implichi una astratta, favorevole disposizione in tale direzione.

In sostanza, dopo questi interventi della Corte Suprema (assunti come si ripete non all'unanimità), viene allargata anche ai datori privati di lavoro religiosamente orientati e direttamente coinvolti nella gestione aziendale l'eccezione, prevista dal *Patient Protection and Affordable Care Act* per gli istituti di tendenza religiosi, di rifiutare il finanziamento assicurativo della copertura di prestazioni abortive e di strumenti contraccettivi di emergenza («pillola del giorno dopo», IUD), il cosiddetto «*contracceptive mandate*», attraverso la compilazione del modulo di cui sopra si è detto, il che consente di ribaltare la detta copertura sugli istituti di assicurazione sanitaria e su terzi in ipotesi disponibili.

Sembra in realtà di potere osservare che il richiamo alla libertà religiosa – come atteggiamento che assicura rilievo anche pubblico-sociale, sotto quest'aspetto, alla personalità individuale – sia in questi casi strumentale (*immoderat*e, secondo la *dissenting opi*nion di *Justice* Ginsburg nel caso *Hobby Lobby*).

Si finisce infatti con l'attribuire all'imprenditore un illegittimo potere di pressione rispettivamente su lavoratori dipendenti da tali aziende o agli organi direttivi del *college* su studentesse e dipendenti, anche in riferimento a momenti ed opzioni della loro vita estranei al rapporto di lavoro o solo con molta forzatura estensibili a quello con l'ente educativo (secondo un'ottica che attribuisce cioè ad esso una funzione formativa tale da investire la personalità e le opzioni degli allievi e dei dipendenti in modo integralistico e totalizzante), oltreché assimilare irragionevolmente pratiche di interruzione della gravidanza e altre, solo anticoncezionali, che questo evento sono anzi dirette a prevenire.

Tale controverso indirizzo vulnera invero il principio di equidistanza dei poteri pubblici da specifiche fedi religiose e può determinare come effetto concreto prevedibile il rischio di fare rifluire le donne verso la pratica dell'aborto clandestino, proprio quella che un atteggiamento di minore rigidità permetterebbe invece di scongiurare, incanalando invece le vicende verso una modalità dialogica di composizione degli interessi in conflitto.

Da questo punto di vista, viene anche fatto di ricordare in proposito anche la ripetuta giurisprudenza costituzionale italiana che ha negato l'esercizio dell'obiezione di coscienza al giudice tutelare coinvolto nella valutazione della ricorrenza o meno – in fattispecie concrete – dei presupposti per l'interruzione della gravidanza di una minore.

In casi del genere veniva in realtà in questione l'indeclinabilità della stessa funzione giudiziaria, oltre che avere un peso la minore «prossimità emotiva» del magistrato al caso (da una parte della dottrina peraltro negata), richiedendosi al giudice solo un accertamento tecnico di sussistenza dei presupposti per applicare la legge e non certo la diretta partecipazione sanitaria all'intervento di interruzione della gravidanza, anche se un rimedio pratico potrebbe rinvenirsi nella non assegnazione in tali casi al giudicante di cui si conoscono le convinzioni in materia di pratiche di tale natura (il che si rende tuttavia possibile unicamente negli uffici giudiziari di maggiore dimensione), ferma restando la necessità che egli effettui comunque funzioni professionali sostitutive di quella in ipotesi ricusata.

7. Come si può notare da quanto passato finora in rassegna, in Francia la sanzione penale è irrogata oggi addirittura a chi l'aborto lo ostacoli senza giustificazione, o abusando della pratica obiettoria, ovvero ancora se – obiettando – non indichi chi, in sua sostituzione, può partecipare all'intervento o comunque fornire i mezzi farmacologici per porre fine alla gravidanza.

Come si è in precedenza visto, essa colpiva invece in Germania – in un primo tempo – anche la donna incinta che abortisse al di fuori delle «indicazioni», salvo il successivo abbandono di questa via dissuasiva per una più morbida e dialogica.

Si tratta invero dell'unica strada – a parere di chi scrive – che sia compatibile con la necessità che, in ultima analisi, il dialogo della donna con se stessa (e con il figlio che reca in sé e che dunque potrà nascere o meno) avvenga, una volta che sia stato completato il procedimento legale in materia, in uno *spatium deliberandi* coscienziale, di opportuno «silenzio del diritto».

Si deve cioè ribadire, alla verifica di un tema specifico, come in materia si rinvenga un momento topico in cui la norma giuridica come tale deve ritrarsi e devono tenere il campo unicamente discipline regolatorie ispirate a sistemi di valutazioni di ordine diverso,.

Innanzitutto, le soluzioni vanno fondate su presupposti scientifici corretti (per più ampi dibattiti in materia si ricordino – in Italia – i casi *Di Bella* e *Stamina*, che tanto hanno affaticato anche giudici, autorità amministrative e scientifiche, oltreché la dottrina giuridica): «*ubi scientia, ibi jura*», si è incisivamente detto commentando l'odierna apertura della Consulta alla fecondazione eterologa, dimodoché il principio della «ragionevolezza scientifica» deve ritenersi opponibile alla altrimenti arbitraria e «ideologica» discrezionalità del legislatore.

Ciò detto, la proposta ed accettazione delle soluzioni scientificamente praticabili va posta in grado di intercettare peraltro il vissuto esperienziale (etico-religioso, psicologico, sociale) dell'interessata.

In presenza di tali condizioni, la decisione finale della donna incinta va presa dunque dall'interessata dopo interlocuzioni con esperti sentiti in consulto e in dialettica col suo mondo di affetti familiari e amicali.

Quello sopra richiamato in ordine alla criminalizzazione dell'aborto fuori da termini e indicazioni o all'abuso dell'obiezione di coscienza è ad esempio l'opposto assetto che assai differenti sensibilità culturali e quindi ordinamentali danno al problema spinoso che intendono regolare, ma non si può al contrario che reiterare in conclusione – anche sotto questo più specifico profilo – le perplessità sopra manifestate a proposito della sproporzione del ricorso alla sanzione penale (e più in generale al ricorso totalizzante allo strumento del diritto e alla coppia categoriale del diritto e

del dovere giuridico correlati) in un momento dell'esperienza umana che più di ogni altro richiede invece, a suo avviso, capacità di dialogo, ascolto e *com-passione* (nel senso etimologico del «farsi carico assieme» degli operatori e dei soggetti interessati: non dunque solo la donna, anche se lei per prima) del fascio di problemi esistenziali che concretamente si pongono, proiettandosi verso una finale determinazione informata e responsabile, ma comunque mai *futile*, dell'interessata.

(*) Ringrazio, per l'imprescindibile e dunque prezioso confronto che ho avuto con ciascuna di loro sul merito delle tesi argomentate nel presente testo, le colleghe Fulvia Abbondante, Ondina Cafiero, Paolina Di Lauro, Maria Teresa Fiore, Mariapia Iadicicco, Franca Meola, Lucilla Risicato, Maria Serena Viceconte e Linda Verdesca, con le quali ho avvertito il bisogno di dialogare sul tema e che ne hanno perciò letto una versione non definitiva. La responsabilità esclusiva di quanto qui sostenuto resta peraltro ed ovviamente dell'autore.

8. La presente nota non ha pretese di esaustività, segnalando semplicemente i testi tenuti presente per lo studio preliminare alla stesura definitiva dello scritto (chiusa il 21 luglio 2014), molti dei quali oggetto di lettura e riflessione risalenti nel tempo

- V. Abu Awwad, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 403 ss.
  Id., *Obiezione di coscienza e aborto farmacologico*, nota a Cass. pen , VI 14979/ 2012 , in *Diritto penale contemporaneo, 27 giugno* 2013
  Accesso alle proprie origini biologiche. Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo/ Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Pacini, 1/ 2013, 67 s.
- S. Agosta, La Consulta nel *gioco di specchi riflessi* tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente), in www.niodiritto.org
- Á. Aparisi Miralles - J. L. Guzmàn, *El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto de aborto. De la fundamentación filósofico-juridica a su reconocimiento legal*, in *Persona y Bioetica*, vol. X, 2006 (26), 35 ss.
- S. Attolino, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *www.statoechiese,.it*, 28 ottobre 2013.
- B. Barbisan, *L'Affaire Perruche e il risarcimento del "diritto a non nascere",* in *www.associazionedeicostituzionalisti* s.d. (ma 2002).
- G. Bert, *Medicina narrativa. Storie e parole nella relazione di cura*, Roma, 2007.

- E. Larghero - M. Lombardi Ricci, *Bioetica e medicina narrativa. Nuove prospettive di cura*, Torino, 2012.
- P. Bianchi, *La riforma dell'assistenza sanitaria negli Stati Uniti*, in *www.sintesidialettica.it*, 21 settembre 2010.
- H. Bloom, *Il canone occidentale. I libri e le scuole delle età* , trad. it, Milano, 1986.
- G. Bognetti, *Aborto*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali* , I, Roma, 1991, 7 ss.
- P. Borsellino, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Milano, 2009, in part. 229 ss.
- P. Bottino, *Medicina narrativa ed abilità relazionali, un cammino necessario,* in II/ 8, settembre 2013
- G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato),* in *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, III, Napoli, 2009, 815 ss.
- L. Busatta, *La sentenza A, B, C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine di apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2/ 2011, 445 ss.
  Id., *Burvell v. Holly Lobby, U.S. Supreme Court, 30 giugno 2014*: *libertà religiosa e contraccezione*, 30 giugno 2014, scheda in pari data, in *www.biodiritto.org*.
- S. Cacace, *Identità e statuto dell'embrione umano: soggetto di diritto/oggetto di tutela?*, in *Riv. it. med. leg* , 2013, 1736 ss.
- A. Calvo Meijide, *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto onstitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*, in *Cuad. Bioté.*, 2/ 2004, 283 ss.
- G. Capizzi, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, in *www.biodiritto.org*.
- L. Cappuccio - S. Prisco*, Obiezione di coscienza e trattamenti sanitari obbligatorî*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2000, 51 ss.
- A. Carminati, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio della Rivista AiC*, 26 giugno 2004
- F. P. Casavola, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013
- C. Casonato, D*iritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 4/ 2004, 841 ss.
  Id.*, Introduzione al biodiritto*, 3^ ed., Torino, 2012, 78 s.
- T. Castro Martín, *Il nuovo progetto di legge sull'aborto volontario in Spagna: un flashback che nessuno desidera*, in *www.neodemos.it* , 2 aprile 2014
- M. Carrer, *Shut up and calculate? Il giudice tutelare, la Corte costituzionale e l'interruzione di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012
- M. Cavino, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, in *www.diritti fondamentali.it*
- F. e G. Cembrani, *Ancora una volta il Giudice costituzionale salva l'impianto della legge 22 maggio 1978, n. 194, in www.biodiritto.org*

- S. Chernetich, *L'aborto negli Stati Uniti d'America ed in Francia:*, in *Diritto penale - XXI Secolo,* 1/ 2005, 59 ss.;
- Id, *Il diritto della madre all`aborto in Francia,* ivi, 2/2006, 335 ss.
- P. Chiassoni, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, in *Diritto&Questioni Pubbliche,* 2009, 65 ss.
- M. Cerroni, *La Corte di Strasburgo si pronuncia sulla normativa irlandese in materia di aborto*, in *DPCE online*, 1/ 2011
- L. Chieffi, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., 133 ss.
  Id., *Dignità umana e sviluppi del principio personalista*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura dello stesso, 3 ss.
- *Copiose manciate di fumo negli occhi. Riflessioni sulla Francia e l'aborto*, nota non firmata in *www.incrocidegeneri.it*, 25 gennaio 2014
- A. Colella, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 2 Cedu*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, nel sito, *ad nomen auctoris*
  Id., *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, *ibidem*, 2011.
- R. Cover, *Nómos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Torino, 2008
- G. Coletta, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *Revista brasileira de direito constitucion*al, 17/ 2011, 311 ss.
- G. Costa, S*celte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*, Firenze, 2005
- P. Cristiano, *La tutela del soggetto debole*, tesi di dottorato in bioetica, XX ciclo, Università di Bari, nel *web, ad nomen auctoris*
- S. Curreri, *Il "decreto Zingaretti" sull'esercizio dell'obiezione di coscienza all'aborto: una risposta sbagliata ad un problema serio*, in *Confronti Costituzionali,* 17 luglio 2014
- G. D'Amico, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum bio-diritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, Padova, 2009, 7 ss.
- M. D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994
  Id., *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di Ccassazione* (n. 16754 del 2012), in *Rivista AIC,* 2/2014.
- P. I. D'Andrea, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrional (*(Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 luglio 2012
- G. Danesi, *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in *Analisi e Diritto*, 1998, a cura di P. Comanducci e R. Guatini, Torino, 1998, 77 ss.
- P. de Maeyer, *La Polonia non cambia la legge sull'aborto. Il 18 settembre in Liechtenstein referendum per depenalizzare l'aborto*, in *www.zenit.org*, martedì 6 settembre 2011

- P. De Stefani, *Corte europea dei diritti umani: sentenza della Grande Camera nel caso Vo c. Francia, 8 luglio 2004. Nota*, in *Pace e diritti u*mani, 2004, 150 ss.
- F. Di Ciommo, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement? Cassazione Civile, Sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741*, in *Danno e Resp*., 2/2010, 144 ss.
- *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, in Quaderno n. 2 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza, Tricase, 2010
- *Dossier*: *Come è cambiata la legge 40 (2004 - 2014)* in *www.biodiritto.org*., 14 aprile 2014
- E. Dolcini, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in *www.statoechiese,it*, rivista *on line*, dicembre 2008
- E. D'Onofrio - E. Testani, *Il consultorio familiare. Le sue dimensioni fondanti: accoglienza, ascolto, aiuto*, Roma, 2010
- R. Dworkin, *Il dominio della vita*, trad. it, Milano, 1994, spec. 85 ss.
- A. Errante Parrino, *La Cassazione e il danno da "nascita malformata": un particolare approccio alla "wrongful life action". Commento a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754*, in *Persona e Mercato*, 1/2013, 47 ss.
- R. Fattibene - M. P. Iadicicco, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di R. Prodomo, 2006, Torino, 224 ss.
- G. Fattorini, *I consultori in Italia*, Roma, 2014
- C. Flamigni, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Bologna, 2008
- M. Fusco*, Il difficile rapporto tra la nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita e la legge 194/78*, in *La cura delle donn,* a cura di R. Bonito Oliva, Roma, , 2006, 231 ss.
  Id., *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Torino, 2010, 37 ss.
- M. Fratini - A. Salerno, *Il risarcimento del danno da nascita indesiderata. Nota a Cass. Civ.* III, 12 ottobre 2012, n. 16754**,** in *www.neldiritto.it*, 1/2013, 70 ss. (testo parziale della decisione ivi, 65 ss.)
- A. Giuli, *Inizio della vita umana individuale. Basi biologiche e implicazioni bioetiche*, Roma, 2005
- M. A. Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass., 1987
- F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014
  id., *Aborto farmacologico e attività di secondamento: la disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, in *Rivista AiC***,** 4/2013
- A. Gubilini - F. Minerva, *After-birth abortion: why should the baby live*?, in *Journal of Medical Ethics*, 23 febbraio 2012, trad. it in *www.tempi.it*, 1° marzo 2012
- M. P. Iadicicco*, L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna*, in *Forum di Quaderni Costituzionali***,** 10 settembre 2012

Id., *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.a.r. Puglia la presenza di medici obiettori nei consultorî familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. Cost*., 2/ 2011, 2000 ss.
- L. Antonini, *Il mercato dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2008.
- *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali: USA, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, 1976
- I. Martínez-Echevarría, *La protezione dell'ispirazione cristiana nelle istituzioni mediche, educative e assistenziali: il caso Obamacare*, in *Fede, evangelizzazione e diritto canonico*, Roma, 2014, 105 ss.
- S. Canestrari e dibattito tra F. Mantovani e P. Veronesi, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto,* in *Criminalia*, 2011, 387 ss.
- C. Lalli, *La legge 40 viola alcuni diritti fondamentali dei cittadini (italiani)? in Forum bio-diritto 2008*, cit., 161 ss.
- A. Lanzafame, *La fecondazione medicalmente assistita tra bilanciamento di valori e consenso europeo*, in *www.leggioggi.it*
- L. Lavacchi - . V. Poli, Evidence Based Medicine *e* medical humanities *nelle cure palliative, in Riv. It. Cure Palliative,* 3/2012, 39 ss.
- B. Liberali, Una nuova censura (nuovamente respinta) nei confronti della l. n. 194 del 1978, in www.biodiritto.org
- S. Lieto, *Dignità e valore tra etica, economia e diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, cit., 163 ss.
- J. López Hernández, *La objeción de conciencia en el ejercicio de la medicina*, in *Anales de Universidad de Murcia*, 15/1997, 41 ss.
- J. Luther, *Dignità e ragionevolezza*, in A. Cerri, a cura di, *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, II, Roma, 2007, 185 ss.
- S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012
  Id., *Spagna: la riforma dell'aborto e le nostalgie patriarcali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 marzo 2014
- M. Manetti, *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, in *www. costituzionalismo.it*, 2 / 2005
- A. Manna, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen*., 2005, 345 ss.
- S. Marani, *Contagio da HIV e lesioni personali gravissime***.** Nota a Cassazione penale, V, 13388 /2009, in *Altalex Mese - Schede di Giurisprudenza,* 5/2009
  Id., *Medico obiettore di coscienza deve comunque assistere paziente dopo l'aborto*. Nota a Cassazione penale, VI, sentenza 2. 4. 2013 n. 14979, in *Altalex*, 20 aprile 2013
- A. Margaria, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana*, in *Min. Giust*. 2/ 2013, 340 ss.
- G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001
- J. Martín de Agar, *Problemas jurídicos de la objeción de conciencia*, in *Scripta Theologica*, 27 (2/ 1995), 519 ss.

- F. Meola, *«…fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40). Appunti su un inciso alquanto controverso, in Forum bio-diritto 2008,* cit., 193 ss.
- A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale),* in *Enc. Dir., Annali II, tomo II,* Milano, 2008, 185 ss.
  Id., Ubi scientia ibi iura. *A prima lettura sull'eterologa, in Quaderni Costituzionali - Rassegna,* 6/ 2014, 11 giugno 2014
- L. V. Moscarini, *Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I., Roma, 1988
- J. De Dios Vial Correa - E. Sgreccia, *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto culturale contemporaneo*, Atti della ottava assemblea della Pontificia Accademia per la Vita. 25 - 27 febbraio 2002, Città del Vaticano, 2003
- S. Niccolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in w*ww. costituzionalismo.it* , 2/2005
- *Organizzazione e attività dei Consultori familiari pubblici in Italia - 2008*, novembre 2010, in *www.salute.gov..it*
- A. Osti, *Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legalizzazione dell'aborto in Irlanda?* Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05, *A. B. e C.* c. *Irlanda,* in *Quad. Cost.,* 1/ 2011, 156 ss
- D. Paris, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil Constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 17 ottobre 2012
- C. Passalacqua, *L'aborto criminoso nella dottrina penalistica tra Otto e Novecento*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, rivista online, IV (2011)
- G. Pellegrino, *Generazioni future e libertà riproduttiva*, in *Filosofia e Questioni Pubbliche*, 1/2007, 31 ss.
- M. Pellingra Contino, *Il diritto alla vita tra Costituzione e giurisprudenza*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente,* III/2005*,* sul *web,* 20 settembre 2005
- S. Penasa, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro dei diversi livelli di regolazione legislativa nel biodiritto?* in *Forum bio-diritto 2008*, cit., 57 ss.
  Id., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 6/ 2014, 16 giugno 2014
- L. Perini, *Quando l'aborto era un crimine. La costruzione del discorso in Italia e negli Stati Uniti (1965-1973)*, in *www.storicamente.org,* 6/ 2010
- G. Perrone, *Aborto: il dibattito si allarga in Europa*, in *www.Lettera43.it*, 24 gennaio 2014
- C. Piciocchi, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013

- A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma - Bari, 179 ss.
- A. Pioggia, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, 11/2014 (204)
- P. Piras, *Quando volere non è potere*, nota a Cass. pen., VI, 14979/ 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, gennaio 2014
- T. Pitch, *L'embrione e il corpo femminile*, in *www.costituzionalismo.it*, 2 / 2005
- S. Pollo, *Scegliere chi nasce. L'etica della riproduzione umana tra libertà e responsabilità*, Milano, 2003.
- F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011
- *Politica olandese sull'aborto*, scheda informativa analitica, in *Italy.nlembassy.org*
- C. Poncibò, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia. Nota a Corte di Cassazione*, III, n. 6735/ 2002, in *Cardozo Law Review*, all'url *www.jus.unitn.it*, 2003 e in *Giur. It.*, 2003, 883 ss.
- G. Pontara, *Etica e generazioni future*, Roma - Bari, 1995
- S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico?*, Napoli, 1986, 168 ss.
  Id., *Obiezione di coscienza all'aborto e risposte dell'ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri*, in *Confronti Costituzionali*, 21 luglio 2014
- R. Prodomo, *Bioetica di inizio vita: una prospettiva liberale*, in *Lineamenti di una biotica liberale*, Bologna, 2003, 46 ss.
- G. Puppinck, *Il Consiglio d'Europa fa pressione su Irlanda e Polonia per imporre l'aborto, www.tempi.com,* 18 dicembre 2012
- R. Rao, *Property, privacy and other legal constructions of the embryo , in Forum bio-diritto 2008.* cit.,141 ss.
- F. Rinaldi, *La «dignità umana» e la «vita»: tra «*volontà e rappresentazione*». Note minime*, in *www.diritti fondamentali.it*
  Id., *La problematica soggettività giuridica del nascituro, con particolare riguardo al "diritto a nascer sani". Bioetica di un recente diritto*, ivi
  Id., *La tutela dell'embrione nella Costituzione*, ivi
- *Ritorno al passato: la Spagna e l'aborto, nota redazionale* in *www.personaedanno.*it, 23 aprile 2013
- S. Rossi, *Se il diritto è una terra straniera: note sull'ordinanza spoletana in tema di aborto*, in *www.biodiritto.org*.
- A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in Quaderni *Costituzionali – Rassegna*, 6/2014, 14 giugno 2014
- A. Sartea - I. Schiralli, *Aborto, consultori e obiezione di coscienza* in *Iustitia*, 2011, 81.
- G. Salito, *La persona nei diversi ordinamenti giuridici*, in *www.comparazioneedirittocivile.it*, gennaio 2013
- B. Salvatore, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012

- M. Saporiti, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell'obiezione di coscienza all'aborto in Italia,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2013, 477 ss.
- A. Schuster, *Lo* status *giuridico dell'embrione in ottica comparata., in Forum bio-diritto 2008…,* cit., 255 ss.
- L. Serino, *Obiezione di coscienza e aborto: la condanna del Comitato Europeo dei Diritti Sociali,* in *Diritti Umani in Italia*, rivista giuridica, in *www.Duitbase.it*, 8 Maggio 2014
- C. Siano, *La tutela giuridica dei soggetti coinvolti nella procreazione*, Salerno, 2008
  Id., *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. Civ*., X(2009)
- V. Silvestri, *Il quesito sul diritto alla vita dell'embrione e/o del feto ex art. 2 CEDU rimane ancora insoluto nella sentenza* Evans c. Regno Unito *della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 25 luglio 2006
- P. Spaziani, *Questioni attuali in tema di procreazione medicalmente assistita: fecondazione eterologa e diagnosi preimpianto alla luce della giurisprudenza della Corte EDU*, in *www.neldiritto.it, 1/2013, 6 ss.*.
- S. Spinelli, *Nata per sbaglio, risarcita* (*commento a Cassazione, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754*), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 ottobre 2012
- S. Spinsanti, *L'ascolto che guarisce. L'ascolto nelle professioni di aiuto: questione di "bon ton"?* , in *Medicina narrativa*, 1/2011, 95 ss.
- L. Sposato, *La tutela dell'embrione e il "diritto nascente". Osservazioni "minime" sulla ragionevolezza del legislatore, in www.altalex.it*, 17. 3. 2008
- P. Tanzarella, *I diritti della Corte Europea dei diritti*, in L. Cappuccio - A. Lollini - P. Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012, 35 ss.
- D. Tega, *Corte europea dei diritti: l'aborto in Irlanda tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno.* Nota a sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2010, *A. B. e C. c. Irlanda,* in *Quad. Cost.,* 1/ 2011, 159 ss.
- A. Terrasi, *Il divieto di aborto innanzi alla Corte europea dei diritti umani, tra obblighi positivi e negativi.* Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2010, *A. B. e C.* c. *Irlanda,* in *DUDI,* 2/ 2011, 403 ss.
- M. Tomasi, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine del "caso Stamina"*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, cit., 63 ss.
- I. Trujillo, *Il disaccordo nello Stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all'obiezione di coscienza*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 2009, cit., 151 ss.
- *Un caso tragico riapre il dibattito sull'aborto in Irlanda*, nota redazionale in *www.personaedanno.it,* 15 novembre 2012
- G. Vaccari, *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in *Forum bio-diritto 2008*, cit., 109 ss.

- A. Vespaziani, *Costituzione, comparazione, narrazione. Saggi di Diritto e Letteratura,* Torino, 2012
- S. Veil, *L'interruption volontaire de grossesse*. Débats historiques de l'Assemblée Nationale (1974) réunis par L. Caul-Futy dans un coffret de 4 CD audio, Paris, 2011
- P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano 2007, 97 ss.
- E. Vigato, *Godelli c. Italia: il diritto a conoscere le proprie origini*, in *Quaderni costituzionali*, 4/ 2012, 908 ss.
- F. Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto&Questioni Pubbliche,* 2009, cit, 169 ss.
- L. Viola, *Obiezione di coscienza "di massa" e diritto amministrativo*, *www.federalismi.it*, 10/2014
- L. Zannini, Medical humanities *e medicina narrativa. Nuove prospettive nella formazione dei professionisti della cura*, Milano, 2008
- D. Zappalá, *Francia, dove l'aborto è come un'appendicite*, in *www.reginamundi.info*
- P. Zatti, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto, in La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 149 ss.
  Id., *Per un diritto "gentile" in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *NGCC*, 1/2013, 1 ss.

Maria Clelia Zurlo*

ABORTION STIGMA E SALUTE PSICOFISICA FEMMINILE

Sommario: 1. Vicissitudini e interruzioni dei percorsi della filiazione: fecondazione assistita e aborto. 2. Le logiche della filiazione nell'Interruzione Volontaria di Gravidanza. 3. Logiche della filiazione e *abortion stigma*. 4. L'intervento di sostegno psicologico nell'IGV: riformulare il paradosso. 5. Bibliografia.

1. Il tema della filiazione appare negli ultimi decenni al centro di vivaci discussioni e trasformazioni rilevanti. Le questioni sollevate da fecondazione assistita e aborto sono tra le principali questioni poste dalla bioetica. Da un lato, infatti, i progressi scientifici nel campo delle tecniche biomediche e della fecondazione assistita hanno reso possibile affrontare ostacoli prima insormontabili e realizzare una serie di ipotesi di concepimento prima inimmaginabili. Dall'altro, le modificazioni derivanti dai mutamenti sociali, giuridici e culturali hanno reso possibile, in direzione opposta, la realizzazione del rifiuto di avere un figlio, con l'interruzione volontaria di gravidanza.

Nel panorama degli studi interdisciplinari sollecitati da tali mutamenti, la ricerca psicologica di orientamento psicoanalitico è impegnata nel lavoro di analisi e riflessione sugli effetti di tali modificazioni sulla vita psichica individuale, di coppia e familiare, e sui modi in cui il desiderio di un figlio viene a declinarsi e a trovare espressione e realizzazione nella società contemporanea. In questo orizzonte fecondazione assitita e aborto divengono esempi emblematici delle nuove possibili configurazioni contemporanee del desiderio di filiazione e degli interdetti rispetto alla realizzazione di esso.

L'approccio dinamico al funzionamento psichico proprio della psicoanalisi fin dalle sue origini ha posto l'accento sul gioco di forze che caratterizza la vita psichica. In questo gioco di forze, generato dal desiderio e dalla spinta alla sua realizzazione, si verificano associazioni, compromessi, ma anche conflitti e inibizioni reciproche tra i più diversi impulsi. La vita

* Professore Associato di Psicologia Dinamica, Università degli Studi di Napoli Federico II.

psichica è dunque concepita dinamicamente come ricerca di un equilibrio, di un'armonizzazione tra impulsi e desideri consci e inconsci, a livello intrapsichico, e tra mondo interno e realtà esterna, a livello intersoggettivo e nell'interazione con la realtà esterna.

In questi termini il desiderio di filiazione si inscrive in una dinamica intrapsichica intrinsecamente complessa, ambivalente e conflittuale, e, contemporaneamente, in un contesto reale, sociale, culturale, medico, di realizzazione o non realizzazione di tale desiderio. In una simile prospettiva, quindi, fecondazione assistita e aborto sono interventi medici che vanno a rapportarsi, in maniera opposta, alla medesima dinamica tensionale tra desiderio di filiazione e suoi interdetti.

Nel caso della fecondazione assistita il desiderio di filiazione si confronta con una interruzione involontaria, un interdetto nella sua realizzazione, interdetto che può derivare da un impedimento interno, da un conflitto intrapsichico insoluto che trova espressione nel corpo, nelle infertilità psicogene, e/o da un impedimento esterno alla psiche, un impedimento fisico, che non può tuttavia non avere a sua volta risonanze sul piano psichico conscio e inconscio. Nel caso dell'intervento di aborto volontario, invece, l'interruzione è voluta, ed esprime, seppure in maniera simmetricamente opposta, attraverso la negazione e il rifiuto, un'analoga dinamica conflittuale insoluta tra filiazione e interdetti alla sua realizzazione.

Sia nel caso della fecondazione assistita che in quello dell'aborto la dinamica interna tra desiderio di filiazione e suoi interdetti si definisce rispetto al contesto relazionale di appartenenza, e alle caratteristiche sociali, culturali e giuridiche, da un lato, e mediche, dall'altro, che vengono a creare, nel loro insieme, l'orizzonte di realizzabilità del desiderio individuale. Entrambi gli interventi esprimono quindi, in direzioni opposte, la complessità della filiazione umana, e il suo continuo trasformarsi nell'intreccio tra mutamenti provenienti dai progressi biomedici, mutamenti derivanti dall'evoluzione socioculturale e giuridica, e inevitabili mutamenti sul piano del vissuto psicologico conscio e inconscio della filiazione, che volta a volta viene strutturandosi in ciascun individuo.

In questo senso l'approccio psicodinamico colloca le dimensioni giuridiche, che regolamentano questi interventi, e quelle biomediche, che li rendono materialmente possibili, sullo sfondo, considerandoli come inaggirabili aspetti contestuali con cui la psiche degli individui coinvolti interagisce nel tentativo di risoluzione del conflitto e di realizzazione dei propri desideri consci e inconsci.

2. La ricerca sugli effetti psicologici dell'esperienza abortiva è stata a lungo influenzata dal violento scontro ideologico tra abortisti e antiabortisti, e solo negli ultimi tempi è passata dallo sterile dibattito tra chi affermava l'ineluttabilità degli effetti psicopatologici dell'aborto e chi negava tali effetti al più fecondo studio dell'interazione tra condizioni interne ed esterne, tra caratteristiche individuali e di personalità della donna e caratteristiche del sistema sociale che la circonda nel determinare i diversi modi in cui tale esperienza può essere affrontata.

L'interazione tra caratteristiche individuali e caratteristiche situazionali determina infatti in modo sostanziale il vissuto e gli esiti dell'esperienza abortiva, e dunque l'intensità dello stress e del disagio psicologico che possono derivare da essa. La ricerca sul tema si è dunque volta all'individuazione dei fattori di rischio e di quelli protettivi rispetto al rischio di *abortion trauma* o allo sviluppo di una *sindrome post-abortiva*.

In tal senso le ricerche hanno messo in evidenza caratteristiche individuali e situazionali che si associano in modo significativo ad un incremento dello stress e delle emozioni negative sperimentate nel ricorso all'aborto, e, quindi, al rischio di più gravi conseguenze sulla salute psicologica della donna: la giovane età; la carenza di supporto sociale da parte del contesto relazionale di appartenenza; la limitatezza delle strategie adattive individuali; l'intensità dei significati individuali attribuiti alla gravidanza (Cozzarelli, 1993; Cozzarelli, Sumer & Major, 1998; Major et al., 2000).

Dal punto di vista psicodinamico la scelta abortiva a livello conscio ha per lo più a che fare con il non sentirsi pronti ad assumere il ruolo genitoriale sul piano individuale e relazionale, di coppia, ma tali aspetti sono resi molto più complessi in ragione delle dimensioni inconsce ed emozionali ad essi sottesi, dimensioni, queste, che richiedono un approfondimento ed un'attenta considerazione, se si vogliono prevenire i molteplici effetti negativi che possono derivare da una esperienza abortiva traumatica.

L'attivazione e l'emergenza del desiderio di un figlio, anche nel caso del rifiuto di esso e del ricorso all'aborto, comporta sempre una riattivazione di interrogazioni sulle proprie origini, di conflitti di separazione, di problematiche riguardanti l'elaborazione della differenza tra i sessi e tra le generazioni, di conflitti e vicissitudini che hanno caratterizzato lo sviluppo del Sé e delle relazioni oggettuali. Essa è dunque caratterizzata dal riemergere di fantasmi edipici e preedipici, di fantasmi originari riguardanti la vita intrauterina, la scena primaria, la castrazione e la seduzione. Si tratta dunque di un processo in cui avviene l'attivazione e la rielaborazione di quesiti e problematiche strutturanti l'individuo e la sua identità individuale e sessuale.

I diversi percorsi che la filiazione può intraprendere sono difatti caratterizzati dalla trasmissione dei contenuti e delle modalità di funzionamento psichico da una generazione all'altra, laddove la vita psichica di ciascun soggetto viene sempre più a definirsi all'interno di spazi intersoggettivi che ne precedono l'avvento e la strutturazione psichica e identitaria: spazi familiari; spazi intergenerazionali; spazi sociali (Zurlo, 2009). La questione che si pone quindi al centro dei diversi percorsi possibili della filiazione è quella che concerne ciò che si riattiva nei futuri genitori in rapporto a quanto è stato loro trasmesso e a quanto ciascuno di essi, a sua volta, trasmette, con le esigenze di lavoro psichico che ne derivano. Entrano dunque in gioco le basi della trasmissione e della strutturazione dello psichismo individuale. In questo orizzonte vanno interpretate le scelte di interruzione volontaria di gravidanza, che dovrebbero essere affrontate esplorando ciò che la gravidanza riattiva in rapporto a quanto è stato trasmesso a entrambi i membri della coppia e in rapporto a quanto essi non possono, non vogliono o non riescono a trasmettere (anche in relazione alle esigenze di lavoro psichico che derivano dalla trasmissione e che non sempre risultano affrontabili da parte dell'individuo).

Gli studi che hanno approfondito le vicissitudini dell'instaurarsi della genitorialità (Zurlo, 2009) descrivono come tale processo implichi una ripresa e una rielaborazione delle esperienze infantili al fine di riorganizzare la propria identità, il proprio ruolo e il proprio posto a livello individuale, di coppia, familiare e transgenerazionale.

Tale rielaborazione comporta due movimenti identificatori che caratterizzano questo percorso di ricerca all'interno di se stessi e della propria storia: un movimento di ricerca e di riscoperta del bambino che ciascuno è stato e un movimento di ricerca dei genitori che si sono avuti per costruire un personale significato dell'essere genitore. Tuttavia, la clinica nel campo della psicopatologia perinatale indica come tale processo di recupero e ripresa delle proprie basi identitarie possa configurarsi in molti modi diversi. Infatti, laddove il passato è caratterizzato da traumi e ferite non elaborate, il lavoro di rielaborazione delle identificazioni e di presa di distanza e differenziazione tra le generazioni non può essere intrapreso o portato a compimento. In questi casi possono verificarsi situazioni in cui il rapporto con la procreazione diviene problematico.

Prendendo in considerazione l'esperienza dell'aborto, tali problematiche possono emergere in modi diversi: esse possono rendere molto più difficile e sofferta l'elaborazione della propria scelta, la presa di coscienza e l'elaborazione del vissuto di non sentirsi pronti sul piano individuale o relazionale a divenire genitori. In questi casi il conflitto, l'incapacità di

confrontarsi con l'esperienza della gravidanza può giungere a creare un corto circuito sul piano psichico, con intensi vissuti di angoscia e di senso di colpa, rispetto a cui si può reagire solo attraverso la rimozione e la cancellazione del vissuto, che rimane così incistato, congelato nella psiche, producendo effetti traumatici.

Se quindi l'esperienza di una gravidanza in un momento in cui non si è pronti ad assumerne la responsabilità comporta sempre una riattivazione di significati profondi e richiede sempre una rielaborazione di essi, ancor più importante diviene tale elaborazione nei casi in cui l'incapacità di assumere una gravidanza indesiderata non è un pensiero di cui esplorare le risonanze profonde, ma un non pensiero vissuto nel terrore, nell'angoscia, nel rifiuto e nel diniego.

3. La scelta abortiva si inscrive nel complesso intreccio tra vissuto intrapsichico, soggettivo, e condizioni esterne, legate alla dimensione medica dell'intervento di interruzione di gravidanza, da un lato, ed alla dimensione giuridica, che riconosce nel nostro paese il diritto all'IVG e ne regolamenta la prassi, dall'altro.

Qui di seguito è mia intenzione approfondire le caratteristiche di tale intreccio, ed a tale scopo farò riferimento ad un filone di studi di approccio psicoanalitico sulla natura multidimensionale dei legami di filiazione, sviluppato negli ultimi decenni proprio per cercare di interpretare i mutamenti contemporanei delle modalità di instaurazione di tali legami.

A partire dagli anni '80 Jean Guyotat è stato spinto dallo studio della psicologia e della psicopatologia dei legami di filiazione a distinguere "tre logiche" di tale legame, logiche che funzionano anche come diversi vettori di trasmissione di significati da una generazione all'altra: la *filiazione istituita*, la *filiazione fantasmatica e narcisistica* e la *filiazione da corpo a corpo* (Guyotat, 1980).

La filiazione istituita è la filiazione quale processo socialmente e culturalmente definito. Essa rinvia all'insieme di usanze, leggi e riti che, all'interno di ogni raggruppamento umano, codificano e ridefiniscono l'evento della procreazione e i ruoli dei soggetti coinvolti e fanno sì che un bambino sia designato dal gruppo come figlio di una determinata madre e di un determinato padre.

Strettamente intrecciati con la dimensione istituita della filiazione sono gli aspetti della filiazione riguardanti il vissuto dell'individuo mediante il quale quest'ultimo situa se stesso nella catena delle generazioni rispetto ai suoi ascendenti e ai suoi discendenti. Tali aspetti riguardano la dimensione psichica, fantasmatica della filiazione, e sostanziano la *filiazione imma-*

ginaria e narcisistica, la quale si radica nella rete di relazioni in cui ogni individuo è inserito fin dalla nascita.

Tra dimensioni fantasmatiche e istituite della filiazione esiste dunque un costante intreccio. Ma, negli ultimi decenni, con la crescente medicalizzazione della procreazione, tale intreccio si è complicato ulteriormente con l'emergere di una terza dimensione del legame di filiazione, quella della *filiazione da corpo a corpo*. Il legame di filiazione da corpo a corpo va distinto dagli altri in quanto è caratteristico della rappresentazione medica e biomedica della filiazione. Secondo tale rappresentazione la filiazione consiste nel "mettere in relazione parti del corpo e prodotti del corpo". A tale proposito Guyotat aggiunge: «L'approccio biomedico si sviluppa a partire dallo studio di queste relazioni e quando si parla del legame di sangue si tratta soprattutto di una rappresentazione di un legame tra prodotti del corpo (il sangue), parti del corpo da principio in stretta relazione tra loro (il bambino nel grembo della madre) che poi si separano come nel parto»[1]. La logica della filiazione da corpo a corpo, ossia la logica che proviene dalla medicina e dalla biomedicina, è centrata sul rapporto tra parti e prodotti del corpo ed ignora i rapporti sociali, i desideri e le aspettative connessi alla filiazione.

Tra le diverse dimensioni e logiche della filiazione descritte esiste, come abbiamo detto, un costante intreccio, che diviene particolarmente evidente quando ci si trova in presenza di singolarità o anomalie della filiazione. Guyotat sottolinea a tale proposito come ogni anomalia della filiazione istituita o biologica attivi nei soggetti coinvolti la dimensione fantasmatica e immaginaria della filiazione accentuandone le dimensioni narcisistiche.

L'osservazione delle diverse esperienze che possono influenzare la filiazione istituita e biologica, in connessione con i loro riflessi sul piano fantasmatico, ha dato dunque origine a una specifica prospettiva di comprensione psicoanalitica di molti meccanismi psicopatologici propri dei legami di filiazione problematica. Affrontare attualmente il tema della filiazione in una prospettiva psicoanalitica significa quindi esplorare l'impatto e gli effetti delle suddette esperienze sulla vita psichica degli individui da esse coinvolti, sulla costruzione della loro identità personale, sulle loro relazioni di coppia e familiari.

Applicando tale prospettiva di riflessione alla scelta di interruzione volontaria di gravidanza, possiamo sottolineare come essa rinvii non solo a difficoltà sul piano della filiazione immaginaria e fantasmatica, a dimen-

1 J. Guyotat, *Tre logiche del legame di filiazione* (1995), in M.C. Zurlo (a cura di), *La filiazione problematica. Saggi psicoanalitici,* Liguori, Napoli, 2013, Seconda Edizione, 277-287, 285.

sioni intrapsichiche che ostacolano l'elaborazione dei processi di instaurazione della genitorialità imponendone l'interruzione, ma anche alla parallela presenza di anomalie sul piano della filiazione istituita.

Infatti, sebbene siano passati oltre 35 anni dalla promulgazione in molti paesi (compresa l'Italia, con la Legge 194/78) di leggi che hanno legalizzato l'interruzione volontaria della gravidanza assicurando formalmente il diritto delle donne alla libertà di scelta in ambito procreativo, e sebbene sia stato stimato che, ad esempio, negli USA una donna su tre ricorra all'aborto nel corso della sua vita riproduttiva (Jones & Kooistra, 2011), la sostanziale legittimità della pratica dell'aborto per i medici e per le pazienti che si sottopongo ad essa rimane ancora oggi problematica.

Sul piano della filiazione istituita, quindi, la regolamentazione giuridica, che generalmente offre legittimità e contribuisce sul piano del vissuto psichico a orientare e sostenere il normale processo individuale di elaborazione e creazione di senso nei soggetti coinvolti (senso delle proprie scelte, dei propri comportamenti), sembra non funzionare per la pratica abortiva, dando origine a un vuoto rappresentativo che, malgrado la legge, lascia le donne che ricorrono all'IVG, ma anche i medici e gli infermieri che praticano tali interventi, soli e non di rado esposti al rischio di stigmatizzazione e discriminazione sociale.

Il fenomeno dell'*abortion stigma* consiste nell'etichettamento e nella discriminazione delle donne che si sottopongono a IVG (Major & Gramzow, 1999; Kumar, Hessini & Mitchell, 2009; Cokrill & Nack, 2013). Tale fenomeno è stato rilevato ed è oggetto di studio in molti paesi, anche sul versante della stigmatizzazione dei medici (Harris, Debbink, Martin & Hassinger, 2011) e delle infermiere (Lipp, 2011) che praticano l'IVG, ed è testimoniato, da un lato, da ricerche sulla discriminazione nei luoghi di lavoro (difficoltà di carriera dei medici che praticano l'aborto), sulle minacce e le violenze in certi casi subite da parte di militanti anti-abortisti (Joffe, 2010), e sui non rari disturbi derivanti dallo stress connesso a tutto ciò, e, dall'altro, dalle alte percentuali di medici obiettori di coscienza (in Italia 7 ginecologi su 10 sono obiettori di coscienza). Tutto ciò si riflette peraltro nella riduzione dei servizi in cui esso si pratica, ma anche e soprattutto nel difficile clima che tali fenomeni determinano all'interno dei servizi e intorno alle donne che ricorrono all'aborto.

Diversi autori, dunque, in diversi paesi, analizzando il vissuto delle donne che ricorrono all'aborto, hanno sottolineato la problematicità dell'esercizio di tale diritto sancito dalla legge, e gli effetti di tale fenomeno sul piano della salute psicologica delle donne. Del resto, l'intrinseca e imprescindibile ambiguità della legalizzazione dell'aborto trova espressione in tutte le legisla-

zioni, e fin dal primo articolo della Legge 194, che non può non sottolineare la necessità di tutelare la vita, e di considerare quello all'aborto un diritto cui ricorrere come ultima *ratio*, solo ove lo si ritenga indispensabile.

Nell'esperienza vissuta molte donne che ricorrono all'aborto sentono di dover mantenere il silenzio al riguardo per evitare giudizi e incomprensioni; si tratta spesso, anche in seguito, di un argomento tabù, che rischia di rovinare la reputazione di una persona. Segreti legati a un'esperienza di aborto sono mantenuti spesso per anni.

Gli autori che hanno approfondito le ambiguità del ricorso al diritto di aborto parlano opportunamente di un *paradosso della legittimità* (Harris et al., 2013); il carattere paradossale assunto dal vissuto delle donne che fanno ricorso all'aborto è stato rilevato in Francia da Sophie Divay (2004), che sottolinea l'esperienza di *devianza legale* con cui esse devono confrontarsi; Mette Løkeland (2004) descrive in Norvegia gli effetti della distinzione tra conquista sul piano del diritto (avvenuta anche in Norvegia come in Italia nel 1978) e mancata conquista sul piano morale, sottolineando l'importanza di affrontare una battaglia morale, in tema di aborto, per tutelare non solo il diritto delle donne, ma anche la salute psicologica delle donne e dei medici. Da più parti, quindi, si rileva il carattere ambiguo del contesto culturale e legale in tema di aborto.

A tale proposito a me preme qui sottolineare che, nel caso del ricorso all'aborto, si verifica una peculiare situazione di anomalia in relazione alla filiazione. Infatti, solitamente l'appoggio sulle formazioni culturali collettive sostiene e modella la psiche degli individui ad esse appartenenti, integrandosi con l'esperienza derivante dagli altri appoggi della vita psichica derivanti da quanto trasmesso a livello conscio e inconscio all'interno delle relazioni familiari di provenienza. Quanto già detto, elaborato e rappresentato da credenze, riti, miti, ma anche norme e leggi propri del contesto sociale e culturale di riferimento, viene assunto e può essere elaborato e fatto oggetto di rappresentazione da parte degli individui ad esso appartenenti. Così ogni cultura non orienta e organizza solo l'agire degli individui che ad essa appartengono (fornendo un sistema di riti e procedure in cui ciascuno può lecitamente canalizzare i propri impulsi libidici e aggressivi, prescrivendo l'oggetto e la meta delle pulsioni reputate normali e regolando in tal modo le relazioni di ciascun individuo con se stesso, con il proprio corpo, e con gli altri), ma orienta e organizza anche i processi di elaborazione e mentalizzazione delle esperienze vissute.

È inevitabile rilevare che ciò non si verifica nel caso dell'aborto. Nel caso dell'aborto, infatti, la simbolizzazione fornita dal riconoscimento giuridico del diritto ad esso non si configura come protezione dal vissuto di

un'anomalia, ma comporta sempre uno scarto, che impone nella donna che ricorre a tale provvedimento non solo un'imprescindibile riformulazione personale della propria scelta, ma anche una personale e soggettiva riformulazione e confronto con la legittimazione di essa. Nel contesto descritto, in cui il riferimento alla logica istituita permane ambiguo, assume quindi un forte ruolo il funzionamento psichico della donna e del contesto relazionale, di coppia e familiare al quale ella appartiene.

Nel caso dell'aborto diviene infatti centrale, nel determinare o prevenire eventuali effetti psicopatogeni del ricorso ad esso, la capacità della donna di appropriarsi della propria scelta, di ricercare e trovare – in se stessa e/o in chi la circonda – modalità tollerabili di legittimazione e di attribuzione di significati accettabili ad essa. Di conseguenza, a mio parere, ogni modello di intervento e di counseling che accompagni il percorso di interruzione volontaria della gravidanza dovrebbe andare proprio nella direzione della ricerca di possibili modalità personali di elaborazione dell'esperienza dell'IGV.

4. L'*abortion* stigma consiste in un'attribuzione negativa ascritta alle donne che decidono di interrompere la gravidanza, la quale costituisce un "marchio" a livello interno ed esterno (Kumar & Mitchell, 2007). Subire l'attribuzione di uno stigma può: influenzare le decisioni e i comportamenti individuali; dare origine a situazioni conflittuali nelle relazioni di coppia, familiari e sociali; influenzare la qualità dei servizi con cui la donna entra in contatto; e avere un impatto negativo sulla salute fisica e psichica della donna (Major & Eccleston, 2004; Major & O'Brien, 2005; Link & Phelan, 2006).

Le ricerche sugli effetti dell'abortion stigma sulla salute psicofisica delle pazienti sottoposte ad esso (Shellenberg & Frohwirth, 2009) hanno portato a rilevare una distinzione tra effetti di uno *stigma percepito* (che si riferiscono alla percezione individuale riguardo i sentimenti degli altri nei confronti dell'aborto e delle donne che ricorrono a esso), effetti di uno *stigma sperimentato* (che si riferiscono a esperienze dirette di rifiuto da parte di partner, familiari, amici a seguito di un aborto, nonché ad esperienze di violenza fisica, verbale o emotiva), e, infine, effetti di uno *stigma internalizzato* (che si manifesta attraverso sentimenti di vergogna, senso di colpa, angoscia, autosvalutazione).

Al riguardo, non si possono non considerare ancora una volta determinanti le caratteristiche del funzionamento di personalità della singola donna, che influenzano l'intensità della percezione dello stigma, le modalità dell'esperienza della stigmatizzazione e della reazione ad essa,

nonché le conseguenze e gli esiti dell'eventuale internalizzazione dello stigma. Tale distinzione serve anche a individuare gli eventuali fattori predisponenti nella donna allo scopo di aiutarla ad affrontarli. Infatti, il processo di internalizzazione dell'*abortion stigma* percepito o sperimentato influenza direttamente l'autostima e il senso di sé, può dare quindi origine a vissuti ansiosi e depressivi, può indurre a isolarsi, e a nascondere e mantenere segreta l'esperienza, può perfino determinare in non rari casi una sindrome da stress post-traumatico (PTSD), influenzando la salute psicologica e riproduttiva successiva (Fitzpatrick, Wilson, 1999; Shellenberg & Frohwirth, 2009). Laddove, quindi, la donna avrebbe bisogno di dare espressione e significato ai sentimenti, contraddittori e ambivalenti, di rimorso, colpa, perdita e sollievo, che accompagnano l'esperienza abortiva, la stigmatizzazione incoraggia il segreto e lascia tali vissuti inespressi e inelaborati (Kluger-Bell, 2000) incrementando sentimenti di indegnità e autosvalutazione, timore del giudizio altrui, percezione della condanna sociale.

È perciò importante promuovere la consapevolezza del fenomeno dell'*abortion stigma* e degli effetti dannosi di esso, ma è anche importante riflettere su come predisporre interventi di *counseling* che aiutino la donna che ricorre all'aborto a dipanare la complessa rete di difficoltà psicologiche in cui si trova inevitabilmente coinvolta.

Un primo e significativo aspetto degli interventi di *counseling* con donne che ricorrono all'IVG deve, a mio parere, riguardare il fronteggiamento del carattere di *legittimità paradossale* del diritto di scelta di ricorrere all'aborto. Il diritto ad abortire ha infatti il carattere peculiare di non proteggere dalla colpa e non risulta improprio riflettere su come esso dia origine a una scelta effettuata seguendo una prescrizione paradossale, in quanto l'aborto è, in un certo senso, legittimo e illegittimo allo stesso tempo. In altri termini, la donna che ricorre all'aborto si confronta con una prescrizione paradossale del tipo: «hai il diritto e la libertà di abortire, ma sei colpevole di esercitare tale diritto».

Gli studi che hanno sottolineato il carattere patogeno delle comunicazioni paradossali hanno una lunga tradizione e sono stati inaugurati in ambito psichiatrico dai ricercatori della scuola di Palo Alto (Watzlawich, Helmich, Beavin, Jackson, 1967; Watzlawich, 1973). Il loro precursore è stato H. Searles (1959). Successivamente anche nell'ambito della psicoanalisi francese autori come Paul Claude Racamier (1969; 1973; 1978), Didier Anzieu (1975), e René Roussillon (1991) hanno sottolineato come la comunicazione paradossale possa avere un effetto disorganizzatore sul funzionamento della psiche di colui o colei che vi è sottoposto/a, e determinare nel con-

tempo una situazione di imprigionamento della vittima in una condizione di discredito e stigmatizzazione.

La stretta connessione evidenziata tra situazioni paradossali e rischio di stigmatizzazione è centrale nella lettura del fenomeno dell'*abortion stigma* che propongo in questa sede, e da essa deriva la messa a fuoco di specifici elementi caratterizzanti l'intervento psicologico con le pazienti che ricorrono all'aborto al fine di prevenire e affrontare il rischio di *abortion stigma*.

Del resto, come sottolinea opportunamente René Roussillon (1991) nelle sue ricerche teoriche sul paradosso in riferimento alla teoria e alla pratica psicoanalitica, due sono le forme di paradosso trattate ed approfondite: da un lato, il paradosso patogeno, quello approfondito dagli studiosi della scuola di Palo Alto, riferito alla comunicazione paradossale e al carattere disorganizzante e sostanzialmente di attacco nei confronti della capacità di pensare da essa rappresentato; e, dall'altro, il paradosso creativo, quello approfondito, in direzione opposta, da Winnicott (1971), che sottolinea come la paradossalità caratterizzi i processi e i fenomeni transizionali, ossia i processi di creazione di legami di pensiero personali e autentici. Winnicott sottolinea anche come la tolleranza del paradosso e la creazione di uno spazio transizionale siano condizioni intrinseche a qualunque intervento trasformativo e terapeutico.

In questa prospettiva Roussillon si è soffermato a riflettere sul fatto che la trasformazione del paradosso patogeno in paradosso creativo sia al cuore di ogni processo terapeutico e, in modo particolare, degli interventi nei confronti di patologie determinate da processi comunicativi paradossali patogeni. Non a caso – riprendendo e rielaborando concettualizzazioni provenienti dalla teoria sistemica e dalla teoria psicoanalitica – Roussillon descrive l'intervento terapeutico come intervento basato sulla meta-comunicazione, ossia sull'esplicitazione del carattere paradossale della situazione patogena e sulla riformulazione e modifica da parte dello psicologo del contesto di significazione all'interno del quale si inserisce il sintomo.

Ritengo che la teorizzazione descritta risulti estremamente utile per la messa a punto di interventi di sostegno psicologico alle donne che ricorrono all'aborto. Infatti l'analisi da parte dello psicologo della situazione paradossale prima descritta costituisce un passaggio fondamentale, un elemento fondante del *setting* di intervento in questo contesto. Peraltro, sono convinta che la dimensione paradossale sia centrale anche nel fenomeno di stigmatizzazione del personale medico e infermieristico dei reparti in cui si pratica l'IVG, e che l'esplicitazione del carattere paradossale del mandato e della pratica medica in questo campo dovrebbe costituire un passaggio

fondamentale anche negli interventi di sostegno e prevenzione degli effetti dell'*abortion stigma* sul personale medico e infermieristico.

Precisando ulteriormente gli elementi centrali dell'intervento di sostegno psicologico alle pazienti che ricorrono all'aborto, possiamo aggiungere che, all'interno del *setting* così definito, potrà inserirsi il lavoro volto all'esplicitazione e all'elaborazione del vissuto della donna. In tal senso sarà necessario accompagnare le oscillazioni tra sentimenti diversi, connessi alla legittimazione della propria scelta e, nel contempo, all'inevitabile senso di colpa da essa derivante, ed esplorare i modi soggettivi di vivere, percepire e interpretare l'esperienza di *devianza legale* (Divay, 2004) rappresentata dal ricorso all'aborto. Dovranno altresì essere esplorate le difese soggettivamente attivate (isolamento e conservazione di un segreto pesante da sopportare, etc.) per affrontare, nel corso dei colloqui, i contenuti non-detti e indicibili, e le rischiose tendenze al diniego.

Si tratta anche di far riemergere e aiutare a legittimare, al di là del senso di colpa, le ragioni e i motivi della scelta abortiva, che molto spesso sono: la giovane età; il bisogno di proseguimento della propria definizione identitaria attraverso gli studi e la formazione; problemi d'ordine economico; problemi relazionali con il partner; la più o meno consapevole immaturità sul piano individuale e relazionale all'assunzione del ruolo genitoriale.

In questo senso sarebbe opportuno predisporre un dispositivo di sostegno che preceda l'intervento medico e miri a esplorare la struttura di personalità, le modalità adattive e difensive, le credenze individuali (con particolare riferimento a quelle religiose), ma anche il contesto culturale e relazionale di appartenenza della donna, che influenza le possibilità di condividere l'esperienza, sancendo in alcuni casi l'assoluta impossibilità di farlo.

Tutti i temi descritti sono attualmente oggetto di approfondimento nella mia pratica clinica e di ricerca, nella ferma convinzione che solo in questo modo sia possibile restituire al diritto all'aborto il suo vero significato di promozione di una procreazione responsabile al di là di possibili errori di percorso.

5. *Bibliografia*

Anzieu, D. (1975), *La résistance paradoxale: une auto-destruction du groupe,* in Anzieu D. (1975), *L'inconscient et le groupe,* Dunod, Paris, 137-150.

Cokrill, K., Nack, A. (2013), *"I'm not that type of person": Managing the Stigma of having an abortion*, in *Deviant Behavior*, 34(12):973-990.

Cozzarelli, C. (1993), *Personality and self-efficacy as predictors of coping with abortion*, in *Journal of Personality & Social Psychology*, 65(6):1224-1236.

Cozzarelli, C., Sumer, N., & Major, B. (1998), *Mental models of attachment and coping with abortion,* in *Journal of Personality & Social Psychology*, 74(2):453-467.

Divay, S. (2004), *L'avortement: une déviance légale,* in *Médecine & Hygiène*, 28(2):195-209.

Fitzpatrick, K.M., Wilson, M. (1999), *Exposure to Violence and Posttraumatic Stress Symptomatology Among Abortion Clinic Workers,* in *Journal of Traumatic Stress*, 12(2):227-242.

Guyotat, J. (1980), *La struttura del legame di filiazione,* in M.C. Zurlo (a cura di), *La filiazione problematica. Saggi psicoanalitici,* Liguori, Napoli, 2013, Seconda Edizione, 73-114.

Guyotat, J. (1995), *Tre logiche del legame di filiazione,* in M.C. Zurlo (a cura di), *La filiazione problematica. Saggi psicoanalitici,* Liguori, Napoli, 2013, Seconda Edizione, 277-287.

Harris, L.H., Debbink, M., Martin, L., Hessinger, J. (2011), *Dynamics of stigma in abortion work: findings from a pilot study of the Providers Share Workshop,* in *Social Science and Medicine*, 73:1062-1070.

Harris, L.H., Martin L., Debbink M., Hessinger J. (2013), *Physicians, abortion provisions and the legitimacy paradox,* in *Contraception*, 87:11-16.

Joffe, C. (2010), *Dispatches from the abortion wars. The costs of fanaticism to doctors, patients, and the rest of us,* Beacon Press.

Jones, R.K., & Kooistra, K. (2011), *Abortion Incidence and Access to Services in the United States, 2008,* in *Perspectives on Sexual and Reproductive Health,* 43:41-50.

Kluger-Bell K. (2000), *Unspekable losses: healing from miscarriage, abortion and other pregnancy loss,* New York: Harper.

Kumar, A., Hessini, L., & Mitchell, E.M. (2009), *Conceptualising abortion stigma,* in *Culture Health and Sexuality*, 11:625-639.

Kumar, A., & Mitchell, E.M. (2007), *Exploring the social construction and conscious dismantling of abortion stigma*, in *Culture Health and Sexuality*, 9:S17-S18.

Link, B.G., & Phelan, J.C. (2006), *Stigma and its public health implications,* Lancet, 367:528-529.

Lipp, A. (2011), *Stigma in abortion care: application to a grounded theory study,* in *Contemporary Nurse*, 37(12):115-123.

Løkeland, M. (2004), *Abortion: the legal right has been won, but not the moral right,* in *Reproductive Health Matters*, 12(24 Supplement):167-173.

Major, B., Cozzarelli, C., Cooper, M.L., Zubek, J., Richards, C., Wilhite, M. et al. (2000), *Psychological responses of women after first-trimester abortion*, in *Archives of General Psychiatry*, 57(8):777-784.

Major, B., & Eccleston, C.P. (2004), *Stigma and Social Exclusion,* in Abrams, D., Hogg, M.A., Marques, J. M. (Eds.), *Social Psychology of Inclusion and Exclusion,* Psychology Press, New York, 2005, pp.63-88.

Major, B., & Gramzow, R.H. (1999), *Abortion as stigma: cognitive and emotional implications of concealment*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 77(4):735-745.
Major, B., & O'Brien, L.T. (2005), *The social psychology of stigma*, in *Annual Revue of Psychology*, 56:393-421.
Racamier, P.C. (1973), *Entre humour et folie*, in *Revue Française de Psychanalyse*, 37(4):655-668.
Racamier, P.C. (1978), *Les paradoxes des schizophrènes,* in *Revue Française de Psychanalyse*, 42(5-6):871-885.
Roussillon, R. (1991). *Paradoxes et situations limites de la psychanalyse,* PUF, Paris.
Searles, R. (1959), *L'effort pour rendre l'autre fou,* Gallimard. Paris, 1977.
Watzlawick, P., Helmich Beavin, J., & Jackson, D. (1967), *Pragmatica della comunicazione umana,* Astrolabio, Roma, 1971.
Watzlawick, P., Weakland, J.H., & Fisch R. (1973), *Changes,* Astrolabio, Roma, 1974.
Winnicott, D.W. (1971), *Gioco e realtà,* Armando, Roma, 1974.
Zurlo, M.C. (2009), *Percorsi della filiazione,* Franco Angeli, Milano.
Zurlo, M.C. (2013), *La filiazione problematica. Saggi psicoanalitici*, Liguori Editore, Napoli, Seconda Edizione.

Raffaele Prodomo, Francesca Forni

DILEMMI ETICI NELLA RIANIMAZIONE NEONATALE

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il caso Davide: agenesia renale. 3. Bibliografia.

1. I potenti mezzi tecnologici oggi disponibili nel campo della rianimazione pediatrica pongono acuti dilemmi etici in molte situazioni in cui la rianimazione non si presenta come un presidio salva vita che reintegra uno stato di salute e funzionalità normali, quanto piuttosto come un vero e proprio accanimento terapeutico, in quanto sostegno di parametri vitali di un organismo ridotto a un livello meramente vegetativo o, peggio, futile prolungamento di un processo irreversibile di degrado organico. In questo scritto si analizzeranno le questioni etiche sollevate da un uso indiscriminato della rianimazione neonatale in queste circostanze particolari. Si pensi, ad esempio, a tutte quelle malformazioni gravi incompatibili con la sopravvivenza o più semplicemente ai nati prematuri, in cui l'organismo è normoconformato ma non ancora pronto ad affrontare l'impatto con l'ambiente esterno al di fuori dell'utero materno. Un esempio della prima evenienza è dato dal cosiddetto caso *Davide* un neonato pugliese nato qualche anno fa con una grave malformazione, la totale assenza dei reni, denominata sindrome di Potter. Per questa malattia non esistono cure efficaci e la morte è inevitabile dopo pochi giorni dalla nascita a seguito della mancata funzione renale. Della seconda evenienza abbiamo molti esempi correlati alle nascite pretermine che rappresentano una sfida per la medicina e per l'etica in quanto il ricorso alla rianimazione va oculatamente ponderato tra esigenze di pratica clinica quotidiana ed esigenze di ricerca e sperimentazione. In particolare, si proporrà un'analisi della Carta di Firenze messa a punto proprio per fornire delle linee guida ai neonatologi nella loro pratica quotidiana che, tuttavia, se applicata sempre, indipendentemente dal contesto, porterebbe a un arresto del progresso medico in questo campo, escludendo da ipotetici benefici di futuri trattamenti i neonati al di sotto di una certa soglia di età gestazionale. Da ciò quindi la necessità di tenere aperto un canale sperimentale che consenta il progresso e il superamento dei limiti attuali e delle soglie cronologiche oggi ritenute invalicabili.

2. Abbiamo accennato al caso di Davide, il neonato affetto da sindrome di Potter caratterizzata da agenesia renale bilaterale, ipoplasia polmonare, malformazioni a carico degli arti e anomalie facciali[1].

La sindrome di Potter è una patologia malformativa incompatibile con la vita. Il caso del piccolo Davide suscitò un grande interesse nell'opinione pubblica e diventò un caso mediatico del quale si interessarono autorevoli testate giornalistiche e personalità del mondo della cultura e della politica. Subito dopo la nascita, il bambino fu trasferito in terapia intensiva e fu proposto ai genitori di iniziare la dialisi peritoneale, una tecnica di sostituzione della funzione renale che, tuttavia, avrebbe solo dilazionato l'esito fatale. A fronte della richiesta dei genitori di attendere qualche ora per poter riflettere sull'opportunità o meno di iniziare la terapia dialitica, i medici inoltrarono istanza al tribunale dei minori per ottenere la sospensione della potestà genitoriale e l'autorizzazione del giudice necessaria per l'avvio al trattamento dialitico.

Il bambino fu trasferito all'ospedale di Bari dove iniziò la dialisi. Dopo qualche settimana, i genitori di Davide ottennero il reintegro della potestà genitoriale, a condizione però di subordinare la loro volontà alle indicazioni dei medici. Nel frattempo le condizioni cliniche del piccolo Davide peggiorano ed il bambino muore qualche giorno dopo, nonostante la dialisi.

Durante la fase del contenzioso legale, il caso di Davide ebbe un grande impatto mediatico sollevando accese polemiche e dibattiti ai cui parteciparono personalità del mondo della politica e della cultura con posizioni contrapposte.

Innanzitutto, destò clamore il provvedimento di sospensione della potestà genitoriale richiesto dal medico del reparto ed ottenuto sulla base di informazioni errate fornite al magistrato: i genitori di Davide non avevano negato l'assenso al trasferimento del bambino presso l'ospedale di Bari per l'avvio al trattamento dialitico ma avevano soltanto chiesto qualche ora di tempo per poter decidere sulla effettiva opportunità di iniziare la dialisi operando la scelta nel migliore interesse del bambino.

Ulteriori perplessità derivarono in ordine al reintegro della potestà genitoriale riconosciuto dal Tribunale dei minori che ne aveva subordinato la possibilità di decidere alle indicazioni dei medici convinti di dover continuare ad accanirsi con il trattamento dialitico.

---

1 Le notizie principali con un resoconto esaustivo della vicenda sono tratte da un volumetto curato dalla famiglia e dall'associazione creata a seguito della vicenda, *Storia di Davide – consenso informato e accanimento terapeutico*, Ed.Amida (associazione amici di Davide).

Ovviamente, di parere contrario, la comunità scientifica che concorda nel ritenere inutile intraprendere ogni trattamento terapeutico in casi simili destinati alla morte. Ad esempio, in un articolo della rivista *emedicine,* si legge che nel caso della sindrome di Potter con pneumotorace: «può non essere indicato un ulteriore trattamento» e che la «decisione deve essere presa dopo una discussione con i genitori»[2]. Nella stessa direzione, pareri autorevoli come quello di Ignazio Marino: «[...] è una situazione (la sindrome di Potter) incompatibile con la vita [...]».[3]

Al riguardo l'OMS ritiene che ci siano malformazioni incompatibili con la vita per le quali la rianimazione non deve essere intrapresa o le cure mediche intensive devono essere interrotte perché configurerebbero un atto di accanimento terapeutico come nella sindrome di Potter. Le citate evidenze scientifiche erano in palese contrasto con le affermazioni avventate di medici come il direttore dell'unità presso cui era ricoverato il bambino che con incomprensibile ottimismo confidava in un trapianto renale appena Davide fosse cresciuto. Infine, non tollerabile l'articolo pubblicato da un parlamentare italiano dell'epoca che giudicava il comportamento adottato dai genitori di Davide come «l'incredibile cinismo di quei genitori di Foggia»[4]. Se di cinismo si tratta è tutto in queste affermazioni che se in buona fede potrebbero manifestare semplice ignoranza, dette sapendo di mentire manifestano una volontà politica perversa che sfrutta la debolezza di terzi per sostenere questioni di principio di un integralismo assoluto.

Resta l'amara considerazione che forse una più attenta valutazione delle evidenze scientifiche disponibili, attestanti l'incurabilità della malformazione per la quale non è praticabile il trapianto renale (ragion per cui la dialisi peritoneale diventa un mero e precario prolungamento del processo del morire) avrebbe consentito di evitare una serie di spiacevoli conseguenze: ai genitori un trauma ulteriore, a Davide l'inutile sofferenza in rianimazione e a molti politici italiani l'ennesima brutta figura in campo bioetico.

Altre malformazioni gravi

Le gravi malformazioni sono evento fortunatamente raro, si pensi, oltre alla già citata agenesia renale, alle malformazioni epatiche e cardiache o al caso limite dei bambini anencefalici in cui la funzionalità organica viene spesso garantita dalla presenza di un tronco cerebrale normale mentre, mancando gli emisferi cerebrali, sono del tutto assenti manifestazioni di vita cognitiva e affettiva. Quest'ultimo caso è particolarmen-

2 Ivi, 27
3 Ivi, 31
4 *Liberal*, 30/05/08

te interessante in quanto la patologia di base risulta essere compatibile con una sopravvivenza, anche se solo a uno stadio vegetativo, mentre le malformazioni gravi presenti in altri organi e apparati vitali fanno sì che la sopravvivenza autonoma sia impossibile con rapido e più o meno immediato esito finale. In caso di anencefalia il soggetto vive e non manifesta particolari disturbi fisici tuttavia gli mancano completamente le cosiddette funzioni superiori. Il corretto comportamento morale in questi casi sarebbe indubbiamente l'astensione terapeutica. Infatti, in mancanza di terapie in grado di risolvere il vizio malformativo appare quanto meno futile qualunque intervento medico. Il discrimine fondamentale, a nostro avviso, è proprio questo: la sindrome malformativa è passibile di una correzione efficace o gli interventi medici possono solo sostenere le funzioni vitali in maniera precaria?

Se si può in qualche modo ovviare e correggere in maniera definitiva le malformazioni allora non ci sono dubbi, la tecnologia ben venga a dare il suo contributo. Si pensi a una malformazione del tratto gastrointestinale come l'atresia esofagea. Il neonato non può nutrirsi in modo fisiologico e se non si intervenisse morirebbe in pochi giorni. Chiaramente in questi casi fino a quando non si interviene chirurgicamente a ristabilire il transito dei cibi qualunque intervento di nutrizione enterale e/o parenterale è indispensabile per garantire la sopravvivenza, ma si tratta pur sempre di una strategia di sostegno vitale finalizzata al superamento di un'emergenza. In altri termini, appena si ristabilisce chirurgicamente il normale transito intestinale le procedure si sospendono e la situazione si stabilizza.

Un altro esempio viene dalle malformazioni cardiache, di cui sono possibili molte varianti più o meno gravi e incompatibili con la sopravvivenza. Anche in questo caso il criterio da applicare è, a nostro avviso, sempre quello della potenziale corregibilità della malformazione. Se collegare a una apparecchiatura di circolazione extra-corporea ha un senso in una malformazione cardiaca che si intende correggere chirurgicamente, non è concepibile invece come soluzione unica e definitiva, in altri termini non può funzionare come terapia cronica. Un unico esempio di sostituzione della funzionalità di un organo stabile e prolungato nel tempo è la dialisi. Ma questo intervento può essere proposto per gli adulti che hanno perso la funzionalità dei propri reni e comunque si pone come intervento temporaneo in attesa di una soluzione del problema più stabile e duratura, perseguibile con un trapianto. Se, come nel caso di Davide, nessuna delle due soluzioni è praticabile, ma la dialisi si prospetta come mero prolungamento tecnologico di un processo di disgregazione organica, allora non

va neppure iniziata e la scelta migliore è quella di assistere il neonato con terapie palliative.

Rianimazione e nati pretermine tra pratica clinica ordinaria e sperimentazione controllata

Altre situazioni si presentano più frequentemente a sfidare la morale medica e la coscienza morale collettiva: il riferimento va alle tante nascite premature di bambini per il resto sani e normoconformati. Qui il problema è dato dall'immaturità del neonato venuto al mondo troppo in anticipo e non in grado di sopravvivere da solo se non con l'ausilio della rianimazione neonatale. Il problema è posto dal fatto che fare sopravvivere questi neonati pretermine non è sempre un buon affare, il prezzo della sopravvivenza è spesso quello di far subire loro danni neurologici che comportano invalidità gravi di tipo motorio o psichico. Consci della questione i neonatologi hanno cercato la soluzione in linee guida che propongono limiti precisi alla rianimazione indiscriminata di neonati in qualunque epoca gestazionale, indicando un discrimine tra terapia corretta e accanimento terapeutico.

Consideriamo prima le evidenze statistiche e prendiamo coscienza del fenomeno.

Per parto «pretermine» ci si riferisce ad una nascita che avviene prima della 37ª settimana di gestazione. Il prematuro tra la 32ª e la 36ª settimana si definisce «lieve prematuro». I bambini al di sotto delle 28 settimane sono definiti «estremi prematuri». In Italia, nel 2012 sono nati 534.186 bambini, di questi il 7,2 % sono prematuri, l'1% ha un peso inferiore a 1.500 grammi ed il 6,2% tra 1.500 e 2.500 grammi. La problematica è particolarmente attuale, il 17 novembre 2014 si terrà la Giornata Mondiale della Prematurità–World Prematurity Day. Infatti, la frequenza del parto pretermine è aumentata negli ultimi anni e tende ancora a crescere, il 98,2% dei nati prematuri non ha problemi né complicazioni e grazie alle cure ricevute nei reparti di Terapia Intensiva Neonatali viene dimesso in buona salute. Secondo l'ultimo rapporto Cedap (Certificato di Assistenza al parto), solo il 2,4 % dei nati morti, deriva dall'essere nato prematuro. Ma sono comunque molte le famiglie che si trovano a vivere questa esperienza difficile e complessa, famiglie che insieme hanno fondato associazioni sul territorio nazionale per far sentire meno soli i genitori che si trovano a guardare, talvolta per mesi, i figli dal vetro di un'incubatrice. Con questo scopo è nata l'associazione Piccino Picciò Onlus a Firenze che ha redatto, insieme all'Istituto di Neonatologia, la Carta dei diritti del bambino prematuro. Uno scopo pratico immediato sarebbe quello di riuscire ad ottenere un congedo

di maternità più lungo per le mamme di bimbi nati prematuri, che spesso restano più di cinque mesi (tra parto e post parto) in ospedale[5].

Ai bambini nati prematuramente la medicina offre più percentuali di sopravvivenza rispetto al passato. Le possibilità di sopravvivenza di un neonato prematuro sono approssimativamente dell'8% a 22 settimane di gestazione e del 50 % a 24 settimane. Sembrerebbe giusto stabilire in modo scientifico le possibilità di sopravvivenza e in particolare di sopravvivenza in salute. Lo studio francese Epipage, ha verificato come stessero i bambini nati prematuri cinque anni fa. Su 2901 bambini venuti alla luce nel 1997 in Francia con meno di 33 settimane di gestazione, 2357 sono arrivati al quinto compleanno. Ma nessuno di quelli nati a 22 o 23 settimane oggi è vivo. E dei sopravvissuti il 77% ha problemi di salute, in particolare deficit neurologici[6]. Alla 21/22esima settimana, infatti, gli organi vitali del bambino sono formati ma gravemente immaturi, per respirare, per esempio, il neonato deve essere attaccato alle macchine. Il cervello è l'organo che impiega più tempo a maturare. Risultati simili in uno studio condotto in Inghilterra e pubblicato sul *British Medical Journal*, che ha verificato come l'andamento della sopravvivenza sia cambiato in un decennio[7].

La medicina fa progressi e lo attesta l'aumentata sopravvivenza dei nati alla 24esima e 25esima settimana, ma per i nati molto prematuri le cose non sono cambiate. Pochi sopravvivevano e pochi sopravvivono oggi. Il team dell'Università di Leicester ha messo a confronto bambini nati tra la 22esima e la 26esima settimana di gravidanza nella regione del Trent in due quinquenni successivi: 1994-1999 e 2000-2005. In ciascuno dei due periodi considerati sono nati circa 500 bambini. Con un significativo aumento della sopravvivenza per i nati alla 24esima e 25esima settimana. Più precisamente per i nati alla 24esima settimana la sopravvivenza è passata dal 24 al 41%, per quelli alla 25esima dal 52 al 63%. Nessun sostanziale cambiamento, invece, per i nati alla 23esima settimana, per i quali la sopravvivenza resta ferma al di sotto del 20%. Ancora peggio le cose per la 22esima settimana visto che nessuno dei 150 nati è sopravvissuto. Alla luce di questi dati scientifici si comprende l'intento che ha mosso a discutere di rianimazione nei neonati pretermine e di raggiunger un consenso sul modo migliore di trattarli. La Carta di Firenze sostanzialmente riprende

5 *S.* Vaccaro, *Nati prematuri*, NOIDONNE *WEEK n. 41 Anno IX 21 Ottobre 2014*

6 B. Larroque et al., *Neurodevelopmental disabilities and special care of 5-year-old children born before 33 weeks of gestation (the EPIPAGE study): a longitudinal cohort study,* The Lancet 371, 9615, 813-820

7 DJ Field et al, *Survival of extremely premature babies in a geographically defined population: prospective cohort study of 1994-9 compared with 2000-5,* 2008

questi dati epidemiologici e ne deduce una priorità di intervento sui feti più maturi, fino ad arrivare all'astensione terapeutica per quelli fortemente immaturi, dalla 22esima settimana in giù. Si tratta per intenderci di neonati del peso di 400-500 grammi lunghi circa 30 cm. La cosiddetta Carta di Firenze, come accennato, propone di trattare sempre tutti i neonati a partire dalla 25° settimana di gestazione, non trattare nessun neonato prima della 22° settimana, e decidere caso per caso nella zona grigia intermedia tra la 22° e la 25° settimana.

Il criterio cronologico proposto non è ovviamente arbitrario ma trova giustificazione nella rilevazione statistica che associa al trattamento nelle varie epoche gestazionali un numero sempre più grande di danni neurologici sempre più gravi quanto più immaturo è il neonato. Un quadro di riferimento operativo così preciso e dettagliato offre sicuramente un utile orientamento ai medici impegnati nelle rianimazioni neonatali, avendo tra l'altro l'indiscusso merito di definire con coraggio cosa è accanimento terapeutico e quale atteggiamento va preso in tali casi: l'assoluta desistenza di qualunque pratica rianimatoria che non sia rivolta alla riduzione delle sofferenze. Non che non ci siano state polemiche sulla questione, non tutti accettano di considerare la rianimazione in epoca molto precoce un accanimento terapeutico e fanno leva sul principio di fare tutto il possibile per una vita umana, anche se una vita a uno stadio precoce e precario. Inoltre, non mancano le citazioni aneddotiche di casi di neonati molto precoci trattati e sopravvissuti senza postumi neurologici, con il rituale interrogativo retorico: se non l'avessero rianimato oggi Tizio non sarebbe lo splendido chirurgo o il felice padre di famiglia che è oggi! Ma il problema da affrontare è quello di un intervento che abbia non una efficacia una tantum e quasi miracolistica quanto piuttosto in una serie significativa e riproducibile di casi analoghi per situazione cronologica, e qui le statistiche sono impietose: se non si definisce accanimento terapeutico un intervento che fallisce in più del 90% dei casi non si vede cosa possa mai esserlo!

Ma possiamo accontentarci di questo? Il rifiuto dell'accanimento terapeutico comporta anche un rifiuto della sperimentazione clinica?

Questo è un aspetto diverso e nel quale forse trovano giustificazione almeno alcune delle critiche che potremmo definire *vitalistiche* alla proposta di astensione terapeutica. Infatti, se osserviamo retrospettivamente la storia del trattamento dei neonati prematuri vediamo che essa si dipana lungo una strada di progressivo avanzamento e spostamento dei limiti: quello che in una determinata epoca sembrava impossibile si è gradualmente reso praticabile, neonati con un peso e un grado di immaturità funzionale sempre più bassi sono stati salvati e messi in condizione di crescere sani. Perché

dunque dovremmo pensare che non ci saranno più avanzamenti e progressi in tale campo? L'unico modo per garantire il progresso e, contestualmente, il rispetto della dignità umana è quello di allestire un canale sperimentale per i neonati al limite della trattabilità. In questo modo la rianimazione di neonati prima della 22° settimana che, se proposta come terapia ordinaria, sarebbe senz'altro un accanimento terapeutico, potrebbe essere un trattamento sperimentale eticamente accettabile per un gruppo selezionato di neonati, al quale verrebbero offerte tutte le garanzie di una corretta ricerca clinica. In altre parole, il canale sperimentale consentirebbe di trasformare l'accanimento terapeutico di oggi in una terapia standard di domani.

Resta il problema odierno di affermare la cultura delle cure palliative e dell'astensione terapeutica anche in ambito pediatrico-neonatale. Un ambito in cui forse per la giovane età dei soggetti si tende troppe volte a tentare e fare tutto il possibile e, a volte, anche l'impossibile con il perenne pericolo di sconfinare nell'accanimento.

Un dato su tutti: la percentuale dei bambini che muore a seguito di una malattia incurabile passando l'ultima fase della propria vita in una sala di rianimazione, come riportato qualche anno fa in un editoriale di una famosa rivista medica, si è progressivamente accresciuta negli anni arrivando oggi a superare abbondantemente il 90%[8]. Quasi tutti i bambini passano quindi i loro ultimi istanti di vita in un reparto dove sono intubati, collegati a macchine, nutriti artificialmente con sonde etc. etc.

Questa cosa ha un fondamento scientifico e, soprattutto, ha senso eticamente? Di fronte all'evento finale della cui ineluttabilità si è ormai perfettamente consapevoli dopo una lunga malattia è ancora ragionevole ricorrere a tali trattamenti?

In definitiva: i bambini devono morire tutti e necessariamente in rianimazione?

3. *Bibliografia*

Carta dei diritti del bambino prematuro
Carta dei diritti del bambino in ospedale
Carta di Firenze
CNB, *Bioetica con l'infanzia*, 1994
ONU, *Convenzione internazionale sui Diritti dell'infanzia*, 20 novembre 1989
Larroque B et al., *Neurodevelopmental disabilities and special care of 5-year-old children born before 33 weeks of gestation (the EPIPAGE study): a longitudinal cohort study,* The Lancet 371, 9615, 813-820

8 The Lancet, *Improving end of life for children,* maggio 2007.

D. Casula, *Etica e infanzia. Una sfida per la riflessione bioetica*, Editrice Apes, Roma 2013
Field DJ et al, *Survival of extremely premature babies in a geographically defined population: prospective cohort study of 1994-9 compared with 2000-5,* BMJ 2008
The Lancet, *"Improving end of life for children"*, maggio 2007
Neena Modi, *Survival after extremely preterm birth,* BMJ 2008
S. Vaccaro, *Nati prematuri*, NOIDONNE *WEEK n. 41 Anno IX 21 Ottobre 2014*
R. Prodomo, *Medicina e libertà individuali*, Alfredo Guida Editore, Napoli 1997
R. Prodomo, *Una bioetica liberale,* Perdisa , Bologna 2003

Paolina Di Lauro

OBIEZIONE DI COSCIENZA E ABORTO FARMACOLOGICO

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il difficile equilibrio tra gli «interessi in gioco» nel caso dell'obiezione all'IVG. 3. L'obiezione di coscienza nel procedimento abortivo tra limiti oggettivi e soggettivi. 4. Lo «strano caso» della RU-486. 4.1. (segue) La recente giurisprudenza del giudice di legittimità. 5. Alla ricerca di un fondamento costituzionale per l'obiezione di coscienza. 6. I «contro-limiti» all'obiezione di coscienza. 7. Obbligo di erogazione della prestazione sanitaria e ruolo dei Consultori. 8. Le recenti novità in tema di obiezione di coscienza e aborto 9. Conclusioni.

1. Quando entriamo nel mondo dei diritti, non ci troviamo soltanto di fronte agli spazi di libertà rispetto all'autorità ma anche ai moti della coscienza, e in particolare al modo in cui ciascuno si identifica e si costruisce rispetto agli altri dovendo parimenti riconoscere e rispettare la coscienza altrui. Collocata nel contesto dei diritti fondamentali, la libertà di coscienza pone la questione del vivere insieme e del rispetto reciproco come fondamento della convivenza.

Ma cosa accade quando la libertà vuole trasformarsi in obiezione ai doveri legali?

Una risposta a tale complesso quesito, ove provenga da un qualsiasi giurista, impone di prendere in considerazione anzitutto la Carta Costituzionale e l'impianto personalista ivi tracciato[1].

1 Non si può altresì tenere conto del contenuto delle altre Carte dei diritti: dell'art. 10 comma 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, dove si afferma che «il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Da tale dettato normativo si dovrebbe dedurre che la libertà di coscienza, quando si manifesta come obiezione, si presenta come una eccezione al principio generale di libertà ed esige uno specifico riconoscimento legislativo.
Un riconoscimento della libertà di coscienza vi è anche nell'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; nell'art. 9 della CEDU; ed infine si veda anche l'art. 18, comma 2 e 4, della Convenzione Internazionale dei Diritti Civili e Politici.
Ma non solo, il diritto al rifiuto di prestazioni professionali contro coscienza è esplicitamente previsto nei Codici Deontologici delle professioni sanitarie, nella fattispecie: art. 22 Codice di Deontologia Medica (2006); art. 3.16 del Codice Deontologico delle Ostetriche (2010); e art. 8 del Codice Deontologico degli Infermieri Professionali (2009).

Premesso che la Costituzione italiana è povera di contenuti circa l'istituto dell'obiezione di coscienza – in quanto a differenza delle altre costituzioni (quali ad es. quella tedesca) non prevede un espresso diritto all'obiezione[2] – possiamo ulteriormente affermare che nel nostro ordinamento, in materia di obiezione, non solo manca una apposita legge formulata in termini sufficientemente elastici da poter essere adattata a specifiche situazioni singole e rispettosa del fondamento personalistico della Costituzione, ma manca, inoltre, anche una univoca fattispecie di obiezione[3].

Al riguardo è invece necessario distinguere, in una pluralità di fattispecie applicative, due profili dell'obiezione di coscienza: quella che non incide direttamente sui diritti di altre persone e l'obiezione che invece incide direttamente proprio su quei diritti.

Nel primo caso, possiamo riferirci esemplificativamente all'obiezione di coscienza al servizio militare: infatti, in passato affrontare il tema dell'obiezione di coscienza ha significato per lungo tempo prendere posizione soprattutto sulla questione del rifiuto opposto, per ragioni religiose, e più in generale, morali, alla prestazione del servizio di leva obbligatorio.

Da alcuni anni a questa parte, però, lo scenario è radicalmente mutato. Se per un verso il problema dell'obiezione di coscienza al servizio mili-

---

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica ha sostenuto il diritto all'obiezione con tre pareri: uno nel 2004, dove è stata indicata la clausola di coscienza come possibile soluzione; uno del 2011 sul diritto per i farmacisti all'obiezione di coscienza; l'ultimo del 2012 sempre dedicato al diritto all'obiezione di coscienza. Nella giurisprudenza costituzionale si vedano almeno le sentenze, quali: 467/91, 43/97, 282/2002, 338/2008, 159/2009 in www.giurcost.org.

2 La lettera della Costituzione non fa riferimento all'obiezione di coscienza né tantomeno alla libertà di coscienza. A questo riguardo va segnalato che anche i Costituenti si erano posti il problema. Caporali, infatti, propose un emendamento a quello che oggi è l'art. 52 (che però nel testo provvisorio era l'art. 49) di questo tenore: «Sono esenti dal portare le armi coloro che i quali vi obiettino ragioni filosofiche e religiose di coscienza». Umberto Merlin rispose al proponente che l'emendamento non poteva essere accolto in quanto non esisteva una setta di obiettori di coscienza. Leggendo i vari dibattiti che ci furono in Costituente, gli stessi testimoniano la volontà di riconoscere la più ampia tutela alla libertà di coscienza, ma detta volontà non è stata poi tradotta positivamente nel testo finale, imponendo di ricercare il fondamento della stessa in altre disposizioni costituzionali. Si veda *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, III, 1909; si veda anche E. Bettinelli, *Commento all'art. 52 Costituzione,* in AAVV, *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, Rapporti politici, Tomo I, Zanichelli.

3 Così in Italia l'obiezione di coscienza è riconosciuta attraverso la legge sul servizio militare, la legge sull'aborto, la legge sulla sperimentazione animale e la legge sulla procreazione assistita.

tare è stato ridimensionato con l'abolizione della leva obbligatoria; per altro verso si è assistito ad una vera e propria proliferazione degli ambiti e delle situazioni in cui le ragioni della coscienza vengono chiamate in causa per giustificare l'astensione da attività o il rifiuto di prestazioni dovute per legge.

L'ambito prevalentemente interessato è stato, ed è tuttora, quello sanitario. Di qui l'altra faccia dell'obiezione, ossia quella il cui esercizio finisce per incidere sui diritti altrui. In questa categoria rientrano svariate fattispecie come cui l'obiezione a praticare l'aborto (non solo chirurgico ma anche farmacologico), il rifiuto di somministrazione di farmaci contraccettivi[4] e praticare diverse forme di fecondazione artificiale[5]. Nell'esperienza più recente sempre più ricorrentemente si discute dei limiti dell'obiezione di coscienza alle pratiche sanitarie specie nei casi in cui si denuncia che gli obiettori, personale medico e paramedico, non si sono limitati ad astenersi dall'eseguire direttamente queste prestazioni, ma si sono spinti ad impedire in tutti i modi che i pazienti ottenessero prestazioni a loro giudizio riprovevoli.

In questo lavoro, l'obiettivo di chi scrive è quello di approfondire gli orizzonti dell'obiezione di coscienza relativa all'aborto farmacologico, focalizzando l'attenzione sulla sentenza della Corte di Cassazione, VI Sez. Pen. 02/04/2013 n. 14979. Ovviamente tale trattazione non può prescin-

4 Già in passato, c'erano sempre stati tre campi nei quali le decisioni dei singoli si erano incontrate o scontrate con le decisioni dei medici e con le regole pubbliche dirette a mantenere la disciplina sociale: la sessualità, la nascita e la morte. La medicina aveva contribuito fortemente alla regolamentazione della sessualità, favorendo la repressione della libertà sessuale delle donne. Uno dei modi nei quali si poteva allargare la libertà sessuale per uomini e donne, soprattutto per le donne, era la dissociazione di sessualità e procreazione, ma le pratiche contraccettive, confinate alla sfera privata o familiare, erano fuori dalla medicina ufficiale. Una delle più importanti innovazioni sanitarie, con effetti sociali rilevanti, è stata la messa a punto di farmaci contraccettivi, un fatto che toglieva alla sfera privata la contraccezione, spesso guardata con sospetto o addirittura condannata da religiosi e moralisti. Si allargava così la sfera di intervento dei medici, non più limitata alla semplice cura delle malattie. Fin dall'antichità la medicina aveva rivendicato come proprio compito primario la prevenzione delle malattie, che comporta l'intervento su persone sane, ma attraverso la contraccezione la medicina diventava uno strumento per la realizzazione di uno stile di vita, scelto da donne sane o da coppie, o una misura preventiva per evitare la trasmissione di malattie ereditarie. I medici così si trovavano di fronte a domande di cittadini non ammalati, che si rivolgevano loro per avere indicazioni tecniche sui mezzi adatti a realizzare scelte che non intendevano discutere con il medico. C. A. Viano, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in Notizie di Politeia, 2011, 26.

5 Art. 16 della legge 40/2004.

dere, da una previa, seppur breve, ma fondamentale analisi dell'art. 9 della legge 194/78 che riconosce l'istituto dell'obiezione relativamente alle pratiche abortive, individuandone i relativi limiti oggettivi e soggettivi. L'indagine, che prende le mosse da questa significativa pronuncia della Suprema Corte, vuole offrire l'occasione per una riflessione più ampia sull'attuale stato dell'istituto dell'obiezione di coscienza alle pratiche abortive.

Il soffermarci sull'obiezione di coscienza alle pratiche abortive porta inevitabilmente a ragionare sull'evoluzione dell'obiezione dopo più di trent'anni dell'entrata in vigore della legge 194/78. L'ampio arco temporale trascorso, infatti, non solo non ha determinato il venir meno dell'attualità della tematica, ma, al contrario, permettendo l'osservazione del concreto operare di questo istituto, consente di formulare delle valutazioni circa l'opportunità e la stessa legittimità costituzionale della sua introduzione che non erano invece possibili nel momento dell'adozione della legge[6].

2. Quando l'obiezione di coscienza viene prevista e regolata dalla legge può essere vista come possibile oggetto di un'opzione legalmente attribuita a chi, trovandosi in conflitto tra un obbligo previsto dalla stessa legge e un obbligo della sua coscienza, preferisca optare per comportamenti alternativi egualmente legittimi[7], secondo limiti e modalità adeguate, affinché

6 Cfr. sul tema D. Paris, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 2008. Cfr. C. Casini, *A trent'anni dalla Legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, Siena, marzo 2008.

7 Ci si chiede se tra i requisiti strutturali dell'istituto dell'obiezione di coscienza rientri anche l'obbligo per l'obiettore ad una prestazione sostitutiva di quella rifiutata. Prendendo in considerazione la legge 194/78, l'art. 9 non obbliga il personale sanitario ed esercente le funzioni ausiliarie, che rifiutano di prendere parte ad interventi abortivi per motivi di coscienza, a nessun carico di lavoro sostitutivo. Ma è indubbio che l'adduzione dei motivi di coscienza non deve tradursi in una forma privilegiata di esenzione del soggetto all'obbligo di adempimento di doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.) pena altrimenti la violazione anche del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Di qui la necessità di una conversione dell'obbligo rifiutato in un altro obbligo di natura omogenea, rispettoso sia del generale dovere di solidarietà che delle ragioni della coscienza individuale. Ovviamente il legislatore italiano non ha dettato una stessa disciplina per i vari riconoscimenti dell'obiezione nelle varie leggi previste nel nostro ordinamento. Infatti la legge 772/1972 prevedeva l'obbligo per l'obiettore ad una prestazione personale sostitutiva del servizio di leva con l'irreversibilità della scelta, nel senso dell'impossibilità di una maturazione della propria obiezione di coscienza oltre i termini perentori fissati per legge; di diverso tenore è stata la scelta legislativa espressa nella legge 194, nella quale all'omessa

lo spazio di scelta individuale sia compatibile con l'ordinato svolgimento della vita sociale.

Ora, la questione dell'obiezione di coscienza, specialmente quando a farla valere è un professionista, al quale la legge impone dei doveri che possono configgere con obblighi derivanti dalla sua coscienza, si propone in misura crescente per via della problematicità e della delicatezza dei temi bioetici e bio-giuridici che coinvolgono in modo nuovo e spesso controverso diritti fondamentali dell'uomo[8].

Per quanto, di per sé, l'obiezione di coscienza possa essere invocata in molti settori della vita sociale, è soprattutto nell'ambito sanitario che si registrano con maggiore frequenza questioni che ne sollecitano un riconoscimento o quantomeno un dibattito su di essa e sulle sue implicazioni.

Parallelamente, l'espandersi dell'istanza di autodeterminazione, anche sul piano sanitario, contribuisce ad alimentare il conflitto tra diverse libertà nella misura in cui l'attuazione dell'autonomia del singolo soggetto esige la collaborazione di altri, specialmente di chi esercita un'attività professionale connotata da proprie specifiche finalità[9].

Portando la nostra attenzione all'obiezione alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza si rileva il difficile equilibrio tra la tutela della salute di un individuo (la donna) – la quale si rivolge a qualcuno che per competenza ed esperienza è in grado di fornire una determinata attività professionale – e la tutela della libertà di chi presta tale attività (il medico) e decide di seguire la propria coscienza anche quando collimi con le richieste legalmente avanzate dalla paziente[10], astenendosi in ragione della personale visione etica o religiosa, che non può essere misconosciuta[11].

---

previsione di una prestazione personale sostitutiva a quella rifiutata si riconosce la possibilità di un'obiezione tardiva da far valere oltre i termini fissati dalla legge. Vedi Modugno-D'Alessio, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, GI, 1990. Cfr. A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, *op. cit*., 253; Sul punto si veda anche G. Danesi, *l'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, 100-101.

8 F. Mantovani, *Obiezione di coscienza: problema epocale*; D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione al servizio militare alla bioetica, 2011*; V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVII, 2008, 1436-1457.

9 Da qui si deduce che l'obiezione di coscienza non è solo un fenomeno individuale ma che si pone in quella, ad oggi, difficile relazione medico – paziente.

10 Così Parere CNB, *Obiezione di coscienza e bioetica*, pubblicato il 30 luglio 2012, 5-7.

11 Si tratta di uno strano conflitto che per le due parti che si contrappongono non dovrebbe neppure esistere, tanto ognuna di esse è convinta che le proprie ragioni

3. Come è noto è la legge 194 del 1978 che ha disciplinato, a pochi anni dalla sentenza n. 27 del 1975 della Corte Costituzionale[12], le pratiche dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Nel corso del tormentato *iter*, da cui è scaturita la legge 194 del 1978[13], l'obiezione di coscienza degli operatori sanitari si è imposta come uno dei poli dell'accordo faticosamente raggiunto dalle forze di maggioranza[14]. Il tentativo

---

siano al di sopra di ogni possibilità di contestazione.
Semplificate all'estremo, le due posizioni in conflitto sembrano entrambe inoppugnabili: i medici obiettori si richiamano al diritto costituzionale della libertà di religione e di coscienza; gran parte delle donne e dei medici non obiettori considera illecita la situazione nella quale alcune Regioni si sono venute a trovare a causa dell'eccessivo numero di obiettori e che potrebbe comportare in un futuro relativamente vicino l'impossibilità di rispondere alla richiesta delle donne che vogliono abortire, sottolineando come questo diritto discenda da una legge dello Stato approvata nell'ambito della tutela della salute.
Se i cittadini sono titolari del diritto all'autodeterminazione e alla tutela della salute, i professionisti della cura hanno il dovere di assisterli, di accompagnarli in tutti i percorsi sanitari, ad aiutarli a capire, assistendoli nella scelta, rispettando le loro decisioni e garantendo loro il trattamento necessario. C. Flamigni e M. Mengarelli, *Nelle mani del dottore? Il racconto e il possibile futuro di una relazione difficile*, 2014, 55.

12 Con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. che puniva l'aborto di donna consenziente, nella parte in cui non prevedeva la possibilità dell'interruzione della gravidanza nel caso in cui fosse in serio pericolo la salute della madre, intesa in senso sia fisico che psichico. Prima della decisione della Consulta, l'unico caso in cui non si incorreva in alcuna conseguenza penale era quello in cui era applicabile la scriminante dello stato di necessità, disciplinata dall'art. 54 c.p.. La Corte Costituzionale ha perciò affermato che, in caso di pericolo per la salute, fisica o psichica, della madre fosse lecito effettuare un bilanciamento di interessi a suo favore, sacrificando il concepito. Si veda Corte Cost. 18/02/1975, in *Riv. It. Dir e proc. Pen*., 1975, 566 con note di Crespi, *L'aborto vivo e vitale negli auspici della Corte Costituzionale* e Boscarelli, *Corte Costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*.

13 Relativamente all'obiezione di coscienza, già al Senato si posero vari problemi, al momento dell'approvazione della legge 194. Infatti era stato proposto un emendamento che prevedeva separatamente l'obiezione globale e l'obiezione al solo intervento che provocasse l'aborto. L'emendamento fu respinto per non prolungare l'iter della legge ed evitare l'eventuale ricorso a referendum, ma il problema rimane intatto. Infatti dopo l'approvazione della legge 194 e la conferma del diritto all'obiezione di coscienza per i medici vi erano (e ci sono ancora) gravi questioni morali non risolte, ossia: fin dove deve estendersi il rigoroso dovere morale di obiezione? All'intervento operatorio, all'attività dei consultori pubblici o anche alla certificazione medica prevista per ottenere l'aborto?

14 Ma anche successivamente alla promulgazione della legge il mondo dell'associazionismo critico e del dissenso cattolico reagiva con cautela ma con ottimismo.

era quello di realizzare un contemperamento tra la libertà di coscienza e altri due valori in conflitto: la salute della donna e il diritto alla vita del concepito.

L'oggetto dell'obiezione è individuato dall'art. 9 della legge 194, sia in positivo (attraverso l'indicazione delle attività da cui gli obiettori sono esonerati) sia in negativo (con riferimento alle prestazioni nei cui confronti l'obiezione non può essere invocata).

La determinazione in positivo è effettuata dai commi 1° e 3° dell'art. 9, i quali dispongono che il personale obiettore non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 ed agli interventi per l'IVG; ed è esonerato dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza[15].

Per quanto riguarda l'individuazione in negativo occorre focalizzare l'attenzione sui commi 3° e 5° del medesimo articolo, da cui si ricava che l'obiezione non esonera dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento e che essa non può essere eccepita quando, data la particolarità delle circostanze, il personale intervento dell'obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

Nonostante questa pluralità di riferimenti complementari, la precisa determinazione dell'oggetto dell'obiezione risulta tutt'altro che agevole.

L'argomento scottante, in cui si incentrava la polemica cattolica, era la presunta contraddizione in cui cadeva la legge nella concessione dell'obiezione di coscienza ai medici. Sul versante cattolico molti singoli religiosi invitavano la comunità a respingere la legge, in particolare, il cardinale Benelli, nuovo vescovo di Firenze, che aveva ribadito la sanzione della scomunica da parte della Chiesa, ricordando che si trattava di un provvedimento di così particolare gravità che non tutti i sacerdoti avevano la facoltà di assolverlo.

Ma non bisogna fare di tutta l'erba un fascio, infatti il monsignor Bettazzi invitava il buon cristiano a cercare di valorizzare i lati nuovi e importanti della legge e ad essere attivo nei consultori e nelle strutture sociali. In tal modo Bettazzi pur mettendone in evidenzia tutti i suoi limiti prendeva pubblicamente atto dell'utilità della legge, per lui utilissima a «risvegliare le coscienze».

Ancora, sull'obiezione di coscienza Stefano Rodotà temeva che il numero elevato di richieste potesse trasformarsi in un vero e proprio boicottaggio della legge sull'aborto (c'è da dire che le «paure» di Rodotà del '78 rispecchiano la situazione dell'obiezione di coscienza ad oggi). D'altronde un pericoloso precedente era stata la protervia con cui alcuni medici primari avevano continuato a rifiutare perfino l'aborto terapeutico. I motivi di un tale ostruzionismo erano non solo di riprovazione sociale o di fede: non si deve dimenticare che le strutture dell'assistenza ospedaliera facevano largamente parte del sistema di potere democristiano. V. G. Scirè, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, 2008, 175-189.

15 Cfr. F. Mantovani, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, *op. cit.*

Infatti le disposizioni contenute nei commi 1° e 3° presentano una certa disomogeneità. Mentre il comma 1° limita la portata dell'esonero alle procedure e alle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'IVG; il comma 3° si riferisce genericamente alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 (senza distinguere le attività specificatamente e necessariamente rivolte all'intervento interruttivo da quelle sprovviste di una così diretta incidenza causale su esso).

Se ci si fermasse ad una interpretazione puramente letterale, dovrebbe prendersi atto della presenza di un'antinomia di assai problematica risoluzione. Da un punto di vista pratico le maggiori difficoltà di qualificazione riguarderebbero quelle attività che, pur inserendosi nella sequenza che mette capo all'intervento abortivo, non possono considerarsi specificatamente e necessariamente rivolte ad esso.

Ma si tratta di un'antinomia soltanto apparente. Svariati elementi inducono a ritenere che l'indicazione di cui al comma 1° adempia ad una funzione eminentemente descrittiva e che il centro di gravità della disciplina sia rappresentato dal comma 3°. Infatti la collocazione sistematica delle due disposizioni non è data dal caso: il comma 1° si occupa specificatamente della forma in cui deve essere proposta l'obiezione; il comma 3°, invece, ha come oggetto esclusivo l'individuazione delle attività delle quali sono esonerati gli obiettori.

Inoltre, un'eventuale interpretazione estensiva del comma 1° troverebbe ugualmente limite nella espressa previsione per cui l'esonero non si spingerebbe fino a ricomprendere l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento[16].

Ma nemmeno in tal modo ogni difficoltà può ritenersi superata. Se leggiamo ancora più con attenzione il comma 3° notiamo che al suo interno sono stabiliti due diversi criteri circa l'individuazione dell'ambito coperto dall'obiezione e le attività da esso escluse: un criterio «finalistico», con il quale la legge include tra le attività da cui gli obiettori sono esentati, quelle che siano specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'IVG; ed un criterio «cronologico» in base al quale l'intervento vero e proprio è contrapposto all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

La zona grigia è costituita da tutte le attività che, pur essendo rivolte a provocare l'interruzione della gravidanza, risultano antecedenti all'intervento strettamente inteso. Tali attività per la loro connotazione finalistica

16 A. Nappi, *I limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza all'aborto*, in *Giur. It.*, 1984, II, 313 ss.

dovrebbero ritenersi coperte dall'obiezione, ma per la loro collocazione temporale potrebbero considerarsi escluse[17].

La chiave di volta è data dallo stesso legislatore che nel qualificare il nesso eziologico tra le attività interessate dall'obiezione e l'IVG utilizza due avverbi: « specificatamente e necessariamente ».

Questi appaiono riferibili non ai comportamenti che occasionalmente possono inserirsi nella catena causale culminante nei singoli atti interruttivi, ma a quelli che per disposto normativo o per intrinseca attitudine trovino nell'interruzione volontaria della gravidanza la propria naturale o istituzionale destinazione[18].

Ulteriormente problematiche, e talora in reciproco contrasto, sono state, poi, le soluzioni date dai giudici ordinari e dalla giurisprudenza amministrativa ad altri problemi sorti in relazione ai soggetti cui deve essere riconosciuta la facoltà di obiettare.

La legge 194, all'art. 9, riconosce tale facoltà al personale sanitario ed esercente le attività ausiliare. Secondo un indirizzo tendente ad interpretare in termini piuttosto ampi il dettato legislativo, il diritto all'obiezione di coscienza spetta a qualunque sanitario od esercente attività ausiliarie che venga chiamato anche occasionalmente a prendere parte alle procedure di cui gli artt. 5 e 7 o ad interventi speciali[19].

Un indirizzo più restrittivo sembra invece delinearsi in sede penale, dove vi sono ritenuti colpevoli di reato di omissione o rifiuto di atti d'ufficio[20] (art. 328 c.p.) sia l'ostetrica che si era rifiutata di preparare il campo sterile[21] per consentire al medico di compiere alcune attività preparatorie all'operazione abortiva[22], sia il medico che si era rifiutato di effettuare un elettrocardiogramma preventivo ad un intervento di interruzione di gravidanza[23].

---

17 C. E. Traverso, *Commento all'art. 9*, in *L'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 1978.

18 A. D'Atena, *Commento all'art.9 della legge 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1659.

19 Più in particolare da tale diritto non possono essere esclusi i medici addetti ai servizi di laboratorio, quando le analisi vengono specificatamente richieste in stretta dipendenza con l'attività di IVG. Vedi T. A. R. Emilia Romagna, 29 gennaio 1981, n. 30 in Trib. Amm. Reg. 1981, I, 961.

20 La Cute, *L'obiezione di coscienza e il reato d'omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. Mer.*, 1984.

21 Ossia di approntare su un tavolo il materiale occorrente, lasciandolo ivi e non di aiutare materialmente il medico a collocare in sede la candeletta.

22 Pret. Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. It.*, 1984, II, 314.

23 Pret. Ancona, 9 ottobre 1979, in *Giur. It.*, 1982, II, 973.

Secondo questo indirizzo, la norma che prevede l'obiezione di coscienza è nata per «salvaguardare la coscienza e la sensibilità di chi reputi l'aborto incompatibile con le proprie convinzioni morali»: l'atto dal cui compimento l'obiettore può legittimamente astenersi deve pertanto essere dotato di una sua intrinseca attitudine a turbare la coscienza dell'obiettore e ciò può avvenire solo quando l'atto sia direttamente ed astrattamente idoneo a produrre l'evento interruttivo e non certo con attività preparatorie e fungibili, non dotate di rilevanza causale diretta nel processo abortivo[24].

4. Se l'obiezione di coscienza all'aborto chirurgico ha sollevato tante problematiche, non è stata da meno l'obiezione di coscienza inerente l'aborto farmacologico[25]. La controversia in questione investe l'uso di un nuovo farmaco, noto con la sigla RU-486[26], che consente di realizzare l'interruzione di gravidanza in alternativa all'intervento chirurgico[27].

In Italia la somministrazione di questo farmaco è consentita entro la settima settimana di gestazione (49 giorni) anziché entro la nona (63 giorni) come nel resto d'Europa. Si tratta specificatamente di un farmaco abortivo che induce l'eliminazione della mucosa uterina e dell'embrione che vi sia annidato[28]. Per tali motivi e per le competenze necessarie alla sua sommi-

24 Pret. Penne, *op. cit*.

25 V. Turchi, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in www.statoechiese.it.

26 L. Liguori, *La pillola della discordia*, in *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 2011, 120; Cfr. M.L. Di Pietro, M. Casini, *Il mifepristone*, in *Medicina e morale*, 2002, 1055 ss.; L. Romano, M.L. Di Pietro, M. P. Faggioni, M. Casini, *RU-486. Dall'aborto chimico alla contraccezione di emergenza. Riflessioni biomediche, etiche e giuridiche*, 2008; C. Flamigni-C. Melega, *Ru-486, non tutte le streghe sono state bruciate*, Roma, 2010; A. Morresi-E. Roccella, *La favola dell'aborto facile. Miti e realtà della pillola Ru-486*, Milano, 2010.

27 La RU-486 è oggi disponibile in quasi tutti i paesi dell'Unione Europea, Italia compresa. L'iter della sua introduzione nel nostro paese è stato piuttosto travagliato, ma si è concluso positivamente nel 2009 con l'approvazione da parte dell'Agenzia Italiana del farmaco. Con la pubblicazione sulla G.U. dell'autorizzazione all'immissione in commercio, la RU-486 è entrata così a far parte dei farmaci che possono essere dispensati in regime ospedaliero e dall'aprile 2010 ha iniziato ad essere normalmente utilizzata in sostituzione dell'aborto chirurgico. Determinazione 24 novembre 2009, «Autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale per uso umano Mifegyne».

28 B. Pezzini, *Inizio ed interruzione della gravidanza*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di S. Canestrari-G. Ferrado- M.C. Mazzoni- S. Rodotà-P. Zatti, 2011, 1686.

nistrazione e al controllo dei suoi effetti, l'uso della RU-486 in Italia viene ospedalizzato e non ne è consentita la vendita al pubblico nelle farmacie[29].

Infatti, i limiti posti dall'art. 8 della legge 194 non ne avrebbero consentito un diverso utilizzo, giacché la legge del 1978 muove dalla necessità che la donna durante l'intero procedimento abortivo sia assistita da un medico del servizio ostetrico-ginecologico[30].

4.1. Relativamente al binomio «obiezione-aborto farmacologico», prendiamo qui in considerazione la sentenza della Corte di Cassazione VI Sez. Penale del 02/04/2013 n. 14979. L'impatto di questa pronuncia sull'argomento di cui si tratta ha riportato a galla, ovviamente, le vecchie divisioni e conseguenti dibattiti tra i *pro-choice* e i *pro-life*[31]. Infatti c'è chi ha letto tale decisioine come «una ingiusta obiezione all'obiezione di coscienza»[32] e chi ha visto lo stesso come un ulteriore traguardo in tema di IVG.

---

29 Il Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia italiana del farmaco con determinazione 24.11.2009, n. 1460 ha autorizzato l'immissione in commercio del medicinale mifepristone (Mifegyne): cfr. *G. U.*, 9.12.2009, n. 286, *Supplemento Ordinario*, n. 229, 58. Nel provvedimento di autorizzazione, all'art. 3, viene stabilito che «L'impiego del farmaco deve trovare applicazione nel rigoroso rispetto dei precetti normativi previsti dalla Legge 22 maggio 1978, n. 194 a garanzia e a tutela della salute della donna; in particolare deve essere garantito il ricovero in una delle strutture sanitarie individuate dall'art. 8 della citata Legge 194/78 dal momento dell'assunzione del farmaco fino alla verifica dell'espulsione del prodotto del concepimento. Tutto il percorso abortivo deve avvenire sotto la sorveglianza di un medico del servizio ostetrico ginecologico cui è demandata la corretta informazione sull'utilizzo del medicinale, sui farmaci da associare, sulle metodiche alternative e sui possibili rischi connessi, nonché l'attento monitoraggio onde ridurre al minimo le reazioni avverse segnalate, quali emorragie, infezioni ed eventi fatali […] È rimesso alle autorità competenti, nell'ambito delle proprie funzioni, di assicurare che le modalità di utilizzo della specialità medicinale Mifegyne ottemperino alla normativa vigente in materia di interruzione volontaria di gravidanza e alle disposizioni di cui sopra» (*Determinazione 24 novembre 2009*, *op. cit*., 59-60).

30 Una nota critica su questo aspetto è espressa da G. Brunelli *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, *op. cit*., 837.

31 Sul tema dell'aborto si veda almeno G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, scritti in onore di Lorenza Carlassare a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2009.

32 Con la relativa domanda: «perché tanto accanimento contro i medici obiettori di coscienza?». Vedi C. Casini e M. Casini, *Una nuova riflessione sul significato dell'obiezione di coscienza alla luce di una sentenza ingiusta*, in *Medicina e Morale*, 2013.

Il caso giudiziario che ha suscitato ampi dibattiti, sia senso in negativo che in positivo, riguardava un aborto praticato mediante somministrazione della RU-486[33] e nasceva dal rifiuto di una guardia medica di assistere la paziente durante la fase di espulsione dell'embrione, quindi quando il farmaco era stato già assunto e l'interruzione della gravidanza si era già verificata.

È chiaro che la totale riconducibilità dell'utilizzo di questo medicinale alla disciplina generale di cui alla legge 194 e, in particolare, alle procedure dalla stessa contemplate, garantisce al sanitario la possibilità di invocare la clausola di coscienza di cui all'art. 9, ma nel rispetto di tutte le condizioni ivi previste.

La sentenza in esame si è principalmente occupata di verificare se il diritto all'obiezione di coscienza sia stato invocato, nel caso di specie, nel rispetto dei requisiti e dei limiti previsti dalla legge[34].

Orbene, premesso che l'obiezione può essere invocata solo in relazione ad attività di assistenza posta in essere durante l'intervento (fase nella quale anche un mero atto di assistenza sarebbe da considerarsi come specificatamente e necessariamente correlato all'intervento abortivo), e non riguardo ad una fase di assistenza successiva, la Corte di Cassazione ha ritenuto tale comportamento non coperto dalla clausola di coscienza e, quindi, pienamente sussumibile nella fattispecie di reato di cui all'art. 328 c.p.[35].

---

33 L'aborto farmacologico con mifepristone (RU 486) richiede un monitoraggio attento della condizione fisica e psichica della donna. Una volta assunto il mifepristone, è la donna in primis che deve monitorare l'andamento del processo: il farmaco infatti, pur garantendo un'alta percentuale di successo, può in rari casi non produrre l'effetto desiderato, e in caso di mancato aborto entro 36-48 ore dall'assunzione del mifepristone la donna deve assumere un prostaglandinico. Segue quindi un'ulteriore visita dopo 14-21 giorni per accertare l'avvenuta espulsione dell'embrione. Nella maggior parte dei casi il sanguinamento inizia 24-48 ore dopo la somministrazione del mifepristone, e solo in un piccolo numero di pazienti (3%) l'espulsione del embrione avviene prima di prendere la prostaglandina. Il sanguinamento dura in media una decina di giorni e l'espulsione dell'embrione può avvenire da entro poche ore dalla somministrazione della prostaglandina fino a qualche giorno dopo.

34 A tal riguardo occorre ricordare che, come già osservato in precedenza, l'art. 9 della legge 194/78 subordinava il riconoscimento del diritto all'obiezione a determinati limiti ed al rispetto di specifiche modalità di esercizio, in quanto l'esonero del personale sanitario si riferisce alle sole attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'IVG e non all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

35 Per quanto riguarda la mancanza del requisito richiesto dall'art. 328 c.p. sul «rifiuto indebito» affinché si possa integrare il reato in questione la Suprema Corte è stata ancora più precisa. Il reato deve ritenersi pienamente «integrato» in quanto: il rifiuto ha riguardato un atto sanitario, peraltro richiesto con insistenza da personale infermieristico e medico, in una situazione di oggettivo rischio per la

Con ciò il giudice di legittimità ha integrato quanto già precedentemente dichiarato sia in primo grado dal Tribunale di Pordenone sia in secondo grado dalla Corte d'Appello di Trieste: si osservava, infatti, che l'aborto era già stato indotto da altro sanitario mediante la somministrazione della RU-486 e l'assistenza richiesta non riguardava una fase diretta a determinare l'IVG[36], bensì una fase successiva (c.d. secondamento) nella quale il feto doveva essere espulso dal corpo della donna[37].

---

paziente che non aveva ancora espulso la placenta, essendo del tutto irrilevante che le condizioni di salute non sono risultate particolarmente gravi: in questi casi il medico ha comunque l'obbligo di recarsi immediatamente a visitare il paziente al fine di valutare direttamente la situazione, soprattutto se a richiedere il suo intervento sono soggetti qualificati – come è accaduto nella specie –, in grado cioè di valutare la effettiva necessità della presenza del medico; peraltro, che fosse necessario un medico è dimostrato dal fatto che, dopo il rifiuto dell'imputata, è dovuto intervenire il dottor G., primario del reparto e obiettore anch'egli, che l'ha assistita nella fase finale del secondamento eseguita manualmente.

36 Di parere contrario sono Carlo Casini e Marina Casini, *Una nuova riflessione sul significato dell'obiezione di coscienza alla luce di una sentenza ingiusta*, *op. cit*., descrivono un diverso ragionamento sulle diverse fasi dell'IVG mediante aborto farmacologico. Dal punto di vista giuridico il caso in esame propone due questioni: se la fase di espulsione del feto e quella del secondamento facciano parte dell'intervento abortivo; e se ai fini dell'obiezione di coscienza debbano essere considerate come unico evento, oppure momenti distinti e come tali sottoposti a diverso regime. In primis gli autori si soffermano su cosa si intende per momento finale dell'intervento. Un intervento termina quando si esauriscono tutte le manipolazioni che si susseguono senza soluzione di continuità e che sono necessariamente collegate all'intento perseguito. Da questo presupposto i Casini sostengono che l'interruzione della gravidanza termina quando tutti gli effetti del concepimento e dell'aborto sono rimossi dal corpo della donna. Nel caso esaminato l'intervento abortivo non si era ancora concluso in quanto non c'era stata ancora l'espulsione del feto e della placenta. Il ragionamento portato avanti con vigore da Carlo e Marina Casini è diretto a dimostrare come tutto l'intervento (nell'aborto farmacologico) sia coperto dalla «clausola di coscienza». Posizione nettamente contraria rispetto a quella dei giudici della Corte di Cassazione Sezione Penale, secondo i quali la fase del c.d. secondamento è una fase conseguente all'intervento e per questo la ginecologa obiettrice doveva intervenire in quanto questa attività conseguente non è coperta dall'obiezione di coscienza. C. Casini e M. Casini, *Una nuova riflessione sul significato dell'obiezione di coscienza alla luce di una sentenza ingiusta*, *op. cit*, 2013.

37 Deve quindi ritenersi sussistente il dolo del medico ginecologo in quanto pienamente consapevole del proprio rifiuto che si è manifestato anche dopo l'intervento del primario e del direttore sanitario. Scrive la Cassazione che il medico «ha negato l'assistenza ad un paziente interpretando le norme della legge 194 nella parte riguardante l'obiezione di coscienza in modo limitato e strumentale, tale

Muovendo da tale considerazione, la Corte giunge a respingere altresì l'argomentazione sostenuta dalla difesa dell'imputata, secondo la quale la stessa non sarebbe intervenuta in quanto la paziente non si sarebbe trovata in imminente pericolo di vita. In realtà, la norma che prevede l'obbligo per l'obiettore di garantire in ogni caso la prestazione sanitaria quando essa sia indispensabile per salvare la vita della donna[38] trova applicazione soltanto qualora detta prestazione sia richiesta durante l'intervento abortivo, e non certamente rispetto alla fase antecedente e successiva allo stesso, nelle quali la clausola di coscienza, come già osservato, non opera affatto.

Inoltre, nell'ottica della tutela della salute, unica vera finalità del servizio sanitario nazionale, non è costituzionalmente ammissibile una separazione tra medico non interventista «per la vita» e medico interventista «per la morte», laddove, invero, il diritto dell'obiettore deve necessariamente affievolirsi, fino a scomparire, di fronte al diritto della donna in imminente pericolo a ricevere le cure per tutelare la propria vita e la propria salute[39].

In definitiva, la decisione della Suprema Corte non fa altro che declinare -rispetto ad un caso nuovo dal punto di vista della tecnica medica (aborto farmacologico e non chirurgico) e non già quanto a rilievo giuridico – regole e criteri di valutazione già noti e chiaramente espressi nella legge 194/78.

La Corte, infatti, una volta di più riconosce il diritto all'obiezione di coscienza entro lo stretto limite delle attività mediche dirette a provocare l'IVG e coincidenti, nell'aborto farmacologico, con le sole pratiche di predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi, con l'esclusione dunque di quelle attività utili ad impedire il verificarsi di un pregiudizio alla salute di un paziente[40].

---

da non poter essere giustificata in relazione a convinzioni religiose, comunque in contrasto con gli obblighi derivanti dalla stessa professione medica».

38 G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto. Saggi*, 1993, 20.

39 Inoltre, sul diritto alla vita e sull'esistenza di una legge naturale obiettiva non derogabile in sede civile D. Milani, *Quando l'interruzione della gravidanza solleva ancora discussioni nello Stato e nella Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), 2012, 20 ss.

40 Tenendo sempre a mente, da un lato, cosa enuncia l'art. 9 della legge 194 e dall'altro, il contenuto delle sentenze precedentemente analizzato l'idea di base che si vuole sostenere è che per poter giustificare un'esenzione, tra convinzioni e azioni ci deve essere un nesso tale per cui l'azione compiuta da un agente causa direttamente uno stato di cose contrario alle convinzioni dell'agente medesimo. Non basta, quindi, che un'azione si limiti a rendere possibile o a favorire o a essere parte di un processo che conduce a quello stato di cose, come nel caso della semplice prescrizione della RU-486.

Tale interpretazione restrittiva conduce necessariamente tanto a rigettare la tesi secondo cui l'obiezione di coscienza può essere sollevata in riferimento all'intero procedimento di IVG quanto ad evitare che il diritto all'obiezione di coscienza possa risolversi, di fatto, in un'imposizione di coscienza. Ciò si verifica nei casi in cui un'omissione di comportamenti doverosi pone immediatamente a repentaglio altrui diritti fondamentali, senza che sia possibile, sul piano obiettivo (ad es. stante l'urgenza), contare in un adeguato intervento sostitutivo di altri soggetti tenuti ad erogare la prestazione[41].

Partendo da questa considerazione, nel caso dell'aborto farmacologico è l'assunzione della Ru-486 e non la sua prescrizione ad avere un legame casuale diretto con l'interruzione volontaria di gravidanza.
Pertanto è fuorviante ridurre a un conflitto tra due opposte convinzioni la situazione in cui vi è da un lato un medico contrario alla prescrizione della RU-486, perché contrario all'aborto, e dall'altra una donna che vuole abortire con la Ru-486. Questo non perché le due convinzioni non siano in conflitto né perché una delle due sia migliore dell'altra ma perché sussiste un'importante differenza in termini causali tra le azioni del medico e della donna che conseguono da tali convinzioni. Così un medico che si astenesse dal prescrivere la RU-486, esercitando obiezione, impedirebbe alla donna di agire secondo le proprie convinzioni, violando così l'autodeterminazione della stessa in tema di scelte riproduttive; mentre una donna che assumesse la RU-486 non impedirebbe al medico di agire secondo le proprie di convinzioni dal momento che ciò non comporterebbe per il medico l'esecuzione di un aborto.
Quindi, consentire ai medici di esercitare l'obiezione di coscienza circa la prescrizione della RU-486 può significare correre il rischio di dover ampliare il numero dei soggetti ricompresi nella categoria indicata nella stessa legge 194; in linea di principio in una situazione analoga a quella dei medici finirebbero per trovarsi tutte quelle altre persone che sono inserite nel processo che pone la RU-486 nella disponibilità delle donne (Un caso banale potrebbe essere quello dei corrieri che consegnano farmaci ad ospedali e farmacie. L'unica differenza tra medici e corrieri riguarda il diverso momento in cui si attua il loro coinvolgimento nella catena causale, essendo l'operato del corriere antecedente sul piano temporale rispetto a quello del medico. Sul piano del principio però diventa difficile stabilire perché la situazione del corriere dovrebbe essere diversa da quella del medico e perche dunque ad un corriere antiabortista dovrebbe essere negato il diritto ad esercitare obiezione di coscienza per ciò che trasposta, se tale esercizio è garantito al medico per ciò che prescrive).
Una posizione siffatta avrebbe il pregio della coerenza. Ma come per tutte le cose c'è sempre il rovescio della medaglia, in quanto allargare le maglie per l'esercizio dell'obiezione di coscienza, ampliando la platea dei soggetti che la possono richiedere e/o estendendo gli ambiti del suo esercizio, ostacola parecchie attività e a volte addirittura le sottopone al rischio di paralisi.

41 F. Mantovani, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, *op. cit.*

5. Dopo aver analizzato la specifica vicenda giurisprudenziale relativa all'obiezione alle pratiche di IVG, dovrebbe essere chiaro quali sono le implicazioni giuridiche e propriamente costituzionali del caso. Esemplificando e semplificando si potrebbe dire che, a monte del caso, sussiste un quesito alquanto spinoso e irrisolto, ossia se esiste un vero e proprio diritto costituzionale all'obiezione di coscienza[42].

La definizione concettuale dell'obiezione e la sua ricostruzione unitaria all'interno dell'ordinamento giuridico statuale è compito arduo e mai de-

42 Il documento del CNB del 2012 sostiene che l'obiezione di coscienza è «costituzionalmente fondata con riferimenti ai diritti inviolabili dell'uomo, e va esercitata in modo sostenibile; essa costituisce un diritto della persona e una istituzione democratica necessaria per tenere vivo il senso della problematicità riguardo ai limiti della tutela dei diritti inviolabili; quando essa inerisce ad una attività professionale, concorre ad impedire una definizione autoritaria *ex lege* delle finalità proprie della stessa attività professionale». Sempre secondo il documento la tutela dell'obiezione di coscienza, per la sua stessa sostenibilità nell'ordinamento giuridico, «non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale».
Il tentativo è quello di offrire una soluzione di compromesso motivata dal principio che in democrazia è necessario accettare anche le leggi che non ci piacciono e di costruire al contempo un meccanismo forte, che nobiliti l'obiezione di coscienza come un «bene collettivo».
In questa visione l'obiezione di coscienza è prima fondata sul piano morale e poi sul piano dei diritti costituzionali: prima ci sono i valori e poi la legge dello Stato. In questo sento non ci sarebbe nemmeno la necessità di regolare attraverso una legge, almeno in campo sanitario, visto che si tratta di tutelare un valore collettivo. L'obiezione diventa così una istituzione democratica perché garantisce diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione (artt. 2, 3, 10, 19 e 21).
La conclusione del CNB non è priva di originalità e merita di essere riportata: esistono leggi creontee (il riferimento è alla tragedia di Antigone) che possono essere legittime e persino democratiche, ma che sono state approvate senza alcun riguardo per la morale di senso comune e nei confronti delle quali l'obiezione è più che legittima, perché fornisce qualità alla democrazia, pone riparo ad un grossolano errore del legislatore e rende la norma accettabile anche per le minoranze (Cfr. C. Flamigni- M. Mengarelli, *Nelle mani del dottore? Il racconto e il possibile futuro di una relazione difficile*, 2014, 58).
Cosa non convince in questa analisi? È lapalissiano che il CNB utilizza parole pesanti come macigni (riconoscendo l'obiezione come strumento rimediale nei confronti di un legislatore che erroneamente ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto dell'IVG), soprattutto in un'epoca, la nostra, dove fioccano riconoscimenti di qualsiasi tipo di diritti. Non è chiaro per chi scrive quale sarebbe stato l'errore per il CNB commesso dal legislatore: forse dar vita a quel diritto all'autodeterminazione insito nella figura della donna?

finito[43]. Trattasi, infatti, di un fenomeno sociale mutevole nei significati, dinamico negli scopi che persegue, di diversa estensione e profondità nelle manifestazioni.

In primo luogo, l'obiezione è fenomeno tipicamente individuale. All'eteronomia della legge, del comando legale, l'obiettore oppone un imperativo, dettatogli dalla propria coscienza, a cui non può sottrarsi, correndo il rischio di non essere più se stesso. Alla *lex fori*, ossia la giurisdizione del foro esterno, l'obiettore oppone la *lex poli*, la legge della coscienza[44].

L'obiezione di coscienza, quindi, non può qualificarsi come "lo scatto di un momento", non è un atto saltuario, ma deve essere una decisione maturata, in accordo interiore con un modo di pensare generale sulla vita e sull'umanità, sia esso religioso, sociale, morale[45].

---

43 In molti hanno tentato di dare una definizione puntuale di obiezione di coscienza, tra cui S. Prisco che ha definito la stessa come «tecnica diffusa, nel rapporto in democrazia tra diritti soggettivi e doveri costituzionali, al fine della possibile composizione della conflittualità coessenziale al pluralismo ideale delle società contemporanee»; oppure c'è chi riconosce (R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza*, *in Dir. Eccl*. I, 1983, 323 ss.) l'obiezione come «la dimensione positiva della libertà di coscienza» intesa come libertà di ciascun consociato di agire, nell'ambito della propria vita di relazione, secondo i dettami della propria coscienza. Il riconoscimento dell'obiezione, in questi termini, comporta l'attuazione del fondamentale principio della libertà di coscienza e costituisce pertanto il doveroso riconoscimento di un diritto fondamentale di libertà.

44 L'obiezione di coscienza ha per oggetto singole norme e non l'ordinamento nel suo complesso. Infatti, l'obiettore non mette in discussione la validità della legge in quanto tale o dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e neppure la legittimità dell'autorità statale, ma chiede di poter non obbedire alla legge per poter agire in modo coerente rispetto ai propri valori morali. L'obiettore manifesta, testimonia le proprie aderenze a principi di moralità individuale, oppone ragioni di coscienza al rispetto di una norma che si considera contraria alle proprie convinzioni, senza quindi ricorrere a principi di giustizia costituzionale necessariamente condivisi in una società. Nel caso in cui l'intento sotteso sia quello di resistenza alla legge, non si dovrà parlare di obiezione di coscienza ma di «disobbedienza civile», un atto questo di vera e propria contestazione politica, che travalica la dimensione individuale per dare luogo ad un movimento di protesta organizzata tendente ad esercitare sui detentori del potere politico una pressione per ottenere mutamenti normativi.
Alla luce di ciò, in una società democratica e liberale vi può essere spazio per aperte e non dissimulate manifestazioni di disobbedienza civile ma non ve ne può essere alcuno per la disobbedienza civile che travestita da obiezione di coscienza pretende di esonerare chi disobbedisce alla legge dalle conseguenze delle sue scelte per farne pagare il prezzo e di fatto imporle agli altri cittadini.

45 L'espressione stessa di coscienza, che qualifica l'obiezione, presuppone una meditata scelta di un gesto coerente con tutta la personalità e la vita dell'obiettore.

Come abbiamo precedentemente accennato, la Costituzione italiana non prevede espressamente il diritto di obiezione di coscienza; sul punto, in dottrina, si sono succedute diverse ricostruzioni, volte ad un graduale riconoscimento e qualificazione della libertà di coscienza.

È indispensabile muovere dal problema del rapporto tra obiezione di coscienza ed obbedienza alla legge. Considerata in generale, l'obiezione di coscienza pone un problema nodale per la democrazia: ossia, se è possibile far coesistere da un lato la valenza democratica e garantistica della legge, e dall'altro, il rispetto della coscienza sociale.

Una prima, ed iniziale, soluzione è quella che nega alla radice la possibilità di risolvere il rapporto coscienza – ordinamento in termini crescenti di libertà, circoscrivendo il problema di coscienza entro la sola sfera morale individuale, che deve cedere alla norma di condotta imposta dall'ordinamento.

In tale prospettiva vi è il disconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza in quanto ciò assumerebbe inevitabilmente i connotati di un fattore di disgregazione dell'ordinamento giuridico[46].

L'orientamento appena descritto, che considera soccombenti le esigenze della coscienza a fronte di un dovere giuridico di obbedienza, cede ormai il passo a differenti ricostruzioni dottrinali che, partendo da presupposti

---

«Coscienza» identifica la personalità globale dell'obiettore, il suo essere, proprio in forza delle ragioni professate, quella data persona. A. Capitini, *L'obiezione di coscienza in Italia*, Manduria, 1959, 13-14. Su per cosa si intende per coscienza cfr. P. Chiassoni, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in *Notizie di Politeia*, 2011, che intende la stessa come un insieme di precetti oggettivi e assoluti che ogni individuo riceve dall'esterno; R. Mazzola, *Coscienza come soggetto di diritto. L'uso del foro interno nei rapporti fra Stato e confessioni religiose*, in *Notizie di Politeia*, 2011, dove inquadra la coscienza come il complesso dei precetti e delle convinzioni che vengono ad assumere un ruolo determinante nella costruzione della personalità di ogni soggetto e nella salvaguardia della sua dignità solo se questi ha liberamente scelto di accettarli e di farli propri.

46 Cfr. A. Pugiotto, voce *Obiezione di coscienza nel diritto costituzional*, in *Dig. Disc*, *pubbl,* X, Torino, 1995; allineati su questa posizione Pigliaru, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza, Milano 1968,. 646; Capograssi, *Obbedienza e coscienza*, FI, 1950, II, 47 ss.; A. D'Atena, *Commento all'art. 9 l. 22-5-1978 n. 194*, NLCC, 1978, 1651 ss.; Bertolino, *Obiezione di coscienza, I) Profili teorici*, in *Enc. Giur*., XXI, Roma, 1990; Gemma, *Brevi note critiche contro l'obiezione di coscienza, in L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, a cura di Botta, *Atti del convegno, Modena, 31 novembre – 1 dicembre 1990*, Milano, 1991, 319 ss..

concettuali diversi, arrivano a costruire schemi giuridici a garanzia della libertà di obiettare in nome della propria coscienza.

Una differente letteratura riconosce l'obiezione di coscienza come «scelta propedeutica all'obbedienza consenziente»[47], ovvero il presupposto di tale obbedienza consiste nell'attuazione di un procedimento di comparazione, interno al soggetto, tra norma giuridica e norma interiore, ed il rischio di tale confronto (cioè la decisione di disobbedienza alla legge per ragioni di coscienza) verrà accettato dall'ordinamento come elemento non di disgregazione, bensì di maturazione giuridica e sociale[48].

In questa prospettiva si riconosce all'obiezione di coscienza un aggancio costituzionale, individuato negli artt. 2, 9 e 21 Cost., e si ricostruisce la dialettica coscienza – ordinamento secondo una direttrice ascendente (l'obiezione nasce dal singolo e può imporsi all'ordinamento giuridico come eccezione riconosciuta o come nuova regola generale).

Oltre l'obiezione di coscienza si configurerebbe come diritto soggettivo, ossia non sarebbe un autonomo diritto costituzionalmente riconosciuto e direttamente azionabile, ma godrebbe di una tutela riflessa, essendo necessaria per la sua legittimità e il suo legittimo esercizio la c.d. interposizione legislativa, cioè una espressa previsione e disciplina legislativa[49].

---

47 Obbedienza che deriva dalla libera adesione ai valori espressi nella legge.

48 F. Mantovani, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, *op. cit.*; Cfr. Rossi, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA. VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, 71 ss.; «obbedienza consenziente» è definizione di Passerin D'Entreves, *Legittimità e resistenza*, in Studi Sassaresi, III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, 35; Si veda anche Pigliaru, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Milano 1968.

49 Questo processo argomentativo è stato portato a compimento prima nella sentenza n. 196/87 e successivamente nella sentenza n. 467/1991, dove la centralità della coscienza e dei suoi diritti è affermata a chiare lettere quale valore costituzionale rilevante in sé e come prodromo essenziale all'esercizio di altre libertà fondamentali e di altri diritti inviolabili. La protezione della coscienza a livello dei valori costituzionali si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 Cost; il che spinge la Corte ad affermare il corollario secondo il quale quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti. La Corte dunque riconosce una robusta copertura costituzionale ai diritti della coscienza, connotandoli tra i diritti a un tempo «trasversali» (perché ricompresi nella portata semantica di più ampi diritti espressamente riconosciuti in Costituzione) e «strumentali» (giacché la loro mancanza o compressione porterebbe con sé una diminuzione del significato effettivo e della garanzia di altri diritti enumerati nel

Ulteriore orientamento dottrinale[50] sostiene che l'apparente antinomia tra obbedienza alla legge ed obiezione di coscienza possa essere risolta in termini ancora più avanzati di tutela, giungendo a qualificare l'obiezione stessa come diritto dell'uomo costituzionalmente garantito e direttamente azionabile[51]. Tale diritto viene fondato sulla libertà di coscienza, che implica il duplice diritto non solo di non ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti, ma di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza, poiché è innanzitutto nelle manifestazioni esterne che deve estrinsecarsi la libertà giuridica di coscienza. Tale libertà viene ricostruita in termini di vero e proprio diritto soggettivo anche se non fondato su singoli disposti costituzionali, essendo nessuno di essi di per sé esaustivo, ma attraverso una interpretazione sistematica delle stesse[52].

---

testo costituzionale). Si tratta ora di verificare se questa copertura costituzionale legittimi una ricostruzione dell'obiezione di coscienza, quale protezione esterna della coscienza individuale, come diritto costituzionale immediatamente azionabile o, piuttosto come situazione soggettiva necessitante di un riconoscimento legislativo. Se ne deduce che l'esserci o meno un testo legislativo segna lo spartiacque tra una condotta obiettante giuridicamente lecita ovvero sanzionata. Nel complesso la giurisprudenza costituzionale sembra privilegiare quello che si è definito come il processo ascendente di ricomposizione dell'antinomia apparente tra obbedienza alla legge e obiezione di coscienza: questa è certamente una estrinsecazione della libertà di coscienza costituzionalmente protetta, ma passa attraverso un riconoscimento legislativo per venire legittimamente a giuridica esistenza nell'ordinamento.

50 Tale ultimo orientamento prende le mosse da un'articolata riflessione sul modo di essere proprio di uno stato laico e pluralistico, qual è il nostro. Che riconosce e garantisce le condizioni istituzionali del confronto e del conflitto tra ideologie e culture diverse, senza né poter né dover prendere parte per l'una o l'altra. Cfr. S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; G. Dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, a cura di R. Botta, *Atti del Convegno di studi, Modena, 30 novembre – 1 dicembre 1990,* Milano, 1991, 28 ss.; Guerzoni, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà*, *op. cit.,* Milano 1991.

51 Per quanto non sia automatico riconoscere ad un diritto inviolabile una tutela come diritto soggettivo perfetto è arduo negare tale consistenza alla posizione soggettiva dell'obiettore. I limiti che ad essa potrà opporre il legislatore saranno solo quelli ricavabili attraverso l'impiego delle tecniche di bilanciamento con altre situazioni soggettive o beni egualmente tutelati in Costituzione, il che porta tanto ad affievolire la tutela del diritto in questione, quanto a contemperarla necessariamente con quella di altri. Vedi S. Prisco, *La metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, GiC, 1989, II, 577 ss.

52 Quali in particolare: 1) l'art. 19 Cost., poiché il diritto di libertà religiosa non può non comprendere la libertà di coscienza, che è il fondamento di tale diritto (anche se tale articolo è di per sé insufficiente, perché legittima l'obiezione religiosa, ma

Questa prospettiva ricompone la dialettica coscienza – ordinamento secondo una direttrice discendente (l'obiezione preesiste o comunque informa l'ordinamento, i cui obblighi vanno disciplinati in modo da non mettere a repentaglio il diritto di essere fino in fondo se stessi) esattamente opposta a quella precedentemente illustrata[53].

Queste teorie poggiano sul presupposto che lo scopo del diritto (o meglio di uno Stato Costituzionale maturo, fondato sull'assunto di base della dignità della persona) è quello di dare «soluzione» ai conflitti che nascono continuamente in un ordinamento dove il diritto risulta contaminato da ulteriori fattori come la politica e la realtà sociale.

Da un'altra prospettiva vi si è evidenziato[54] che i conflitti che attraversano il corpo sociale definiscono la dinamica e lo sviluppo degli ordinamenti giuridici concreti e taluni di essi possono rimanere irrisolti. Siamo di fronte ai c.d. «conflitti irriducibili», dotati di una propria autonomia concettuale, e che rappresentano il prodotto di una specifica evoluzione storica. Tale teoria è consustanziale ad uno Stato costituzionale connotato dal «pluralismo» di valori, e di una forma di Stato in cui si ammettono conflitti al proprio interno che non si pretende di comporre[55].

---

non anche quelle etica e filosofica); 2) l'art. 21 Cost., perché la libertà di manifestazione del pensiero comprende anche l'estrinsecazione dei propri convincimenti religiosi, etici, filosofici; 3) l'art. 13 Cost., poiché la libertà psicofisica della mente e del corpo, nella loro inscindibile unità, comprende anche la libertà di coscienza, nella duplice dimensione suddetta: di libertà di non ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti e di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza. E col riconoscere i diritti dell'uomo come inviolabili, l'art.2 Cost. eleva a diritto inviolabile dell'uomo anche la libertà di coscienza: 1) sia esso costruito già sulla base dei suddetti articoli della Carta costituzionale; 2) sia esso comunque costituzionalizzato attraverso la clausola aperta dell'art. 2, pronta a recepire i diritti della persona via via emergenti.

53 A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, *op. cit.,* 247.

54 Si veda G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

55 Sul punto si veda I. Berlin, il quale propone di fronte al pluralismo dei valori di non cercare una soluzione unica che possa rispondere a come è meglio vivere, proponendo invece una ricerca di equilibrio tra i diversi valori e diversi beni, cercando di ridurre i conflitti, per giungere ad una società accettabile riferita a valori di giustizia condivisi. Berlin inoltre afferma che nonostante fini e valori siano certamente molti fanno riferimento comunque tutti all'uomo e quindi è possibile costituire un equilibrio sociale che non comporti prese di posizioni e che abbia come fine il riunire le diverse visioni del mondo. Cfr. anche Ross e Prichard, (che hanno avuto una certa influenza sulla formazione di Berlin), i quali accettavano come un dato irriducibile dell'esperienza morale, l'esistenza di una pluralità di principi che possono configgere generando direttive di comportamento incompa-

Per questa dottrina l'obiezione di coscienza viene ad essere, tra le altre ipotesi[56], un esempio di conflitto irriducibile[57].

L'obiezione, se prevista dall'ordinamento, assume, dunque, le vesti dell'eccezione alla regola stabilita e può essere legittimamente invocata dai singoli: in tal caso è lo stesso ordinamento a riconoscere un'impossibile composizione tra principi di ordini diversi[58]. Lo Stato stabilisce una regola ma poi ammette la sua eccezione rinunciando a far valere l'assolutezza e la generalità dei suoi precetti. È la rinuncia dell'ordinamento stesso a far valere le proprie norme a favore di quelle dell'altro ordinamento che legittima un comportamento individuale altrimenti illegittimo[59].

In ogni caso, quale che sia l'orientamento al quale si aderisce e anche laddove si intenda qualificare l'obiezione di coscienza come un diritto, si impone la necessità di definire le condizioni per un esercizio legittimo della stessa ovvero è necessario tracciare invalicabili confini entro i quali il fenomeno dell'obiezione va mantenuto[60].

---

tibili. In secondo luogo, entrambi ritenevano che non ci siano regole di priorità che consentano di stabilire quale dei principi che sarebbero rilevanti in astratto sia quello che ha il peso maggiore in una determinata situazione.

56 Come: la rivolta, la ribellione, la lotta partigiana, terrorismo, resistenza e disubbidienza.

57 L'obiezione di coscienza si configura come l'adozione di una tecnica regolativa del pluralismo negli ordinamenti democratici. Si veda S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in www.rivistaaic.it, 08 ottobre 2007.

58 Emblema di tale situazione viene ad essere il confronto tra Antigone e Creonte nella tragedia Sofoclea, dove l'incontro/scontro tra dovere imposto dalla coscienza e dovere imposto dalla legge viene ad essere il paradigma dell'obiezione di coscienza. In ogni vicenda obiettoria Antigone e Creonte hanno ambedue torto, perché sono unilaterali, ma proprio per questo ambedue hanno ragione. Ambedue, infatti, rispondono a doveri operanti su piani diversi e non necessariamente comunicanti: l'una rinvia ad un ordinamento metagiuridico; l'altro, all'ordinamento giuridico. G.W.F. Hegel, *La religione determinata in Lezioni sulla filosofia della religione (1832)*, II, Roma-Bari, 1983; Due diversi e inconciliabili ordini, i quali determinano una scissione tragica e non componibile, convivono in una perenne e insopprimibile opposizione latente, sino a quando non si impongono, in forma traumatica, nei momenti di conflitto, senza alcuna possibilità di sintesi. Quando il conflitto esplode non vi è composizione possibile, perché ciscuno segue una sua autonoma ratio che determina la volontà dei soggetti. G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 284.

59 G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*,*op. cit*., 281.

60 Inoltre da un lato si vuole sostenere che il diritto all'obiezione sia un diritto costituzionale in quanto esistono connessioni con le norme che assicurano ai cittadini italiani libertà di religione e di espressione; dall'altro lato si vuole comunque ricordare

Innanzitutto rileva che condizione per cui l'atto di chi obietta non debba ledere i diritti degli altri, che non possono subire un pregiudizio eccessivo in conseguenza dell'esercizio dell'obiezione né direttamente né indirettamente; inoltre, non meno indispensabile è che l'obiezione di coscienza non occulti una strategia opportunistica posta in atto per venire meno ai propri doveri di solidarietà e per ottenere vantaggi personali; ed infine ulteriore condizione per cui l'esercizio diffuso dell'obiezione non comporti una minaccia per l'ordinamento giuridico nel suo complesso e per gli interessi generali ad esso sottesi.

6. Sia che l'obiezione di coscienza venga ricostruita come istituto avente rilievo costituzionale ma subordinato ad una interposizione legislativa, sia che la si assuma come diritto dell'uomo costituzionalmente garantito ed immediatamente azionabile, trattasi, in entrambi i casi, di una posizione soggettiva non illimitata ma nemmeno violabile: non illimitata in quanto al pari delle altre posizioni soggettive tutelate in Costituzione sarà soggetta soltanto ai limiti previsti dal legislatore; ma nemmeno violabile perché comunque siamo di fronte ad una libertà costituzionalmente garantita.

La tecnica da utilizzare a tal fine – come ogni volta in cui ci troviamo dinanzi a configgenti interessi costituzionali – sarà quella del bilanciamento[61] al fine appunto di contemperare i valori sottesi a ciascuno degli interessi in conflitto, intesi tutti pari ordinatamente .

Nel caso di specie siamo di fronte, come espressamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale[62], ad una delicata operazione diretta a bilanciare l'obiezione di coscienza con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne la possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale[63].

Ciò significa che non esiste sempre e comunque un utilizzo illimitato e smisurato dell'obiezione di coscienza, ma bisogna apporre a tale istituto de-

---

che il legame non è così stretto da non avere bisogno di una legge che la regoli, a differenza, invece, della connessione "diretta" con il diritto alla salute della donna.

61 Si veda A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Giur. Ann*, II, Tomo 2, 2008; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. Cost*., n. 6/1998.

62 Si veda sentenza 467/1991.

63 Inoltre, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza), sent. 467/1991.

terminati confini, che vogliamo definire «contro-limiti». Tale locuzione, utilizzata nella sua accezione originaria in altro contesto per designare un diverso fenomeno (proteggere principi fondamentali e diritti inviolabili sanciti dalla costituzione nazionale a fronte delle limitazioni provenienti dall'appartenenza ad ordinamenti sovranazionali), ci sembra utile anche in questo scenario, andando a denotare il punto oltre il quale il limite della coscienza, opposto dall'obiettore al compimento di determinati doveri, non è più invocabile.

Si tratta, in altre parole, di argini, di «barriere» atte a garantire un miglior uso dell'obiezione e dirette, nel caso specifico dell'obiezione all'IVG, ad evitare pratiche abusive come quelle volte ad ostacolare o bloccare tutta una rete di servizi messi a disposizione dal servizio sanitario nazionale.

Nella ricostruzione di tali contro-limiti, strettamente collegati gli uni agl'altri, è fondamentale rileggere la giurisprudenza costituzionale che investe questioni relative allo *status* del soggetto che invoca l'obiezione[64]; l'adempimento dei doveri costituzionalmente inderogabili[65] e il nesso causale tra la condotta richiesta al soggetto obiettante e il prodursi dell'atto che ripugna alla sua coscienza.

Per quanto riguarda lo *status* del soggetto, esistono individui che ricoprono uffici, ruoli o cariche nelle quali è più immediato il collegamento con un'altra sfera rispetto alla propria individualità, ad esempio i pubblici funzionari, i giudici, i componenti delle forze armate o autorità di pubblica sicurezza. La domanda che ci si pone al riguardo è: «ma tutti questi soggetti possono esercitare il diritto generale all'obiezione di coscienza nell'esercizio delle proprie funzioni, oppure il loro *status* rappresenta un ostacolo?».

---

64 Il problema dello status del soggetto che invoca l'obiezione di coscienza è emerso nella sentenza n. 196/1987. I giudici della Consulta hanno precisato che il giudice tutelare dispone di «un autorizzazione a decidere» per la donna minore, in sostituzione dell'assenso degli aventi titolo, con funzione di mera integrazione della volontà della minorenne. Per tali ragioni il sindacato richiesto dal giudice tutelare sarebbe squisitamente esterno, di mera legalità: il suo intervento, difatti, è previsto a sola integrazione della sfera di capacità (o incapacità) del soggetto. Tale approdo della giurisprudenza costituzionale è stato ampiamente criticato dalla dottrina che ha addirittura sostenuto che il giudice tutelare sarebbe coinvolto dal «punto di vista dell'apporto spirituale, in modo più denso e più determinante rispetto ai sanitari». (S. Mangiameli, *La libertà di coscienza di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, 529.)

65 Diffusa è l'affermazione che l'obiezione di coscienza non può esentare dall'adempiere doveri costituzionalmente inderogabili. In presenza di siffatti limiti, l'obiezione di coscienza o non si giustifica oppure per trovare legittima giustificazione deve obbligare ad una diversa prestazione personale comunque satisfattiva del dovere inderogabile: prestazione alternativa che da un lato rispetti la coscienza obiettante ma che dall'altro deve essere realmente effettiva.

Prendendo in considerazione la figura del giudice, egli è chiamato a svolgere la sua attività di *ius dicere* secondo un assetto valoriale concretamente differente rispetto a quello della propria coscienza: è la volontà del legislatore e non quella del giudice a dover prevalere, sempre nel rispetto dei principi costituzionali.

In altre parole, ad essere garantite saranno le condizioni nello svolgimento della sua attività giurisdizionale, come la neutralità, non, invece, il potenziale turbamento della sua coscienza individuale, a seguito dell'ufficio che ha volontariamente assunto. Ed anche in queste condizioni residua un margine di scelta ineliminabile: rassegnare le proprie dimissioni o in alternativa assumersi la responsabilità sul piano giuridico e disciplinare che una condotta difforme comporterebbe, divenendo un atto di pubblica disobbedienza e non di disobbedienza civile, essendo i soggetti coinvolti non semplici *cives* di fronte allo Stato[66].

Quindi una questione è poter adempiere ad un incarico pubblico in conformità alle proprie convinzioni; questione ben differente è il pretendere che la conformità alle proprie convinzioni si traduca nella negazione di un diritto garantito dall'ordinamento da parte di soggetti che svolgono il proprio ufficio al servizio dell'ordinamento stesso.

Lo *status* del soggetto rende quindi più delicato il vaglio delle richieste di obiezione di coscienza: questo non significa un rifiuto pregiudiziale ed automatico delle loro richieste di obiezione, ma un vaglio assai più attento ed uno scrupoloso giudizio di bilanciamento dei costi che un eventuale riconoscimento comporterebbe per la tutela dei diritti dei cittadini coinvolti[67].

Occorre, poi, individuare quali siano i principi ed i doveri che possono entrare potenzialmente in conflitto con il riconoscimento del diritto ad obiettare: ossia doveri inderogabili e obblighi infungibili.

All'interno di un ordinamento costituzionale pluralista esistono doveri inderogabili[68], qualificati come lo strumento attraverso il quale un ordina-

66 Prendendo in considerazione l'IVG, come ricorda Borsellino: non pochi giudici hanno rivendicato il loro diritto all'obiezione di coscienza sollevando eccezioni di incostituzionalità alla legge 194, nella parte in cui coinvolge, nelle procedure relative all'IVG delle minorenni, il giudice tutelare (art. 12) senza prevedere che possa essere esonerato dall'incarico, qualora l'aborto contrasti con i suoi più profondi convincimenti morali. (P. Borsellino, *Introduzione in obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*).

67 M. Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti all'obiezione di coscienza*, 2014, 136.

68 Tale inderogabilità può essere prevista espressamente, come nel caso dell'art. 2 Cost., oppure può essere implicita e ricavata logicamente o attraverso una lettura sistematica dei principi generali dell'ordinamento.

mento costituzionale cerca di dare tutela e attuazione a quegli assunti valoriali sui quali si fonda. Al contempo essi stabiliscono che la fedeltà a quei valori è condizione di appartenenza a tale ordinamento[69]. Se la coscienza chiede fedeltà ai propri intimi convincimenti, l'ordinamento la chiede per i valori su cui si fonda e ai quali il cittadino deve aderire[70].

Per quanto riguarda il nesso causale tra la condotta dell'obiettore e l'atto, è possibile individuare quattro caratteristiche del nesso causale che deve essere certo, ovvero la condotta dell'agente deve contribuire a produrre lo stato di cose contrario ai convincimenti dell'agente stesso; diretto, quindi occorre un coinvolgimento personale dell'agente nella causazione dell'evento; necessario, ovvero la condotta dell'agente non deve essere eliminabile all'interno della catena causale che produce l'evento indesiderato; specifico, ovvero la condotta deve essere diretta alla causazione dell'evento a cui l'agente non vuole contribuire.

Una volta definito il nesso causale, va meglio delineato il requisito della prestazione dell'obiettore: la fungibilità. Questa sta ad indicare che, in caso di esercizio dell'obiezione di coscienza, l'adempimento dell'obbligo giuridico positivo o negativo gravante su un soggetto dovrebbe comunque essere garantito da prestazioni qualitativamente e quantitativamente analoghe di soggetti non obiettanti.

In altri termini, soprattutto quando sono in gioco diritti di soggetti terzi rispetto all'obiettore, occorre prestare la massima attenzione onde evitare che l'obiezione diventi uno strumento che nel garantire la propria libertà di coscienza, finisce per bloccare di fatto le scelte delle coscienze altrui[71].

7. In termini generali si può rammentare come nell'esperienza giuridica degli ordinamenti sanitari contemporanei l'obiezione di coscienza sia ve-

69 In termini simili il Comitato Nazionale per la Bioetica: « […] la sfida sta nel riuscire a coniugare il rispetto della libertà personale, specie quando questa faccia appello a convincimenti intimi e profondi, avvertiti come inelidibili, con il rispetto dei diritti altrui e dei vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale. In tal senso, il rifiuto di obbedire, per ragioni di coscienza, a una norma particolare richiede contestualmente un'adesione di fondo all'ordinamento giuridico nel suo insieme, e in particolare a quei principi e valori costituzionalmente stabiliti, che sembrano porsi felicemente come possibile "tratto d'unione" tra intime convinzioni personale, di carattere personale, e le norme giuridiche positive». (CNB, 8 – 9).

70 A. Morelli, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi, Quaderni del Gruppo di Pisa,* 158 ss.

71 M. Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti all'obiezione di coscienza*, *op. cit*., 131- 133.

nuta, in concreto, a porsi come strumento di resistenza di una minoranza (obiettori), ossia di coloro che ritengono che bisogna contrastare l'operato di una maggioranza (non obiettori), in quanto le azioni di quest'ultima, legittimamente riconosciute, avrebbero intaccato i valori costituzionali, ma prima ancora ideologici, etici e religiosi[72] di cui la prima di fa garante.

Facendo un passo indietro e tornando al tema dell'obiezione di coscienza alle pratiche abortive, c'è da chiedersi se tale obiezione non finisca per tradursi in un vero e proprio sabotaggio della legge[73], mettendo a rischio l'erogazione di un servizio che deve essere assicurato in ogni caso. Infatti, l'art. 9 della legge 194, dopo aver riconosciuto il diritto all'obiezione, prevede che gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate siano tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure e gli interventi abortivi. È chiaro quindi che la legge 194 distingue tra scelte individuali e responsabilità pubbliche: l'obiezione di coscienza è un diritto della persona, ma non della struttura. Al medico, o all'infermiere, viene garantito di potersi avvalere dell'obiezione di coscienza, ma poiché esiste un dovere della struttura sanitaria nel suo complesso, quest'ultima ha l'obbligo di garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie (tra cui l'IVG)[74] nonostante la presenza di personale obiettore.

---

72 Esempio tipico e ricorrente è quello offerto dalla disciplina in materia di aborto. Tutte le legislazioni che hanno legalizzato l'interruzione volontaria della gravidanza hanno previsto, seppur in maniera differente, l'obiezione di coscienza alle pratiche relative. In questo caso l'obiezione di coscienza, riconosciuta da un legislatore consapevole del fatto che la legge aborzionista superava i limiti di tollerabilità avvertiti da una parte non ignorabile della società, si è venuta configurando in concreto come una sorta di resistenza avverso una sostanziale violazione di alcuni valori ritenuti fondamentali da una parte dei consociati.

73 P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma,* Milano, 2007, 141. Cfr. G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato*, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare, 2009, 843.

74 Su questo punto C. Lalli è di parere critico, infatti nel suo ultimo libro *La verità, vi prego, sull'aborto* esprime senza molti giri di parole la sua indignazione sul come viene garantita e assicurata in Italia l'interruzione volontaria della gravidanza. Voglio riportare qui un piccolo passo che inquadra la suddetta situazione: «[…] *l'aborto di Livia è la storia di molti aborti malamente assicurati. Per essere sicura di ottenere l'intervento devi metterti in fila, dalle 3 o dalle 4 del mattino. Devi prendere il numero, come quando fai la fila per il pane. L'amministrazione non apre prima delle 8 e le file che si creano durante il buio dei mattini invernali sono disordinate, tenute insieme dell'esasperazione e dalla rabbia. La garanzia del mio aborto è l'esclusione del tuo. O meglio: se rimandano il tuo intervento, ho più possibilità di farlo oggi. E di non dover aspettare giorni e settimane. Di non arrivare in prossimità del termine legale. Perché non si possono fare più di 8 interventi al giorno, al massimo 10, e le donne sono molte di più. In alcune strutture solo in alcuni*

L'adempimento di tale dovere è reso particolarmente gravoso per la

giorni e non 5 giorni su 7, esclusi cioè il sabato e la domenica. In alcuni ospedali il reparto di IVG non c'è nemmeno. Oppure c'è un medico che viene "da fuori" per un pomeriggio a settimana. Meno sono i giorni e i luoghi in cui è possibile abortire, più il numero delle donne da sistemare per ciascuna struttura aumenta.[…]». Contrariamente c'è chi invece ritiene (Assuntina Morresi) che non esiste correlazione fra numero di obiettori di coscienza e tempi di attesa delle donne che accedono all'IVG; ma che le modalità di accesso all'aborto dipendono dalle singole regioni. Secondo la Morresi, prendendo in considerazione il parere del CNB del 2012, da lei approvato, sulla base dei dati disponibili si può vedere come in alcune regioni all'aumentare degli obiettori di coscienza diminuiscono i tempi di attesa delle donne e viceversa, in altre regioni al diminuire del numero di obiettori aumentino i tempi di attesa, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare. In altre parole, non è il numero degli obiettori di per sé a determinare l'accesso all'IVG, ma il modo in cui le strutture sanitarie si organizzano nell'applicazione della legge 194 (si veda A. Morresi, *Obiezione di coscienza e applicazione della 194*, in *I quaderni di scienza e vita, n. 12 obiezione di coscienza tra libertà e responsabilità. Atti del XI Congresso Nazionale Roma 24-25 maggio 2013*, 103).

Sullo stesso punto si è espresso anche il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, il 10 marzo 2014, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea, che tutela il diritto alla salute della donna, a causa dei troppi obiettori di coscienza che impediscono alle donne di ricorrere all'IVG nelle ipotesi previste dalla legge 194.

Il Comitato è stato chiamato a pronunciarsi su come il sistema italiano di assistenza sanitaria possa ostacolare il godimento del diritto alla tutela della salute previsto dall'articolo 11 della Carta. Non si è trattato, quindi, di stabilire se le donne abbiano o meno il diritto di abortire o se il personale sanitario possa beneficiare dell'obiezione di coscienza. La pronuncia si concentra, infatti, sulla carenza di personale sanitario che possa consentire ad una donna il diritto di abortire nelle modalità previste dalla legge, a causa dell'elevato numero di obiettori presenti negli ospedali italiani. In tal senso, il Comitato ritiene che, una volta che gli Stati membri introducono disposizioni di legge che consentono l'aborto in alcune situazioni, essi poi sono tenuti ad organizzare il loro sistema sanitario in modo tale da garantire che l'esercizio effettivo della libertà di coscienza degli operatori sanitari non impedisca ai pazienti di ottenere l'accesso ai servizi a cui hanno legittimamente diritto. A detta del Comitato Europeo le regioni Italiane non hanno adottato misure idonee che possano bilanciare il diritto delle donne a ricorrere all'aborto previsto dalla richiamata legge e quello dei medici di astenersi da questa pratica per motivi di coscienza. Alle autorità regionali spetta sì assicurare l'attuazione dell'art. 9 della legge n. 194/78, che ammette l'astensione del personale medico e ausiliario per ragioni di coscienza, ma in maniera tale da non creare un impedimento al diritto delle donne di ricorrere all'aborto.

A suffragare le ragioni per le quali l'Italia è stata condannata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali è la recente notizia riportata da diversi quotidiani nazionali, riguardante una ragazza di 19 anni entrata alle 9 del mattino nel reparto di ginecologia e ostetricia di un ospedale di Genova, per prendere l'ultimo farmaco previsto dal protocollo per la Ru-486, e rimasta da sola per mezza giornata in corsia, senza trovare nessun medico disposto ad effettuare un'ecografia, medico che è interve-

scelta ideologica del legislatore[75] di consentire l'esecuzione dell'intervento soltanto negli ospedali pubblici e nelle case di cura autorizzate dalle Regioni[76] con effetti negativi sulla quantità di offerta del servizio. Esistono infatti alcune situazioni territoriali in cui l'elevata diffusione dell'obiezione di coscienza determina una mancanza di servizi presso cui rivolgersi e quindi l'insorgenza di una mobilità sul territorio per effettuare l'IVG.

Così, ad oggi, nonostante il numero degli obiettori si stia stabilizzando dopo un notevole aumento degli ultimi anni, l'attuale situazione pone problemi organizzativi all'interno delle aziende sanitarie locali e degli ospedali, specialmente nell'Italia meridionale, dove vi è una media di oltre otto obiettori su dieci[77].

Conseguenza di ciò è sicuramente l'allungamento dei tempi per gli interventi, che molte volte vanno oltre le due settimane, e in alcuni casi, arrivano anche ad un mese e più, con la conseguenza che le donne si rivolgono a strutture estere, all'uso di farmaci non legali, all'aborto clandestino con grave pregiudizio per la loro salute.

Vi è, dunque, l'esigenza di assicurare che tutte le strutture coinvolte, consultori compresi, applichino correttamente la legge, rispettando rigorosamente i tempi da essa previsti.

Quando parliamo di Consultori, il documento ministeriale del 2010, ampliando la definizione di Consultori così come indicata nella legge 405/1975, li definisce come «centri per la divulgazione delle informazioni idonei a promuovere o prevenire la gravidanza consigliando metodi o farmaci adatti a ciascun caso»[78].

Quindi dovrebbe essere in pratica il primo punto d'incontro tra la donna e il medico sia nell'ipotesi di prosecuzione di gravidanza sia nel caso in cui

---

nuto solo dopo che sono arrivate le forze dell'ordine in ospedale. Ciò dimostra che ricorrere a pratiche di interruzione volontaria della gravidanza risulta ancora molto complicato e la questione della legittimità dell'obiezione di coscienza oggi, a tanti anni di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 194, impone invece una risposta diversa. La risposta deve offrirla senza dubbio il sistema sanitario nazionale, che deve essere in grado di offrire un servizio medico in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, evitando che la legittima richiesta della donna rischi di essere calpestata dalle volontà di un obiettore di coscienza.

75 V. G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, *op. cit.*

76 In base all'art. 8 della legge, nei primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza può essere praticata anche presso case di cura autorizzate dalla Regione, con le limitazioni derivanti da un decreto del Ministro della sanità (oggi: della salute).

77 Parere CNB, *Obiezione di coscienza e bioetica*, pubblicato il 30 luglio 2012.

78 Cfr. Documento Ministeriale sull'*Organizzazione e Attività dei Consultori Familiari in Italia*, anno 2010, 4. Si veda anche Cfr. C. Saraceno, *Il Consultorio: un bisogno sociale?*.

la donna intenda proseguire verso l'IVG[79]. Restando su quest'ultimo profilo, dalle relazioni annuali del Ministero della Salute relative alla situazione dell'IVG in Italia, può evincersi che i consultori già ora sono per le donne estranei al percorso verso l'aborto (la stragrande maggioranza preferisce passare per il medico di fiducia o per il servizio ostetrico-ginecologico). Ma solo il consultorio, più di qualunque ginecologo ospedaliero o medico di base, può, grazie alla presenza di una equipe pluridisciplinare, farsi carico del percorso tracciato dalla legge 194[80].

A questo punto la vera questione in gioco ci sembra riguardare il rapporto fra consultori familiari e medici obiettori di coscienza. La prassi,

79 Sul punto, in passato, si espresse Rosa Russo Iervolino, che affermava che tra i due modelli proposti, quello di semplice «ambulatorio distribuito di anticoncezionali» e quello di servizio alla famiglia e di prevenzione all'aborto, si rischiava che con la legge 194 fosse applicato automaticamente solo il primo.
Ma solo dalla convinzione che la vita fosse un valore assoluto e intangibile, potevano, a suo avviso, venire la forza, l'incisività, la solidarietà necessarie per aiutare a superare situazioni difficili, in modo da rendere il consultorio un servizio efficiente. La prima condizione imprescindibile era l'effettiva presenza di personale qualificato, oltre a un suo concreto inserimento nella realtà sociale della zona e un collegamento constante con i servizi sanitari in essa esistenti. Andava, dunque, potenziato anche quel bagaglio di informazione preventiva sull'aborto già la legge prevedeva: il medico era tenuto a fornire alla donna le indicazione sulla regolamentazione delle nasciate, a rendere partecipe dei procedimenti abortivi, a fornire ragguagli necessari per la prevenzione dei processi patologici. R. Russo Iervolino, *Quale tipo di consultorio?*, il Popolo, 11 giugno 1978. Cfr. P. Donati, *Consultorio e famiglia nella dinamica dei bisogni emergenti*, Milano, 1979.

80 Ovviamente tutto questo in linea di principio, essendo pienamente consapevoli delle difficoltà, di diversa natura, in cui versano i Consultori italiani. Per esempio gli stessi sono stati definiti come una "realtà fantasma" che esiste solo sulla carta (v. C. Cosentino Matera, *I consultori preziosi oggi realtà fantasma*, in www.lagazzettadelmezzogiorno.it); oppure c'è chi li ha definiti come «una sorta di ferito ai margini della strada» (v. G. Scirè, *Il consultorio familiare ovvero un ferito ai margini della strada*, in www.linkiesta.it).
Le motivazioni usate sono sempre le stesse: da che i consultori sono nati come la realtà più innovativa del campo socio-sanitario, negli anni '70, per promuovere una cultura laica della sessualità, oggi questi istituti sono «scatole vuote» per via dei tagli al personale con la inevitabile conseguenza di compromettere il lavoro degli operatori che sono costretti a concentrarsi solo su alcune attività; e per via delle diverse politiche regionali che non garantiscono un'unicità di trattamento sull'intero territorio nazionale.
Inoltre, visionando il Documento Ministeriale del 2010 si nota che la situazione è a dir poco preoccupante: si nota una diminuzione del numero di consultori sul territorio; con la contestuale mancanza di un organico multidisciplinare (vera forza del consultorio rispetto alle altre strutture sanitarie) con figure professionali come ginecologo, psicologo, pediatra, ostetrica, assistente sociale, sanitario, consulente legale e infermieri (Documento ministeriale 2010).

in diverse regioni fino al 2010, consisteva in una autentica «caccia all'obiettore», tentando in diversi modi di allontanare gli stessi dai consultori trasferendoli ad altre mansioni.

La svolta si è avuta con la sentenza del 2010 del T.A.R. Puglia n. 3477[81] che ha modificato quella tendenza che era, bene o male, consolidata a seguito di un'altra sentenza, sempre del T.A.R., del 1982[82].

I giudici amministrativi, pronunciandosi sulla legittimità di bandi specifici per l'assunzione di personale non obiettore – al fine di arginare il preoccupante fenomeno che sta mettendo a rischio la salute ed il diritto all'autodeterminazione procreativa delle donne, faticosamente conquistato più di trent'anni fa – hanno cercato di ricostruire un modello o un percorso idoneo ad arginare il fenomeno di progressiva espansione dell'obiezione nel pieno rispetto dei principi di uguaglianza e non discriminazione.

Significativa è stata, dapprima, la sentenza del T.A.R. del 1982 nella quale si precisa che la «clausola che condizionava l'assunzione di un sanitario alla non presentazione dell'obiezione di coscienza ai sensi dell'art. 9 risponde all'esigenza di consentire l'effettuazione del servizio pubblico per il quale il dipendente è assunto, secondo una prospettiva non estranea alle intenzioni del legislatore del 1978».

La previsione di bandi che contengono clausole di esclusione per medici obiettori non può essere letta nella sola ottica di una discriminazione lavorativa, bensì deve essere interpretata alla luce del diritto all'autodeterminazione sancito dalla legge 194.

Laddove la massiccia presenza di medici obiettori, che legittimamente si oppongono alla pratica abortiva, risulti pregiudizievole di un diritto costituzionalmente garantito come quello alla propria salute psico-fisica, allora occorre che si cerchino soluzioni alternative, soprattutto a livello regionale[83].

In tempi più recenti emblematico è stato il caso che ha coinvolto la regione Puglia. Infatti preso atto che nel proprio territorio quasi la metà degli interventi abortivi era praticata in strutture private anche a causa della diffusione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario delle strutture pubbliche, l'intento era quello di ripotenziare la qualità e la quantità dell'assistenza offerta dai consulto-

81 TAR Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477 (disponibile sul sito: *www.giustizia-amministrativa.it*).

82 Di tale sentenza di è fatto riferimento precedentemente; la questione trattata nel 2010 è in parte diversa rispetto a quella dell'82. Quest'ultima riguardava riserve a favore del personale non obiettore nei concorsi banditi per i posti presso le strutture pubbliche dove si effettuano gli interventi di IVG.

83 Come la stessa legge 194 suggerisce quando afferma che la «regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale».

ri[84], quindi riportando gradualmente la gestione degli interventi abortivi all'interno delle strutture pubbliche nella consapevolezza che alla loro marginalizzazione corrisponde una riduzione nell'espletamento di un'efficace attività di prevenzione dell'aborto, la quale costituisce uno dei punti qualificanti della legge 194.

Il presupposto, per raggiungere tale potenziamento, era quello di riservare la partecipazione alle procedure concorsuali per i posti disponibili nei consultori al solo personale sanitario non obiettore.

Comunque l'annullamento del bando da parte del giudice amministrativo trova giustificazione nel fatto che tale procedura selettiva era stata inserita nel contesto consultoriale che di per sé non è il luogo in cui viene materialmente praticata l'IVG[85]. Anzi, come già detto nei precedenti paragrafi, la legge del 1978 all'art. 9, dove ammette la possibilità di sollevare obiezione, limita tale diritto al momento pratico dell'intervento e non lo estende a tutta l'attività precedente ad esso.

Ed è proprio il consultorio il luogo in cui tale attività viene normalmente svolta, e dunque, il personale medico ed infermieristico del consultorio, non ha la possibilità, in questa fase, di sollevare obiezione di coscienza, essendo sempre tenuto ad assistere la donna, attraverso i colloqui di cui all'art. 5 e gli accertamenti previsti per legge.

Solo in un secondo momento, ovvero quando viene espresso un parere sanitario favorevole a procedere all'interruzione, sulla base delle condizioni previste per legge, il personale sanitario coinvolto nella fase esecutiva dell'aborto può avvalersi dell'obiezione per essere esonerato da quella prestazione. Dunque, allineandosi ad autorevoli orientamenti dottrinali[86], il T.A.R. Puglia ritiene determinante la formulazione del 3° comma dell'art. 9, ovvero la precisazione per cui l'esonero interessa solo le procedure e le attività univocamente dirette all'aborto.

Ne consegue che una procedura selettiva che escluda aprioristicamente i medici specialisti obiettori dall'accesso ai consultori appare discriminatoria oltre che irrazionale poiché non giustificata da alcuna plausibile ragione oggettiva.

---

84 Cfr. Relazione del Ministro Guzzanti, *Considerazioni sui Consultori familiari e ipotesi per la loro riqualificazione,* Camera dei Deputati, doc. XXXVII, n. 2.

85 Tale affermazione è sorretta dalla rigorosa ricostruzione dei compiti spettanti, ai sensi dell'art. 5 della legge 194, ai Consultori familiari: atteso che in quelle sedi non si pratica materialmente l'aborto, bensì soltanto attività di assistenza psicologica e di informazione/consulenza della gestante ovvero vengono svolte funzioni di ginecologo che esulano dall'iter abortivo, la presenza o meno di medici obiettori nei consultori è assolutamente irrilevante.

86 In particolare quella parte della dottrina che ricostruisce la dialettica coscienza – ordinamento secondo una direttrice ascendente (l'obiezione nasce dal singolo e può imporsi all'ordinamento giuridico come eccezione riconosciuta o come nuova regola generale).

Dunque la sentenza del T.A.R. Puglia del 2010 parte da una considerazione aderente al dettato normativo in base al quale il contesto consultoriale non dovrebbe proprio essere coinvolto dalla questione dell'obiezione di coscienza, in quanto non sussiste tra l'attività svolta nel consultorio e l'evento abortivo quel nesso di causalità necessario dal quale possono discendere problemi di coscienza per il personale sanitario[87].

8. Recentemente, sul rapporto medico-consultorio, innovative e non poco dibattute sono state le «Linee di indirizzo regionali per le attività dei Consultori» che il Presidente della Regione Lazio, Nicola Zingaretti, in qualità di Commissario *ad acta*[88], ha introdotto con decreto del giugno 2014[89].

---

87 Tralasciando il fatto che il medico obiettore potrebbe non sollevare obiezione pur di accedere al posto di lavoro nel consultorio.

88 «Per la realizzazione degli obiettivi di risanamento finanziario previsti nel Piano di Rientro dei disavanzi regionali per la spesa sanitaria» (deliberazione del Consiglio dei Ministri del 21 marzo 2013).
Prendendo in considerazione il D. Lgs del 6 settembre n. 149 del 2011, concernente i «*meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42*», tale decreto solleva una perplessità, ossia sembra discutibile la scelta di nominare Commissario *ad acta* lo stesso Presidente della Regione. Questa figura ancipite del Presidente-Commissario mal si concilia con la fisiologica esigenza di affidare ad un organo tecnico piuttosto che ad uno politico, nel caso di dissesto finanziario causato dallo stesso Presidente, la funzione commissariale.
In riferimento alla titolarità del potere sostitutivo la Corte Costituzionale (si v. sent. 59, 112 e 140 del 2004, nonché la sent. 167 del 2005) ha escluso che il difensore civico regionale (e il Commissario *ad acta*) possa essere designato quale intestatario dell'esercizio di tale potere, poiché i poteri sostitutivi in ambito regionale sono in ogni caso da ascrivere, per lo spostamento eccezionale di competenze che determinano e per l'incidenza diretta su enti politicamente rappresentativi, ad organi di governo della Regione e non già ad apparati amministrativi. La giurisprudenza costituzionale ha sottolineato, peraltro, che «la disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 120 Cost. non può essere interpretata come implicitamente legittimante il conferimento di poteri di tipo legislativo ad un soggetto che sia stato nominato Commissario del Governo, escludendo così la possibilità di devolvere al commissario *ad acta* (nella persona del Presidente della Regione) poteri normativi, posto che l'organo naturalmente a ciò deputato è il solo rappresentativo della Regione ovvero il Consiglio». Cfr. sent. 361/2010.
Contra si v. sent. 2/2010, nella quale la Corte ha ritenuto illegittima la scelta di riservare esclusivamente agli organi ordinari della Regione la modifica delle «disposizioni finanziare, di bilancio e contabili», pur quando esse presentino profili di interferenza con l'attuazione del piano di rientro del disavanzo sanitario, risolvendosi in un obiettivo svuotamento dei poteri del commissario *ad acta*, e, dunque, in violazione dell'art. 120, comma 2, Cost..

89 Decreto n. U00152/2014, Allegato n. 1., del 12/5/2014, in B.U.R., 22/5/2014, n. 41, suppl. n. 1.

Quanto alla natura dell'atto, si presuppone che si tratti di un intervento sostitutivo del Governo[90], ex art. 120, comma 2, Cost., nei confronti della Regione Lazio con contestuale nomina di un Commissario *ad acta*, il fondamento di tale indiretto o inadempimento intervento governativo viene ad essere l'accertata inattività della Regione che mette a repentaglio la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali[91].

Quanto al contenuto, il «Decreto Zingaretti», da una parte, impone a chi lavora nei servizi territoriali l'obbligo di prescrivere tutte le forme di contraccezione, senza potersi appellare ad alcun appiglio morale; dall'altra, offre una lettura estremamente restrittiva della legge 194, ribadendo e confermando i doveri dei medici nei confronti della legge 194, e garantendo a quest'ultimi l'obiezione di coscienza limitatamente al momento dell'IVG[92].

---

90 Il riconoscimento in Costituzione del potere di sostituzione ha rappresentato una delle più dibattute e rilevanti novità introdotte dalla riforma del 2001. La disciplina costituzionale sul potere sostitutivo non brilla certamente per chiarezza, anzi essa pone un complesso di nodi interpretativi, che la dottrina non ha esitato ad evidenziare. Sul dibattito dottrinale immediatamente sviluppatosi attorno all'interpretazione dell'art. 120, comma 2 Cost. si veda A. D'Atena, *Poteri sostitutivi e Konkurrierende Gesetzgebung*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2003; G. M. Salerno, *La disciplina dei poteri sostitutivi fra semplificazione e complessità ordinamentale*, in www.federalismi.it; G. Veronesi, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, Cost.,* in *Le istituzioni del federalismo*, 2002.
Mentre una lettura sistematica del potere sostitutivo da parte della giurisprudenza costituzionale ha avuto inizio con la sentenza n. 43/2004, nella quale si è precisato che i poteri sostitutivi rappresentano l'insieme dei poteri che «comportano la sostituzione di organi di un ente a quelli di un altro, ordinariamente competente, nel compimento di atti, ovvero la nomina da parte dei primi di organi straordinari dell'ente sostituito per il compimento degli atti stessi».

91 Sui presupposti di attivazione dei poteri sostitutivi v. Art. 120, comma 2, Cost.. Ovviamente non tralasciando il fondamentale principio di leale collaborazione che postula necessariamente l'attivazione di meccanismi collaborativi da parte degli enti sostituiti.

92 Ovviamente non sono mancate né critiche né approvazioni. C'è chi infatti vede in queste Linee Guida una scelta corretta con l'auspicio che tutte le altre Regioni italiane seguono la strada intrapresa dalla Regione Lazio (come la Prof.ssa Marilisa D'Amico); e c'è chi invece, per esempio la Deputata Paola Binetti, che non ha usato mezzi termini per affermare che: «imporre una forzatura, peraltro in sordina, di una legge nazionale così complessa come la legge 194 con un provvedimento di rango regionale è una vanificazione, inaccettabile, del diritto all'obiezione di coscienza, costituzionalmente garantito». Continuando: «se il legislatore avesse voluto limitare il diritto all'obiezione ai soli interventi per l'IVG non avrebbe prima scritto nell'articolo 9 che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7: l'articolo

Importante è il chiarimento che viene dato sulla fase preliminare dell'intervento, nella misura in cui si specifica come tutto il personale medico coinvolto nella fase di certificazione dello stato di gravidanza e nella richiesta di interruzione della gravidanza non possa, in questa fase, dichiararsi obiettore[93] come coloro che eseguono materialmente l'intervento. Inoltre, si considera, altresì, fondamentale la precisazione riguardante il dovere del medico di informare l'utenza, garantire alla paziente che richiede un aborto tutti i certificati necessari e di fornire ad ella tutti i consigli adeguati.

Detto ciò il quesito che sorge spontaneamente è: «Se con queste linee guida si impone che il medico non possa sollevare obiezione di coscienza nel rilascio della certificazione che attesta l'urgenza di praticare un aborto (con la conseguenza, alla luce delle linee guida, di creare una discriminazione su base territoriale limitando ai massimi livelli l'obiezione), ci si chiede se da questa imposizione non possa che derivare nella prassi un abuso della certificazione di emergenza, in quanto, la stessa verrà poi utilizzata come uno strumento, uno escamotage per bypassare un eventuale obiezione di coscienza da parte di un medico».

5, infatti, parla espressamente del documento da rilasciare alla donna per potersi recare dopo sette giorni in ospedale per sottoporsi all'aborto volontario nei primi 90 giorni di gravidanza; mentre l'articolo 7 tratta del certificato medico attestante l'esistenza dei processi patologici che determinano un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna, che le consente di abortire volontariamente dopo il 90° giorno di gravidanza. Contrariamente a quello che il Commissario ad acta Zingaretti vuole credere e con lui i ginecologi schierati a favore dell'aborto libero è un chiaro ed inequivocabile segno che il Legislatore ha ritenuto nello scrivere questa mortifera legge. Infatti aveva ben chiaro che dal punto di vista etico il rilascio dell'attestato di cui all'art. 5 o del certificato di cui all'art. 7 si configurava come una partecipazione diretta all'aborto volontario stesso, per cui nessun cittadino che ritiene l'aborto l'uccisione di un essere umano innocente, indifeso e debole, poteva e possa in alcun modo essere costretto a prendere parte al processo che inizia con il rilascio dell'attestato e si conclude o con la somministrazione della RU486 o con l'intervento chirurgico».

Come si può ben notare, leggendo queste dichiarazioni, la deputata ritiene che l'obiezione di coscienza copra anche attività che vengono espletate nei consultori, tra cui il rilascio di attestati e/o certificati. Quindi tutto l'opposto rispetto a quello che il T.A.R. Puglia ha enunciato nella sentenza del 2010, come precedentemente abbiamo visto.

93 In palese contrasto con il contenuto dell'art. 9, 1° comma, della legge 194/78, il quale solleva gli obiettori dal «prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7», cioè esattamente da quelle attività antecedenti l'intervento abortivo, consistenti nell'attività di consulenza sanitaria e sociale che porta al rilascio della certificazione necessaria per poter ottenere l'IGV.

Inoltre, restano ulteriori dubbi riguardo la natura di tale atto. Infatti, in primo luogo non è del tutto chiaro se l'inerzia della Regione, che ha sollecitato l'intervento sostitutivo del Governo nella figura del Commissario *ad acta*, riguardi anche l'attività dei Consultori familiari, facendo così rientrare l'oggetto del decreto del giugno 2014 in quello generale che ha giustificato la nomina del Commissario *ad acta*; in secondo luogo, se siamo dinanzi ad un decreto di un Commissario *ad acta*, non deliberato né dalla Giunta né dal Consiglio della Regione Lazio ci si chiede se tale atto abbia carattere amministrativo o anche normativo di rango primario[94]. Ma già solo l'attribuzione del potere sostitutivo dovrebbe deporre in senso negativo circa la configurabilità di una sostituzione normativa (di carattere legislativo)[95]. Per di più, prendendo in considerazione la tutela delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'evidente sovrapposizione legislativa riservata allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., consentirebbe di ritenere che l'intervento sostitutivo del Governo sia esercitato per garantire che le determinazioni legislative statali siano attuate da Regioni ed Enti Locali nell'esercizio delle loro funzioni amministrative. Ma nel caso di specie il Decreto Zingaretti si porrebbe *contra legem* (contrasta con l'art. 9, comma 1, della legge 194/78) relativamente al profilo della contraccezione e della certificazione d'emergenza.

Inoltre, la finalità di tale sostituzione sottintende un'esigenza di uniformità che solo lo Stato è in grado di garantire, impedendo che i livelli territoriali sub-statali non compromettano, attraverso inerzie o un uso illegittimo del

94 Significativa su tale punto viene ad essere la sentenza della Corte Costituzionale n. 361/2010, in cui si chiarisce che gli atti dei Commissari *ad acta* consistono in una «mera parvenza di legge», essendo privi dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuti atti legislativi e quindi insuscettibili di determinare effetti di alcun genere. Il problema è che la prassi applicativa sembrerebbe confermare un diverso dato, come dimostrano alcuni atti adottati dai Presidenti delle Regioni in qualità di commissari *ad acta*: ad esempio, si segnala il decreto del Presidente della Regione Molise n. 85 del 15 dicembre 2010, con cui si dispone il riparto provvisorio del fondo sanitario regionale di parte corrente per l'anno 2011 e si definiscono i relativi livelli di spesa; o ancora il decreto n. 10 del 14 settembre 2010 del Presidente della Giunta Regionale della Regione Calabria in qualità di commissario *ad acta*, per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario, concernente l'istituzione e la nomina del Segretariato del Commissario *ad acta* e dei sub commissari, che incide la materia di competenza residuale regionale relativa all'organizzazione degli uffici della Regione.

95 La dottrina maggioritaria ha ritenuto, infatti, che la disposizione costituzionale prevede e disciplini una forma di potere sostitutivo limitato e circoscritto all'ambito amministrativo, esercitabile attraverso provvedimenti amministrativi e nei soli confronti di attività amministrative di regioni ed Enti locali.

loro potere, l'esigenza indefettibile di uniformità, coerenza ed unità dell'ordinamento giuridico. Di fronte a simili necessità lo strumento sostitutivo si mostrerebbe incongruo, poiché l'intervento governativo non sarebbe generale, bensì limitato a uno o più enti inadempienti e sarebbe solo temporaneo e provvisorio, provocando, inoltre, una disomogeneità di disciplina sul territorio nazionale.

Nell'attesa di un puntuale ed esauriente intervento legislativo, sempre più doveroso ed essenziale per chiarire gli sfumati confini dell'obiezione di coscienza, si ricorda che recentemente il Consiglio di Stato[96] con propria ordinanza[97] ha sospeso l'efficacia di una parte del decreto del Commissario *ad acta* Zingaretti.

Secondo il Consiglio di Stato l'appello cautelare apparirebbe «*assistito da profili di fondatezza nella parte in cui contesta il dovere del medico operante presso il Consultorio familiare di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge 194 del 1978*».

La seconda parte del ricorso, rivolto alla previsione del decreto che impone al personale operante nei consultori, obiettori compresi, l'obbligo di prescrivere contraccettivi ormonali e di applicare sistemi contraccettivi meccanici, è stata respinta dal Consiglio di Stato, in quanto sprovvista di sufficienti elementi di fondatezza.

In conclusione, si attendono ulteriori riscontri pratici per capire la valenza di questo atto nell'ordinamento giuridico italiano ma comunque è del tutto evidente che la necessità di un puntuale ed esauriente intervento legislativo statale è sempre più doveroso ed essenziale.

6. Alla luce di quanto fin qui detto sembra che l'istituto dell'obiezione di coscienza continui ad essere caratterizzato da luci ed ombre.

Da un lato vi è un legislatore poco attento[98] che non si impegna a dare una disciplina unitaria e lineare alla materia, affinché le ragioni di coscienza invocate dall'obiettore abbiano piena corrispondenza con i valori costi-

96 Il Consiglio di Stato a seguito di un ricorso del Movimento per la Vita e delle associazioni dei medici e dei ginecologici.

97 Ordinanza n. 00588/2015 del 05/02/2015.

98 Ma anche un legislatore diviso in due tra chi aderisce ad una interpretazione confessionale delle vicende della vita umana e chi ha una concezione laica della bioetica. Si veda sul punto L. Chieffi, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XI.

tuzionali fondamentali che legittimano le ragioni stesse[99]; dall'altro lato, vi è un'intensa attività dei giudici diretta a sopperire tale mancanza di interventi del decisore politico ma i cui esiti destano talvolta dubbi e perplessità. Infatti non sfugge che in più occasioni la necessità di trovare soluzioni a problemi particolarmente delicati ha spinto gli interpreti del diritto a pronunciarsi in modo discutibile, entrando addirittura in contraddizione con il codice di condotta medica e con le decisioni emesse in precedenza da altri giudici[100]. Il rischio è che il giudice diventi «nomoteta», laddove dal processo argomentativo sviluppato ne sia scaturita una norma giuridica, che si candida, a dispetto del vuoto legislativo, a regolare in via generale fattispecie simili, in virtù di una forza cogente che le deriva dalla conformità a principi di giustizia vagliati in base a criteri di ragionevolezza[101].

Se è vero che la Corte Costituzionale, a fronte di casi che pongano in causa plurime esigenze costituzionali da tutelare, ha sentenziato che: «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»; tuttavia, secondariamente, qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali[102]». Si può notare che, sempre più spesso, la competenza normativa concorrente del diritto giurisprudenziale[103], da eccezionale e residuale rispetto al diritto legislativo, è divenuta progressivamente ordinaria e prevalente, e la denuncia dell'assenza di una legge rappresenta una mera clausola di stile per aprire a creazioni giurisprudenziali[104].

Ed in questo senso che il potere giudiziario viene a confermare dunque la sua vocazione ontologica a regolare i rapporti difficili tra individuo, Stato e società, nel quadro dell'evoluzione sociale.

---

99 In questo modo è possibile sventare il pericolo di un'obiezione di coscienza non regolata dalla legge e indiscriminata.

100 L. Chieffi, *op. cit*., XIX.

101 Sul punto G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, 250 ss.

102 Sentenza della Corte Costituzionale n. 347/98.

103 Si riferisce ad una competenza normativa concorrente tra legislatore e Corte Costituzionale – giudici, M. Dogliani, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2009, 41-63.

104 C. Tripodina, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Milano, 2012, 79.

Quello che è certo è che ad oggi non ci sono né vincitori né vinti, questo fin quando le cose non cambieranno.

Le donne che vedranno la recente sentenza della Cassazione come un traguardo tanto agognato che finalmente andrà a «punire» gli obiettori, potranno essere le stesse donne alle quali in un futuro prossimo verrà impedito o contrastato di accedere ad un intervento abortivo in quanto potrebbero trovare sul loro cammino troppi medici obiettori che legittimamente solleveranno il loro diritto ad obiettare senza valutare le implicazioni generali.

Anche quando parliamo di obiezione di coscienza siamo di fronte ad un diritto della persona ma la tutela di tale diritto non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà. Pertanto, nel riconoscere la tutela dell'obiezione di coscienza la legge deve prevedere misure adeguate a garantire l'erogazione dei servizi. In questo ambito l'obiezione non deve discriminare né gli obiettori né tantomeno i non obiettori: in poche parole, è tutta una questione di «bilanciamento». Lo stesso ragionevole bilanciamento, degli interessi in gioco, che la Corte Costituzionale nel 1975[105] si è prodigata, a scrutinare offrendo argomenti solidi, ad insegnarci ed a lasciare in eredità, come, metaforicamente parlando, la luce di un faro che nella notte indica ai marinai la giusta rotta.

105 Sentenza della Corte Costituzionale n. 27/75, in www.giurcost.org.

Emilia Taglialatela

I DIRITTI RIPRODUTTIVI TRA GENERE, INTEGRITÀ DEL CORPO E AUTODETERMINAZIONE

Sommario: 1. Premessa – 2. *Dentro e intorno* alle Conferenze dell'Onu – 3. I diritti riproduttivi nella storicità dei diritti umani – 4. Scenari in transizione

Io non mi auguro che [le donne]
abbiano potere sugli uomini ma su se stesse.
Mary Wollstonecraft[1]

1. Le questioni bioetiche di inizio vita sono state indagate negli ultimi decenni attraverso approcci molteplici, che hanno via via illuminato le implicazioni connesse all'ampliamento del cerchio delle libertà entro cui gli individui assumono decisioni cruciali per la propria esistenza. Implicazioni che rinviano a un mutamento del paradigma del procreare sottratto al dominio della determinazione naturale e interpretato, piuttosto, come «processo disseminato di scelte e di soggettività»[2]. Uno degli approcci certamente più fertili, ma altresì più controversi, è quello legato all'adozione della categoria di *gender*[3], che contribuisce a delineare un campo discorsivo irrequieto, intriso di elaborazioni teoriche e pratiche relazionali in cui è il corpo che genera a imporsi sulla scena politica. Un corpo che reclama autodeterminazione, anche sul proprio progetto procreativo, diventando finalmente capa-

1 M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman*, 1792, trad. it. *I diritti delle donne*, a cura di F. Ruggieri, Roma, 1977, 152.

2 P. Donatelli, *Lo sfondo del liberalismo e gli inizi della vita umana*, in *Iride*, n. 69, maggio-agosto 2013, 228.

3 Tra le pubblicazioni che, più di recente, in Italia hanno affrontato le questioni di inizio vita da un punto di vista di genere mi limito qui a ricordare: C. Botti, *Prospettive femministe. Morale, bioetica e vita quotidiana*, Torino, 2012; E. D'Antuono, *Truth and meaning of the human embryo's life: from ancient Greece to the contemporary bioethical debate*, in Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical Issues*, Napoli, 2013, 49-67; S. Dodds, A. Donchin *et Aliae*, *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, a cura di C. Faralli e C. Cortesi, Reggio Emilia, 2005; C. Mancina, *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, Bologna, 2002; Ead., *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009.

ce di scelte consapevoli e responsabili. E la questione dei diritti riproduttivi attiva meccanismi concettuali interessanti, proprio perché mette in circuito le grammatiche dei diritti e della cittadinanza, da una parte, e quelle della norma etica e dell'autonomia morale dei soggetti dall'altra.

I diritti riproduttivi costituiscono una delle voci forse più contrastate di quel catalogo dei diritti che le grandi trasformazioni del Novecento hanno contribuito a scrivere e che, come sottolinea Stefano Rodotà, le più recenti dinamiche della globalizzazione concorrono incessantemente a riscrivere[4]. La loro definizione, progressivamente precisata a livello internazionale, implica il rinvio a un plesso molto articolato di bisogni e istanze che hanno a che fare con l'intera esperienza di vita delle persone e sottendono dunque il diritto di poter scegliere liberamente il proprio partner, di avere il governo del proprio corpo, di non subire violenze, mutilazioni, trattamenti inumani e degradanti, di avere accesso, senza discriminazioni, sia a servizi di informazione e formazione, sia a servizi per la salute sicuri e qualificati.

Ampi sono i profili etici, bioetici e biogiuridici che concorrono oggi alla configurazione dei diritti riproduttivi in rapporto a due diverse esigenze: quella legata a una «fenomenologia negativa» del procreare, cioè al controllo della fertilità e all'interruzione volontaria della gravidanza, e quella connessa a una «fenomenologia positiva»[5], che investe il difficile problema di regolamentare la fecondazione assistita alla luce del rapido evolversi delle tecnologie biomediche.

In questo lavoro mi occuperò solo del primo aspetto e concentrerò l'attenzione soprattutto sui significati che i diritti riproduttivi hanno assunto nella riflessione delle donne, evidenziando l'importanza decisiva del loro contributo sia sul piano della elaborazione teorica, sia a livello delle pratiche politiche nazionali e internazionali. L'intento è quello di mettere in luce gli esiti peculiari dell'impegno dispiegato, a partire dagli anni Settanta del Novecento, dai movimenti femminili e femministi «*dentro* e *intorno* all'Onu»[6] e, dunque, nello scenario globale in cui matura una nuova concezione dei diritti delle donne come diritti umani. Un impegno che mette in movimento le nozioni di uguaglianza e differenza, per uscire da una logica di opposizione binaria e ridefinire un terreno di significati in cui «uguaglianza non significhi uniformità e differenza non equivalga a gerarchia»[7].

4 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 4 ss.

5 P. Iagulli, *Diritti riproduttivi e fecondazione artificiale. Studio di sociologia dei diritti umani*, Milano, 2013, 52.

6 A. Rossi-Doria, *Diritti delle donne e diritti umani*, in Ead., *Dare forma al silenzio. Scritti di storia politica delle donne*, Roma, 2007, 209.

7 A. Rossi-Doria, *Introduzione*, in Ead., *Dare forma al silenzio*, cit., XVIII.

2. «Fuori dal Palazzo della conferenza si manifestò, si portarono richieste, ancora non articolate nel linguaggio istituzionale delle Nazioni Unite, ma capaci di rendere udibile una "voce"»[8]. La *voce* diventata finalmente udibile, a cui allude Gabriella Rossetti[9], è quella delle donne presenti nel 1975 alla Conferenza di Città del Messico[10]. È una *voce* che irrompe sul palcoscenico internazionale e comincia a dire tante esperienze fino ad allora taciute: esperienze di violenza, di marginalità, di esclusione. A partire da quell'incontro prende corpo un attivismo femminile che si articola con diverse forme e gradi d'intensità tra vecchio e nuovo secolo, intrecciandosi con i grandi eventi mondiali che tematizzano i diritti violati delle donne. Si tratta di un processo molto dinamico e a tratti conflittuale, intensamente nutrito dal confronto tra realtà lontane. Un processo che costruisce prossimità e reti di relazioni decisive per alimentare ibridazioni tra i femminismi e tra femminismi e culture postcoloniali. Infatti ciò che accade *dentro* e *intorno* ai grandi appuntamenti degli organismi internazionali rappresenta una preziosa occasione di scambio tra le donne bianche e le *altre*. E la scoperta delle *altre* ha il volto delle attiviste afroamericane e delle rappresentanti dei tanti sud del pianeta: attraverso le loro elaborazioni muta il modo di concettualizzare il nesso tra povertà e sviluppo[11] e matura la consapevolezza del carattere intersezionale delle discriminazioni di genere, di razza e di classe[12].

L'impegno per i diritti delle donne, sviluppatosi nel contesto dell'Onu, ha una storia lunga, che è stata ricostruita da Stefania Bartoloni e, più di recen-

8 G. Rossetti, *Il mondo in gabbia? Promesse, delusioni e conflitti attorno alle conferenze Onu sulle donne*, in *Genesis*, X/2, 2011, 165.

9 Gabriella Rossetti è stata una delle protagoniste del movimento femminista italiano e internazionale. Tra le sue opere mi limito a ricordare il volume *Terra incognita. Antropologia e cooperazione: incontri in Africa*, Soveria Mannelli, 2004.

10 Quella di Città del Messico è la prima conferenza mondiale sulla condizione della donna convocata dall'Onu in coincidenza con l'Anno Internazionale delle Donne. Essa innesca un ampio movimento politico-culturale destinato a orientare, attraverso le tappe scandite dal Decennio delle Nazioni Unite per le Donne (1976-1985), il dibattito pubblico sui diritti e la cittadinanza femminile.

11 Da questo punto di vista la Conferenza Onu convocata a Nairobi nel 1985 costituisce un tornante decisivo, perché è proprio a partire da lì, e grazie al contributo delle attiviste africane, che si avviano analisi inedite, volte a indagare le potenzialità che uno sguardo differente poteva offrire al mutamento della nozione stessa di sviluppo. Cfr. B.M. Pomeranzi, *Prospettiva Pechino*, in *DWF*, 1 (25), gennaio-marzo 1995, 39-50.

12 Su genesi e sviluppi del pensiero intersezionale cfr. S. Marchetti, *Intersezionalità*, in C. Botti (a cura di), *Le etiche della diversità culturale*, Firenze, 2013, 133-148.

te, da Paola Degani[13]. Già nel 1945 lo Statuto delle Nazioni Unite proclamava, con una formula rimasta celebre, «il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione» (art. 55). Sarebbe stata poi la creazione di commissioni specifiche, variamente modulate nel corso del tempo, a sollecitare il dispiegamento di un'attenzione inedita verso le concrete condizioni di esistenza delle donne e l'ampio spettro di discriminazioni e abusi a cui esse si trovano esposte, nell'accesso alla formazione e al lavoro, nella fruizione dei servizi sociali e sanitari, nelle emergenze dei conflitti armati. In seguito, soprattutto negli anni Novanta, si configura l'ambizioso obiettivo di non affrontare più la questione dei diritti delle donne come questione distinta, bensì di rovesciare la prospettiva trasformando, attraverso il punto di vista femminile, l'impianto stesso dei diritti umani. Si trattava, come scrive Charlotte Bunch, di «spostare le donne dai margini al centro mettendo in discussione i concetti fondamentali del nostro ordine sociale in modo che tengano in maggior conto la vita delle donne»[14].

Lungo questo «percorso per la presa di parola delle donne *sul* mondo»[15] si delineano istanze, divenute ormai incoercibili, rispetto all'autogoverno *sul* proprio corpo, che significa anche controllo della propria capacità generativa. Così la *voce* delle donne comincia ad articolare il discorso sui diritti da un angolo visuale che scruta l'intreccio tra autonomia della decisione procreativa, tutela della salute e libertà da condizionamenti sociali inferiorizzanti, da discriminazioni e violenze, dentro e fuori la famiglia. Emerge dunque la questione dei diritti riproduttivi che trovano nella Conferenza di Pechino del 1995 la loro formulazione paradigmatica, perché contestualizzati entro una dimensione dell'integrità del corpo, posta a fondamento del riconoscimento dei diritti delle donne come diritti umani. Esplicito in tal senso è il paragrafo 96 della Piattaforma di Pechino, in cui si legge: «I diritti fondamentali delle donne includono il loro diritto ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione

13 Cfr. S. Bartoloni, *Introduzione. Politiche di genere nelle Nazioni Unite*, in Ead. (a cura di), *A volto scoperto. Donne e diritti umani*, Roma, 2002, 11-40; P. Degani, *Condizione femminile e Nazioni Unite. Recenti sviluppi della politica internazionale per i diritti umani delle donne*, Padova, 2010.

14 Ch. Bunch, *Trasforming Human Rights from a Feminist Perspective*, in *Women's Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, a cura di J. Peters e A. Wolper, New York-London 1995, 11. Riprendo la citazione da A. Rossi-Doria, *Diritti delle donne e diritti umani*, cit., 221.

15 B.M. Pomeranzi, *Prospettiva Pechino*, in DWF, cit., 39.

e violenza»[16]. Ma Pechino rappresenta un punto di approdo di una vicenda molto articolata di cui può essere utile individuare almeno alcune tappe.

Innanzitutto è indispensabile sgombrare il campo da un pregiudizio piuttosto diffuso, quello che identifica *tout court* i diritti riproduttivi con le pratiche contraccettive e abortive. La storia è molto più complessa e si incardina piuttosto su una rivendicazione di libertà da parte delle donne, che è libertà di poter scegliere se non avere figli, entro un quadro di regole adeguate a garantire l'accesso alla contraccezione e anche all'aborto sicuro, ma è altresì libertà da qualsiasi ingerenza statale nella scelta di poter avere figli. Opportunamente Jennifer Merchant individua, tra le ascendenze storiche decisive per la configurazione dei diritti procreativi, la contestazione di una visione eugenetica che legittimava l'interesse dello Stato a intervenire sul controllo delle nascite, imponendo la sterilizzazione a soggetti considerati inadatti a riprodursi[17]. La studiosa si sofferma in particolare sulle vicende legate al programma lanciato dal governo degli Stati Uniti, a partire dagli anni Cinquanta, per risolvere il problema della sovrappopolazione a Porto Rico. I risultati del programma sono, osserva non senza sarcasmo la Merchant, «*un succès total par rapport aux objectifs annoncés*»[18], tanto che in poco tempo più di un terzo delle portoricane vengono sterilizzate. Ma dietro il successo formale si celano verità atroci: quelle di tante donne coinvolte, senza alcuna informazione, nella sperimentazione della pillola anticoncezionale o sottoposte abusivamente a sterilizzazione. Numerose sono le testimonianze di coloro che, recatesi in ospedale per una qualsiasi operazione, ne escono sterilizzate, senza aver dato il loro consenso o perché intimorite dalla minaccia di perdere le sovvenzioni del servizio sociale. Il caso delle donne portoricane diviene lo stimolo per una più ampia campagna, che mobilita l'associazionismo femminista nella denuncia di pratiche discriminatorie per cui, mentre si tutela la fertilità delle donne appartenenti a categorie privilegiate, si cerca il più possibile di disincentivare i tassi di natalità nei gruppi etnici minoritari e, più in generale, nei gruppi sociali colpiti da condizioni di povertà e marginalità. In altri termini, negli anni Settanta, l'attività di associazioni, come la *National Oganisation for Women*, la *National Abortion Rights Action League*, il *Committee to End Sterilization Abuse* e il *Committee for Abortion Rights and Against Sterilization Abuse*, mette in moto, sia pur con obiettivi e metodi non sempre

16 Commissione per la parità e le pari opportunità, *Pechino 1995. Dichiarazione e programma di azione*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1995, 52

17 J. Merchant, *Féminismes américains et reproductive rights / droits de la procréation*, in *Le Mouvement Social*, 2003/2, 55-87.

18 Ivi, 62.

omogenei[19], un campo discorsivo in cui l'intreccio tra diritto di accedere all'aborto e diritto di non subire sterilizzazioni forzate rinvia a un più ampio diritto della donna di controllare la propria vita riproduttiva.

In tal senso dunque la questione dei diritti riproduttivi può considerarsi come fattore determinante di una dinamica di lungo respiro, proiettata verso la critica e lo smantellamento di qualsiasi ideologia biopolitica[20], secondo cui lo Stato ha il compito primario di curare il corpo sociale attraverso un duplice meccanismo: potenziare i tassi di crescita demografica, criminalizzando l'aborto[21], e nello stesso tempo proteggere la popolazione da tare e degenerazioni, imponendo la sterilizzazione a soggetti considerati inadatti[22].

Questa dinamica si coglie anche osservando l'evoluzione di linguaggi e orientamenti politici che si verifica nel corso delle conferenze organizzate dall'Onu a partire dalla fine degli anni Sessanta. Infatti la storia dell'«autonomia riproduttiva» come diritto umano è legata all'emergere a livello internazionale di due grandi aree di intervento: quella connessa allo sviluppo della popolazione mondiale e quella riguardante i diritti delle donne[23]. Tali aree s'intrecciano nel corso del tempo, dando luogo ad alcuni snodi importanti sul piano concettuale e politico.

Un punto di partenza può essere individuato nella Conferenza sui diritti dell'uomo svoltasi a Teheran nel 1968. In essa le Nazioni Unite esprimono

19 Un'analisi della genesi di questi gruppi e delle loro modalità d'intervento nel dibattito sulla sterilizzazione forzata e sull'aborto è sviluppata dalla Merchant nel saggio sopra citato (cfr. in particolare le pagine 62-65).

20 Per le articolazioni del concetto di biopolitica imprescindibile è il riferimento agli studi di Michel Foucault. Cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

21 Mi limito ad accennare solamente al caso italiano, in cui il codice varato durante il regime fascista, e rimasto in vigore anche dopo la nascita della Repubblica, puniva l'aborto come reato contro la stirpe. Interessante a questo proposito è la notazione esposta nella celebre sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975: «Nel vigente codice penale l'aborto volontario è rubricato come "delitto contro l'integrità della stirpe" (libro II titolo X c.p.). Secondo i lavori preparatori e la Relazione al Re che accompagna il codice, il bene protetto è "l'interesse demografico dello Stato". Il codice precedente, invece, considerava l'aborto fra i "delitti contro la persona", e questa sembra essere più giusta collocazione».

22 Sulle visioni eugenetiche che fondano le pratiche di controllo demografico cfr. F. Cassata, *Molti, sani e forti. L'eugenetica in Italia*, Torino, 2006; C. Mantovani, *Rigenerare la società. L'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni trenta*, Soveria Mannelli, 2004; N. Rose, *La politica della vita*, Torino, 2008.

23 Per un ampio inquadramento del contesto in cui di delineano i diritti riproduttivi rinvio a P. Iagulli, *Diritti riproduttivi*, cit.

una forte preoccupazione per le conseguenze della crescita demografica e adottano azioni mirate a favorire la pianificazione familiare, anche tramite la diffusione di strumenti contraccettivi. Ed è la dichiarazione finale di Teheran a introdurre, per la prima volta, un riferimento alla libera decisione dei genitori rispetto a quanti figli avere e a quando averli[24], ma, come alcune studiose non hanno mancato di sottolineare, attribuisce tale scelta ai genitori e non agli individui[25]. Anche in seguito nelle Conferenze Onu su popolazione e sviluppo, tenute a Bucarest nel 1974 e a Città del Messico nel 1984, il riferimento alla libertà procreativa rimanda non tanto a un principio di autodeterminazione dell'individuo, quanto a una responsabilità della coppia rispetto agli equilibri dello sviluppo e, quindi, all'interesse della comunità sul piano del controllo demografico.

È nelle Conferenze Onu dedicate alle donne che questa prospettiva comincia a mutare, avviandosi ad assumere come punto focale l'integrità del corpo femminile, comprensiva anche delle scelte riproduttive. La Convenzione Cedaw del 1979 colloca entro la cornice della parità nel matrimonio e nella vita familiare il diritto delle donne di «decidere liberamente e responsabilmente il numero e la cadenza dei figli e di accedere alle informazioni, all'istruzione e ai mezzi»[26] che consentano di rendere effettivo tale diritto. Pochi anni dopo la Conferenza di Nairobi (1985) precisa come «*the ability of women to control their own fertility forms an important basis for the enjoyment of other rights*»[27], individuando così proprio nel governo del corpo e della sua capacità generativa il presupposto ineliminabile dei diritti delle donne.

Nelle Conferenze Onu degli anni Novanta emerge con chiarezza il nesso sistematico che lega le differenti discriminazioni e violenze subite dalle donne, ciò sul piano dell'accesso all'istruzione, al lavoro, alla proprietà e alla rappresentanza politica, nonché sul piano della sicurezza e dell'integrità personale nella sfera pubblica e privata. E l'elemento di novità è che tali discriminazioni e violenze vengono interpretate entro un quadro concettuale di violazione dei diritti umani. Il tragitto che accompagna que-

24 Onu, *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Teheran, 22 April to 13 May 1968, art. 16.

25 B. Marquès-Pereira, F. Raes, *Les droits reproductifs comme droits humains: une perspective internationale*, in M.-Th. Coenen, *Corps de femmes. Sexualité et contrôle social*, Bruxelles, 2002, 21.

26 Onu, *Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (Cedaw), adottata nel 1979, art. 16.

27 *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi, 15-26 July 1985.

sta trasformazione si caratterizza per alcuni elementi destinati a mutare significati e valore della presenza femminile nello spazio pubblico internazionale. Un primo elemento è riconducibile allo sviluppo di una pratica di partecipazione dal basso, che, nata in seno alle Conferenze Onu sulle donne, è destinata a diffondersi ampiamente a livello internazionale. Essa si traduce in un modello organizzativo per cui alle sessioni ufficiali, in cui siedono le delegazioni governative, si affiancano forum paralleli animati dalle organizzazioni non governative. Il secondo elemento riguarda l'ingresso nelle dichiarazioni ufficiali della prospettiva di genere. Per entrambi questi elementi è la Conferenza di Nairobi a giocare un ruolo centrale. È a partire da Nairobi che si formano reti femminili destinate ad avere grande peso nel movimento globale per i diritti umani, come l'*Institute for Women, Law and Development* articolato in tre aree regionali (l'America Latina, l'Africa, l'Asia e il Pacifico)[28]. Ed è sempre a Nairobi che viene introdotto un approccio di genere, indispensabile per far emergere come i ruoli e le relazioni differenti delle donne siano costrutti sociali e culturali costantemente esposti a revisioni e slittamenti di significato e, comunque, orientati dal radicamento entro quadri valoriali e normativi legati a determinanti storiche, religiose, etniche, economiche. Ma proprio in quanto sociali e culturali questi costrutti non sono statici, non identificano qualità essenziali, bensì si iscrivono nell'ordine della storia e quindi della possibilità del mutamento. Si marca così una rottura con il passato che lascia ampie tracce nella Conferenza sull'ambiente di Rio de Janeiro del 1992, in quella di Vienna sui diritti umani del 1993 e in quella del Cairo su popolazione e sviluppo del 1994.

Al Cairo, dove si registra l'affermazione ufficiale della nozione di diritti riproduttivi[29], l'impegno delle delegate governative e delle attiviste delle Ong comincia ad aprire una breccia nei quadri tradizionali della demografia e delle politiche di controllo della natalità. Il linguaggio della pianifi-

28 A. Rossi Doria, *Diritti delle donne e diritti umani*, cit., 227.

29 Unpd, *Programme of Action of the International Conference on Population and Development*, Adopted at the 14th plenary meeting, on 13 September 1994, par. 7.3: «reproductive rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes their right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents» (http://www.un.org/popin/icpd/conference/offeng/poa.html).

cazione familiare acquista una declinazione differente. Le *pietre angolari* dei programmi di popolazione e sviluppo divengono ora il riconoscimento pieno dell'uguaglianza di genere, lo sradicamento della violenza e la promozione della capacità delle donne di controllare la propria fecondità[30]. I diritti riproduttivi sono così collocati entro una rete di princìpi che enfatizzano la centralità della persona, e non più dell'interesse delle comunità, nello sviluppo, assicurando a ogni individuo la possibilità di compiere scelte senza discriminazioni o violenze. E il diritto di autodeterminazione rispetto al se e al quando procreare acquista una valenza assai significativa per l'*empowerment* delle donne, in quanto si accompagna anche a una più ampia definizione delle nozioni di salute sessuale e riproduttiva, che devono assumere come obiettivo non solo la diffusione di informazioni e cure legate alla pianificazione familiare, alle malattie sessualmente trasmesse, alla gravidanza e al parto, ma soprattutto all'«*enhancement of life and personal relations*»[31]. La questione dell'interruzione volontaria di gravidanza, che nel programma del Cairo trova ampio spazio, viene trattata dal punto di vista delle conseguenze per la salute delle donne: le delegazioni ufficiali concordano sul principio per cui l'aborto non può in alcun caso rappresentare uno strumento di pianificazione familiare, sollecitano l'attenzione verso la piaga diffusa degli aborti clandestini, di cui si evidenziano gli altissimi rischi di mortalità e morbilità, e invitano gli Stati a un impegno attivo per prevenire, soprattutto tramite adeguati programmi educativi, le gravidanze indesiderate. Le donne – secondo le previsioni adottate al Cairo – devono poter accedere, nei paesi dove l'aborto è legale, a servizi sicuri e in ogni caso, anche là dove l'aborto è illegale, devono poter usufruire sia di terapie per le complicanze sanitarie derivanti dall'interruzione volontaria di gravidanza, sia di un adeguato servizio di *counseling* per evitare il ripetersi di tali pratiche. Interrogandosi sull'importanza di quanto era avvenuto nella capitale egiziana, Gabriella Rossetti scrive: «Si scopriva anche, allora, la differenza tra il "controllo delle nascite" quando è il frutto di un agire au-

30 Cfr. all'interno del documento citato nella nota precedente in particolare il quarto principio del secondo capitolo: «Advancing gender equality and equity and the empowerment of women, and the elimination of all kinds of violence against women, and ensuring women's ability to control their own fertility, are cornerstones of population and development-related programmes. The human rights of women and the girl child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in civil, cultural, economic, political and social life, at the national, regional and international levels, and the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex, are priority objectives of the international community».

31 Ivi, Ch. VII.

tonomo di donne e quando è invece una politica imposta dai governi. Ecco che l'universalismo dei diritti esce ricontestualizzato da questo confronto e le condizioni di validità dell'esercizio di un diritto si spostano sullo spessore dei processi che permettono di reclamarlo. Al Cairo si sono scontrati anche il neo-malthusianesimo sospetto dei fautori della crescita economica e l'autonomia delle donne che rischiava continuamente di diventare un pezzo subalterno della neutrale, complessiva rivendicazione di autonomia, equità e sviluppo indipendente del blocco dei Paesi poveri. In altre parole, le amiche indiane che praticavano un antico conflitto tra «ricchi» e «poveri», chiedendo la riduzione dei consumi nei Paesi ricchi al posto della riduzione delle nascite nei loro Paesi, quanto erano autonome, quanto rischiavano di essere loro stesse mezzi e non fini di una politica neutrale che chiede loro di sacrificare il controllo sul proprio corpo in nome della nuova edizione «globale» della lotta di classe? E ancora: il tema del «controllo di sé», al centro della conferenza del Cairo, ha dato forse il colpo di grazia all'equazione donna-natura?»[32]. Sono queste le domande che transitano, l'anno dopo, nella Conferenza ufficiale di Pechino e soprattutto nell'affollatissimo Forum parallelo di Houairou.

È infatti a Pechino che il tema dei diritti riproduttivi viene definitivamente ancorato alla piena affermazione dell'autonomia delle donne. In particolare il paragrafo 96 della Piattaforma, già ricordato in precedenza, costituisce il primo riferimento internazionale in cui viene superata la sistematica interdipendenza tra sessualità e riproduzione: si configura così con nettezza il diritto delle donne a decidere liberamente della propria sessualità, che significa poter avere relazioni paritarie nella vita affettiva e familiare, improntate al rispetto reciproco, al consenso e alla condivisione delle responsabilità[33]. E anche la salute riproduttiva viene concettualizzata come requisito indispensabile per promuovere l'*agency* delle donne. Superando definitivamente un approccio di carattere biomedico, la nozione di salute riproduttiva diventa più ampia e ricomprende i numerosi fattori che influenzano il benessere delle donne e la loro capacità d'interazione con gli altri, le altre e con l'ambiente nella vita quotidiana[34]. L'impostazione adottata nel 1995 fa dunque emergere un'argomentazione lucida dell'impatto multidimensionale che discriminazioni e violenze, anche intrafamiliari,

32 G. Rossetti, *Il mondo in gabbia?*, cit., 172-173.

33 Cfr. Commissione per la parità e le pari opportunità, *Pechino 1995*, cit., 52.

34 Sui temi della salute sessuale e riproduttiva assai rilevante è l'elaborazione maturata nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Cfr. Who, *Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health*, 28-31 January 2002, Geneva.

hanno sui corpi e sulla libertà delle donne. Nelle affollate riunioni di Pechino e Houairou le donne trovano le parole per esprimere una fenomenologia estesa di abusi e violazioni che vanno dai matrimoni forzati alle maternità in età infantile, dalle mutilazioni genitali agli stupri, dai maltrattamenti familiari alla privazione di opportunità educative e lavorative, dall'esclusione politica al divieto assoluto d'interruzione volontaria di gravidanza.

Nel percorso che da Nairobi conduce a Pechino la questione della salute e dei diritti riproduttivi si colloca entro un contesto profondamente segnato dalle nozioni di *mainstreaming* ed *emporwement*. Il crescente protagonismo delle donne nello spazio pubblico internazionale determina un ampliamento del loro raggio d'azione nella sfera delle decisioni politiche e altresì nella sfera delle relazioni private e familiari. «Les femmes – sottolineano Bérengère Marquès-Pereira e Florence Raes – ne sont plus considérées comme de simples objets de politiques publiques, mais comme des *acteurs à part entière* susceptibles d'intervenir dans la formulation, l'exécution et le contrôle des politiques qui les concernent et des politiques publiques de manière plus générale»[35]. Questo diventare *acteurs à part entière* costituisce il pilastro di una visione in cui i diritti delle donne non rappresentano più una questione settoriale, al contrario la dimensione di genere viene integrata, secondo il principio del *mainstreaming*, in tutti gli ambiti della politica, dall'economia al *welfare*, all'educazione, alla salute. E diventare *acteurs à part entière* significa altresì riconoscersi e vedersi riconosciute autorevolezza e competenza morale di decisione rispetto alle proprie vite, anche nel campo della procreazione.

3. I diritti riproduttivi s'insediano dunque nel catalogo dei diritti umani come elemento chiave di garanzia dell'integrità del corpo e dell'autonomia degli individui, in particolare delle donne.

Ma è proprio su questo terreno che essi entrano in un difficile campo di tensione tra riconoscimento di diritti universali e rispetto di diversità legate ad appartenenze etniche, culturali, religiose. Infatti sono gli elementi storicamente e teoricamente caratterizzanti dei diritti umani, ovvero l'enfasi posta sui diritti individuali e la diffidenza nei confronti dei diritti collettivi[36], ad essere contestati con vigore e su fronti diversi.

35 B. Marquès-Pereira, F. Raes, *Les droits reproductifs comme droits humains*, cit., 21. Il corsivo è mio.

36 I diritti umani, nella cornice delineata fin dal 1948 dalle Nazioni Unite, trovano «nell'autonomia individuale un "punto di non ritorno", una conquista "assoluta" e irreversibile» (P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. IV,

Un fronte che è opportuno subito richiamare, per la sua incidenza culturale e politica, rinvia alle posizioni espresse dalla Chiesa cattolica, che ripetutamente in sedi ufficiali ha sottolineato la propria distanza dalle teorie di genere, perché fondate su antropologie estranee a una costituzione essenzialistica del dualismo biologico tra i sessi. E le delegazioni della Santa Sede, insieme con quelle di alcuni paesi islamici, si sono opposte fermamente, negli organismi internazionali, all'uso della terminologia connessa al *gender*, impegnando, tra l'altro, le Nazioni Unite in difficili tentativi di mediazione, a cui di recente ha dedicato una interessante ricostruzione la teologa croata Rebeka Jadranka Anić[37]. Tra le molteplici fonti in cui sono rinvenibili le ragioni dell'avversione del magistero cattolico rispetto alla nozione di diritti riproduttivi e più in generale rispetto all'uso della categoria di genere, mi limito qui a ricordare un testo del Pontificio Consiglio per la famiglia, pubblicato nel 1999, nel quale compare un esplicito riferimento alla Conferenza di Pechino assunta come episodio esemplare di una ideologia relativistica e distruttiva dei valori della vita[38]. Partendo dalla sottolineatura della convergenza tra il riconoscimento della famiglia come «nucleo naturale e fondamentale della società», proclamato nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani[39], e i principi dell'antropologia e dell'etica cristiane, il testo si sofferma sulla necessità di difendere la «sovranità della famiglia». Una sovranità sfidata dagli attacchi provenienti da dichiarazioni e programmi elaborati da agenzie internazionali e organismi non governativi, che, ispirandosi a una forma esasperata di individuali-

L'età dei totalitarismi e della democrazia, Roma-Bari 2001, 494). La ragione di tale orientamento risiede nella rivitalizzazione della tradizione giusnaturalistica in funzione dell'affermazione di una cultura politica e giuridica inequivocabilmente antitotalitaria. Non è certo un caso se l'Onu nel 1966, varando il *Patto sui diritti civili e politici*, recupera il tema della tutela delle minoranze a partire, però, dal riconoscimento dei diritti delle «*persone* appartenenti a tali minoranze» (United Nations, *International Covenant on Civil and Political Rights*, adopted by General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, art. 27). Questo impianto viene ribadito dall'Onu nella Dichiarazione del 1992, dove la protezione e promozione delle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche viene sempre ricondotta ai *rights of persons* e perimetrata dall'esclusione di pratiche che violano leggi nazionali e «standard» internazionali (United Nations, *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Adopted by General Assembly Resolution 47/135 of 18 December 1992, art. 4).

37 R.J. Anić, *Genere, politica e Chiesa cattolica. Contributo alla decostruzione della "ideologia del genere"*, in *Concilium*, 4/2012, 35-37.

38 Pontificio Consiglio per la famiglia, *Famiglia e diritti umani*, 9 dicembre 1999.

39 Onu, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, 1948, art. 16.

smo, propagandano «modelli nuovi» di famiglia e pretendono di «imporre a nazioni sovrane "nuovi diritti" umani, come i "diritti riproduttivi", che abbracciano il ricorso all'aborto, alla sterilizzazione, al divorzio facile, ad uno "stile di vita" della gioventù che favorisce la banalizzazione del sesso e l'indebolimento della giusta autorità dei genitori nell'educazione dei figli».

I valori in gioco sono dunque quelli della famiglia e della formazione dei giovani secondo modelli che dovrebbero rispettare innanzitutto l'appartenenza religiosa. Si tratta di temi che ricorrono, sia pur con declinazioni molto diversificate, anche sul versante della contestazione all'universalità dei diritti operata dalle teorie del multiculturalismo, le cui vicende tra consonanze e dissonanze, si intrecciano strettamente con quelle dei femminismi. Le consonanze riguardano innanzitutto una comune matrice rinvenibile nella critica dell'universalismo astratto della tradizione liberale, le dissonanze si sono via via moltiplicate nel tempo, focalizzandosi proprio sul rischio che la tutela dei gruppi comporti un danno per i diritti delle donne[40]. L'attacco ai diritti umani, considerati dai teorici comunitaristi più radicali espressione di una egemonia neocoloniale dell'Occidente, si è sviluppato anche sul fronte dei sostenitori dei cosiddetti «valori asiatici»[41], che rivendicano il riconoscimento di una tradizione *altra*, ancorata a princìpi per cui sono i diritti della comunità a prevalere su quelli dell'individuo. Ma la contestazione di questa visione è radicale all'interno dello stesso mondo asiatico. Sono già le organizzazioni non governative dell'Asia, riunitesi a ridosso della Conferenza di Bangkok, a denunciare con lucidità le ambivalenze degli *Asian values*[42], sottolineando come la tutela

40 Da questo punto di vista imprescindibile è il richiamo alle riflessioni di Susan Moller Okin e al dibattito critico, a volte anche aspro, che esse hanno suscitato. Cfr. S.M. Okin, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007. Per una discussione delle posizioni della Okin cfr. pure C. Mancina, *Multiculturalismo*, in C. Botti (a cura di), *Le etiche della diversità culturale*, cit., 83-102.

41 I «valori asiatici» hanno trovato la loro prima formulazione nella *Dichiarazione di Bangkok* del 1993, redatta in occasione della riunione preparatoria per l'Asia della Conferenza di Vienna sui diritti umani (*Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights*, Bangkok, Thailand, 1993 April 2). Per un approfondimento dei temi connessi ai «valori asiatici» rinvio a A. Ehr-Soon Tay, *I "valori asiatici" e il* rule of law, in P. Costa, D. Zolo, E. Santoro (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 683-707; R. Cavalieri, *La Carta asiatica e la Cina*, in Parolechiave, n. 37, 2007, 73-82; A. Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Milano, 2011, 135-159; A. Chiricosta, *Filosofia interculturale e valori asiatici*, Milano, 2013.

42 Le ONG criticano alcuni aspetti fondamentali della *Bangkok Declaration*. In particolare si soffermano sull'uso strumentale del principio di autodeterminazione

del pluralismo culturale non può in alcun caso legittimare pratiche lesive dei diritti umani e, in particolare, di quelli delle donne[43]. Si tratta di una presa di posizione forte a favore dell'universalità dei diritti, che ritroviamo ampiamente argomentata in autorevoli studi, come quelli di Amartya Sen e Martha Nussbaum[44].

Per sciogliere questo nodo problematico, in cui l'universalismo dei diritti si intreccia con l'incidenza delle identità particolari e, altresì, con i significati di una istanza di laicità, inaggirabile nelle moderne società democratiche, è indispensabile tenere presente un presupposto teorico fondamentale. Si tratta cioè di cogliere le ragioni per cui il bersaglio privilegiato della critica dei femminismi alle teorie del liberalismo e della democrazia risieda in quella distinzione tra sfera pubblica e sfera privata entro la quale s'incardina un dispositivo sessuato dell'accesso ai diritti, che preclude alle donne l'autogoverno del proprio corpo e, quindi il controllo sulla sessualità e sulla riproduzione. Ed è appunto sul piano della strenua difesa dei più tradizionali assetti della sfera privata che i movimenti culturali nazionali giungono a «legittimare la limitazione o addirittura la negazione dei diritti umani delle donne»[45].

---

dei popoli da parte di governi autoritari protesi unicamente a reprimere il dissenso politico e le rivendicazioni autonomistiche, come quelle del Tibet. Per una discussione sulle ambivalenze degli *Asian values* cfr. F. Tedesco, *I diritti umani alla prova del relativismo. La critica dei "valori asiatici"*, in Th. Casadei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012, 45-60.

43 *Bangkok Ngo Declaration*, Joint Statement of Several Human Rights and Development NGOs, presented at the Regional Meeting for the Asia-Pacific in preparation for the U.N. World Conference on Human Rights, Bangkok, Thailand, 1993 March 29.

44 Significative sono, ad esempio, le pagine che Amartya Sen dedica alla configurazione di una «idea della democrazia come valore universale», che non può essere incrinato dalla contrapposizione tutta ideologica tra «valori asiatici» e «valori occidentali», pensati come monoliti uniformi e alternativi. «La diversità dei valori – precisa Sen – sembra caratterizzare moltissime […] culture. L'argomento culturale non preclude, né limita in modo sostanziale, le scelte che oggi possiamo fare» (A. Sen, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Milano, 2004, 78-79). Martha Nussbaum, considerando la permanente ingiustizia che caratterizza la condizione femminile, difende un «approccio normativo universalistico come base valida per affrontare i problemi delle donne nei paesi in via di sviluppo» (M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002, 57). Cfr. anche M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2001; Ead., *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007.

45 E. Vezzosi, *Una storia difficile*, in S. Bartoloni (a cura di), *A volto scoperto*, cit., 42.

Separare sfera pubblica e sfera privata, escludendo quest'ultima dal discorso sui diritti umani, rappresenta una strategia politica che assevera l'oppressione e la discriminazione delle donne, rendendo invisibili tante e drammatiche violazioni fondate sul genere[46]. Ed è significativo su questo piano ricordare uno dei capisaldi della politica antidiscriminatoria elaborata dalle Nazioni Unite già dal 1979, cioè la priorità di modificare schemi di comportamento e modelli culturali, ancorati a pregiudizi e pratiche consuetudinarie, che legittimano ruoli sociali stereotipati, in cui la norma è l'inferiorità del sesso femminile[47].

La contrapposizione tra relativismo culturale e difesa dell'universalità rappresenta una trappola nociva soprattutto per i diritti delle donne. Infatti l'opera di smascheramento del contrassegno eurocentrico dell'universalità, compiuta dalle femministe nere statunitensi e dalle donne dei tanti Sud del mondo, non approda a una scelta di relativismo, bensì sollecita la ricerca di un universalismo in grado di coniugare le differenze, quelle di genere e quelle culturali. Questo percorso, che è insieme di riflessione teorica e di pratica politica, è reso possibile dal fatto che «la critica femminista al liberalismo e alla democrazia aveva significato non il loro rifiuto, ma semmai la denuncia del mancato sviluppo delle loro potenzialità»[48]. Si tratta di un approccio molto interessante per il presente e per il futuro, in vista del delinearsi anche di una nuova idea di multiculturalismo. Quel «multiculturalismo più ospitale verso il genere», auspicato da Anna Loretoni, al quale corrisponde la costruzione di un nuovo modello di liberalismo che,

46 Sviluppando la teoria delle capacità elaborata da Amartya Sen, Martha Nussbaum propone interessanti considerazioni sull'importanza di un approccio che renda «ogni persona portatrice di valore e fine in sé». Infatti sottolinea l'autrice «sarebbe insufficiente limitarsi a promuovere il bene "della comunità" o "della famiglia", lasciando che rimangano immutate rilevanti asimmetrie di capacità tra i singoli membri della comunità o della famiglia. Sono le donne, in particolare, che più hanno da perdere quando ci si limita a promuovere il bene del gruppo in quanto tale, senza rimettere in discussione le sue gerarchie interne di potere e di opportunità» (M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., 79). Per un esame critico delle posizioni della Nussbaum cfr. A. Rossi-Doria, *Diritti umani e diritti delle donne*, in *Contemporanea*, n. 4, ottobre 2004, 531-553; C. Botti, *Femminismo e differenza culturale*, in Ead. (a cura di), *Le etiche della diversità culturale*, cit., 103-132.

47 Onu, *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne* (CEDAW), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, art. 5. La versione italiana del testo è consultabile in http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Convenzione-sulleliminazione-di-tutte-le-forme-di-discriminazione-nei-confronti-delle-donne-1979/25.

48 A. Rossi-Doria, *Diritti delle donne e diritti umani*, cit., 222.

facendosi «più ospitale verso la diversità culturale», non abdica però «alla sua vocazione libertaria e individualistica, di critica e di dissenso nei confronti delle molteplici forme del potere, rafforzando la capacità di azione degli uomini e delle donne che, kantianamente maggiorenni, potrebbero scegliere in autonomia le proprie appartenenze»[49].

Il pensiero femminile e femminista si colloca così entro un orizzonte che valorizza una visione dinamica del discorso sui diritti umani non considerandoli come un catalogo definitivamente costituito e atemporale, ma come una costruzione normativa profondamente radicata nella storia e continuamente perfettibile. E riconoscere la storicità dei diritti umani significa allora sottrarne la giustificazione a un ideale di matrice giusnaturalistica e collocarli in una trama temporale caratterizzata da conflittualità e negoziazioni che alimentano le relazioni tra gli Stati e le nuove domande emancipative provenienti dai soggetti differenti e diversi della società civile.

4. I diritti riproduttivi non rientrano in un *corpus* di norme di cui sarebbero specificamente titolari le donne, costituiscono anzi un patrimonio imprescindibile per l'autodeterminazione responsabile di ciascuno. Ma è per le donne che essi rappresentano – come sottolineano alcune studiose – l'«*enjeu majeur de leur individuation*»[50], in quanto diverso è stato storicamente il processo attraverso cui uomini e donne hanno acquisito lo *status* di soggetti individuali e, quindi, indipendenti rispetto a ruoli, quali quelli di moglie e madre, socialmente assegnati e politicamente decisivi per gli assetti della rappresentanza e della deliberazione pubblica. In tal senso i *gender studies* hanno offerto una vasta e diversificata elaborazione critica, che ha consentito il superamento sia di una visione dicotomica tra identità e alterità, sia di una prospettiva in cui le differenze vengono gerarchizzate entro un ordine rigidamente fondato su basi biologistiche ed essenzialiste. Se al vertice di questa gerarchia si colloca il soggetto maschio, bianco e proprietario, unico titolare di diritti e autonomia, alle donne, in quanto naturalmente incapaci di *ratio* e di competenza morale, viene precluso l'accesso al perimetro dei diritti e, quindi, della cittadinanza. La decostruzione dei meccanismi di potere, che fondano classificazioni essenzialistiche ipostatizzando la molteplicità umana entro schemi binari (bianco/nero; ma-

49 A. Loretoni, *Un multiculturalismo più ospitale verso il genere*, in *CosmoPolis*, IV.1/2009 (http://www.cosmopolisonline.it/20090522/loretoni.php).

50 B. Marquès-Pereira, F. Raes, *Les droits reproductifs comme droits humains*, cit., 36.

schio/femmina), è stata dunque la mossa decisiva attraverso cui il pensiero femminile e femminista ha cominciato a meditare su basi nuove l'idea stessa di democrazia in chiave sempre più laica e inclusiva.

Certamente complessi, e per tanti aspetti ancora incompiuti, restano i processi di riconoscimento e positivizzazione dei diritti delle donne, in particolare nella sfera riproduttiva. Da questo punto di vista decisiva è stata, come ho sottolineato in precedenza, la mobilitazione, *dentro* e *intorno* alle conferenze Onu, sui diritti delle donne come diritti umani: convenzioni internazionali, atti di *soft law*, strumenti di indirizzo, piani d'azione, dichiarazioni di organismi non-governativi, decisioni di corti di giustizia internazionali o regionali (come la Cedu in Europa o la Corte interamericana per i diritti umani) costituiscono ormai un inaggirabile punto di riferimento per la ridefinizione anche di profili costituzionali e giuridici relativi ai diritti fondamentali delle donne.

Ampio è il dibattito teorico sul rapporto tra diritti umani, che rinviano a un «diritto ad avere diritti»[51] fondato sulla comune appartenenza all'umanità, e diritti fondamentali, di cui sono titolari i cittadini in virtù di uno specifico ordinamento costituzionale. Le aporie di tale rapporto, che sono state variamente messe in luce su piani diversi[52], si addensano intorno a un nodo cruciale: i diritti umani, proprio in quanto «diritti senza Stato»[53], presentano infatti l'innegabile difficoltà di doversi correlare alle differenti culture costituzionali per diventare effettivamente esigibili all'interno di specifici contesti statuali[54].

Tuttavia, secondo Susanna Mancini, i diritti umani «presentano alcuni vantaggi nella costruzione di una cittadinanza uguale per donne e uomini,

51 H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1999, 410.

52 Cfr. su questo tema la densa problematizzazione sviluppata nel saggio di G. Palombella, *La tutela dei diritti, le discriminazioni, l'uguaglianza. Dai diritti umani ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, n. 23, dicembre 2004, 381-409.

53 F. Riccobono, *I diritti senza Stato*, in Id., *I diritti e lo Stato*, Torino, 2004, 11-24.

54 Complesso è il problema dell'effettiva universalità dei diritti umani, la cui tutela è ripartita, secondo meccanismi molto articolati, a livello internazionale e nazionale. Questa ripartizione comporta il permanere di discrasie per cui quanto viene riconosciuto come violazione dei diritti umani nel sistema internazionale non trova poi pieno riscontro negli ordinamenti nazionali o sub-nazionali. In tal senso emblematica è la questione della pena di morte che ancora in certe realtà, come la Cina o alcuni Stati degli Usa, è legale. Per un approfondimento sulle implicazioni politico-ideologiche del nesso tra sicurezza e pena di morte cfr. D. Zolo, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*, Firenze, 2010.

anche nella sfera dei diritti riproduttivi»[55]. È infatti la «qualità transfrontaliera» dei diritti umani, il cui rispetto, sganciato da particolarità nazionali, diviene «responsabilità di tutti gli attori della comunità internazionale»[56], a proporre una «piattaforma migliore nella regolamentazione di fenomeni divisivi»[57], come quelli legati all'interruzione volontaria di gravidanza e alla procreazione assistita.

La Mancini insiste quindi sul «potenziale dei diritti umani nella costruzione della cittadinanza di genere»[58], citando vari casi in cui campagne per il riconoscimento dei diritti riproduttivi come diritti umani si sono rivelate efficaci sul piano della trasformazione dei dispositivi giuridici. Si tratta di campagne intraprese da organizzazioni non governative, gruppi e associazioni nazionali e transnazionali, che si sono concretizzate «anche in un contenzioso "ad alto impatto" sia davanti a corti nazionali che ad organi giudiziali internazionali»[59]. In tal senso significativo è il caso della Colombia dove a lungo è rimasta in vigore una delle normative più restrittive al mondo rispetto all'interruzione di gravidanza, con implicazioni gravissime per la vita e la salute delle donne e delle adolescenti esposte ai pericoli delle pratiche clandestine. Nel 2006 una decisione della Corte costituzionale colombiana infrange la precedente impostazione giuridica e – proprio facendo ampiamente ricorso ai trattati internazionali sui diritti umani, nonché alla protezione dei diritti riproduttivi maturata nel sistema Onu – stabilisce che la criminalizzazione dell'aborto è incostituzionale quando la gravidanza è l'esito di uno stupro, quando rappresenta un rischio per la salute psico-fisica della gestante e quando il feto risulta affetto da gravi anomalie[60].

Di grande interesse per l'individuazione di scenari di cambiamento è la realtà africana, segnata da contraddizioni profonde tra permanenze di

55 S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012, 83.
56 Ibidem.
57 Ivi, 16.
58 Ivi, 84-85.
59 Ivi, 88.
60 Nella vicenda colombiana ha giocato un ruolo di primo piano la giurista e attivista Mónica Roa che, con l'appoggio di alcune organizzazioni internazionali (come *Women's Link Worldwide* e *Human Rights Watch*) e delle facoltà di legge di Yale e Harward, ha sviluppato una duplice azione. Da una parte ha promosso una campagna di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, dall'altra ha impugnato, dinanzi alla Corte costituzionale della Colombia, i dispositivi del codice penale che criminalizzavano l'aborto senza eccezioni. Per un'ampia ricostruzione del caso cfr. S. Mancini, *Un affare di donne*, cit., 32, 57-59, 97-103.

tradizioni arcaiche e spinte di trasformazione democratica, contraddizioni aggravate dall'esplosione endemica di conflitti armati e oggi soprattutto dal ritorno dei fondamentalismi. La *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, adottata a Nairobi nel 1981 dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'Organizzazione dell'Unità africana[61], accentua, più che i diritti della persona, i doveri dell'individuo verso la famiglia, la società e lo Stato, secondo una impostazione che privilegia l'appartenenza alla comunità. Il riferimento ai diritti delle donne rimane generico e confinato nell'affermazione del godimento di libertà spettante a tutti, senza distinzione di sesso (art. 2), e nel divieto di discriminazioni, sancito dall'art. 18. Nessuna disposizione è invece prevista riguardo alla libertà di scelta del coniuge, all'età minima dei matrimoni e alla posizione della donna nella famiglia. Ma è proprio in Africa che quanto accade anche *dentro* e *intorno* alle conferenze Onu contribuisce a marcare impronte tutt'altro che trascurabili nell'avvio di processi di cambiamento.

La crescita dei movimenti femminili e femministi e la diffusione globale delle loro reti orientano, ad esempio, la definizione della cittadinanza, nella nascente democrazia sudafricana, in una direzione tesa a incorporare il genere[62]. All'inizio degli anni Novanta, quando il Sudafrica di Mandela avvia i negoziati per la stesura della nuova Costituzione, circa settanta organizzazioni femminili danno vita alla *Women's National Coalition* (WNC), il cui obiettivo è quello di elaborare un documento rappresentativo di bisogni e interessi delle donne, da far valere sui tavoli delle trattative. La *Women's Charter for Effective Equality*, presentata al nuovo Parlamento sudafricano nell'agosto del 1994, è l'esito di una mediazione problematica tra gruppi assai diversi per etnia, religione, classe, ma comunque riesce ad amalgamare una identità collettiva «attorno ad un'agenda sia pur limitata di interessi

61 Giampaolo Calchi Novati sottolinea come il contesto in cui si inserisce la Carta africana è ancora influenzato dalla decolonizzazione e precisa che tale documento manifesta l'obiettivo precipuo di consolidare i diritti sovrani degli Stati, piuttosto che i diritti umani. «Una norma a difesa dei diritti umani – scrive lo studioso – presupporrebbe un costituzionalismo internazionale superiore alla giurisdizione dei singoli governi che qui non viene neppure abbozzato. Non compare nessuna deroga alla sovranità dello Stato come previsto, ad esempio, dalla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali» (G. Calchi Novati, *La tutela dei diritti in Africa: Stati, governi e cittadini*, in *Parolechiave*, n. 37, 2007, 106). La *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* è consultabile nel medesimo fascicolo di *Parolechiave* alle pagine 119-134.

62 E. Vezzosi, *La cittadinanza femminile: una nozione "porosa"*, in *Genesis*, V/2, 2006, 226-227.

comuni»[63]. Alcuni dei temi qualificanti di questa agenda si riferiscono ai diritti delle donne nella famiglia, nelle relazioni intime, nonché al controllo del proprio corpo e alle «reproductive decisions»[64]. Tali temi ricorrono anche nella Costituzione sudafricana del 1996, dove la *Women's National Coalition* influenza «l'impalcatura della nuova cittadinanza democratica su basi di genere»[65]. Il *Bill of Rights* inserito nel testo costituzionale (capitolo 2) contiene infatti «alcune delle più esplicite affermazioni di uguaglianza che siano state fatte al mondo»[66]: riconosce tra i fattori di discriminazione diretta e indiretta il genere e l'orientamento sessuale; sancisce altresì il diritto alla «*bodily and psychological integrity, which includes the right to make decisions concerning reproduction*»[67]. Certamente tante sono le difficoltà e le contraddizioni che rimangono irrisolte per le donne sudafricane[68], ma la traccia di tali dichiarazioni concorre a una trasformazione di modelli e mentalità che emerge, questa volta su scala continentale, con il Protocollo di Maputo, siglato nel 2003 dall'Assemblea dell'Unione Africana[69]. Tra i diversi aspetti rilevanti del documento mi limito qui a segnalarne due. Il primo concerne specificamente la questione della salute riproduttiva, di cui, nell'art. 14, vengono con precisione individuati gli ambiti che si riguardano non solo la contraccezione, l'educazione alla pianificazione familiare, l'informazione rispetto alle malattie sessualmente trasmesse, le

63 R. Pellizzoli, *La partecipazione politica delle donne in Sudafrica tra politiche di genere e discorso femminista*, in *Genesis*, IV/2, 2005, 46.

64 WNC, *Women's Charter for Effective Equality*, 1994. Il testo del documento è disponibile sul sito dell'African National Congress (http://www.anc.org.za/show.php?id=233).

65 E. Vezzosi, *La cittadinanza femminile*, cit., 226.

66 B. Caine, *Le donne nella storiografia sudafricana*, in *Genesis*, V/1, 2006, 155.

67 *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, art. 12. (http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1).

68 Interessanti sono a questo proposito le osservazioni esposte da Barbara Caine in merito allo spazio limitato concesso alle donne, e alle specifiche violazioni dei loro diritti durante l'*apartheid*, nell'ambito dei lavori della Commissione per la verità e la riconciliazione (B. Caine, *Le donne nella storiografia sudafricana*, cit., 156-157).

69 Si tratta del *Protocollo alla "Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli" sui diritti delle donne in Africa*, adottato a Maputo, Mozambico, l'11 luglio 2003 ed entrato in vigore il 25 novembre 2005 (http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Protocollo-alla-Carta-Africana-sui-diritti-delluomo-e-dei-popoli-sui-diritti-delle-donne-in-Africa-2003/83). Molto disomogeneo risulta ancora lo stato delle ratifiche. Il Protocollo è stato ratificato da Paesi come il Camerun, il Kenya, la Nigeria, ma non, ad esempio dall'Egitto, dalla Somalia e dal Sudan.

cure pre- e post-parto, ma pure l'accesso all'«aborto terapeutico nei casi di violenza sessuale, stupro, incesto e quando portare avanti la gravidanza danneggerebbe la salute mentale e fisica della donna o la vita della donna o del feto». L'altro aspetto del Protocollo di Maputo a cui vorrei brevemente accennare è quello relativo alle mutilazioni genitali femminili, che vengono espressamente vietate come «pratiche pregiudizievoli», impegnando gli Stati ad adottare misure sia di carattere informativo e formativo, sia di natura legislativa per sradicarle. Su questo tema torna nel 2012 l'Onu con una risoluzione che rappresenta la prima moratoria generale di tutte le forme di mutilazione genitale, definite come «danno irreparabile e irreversibile che ha un impatto negativo sui diritti umani delle donne e delle bambine», compromettendo la loro salute fisica, psichica, sessuale e riproduttiva[70].

Di recente le questioni connesse ai diritti procreativi hanno acquistato piena visibilità anche nelle iniziative dell'Onu dedicate alla tortura e ai trattamenti crudeli, inumani e degradanti. Un saggio di Luisa Cabal e Amanda McRae[71] discute ampiamente le conclusioni presentate nel 2013 dal relatore speciale Juan E. Méndez[72], sottolineando come «when a woman is denied her reproductive rights – when she is denied obstetric care, modern contraceptives, facts about her reproductive health, or safe abortion – she is denied the means to direct her own life, protect her health, and exercise many of her human rights as recognized by regional and international human rights bodies and international consensus documents. This denial of basic human rights can, under certain *circumstances*, constitute torture or cruel, inhuman, or degrading treatment»[73]. Le *circostanze* in cui la violazione dei diritti riproduttivi si palesa come tortura vengono ricondotte dalle

70 Onu, *Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilations*, Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2012. Per un'analisi di questo documento rinvio a I. Ruggiu, *La Risoluzione Onu del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in *Studium Iuris*, n. 7-8, 2014, 866-875.

71 L. Cabal, A. McRae, *Torture or Ill-Treatment in Reproductive Health Care: a Form of Gender Discrimination*, in *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report*, ed. by Center for Human Rights and Humanitarian Law, American University, Washington College of Law, 2014, 51-64.

72 U.N. Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, U.N. Doc. A/HRC/22/53 (2013), by Juan E. Méndez.

73 L. Cabal, A. McRae, *Torture or Ill-Treatment in Reproductive Health Care*, cit., 51. Il corsivo è mio.

autrici sia a discriminazioni legali nell'accesso a servizi essenziali per la salute sessuale e procreativa, sia a stereotipi e credenze tradizionali che condizionano gli atteggiamenti di operatori sociali e sanitari. Evidenziando come i maltrattamenti fondati sul genere siano aggravati in molte realtà da altri fattori, quali lo status socio-economico, l'etnia o la disabilità, Cabal e McRae illustrano una scabra casistica intessuta di dolore e sofferenza inflitta alle donne in spregio della loro dignità umana. In particolare le studiose si soffermano sulle implicazioni sia delle normative che, regolamentando in modo estremamente restrittivo l'aborto, non contemplano neanche i casi in cui la gravidanza sia frutto di stupro o incesto, sia dei divieti legali imposti all'accesso agli strumenti contraccettivi e, in particolare, alla contraccezione di emergenza. Trattamenti degradanti sono poi anche quelli che tante donne subiscono nell'ambito delle cure post-aborto: abusi verbali e fisici, ritardi o rifiuti di trattamenti o farmaci antidolorifici, estorsioni, minacce di segnalazioni alle forze dell'ordine per violazione delle leggi penali.

Questo quadro delinea dunque una situazione globale ancora fortemente caratterizzata dal permanere di una fenomenologia multidimensionale della violenza di genere, che sembra compromettere in tante regioni del nostro pianeta l'effettività di dichiarazioni e programmi d'azione internazionali. I diritti riproduttivi sarebbero dunque destinati a restare per molte donne solo «diritti di carta»? La risposta a tale quesito può trovare un supporto prezioso nell'argomentazione di Stefano Rodotà: «non bisogna […] rimanere prigionieri dell'immagine dei "diritti di carta", e della conseguente svalutazione dell'intera dimensione dei diritti determinata da una considerazione solo statistica e sociologica della loro effettività. […] [L]a misurazione dell'effettività non [può] essere affidata solo alla categoria della "giustiziabilità" […]. I diritti "sulla carta" sono sempre stati un forte strumento di mobilitazione politica e di azione istituzionale, godendo così di una effettività diversa da quella tradizionalmente determinata»[74].

74 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 100.

PROPOSITI DI RIFORMA DELLA LEGGE SPAGNOLA SULL'ABORTO

Leticia Teresa Hernández Martínez

EL INICIO DE LA VIDA: INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis del marco normativo existente. 3. Derecho a decidir. Consentimiento informado de la mujer. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. A lo largo de la reproductiva de la mujer, ésta se ve o puede verse inmersa en la toma de decisiones de un enorme calado, partiendo del hecho contrastado que, en concreto, al enfrentarse a la decisión de interrumpir su embarazo, es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal, máxime si se tiene en cuenta que, llegado ese momento, no todas las mujeres se encuentran en la misma situación ni siempre concurren en ellas las mismas circunstancias personales, familiares, sociales, económicas y otras, de distinta índole.

Consciente de la importancia de que la mujer, como sujeto responsable, independiente y con capacidad, (mientras no se pruebe lo contrario), para tomar decisiones en los distintos campos de su vida, en un momento tan decisivo como éste, tiene que estar correctamente informada para prestar de forma libre, consciente y voluntaria su consentimiento, en el presente trabajo se analizará, si, en la Legislación existente sobre esta materia, esto es, si tanto en la actual *Ley* Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo como en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazada de 20 de diciembre de 2013, quedan suficientemente garantizados y salvaguardados los derechos de la mujer, revisando para ello, las distintas medidas o acciones que, a tales efectos, se arbitran en dichos cuadros normativos.

Igualmente, será inexcusable aludir a la figura del consentimiento informado y a las especiales cualidades que deberían concurrir en los profesionales informantes que, a juzgar por el tenor de los mencionados textos legales, deben acompañar a la mujer antes y después de la toma de su decisión para constatar si los mecanismos que aquellos anuncian , redundan o no en el debido respeto a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad y a los derechos humanos que le son inherentes en un entorno que garantice, en todo caso, la intimidad y confidencialidad que, sin duda, merece.

Y todo ello, con la finalidad principal de dar respuesta a la interrogante sobre si, en esta materia, existe o no una correlación entre los deseos de nuestros Legisladores por una parte, y la practica asistencial diaria por otra, constatando, de esta manera, si existe un marco sociosanitario adecuado y deseable para hacerlos valer.

Asi, se aborda esta temática bajo un doble punto de vista, a saber:

-¿Cuál es el papel nuestros Legisladores y Poderes Públicos patrios?

-¿Cuál es el papel de la mujer?

2. Se parte de la premisa recogida en la Exposición de Motivos de la actualmente en vigor, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuando dice:

«[…] La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada».

«[…] Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir *asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer».*

En términos parecidos, aunque mucho más restrictivos, se reconoce esta necesidad de información y correlativo consentimiento de la mujer en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazada de 20 de diciembre de 2013, al establecer que, *«Con carácter general, ningún aborto puede ser llevado a cabo sin el consentimiento de la mujer»*

«[…] pues, entonces, no solamente se atenta contra la vida del no nacido, sino que también entran en juego otros bienes e intereses jurídicos de primer orden, como son la integridad física de la mujer».

Igualmente, es preciso mencionar que el Estado Español asumió tras la ratificación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, la obligación de respetar «*el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente*

y de manera responsable el número de hijos que quieren tener […] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», así como a que *«[…] mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás»* .

Y es que, a veces, se olvida que, en estas situaciones, no es que no haya derechos, constituyéndose en premisa aceptar las decisiones de estas personas, y ayudarles, en todo caso, a su autoconstrucción, dándoles o reconociéndoles autonomía en situaciones en la que aquellas la tienen más limitada y con ello, hacer efectivo el propio tenor de su articulado al reconocer «[…] *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas».*

En todos los casos, *«La protección de este ámbito de autonomía personal […]»,* constituye pues, una clara manifestación no sólo de respeto a la autodeterminación de la mujer sino al de la dignidad y a su derecho a la intimidad, consagrados también en el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, como principios básicos que deben orientar toda actuación asistencial.

Asimismo, tanto la actual Ley Orgánica 2/2010 como el Anteproyecto de 2013, coinciden en la necesidad de que, por parte de la Administración, y, con carácter previo a la toma de diciciones, se haya informado a la mujer embarazada sobre *«*[…] *a) Las ayudas públicas disponibles y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento, c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro, d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo».*

Ambas aseguran además, la efectividad de una interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos permitidos, mediante su incorporación a la cartera común básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, procurando la cobertura en tiempo de esta prestación por dicho Sistema, a través de servicios propios o concertados, con las garantías de calidad y seguridad del paciente establecidas por la normativa reguladora de la precitada cartera de servicios.

La respuesta de nuestros Legisladores y demás Poderes Públicos, sobre el papel es, de esta suerte, impecable, y es que, aunque redactados bajo el umbral de ideologías políticas de muy distinto signo, y por ende, bajo concepciones muy diferentes, se reconoce a la mujer además de los derechos arriba anunciados, la necesidad de que la toma de sus decisiones, vaya precedida de un correcto proceso de información detallada, que se extenderá en el tiempo después de haberla hecho efectiva en un marco adecuado.

Sin embargo, en la práctica asistencial diaria, se observan importantes fallos, constituyendo una cruda realidad el hecho de que la mujer (mayoritariamente joven, extranjera… y ajena a los «cambios políticos de ideologías distintas») acude al centro público o privado de que se trate con su «decisión ya tomada» convirtiéndose en simple receptora en los espacios hospitalarios destinados a oficinas de atención al paciente, (reducidos y, en ningún caso, preparados para salvaguardar la confidencialidad debida) de un «sobre cerrado» lleno de literatura que anuncia de forma aséptica e impersonal, ayudas y subvenciones que, en el peor de los casos, no pueden hacerse efectivas en épocas de crisis como la actual.

Lo triste es que el incumplimiento parcial de las previsiones legales se evidencia pues, desde el momento mismo en que la mujer, al enfrentarse a la tesitura de tener que tomar una decisión de tanta relevancia para su vida, no se ve realmente asistida a lo largo del proceso por todos los profesionales a los que la ley alude y que la preocupación del Sistema, con posterioridad, a esa decisión de interrupción de su embarazo no va más allá, como ya se ha dicho, de procurarle el centro público o privado concertado donde llevarlo a cabo.

Así las cosas, todo apunta a que los designios de nuestros Legisladores parecen no cumplirse en la práctica clínica habitual, en perjuicio de la parte más débil y digna de protección.

3. Al examinar qué papel tiene la mujer en todo este proceso, sin duda debemos centrar la atención en examinar cómo es o, mejor cómo debería ser esa información previa a su consentimiento, cuales son las cualidades que deberían concurrir en el agente o agentes sanitarios responsables de darla, y cual debe ser el marco en el que debería procurarse.

La cuestión que se plantea, nuevamente es si, en la práctica diaria asistencial, se cumple y se contribuye a reforzar este reconocimiento de los derechos de las mujeres capaces de decidir libres y conscientes, articulado a través de la figura del consentimiento informado.

La *Ley* Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce en su artículo 17 el derecho que tiene la mujer a una « *Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo»*, estableciendo que,

«[…] 4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita».

Y todo ello, partiendo de la regla general recogida en la actual Ley vigente, y, aunque de forma mucho más difuminada, también en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazada de 20 de diciembre de 2013, de que toda mujer es capaz de decidir, previa información adecuada, mientras no se demuestre lo contrario (en virtud de la llamada presunción de capacidad).

Sólo ella es quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica, siempre y cuando su capacidad de discernimiento se lo permita en un marco deseable.

Constituyen excepciones a ese ejercicio pleno del derecho de autodeterminación y a la libertad para decidir que, las mujeres, tienen sobre su cuerpo, su salud y, en definitiva, sobre su vida, los supuestos legalmente previstos de otorgamiento del consentimiento informado por sustitución, cuya relevancia determinan que sean objeto de estudio aparte, motivados por la falta de capacidad legal o natural de la mujer embarazada, sin olvidar que el tenor del artículo 9.5 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, es claro cuando dispone que, «*la prestación del consentimiento por representación tiene que ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal»*.

El consentimiento informado que debe prestar la mujer debe concebirse pues, como un proceso de comunicación activa, directa, completa, veraz y comprensible por el que el profesional da la información y aquella, otorga su consentimiento, siempre en el marco de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, y donde *«lo importante es hacer de aquél, un*

instrumento para la realización de un principio esenciadísimo, cual es que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su infinita dignidad y, que esta información sea auténtica y humana en el sentido de acompañarla con el calor debido a algo tan trascendente como son las decisiones en las que pueda estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica de una persona».[1]

Se parte de la concepción de esta figura en su doble vertiente, como un medio idóneo para potenciar y mejorar el mutuo diálogo entre profesional y la mujer que acude a la consulta, devolviendo, por un lado a esa relación médico-paciente, su original significado de relación de confianza y, por otro, a la constatación de que aquella no sólo cuenta con obligaciones (sujeto pasivo que asiente) sino que es titular de derechos.

Y es que es una realidad que, para una correcta aplicación práctica de la esta normativa antes mencionada, y más específicamente, para valorar en su justa dimensión el respeto a la autonomía y a la dignidad de la mujer a la hora de tomar decisiones, la práctica asistencial, pese a las muchas dificultades diarias a las que se enfrentan los profesionales (enorme presión asistencial, falta de recursos materiales, de formación, de concienciación…), debería pasar por propiciar un adecuado diálogo con aquella.

Diálogo enmarcado hoy , afortunadamente, en un entorno asociado a un cambio de actitud entre los profesionales de la sanidad, que, apoyados por distintos cuerpos legales de corte más progresista, han pasado de una conducta basada en el principio de beneficencia, (donde la paciente se entregaba sin más a los conocimientos del profesional propios de un claro paternalismo médico de *«todo para el paciente pero sin el paciente»*), a una relación horizontal, fundamentada, ahora, en el principio de autonomía de la voluntad, adquiriendo la mujer un enorme protagonismo en la toma de todo tipo decisiones que le afectan y donde la obligación de nuestros profesionales no sólo es la correcta prestación de las técnicas, sino también el cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, en el ámbito de sus competencias o especialidad, como integrantes de la *lex artis,* es decir, como un acto clínico más.

Teniendo en cuenta además que, una información aséptica e impersonal, que no plantee alternativas y deje la decisión totalmente en manos de la mujer aplicando a ultranza el principio de autonomía, puede incluso rozar la mala praxis y conducirá probablemente a soluciones, a menudo, no deseables para aquella.

Con todo, llama poderosamente la atención que, ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, dediquen expresamente un apartado a describir

1 J.C. Galán Cortés, *Responsabilidad Médica y Consentimiento informado*, Madrid, 2001.

la importancia que cobra el hecho de que concurran especiales «aptitudes» en los distintos responsables encargados de dar la información, dado que son los que rodean a la mujer en un momento tan importante para ella, como destinataria de esa información *precisa, verbal, amplia y* personalizada y que, también deberían predicarse de los encargados de trasladarle la pertinente (actualizada…) sobre las ayudas, subvenciones y apoyos reales disponibles a que tienen derecho.

De esta manera, junto a la necesidad de ser buenos «diagnosticadores», deberían potenciarse como otros atributos imprescindibles de estos profesionales siempre y, en todo caso, el de la aptitud de respeto, respeto, la tolerancia, la compasión, el acercamiento, la capacidad para escuchar sin juzgar, la capacidad de entender motivaciones no expresadas verbalmente por el paciente, la de guardar silencio, persuadiendo, en su caso, e involucrar sin coaccionar, asumiendo que, el consentimiento ha de ser prestado por personas legas en materia médica, que habrán de ser previamente «informadas», para hacer una realidad el que puedan adoptar una decisión libre y consciente, después de constatar que también es una realidad que la manera cómo se presente la información tiene una influencia decisiva en la resolución final.

El buen profesional deberá ser capaz de «compartir» la decisión con la mujer, informándose primero de todo aquello que le permita saber más sobre ella, sus valores o preferencias, para después aconsejar o incluso persuadir, sin llegar nunca a coaccionar, respetando siempre su autonomía moral.

Sólo así los dictados de la ley se entenderían realmente cumplidos. Sólo así sería una un hecho «*la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención en un ámbito libre de prestación*».

Todo ello sin embargo «choca» con la práctica de la medicina actual «deshumanizada e impersonal» (aunque, por fortuna, no en todos los casos) de la que se quejan habitualmente los pacientes y que sufren, en particular, las mujeres, en un momento tan decisivo como el que nos ocupa.

Lo expuesto no es incompatible con que y, siguiendo los designios de los textos legales antes mencionados, queden reconocidos el derecho de los profesionales sanitarios, por cuenta propia o ajena, a abstenerse, por razones de conciencia, de participar o colaborar en la interrupción voluntaria del embarazo, tras comenzar a prestar sus servicios en un centro o establecimiento médico, público o privado, acreditado para la interrupción voluntaria del embarazo, siempre que manifiesten objeción, anticipadamente y por escrito. Con todo, también en estos casos, de seguir los dictados legales y éticos del buen profesional al que venimos refiriéndonos, dicha circunstancia no debería ser excusa para «dejar a su suerte a la mujer» sino que debería pasar por, en primera instancia, avanzar una información adecuada, personal e individualizada dada su relevancia, acompañándola en esta parte del proceso.

Conviene resaltar que, en todo caso, dicha información debe ser completa, adaptada a las necesidades de comprensión de la mujer que ha de tomar una decisión, clara y suficiente para orientarle en la adopción de aquella, sin lenguaje «*altamente técnico o académico (fundamentado en criterios de autoridad, infantilizándola), con un léxico corriente*»[2] compatibilizando el adecuado respeto con la «capacidad psicológica de la paciente» a efectos de evitar que resulte abrumadora, «*respetando su propia idiosincrasia y peculiaridad y encontrando el punto de equilibrio*»[3] entendiéndola como un proceso gradual de diálogo entre el profesional facultativo y la mujer, necesario para que ésta pueda ir tomando y consintiendo decisiones.

De nuevo, los cambios de ideologías y de signo político (pese a ser actos tan íntimos de la persona) se extienden, en esta materia, a la propia redacción de la constatación por escrito del documento de consentimiento informado, hasta el extremo que, de su lectura, parecen estar describiéndose dos procedimientos distintos de interrupción voluntaria del embarazo, según el signo político imperante en el momento.

Así las cosas, en la confección de dicho documento de consentimiento informado, se debería evitar absolutamente «*la inclusión de cláusulas abusivas, intimidatorias o de exoneración de responsabilidad […]*» [4] primando, ante todo, que fuera de naturaleza específica, describiendo los riesgos, las consecuencias, y, en lógica armonía con el escrupuloso respeto a la libre voluntad y autodeterminación de la paciente, « *determinando, si existen o no alternativas a la actuación sanitaria posibles y ad hoc*» [5], es decir, a ser posible con una redacción expresa y específica para cada caso.

Se concluye con un suspenso, dicho con el máximo de los respetos, para nuestros poderes públicos, (cualquiera que sea el corte conservador o progresista que abanderen), dado que, en la práctica, no han arbitrado (o sólo en parte), herramientas eficaces y desplegado medios humanos y materiales para garantizar y favorecer la accesibilidad de los apoyos, ayudas y subvenciones anunciada por la Legislación analizada, facilitándolas, en función de las necesidades reales, y en todos los casos que sea necesario, mediante el establecimiento de mecanismos y actuaciones que posibiliten

2 X. Abell Lluch, *El Derecho de Información sanitaria*, *Diario La Ley*, n. 5698, 1-18.

3 Je. Sánchez-Carro, Ja. Sánchez-Caro, *Consentimiento informado en psiquiatría*, Madrid, 2002, 28.

4 J.C. Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado…*, *op. cit*.,146.

5 M.P. Sánchez González, *Función y desnaturalización de los Protocolos de consentimiento informado, Revista jurídica del Nnotariado*, n.65, 2008, 314-342.

un seguimiento efectivo y adecuado, demostrativo de una preocupación real por el estado físico y emocional de la mujer.

4. – Es injustificado que la mujer, al enfrentarse a la toma de una decisión tan relevante para su vida como la de la interrupción voluntaria de su embarazo, sea victima constante del cambio de regulaciones normativas y, en consecuencia, sometida además, a los envites de cambios políticos con ideologías de distinto signo.

- Que el proceso de información y los demás derechos a que se refieren nuestras leyes, fallan se pone de manifiesto cuando, todavía hoy, se utiliza el aborto como un medio anticonceptivo de forma, a veces, muy reiterada. No existe pues una correlación entre los designios de nuestros Legisladores patrios y la práctica asistencial diaria.

- Pese a que los poderes públicos deben facilitar las condiciones para que se adopten decisiones de forma libre y responsable, poniendo (cuando lo precisen) servicios de atención sanitaria, asesoramiento e información, lo cierto y verdad es que no existe un marco deseable para procurar el respeto debido a este ámbito de autonomía personal de singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos.

- Se constata pues, la necesidad de que sean las propias instituciones sanitarias quienes, en el ejercicio del poder de dirección, asuman, en esta materia, una responsabilidad directa, debiendo velar por la implementación y utilización de protocolos y guías que identifiquen a los responsables (a ser posible con perfiles concretos) tanto de proporcionar esa información asistencial, como de procurar que sea efectivo un seguimiento y que, todo ello, se produzca en un entorno adecuado libre de presiones.

- En el apartado formación de profesionales de la salud, se echa de menos una labor de «humanización y acompañamiento» de la mujer a lo largo de todo el proceso.

- Es necesario que los profesionales sanitarios reciban formación de base para mejorar su proceso de comunicación con la mujer sobre conceptos básicos como el consentimiento informado, de qué manera gestionar situaciones de dudas y conflicto, cómo comunicar informaciones extremas, cómo acompañarla sin prejuzgar, cómo realizar valoraciones de capacidad para conseguir que el proceso culmine de forma armónica y equilibrada ponderando las situaciones y casuísticas tan variadas que pueden concurrir en la mujer en un momento tan decisivo en su vida.

- Junto a la cualidad de «buen diagnosticador y tratador», deberían potenciarse como atributos imprescindibles de los profesionales sanitarios

que atienden a la mujer aptitudes tales como el respeto, la tolerancia, la capacidad para escuchar sin juzgar, entender motivaciones no expresadas verbalmente por el paciente, guardar silencio, persuadir sin coaccionar, saber involucrar e implicarse en las decisiones de aquella para, en definitiva, acompañarla a lo largo de todo su proceso.

5. *Bibliografia*

Amaya Rico, V., *El deber médico de información: un derecho humano fundamental*, La Ley, T.I. 2002, 1831 y 1832.

Aventosa Del Río, J., *El derecho a la autonomía de los pacientes*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo, T.I, 173 – 205.

Berrocal Lanzarot, A.I. – Abellán Salort, J.C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Madrid, 2009.

Cantero Martínez, M.J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Albacete, 2005.

Cervilla Garzón, M.D., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, en Actualidad Civil. T. I. 2003, 311 – 326.

Costas Lozoya, J.A. – Piñero Vidal, J.L., *Curso de Consentimiento Informado en la Práctica clínica*. Vigo. Fundación de Estudios y Formación Sanitaria 2000.

Domínguez Luelmo A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed, Valladolid, 2007.

Fraga Mandian, A. – Llamas Meilan, M.M., *El consentimiento informado. (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*, Edit. Revista Jurídica Galega, 1999.

Galán Cortés J.C., *Responsabilidad Médica y Consentimiento informado*, 1ª ed., Madrid, 2001.

Gallego Riestra, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Navarra, 2009.

Romero Coloma, A.M., *El derecho español ante la relación médico-paciente. Deber de información y consentimiento*, La Ley, T.4, 1996, 1251.

Sanchez-Calero Arribas, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Valencia, 2005

Sánchez-Caro J. – Abellán F., *Derechos y deberes de los pacientes*, 1ª Ed., Granada, 2003

Simon Lorda P., *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, 1ª ed., Madrid, 2000.

Vicandi Martínez A., *El Derecho a la Información. Un campo de batalla entre la Medicina y el Derecho*, Revista Derecho y Salud, vol. 22, n. 2, 2012, 39-78.

María I. Hellín Martínez

CONSENTIMIENTO INFORMADO POR REPRESENTACIÓN EN EL ABORTO

Sumario: 1. El consentimiento informado como contenido esencial de la integridad personal. 2. El consentimiento informado por representación: régimen jurídico general. 3. Casuística: menores e incapaces. 4. Conclusiones.

1. El consentimiento informado no es una cuestión que afecte única y exclusivamente a la relación médico-paciente, aunque, sin duda, tiene su origen en la evolución que dicha relación ha sufrido con el transcurso del tiempo y que ha llevado a que el principio de autonomía del paciente haya devenido en el principio rector de la relación clínica.

El instituto del consentimiento informado se ha convertido en una garantía[1], en un instrumento de aseguramiento de la autonomía personal, lo que implica una carga constitucional enderezada a cumplir una función decisiva en la realización o garantía de los derechos del paciente, incluidos los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la libertad, la intimidad y la libertad religiosa, razón por la que considero preciso encadenar el consentimiento informado con el derecho fundamental a la integridad física, por entenderlos íntimamente vinculados y por concebir aquél como instrumento necesario para hacer efectivo éste, siendo importantísimo precisar el alcance del mismo. Con este objetivo hemos recurrido a las precisiones realizadas al respecto por nuestro Tribunal Constitucional, cuya doctrina ha hecho una interpretación restrictiva del derecho a la integridad en el ámbito de las actividades médicas, de forma que para recurrir en vía amparo ha de existir una lesión, es decir, es preciso que el tratamiento sin

1 Como señala A. Rovira, *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, I ed., Pamplona, 2007, 24-25, «el consentimiento informado no es un derecho fundamental, como a menudo se afirma por aquellos que confunden los medios con los fines. El consentimiento informado es una garantía, un procedimiento, una técnica, si se quiere incluso un principio que garantiza los derechos fundamentales del paciente en sus relaciones con la sanidad, asegurando que quede constancia cierta del conocimiento del afectado y de su aceptación de un tratamiento que afecta a su esfera mas íntima, a sus más elementales derechos».

consentimiento implique una intervención que lesione la integridad física de modo que « el análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el art. 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia; y, en relación con él, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» [2].

Y es que, como señala la STC 181/2000, de 29 de junio, la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación.

Se configura el consentimiento informado como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, con una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

Por otra parte, se considera que el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente superpuestos que el ejercicio de uno supone la previa correcta realización del otro, por lo que, si la información no es adecuada y completa, este hecho repercute en la prestación de un consentimiento viciado, ya que la decisión adoptada respecto de

2 La STC (Sala 2ª) núm. 37/2011, de 28 de Marzo, constituye el primer pronunciamiento constitucional en materia de consentimiento informado. Configura el instituto del consentimiento informado como un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, en consecuencia, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden verse concernidos como consecuencia de las actuaciones médicas y cuya omisión puede provocar la lesión del derecho a la integridad física, desarrollando en dicha Sentencia el contenido del derecho fundamental a la integridad física. Su importancia radica en considerar que la privación de información equivale a privar o limitar el derecho a consentir o rechazar una actuación médica concreta, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. En este sentido, AY. GUERRA VAQUERO, *Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, sobre consentimiento informado*, *Diario La Ley*, n. 8140, 2013,12 ss.

la actuación médica no es adoptada con el conocimiento necesario para el desarrollo de una voluntad plena y ello perturba el derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

No obstante, debe repararse en que no existe unanimidad respecto si el consentimiento informado es un derecho fundamental autónomo, si constituye una garantía que permite asegurar el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, si es una expresión del principio de autodeterminación personal frente a las actuaciones médicas o si es parte de la *lex artis* o un elemento del contrato entre médico y paciente.

Para algunos autores se trataría de un derecho fundamental autónomo, que encuentra su fundamento en el art. 10 de la Constitución, incluso el Tribunal Supremo en ocasiones lo califica como tal: «El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, una de las últimas aportaciones, consecuencia necesaria de los derechos a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia vida, y consecuencia de la auto disposición del propio cuerpo» [3].

Por otro lado, el TC lo configura como una garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: « […] un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental» [4].

Esta postura es mantenida por diversos autores, quienes piensan que es innecesario catalogar el consentimiento informado como derecho fundamental para otorgar una efectiva protección de los derechos de los pacientes[5]: «Consideramos, en primer lugar, que para una más efectiva protección de los derechos de los pacientes, no es preciso, ni jurídicamente posible crear un nuevo soporte jurídico, es decir, otro derecho fundamental denominado consentimiento informado, ya que en sí mismo no es un derecho, sino un procedimiento, un mecanismo. Descartemos, por tanto, la consideración del consentimiento informado como derecho fundamental, incluso como derecho constitucional, porque ello solo confunde y emborrona una

3 STS (Sala 1ª) núm. 3/2001, de 12 enero. En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 74/2001, de igual fecha.

4 STC (Sala 2ª) núm. 37/2011, de 28 de marzo.

5 A. Rovira, *Autonomía Personal…, ob. cit*., 109.

figura imprescindible para el disfrute de nuestros derechos en las situaciones más delicadas. Incluso esta tendencia a considerar como derecho fundamental autónomo a todo instituto necesario para su defensa, puede contribuir a la banalización de ambas categorías».

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo lo contempla como un elemento integrante de la *lex artis*[6] (entendiendo ésta como costumbre y experiencia en el desarrollo de las buenas prácticas médicas): «La jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 10 de mayo de 2006 y 6 de julio de 2007, entre las más recientes- ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y el requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma».

Lo que desde luego no es el consentimiento informado es un derecho fundamental. El carácter taxativo del catálogo de estos derechos que recoge nuestra Carta Magna no permite la inclusión de un nuevo derecho fundamental, y ello innegablemente determina su exclusión absoluta como tal derecho. A ello contribuye también de manera decisiva la definición introducida por la Ley 41/2002, que lo califica como un procedimiento en virtud del cual un paciente prestará su conformidad libre, voluntaria y consciente, siempre que disfrute del pleno uso de sus facultades, para que se le aplique una actuación médica, siempre que haya sido informado adecuadamente sobre el procedimiento a aplicarle, otras posibles alternativas, riesgos y consecuencias. Por todo ello considero que la naturaleza de este instituto se ajusta a la de un mecanismo o procedimiento para garantizar ciertos derechos constitucionales íntimamente vinculados al derecho fundamental a la integridad física y moral.

La doctrina del Tribunal Constitucional distingue una doble dimensión en el contenido del derecho fundamental a la integridad física: por un lado, protege a su titular frente a ataques dirigidos contra su cuerpo, tanto referidos al aspecto físico como al psíquico, y, por otro, prohíbe cualquier inter-

6 STS (Sala 1ª) 1024/2007, de 4 de abril.

vención sobre el mismo que no esté consentida. En este sentido la negativa del paciente voluntaria y libremente prestada es subsumible en el contenido normativo del art. 15 CE, independientemente de los motivos o razones en los que descanse la decisión adoptada: «Con relación al ámbito médico-asistencial, es precisamente aquí donde encuentra anclaje iusfundamental la exigencia del previo consentimiento informado del paciente a cualquier intervención o tratamiento sanitario, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. De este modo, cualquier intervención médica realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituirá, *prima facie*, su vulneración, amén de que la negativa a recibir o someterse a un tratamiento médico es en sí misma considerada, ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. Es decir, no necesita estar cualificada como manifestación de otro derecho fundamental, señaladamente alguno de los consagrados en el art. 16 CE, y todo ello con independencia, obviamente, de que además pueda estar amparada por cualquiera de ellos. En suma, la pura y simple negativa del individuo libremente manifestada tiene acomodo, como tal, en el contenido normativo del artículo 15 CE, sean cuales fueren las razones o motivos esgrimidos para ello» [7].

2. Es preciso hacer una breve referencia al instituto del consentimiento informado por representación en los derechos fundamentales personalísimos y tener en cuenta que cuando hablamos de éstos nos referimos, entre otras acepciones, a derechos públicos subjetivos estrechamente vinculados a cualidades o atributos de la personalidad e íntimamente unidos a la dignidad e individualidad del ser humano, con unas características que les son propias precisamente por esa vinculación que tienen con la persona, configurándolos como derechos innatos, porque corresponden a su titular desde su origen, nacen con la persona y pertenecen a ella por su sola condición de ser humana y, en consecuencia, resultan irrenunciables; imprescriptibles; necesarios, por cuanto no pueden faltarle a la persona, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las leyes; esenciales, ya que integran el contenido de la personalidad; inalienables, porque están fuera del comercio, no pueden venderse ni trasmitirse; *erga omnes*, porque se ejercen contra quienes los vulneren, no solo frente a los particulares sino también frente a los poderes públicos.

7 G. Arruelo Rodriguez, *La Naturaleza Constitucional de la Asistencia Sanitaria no Consentida, Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, n. 82, 53-82, 63.

Vinculando esos derechos personalísimos con el objeto del presente estudio, hemos de centrarnos, en correlación con los epígrafes anteriores, en el derecho a la integridad física y el consentimiento informado por representación.

Partiendo del principio general de que el consentimiento por representación está excluido en los derechos personalísimos[8], por la propia naturaleza de los mismos, no es discutible ni plantea ninguna duda que el titular de la garantía que representa el consentimiento informado es el propio paciente y de que es él quien ha de prestar su consentimiento para llevar a cabo un tratamiento sobre su persona. Sin embargo ello es objeto de puntualización porque no basta con prestar el consentimiento, sino que éste ha de ser eficaz, válido, por tanto ha de ser otorgado por persona que tenga capacidad para consentir.

Pero ¿qué ocurre cuando el paciente no puede prestar el consentimiento por falta de capacidad? En estos casos las previsiones legales al respecto nos hablan de consentimiento por representación y consentimiento por sustitución[9], siendo indiferente la terminología empleada dado que el instituto es el mismo, entendiendo por tanto que el consentimiento por representación es el que se realiza en nombre o sustitución del paciente y en virtud del cual un tercero va a tomar decisiones sobre nuestro propio cuerpo.

Respecto de la terminología a usar, ALBADALEJO, al tratar el tema de la representación legal, también hace referencia a si verdaderamente hablamos de representación o estaríamos ante otra figura, en virtud de la cual, y debido a diversos motivos, una persona con potestad sobre otra puede ejercer funciones de las que es titular ésta, reconociendo que «hay escasas posibilidades de hacer una teoría general útil»[10]. Entiende este autor que

8 A modo de ejemplo nuestro propio Código Civil, en su artículo 162.1º, al regular la representación legal de los hijos, excluye de la patria potestad de los padres el ejercicio de aquellos derechos personalísimos que el propio hijo, en función de su madurez y conforme a las leyes, pueda ejercitar por sí mismo.

9 Por un lado la Ley 41/2002, en su artículo 9 se refiere a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, mientras que la Ley 3/2009, en su art. 46 nos habla de consentimiento por sustitución.

10 M. Albadalejo, *Derecho Civil I: Introducción y parte general*, Vol. II, 9ª ed., Barcelona, 1985, 445. En el mismo sentido A. Dominguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica,* 2ª ed., Valladolid, 2007, 346, estima más acertada la expresión «sustitución», ya que «*la representación en sentido técnico jurídico tiene un significado muy preciso que nada tiene que ver con algunos de los supuestos que se regulan en este precepto, donde no hay representación, sino consentimiento otorgado por personas distintas del afectado por no poder éste prestarlo libre y voluntariamente*».

en el caso de «obrar por otro», cuando uno recibe facultades de un tercero para actuar en interés de éste, es cuando podemos hablar de representación genuina.

El Convenio de Oviedo[11] también se pronuncia al respecto disponiendo, en el art. 6, sobre protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, que en el caso de un menor o una persona mayor de edad no tenga capacidad para prestar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, señalando que la opinión del menor será tomada en consideración y que la misma será más concluyente en función de su edad y grado de madurez, y en cuanto a la persona mayor de edad determina que ésta deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

El art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,[12], dando cumplimiento a la vinculación jurídica derivada del citado Convenio, determina los supuestos en los que ha de prestarse el consentimiento por representación, erigiendo al médico responsable de la asistencia médica como elemento decisorio y determinante a la hora de precisar la capacidad del paciente para tomar decisiones, preceptuando que, en estos casos, el representante legal será quien preste el consentimiento, y ante la carencia de aquél, lo prestarán las personas vinculadas por motivos familiares o de hecho[13].

Igualmente el consentimiento se prestará por representación cuando el paciente esté incapacitado legalmente[14].

Para lo casos de menores de edad, carentes de capacidad intelectual y/o emocional para comprender el alcance de la intervención, de nuevo será el

---

11 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. El citado convenio es una iniciativa de primer orden, pues es la primera con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben, y en base a ello España elaboró y aprobó la Ley de Autonomía del Paciente.

12 En adelante, Ley de Autonomía del Paciente o LAP.

13 Sobre el otorgamiento del consentimiento por estas personas, A. Domingo Luelmo, *ob. cit.,* 346, estima que las mismas carecen de poder de representación por parte del afectado, «*apoderamiento que no cabría en ningún caso por tratarse de actos personalísimos*».

14 Los artículos 199 y ss. del Código Civil regulan el tema de la incapacitación judicial.

representante quien dé el consentimiento, si bien escuchará la opinión del menor si hubiese cumplido los doce años. El citado artículo rebaja la mayoría de edad sanitaria a los dieciséis años, y expresamente determina que cuando se trate de menores con dieciséis años cumplidos o emancipados no cabe prestar el consentimiento por representación , pero acuerda que los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta cuando la intervención médica conlleve un grave riesgo, cuando así lo estime el facultativo que preste la asistencia, erigiéndose nuevamente el médico como elemento decisorio para determinar que el consentimiento habrá de prestarse por representación.

Sin pretenderlo el legislador ha sembrado en el tema analizado una incertidumbre e inseguridad jurídica difícilmente salvables, como son, la de no precisar el alcance de la opinión del menor ni el alcance de la opinión de los padres cuando la intervención del menor emancipado o con dieciséis años cumplidos conlleve riesgo grave. De hecho no son escasas las situaciones que se han producido en la vida cotidiana, con un resultado trágico, sobre las que con posterioridad se han pronunciado los tribunales, siendo de destacar la doctrina del Tribunal Constitucional, vertida al respecto, en el sentido de que[15] «En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza –y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas– que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar».

Nos encontramos ante un tema muy complejo, parcamente resuelto por la ley y menos aun por la jurisprudencia vertida en supuestos relativos al mismo. Hemos de entender que esta situación trae causa de encontrarnos ante temas que generan criterios muy subjetivos, de forma que hay autores que consideran que el menor decide pese a que en ello le vaya la vida[16]. Por otro lado existen autores cuyo criterio[17] es luchar por salvaguardar la vida del menor, aun en contra de su propio criterio, cuando existen motivos terapéuticos que avalan su

15 STC (Pleno) 154/2002 de 18 de julio.

16 En este sentido M.J. Santos Moron, *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio*, *La Ley,* n.7, 2002, 1632-1638, 1634-1636, considera que debe reconocérsele al menor maduro (incluso por debajo de los 16 años) el derecho de rechazar tratamientos vitales cuando ello supone afrontar la propia muerte.

17 J. Dopico Gómez-Aller, *Problemas del consentimiento informado «por representación»*, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, Barcelona, n.22, 2010, 38-94, 74-76.

posibilidad de sobrevivir, todo ello con base en que un menor, *ex definitione,* es un sujeto sometido a protección estatal y es tarea del Estado proteger al menor y, en este caso, protegerle provisionalmente (hasta que alcance la plena autonomía), incluso de sus propias decisiones no terapéuticamente indicadas. Por más que hablemos de un menor maduro, la madurez del sujeto es fruto de una paulatina evolución que, en lo que se refiere a cuestiones tan relevantes como las decisiones al final de la vida, continúa su evolución incluso bastante más allá de la mayoría de edad legal, independientemente de que el Estado elimine toda limitación a la capacidad al alcanzarse la mayoría de edad del art. 12 CE, que implica, como regla general, la atribución de la plena capacidad de obrar[18].

La Constitución (art. 12) fijó en los 18 años la adquisición de la mayoría de edad, con todas sus consecuencias de orden subjetivo, tanto en el plano político como privado (capacidad de obrar plena). No obstante, la LAP ha equiparado a las personas entre 16 y 18 años a los capaces no incapacitados, a los que atribuye una capacidad de decisión acaso poco matizada. Probablemente sería razonable afinar más la normativa legal en este punto, retrasando la posibilidad de decisión médicamente no indicada de rechazo mortal del tratamiento hasta la plena capacidad que determina la mayoría de edad. Ni la maduración social ni la química cerebral de un sujeto de 16 años le suelen otorgar la madurez suficiente como para adoptar decisiones de este tipo. Permitir que un sujeto de entre 16 y 18 años pueda rechazar inmotivadamente un tratamiento cuando ello implica la muerte parece algo excesivo, pero el tenor literal del art. 9.3.c) LAP es taxativo: «Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación». Aparentemente, la única posibilidad de eludir el precepto es justificar que una persona de entre 16 y 18 años no es capaz de apreciar plenamente ni decidir con madurez suficiente (vertiente volitiva de la competencia) una decisión de esa trascendencia. Pero debe repetirse: aparentemente.

3. *En menores de edad*

Como hemos referido con anterioridad, la Ley de Autonomía del Paciente[19], distingue tres estadios para regular el instituto del consentimiento

18 Sobre el tema, P. DE LORA, *Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces*, en *Els drets humans a l'era de la globalització. Enrahonar: quaderns de filosofía*, Barcelona, n.40-41, 2008, 123-140,131.

19 Cfr. art. 9.3 LAP.

informado respecto de los menores, distinguiendo los casos de (i) menores que carezcan de capacidad intelectual y/o emocional para comprender el alcance de lo que supone la intervención, lo que determinará que el consentimiento lo preste su representante legal, pero (ii) escuchando su opinión para el caso de haber cumplido doce años o más, y (iii) entre los dieciséis y dieciocho años, a partir de los cuales el menor decide por sí mismo[20], sin embargo es posible concretar aún más, y deducir cuatro estadios, en función de la edad y la capacidad, para regular la prestación del consentimiento informado por los menores[21], *«[…] En primer lugar, el menor de doce años. El consentimiento será dado por su representante legal. En segundo lugar, el mayor de doce años y menor de dieciséis años que 'no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención' El consentimiento lo otorgará también, pero el menor deberá ser previamente escuchado. En tercer lugar, el mayor de doce años y menor de dieciséis años que pueda comprender la intervención. La Ley lo considera capaz de prestar el consentimiento. En cuarto y último lugar estaría el menor de edad mayor de dieciséis años. En este caso no cabe prestar el consentimiento por representación».*

De todos los estadios expuestos la mayor problemática la ha planteado el mayor de doce años y menor de dieciséis años que pueda comprender la intervención, y al que la Ley considera capaz de prestar el consentimiento.[22] En el tema sobre aborto de menores la precisión introducida por el artículo 13.4º que establece que *«en el caso de las mujeres de 16 y 17*

20 La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificó la Ley de Autonomía del Paciente, preceptuando que para la práctica del aborto a una menor de edad, mayor de dieciséis años, será ésta quién preste el consentimiento.

21 C. González Marsal, *Consentimiento Informado y aborto en España*, *Persona y Bioética,* ISSN 0123-3122, n.14, 2010, 41-42.

22 En este sentido, M.B. Andreu Martínez, *La interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010: Los supuestos en que se admite y la capacidad para consentir el aborto*, *Revista Jurídica de la Región de Murcia,* n.44, 2010, 164-165. Señala esta autora que «el reconocimiento de capacidad natural para consentir en el ámbito sanitario a partir de los 16 años no significa que por debajo de esta edad consientan siempre sus representantes legales. Como el propio artículo 9.3.c señala, esto solo ocurrirá en los casos en que el paciente menor de edad "no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". A contrario sensu, si el paciente es capaz emocional e intelectualmente de comprender el alcance de la intervención, a criterio del facultativo, consiente él mismo. Para ello, habrá que atender al concreto acto médico de que se trate [ ] y a la capacidad del menor para entender el alcance y las consecuencias derivadas de ese acto médico».

años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas», vino a «solventar», parte de la problemática existente con anterioridad en la que se exigía la mayoría de edad general (18 años) para solicitar una interrupción voluntaria del embarazo, frente al reconocimiento de capacidad natural para consentir en el ámbito sanitario previsto en el art. 9.3.c de la LAP (a partir de los 16 años), si bien ese ajuste cronológico, no ha resuelto la laguna legal preexistente, con los afectados que no han alcanzado la edad exigida pero sin embargo cuentan con la madurez suficiente para comprender el alcance y consecuencias de la interrupción pretendida (ej. menor de 16 años, que trabaja, que vive con su pareja, y todo ello con el consentimiento de los padres, pero que no está emancipada). Ya, en supuestos de menores de edad con 16 años cumplidos, cuando la edad para abortar se estipulaba en los 18 años, los tribunales se pronunciaron en innumerables ocasiones, haciendo prevalecer las condiciones de madurez de la menor por encima de su minoría de edad, como se reconoce en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, en el sentido de estimar de aplicación el artículo 162 del Código Civil, para excluir el consentimiento por representación en el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor que tenga suficientes condiciones de madurez, negando que haga falta el consentimiento de sus padres para la práctica de un aborto [23]. En la misma línea interpretativa se sucede otra sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. ochenta de Madrid, para resolver sobre la solicitud de autorización judicial, de una menor, que pretendía someterse a un aborto por concurrir causa de peligro para su salud psíquica, y en la que el juzgador, entrando a valorar la capacidad concurrente en la menor, entendió que, conforme a los informes emitidos por los especialistas en psiquiatría que la habían examinado, la menor ostentaba un alto nivel de madurez, autorizándola por ello a abortar [24]. Otra de las

23 SAP de Málaga, de 20 de abril de 2002 (AC 2002\507), en la que se dice que el consentimiento prestado por la menor para que la práctica de un aborto (que pese a tener los dieciséis años cumplidos, la sentencia está dictada cuando la mayoría de edad requerida eran los dieciocho años, por lo que se entiende aplicable, en la actualidad, a edades comprendidas entre los doce y los dieciséis, siempre que concurra capacidad del menor para comprender la intervención), es válido, dado que el artículo 144 del Código Penal no refiere nada en relación a la capacidad de la mujer que presta su consentimiento, debiendo, por ello, acudir a otras normas de aplicación, como lo es el artículo 162 del Código Civil, que excluye del ámbito de la representación legal el ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo cuando el mismo posee suficientes condiciones de madurez.

24 Sent. Juzg. 1ª Instancia núm. 80 de Madrid, de 1 de abril de 2008 (EDJ 2008\25331).

cuestiones que han generado confusión es la previsión del artículo 13.4º de que necesariamente debe de informarse a los representantes legales – como regla general – de la decisión de la mujer[25], si bien se prevén excepciones al deber de información cuando concurren determinadas circunstancias previstas en el apartado cuarto del artículo 13 de la LO 2/2010. No obstante, la citada ley también tiene aspectos positivos destacables como el de regular, de forma exhaustiva, toda la información previa que debe presidir la prestación del consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo[26].

En incapacitados: Naturales y judiciales.

La Ley de Autonomía del Paciente dispone que cuando el paciente esté incapacitado legalmente, o no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación, el consentimiento será otorgado por representación, a través de su representante legal y si careciera de éste, lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho[27]. Si bien la doctrina no ha sido pacífica al respecto, por entender que concurren circunstancias, como por ejemplo el deseo del tutor de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo de una incapaz, donde se han alzado autores que estiman, si en estos supuestos es posible suplir el consentimiento de la incapaz, y de si ello no iría en contra del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución, pues aunque la legislación vigente estime que cabe el consentimiento expreso del representante legal como requisito necesario de la interrupción voluntaria del embarazo, hemos de comprender que la norma[28], en exceso genérica, debió contemplar expresamente, a criterio de esta autora, la necesidad

25 M.B. Andreu Martínez, *La interrupción voluntaria…*, *op.cit*.,169, entiende que el legislador parece desconocer el contenido del art. 9.3 de la LAP, al que el legislador remite en el párrafo inmediatamente anterior (el 13.3 de la LO 2/2010). Así mismo en la pág. 170 de la citada obra la autora refiere que aplicando lo previsto en el Informe 2/2009, del Grupo de Trabajo del Art, 29 de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos sobre derechos muy personales (ej. datos de salud), los niños pueden pedir a sus médicos que no comuniquen sus datos médicos a sus representantes legales.

26 Cfr. artículo 17 LO 2/ 2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

27 Artículo 9.3, Ley de Autonomía del Paciente y artículo 13 de la LO 2/2010, de 3 de marzo.

28 Artículo 13.3º LO 2/2010, de 3 de marzo.

de oír la opinión de la incapaz, como sí se estipula para los menores con doce años cumplidos, lo que permitiría, adecuar a lo dispuesto por Tribunal Constitucional, cuando resuelve que «*respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 C.E.), precepto este que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de la Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1971 ('El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos') [….] lo que este tribunal tiene que ponderar principalmente y en primer lugar [….] es la relativa a las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz*»[29].

Pese a la nueva redacción del artículo 13.3º de la LO 2/2010, que viene a llenar el vacío legal existente -en cuanto la anterior legislación no contemplaba el consentimiento informado por representación para la interrupción voluntaria del embarazo-, nos encontramos con otro vacío legal por cuanto el art. 17 de la LO 2/2010 tan solo habla de la información a la paciente, al igual que el artículo 10.1, de la ley de autonomía del paciente, no contemplándose la información al representante legal, y en el mismo sentido se pronuncia el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010, en cuyo artículo 7 se reitera nuevamente que *«en todos los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo […] con carácter inmediato y previo a la prestación del consentimiento por escrito, se habrá de informar a la mujer […] sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo*», por lo que informar al representante legal ¿no vulneraría la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal?[30], que considera datos especialmente protegidos los de carácter personal que hagan referencia a la salud, y sólo podrán ser objeto de tratamiento esos datos cuando sea necesario para salvaguardar el interés vital de aquella persona que esté

29 STC 215/1994, de 14 de julio, resolvió sobre un recurso de inconstitucionalidad planteado, en relación al artículo 428 del C.P. de 1973, donde se pronunció sobre el supuesto de esterilización de un incapaz, y fijando que toda actuación al respecto ha de llevarse a cabo «…tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz…».

30 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, artículo 7, apartado tercero y sexto in fine.

física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento, por lo que nos encontramos ante un tema parcamente regulado, que provoca grandes lagunas, sobre la validez del consentimiento prestado por un representante legal, o en su defecto, por un familiar de hecho o de derecho, en relación a una interrupción del embarazo de una incapaz, máxime cuando la afectada se oponga a ello. Por tanto cabe recordar la conveniencia ya sugerida por algún autor de tener que solicitar autorización judicial en los casos expuestos, con la sola finalidad de salvaguardar el interés del incapaz[31].

4. De la lectura de las páginas anteriores, y tras destacar los aspectos más relevantes de la garantía que supone el instituto del consentimiento informado, nos adentramos en la revisión del otorgamiento del consentimiento informado por representación y en la problemática del ejercicio que supone en supuestos en los que se ejercitan derechos personalísimos, y más concretamente cuando se trata de la práctica de un aborto a menores o incapaces.

Como se desprende del tenor literal de lo visto hasta el momento, hay cuestiones que no están resueltas, y para darles solución, lo más coherente es recurrir a los tribunales, dada la dificultad que plantea el ejercicio de los derechos personales por los representantes legales, y las situaciones de hecho que encontramos en la sociedad actual y el desuso en el que ha caído el instituto de la emancipación, y que sea una resolución judicial la que determine, en cada caso concreto, la procedencia o no de la interrupción del aborto pretendido.

En cuanto al tema de los incapaces, se hace necesario distinguir entre los supuestos de incapaz de hecho e incapacitado judicial. En los casos de personas mayores de edad incapacitados judicialmente habrá de estarse a la sentencia que determine la incapacidad y el alcance de la misma[32], de manera que, y a modo de ejemplo, si nos encontramos ante una enfermedad de carácter cíclico y éste es determinante de incapacitación, basada en la

31 J.J. Reyes Gallur, *Actitudes legales ante la situación de embarazo de un incapaz o de un menor de edad y su posible interrupción*, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación,* ISSN 1139-5168, n.17, 2002, 292-298.

32 Art. 210 del Código Civil que precisa que *«la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a a que haya de quedar sometido el incapacitado»*, deduciéndose de su contenido, que el Código distingue que entre la incapacidad absoluta sometida al régimen tutelar y la incapacidad relativa genérica, que antes afectaba solamente a los declarados pródigos, y ahora, en cambio, a todos los mayores de edad declarados incapaces, y que por imperio de una decisión judicial da lugar a la curatela.

existencia de ésta, el régimen de guarda puede y debe quedar adaptado a lo que las circunstancias concretas requieran, de forma que los intervalos lúcidos no impidan la incapacitación, pero sí que condicionan el régimen tuitivo[33], considerando en determinados casos, más procedente, no el de la tutela, destinado a la incapacidad absoluta, sino, el de la curatela, que se refiere a una incapacidad en su faceta de incapacidad relativa genérica, menos rigurosa, porque consiste en la asistencia del curador a su pupilo solamente para el otorgamiento de aquellos actos jurídicos que la sentencia hubiese establecido, exclusivamente, de manera que toda aquella situación sobrevenida -en el caso que nos ocupa, la interrupción del embarazo-, que no esté contemplada la intervención del tutor o curador en la resolución, deberá someterse a los tribunales, y el declarado incapaz deberá ser oído. En lo referente a las incapacidades de hecho, indiscutiblemente, deben ser los tribunales los que se pronuncien al respecto, máxime teniendo en cuenta el régimen dispuesto por la LAP, que por un lado dispone que sea el médico responsable de la asistencia quien determine sobre la capacidad circunstancial del afectado, y por otro que sea el representante legal o personas vinculadas al afectado por razones familiares o de hecho quienes presten el consentimiento, que resulta del todo punto improcedente jurídicamente, a tenor de lo ya referido anteriormente sobre la posibilidad de actuar por representación en el ejercicio de derechos personalísimos, sobre todo ante la envergadura del tema tratado, entendiendo que habrá de recurrirse a los juzgados en funciones de guardia cuando nos enfrentemos a situaciones que no admitan demora, a criterio médico, debiendo intervenir el médico forense, para instruir al juzgador sobre el alcance de la incapacidad sobrevenida y sobre la urgencia de la situación sobrevenida.

33 STS de 10 de febrero de 1986, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez, (RJ 1986520), que resuelve sobre el supuesto de *"una psicosis maniaco-depresiva con períodos de crisis, seguidos de largas fases de lucidez, estima más adecuado someter al enfermo a curatela que a tutela"*.

María Herrera Giménez

EL ABORTO POR PROBLEMAS PSICOLÓGICOS O ENFERMEDAD PSIQUIÁTRICA DE LA MADRE

Entendemos por concepto médico de aborto la interrupción del embarazo cuando el feto es aún incapaz de vivir fuera del claustro materno.

Dentro del aborto no punible, el artículo 417 bis del Código Penal, que fue introducido por la Ley Orgánica 9/85 del 2 de julio, despenalizó el aborto en determinados supuestos, siempre que sea realizado por un médico o bajo su dirección, exista consentimiento expreso de la mujer y se realice en un centro o establecimiento sanitario, público o privado, que haya sido acreditado al respecto.

Para ello deben concurrir una de tres circunstancias concretas, una de estas, la que nos atañe en este capítulo en concreto, es cuando el aborto es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y esto así conste en un dictamen, emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto[1].

Por tanto en esta definición entraría el concepto de aborto terapéutico, es decir, que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada.

Con el fin de proteger la vida del feto, que solo podría ser sacrificada cuando esté en conflicto con la vida de la madre, el legislador ha exigido la garantía de que el peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada sea efectivamente grave, lo que justificaría la interrupción del embarazo. En cada caso deberá intervenir un experto en aquella patología que signifique el peligro para la madre, por lo tanto dentro de la patología en salud mental será necesario el dictamen de un médico especialista en psiquiatría o de un psicólogo clínico.

Sólo así es posible una estimación correcta de los posibles estados patológicos en salud mental de la embarazada y la repercusión que el

1 J.A. Gisbert Calabuig, E. Villanueva Cañadas, *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª Edición, Barcelona.

embarazo puede significar como agravación o peligro para la salud y la vida de la mujer.

El dictamen médico valorará el estado evolutivo, las posibilidades terapéuticas, y el riesgo que la enfermedad significa, ponderando las ventajas y los inconvenientes de las distintas conductas médicas posibles. Por lo tanto se diagnóstica o pronostica si el embarazo o la crianza posterior representa un riesgo para la salud mental de la embarazada. De este modo vemos como debe tomarse en consideración tanto la situación actual de la mujer, como la situación futura que puede predecirse de manera razonable[2].

En lo relacionado con indicaciones derivadas de un eventual peligro para la salud psíquica de la embarazada son muy discutidas y no se consiguen encontrar exactamente en toda la nosología psiquiátrica. En determinados sectores sociales se realiza una crítica alegando que este punto representa un grave portillo abierto hacia la pseudo justificación del aborto llamado «social», es decir, el basado en condiciones socioeconómicas de la embarazada y no en verdaderas indicaciones médicas en relación a salud mental o psiquiatría[3].

Sin embargo, en otros sectores se entiende que para atender mejor las necesidades de la mujer en cuanto a la atención médica y garantizar su acceso a los servicios de aborto seguro, la interpretación de si el aborto sería legal por motivos de salud mental debe tomar en cuenta sus circunstancias socioeconómicas. Es decir, con esto vemos como los sistemas jurídicos han expresado cierta flexibilidad para reconocer que el embarazo puede dañar la salud mental de la mujer. Por ejemplo, la Ley sobre el Infanticidio de 1922 en Inglaterra fue la primera en admitir que la alteración mental postparto podía causar que la madre diera muerte a su bebé, asignándole a este delito una gravedad menor que la asignada al delito de homicidio.

Para esto se apoyan en las definiciones médicas de la salud mental, las cuales no se limitan a la enfermedad psiquiátrica extrema, ya que una afectación a la salud mental no debe ser forzosamente conceptuada, de forma estigmatizante, con lo que comúnmente entendemos por "locura" o "demencia", sino que su alcance ahora es mucho más amplio, pues se toma en cuenta el impacto de las circunstancias socioeconómicas de la mujer en su bienestar. Un trastorno mental puede caracterizarse como la angustia o los

2 R.J. Cook, A. Ortega-Ortiz, S. Romans, L.E. Ross, *La salud mental de la mujer como indicación para el aborto legal. Consideraciones éticas y legales en la salud reproductiva. International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 185, Elsevier, 2006.

3 M. Gurpegui, D. Jurado, *Complicaciones psiquiátricas del aborto. Cuadernos de Bioética*, XX, 2009/3- 381-392.

trastornos psicológicos, asociados con la pérdida de la integridad personal y autoestima, causados, por ejemplo, por un embarazo producto de una violación o de una relación incestuosa abusiva, o tal como ha reconocido el Comité de Derechos Humanos por el diagnóstico de discapacidad fetal severa como puede ser la anencefalia[4]. Algunos ordenamientos legales caracterizan el diagnóstico de discapacidad fetal severa como una causa autónoma para la práctica de un aborto legal. Sin embargo, en criterio del Comité de Derechos Humanos, la reacción que una mujer experimenta al conocer el diagnóstico de una enfermedad fetal severa es razón suficiente para considera que la práctica de la interrupción es posible basada sólo en la causal de salud mental.

En estudios recientes surgen evidencias que demuestran que existe cierta susceptibilidad femenina a padecer trastornos neuropsiquiátrico puesto que las hormonas reproductivas que determinan el sexo del feto también determinan la susceptibilidad a trastornos psiquiátricos basados en el sexo. Los efectos positivos y negativos del embarazo sobre la predisposición neuropsiquiátrica deben tenerse siempre en cuenta[5].

La definición de la salud adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye la salud mental y abarca una variedad de factores: la salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedad. Según la OMS existe evidencia de que los trastornos de salud mental son afectados por la condición socioeconómica y otros factores, tales como la urbanización y la pobreza.

Las circunstancias sociales también constituyen un factor relevante que puede determinar la opinión clínica, vertida de buena fé, respecto a que el embarazo representa una amenaza para la salud mental de la mujer. En algunas culturas, el embarazo de una mujer soltera la coloca bajo el temor razonable de ostracismo social y/o familiar, y reduce significativamente sus posibilidades de un matrimonio o de vida familiar futura. Esto también ocurre con un embarazo producto de una relación extramarital o, en algunas culturas, de relaciones inter-raciales o inter-religiosas. Es por esto que la OMS toma en la concepción de salud la susceptibilidad de incluir el bienestar mental y social.

La legislación vigente en distintos países incorpora una indicación basada en la salud mental para autorizar la práctica legal de un aborto. En estos países, sin embargo, aún persiste cierta falta de claridad para definir los cri-

4 K. Llontoy, *Human Rights Commottee 85 th Session. Case Nº CCPR/C/85/D/1153*. 2003.

5 PW. Kaplan, *Neurologic disease in women*, New York, 2ª edición, 2006.

terios de acceso a este tipo de servicios. Así vemos como las legislaciones que adoptan indicaciones legales para la práctica de un aborto basadas en la salud mental regularmente carecen de reglamentaciones adecuadas que permitan a los profesionales aplicar la norma de manera consistente.

En 24 países se permite el acceso legal al aborto seguro cuando la salud mental de la mujer se encuentra en peligro. La legislación aplicable en la mayoría de los países, en lo concerniente a las buenas prácticas médicas y a la operación de la indicación para el aborto basada en la salud mental de la mujer, sólo exige que los profesionales de la medicina emitan sus evaluaciones de buena fe, ajena a las ideologías o intereses individuales y bajo un criterio de credibilidad con bases objetivas y razonables[6].

La profesión médica tiene la responsabilidad ética de asegurar que los profesionales de la medicina provean un acceso equitativo a los servicios y cuidados que resulten lícitos.

En España el aborto es legal por motivos de salud mental, y la mayoría de las mujeres que buscan servicios de aborto, 97%-98%, obtienen el procedimiento bajo esta causa[7].

Las leyes que permiten el aborto por motivos de salud mental reconocen implícitamente que la continuación del embarazo puede afectar adversamente la salud mental de la mujer.

Los trastornos mentales abarcan la angustia o sufrimiento mental producidos por embarazos no deseados y la responsabilidad que implica el cuidado de los hijos o hijas, también incluye el conocimiento de serias anomalías fetales. En el momento de emitir un diagnóstico o pronóstico acerca de los riesgos a la salud mental asociados con el embarazo, el profesional de la medicina debe tener en cuenta los factores que predisponen a las pacientes hacia la angustia, como el historial personal o familiar de enfermedades mentales; factores que pueden precipitar la angustia mental, como el término de relaciones personales significativas, y los factores que pueden consolidar la angustia, como la formación educativa limitada y la marginación social. Algunas características de las pacientes, tales como la pobreza y la carencia de redes de apoyo social, pueden operar en ambos sentidos precipitando y consolidando la angustia clínica.

El modelo comúnmente utilizado para conceptualizar las causas de problemas mentales significativos es el modelo biopsicosocial descrito en

6 B. Reva, Siegel , *The new politics of abortion: an equality analisys of woman-protective abortion restrictions. Illinois Law Review*, 2007 (3): 991-1054. 2007

7 M. Uria, C. Mozquera, *Legal abortion in Spain after the 1985 law. Sociodemographic characteristics of womwn applying for abortion. European Journal of Epidemiology*, 15 (1): 59-161.1999.

1980 por el Dr. Engel[8]. Este modelo explica cómo el sufrimiento y las enfermedades se ven influidos por diferentes niveles de estructura biológica, desde el nivel genético-molecular hasta el nivel social[9].

Sin embargo, el médico especialista en psiquiatría al realizar la evaluación o exploración psicopatológica de la mujer es importante que tenga en cuenta que la capacidad de una mujer afectada por un trastorno grave de salud mental para producir su consentimiento respecto a la continuación o interrupción de un embarazo debe ser cuidadosamente evaluada, puesto que su decisión puede estar inducida por delirios o sentimientos persecutorios[10].

También debemos tener en cuenta como una indicación para el aborto basada en la salud mental la intención de suicidarse de la madre. De acuerdo con este criterio el médico tendría una obligación legal de prevenir que este daño finalmente ocurra. Existe un historial de suicidio en mujeres embarazadas, aunque la explicación ofrecida por algunas familias, como las caídas de determinada altura, pueden en realidad encubrir reacciones violentas de la propia familia frente a un embarazo percibido como una deshonra. A pesar de este historial, las amenazas de suicidio despiertan suspicacias, sobre todo ante la posibilidad de que las afecciones mentales sean simuladas con fines utilitarios o manipuladores[11]. Otra preocupación es que aunque las motivaciones suicidas genuinas de sus pacientes correctamente induzcan a los profesionales de la medicina a autorizar a un aborto, la creencia popular de que las mujeres embarazadas se encuentren predispuestas hacia un comportamiento irracional, emocional o autodestructivo las estigmatice como incapaces de tomar decisiones racionales. No obstante, es importante insistir en que cuando los médicos, en buena fé, temen que sus pacientes pondrán en peligro su propia vida, pueden autorizar un aborto de acuerdo con la indicación legal de salvaguardar la vida o prevenir un daño grave o permanente en la salud física.

Hasta qué punto los profesionales de la medicina deben tomar en cuenta los posibles efectos psicológicos, no sólo respecto al embarazo y el

---

8 G. Engel, *The clinical application of the biopsychosocial model*. *American Journal Psychiatry*. 1980; 137: 535-547.

9 F. Borrell- Carrio, A.L. Suchmann, R.M. Epstein, *The biopsychosocial moldel 25 year later: principles, practise and scientific inquiry*. *Annals Family Medicine*, 2004; 2. 576-582.

10 V.K. Burt, V. Hendrick, *Psychiatric assessment of the female patient*. In Hales RE, Yudofsky SC, Talbott JA (eds). *Textbook of psychiatry*. Tercera edición. Washington DC; 1999, 1429-1445.

11 E. Stengel, *Suicide and attempted suicide*, Harmondsworth, 1994.

parto, sino que del cuidado de los hijos, es una cuestión sujeta a valoración profesional.

Si bien los profesionales de la medicina, no están exentos de arribar a conclusiones arbitrarias, subjetivas o producto de su idiosincrasia, están obligados, al menos, a hacer el mayor esfuerzo posible para actuar, dentro de sus circunstancias, bajo estándares profesionales de evaluación.

Una evaluación clínica está constituida usualmente tanto por los síntomas actuales como previos de un trastorno mental en las pacientes, incluyendo información respecto del historial psiquiátrico, médico y de problemas familiares de la mujer. Así mismo, debe tenerse en cuenta las estrategias personales que la mujer ha puesto en práctica para enfrentar los problemas: por ejemplo, como ha enfrentado y tolerado las fuentes de estrés, particularmente en el último año, así como ha sido su funcionamiento integral de forma global. Los antecedentes sociales y laborales del historial de la paciente pueden relacionar la presencia de síntomas de salud mental a ciertos eventos de su vida. También debe prestarse atención a los valores morales de su comunidad socio-cultural, incluyendo sus creencias y sus prácticas religiosas, para así evaluar el impacto que estas circunstancias tienen sobre el estado mental, así como la posibilidad del conflicto entre sus valores culturales y la percepción de sus intereses.

La indicación de salud mental del aborto puede ser aplicada de acuerdo con las siguientes categorías operativas:

Tendencias suicidas agudas: el riesgo grave de suicidio es el criterio más claro para la interrupción legal de un embarazo basada en la salud mental de la mujer embarazada. Tradicionalmente, este riesgo se considera existente tanto si la paciente ha intentado hacerse daño a si misma como si tiene un plan específico en mente. El riesgo de suicidio, así considerado, satisfaría incluso la causal de peligro de muerte.

Enfermedad mental grave o crónica: como el trastorno depresivo, la esquizofrenia, el trastorno bipolar, entre otras. Este tipo de enfermedades o trastornos pueden limitar varias funciones sociales, incluso las relacionadas con la crianza. Cuando una mujer padece un trastorno mental grave, su capacidad para asumir la crianza debe ser evaluada conforme a la valoración que tenga la mujer respecto a dicha capacidad, para evitar actuaciones prejuiciosas o discriminatorias. Es decir, si una mujer que padece esquizofrenia encuentra muy angustiosa la continuación del embarazo porque supone que será incapaz de sobrellevar la crianza, y el tratamiento junto al apoyo psicoterapéutico no es suficiente para sostener su angustia psicótica, la interrupción del embarazo estaría médica y legalmente indicada.

Las enfermedades mentales son diagnosticadas de acuerdo con la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud[12] y el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, publicados por la Asociación Americana de Psiquiatría[13]. En los casos de trastornos mentales diagnosticados, la continuación de un embarazo puede ser una contraindicación para recibir el tratamiento adecuado y razonable. Además, una suspensión repentina del tratamiento puede generar o incrementar los síntomas de la enfermedad produciendo, incluso, episodios psicóticos.

Resultados adversos para la salud mental en el futuro: este criterio señala que, para satisfacer la causal de salud para la interrupción de un embarazo, no es necesario que la mujer padezca un trastorno de salud mental crónico o grave o que tenga pensamientos suicidas; basta que existan razones para emitir un pronóstico en el sentido de que la salud mental de la mujer se verá negativamente afectada con la continuación de un embarazo, debido a la presencia de ciertos factores de riesgo.

12 World Health Organization (WHO). *The ICD-10 classification of mental and behavioural problems; clinical descriptions and diagnostic guidelines*, Ginebra, WHO, 1992.

13 American Psychiatry Association (APA). *Diagnostic and statical manual of mental disorders (DSM IV)*. Washington DC, APA, 1994.

María Belén Andreu Martínez

¿HACIA UNA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD?

Sumario: 1. Notas acerca de la capacidad de obrar de los menores de edad en Derecho español. 2. La interrupción voluntaria del embarazo en menores como supuesto especialmente polémico. 3. Dos ejemplos «regresivos» en materia de capacidad del menor. 4. Conclusiones.

1. En España, la legislación reconoce desde hace décadas una cierta capacidad de obrar a los menores atendiendo a su edad y grado de madurez, especialmente en los ámbitos personal y familiar. Ya desde mediados del siglo pasado, se abandonó la idea presente en la doctrina desde la Codificación de que el menor era un incapaz hasta la mayoría de edad[1]. El artículo 162.2.1º Código civil (en adelante, CC) excluye de la representación legal de los padres (desde su redacción en 1981)[2] «*los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*». Conforme a este precepto, se entiende que el menor puede ejercitar los derechos de la personalidad por sí mismo desde que tenga suficiente madurez y, además, puede también realizar aquellos actos que la ley le permita por sí solo[3].

---

1 Gracias a las aportaciones realizadas por el insigne civilista F. De Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, T. II, Madrid, 1952 (reedición facsímil, Madrid, 1984),169 ss., con base en los antecedentes históricos y en la propia regulación del Código.

2 Acogiendo una propuesta del profesor Diez-Picazo, conforme a las consideraciones realizadas por De Castro (v. J. Castán Vázquez, *Comentario al artículo 162 CC*, en M. Albaladejo García, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol.II, Madrid, 1982,183 ss.).

3 El artículo 162.2.1º CC permite distintas interpretaciones; de manera que, partiendo de la letra del precepto, en la que se excluyen determinados actos de la representación legal, se ha llegado a una interpretación en la que dicho artículo sirve de base para todos aquellos supuestos en los que no es necesaria la mayoría de edad o emancipación para la válida realización de un acto. v. J. Delgaldo Echeverría, *La edad*, en Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil I, 2,* Madrid, 2004, 129 ss.; C. Martínez De Aguirre Y Aldaz, *La edad*, en P. De Pablo Contreras, (coord.), *Curso de Derecho civil I*, Madrid, 2008, 415 ss. y *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*, *Anuario de Derecho Civil*, II, 1992-II, 1444 ss.

Así, por ejemplo, en relación con estos últimos, la ley remite en ocasiones a la edad (12 años para consentir la adopción –art. 177.1 CC-; 14 años para otorgar testamento, salvo el ológrafo –arts. 663.1 y 688 CC-; 16 años para solicitar la emancipación –art. 317 CC-, etc.), otras a las condiciones de madurez (art. 3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen) para determinar cuándo una menor puede realizar un acto por sí mismo. También se tienen en cuenta la madurez y los usos sociales a la hora de admitir la validez de los actos corrientes de la vida ordinaria realizados por un menor (compra de material escolar, transporte, etc.), a pesar de que ninguna norma lo prevea expresamente[4].

En el caso del ejercicio de los derechos de la personalidad, como hemos señalado, podrán ser ejercitados por el propio menor desde que tenga suficiente juicio o capacidad natural. Algunas normas han precisado esta regla recogida en el artículo 162.2.1º CC: por ejemplo, para el ejercicio de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (art. 3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que remite a las condiciones de madurez del menor), o para el derecho a la protección de datos personales (art. 13 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que establece la edad de 14 años para prestar consentimiento en este ámbito). También, en relación con los derechos a la integridad física y psíquica, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (en adelante, LBAP), permite como regla general a los menores tomar decisiones por sí solos en el ámbito sanitario desde los 16 años y antes si es capaz de comprender «intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención»[5].

El criterio del reconocimiento de un ámbito propio de actuación al menor quedó confirmado, por otra parte, por la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM). Esta Ley, recogiendo construcciones doctrinales asentadas en el ámbito internacional en la materia, hacía referencia en su Preámbulo a que las transformaciones sociales y culturales en la sociedad han provocado un cambio en el status social del menor y en el enfoque del derecho a la protección de la infancia, consistente fundamentalmente en el «*reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos*». Gráficamente señalaba ya esta Ley en 1996 que el conocimiento científico actual «*permite concluir que no hay una diferencia tajante entre las*

4 Y de que el artículo 1263 CC establezca que no pueden prestar consentimiento contractual los menores de edad no emancipados.

5 Si bien, para determinados actos que pueden considerarse de especial trascendencia, algunas leyes alteran esta regla general, estableciendo criterios específicos en materia de capacidad (por ej., en materia de donación de órganos, tejidos humanos o gametos; cirugía transexual o esterilización; etc.).

necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos». Se destaca de esta manera la interrelación entre los dos criterios que pudieran entrar en conflicto en este ámbito, protección versus autonomía del menor. Señalaba, además, el Preámbulo que esta tendencia se ha visto reflejada en el ordenamiento español postconstitucional, que reconoce la condición de sujeto de derechos a los menores (por ej., a través del derecho a ser escuchado si tuviera suficiente juicio, que se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en relación con las cuestiones que les afectan); y, entre otras, en la LOPJM que refleja una concepción de los menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades. En esta línea, el artículo 2 LOPJM establece un criterio general de «interpretación restrictiva» en materia de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, que confirma precisamente lo que hasta aquí se ha venido diciendo.

En cualquier caso, y como se puede comprobar, no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico español que regule con carácter general la capacidad de obrar de los menores de edad, sino que lo que encontramos es un conjunto de preceptos cada vez más amplio en los que se hace referencia a la capacidad del menor, en algunos casos con carácter más general y, normalmente, para concederle la capacidad de actuar por sí mismo en concretos ámbitos, con remisión a los criterios de edad o madurez del menor o a ambos.

2. Sentadas las ideas anteriores y centrándonos en la cuestión del aborto, la posibilidad de que una menor de edad pueda tomar por sí sola la decisión de interrumpir su embarazo ha sido un tema enormemente polémico y sujeto a continuos cambios legislativos en el derecho español. Vamos a mencionar a continuación los diferentes cambios producidos y a analizar cuál es la regulación actual.

La primera norma que hizo referencia expresa a esta cuestión fue en el año 2002, en concreto, el artículo 9.4 LBAP (en su redacción previa a 5 de julio de 2010). Con anterioridad a esta Ley, se venían aplicando las reglas generales en materia de capacidad de menores, que habían permitido admitir, tanto doctrinal como jurisprudencial, la posibilidad de que una menor consintiera por sí sola la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE), siempre que tuviera suficiente capacidad de discernimiento para ello[6].

6 Entre otros, v. S. Romeo Malanda, *El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (y II)*, *Diario La Ley*, n. 5186,

Pues bien, el artículo 9.4 LBAP pretendió modificar esta práctica y excluir de la regla general de «madurez» a los 16 años (establecida en el art. 9.3 de esa misma Ley) al aborto, disponiendo que «*la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*». Y decimos que «pretendió» modificar, puesto que en la práctica, como inmediatamente se observará, esta norma solo generó gran confusión e inseguridad jurídica. A partir de este precepto, gran parte de la doctrina entendió que la IVE requería de la mayoría de edad (puesto que no existía regla especial de aplicación), de manera que en caso de tratarse de menores de edad el consentimiento lo prestaban los representantes legales[7]. No obstante, también se defendió que la referencia "a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad" contenida en el artículo 9.4 LBAP debía entenderse como una remisión a las reglas generales sobre capacidad de obrar (principalmente las contenidas en el CC y, en particular, el art. 162 CC), lo que implicaba la posibilidad de consentir la IVE por la menor de edad con capacidad natural[8].

2000, 1 ss., y la abundante doctrina tanto a favor como en contra allí citada. El propio Tribunal Constitucional español, en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, en la que se pronunció acerca de la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciertos supuestos, indicó que se trataba de una cuestión que la norma penal no preveía, por lo que podía aplicarse la regulación del derecho positivo sobre consentimiento de menores e incapacitadas.

7 Así interpretado, este criterio no tenía además precedente en ordenamiento español, puesto que aquéllas normas que exigen la mayoría de edad para consentir un determinado acto en el ámbito de la salud (por ej., donación de órganos, gametos, cirugía transexual, esterilización…), excluyen al mismo tiempo la representación legal para esos actos (al margen de que se trata de supuestos en los que normalmente no hay beneficio directo para el menor o en los que el legislador entiende que se puede esperar hasta la mayoría de edad); y, cuando se permite el consentimiento por el representante legal, se suele dar participación al propio menor desde que tuviera suficiente juicio o a partir de una determinada edad (por ej., para la participación en ensayos clínicos en los casos excepcionales en que lo permite el art. 7 del Real Decreto 223/2004).

8 En este sentido, entre otros, A. Dominguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2007, 368 ss.; M.A. Parra Lucán, *La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, *Ar. Civ.*, 2003-I, 1924 ss.; A. De Lama Aimà, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, 2006, 332 ss.; v., asimismo, M.B. ANDREU MARTÍNEZ, *La interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010: los supuestos en que se admite y la capacidad para consentir el aborto*, *Revista jurídica de la Región de Murcia,* n.

Este último criterio es el que finalmente se refleja, con algunas precisiones, en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LOSSRIVE), que viene a regular de manera integral esta materia, sacándola en lo esencial del Código Penal. La Ley pretende una actualización de las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva, estableciendo así una serie de criterios, acciones y medidas para la actuación de los poderes públicos y, en particular, en el ámbito sanitario y educativo (Título I). Ello como modo más efectivo de prevenir, especialmente entre los jóvenes, los embarazos no deseados y los abortos (Preámbulo, apdo. I). Junto a lo anterior, el título II se dedica específicamente a la regulación de la IVE, introduciendo junto al sistema de supuestos ya presente desde la reforma de 1985, el de plazos, al permitir la IVE a petición de la mujer dentro de las catorce primeras semanas de gestación (arts. 14 y 15, junto con ciertos requisitos en materia de información o plazo de reflexión).

Por lo que hace al tema que aquí nos ocupa, el artículo 13.3 LOSSRIVE establece, entre los requisitos necesarios para la realización de la IVE, que ésta se lleve a cabo «*con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*». Se realiza, por tanto, una remisión a las reglas generales sobre consentimiento de los menores de edad en el ámbito sanitario, que básicamente son las contenidas en su artículo 9.3.c)[9].

Conforme a lo establecido en este último precepto, y tal y como se ha indicado anteriormente, sería posible que una menor a partir de los 16 años pudiera consentir por sí misma la IVE, e incluso antes, si pudiera comprender emocional e intelectualmente el alcance de la intervención[10]. No obstante, el propio artículo 13 LOSSRIVE en su apartado 4, realiza algunas precisiones al respecto. Señala que en el caso de menores de 16 y 17 años el consentimiento les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Esta preci-

---

44, 2010, 16 ss. (puede consultarse en http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=155).

9 La LOSSRIVE deroga la referencia a la IVE contenida en el artículo 9.4 LBAP; precepto que, como se ha señalado anteriormente, pretendía excepcionar lo dispuesto en el art. 9.3 LBAP.

10 El artículo 9.3.c LBAP también establece que el menor tiene derecho a ser escuchado si tiene doce años cumplidos; así como la información a los padres de los menores a partir de 16 años, en casos de actuación de grave riesgo.

sión, como se puede comprobar, no es necesaria, puesto que la remisión al artículo 9.3.c) LBAP ya permite aplicar dicha regla, incluso por debajo de 16 años[11]. Donde sí añade algo es en relación con la información a los representantes legales, estableciendo que al menos uno de ellos deberá ser informado de la decisión de la menor, salvo en supuestos excepcionales (conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo)[12].

A la vista de lo anterior, se puede afirmar que la LOSSRIVE viene a continuar con el régimen en materia de capacidad para la práctica del aborto que era aplicable con anterioridad a la LBAP, incluso (no sin discusión doctrinal), tras la entrada en vigor de ésta última, es decir, el criterio de atender a la madurez de la menor, aplicándose eso sí una presunción de madurez a partir de la emancipación o los 16 años. Con ello, se viene a dotar de una mayor seguridad jurídica a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (a la vista de la confusa regulación instaurada en esta materia con el art. 9.4 LBAP), siendo éste uno de sus mayores logros.

---

11 Probablemente esta referencia sea fruto de la necesidad percibida por el legislador de dejar claro el régimen jurídico aplicable, a la vista de la regulación anterior y de la enorme polémica que se suscitó durante la tramitación de la Ley acerca de la posibilidad de que las menores consintieran por sí mismas (sin intervención de los representantes legales) la IVE. Por otra parte, la capacidad para decidir por sí misma de una menor por debajo de los 16 años en el ámbito de la IVE se reconoce en la práctica (véase el caso de menor de 14 años a la que el tribunal considera con suficiente madurez para decidir sobre la no interrupción de su embarazo, en contra de la opinión de los padres, en M.B. Andreu Martínez, *Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación?*, en *Diario La Ley*, n. 5675, 2012, 9).

12 El Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, desarrolla la previsión contenida en el art. 13.4.3 LOSSRIVE. Así, dispone en su art. 8 que «*la mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención*». Y precisa también que será «*el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo*» el que «*deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social*». Sobre el consentimiento de la menor de edad en la LO 2/2010, puede consultarse N. García Rivas, *El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida*, en D. Larios Risco, L. González García, F. De Montalvo Jääskeläinen, *Tratado de Derecho Sanitario*, V, II, Cizur Menor (Navarra), 2013, 289 ss.

3. El régimen que se acaba de describir en materia de IVE, se ha pretendido modificar a través del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada (de diciembre 2013). Se trata de un anteproyecto de ley que ha sido enormemente polémico (no en vano el Gobierno ha desistido finalmente en septiembre de 2014 de presentarlo para su tramitación parlamentaria como proyecto de ley). No obstante, merece la pena mencionar sus líneas maestras, ya que, aunque finalmente se haya abandonado la idea de continuar con su tramitación parlamentaria, se mantiene la intención de modificar al menos el régimen relativo al consentimiento de las menores de edad para practicar una IVE actualmente regulado en la LOSSRIVE.

Con el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada se pretendía, introduciendo de nuevo la regulación de la materia en el ámbito penal[13], eliminar la posibilidad de IVE a petición de la mujer dentro de un determinado plazo (14 semanas; sistema de plazos) y volver al denominado sistema de indicaciones, aunque más restrictivo que el establecido en la reforma de 1985. En efecto, en el año 1985 se despenalizó en España el aborto en determinados supuestos (indicación terapéutica -grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embaraza-; ética –embarazo derivado de un delito de violación-; y eugenésica –graves taras físicas o psíquicas en el feto-). En el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2013 la despenalización del aborto se limitaba a las indicaciones ética y terapéutica[14].

Respecto a la autonomía de la mujer, el Anteproyecto admitía la necesidad de tener en cuenta su voluntad, pero partía de una presunción de no madurez de las menores de edad para decidir sobre la IVE[15]. A partir

13 El Anteproyecto establecía la derogación de la LOSSRIVE.

14 Esta última sometida, además, a mayores controles o «limitaciones». Así, el propio Anteproyecto definía qué debía entenderse por «grave peligro para la vida o salud de la mujer», debiendo constatarse dicha situación por dos informes médicos (en lugar de uno, como requería la regulación instaurada en 1985), emitidos por especialistas de la patología que generaba el grave peligro para la mujer. Además, señalaba que en el caso de grave peligro para la salud psíquica de la mujer derivado de la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, sería necesario únicamente un informe médico, y otro que constatara la anomalía fetal. Pues bien, si se trataba de una anomalía fetal «incompatible con la vida», en realidad, no había en este caso un «bien jurídico» que proteger (la vida del nasciturus, tal y como señaló el TC español en su sentencia 53/1985, de 11 de abril), por lo que no se justificaba semejante regulación.

15 En el apartado IV de la Exposición de Motivos se señalaba que «*la mujer, con independencia de su edad, debe expresar su voluntad en la toma de decisiones*

de ahí se establecía un complejo sistema de complemento de capacidad por el titular de la patria potestad, tutor o curador, según la edad o capacidad de discernimiento de la mujer embarazada. Limitándonos al caso de las menores de edad, básicamente se disponía que a partir de los 16 años (sin emancipación), sería preciso el consentimiento expreso de la mujer y el asentimiento de los titulares de la patria potestad o del tutor. En el caso de menor por debajo de 16 años, además de su manifestación de voluntad, sería necesario el consentimiento expreso de los padres o del tutor. Por lo tanto, el Anteproyecto diferenciaba entre mayor o menor de 16 años, reconociéndole un mayor ámbito de autonomía a la primera, pero en cualquier caso se necesitaba un «complemento» de capacidad más o menos intenso. Por otro lado, se establecía la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial[16] para comprobar la suficiencia y validez del consentimiento prestado por la mujer cuando «serios motivos» impidieran o desaconsejaran consultar a los representantes legales[17] o cuando existiera una negativa de estos o una divergencia de opiniones con la embarazada.

Tal y como anunciara el Gobierno al retirar el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido (de diciembre de 2013), el grupo parlamentario popular presentó en el Congreso de los Diputados en febrero de 2015 una Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. En esta Proposición básicamente se pretende derogar el art. 13.4 LOSSRIVE (al que se ha hecho referencia en el apartado 2 de este trabajo y que permite a las menores de 16 y 17 años consentir por sí mismas la IVE, informándose al menos a uno de los representantes legales). Al mismo tiempo se propone la modificación del art. 9.4 LBAP para establecer que para la IVE de menores es necesario, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales (remitiendo la resolución de los posibles conflictos

que le afectan directamente. Pero, el ejercicio libre de la facultad de decidir y consentir requiere de una madurez que no puede ser presumida en el caso de mujeres menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada».

16 Nuevo, que creaba el propio Anteproyecto, introduciéndolo dentro de los procesos de capacidad regulados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

17 No daba ninguna pista el Anteproyecto sobre lo que debía considerarse como motivos serios para no consultar a los representantes legales, a diferencia de la regulación contenida en el art. 13.4.3 LOSSRIVE y su normativa de desarrollo, sobre los supuestos excepcionales en los que puede no informarse a los padres o tutor.

que surjan al CC). Por lo tanto, ya no se diferencia según la edad de la menor, y se extiende a todas las menores el régimen que se proponía en el anteproyecto de diciembre 2013 para las menores por debajo de 16 años (consentimiento expreso de los representantes legales y manifestación de voluntad de la menor).

Sorprende que una cuestión en principio técnica, como es la capacidad para consentir en el ámbito personal, pueda dar lugar a soluciones en principio tan dispares como las expuestas y en un período breve de tiempo. El anteproyecto de Ley Orgánica de diciembre 2013 (y ahora la Proposición de Ley Orgánica de febrero 2015) no llegaba a soluciones que consideramos completamente rechazables, como la que se pretendió implantar en el año 2002 con el artículo 9.4 LBAP, excluyendo la capacidad de decisión de la menor, que era sustituida por los representantes legales. Ahora bien, sí parte por principio de una presunción de no madurez de la menor y, por lo tanto, de que ésta pueda por sí sola decidir en algún supuesto sobre la IVE. Ello supone un claro retroceso en materia de autonomía del menor, en contra de la tendencia implantada en los últimos años en el ordenamiento jurídico español, siguiendo criterios internacionales, además de introducir una complejidad en la materia en gran parte innecesaria.

Un segundo ejemplo de «regresión» normativa en la regulación de la capacidad de obrar de los menores de edad podría constituirlo ciertos aspectos de la modificación legislativa prevista en materia de protección de la infancia (de abril de 2014), conformada por un Anteproyecto de Ley de Orgánica de Protección de la Infancia (dirigido a introducir modificaciones sustantivas y procesales en cuestiones que requieren el rango de Ley Orgánica al afectar a derechos fundamentales y libertades públicas) y un Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia[18]. La razón de ser de ambos anteproyectos estriba, según la Exposición de Motivos de ambas normas, en los importantes cambios sociales producidos desde la aprobación de la LOPJM en 1996, que inciden en la situación de los menores, y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, para dar

18 Esta Ley tiene como objeto mejorar la legislación española de protección de la infancia, para garantizar una protección uniforme en todo el territorio nacional. Para ello, se introducen modificaciones en diversas leyes, como la LOPJM, el CC, la Ley de Adopción Internacional, entre otras, incorporando, por ejemplo, unos deberes del menor o regulando la situación de los menores extranjeros en España, y sobre todo, se intenta realizar una importante modificación de las instituciones de protección de menores (guarda, acogimiento, adopción, situación de riesgo y declaración de desamparo…).

cumplimiento al artículo 39 CE[19] y a los tratados internacionales suscritos por España para la protección de menores.

Centrándonos, por lo que ahora nos interesa, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Infancia, éste introduce cambios en la LOPJM dirigidos a reforzar el principio del interés superior del menor, así como su derecho a ser oído y escuchado[20]. En relación con el primero, se desarrolla el contenido del principio del interés superior del menor, precisando los criterios a tener en cuenta para determinar dicho interés, su ponderación con otros elementos, así como las garantías procesales para garantizar el respecto a dicho principio[21]. Ahora bien, al incorporar estos aspectos al artículo 2 LOPJM, modifica también el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores que se establece en dicho precepto, que es sustituido por la siguiente referencia: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor*». No se justifica en el Anteproyecto dicho cambio, ni que tenga su base en los textos acerca de la interpretación y aplicación del principio del interés superior del menor a los que acude el Anteproyecto para la nueva regulación en la materia. Entre los criterios que se establecen en el Anteproyecto para determinar el interés superior del menor se encuentra la «*consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior*». Ahora bien, no es lo mismo partir como regla general de un principio de interpretación restrictiva de las

19 En el que se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los menores de edad.

20 Incorporando una regulación más detallada de este derecho fundamental del menor. También establece la posibilidad de recabar datos sobre el menor y la familia por parte de las Entidades públicas y el Ministerio Fiscal de otros organismos públicos (educativos, sanitarios, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado…), sin consentimiento de sus titulares, como mecanismo que permita una mejor adopción de decisiones en relación con los menores. Igualmente, se incorpora como novedad la regulación del ingreso en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, que requieren una solución específica a la vista de situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental.

21 Dando entrada, con ello, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre el tema y, sobre todo, lo dispuesto en la Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordial, del Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

limitaciones a la capacidad de obrar, que dar participación al menor en la determinación de su interés superior[22].

4. En los dos supuestos señalados en el apartado anterior, si bien se trata de previsiones de modificación legislativa que todavía tienen que ver la luz. Sí pueden poner de relieve una cierta tendencia legislativa a restringir la capacidad de obrar de los menores que se creía firmemente asentada en nuestro ordenamiento[23]. En el caso de la capacidad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de existir un gran componente técnico-jurídico, puede que predomine el aspecto ético ligado al aborto en el tratamiento del tema. Se trata, por ello, como se ha señalado en este trabajo, de una cuestión muy polémica y que está sujeta a continuos cambios legislativos en el ordenamiento jurídico español, que van desde la admisión de la capacidad de la menor para consentir desde que tuviera suficiente capacidad de discernimiento, hasta la exclusión de su capacidad de decisión al respecto antes de la mayoría de edad, pasando por distintas soluciones de «complemento» de capacidad antes de los 18 años (tal y como se hace en la última propuesta de reforma legislativa en la materia).

Ahora bien, lo que podría considerarse como un nuevo episodio en una materia, la del aborto, especialmente difícil por sus implicaciones éticas, puede sin embargo tomar otro cariz si las «limitaciones» a la capacidad de obrar de los menores se vierten en normas de más amplio calado. Como se

22 Al igual que ocurre con la regulación de la IVE, ambos Anteproyectos de Ley de Protección de la Infancia están tramitándose como Proyectos de Ley en el Congreso de los Diputados a fecha de corrección editorial de este trabajo. En el tema que aquí nos ocupa, de momento se ha llegado a una solución intermedia, puesto que se propone para el art. 2 LOPJM que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

23 En el ámbito doctrinal también podemos encontrar alguna llamada de atención en materia de capacidad de los menores en el ámbito sanitario. Así, por ej., F. De Montalvo Jääskeläinen, *La autonomía de voluntad del menor en el ámbito sanitario*, en M. Gascón Abellán, M.C. González Carrasco, J. Cantero Martínez, *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales,* Valencia, 2011, 437 ss., habla de la recepción descontextualizada que se ha hecho en nuestro ordenamiento de la figura del consentimiento informado y del menor maduro sin tener en cuenta el contexto familiar y social en el que se inserta y, en particular, el papel que cumple la familia en nuestra sociedad. Con ello, señala el autor que no pretende una posición absolutamente restrictiva respecto de la capacidad del menor, pero sí ahondar en que no se soslaye el papel que debe jugar la familia (en pro de una concepción individualista) en relación con los menores, sobre todo, en los casos difíciles.

ha señalado anteriormente en estas páginas, esto podría ocurrir si desaparece esa «interpretación restrictiva» de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (prevista en la LOPJM), en aras de una mayor protección del menor y de la primacía de su interés general.

No hay que olvidar que el reconocimiento de capacidad a los menores de edad en el ordenamiento español, en particular, por lo que ahora nos interesa, en el ejercicio de los derechos de la personalidad, cuenta con una sólida tradición en nuestro derecho (y en la doctrina civilista), que se vio reflejada en la reforma del Código civil del año 1981. Este reconocimiento ha tenido también su reflejo en el ámbito internacional, y posteriormente se ha incorporado a otras normas en materia de menores del ordenamiento jurídico español como la LOPJM. No hay que pensar, por tanto, que el reconocimiento de capacidad progresiva de decisión al menor se hace de espaldas a nuestro derecho y a nuestra tradición jurídica. Ello no impide, por otra parte, que eventualmente se pueda dar participación a los representantes legales en la toma de decisiones (en supuestos de especial trascendencia como señalados en este trabajo, aunque sean mayores de 16 años) o que, incluso reconociendo capacidad de decisión al menor, se deba excluir el papel de los representantes legales y, en particular de los padres (que, no olvidemos, siguen siendo titulares de la patria potestad), pudiendo reconocerles una participación en mayor o menor medida y según los casos (a través de la información, la posibilidad de opinar y ser escuchados y, en los casos de mayor trascendencia, que se pueda acudir a la autoridad judicial si hay divergencia de opiniones).

Mónica-Galdana Pérez Morales

VALORACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA EN SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL MOMENTO DEL NACIMIENTO

Sumario: 1. Introducción. 2. Reglas generales sobre carga de la prueba (art. 217 LEC). 3. Evolución jurisprudencial sobre *onnus probandi* en casos de negligencia médica. 3.1. Responsabilidad por culpa. Inversión de la carga de la prueba. 3.2. Facilidad probatoria o de acceso a los medios de prueba. 3.3. Regulación actual. 4. Valoración de la prueba en segunda instancia y en casación. 5. Especial consideración de la prueba pericial médica.

1. El objeto del presente estudio es determinar las principales consecuencias procesales de la falta de prueba en supuestos de daños a la mujer, al recién nacido o al feto durante las maniobras del parto y la asignación de a quién perjudica esta ausencia probatoria. Asimismo, se identifica quién tiene la carga de probar los hechos que justifican una acción para reclamar indemnización por negligencia médica.

Muy relacionada con lo anterior, se trata también la cuestión de la valoración de la prueba en segunda instancia y en casación, haciendo una consideración especial de la prueba pericial médica.

En el presente trabajo se exponen, en primer lugar, las reglas vigentes sobre la materia aludida. A diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior –contenida en los arts. 1214 y 1215 del Código Civil- que establecía solamente que el actor debe probar los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado los que la impidan, extingan o excluyan, la actual –fijada por el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)- añade a estas dos cargas unas precisiones por las que se permite al órgano decisor alterar estos criterios en determinados supuestos concretos.

Seguidamente, se expone la evolución en la interpretación jurisprudencial de las normas contenidas en el Código Civil que imponían el criterio subjetivo de la responsabilidad por culpa, hasta llegar a la interpretación actual que permite una inversión de la carga de la prueba asimilable, en cierta medida, a la responsabilidad objetiva o por riesgo en la realización de actos médicos dañosos.

A continuación, se trata la cuestión de cuáles son los límites a la valoración de la prueba en segunda instancia y casación. Esta nueva valora-

ción está legitimada, únicamente, cuando existe un error demostrable en la primera tasación judicial.

Por último -y dada la trascendencia que tiene la cuestión en el ámbito de los daños producidos en materia de actuaciones médicas- se hace un estudio más específico de las sucesivas valoraciones de la prueba pericial médica contenida en informes escritos.

2. El art. 217 LEC introduce las reglas sobre carga de la prueba en cualquier tipo de proceso civil. Según se dispone, si antes de dictar sentencia, el tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para su decisión, debe estimar la pretensión del actor o la del demandado según a cuál de ellos corresponda la carga de probar los hechos que fundamenten las pretensiones de cada uno.

Así, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y al demandado la de probar los que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica pretendida (arts. 217.1 y 2 LEC).

No obstante, el tribunal deberá tener presente cuál de las partes dispone de las fuentes de prueba o, en definitiva, posee mayores facilidades probatorias antes de aplicar las citadas reglas generales sobre la carga de la prueba (art. 217.7 LEC).

De lo afirmado se desprende que será la mujer la que, con carácter general, deberá probar la negligencia médica. Asimismo, a ella corresponde demostrar que entre la actuación y el daño existe una relación de causalidad. Por su parte, serán los profesionales de la medicina quienes, en su caso, deban probar aquellos hechos que justifiquen alguna razón por la cual se haya producido el daño sin que les sea imputable una actuación negligente.

Sin embargo, y con carácter excepcional, serán los miembros del personal médico quienes deban probar su diligencia siempre que –a juicio del órgano decisor- ellos sean los que posean mejor disponibilidad probatoria o a quienes les resulte más fácil demostrar una actuación correcta.

3. Como premisa inicial debe señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) es constante al establecer que la respuesta médica del personal sanitario no implica una obligación de resultado (conseguir el éxito de la intervención) sino de medios (poner toda la diligencia debida en las actuaciones médicas que realiza). Así, se considera que el profesional no puede garantizar el buen desarrollo de la intervención médica ni su resultado favorable puesto que actúa sobre una persona viva cuyo

organismo puede reaccionar, en función de su específica sensibilidad, de muy diversos modos imprevisibles para cualquier persona.

Esto significa que se considera que los sanitarios no están obligados a tener éxito en las actuaciones llevadas a cabo para que el parto vaya bien, sino a proporcionar a la gestante y a su descendiente todos los cuidados que se precisen en función de cuál sea el estado en que se encuentra la ciencia en el momento de la intervención «quedando descartada en la conducta de tales profesionales toda clase de responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para daños de otro origen» [1].

3.1. Antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, en el Código Civil se establecían unos criterios rígidos sobre carga de la prueba. No obstante, con ocasión de la resolución de casos concretos, el TS fue modulando éstos de forma paulatina para permitir una inversión de la carga probatoria en supuestos en los que el sanitario se comprometía a obtener un resultado concreto como, por ejemplo, en operaciones de estética, odontológicas o similares. Siendo así, si el paciente no lograba el resultado ofrecido por el profesional, era éste quién debía demostrar que su actuación no había sido negligente.

Al margen de lo dicho, se seguía manteniendo –como es lógico- que los profesionales médicos tienen libertad de elección entre distintas respuestas. Así, frente a un alumbramiento pueden optar entre parto vaginal o cesárea debiendo hacerlo de modo prioritario por la opción que estimen más beneficiosa primero para la mujer y, a continuación, para el feto.

Es necesario, por supuesto, que la respuesta escogida esté amparada por la ciencia médica o sea, al menos, susceptible de controversias científicas de acuerdo con los riesgos que existen intrínsecamente al parto. Su máxima debe ser siempre la integridad de las personas y la protección de su salud.

Cuando se ha de optar entre las dos posibilidades de parto debe tenerse en cuenta cuál de ellas es menos perjudicial en abstracto, pero sin obviar el cumplimiento en las formas y en el protocolo con las técnicas previstas

1 SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 20/03/2002, en la que se alude a la Doctrina reiterada del Tribunal Supremo en este sentido: SSTS 9/12/99; 29/06/99; 13/10/97; 9/12/98 que señalan que «la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, (con cita de SSTS 8/5/91; 20/2/92; 13/10/92; 2/2/93; 7/7/93)».

para cualquiera de ellas según se desprenda de la *lex artis* y del cuidado y precisión que se exigen dada la situación concreta, su naturaleza y sus circunstancias precisas[2].

3.2. La jurisprudencia continuó evolucionando hasta fijar la regla de que -en los casos en los que se demandaba al personal médico por negligencia en su actuar- debía tenerse en cuenta a qué parte procesal le resultaba más fácil probar la certeza de los hechos ocurridos en el parto.

Así se entendió que, en general, los profesionales médicos y los centros sanitarios tenían una mejor disposición de los medios probatorios. Por ello, siguiendo la doctrina angloamericana y alemana, ante un resultado desproporcionado puede afirmarse que la cosa habla por sí sola (*res ipsa liquitur*) porque hay una apariencia evidente de prueba (*Anscheinsbeweis*) de la culpa o culpa virtual (*faute virtuelle*) de la que aparece una presunción en contra del personal sanitario.

Es decir, a pesar de que el perjudicado no haya podido probar la negligencia en el acto concreto, cuando el daño es exorbitado en comparación con supuestos de las mismas características, según las reglas de la experiencia y el sentido común, y se pueda inducir que los medios empleados no fueron –claramente- los adecuados según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y lugar o se produjo un evidente descuido en su correcta y temporánea utilización, son los sanitarios quienes deben probar que obraron adecuadamente.

En cuanto a la definición de daño médico desproporcionado, el TS -en doctrina reiterada- afirma que es aquél que no está previsto y que no se puede explicar valorando la actuación general de los profesionales de la salud[3].

---

2 Véase la STS 18/6/13.

3 En este sentido, «en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición por su libertad de acceso a los medios probatorios. Asimismo debe establecerse que, no obstante sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización». STS 2/12/96.

Por ello, se exige que el médico demuestre las circunstancias en las que se produjo un daño inesperado al realizar las maniobras del alumbramiento si éste no es de los que se pueden producir más que con conductas negligentes «cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar su imputación» como responsable civil del daño[4].

Para ello, es necesario que se haya producido un perjuicio que suela producirse en supuestos de conductas negligentes siempre que el citado daño se hubiera ocasionado por una conducta que corresponda a la actuación médica a pesar de que no se sepa cuál es concretamente la misma y siempre que el mismo no sea imputable a la mujer que da a luz[5].

---

4 STS 3/7/13 y las en ella citadas como las SSTS 23/10/08; 10/6/08; 23/5/08; 8/11/07; 23/5/07.

5 En este sentido el TS ha afirmado que «con carácter general que en el ejercicio de la medicina no puede exigirse al profesional de la misma obligación de obtener un resultado de recuperación del enfermo porque aquélla no es una ciencia de garantía de resultados dado que el riesgo, en un mayor o menor porcentaje según el caso, no suele ser ajeno siquiera esto no excluya la presunción de mal uso cuando el resultado producido sea desproporcionado con lo que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, en cuyo caso la desproporción permite una inversión de la carga de la prueba que si por norma y al no caber la objetivación de culpa aquí corre a cargo del que la alega probar la culpabilidad del médico, la desmesura del resultado ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el buen hacer que ha de suponérsele como norma desde el título profesional que se le ha otorgado previa demostración de conocimientos, de la actualización permanente de éstos con asentamiento en la experiencia propia y en el progreso de la ciencia cuya vulneración no puede quedar redimida por la instrucción que del acto se proporcione al paciente ni por el consentimiento que éste preste a su práctica porque ni una ni otra alcanzan a ese no ortodoxo hacer. Este hacer médico, del que no se da más explicación por quien reconoce que lo llevó a cabo –cuando tan fácil le hubiera sido precisar el momento concreto en el que se produjo tan grave lesión a la niña que ayudaba a nacer de forma que valora como anómala e imprevisible desde razón no de recibo anclada en tiempo anterior y no de reacción ante el evento, y porque todo tuvo lugar–, viene a convertirse en un resultado desproporcionado para lo que evidentemente es usual en los nacimientos que, aún en estos tiempos, se viene produciendo y por lo tanto quien así lo desempeña, y no acredita la actuación con arreglo a lo que la ciencia le impone, incurre en la negligencia responsable que establece el art. 1101 del Código Civil (LEG 1889, 27) con un nexo causal que aquí es evidente al amparo el art. 1103 del propio Código y en ese sentido y por las razones expuestas ha de casarse y anularse la sentencia recurrida, ha de revocarse la de primera instancia

Por tanto, cabe exigir responsabilidad extracontractual a los sanitarios siempre que se cumplan tres requisitos: el primero, que conste un daño desproporcionado real y evaluable económicamente; el segundo, que no se haya demostrado la diligencia precisa por parte del personal médico; y el tercero, que exista un nexo de causalidad entre el acto médico y el daño a la mujer o a su prole.

Y es que, no parecía lógico al TS que se pudiera exigir a la víctima la prueba fehaciente de la actuación culposa del médico por lo difícil que resultaba conseguir un informe de otro profesional sanitario que contradijera o fuera claro al significar la actuación absolutamente incorrecta de otro profesional de su misma clase. Por ello, se afirmaba que venía imponiéndose que «el deber de probar recae, también y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la propia víctima, ajena al entorno médico»[6].

3.3. Tras la evolución jurisprudencial expuesta, el legislador redacta la vigente LEC teniendo en cuenta estos criterios y convierte en norma lo que era una interpretación consolidada de la regulación precedente. Así, como se expuso en el apartado primero, el art. 217.7 LEC dispone que, a pesar de que la regla sea que cada parte pruebe los hechos que alega, debe tenerse en cuenta -en determinados supuestos- en manos de quién están las pruebas o para quién es más fácil conseguirlas.

La regla general señala que los documentos en los que constan las actuaciones médicas con mención del momento y del lugar en que fueron practicadas así como de la administración de medicación ordenada están a disposición del personal sanitario. En los casos en que ésta no aparezca, la falta de la información en ella contenida ha de perjudicar al médico frente a la mujer demandante, salvo que aquél ofrezca una explicación razonable de los motivos por los que ésta ha desaparecido.

Un ejemplo puede ser muy ilustrativo. En un caso concreto, la mujer demanda al médico y a la clínica por el fallecimiento de su hijo recién nacido imputándole a aquél una actuación negligente.

---

y, asumiendo este Tribunal las funciones de instancia que por ello le corresponden ha de estimarse la demanda rectora en cuanto al demandado don José sobre cuya actuación en el nacimiento de la niña Carmen y su absolución en la instancia se interpone el recurso de casación que nos ocupa». STS de 14/5/01.

6 SAP de Las Palmas 22/4/03.

En la relación de hechos probados de la sentencia, se señala que la gestante acudió al ginecólogo para que la tratara durante su embarazo y en el momento del parto. Una vez sintió los primeros síntomas del alumbramiento, la embarazada llegó a la clínica y fue atendida por una auxiliar (sin título de comadrona) que la monitorizó. Pasaron dos horas hasta que se personó el ginecólogo que, observando los registros, advirtió un sufrimiento fetal. Dada la escasa dilatación, dispuso de urgencia la realización de una cesárea. Nació un niño profundamente deprimido que, tras las maniobras de intento de reanimación, terminó muriendo.

Los padres solicitaron el historial médico de la gestante y la clínica lo negó reiteradamente. La dirección de la clínica tampoco aportó título de que la auxiliar tuviera formación como comadrona.

El tribunal resolvió el asunto entendiendo que la mujer no fue atendida por médico ni por comadrona hasta dos horas después de llegar a la clínica. Que durante ese tiempo el sufrimiento fetal produjo secuelas irreversibles en el niño que le ocasionaron la muerte tras el alumbramiento. De ello indujo que el médico debió ordenar antes la práctica de la cesárea para evitar el sufrimiento del feto.

En los fundamentos de derecho de la sentencia se expone que en el «ámbito de responsabilidad médico-quirúrgica […] los informes periciales y la historia clínica son sustanciales al objeto de poder valorar si la pauta asistencial y control evolutivo practicado es adecuado a la situación del parto. Habrá que determinar si hubo o no actuación facultativa negligente, por omitir los medios precisos o haberlos adoptado tardíamente o a destiempo a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso […]. La cuestión a dilucidar es si debió practicarse la cesárea al ingreso de la apelante […] o si como aconteció era preferible la opción de esperar para ver la evolución del parto y si finalmente hubo desatención y descuido abordando la cesárea tardíamente» [7].

7 «En el caso se pone de relieve una actuación negligente de la auxiliar […] en funciones de comadrona y del médico a la parturienta, por falta de atención adecuada o suficiente al no haberse dispuesto la inmediata realización de la cesárea tal y como exigía el cuadro de sufrimiento fetal que revelaba la gráfica […] en relación con el mayor tiempo de prolongación del parto […]. Por parte de los apelados no se ofreció una explicación razonable sobre lo ocurrido. Ha habido en el caso oscuridad y falta de transparencia pues no se facilitó en un principio a la apelante la historia clínica a la que tenía derecho, y ha venido siendo suministrada de forma fraccionada y a medida que la apelante reclamaba ante las autoridades administrativas sanitarias […]. Y es obligación del facultativo asistente y del centro hospitalario articular los medios de acceso a la información que se contiene en la misma. Es evidente que la apelante tiene menos posibilidades de aportar las pruebas que despeje la duda causal, que los apelados y ello como

Finalmente, el juzgador señala que hubo negligencia médica, tras entender probados los tres extremos siguientes: que el feto sufrió anoxia en vía uterina; que ésta se hubiera evitado con una pronta respuesta del personal sanitario; y que ni la clínica ni los profesionales han aportado medios que justifiquen el retraso.

Este supuesto no debe confundirse con aquellos otros en los que, por un lado, se produce un daño real; por otro, la demandante demuestra que ha habido una actuación del médico; y, finalmente, justifica que existe nexo causal entre ambos. Aquí no se produce en puridad una inversión de la carga de la prueba sino, más bien, una correcta aplicación de los imperativos contenidos en los números 2 y 3 del art. 217 LEC.

Así, frente a la carga de prueba por la demandante se encuentra la carga del demandado de probar que existieron hechos –ajenos a su obrar- que no posibilitaron la evitación del daño demostrado.

Por tanto, probados los hechos que se afirman por la mujer (art. 217.2), si existen razones que justifiquen el correcto actuar del profesional, debe ser éste quien los traiga al proceso probándolos de modo suficiente (art. 217.3 LEC).

Ello no significa, en modo alguno, que se esté aplicando en el proceso civil la doctrina procesal penal de la presunción de inocencia contenida en el art. 24.2 de la Constitución. No se están enjuiciando conductas penales, sino responsabilidades civiles. En estos casos, no procede aplicar el apartado 7º del art. 217 LEC que permite valorar la disponibilidad y facilidad probatoria, sino los apartados 2º y 3º que determinan a quién compete la carga de probar los hechos que afirma para mantener su postura.

En este orden de cosas, la culpa deriva simplemente de la existencia de un nexo causal entre el resultado y la actuación médica. No se aplica al personal sanitario una responsabilidad objetiva sino que es la gestante la que debe demostrar la relación y la existencia de acto médico o quirúrgico realizado con infracción de las técnicas médicas o científicas exigibles al mismo. Es imprescindible, asimismo, probar la existencia del nexo de

---

consecuencia del principio de facilidad probatoria al tener a su disposición los medios probatorios, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil del "cómo' y 'porqué" del resultado producido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino la de deshacer la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada. (Ni el médico ni la clínica) han desvirtuado la desfavorable presunción de culpa que, ante un resultado desproporcionado […] se impone según la lógica y máxima de experiencia». SAP Las Palmas 22/4/03.

causalidad. Finalmente, la evidencia alcanzada por el juzgador no puede basarse en meras conjeturas, deducciones o probabilidades.

No se exige, empero, que en todos los casos exista una certeza plena sino que es suficiente con un juicio de probabilidad cualificada, no arbitrario ni contrario a la lógica y al buen sentido[8].

De lo afirmado se induce que el personal sanitario podría probar la inexistencia del hecho, el caso fortuito, su no intervención en el asunto, la inexistencia de nexo causal entre acto y daño o su valoración excesiva. Si no lo hace, prevalece la prueba que aporta la gestante de que los hechos ocurrieron como afirma.

Así, por ejemplo, ocurre cuando la mujer embarazada demuestra que a su hija recién nacida se le administra un fármaco en exceso; que la aplicación del mismo en dosis altas o no diluidas provoca la muerte del nacido; y que su hija ha fallecido transcurrida una hora desde el alumbramiento, sin que exista ninguna otra causa que pueda justificar el resultado habido[9].

---

8 Véase STS y 3/7/13 además de las en ésta referenciadas. Como ejemplo pueden citarse las SSTS 13/7/10; 18/5/12 y 18/6/13.

9 En cambio, no se exige la prueba de diligente actuación al personal sanitario cuando, por ejemplo, se produce una dislocación de hombros con daños motores graves al recién nacido y la demandante afirma que ello es consecuencia de haber practicado un parto vaginal, y que este efecto pudiera haberse evitado si se hubiera optado por la cesárea. Porque según la *lex artis* aplicable a la actuación del médico, en el estado en que se estaba desarrollando el parto, lo más común era optar por la vía vaginal frente a la cesárea que –por otra parte- tampoco está exenta de riesgos de diversa entidad. Si la mujer no demuestra una actuación negligente por parte del médico, la lógica impone afirmar que la opción elegida era la apropiada. Por tanto, el médico no ha de probar su diligencia dado que no se han demostrado los hechos constitutivos que afirma la demandante. «El juicio acerca de la corrección profesional o médica de una conducta no puede establecerse mediante el simple mecanismo de un inferencia establecida retrospectivamente acerca de si la opción alternativa no escogida habría evitado el resultado lesivo concreto conocido. De ser así es evidente que siempre estaría indicad la intervención de cesárea en evitación de los riesgos obstétricos que representa todo parto. Pero lo que hay que valorar es la corrección de la decisión médica ante el riesgo concreto que representan las circunstancias propias de cada paciente y de su estado clínica. En el presente caso, y conforme a las motivaciones recogidas en el informe de la Médico-Forense y en el informe académico, debe valorarse, en primer lugar, que la alternativa a la cesárea no es una opción carente de riesgos, sino que representan una intervención quirúrgica agresiva, por lo que su indicación ha de ser cuidadosamente valorada como alternativa al proceso natural del parto, opción esta última cuya elección se ajusta a los últimos estudios y protocolos médicos». STS 14/10/10.

4. En virtud del principio de inmediación procesal, la valoración de la prueba debe hacerse por el órgano de primera instancia. Éste es el único juzgador que ha tenido un conocimiento directo de cómo pudieron haber ocurrido los hechos a través de los resultados de la prueba. Esta valoración no puede objetarse ante un órgano distinto sólo porque se esté en desacuerdo con ella.

En general, no prospera la alegación en segunda instancia ni en casación de que, si se aplican criterios distintos a los empleados por el primer juzgador, la valoración que propone la parte resulta más favorable a ésta. No cabe sustituir el criterio objetivo del juez por la interpretación subjetiva de la parte a quien no corresponde realizar tal actividad valorativa.

Es función de los tribunales de las instancias valorar, de modo conjunto, la prueba practicada válidamente en el proceso. Esto es, no se puede solicitar jurídicamente un nuevo examen ni en la apelación ni en el recurso extraordinario de casación ante la falta de causa legal para ello. Tampoco está permitido dar prevalencia a unas pruebas frente a otras -consideradas por el juez como preferentes- , si no es por una causa justificada, por más convincentes que le parezcan aquéllas a la parte.

En este sentido, no deben confundirse las deducciones extraídas de las pruebas con el mecanismo de las presunciones como medio para establecer la conclusión de certeza de unos hechos determinados.

La actividad deductiva del juez está dentro de su obligación de valorar -desde la objetividad de su posición en el proceso- el conjunto de las pruebas habidas. En cambio, el mecanismo de las presunciones exige la existencia de un hecho presunto con relevancia jurídica, de otro hecho indicio que se prueba y de un nexo de causalidad entre ambos.

Sólo cabe impugnar la primera valoración judicial de los hechos si ésta ha sido realizada con desprecio de las mínimas reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, resultando una valoración arbitraria o contradictoria.

Además, a los efectos de contradecir la valoración probatoria, no todos los errores valorativos afectan al derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Para que prospere el motivo del recurso es preciso, según afirma el TS «que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico –material o de hecho-, es decir sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que el error sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales»[10].

10 SSTS 18/6/13 y 28/6/12.

5. Por lo que se refiere a la prueba pericial, es obligado añadir una serie de precisiones para los supuestos que se analizan.

Es posible, según ha afirmado reiteradamente el TS, impugnar la valoración de la prueba practicada en el juicio oral que ha hecho el órgano de primera instancia cuando ésta resulte ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica. Es decir, cabe impugnar con éxito una valoración de la prueba realizada por el juez cuando se demuestre que aquélla no responde a criterios lógicos, ni racionales o que es arbitraria[11].

Los numerosos supuestos ante los que se ha pronunciado nuestro TS le han permitido establecer una serie de requisitos para admitir una violación de la obligada imparcialidad al apreciar el dictamen pericial médico.

Así, debe quedar demostrado alguno de los siguientes extremos, a) que se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio b) que se extraen conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculcan los más elementales criterios de la lógica, o que se adoptan criterios desorbitados o irracionales, c) que se han tergiversado las conclusiones periciales de forma ostensible, se han falseado de forma arbitraria sus dictados o el órgano se ha apartado del propio contexto o expresividad del contenido pericial o, finalmente, d) que se hayan efectuado apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la experiencia.

A la hora de interpretar si la valoración ha sido o no la correcta, debe precisarse que el órgano enjuiciador no está vinculado, en ningún caso, a lo que dictamina el perito sobre un extremo concreto de los hechos objeto de prueba. Así, se afirma que «el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar ésta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito, de las que pueden prescindir»[12].

Queda claro, así, que este medio de prueba es de libre valoración y no hay reglas concretas para interpretarla. El juzgado aplicará su criterio de prudencia sin más obligaciones.

Asimismo, se establece que sea el juez quien decida entre varios dictámenes aportados si son diferentes, pudiendo –incluso- no atender a ninguno de ellos. Si considera que sólo determinados datos han quedado realmente justificados puede, también, tomar parcialmente las conclusiones del perito y razonarlas según una lógica jurídica leal y objetiva.

---

11 STS 30/6/11; 9/3/10; 11/11/10; 29/4/05; 10/11/94; 18/12/01; 8/2/02; 18/12/01; 8/2/02; 13/12/03; 9/6/04; 28/1/95; 18/12/01; 19/6/02; 20/2/92; 28/6/01; 19/7/02; 28/2/03; 30/11/04; 3/3/12; 24/12/94; 22/2/06; 16/10/80; 10/2/94.

12 STS 30/6/11.

Y es que corresponde al juez interpretar todas las pruebas en su conjunto. Para ello, en ocasiones, ante la necesidad de concluir con una relación de hechos que tenga sentido y sea posible, no siempre pueden acatarse las conclusiones a las que llega cada uno de los peritos en cada uno de sus informes. Pero es que, además, tampoco es necesario hacerlo[13].

13 «El artículo 348 LEC establece, en suma, que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que dicha prueba es apreciable discrecionalmente pudiendo el juzgador prescindir de su resultado, pero del mismo modo es constante la jurisprudencia que declara que la valoración atribuida en la instancia se ha de respetar, salvo que fuese desproporcionada, absurda o se manifieste irracional» SAP La Rioja 25/4/13.

Teresa M. Navarro Caballero – Caterina Bartrons Pou

LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD, LA CONFIDENCIALIDAD Y EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Sumario: 1. La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en España. 2. La protección de datos en la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo. 2.1. Algunas ideas previas sobre la protección de datos en Derecho español. 2.2. Particularidades en la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo. Garantías en el acceso a la prestación. 2.2.1. Protección de la intimidad y confidencialidad 2.2.2. Acceso, cesión y cancelación de datos de carácter personal 2.2.3. Ficheros de profesionales sanitarios objetores y de pacientes 3. El anteproyecto de ley orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. 4. Reflexiones finales.

En el presente trabajo se analiza el régimen actual de la confidencialidad y protección de la intimidad en la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) a partir de la regulación actualmente en vigor, poniendo de relieve muchos de los problemas y carencias que el mismo plantea. A la vez, se han tenido en cuenta los cambios normativos existentes en la actualidad, intentando atisbar las luces y sombras del sistema así como las perspectivas de futuro que el nuevo régimen puede provocar.

1. *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en España*

El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquéllos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal. La decisión de tener hijos y cuando tenerlos constituye unos de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Por tanto estas decisiones se desarrollan en el ámbito de la autonomía personal, y de acuerdo con el reconocido principio

del Tribunal Constitucional denominado «autodeterminación consciente», estando los poderes públicos obligados a establecer las bases y condiciones que permitan su desarrollo de forma libre y responsable, protegiendo la intimidad de las mujeres y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal.

En este sentido, la Ley 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[1] establece un conjunto de garantías relativas al acceso efectivo a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y a la protección de la intimidad y confidencialidad de las mujeres, pretendiendo dar solución a los problemas de desigualdades territoriales en el acceso a la prestación y de vulneración de la intimidad, a la vez que regula la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo. Esta Ley derogó el artículo 417 bis del Código Penal anterior, único precepto de dicho Código que quedaba en vigor y que consagraba un sistema de indicaciones para la exención de castigo en el aborto, que es sustituido por un sistema de plazos junto con un sistema excepcional de interrupción por causas médicas (arts. 14 y 15). No obstante, el artículo 15 de la actual ley complementa ese sistema con unas indicaciones médicas (que incluyen la eugenésica) más restrictivas en su plazo que la antigua indicación médica o terapéutica, y en el caso de la indicación eugenésica, bastante más restrictiva en sus presupuestos que la anterior.

Al respecto, la doctrina constitucional derivada de diversas sentencias entre las que destaca la STC 53/1985, afirma la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y en consecuencia, el deber del legislador de «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos». A mayor abundamiento, si bien los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución no por ello ha de verse privados de toda protección constitucional (STC 116/1999).

1 El Consejo de Ministros informó el 20 de diciembre de 2013 el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada y que está siendo fuertemente contestado por los grupos parlamentarios en la oposición así como por una parte de la sociedad. El texto íntegro del Anteproyecto está accesible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados.

2. La protección de datos en la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo.

2.1. Algunas ideas previas sobre la protección de datos en derecho español

La normativa específica en materia de protección de datos está representada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD (RLOPD). Esta regulación transpone en nuestro ordenamiento la Directiva 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[2].

Tradicionalmente, la protección de datos personales fue vinculada al derecho fundamental de la intimidad personal y familiar, tanto en el ámbito supranacional, como en nuestro derecho interno. Dentro de la citada configuración fundamental, se encontró en nuestro país habilitación en el artículo 18.4 de la Constitución, relativo a la limitación de la informática para evitar que el uso de esta tecnología pudiera afectar al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos. Con posterioridad, fue la STC 292/2000 la que definió el derecho a la protección de datos como aquél derecho que tiene todo ciudadano para disponer libremente de sus datos personales, desvinculando al derecho a la protección de datos personales del derecho a la intimidad y considerar a este derecho como un derecho fundamental independiente, denominado el derecho a la «autodeterminación informativa». Esta sentencia del Tribunal Constitucional coincide en el tiempo con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborada en la Cumbre de Niza, y en cuyo artículo 8 se dispone el derecho a la protección de datos también como derecho independiente, el cual se describe como el derecho de todo ciudadano a la protección de los datos de carácter personal que le pertenecen.

---

2 En la actualidad existe una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), de 25 de enero de 2012, que actualiza la normativa actual para reforzar la protección de datos personales y responder a los retos que suponen las nuevas tecnologías de la información, la globalización y la tendencia cada vez más extendida de utilizar datos personales en investigaciones penales.

Así pues, se entiende que la regulación de la protección de datos tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

La autoridad de control competente es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)[3] que tiene como principal función velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

Son numerosos los pronunciamientos emitidos por la AEPD en relación con aspectos de salud, siendo a destacar los informes jurídicos relativos a la sustracción de recién nacidos y aportación de perfiles de ADN de fallecidos, o bien la consulta sobre diversas cuestiones relacionadas con el ejercicio por parte de los profesionales sanitarios del derecho a la objeción de conciencia previsto en la Ley 2/2010.

2.2. Particularidades en la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo. Garantías en el acceso a la prestación

Desde una perspectiva sectorial la normativa de la interrupción voluntaria del embarazo hace una regulación específica en materia de protección de datos personales si bien ajustándose a la regulación que con carácter general contiene la LOPD.

2.2.1. Protección de la intimidad y confidencialidad

Como no puede ser de otra forma, los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo asegurarán la intimidad de las mujeres y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal. Deberán además contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente de protección de datos de carácter personal.

En el momento de la solicitud de información sobre la interrupción voluntaria del embarazo, los centros, sin proceder al tratamiento de dato alguno, habrán de informar a la solicitante que los datos identificativos

3 Si bien existen también autoridades de control específicas en algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, que ejercen sus funciones, según resulta del artículo 41.1 LOPD.

de las pacientes a las que efectivamente se les realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo. Los centros que presten el servicio establecerán mecanismos apropiados de automatización y codificación de los datos de identificación de las pacientes atendidas, considerándose a tales efectos datos identificativos de la paciente su nombre, apellidos, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico, documento nacional de identidad o documento identificativo equivalente, así como cualquier dato que revele su identidad física o genética.

En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le asignará un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso, sustituyendo los centros los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse con carácter general, el acceso a dicha información. Además, las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deberán ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación.

Así pues, la Ley 2/2010 exige la codificación de los datos de las pacientes[4] como algo necesario para identificarla durante todo el proceso, pero de tal forma que si una misma paciente se somete en varias ocasiones a una IVE, la información relativa a cada proceso estaría conservada de forma independiente. Esta circunstancia, a nivel asistencial, no permite la visualización de la integridad de la información para diagnosticar y atender con las máximas garantías a la paciente.

Respecto a los accesos, se dispone que las informaciones relacionadas con la IVE deberán ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación (prestación de la IVE). De nuevo, la limitación de los accesos de los profesionales a la información de la IVE (igual como cualquier otro tipo de antecedente de la paciente que pudiera tener, por ejemplo un episodio de salud mental, de hábito adictivo, etc.) puede conllevar no poder prestar la mejor asistencia sanitaria a la pacien-

4 En la normativa de protección de datos actual no se describe el concepto de «codificación», sino que se habla de proceso de «disociación», entendiéndose como el «tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable», artículo 3. f) LOPD y artículo 5.1. e) y p) RLOPD.

te; imaginemos, por ejemplo una complicación que pudiera derivar de la IVE y el profesional que atiende a la paciente tuviera acceso restringido a la información de la IVE)[5].

2.2.2. Acceso, cesión y cancelación de datos de carácter personal

Únicamente será posible el acceso a los datos de la historia clínica asociados a los que identifican a la paciente, sin su consentimiento, en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica. Cuando el acceso fuera solicitado por otro profesional sanitario a fin de prestar la adecuada asistencia sanitaria de la paciente, aquél se limitará a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando constancia de la realización del acceso. En los demás supuestos amparados por la ley, el acceso se realizará mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada las causas que la justifican, quedando en todo caso limitado a los datos estricta y exclusivamente necesarios.

El informe de alta, las certificaciones médicas y cualquier otra documentación relacionada con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, será entregada exclusivamente a la paciente o persona autorizada por ella y habrá de respetar su derecho de la paciente a la intimidad y confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal.

No será posible el tratamiento de la información por el centro sanitario para actividades de publicidad o prospección comercial ni podrá recabarse el consentimiento de la paciente para el tratamiento de los datos para estas actividades.

Por lo que se refiere a la cancelación de los datos el artículo 23 de la Ley 2/2010 obliga a los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo a cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención, plazo coincidente con el previsto en el artículo 17 de la Ley 41/2002[6].

No obstante lo anterior, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la

5 Según el artículo 15 de la Ley 41/2002, de Autonomía del paciente «La historia clínica se llevará con criterios de unidad y de integración, en cada institución asistencial como mínimo, para facilitar el mejor y más oportuno conocimiento por los facultativos de los datos de un determinado paciente en cada proceso asistencial».

6 Existen leyes autonómicas que prevén plazos de conservación superiores, por ejemplo la Ley 21/2000 de Cataluña que determina quince años.

cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado como consecuencia de lo dispuesto en los artículos anteriores. Esto se entiende sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de cancelación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por lo tanto, la cancelación en estos casos daría lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas (en el caso, 5 años). Cumplido el citado plazo debería procederse a la supresión.

Ante lo anterior nos planteamos si el centro debería en todo caso aceptar una cancelación de datos solicitada por la paciente antes del plazo establecido, o bien pudiera denegar dicha cancelación, ya que ésta sería una cancelación parcial de datos de la historia clínica y ello podría no ajustarse a los imperativos marcados por la normativa sectorial, en concreto la Ley 41/2002, de Autonomía del paciente, que justifica la integración de todos los procesos asistenciales sobre un mismo paciente y determina que la historia clínica tiene como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente.

2.2.3. Ficheros de profesionales sanitarios objetores y de pacientes

En la Ley 2/2010 se prevé la creación de dos nuevos ficheros por parte de las entidades que puedan llevar a cabo interrupciones voluntarias del embarazo: el de los profesionales sanitarios objetores y el de las pacientes a las que se ha realizado una IVE.

Respecto al fichero de profesionales sanitarios objetores, cuya base legal se encuentra en la regulación que la Ley 2/2010 hace del derecho de objeción de conciencia, viene expresamente referido en su art. 19.2 según el cual "Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito, tal y como se desprende del Informe jurídico 272/2010 de la Agencia Española de Protección de Datos. En todo caso

los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo". Así pues, el tratamiento debería limitarse a los datos identificativos del profesional, tales como su nombre, apellidos y número de colegiado, en su caso, así como el mero hecho de su condición de objetor (sin que pudieran ser tratados datos que aparezcan vinculados a la motivación religiosa o de otra índole que fundase su decisión), debiéndose aplicar las medidas de seguridad de nivel alto. En España, actualmente sólo se han constituido dos registros de objetores sanitarios, el creado por la Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Castilla-La Mancha, 21 de junio de 2010, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo (art. 5) y el creado al amparo de la previsión del art. 75 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, recientemente respaldado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 151/2014, de 25 de septiembre.

En cuanto a quiénes podrían resultar cesionarios de la información contenida en el registro, no cabe duda de que la Administración sanitaria debería poder tener acceso al fichero para poder así garantizar la organización y gestión de los recursos necesarios para permitir la práctica de la prestación. Mayores problemas podrían plantearse en relación con el acceso a la información por parte de las pacientes que quisiesen someterse a la intervención dado que en caso de que los recursos puedan ser adecuadamente organizados por parte de la Administración sanitaria, el hecho de que un determinado facultativo ejercitase su derecho no debería impedir la efectiva práctica de la prestación. Por este motivo, parece posible entender que el registro no debería ser libremente accesible, sino quedar limitado a los supuestos en los que el acceso se encuentre fundamentado en un interés legítimo de la paciente[7].

En relación con los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO), no cabe ninguna duda de que el interesado podrá en cualquier momento ejercer su derecho de acceso y solicitar la rectificación de aquellos datos que resultasen inadecuados o excesivos. No obstante, dado que se considera que la manifestación del profesional supone el consentimiento[8] para el tratamiento de sus datos relacionados con su condición de objetor, no sería

7 En el artículo 91 del RLOPD se dispone que «Los usuarios tendrán acceso únicamente a aquellos recursos que precisen para el desarrollo de sus funciones».

8 Consentimiento previo y por escrito.

posible atender a las solicitudes de cancelación u oposición. Como es lógico, el interesado podría solicitar que sus datos fuesen suprimidos del fichero pero tal solicitud no encajaría en los supuestos citados, sino que implicaría en rigor una revocación del consentimiento previamente prestado a dicho tratamiento.

Respecto al fichero de las pacientes a las que se ha realizado una IVE, en el artículo 21 de la Ley 2/2010 se dispone que dichos datos no estarán junto con los demás de carácter clínico asistencial de la paciente, lo que significa la creación de un fichero de IVE distinto del fichero de historias clínicas[9]. Esta diferenciación puede producir alguna disfuncionalidad en los centros sanitarios. De un lado, por la necesidad de disponer de mayores recursos al duplicar y diferenciar ambos ficheros y de otro, por el difícil encaje que la creación de este fichero de IVE tendrá en la normativa sanitaria, en especial en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/2002). De acuerdo con ella, «la historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro»[10]. Quizás por ello, se puede constatar que son pocos los centros que han procedido a notificar en el Registro de la AEPD un fichero de IVE.

3. *El frustrado Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*

Para concluir haremos una breve referencia al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que está siendo objeto de una intensa controversia ciudadana. En efecto, esta reforma ha creado un gran debate público al referirse a un tema de interés social general, por lo que parecería necesario reclamar a la sociedad y especialmente a los responsables políticos que abordaran este debate con serenidad y realismo, utilizando para ello las aportaciones que proceden, entre otros ámbitos, de la ciencia, la bioética, el derecho y la economía[11]. Finalmente,

9 Artículo 21.1 Ley 2/2010 « […] los datos identificativos de las pacientes a las que efectivamente se les realice la prestación serán separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo».

10 Artículo 14 de la Ley 41/2002.

11 Véase el Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la

la alta contestación social llevó al Presidente del Gobierno retirar su texto y anunciar reformas puntuales sobre la normativa actual para asegurar que las menores de 16 y 17 años necesitan del consentimiento paterno para interrumpir su embarazo, apostando por un Plan de Protección de la Familia que se anuncia verá la luz antes de finalizar 2014. En la medida en que los principales cambios de la reforma no afectan al régimen de la confidencialidad y protección de datos en la interrupción voluntaria del embarazo, objeto específico del presente trabajo, nos limitaremos a referirlos muy brevemente por ser de gran calado.

Como gran novedad se sustituye el actual modelo de naturaleza mixta de plazos e indicaciones, por un modelo de indicaciones. En segundo término se suprime la sanción penal de la mujer que aborta, aunque se mantiene el castigo a «quien la indujere fuera de los casos legalmente previstos». En tercer lugar se regulan nuevas condiciones para el aborto de las menores, de modo que el facultativo no se vea en la obligación de decidir sobre una materia que no les corresponde, así como para que el aborto de las menores sin el conocimiento de sus padres se mantenga como una alternativa excepcional, cuando realmente no exista otra menos mala. De otro lado, si bien se mantienen las políticas en materia de educación para la salud sexual y reproductiva que las administraciones sanitarias vienen desarrollando en España desde hace más de veinte años, la reforma se refiere a políticas dirigidas a promover la educación en esta concreta y relevante área de salud. En fin, se introduce el asesoramiento e información clínica a la mujer que se va a someter a un aborto legal, con la finalidad de que resuelva los conflictos originados por el embarazo y obtenga una adecuada información clínica.

Por lo que se refiere propiamente al objeto de nuestro trabajo el artículo Cuarto del Anteproyecto modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica introduciendo en su número Tres un artículo 15 *bis* rubricado «Tratamiento de datos en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo» con el siguiente tenor:

«1. En el momento del inicio del asesoramiento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, el personal que lo realice, sin proceder al tratamiento de dato alguno, habrán de informar a la embarazada que los datos identificativos de las pacientes a las que efectivamente se les realice el aborto, serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo por parte de los centros o establecimientos que lo practiquen. Éstos establecerán mecanismos apropiados de

Mujer Embarazada de 20 de mayo de 2014.

automatización y codificación de los datos de identificación de las pacientes atendidas, en los términos previstos en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. A los efectos previstos en el párrafo anterior, se considerarán datos identificativos de la paciente su nombre, apellidos, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico, documento nacional de identidad o documento identificativo equivalente, así como cualquier dato que revele su identidad física o genética.

2. En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le asignará un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso. Los centros sustituirán los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse, con carácter general, el acceso a dicha información.

3. Las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deberán ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación, sin perjuicio de los accesos a los que se refieren los artículos siguientes».

4. *Reflexiones finales*

En España se otorga la máxima protección a los datos de salud en su conjunto y en particular, a informaciones concretas de salud que pudieran crear discriminaciones o mayor repercusión, dadas su connotaciones. Este sería el caso de los datos relativos a diagnósticos de psiquiatría, de enfermedades infecciosas, los malos tratos o violencia de género o de las informaciones relativas al proceso de interrupción voluntaria del embarazo. Así pues, formalmente están asentados los criterios en cuanto a medidas de seguridad que deben aplicarse y deber de secreto asociado a dichas intervenciones. La práctica demuestra que esto no sólo es algo puramente teórico pues se confirma como algo inherente a su funcionamiento y no se detectan incidencias en cuanto a accesos o cesiones no autorizadas de este tipo de informaciones, así como tampoco especiales reticencias en el tratamiento de los datos de forma diferenciada por parte de las propias pacientes que se someten a la IVE (no lo viven como algo que deba diferenciarse de la historia clínica general. Quizás debido a lo anterior, son pocos los centros que han notificado un fichero de IVE, diferente del fichero de historia clínica/Pacientes, lo cual no significa necesariamente que todos los profesionales tengan libre acceso a la información del IVE.

Podemos también resaltar que no se generan incidencias de ningún tipo en relación con los profesionales que deciden objetar a la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, en los centros analizados se confirma que se ha informado de dicha posibilidad y que los profesionales que han optado por ella lo han podido hacer sin ningún problema ni consecuencia. Cabe decir también que en ciertas Comunidades Autónomas se han editado guías específicas y/o documentos de consentimiento normalizados[12].

En este extremo cabe puntualizar que el derecho de objeción es sólo ejercitable por el personal «directamente implicado» en el acto de la intervención voluntaria del embarazo, es decir, personas cuya intervención supone una cooperación necesaria para la realización del procedimiento, quedando por tanto excluidos de la objeción los profesionales implicados en la atención previa o posterior de la mujer. En esta línea se pronuncia la jurisprudencia, afirmando la información y orientación que deben recibir las mujeres en los centros de salud ante el proceso y que la objeción de conciencia no puede entenderse de forma general ni aplicarse a la atención médica que se realiza fuera del propio acto de interrupción del embarazo.

Finalizamos con una reflexión acerca de las consecuencias que pueden tener los avances en la investigación genética. Desde el comienzo del proyecto de genoma humano, ha estado claro que la expansión del conocimiento científico sobre el genoma tendría un profundo impacto en la humanidad. Por ello, se han considerado a lo largo del proyecto implicaciones éticas, legales y sociales, para orientar a quienes establecen las políticas y al público. Un ejemplo, es la decisión de secuenciar el ADN de varios individuos anónimos en lugar de hacerlo de un individuo conocido, a fin de proteger la privacidad, Otro ejemplo, es el desarrollo de pautas de privacidad genética.

A este precepto, la investigación basada en el genoma permitirá eventualmente a la ciencia médica desarrollar unas herramientas de diagnóstico altamente eficaces para entender mejor las necesidades de salud de la gente sobre la base de su composición genética individual y diseñar tratamientos nuevos y altamente eficaces para las enfermedades.

12 Es el caso de Cataluña, cuyo Departamento de Salud ha elaborado las «Recomendaciones sobre la objeción de conciencia en el aborto» y el «Modelo orientativo de manifestación anticipada de objeción de conciencia» que pueden consultarse en el siguiente sitio web: *http://www20.gencat.cat/portal/site/canalsalut/menuitem.af261f715269a25d48af8968b0c0e1a0/?vgnextoid=f76b6557203da210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextchannel=f76b6557203da210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default#div_06* (fecha último acceso 15/09/2014).

La difusión de datos genéticos personales a terceras personas o entidades podría suponer un grave atentado a la intimidad y poner en peligro expectativas de la persona afectada, condicionando delicadas decisiones en diversos ámbitos. Habría que distinguir, sin embargo, entre la difusión de información en el ámbito familiar y la difusión a terceros ajenos al ámbito familiar. En el primer caso, nos podemos encontrar con situaciones en las que podría prevalecer el derecho de familiares a conocer datos genéticos de un individuo afectado por alguna enfermedad genética, con objeto de evitar peligros y adoptar medidas responsables. En este sentido, se nos antoja pensar en el ámbito de la medicina reproductiva, si esta secuenciación puede provocar mayor extensión de la práctica del aborto ante la presencia de posibles anomalías genéticas, o si habría que extender las obligaciones de confidencialidad, protección de la intimidad y de los datos personales también en tales casos.

Actualmente, en la mayor parte de los países, no hay programas de especialización en genética médica, situación que debería cambiar rápidamente ante la avalancha de datos genéticos que genere el proyecto de genoma humano. Hoy día, los médicos no están lo suficientemente preparados para asimilar los datos genéticos y suministrar asesoramiento al paciente. En cuanto a la confidencialidad, se tendría que regular cómo gestionar y proteger los datos registrados en bancos informáticos, debiendo los datos genéticos guardarse de modo separado, sin conexión con otros registros electrónicos personales[13].

Por último, recordar el principio deontológico de *primum non nocere* (no maleficencia) que justifica no revelar información que puede llegar a ser devastadora para el individuo. En el contexto de la información genética, cuyo mero conocimiento no siempre se va a traducir en mejora del individuo, se está reclamando insistentemente el derecho a no conocer, en ciertos casos se plantea el dilema de si dar o no una información al paciente que puede ser psicológicamente delicada o puede perturbar sus relaciones familiares (revelación de identidad sexual genética, no-paternidad del padre legal…).

Un clima social favorable a ciertos patrones de «normalidad» e intolerante hacia las discapacidades genéticas, junto con la urgencia de los estados por reducir costes, pueden llevar a una sociedad democrática a aceptar una eugenesia dulce o una «eugenesia individual en una economía de mercado»[14].

13 Ya regulado por ejemplo, en los artículos 5 y 8 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

14 Kevles (1995).

José Ramón Salcedo Hernández

ABORTO: OBJECIÓN DE CONCIENCIA DEL PROFESIONAL SANITARIO Y DERECHO DE LA MUJER A DECIDIR

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Libertad y objeción de conciencia. 3. El concepto de objeción. 4. El derecho de la mujer a decidir. 5. Objeción y derecho a decidir: derechos de libertad. 6. Las soluciones de Bioderecho.

1. En aquellas legislaciones en las que se permite la interrupción voluntaria del embarazo, es relativamente frecuente que se produzca una colisión entre el derecho de la mujer a abortar y la negativa del profesional sanitario a practicarlo por motivos de conciencia. La mujer exige su derecho a abortar sobre la base de la existencia de una norma que le reconoce tal derecho con un contenido determinado e invocando un derecho sustancial de la mujer a decidir sobre el propio cuerpo. El profesional sanitario acude, bien al reconocimiento legal de la objeción si lo hay, bien al dictado de su conciencia protegido por una norma de alto rango: la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Lo determinante, en estos casos, es configurar de modo adecuado la categoría de los derechos que entran en conflicto. Sólo así nos será posible arbitrar soluciones adecuadas y justas que permitan satisfacer los derechos que corresponden a ambas partes.

Para ello es necesario delimitar, no sólo el concepto y alcance de la objeción de conciencia, sino establecer el carácter del nexo de relación que ésta mantiene con la libertad de conciencia y el modo en que se positiviza el contenido de esta última en el ámbito jurídico. En paralelo es preciso determinar el sentido y alcance del derecho de la mujer a decidir en la interrupción voluntaria del embarazo; no sólo como categoría jurídica específica, sino también como realidad jurídica derivada de un derecho de libertad que se materializa en el concepto de autonomía de la voluntad. Todo ello puesto en relación con los indeterminados derechos del nasciturus y el todavía difuso derecho sobre el propio cuerpo.

2. Existe una gran confusión terminológica y conceptual en relación a la objeción de conciencia. Confusión que, incluso, afecta a su configuración

jurídica. Ello propicia que se extraigan, con excesiva frecuencia, conclusiones erróneas y que sea difícil categorizar con rigor sus elementos, para dotar a la objeción del adecuado contenido jurídico que ha de tener. Estos planteamientos erróneos se producen tanto a nivel nacional como europeo y son consecuencia más de motivaciones de índole política e ideológica que de auténticos razonamientos jurídicos. Por ello es necesario profundizar seriamente en ciertos aspectos relevantes del derecho a la objeción de conciencia: su interconexión con las libertades de pensamiento, conciencia y religión; la necesidad o no de su regulación jurídica; la especie de derecho en que se basa (fundamental, general, subjetivo […]); su delimitación respecto de otras figuras semejantes pero no coincidentes; la influencia que ejercen en su reconocimiento (o no) los diferentes supuestos de hecho que la sustentan y si ello es aceptable; y, por supuesto, el contenido, alcance y límites que la definen.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que, cuando hablamos de libertad de conciencia, lo estamos haciendo desde la perspectiva de un derecho reconocido en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (*derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*) y en el artículo 9.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión*)[1]. Tal carácter condiciona,

1 *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia* (art. 18 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos de 10 de diciembre de 1948). *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos* (art. 9.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1959). La Constitución española afirma que *se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley* (art. 16.1 de la Constitución española de 1978). La Constitución italiana, aún sin utilizar literalmente esta terminología, reconoce las libertades religiosa y de pensamiento: *Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto* […] (art. 19); *Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero* [...] (art.20).

de forma significativa, la reflexión jurídica formulada en toda materia en la que interviene la conciencia. Tanto en la Constitución española como en la italiana está reconocida la libertad de conciencia, aún cuando esto se haga de forma implícita y, en todo caso, por aplicación de las declaraciones internacionales ratificadas por ambos países. La cuestión radica en establecer su grado de operatividad directa y su potencialidad como categoría jurídica.

Cuando la Declaración Universal o el Convenio Europeo hablan de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, lo hacen significando que se trata de un único derecho; es decir, de una sola categoría jurídica constituida por la confluencia de tres libertades que dan origen a un derecho en singular (no a varios derechos yuxtapuestos). Esto es de gran relevancia; es determinante para delimitar el contenido y eficacia del derecho reconocido.

Si analizamos las libertades que integran el derecho proclamado, podemos observar el grado de complementariedad que incorporan. La libertad de pensamiento, partiendo del conocimiento intelectual, se configura como aquella que permite a la persona dar una respuesta autónoma a los interrogantes de su vida personal y social; dicho de otro modo, es la concepción que el individuo tiene sobre las cosas, el hombre y la sociedad y de acuerdo con la cual actúa. Se trata de una actividad racional mediante la que se crea un sistema ideológico basado en unas convicciones o creencias autónomas nacidas a la luz del libre pensamiento. La libertad religiosa, sin embargo, se manifiesta en la respuesta personal a la cuestión de la trascendencia del individuo. Implica una toma de postura ante el acto de fe; o, dicho de otro modo, la libertad de realizar o no el acto de adhesión a Dios en una relación dialogal y la libertad de vivir en consonancia con el ideario teorético y moral aceptado. Se trata, por tanto, de una actividad racional y fideística mediante la que se asume un sistema ideológico y un código moral nacido a la luz de la libre determinación en materia religiosa. Por último, la libertad de conciencia es el espacio de libertad que ampara la decisión de la conciencia y la correspondiente conducta moralmente debida, ya que es la conciencia la que permite al individuo emitir un dictamen o juicio de la razón práctica acerca de la moralidad de una acción y la que permite dictar lo que ha de hacerse u omitirse en un caso concreto aplicando las reglas de moralidad del sistema asumido, sea cual sea su origen.

Esto significa que la libertad de conciencia está en relación directa con el juicio moral de la persona ante una situación concreta; y dicho juicio aplica las reglas de moralidad del sistema adoptado. El sistema, tanto puede ser de origen ideológico (libertad de pensamiento), como de origen religioso

(libertad religiosa). Se trata, por tanto, de una libertad inseparable de las otras dos. Garantizar la libertad religiosa y la libertad de pensamiento supone garantizar la libertad de conciencia, de lo contrario las dos primeras carecen de contenido al ser imposible su ejercicio práctico. Dicho de otro modo, de nada nos sirve que el ordenamiento jurídico garantice el ejercicio de la libertad de pensamiento y de la libertad religiosa si, llegado el momento de hacerlas efectivas ante una situación concreta, no disponemos de los mecanismos necesarios para traducirlas en un comportamiento que nos permita ser coherentes con el sistema de valores que conforma nuestro ideario teorético y moral.

El derecho a la objeción de conciencia parte, por tanto, de un desarrollo escalonado de la libertad de conciencia. El punto de partida es la posibilidad de formar libremente la conciencia[2]. Se trata de una fase previa, en la que la persona dispone del mínimo espacio de libertad que garantiza su autoderminación, y que hay que presuponer que concurre en todo Estado democrático. Gracias a esa posibilidad de formar libremente la conciencia y a que ello se puede formular sobre la base del libre pensar y/o la opción de fe, es posible crear un sistema al que el individuo puede obligarse voluntariamente y aplicarlo mediante el juicio de la razón práctica que determina si una determinada acción contraviene o no el sistema asumido en conciencia. Libre pensar, libre aceptación de un código moral predado y libre actuar en consonancia: un todo indivisible que impide sustraer a la conciencia del ejercicio de los derechos de libertad, de los derechos fundamentales irrenunciables que corresponden al individuo. De esta forma es como la persona puede actuar en conciencia, sobre la base de un derecho fundamental multifacético. Y es también lo que le permite exigir la tutela jurídica del juicio de la razón práctica formulado; siendo indiferente que

2 Temistocle Martines configura la posibilidad de formar libremente la conciencia a través de la creación de espacios o ambientes neutros, exentos de influencias externas, en los que el individuo puede formar libremente su conciencia. T. Martines, *Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza*, en C. Ivàn, IBÁN (Coord.), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid 1989, 25-52. Parece difícil configurar esta opción como una posibilidad real, en cuanto la persona no puede sustraerse del entorno creando una ficción aséptica que le permita borrar cuantos condicionamientos acumula como parte su propia historia individual. Más bien debemos referirnos a que, la formación libre de la conciencia, parte de la posibilidad de discernir mediante el análisis crítico del entorno y de sus circunstancias. Ello exige, además, un entorno mínimo de libertad que permita al individuo crear un sistema de valores personal y autónomo; un espacio real, no exento de influencias externas, pero libre de presiones en el ejercicio de la libertad.

dicho juicio lleve al individuo a actuar dentro de los límites de lo jurídicamente permitido (sin vulnerar, por tanto, ningún deber legal) o contraviniendo la norma, ya que, en este último caso, la potencialidad ejecutiva de la libertad de conciencia, se traduce en un derecho a objetar en conciencia.

A nivel constitucional, tanto en la Constitución española como en la italiana, está garantizada la libertad de pensamiento y la libertad religiosa; por ello también lo está la libertad de conciencia, única capaz de hacer efectivo el ejercicio de ambas libertades y del único derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Objetar no es sino ejercer ese derecho más allá de los deberes legales, sobre la base de una libertad de alto rango y, en definitiva, de un derecho fundamental solo limitable en función de la existencia de otros derechos del mismo rango.

La objeción de conciencia, a pesar de su vinculación directa con la libertad de conciencia, es una categoría jurídica ante la que el legislador se siente incómodo. Es una especie de temor constitutivo ante el incierto peligro de que su reconocimiento haga quebrar los pilares del sistema. Esto ha sucedido (y aún sucede) en el caso español, refugiado en el positivismo restrictivo, pero mediatizado en sus escasos reconocimientos por la moral ideológica de corte conservador; y en ello es muy sintomática la jurisprudencia constitucional. El alto tribunal español ha dibujado todo un amplio espectro de contradictorias resoluciones sobre el fundamento de la objeción y el valor que se le ha de atribuir como categoría jurídica. En efecto, el Tribunal Constitucional español, ha configurado la objeción de conciencia como derecho derivado de un Derecho Fundamental que otorga la posibilidad de ser declarado exento de un deber general[3]; pero también lo ha hecho considerándola un derecho constitucional autónomo, entendiendo por tal una categoría *sui generis* a medio camino del derecho fundamental[4];

---

3 STC 15/1982, de 23 de abril, Fundamentos Jurídicos 6 y 7. *A diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de la libertad de conciencia, el derecho a la objeción de conciencia no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta* […] *pues la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber.* […] *La objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador* […] *ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud.* (FJ 7) […] *Puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español.* (FJ 6)

4 STC 160/1987, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 3. *Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber*

no sólo eso, también ha llegado a decir que la objeción constituye un derecho a ser eximido de un deber constitucional[5]; para finalmente reconocer, incluso, que se trata de un auténtico derecho fundamental autónomo o, al menos, directamente derivado de la libertad de conciencia garantizada en el artículo 16.1 de la Constitución[6].

La conclusión a que se ha llegado en el sistema español a raíz de toda esta jurisprudencia contradictoria ha sido, ciertamente, curiosa. Se ha optado por seguir la doctrina establecida por las STC 160 y 161/1987, calificando a la objeción como derecho constitucional autónomo o derecho a ser eximido de un deber general y desvinculándola del artículo 16 del texto constitucional, en donde se reconoce a la libertad de conciencia el carácter derecho fundamental. Con ello se trata de romper el nexo entre libertad y objeción,

---

constitucional, como es el de la defensa de España- lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental. Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema […]*, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental.* A esta sentencia opuso su voto particular el magistrado De la Vega Benayas, para quien *Como «la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica» -en términos de la misma Sentencia-* (se refiere a la STC 15/1982) *puede considerarse ahora yendo más allá, que la objeción de conciencia es un derecho reconocido en el ordenamiento constitucional, y consiguientemente como derecho fundamental por su intrínseco contenido. Esta naturaleza fundamental del derecho a la objeción de conciencia incita* […] *a la comprensión del sentido […] profundo de la garantía del recurso de amparo que el art. 53.2 de la Constitución otorga al derecho del objetor, garantía que, como es sabido, sólo se extiende en principio a los derechos y libertades de los arts. 14 al 29. O bien a la afirmación de que no es derecho fundamental porque goce de esa protección constitucional reforzada, sino que el derecho tiene acceso al recurso de amparo porque su naturaleza y contenido es propio de un derecho fundamental.*

5 STC 161/1987, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 3. *La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto*. (En el mismo sentido los ATC 214/1996 y 135/2000).

6 STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 14. […] *por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia,* […] *existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales.*

evitar su aplicación directa sin necesidad de la *interpositio legislatoris* y reconducir la objeción a un supuesto de opción de conciencia, en donde el objetor sólo puede hacer uso de ella si la norma la contempla y tiene establecido un sistema de opción para quien la alega[7]. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. A pesar de la doctrina establecida por la jurisprudencia constitucional, se ha abierto paso un supuesto excepcional de objeción de conciencia al que el propio Tribunal Constitucional reconoce su carácter de Derecho Fundamental. ¿Cómo es posible? ¿Acaso las categorías jurídicas pueden variar de naturaleza y unas veces ser derecho fundamental y otras no? Pues, al parecer, así es en el caso español. A día de hoy se entiende que la objeción de conciencia a la práctica de abortos por parte de los profesionales sanitarios (y por extensión a todo lo que son objeciones de naturaleza sanitaria) es un derecho fundamental sustentado por la STC 53/1985; mientras que el resto de supuestos no lo son por serles de aplicación las STC 160 y 161/1987. Es decir, parece que estamos ante un derecho constitucional autónomo que «misteriosamente» se transforma en derecho fundamental cuando se trata de temas relacionados con el ámbito sanitario. Hecho que, en mi opinión, es un evidente supuesto de discriminación al otorgar el reconocimiento de objetor no en función del instituto jurídico de la objeción de conciencia (que podemos considerarlo derecho fundamental o no), sino en función del supuesto de hecho que subyace tras el alegato de objeción[8]. De ahí que, con anterioridad, me refiriese a la existencia de motivaciones ideológicas que han penetrado en el debate jurídico desfigurando el tema de fondo: la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia[9].

---

7 La objeción de conciencia deja de ser tal cuando se convierte en una opción de conciencia; es decir, cuando el supuesto de hecho que provoca la objeción se incorpora a una norma y se ofrecen diferentes alternativas para compatibilizar las controversias. Al existir una previsión legal, la persona ya no objeta, sino que opta por una u otra posibilidad en función de lo que le permite la norma. Una cuestión de conciencia acaba convertida en un acto de elección que ni será capaz de dar respuesta a todos los supuestos, ni de contemplar las infinitas tipologías que se pueden presentar. Serían precisas infinidad de normas específicas, siempre quedarían supuestos sin contemplar y la objeción de conciencia, degradada a una suerte de opción, ya sólo sería tal si la ley la regula.

8 Una descripción detallada de la posición del Tribunal Constitucional español y la correspondiente reflexión crítica, puede verse en J.R. SALCEDO HERNÀNDEZ, *Objeción de conciencia sanitaria*, en J.R. SALCEDO HERNÀNDEZ (Dir.), *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Valencia 2013, 285-301.

9 En la STC 53/1985 se reconoce el derecho a objetar del profesional sanitario que se niega a la práctica de abortos, argumentando que la objeción de conciencia

Desde mi punto de vista, estamos ante un auténtico derecho fundamental a la objeción de conciencia por tres razones básicas: a) La objeción de conciencia se configura como un derecho general (la persona que incumple su obligación por motivos de conciencia se halla protegida por un principio general del ordenamiento). De tal forma que aquellas obligaciones jurídicas que pueden eventualmente dar lugar a la objeción, deben ser consideradas como restricciones que inciden en la libertad de conciencia. b) Porque la objeción de conciencia no puede ser algo distinto o desvinculado de la libertad de conciencia. El contenido de la libertad de conciencia exige poder obrar conforme a los imperativos de la conciencia, y esto sólo es posible si se dispone de la potestad de ejercer la objeción. La objeción de conciencia es entonces, de manera evidente, una manifestación de la libertad de conciencia y, por tanto, derecho fundamental como derivación sustantiva suya. c) Porque, al estar protegida la objeción por el recurso de amparo, el constituyente muestra su inquietud por asegurar la integridad del derecho a la objeción de conciencia frente a posibles abusos, tanto por parte del ejecutivo, como por parte del legislativo. Si el constituyente lo hubiera configurado como un derecho constitucional autónomo, no fundamental y sin vinculación jurídica relevante con el artículo 16.1, no habría sentido la necesidad de disponer para este derecho la protección por el amparo; habría bastado la tutela judicial genéricamente prevista en el artículo 24.1.

3. No es la cuestión de la definición de la objeción de conciencia un tema baladí. Y no lo es porque permite simplificar el debate en torno al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia. El auténtico objetor es muy escaso; en él han de confluir una serie de caracteres precisos que no se dan en la mayoría de aquellos casos que, con cierta ligereza, se califican de supuestos de objeción. Es decir, el tema de la objeción no es algo de mayorías, no es algo que pueda se alegado como recurso fácil para rechazar una determinada obligación jurídica, no se trata de una categoría que invada o ponga en peligro el sistema jurídico o la idea de Estado. En su auténtica configuración, es una figura de minorías; fácilmente acotable y, por tanto, susceptible de compatibilizar su existencia, sin mayores problemas, con el resto de derechos del ordenamiento jurídico.

---

es un derecho fundamental; en las STC 160 y 161/1987 se niega dicho carácter fundamental en los supuestos de quien se niega a cumplir con el servicio militar obligatorio.

Existen dos tendencias, considerar la objeción como incumplimiento de una obligación legal, o entender que se trata de la sustitución de la moral social por la individual (derecho subjetivo, derecho fundamental). En mi opinión, ante la coexistencia de dos leyes opuestas (jurídico-positiva una, de conciencia la otra) la persona tiene un derecho subjetivo a optar por una u otra. La objeción de conciencia sería, entonces, aquella oposición del sujeto ante una obligación jurídica, previo análisis de la realidad social, la norma que incide sobre ella y el dictado de la propia conciencia, oposición que emana de un dictado interno del individuo producto de una valoración suprapersonal y al que el sujeto no puede renunciar sin dejar de ser él mismo.

Ello nos obliga a distinguir la objeción de otras figuras que, aunque se asemejen, no lo son. No es necesariamente objeción de conciencia el rechazo a la aplicación de una ley en su conjunto y en cualquier tipo de circunstancia Esto constituye un supuesto de objeción de ley. La objeción de conciencia es una objeción de acto y no toda objeción de conciencia es objeción de ley, por ejemplo en el caso de la negativa de un profesional sanitario a aplicar en ciertas circunstancias que considera incorrectas una ley reguladora del aborto, como sería el caso de la utilización del aborto como método anticonceptivo. Tampoco es objeción la que se lleva a cabo cuando no puede hacerse, ya que es posible resolver el conflicto sin lesionar los valores en conflicto (psudo-objeción). Ni lo es la que utiliza motivos que no son de conciencia haciéndolos pasar por tales (cripto-objeción)[10]. No es objeción de conciencia el llamamiento general que, desde ciertos grupos sociales, políticos o religiosos se puede hacer al incumplimiento de una norma por motivos de conciencia Esto constituye un supuesto de desobediencia civil en el que prima su carácter de acción colectiva y cuya finalidad es la derogación de una norma que se considera injusta. La objeción de conciencia es un acto individual, producto de una decisión en conciencia personal y cuya única finalidad es que no se aplique la norma al sujeto que objeta.

El auténtico objetor se opone a la realización de un determinado acto (no a un concepto o a una directriz moral); objeta sin tener en cuenta las presiones externas (ya sean en sentido positivo o negativo); llega a esta decisión tras confrontar el acto a realizar con su ideario teorético y moral y objeta con independencia de que su sistema moral de referencia le obligue a seguir una determinada opción, pues lo fundamental no es el mandato, sino que el acto a realizar convulsione internamente al sujeto; objeta porque, caso de realizar el acto que se le impone, dejaría de ser él mismo como

10 v. d. GRACIA GUILLÉN, *Historia de la objeción de conciencia*, en F. J. Alarcos Martìnez (Dir.), *Objeción de conciencia y sanidad*, Granada, 2011, 47.

persona, pero su intención no es cambiar la norma que rechaza, sólo pide que no se le aplique a él; y llega a esta situación cuando es el último recurso que le queda.

Como elemento inseparable de la libertad de conciencia y del derecho en el que ésta se articula (el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión), no precisa de más reconocimiento normativo que el que se presupone para los derechos humanos. Por ello toda restricción de la objeción de conciencia debe tener como fundamento la colisión con el derecho de un tercero; siempre y cuando sólo pueda ser salvada la colisión mediante esa restricción y tratándose de derechos del mismo rango. Regular la objeción de conciencia y que ello suponga poner límites a su capacidad operativa, supone una violación del derecho del que procede. Hay que respetar, con estas precisiones, al objetor; pero sólo al auténtico objetor, ¿acaso es tan notable el número de auténticos objetores?

4. Todo reconocimiento de derechos lleva unida la posibilidad de ejercerlos, pero su ejercicio no es unidireccional, ya que ha de articularse en función de la existencia de posibles derechos pertenecientes a otro titular. Esto tanto es aplicable a los supuestos de objeción de conciencia argumentables por el profesional sanitario, como a los que afectan a la mujer en caso de existir indicaciones jurídicamente reconocidas para la práctica del aborto.

Por lo que se refiere al derecho de la mujer a decidir, el debate está condicionado por un conflicto de intereses distinto: el que enfrenta la autonomía de la voluntad de la mujer en las decisiones que afectan a su entidad física, a los derechos de difícil delimitación temporal del concebido no nacido. Tengamos en cuenta que la tendencia habitual de las legislaciones de ámbito europeo discurre por la vía de la despenalización de supuestos de aborto y no tanto por el reconocimiento de un derecho específico. Ello es consecuencia de un proceso de evolución histórica que, en nuestro ámbito cultural y por influencia de factores de diversa índole encabezados por los de origen religioso, ha ido evolucionando a partir de una eliminación progresiva y variable de la punibilidad. De ahí las diferentes gradaciones que de los reconocimientos en materia de interrupción voluntaria del embarazo existen en el ámbito de las diferentes legislaciones europeas.

Configurar como derecho la decisión de la mujer exige precisar los límites de la autonomía de la voluntad y su propio concepto. Determinar el alcance de la disponibilidad sobre el propio cuerpo. Discernir hasta dónde estamos conjugando una sola entidad o entidades distintas y en

qué medida temporal. En definitiva, valorar los intereses en conflicto y situar en sus justos términos las repercusiones que, en el ámbito de la salud, conlleva esta temática.

La complejidad de las variables que confluyen es de notable entidad. No sólo se trata de analizar las fórmulas que pueden permitirnos compatibilizar el indeterminado derecho del profesional sanitario a objetar una específica intervención sanitaria, con el difuso derecho de la mujer a decidir sobre la misma. También se trata de preguntarnos por el sentido, alcance y potencialidad de los supuestos de objeción de conciencia y por la dimensión y efectividad de los derechos de la mujer en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo.

El derecho de la mujer a decidir deriva de un derecho de libertad que se materializa en el concepto de autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad, como principio bioético, tiene como límite el principio de no maleficencia (*primun non nocere*): no hacer daño; respetar la integridad física y psicológica de la vida humana. Pero lo que tampoco admiten los principios bioéticos es que se pueda imponer a otro nuestra propia idea del bien. Esta es la forma el que la autonomía pondera al principio de beneficencia. El derecho de la mujer a decidir (en materia de aborto) parte de un conflicto entre la autonomía de la voluntad de la mujer y los imprecisos derechos del concebido y no nacido.

La decisión de abortar no es ni fácil ni banal y desde la ética se considera que no se puede afirmar que hay un derecho al aborto. Es decir, despenalizar no debe ser equivalente a normalizar. Despenalizar supone reconocer el problema de los embarazos no deseados o de aquellas situaciones de gestación con dificultades para seguir, por problemas de salud grave para la embarazada o alteraciones graves en el feto. La ética es, en principio, contraria a la interrupción del embarazo, que siempre supone poner fin a una entidad en la que hay potencialidad de vida humana. Pero la ética también reconoce la existencia de graves cuestiones que se presentan y que demandan ponderar los valores que entran en conflicto.

Desde una ética cívica de mínimos universales que cuidan la convivencia pacífica de morales plurales, se puede respetar una despenalización de la interrupción de la gestación para aquellas personas que, por diversas razones se ven incapaces de asumir la gestación. Desde una ética de máximos (por ejemplo la ética de orientación cristiana), el valor moral inherente a la vida del feto, es un valor superior y como tal es imprescindible transmitir esta consideración y además la máxima información de todas las ayudas posibles a la gestante que demanda el aborto para reconsiderar su decisión. Nuestro análisis parte, precisamente, de la ética de mínimos o ética

de la justicia, caracterizada por proponer principios morales básicos para la vida cívica basados en criterios de justicia (consenso razonable, a pesar de las diferencias religiosas o culturales); ser capaz de institucionalizar ese consenso (plasmarlo en leyes) tanto en el ámbito nacional como en el internacional (éste es el origen de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); formular una ética cívica o ética de los ciudadanos en una sociedad pluralista que comparten un consenso sobre aquellos valores y normas que constituyen un mínimo ético irrenunciable, exigible a todos, y que se puede sintetizar en la dignidad de la persona, el respeto de sus derechos, la solidaridad y la justicia social.

El derecho de la mujer a decidir ¿es una decisión en conciencia de la mujer? ¿es fruto de su libertad de conciencia? ¿de su vivir en dignidad? Yo pienso que sí, pero con ciertos matices. La decisión en conciencia y en dignidad no puede afectar a la dignidad del otro. El problema es determinar cuándo estamos ante "otro" que es acreedor de dignidad. ¿Dónde está la medida de dignidad en la entidad que anida en el vientre de la mujer? En mi opinión, aún no lo sabemos.

No es competencia de la ciencia posicionarse en la controversia que suscita el reconocimiento del derecho al aborto o la legitimidad de la negativa a practicarlo. A la ciencia le corresponde ilustrar a la ética y al derecho sobre la entidad biológica de esa realidad tan desconocida que anida en el vientre de la mujer. Y lo cierto es que, a pesar de los avances de la ciencia, aún no estamos en disposición de hacer afirmaciones categóricas en este sentido. Disponemos de aproximaciones, de evidencias parciales y de debates internos. En definitiva, disponemos de propuestas de trabajo en función del nivel actual de los conocimientos científicos.

5. La argumentación llevada a cabo páginas atrás, por la que mantengo el carácter de derecho fundamental de la objeción de conciencia y el alto rango que ésta tiene, no es obstáculo a la hora de determinar el alcance de su eficacia cuando entra en colisión con otros derechos de libertad. La defensa de la objeción como derecho de obligado respeto, a tenor de su inseparable vinculación a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, no significa que haya de hacerse operativa en todo supuesto y ante cualquier circunstancia. Ello sería un planteamiento reduccionista y desvinculado de la necesaria interrelación que ha de existir entre todos los derechos de libertad. Toda posición de caracteres absolutos en materia de libertades, trae consigo la indefectible primacía de un derecho sobre otro, hecho éste que es inadmisible entre libertades que gozan de un mismo rango.

Si el derecho a objetar es una cuestión en la que está implicada la conciencia de la persona; el derecho a decidir no es menor destinatario de un postulado de conciencia. Toda decisión en la que se ponen en juego aspectos fundamentales de la naturaleza humana, implica un análisis valorativo desde el sistema teorético y moral que la persona asume con libertad y al cual precisa obligarse por un dictado de conciencia. Son las mismas libertades las que garantizan el derecho del objetor y el de la mujer que decide en consonancia con sus postulados éticos. Libertades de igual rango que, en principio, no han de ceder entre sí. Y no han de hacerlo, siempre y cuando exista la posibilidad de satisfacer ambos derechos, lo cual ocurre en la gran mayoría de las ocasiones. Se trata de derechos de libertad que exigen ser respetados y que, por tanto, hacen precisa la compatibilización de ambos a fin de garantizar, tanto el derecho del profesional sanitario a objetar, como el de la mujer a que se realice la interrupción voluntaria del embarazo[11].

Llegado el caso de conflicto insalvable, tampoco habrán de adoptarse soluciones absolutas, salvo que lo que esté en juego sea la propia vida de las partes en conflicto, en cuyo caso habrá de optarse por la defensa de la vida con independencia del resultado abortivo de las actuaciones llevadas a cabo. Las soluciones habrán de acomodarse a las circunstancias concretas y con previsión de las consecuencias de futuro, ya que no debe adoptarse una decisión que comprometa el futuro de las personas, en base a un criterio valorativo de diferente signo entre las partes en conflicto. La prudencia

11 Tanto la legislación española como la italiana se refieren a esta necesaria compatibilidad. Sin excesivas concreciones, pero reconociendo la existencia de ambos derechos: *Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia* […] *Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación* (art. 19, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo). *Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione* [...] *Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale* (art. 9, Ley 194/1978, de 22 de mayo).

jurídica y, sobre todo, la atención a la dignidad pasada, presente y futura que puede derivarse de la decisión adoptada, han de ser los parámetros que determinen cómo ha de prelacionarse el derecho que a cada cual corresponde.

6. El Bioderecho, como ciencia, se fundamenta en una ética capaz de incorporar una gran diversidad de corrientes de pensamiento; se proyecta desde una ética aplicada de carácter civil sustentada en la racionalidad humana; atiende al estado actual de la ciencia para ser capaz de valorar los resultados que la ciencia ofrece; y realiza los análisis jurídicos con carácter interdisciplinar. El Bioderecho se sustenta en los Derechos Humanos y está mediatizado por la existencia de una profunda fundamentación ética y una elevada justificación científica.

Derecho, ética y ciencia, con sentido interdisciplinar, conforman los parámetros por los que discurre el Bioderecho que, frente al creciente poder de intervención de la ciencia y de la tecnología en la vida humana, fundamenta su reflexión en dos interrogantes básicos: ¿todo lo que es materialmente posible es éticamente aceptable?; y, si lo es, ¿dentro de qué límites jurídicos?

Las Bioéticas existentes a día de hoy ¿nos sirven para solucionar cuestiones como la que estamos abordando? Y me refiero en plural a las Bioéticas, porque la Bioética no es una. Hay tantas Bioéticas como códigos morales en los que se sustentan y esto sucede cuando su razón de ser es una ética de máximos. Otras son excesivamente teóricas, desconectadas de la realidad social e incapaces de proporcionar soluciones reales. Otras, en fin, aún siendo de mínimos, no tienen capacidad de aglutinar por ser excesivamente difusas. La Bioética, a día de hoy, no nos sirve. Necesitamos de otra ciencia, necesitamos de una ciencia capaz de incorporar una ética aplicada de carácter civil que, sustentada en la racionalidad, sea compartida con carácter general. Esa ciencia, en mi opinión, puede ser el Bioderecho. Las Bioéticas no han sido capaces de dar respuestas generales: diversas respuestas para un mismo supuesto no resuelven el problema. Además, ¿tan sólo interviene la ética?, el Derecho ¿tiene algo que decir?, la Ciencia ¿tiene algo que decir? Ante una controversia que afecta a un tema de salud, no sólo interviene la ética interrogándose por los límites y las realidades transcendentes comprometidas en la decisión a tomar; también interviene la ciencia (medicina, biología […]) con sus conocimientos avanzados; y también lo hace el derecho estableciendo los cauces de convivencia necesarios, las garantías de los derechos reconoci-

dos, los deberes asignados y el mínimo común denominador mediante el que derecho, ética y ciencia convergen en la construcción de una solución justa.

Las directrices que podrían ser propuestas para dar respuesta al conflicto entre objeción y derecho de la mujer a decidir, han de tener su punto de partida en las formulaciones analíticas que se pueden construir desde la óptica del Bioderecho. Puesto que la ciencia del Bioderecho aúna los criterios que aportan ética, ciencia y derecho, habría que preguntarse, en primer término, por los fundamentos éticos de mínimos (el mínimo común denominador común) que la racionalidad secularizada de la ética aplicada nos proporciona. Y la ética, evidentemente, avala la posición de objeción, cuya finalidad es hacer efectivo el ideario teorético y moral de la persona en dignidad; pero no por ello deja de reconocer que el derecho de quien sufre las consecuencias del acto de objeción tiene su fundamento en una cuestión de autonomía y libertad, fundamento que, con los límites legales que se establezcan, merece idéntico tratamiento. La ciencia, por el contrario, no entiende de objeción; su análisis se vierte en la evidencia y ésta, una vez constatada, excluye la negación de lo que para ella es evidente. Las dudas se sitúan en la determinación de la vida y de la vida independiente, por lo que los derechos en conflicto presentan un reconocimiento variable en función del propio avance que la ciencia experimenta; y, a día de hoy, todavía no es capaz de solventar este dilema. El Bioderecho en fin, acoge los postulados éticos y por ello reconoce la existencia de dos valores protegibles: el de objetar y el de abortar; y lo hace así porque ni los conocimientos actuales de la ciencia le permiten inclinar la balanza, ni la ética mínima avala una posición en la que predomine uno sobre otro. Tratándose de una norma de Bioderecho con vocación de conjugar las tres facetas, sólo cabe la posibilidad de aceptar ambos valores y poner los medios necesarios para que sólo en caso de extrema necesidad, uno pueda ceder ante la presión del otro. Eso sí, teniendo siempre en cuenta el ámbito en el que cada uno de ellos se ejerce: objeción como exigencia ontológica del individuo en libertad y el derecho a decidir como expresión de la parcela de libertad que el ordenamiento reconoce en supuestos concretos. Y todo ello bajo el marco de referencia común que se sustenta en los Derechos Humanos.

La aportación fundamental que podemos encontrar en el Bioderecho es el reconocimiento de ambos derechos en igual valor y dignidad, según el estado actual de la ciencia. Por ello hay que exigir del Bioderecho normas de carácter evolutivo que sean capaces de compatibilizar ambos derechos. Y en el caso que nos ocupa la solución no es tan compleja. En realidad los conflictos que se suscitan entre el profesional sanitario objetor a la práctica

del aborto y la mujer que ejerce su derecho a abortar, son supuestos de pseudo-objeción, ya que no se trata de un conflicto insalvable, dado que existen alternativas que permiten respetar ambos derechos siendo éstas, además, una obligación del legislador el proporcionarlas. Primar un derecho sobre el otro es un supuesto de dejación de la obligación del legislador de hacer valer y compatibilizar los derechos de sus ciudadanos.

Verónica Alarcón Sevilla

LOS REGISTROS PÚBLICOS DE MÉDICOS OBJETORES DE CONCIENCIA AL ABORTO: LIBERTAD DE CONCIENCIA, INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS.

Sumario: 1. Introducción. 2. El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 16/2010 de 6 de noviembre, por la que se crea el Registro navarro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. 3. Libertad de conciencia. 4. Intimidad y protección de datos. 5. Conclusión.

1. Antes de profundizar en el estudio de uno de los temas más polémicos en los últimos meses, el de los registros de objetores de conciencia al aborto, resulta conveniente indicar que la primera regulación legal que se realiza en nuestro Derecho español sobre la objeción de conciencia en la práctica del aborto, es de fecha relativamente reciente.

Es la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 55 de 4 de marzo de 2010 y que entró en vigor el día 5 de julio de ese año, la que reconoce en su artículo 19.2 – de acuerdo con la terminología de la propia ley-, el derecho de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo a ejercer su derecho a la objeción de conciencia[1].

En este sentido, aunque el precepto dispone que la negativa a realizar la intervención de interrupción de embarazo debe manifestarse anticipadamente y por escrito, y que tanto la Exposición de Motivos de la Ley como su Disposición final cuarta habilita al Gobierno a adoptar las disposiciones reglamentarias necesarias para su aplicación y desarrollo, lo cierto es que a la fecha, ese derecho a la objeción de conciencia aún no ha sido objeto de desarrollo. Y es esa necesidad en la práctica de desarrollar el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 lo que ha provocado que algunas Comunidades

1 El artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 condiciona esa objeción de conciencia por los profesionales sanitarios a que en su ejercicio no resulten menoscabados el acceso y la calidad asistencial de la prestación y a que su rechazo a realizar la interrupción se manifieste «*anticipadamente y por escrito*».

Autónomas hayan optado por no esperar a que el Gobierno se decida a llevar a cabo ese desarrollo y han publicado, asumiendo su competencia en materia de sanidad, sus propias normas, arriesgándose a tener que rectificar posteriormente cuando el contenido sea objeto de desarrollo estatal, a fin de respetar lo que esa normativa marque.

Es el caso de Castilla La Mancha, mediante Orden de su Consejería de Salud y Bienestar Social de 21 de junio de 2010 modificada poco después por Orden de 14 de octubre de ese mismo año, y el de Navarra con la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por las que se crea un registro de profesionales objetores de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en el ámbito de dichas Comunidades[2].

A pesar de ser los de Castilla La Mancha y Navarra los únicos registros de objetores con carácter público, algunos Colegios de Médicos españoles han establecido un registro voluntario y confidencial de objetores (Aragón, Andalucía, Madrid, Alicante, Badajoz, Castellón, Murcia, Cuenca, Las Palmas, Vizcaya, etc.) y otros se limitan a recomendar a los médicos que prestan asistencia sanitaria en centros públicos su inscripción en una lista creada por la propia Administración sanitaria (Castilla León y Galicia)[3].

Sin embargo, la obligación de la solicitud previa de declaración de objetor por parte del profesional sanitario mediante la inscripción en dichos registros públicos para que se garantice el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad ideológica, no está exenta de polémica, de ahí que hayan sido varias las voces que están alertando de que esa forma de regular la objeción de conciencia impone una restricción al ejercicio de ese derecho fundamental y vulnera a su vez el de intimidad[4].

---

2 Los títulos de estas normas quedaron redactados de la siguiente manera: *Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para el registro de las solicitudes de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo* y *Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo,* respectivamente.

3 Sobre el tema, el «*Informe de la asociación nacional para la defensa del derecho de objeción de conciencia (ANDOC) sobre vulneraciones al derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la sanidad pública ante el aborto y técnicas de cribado prenatal*» de 21 de junio de 2011.

4 Sobre la libertad ideológica, M. Martínez León, J. Rabadán Jiménez, *La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética y deontología. Cuadernos de Bioética*, vol.XXI, n.72, 2010. «*Según David Larios, corrdinador de servicios jurídicos y de bioética de los Servicios de Salud de Castilla La Mancha, reconoce que "el tema de los registros es polémico y la ley no puede obligar al médico a que registre su objeción, pues, de acuerdo con lo que establece la Constitución*

De ahí que la única pretensión de este artículo, sin ignorar el importante malestar que ha generado la creación de estos Registros especialmente en los profesionales sanitarios afectados y en las instituciones a través de las que son representados, es realizar un análisis sobre la afección de estos registros en sus derechos fundamentales a la libertad ideológica, intimidad y protección de datos con base en la reciente sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional español de fecha 25 de septiembre de 2014, y en la que ha sido ponente González-Trevijano Sánchez, tras conocer de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la citada Ley Foral de Navarra, y atendiendo asimismo al criterio mantenido al respecto por la Agencia Española de Protección de Datos como autoridad de control competente en esta materia.

2. En base al argumento expuesto en la Exposición de Motivos de la ley autonómica de que las administraciones sanitarias deben *«garantizar también la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo dentro de su Región sanitaria»* y que para ello *«tienen la capacidad de organizar los diferentes recursos humanos y sanitarios, con el objetivo de garantizar la prestación»*, como anticipaba, la comunidad Foral de Navarra aprobó su Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea un registro, en el que deben inscribirse a partir del 16 de noviembre de 2010 que entró en vigor, los profesionales sanitarios que quieran ejercer su derecho a objetar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Considerando que la regulación contenida en esa ley autonómica vulneraba nuestro texto constitucional, *«tanto en lo que se refiere a la distribución competencial de materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como en lo relativo a su contenido material»,* más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, promovió recurso de inconstitucionalidad contra la misma[5], con

---

Española de 1978, en su artículo 16.2, no se puede obligar a nadie declarar sobre las creencias"».

Sobre la intimidad, G. Adriasola, *La objeción de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo: ¿Cómo conciliar su ejercicio con los derechos de las usuarias?* en *Revista Médica del Uruguay*, vol.29, n.1, Montevideo, marzo 2013, entiende que *«las razones por las cuales se formula una objeción de conciencia forman parte del derecho a la intimidad del médico objetor. En otras palabras, los motivos por los cuales un médico formula una objeción de conciencia son estrictamente confidenciales»* .

5 Recurso de inconstitucionalidad número 825-2011 con fecha de registro en el Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2011.

fundamento en dos motivos distintos: el primero, la falta de competencia de la Comunidad Foral para regular el modo de ejercerse el derecho a la objeción de conciencia a los abortos y crear un Registro de objetores a su práctica, y el segundo – sólo a valorar en caso de ser desestimado el primero- referido al contenido de la Ley, por considerar que se vulnera el derecho a la libertad ideológica y de conciencia reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución Española y que supone la objeción de conciencia a la interrupción del embarazo, y el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 del mismo cuerpo legal.

Y es este segundo motivo, y del que conoció finalmente el Tribunal Constitucional, en el que «bucearemos» a continuación, al ser de considerable importancia para realizar un acertado análisis del alcance que tienen estos registros públicos en los derechos fundamentales de libertad ideológica, intimidad y protección de datos de los objetores.

Ahora bien, con carácter previo y para situarnos en el contexto, resulta necesario indicar brevemente qué preceptos de la Ley Foral resultaron impugnados y los motivos aducidos:

El artículo 3, por exigir que el objetor especifique de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo recogidos en la Ley 2/2010 a cuál objeta, lo que permitiría una clasificación de objetores en función de los mismos; porque la Ley 2/2010 no exige que la negativa del profesional a la interrupción del embarazo conste en impreso o mediante inscripción en Registro, bastando que medie *por escrito,* lo que restringe desproporcionadamente el derecho a objetar; igualmente porque la Ley 2/2010 sólo exige que la declaración sea *anticipada* y no con la antelación mínima de siete días hábiles que exige ese precepto; y por último, porque el artículo atribuye al Director del Centro Sanitario la facultad de negar el ejercicio del derecho si la solicitud no cumple con los requisitos legales, si bien respecto a esta última atribución sólo apuntar que el Tribunal Constitucional ya ha aclarado que cabe subsanar en cualquier momento los defectos formales detectados.

Los artículos 1.b y 4 al entender que ni es necesaria la existencia de un Registro para gestionar adecuadamente la prestación de interrupción voluntaria del embarazo, ni conocer el nombre de los objetores, pudiendo llegar a impedir el libre ejercicio del derecho a la libertad de conciencia por *«el temor a represalias o discriminaciones».*

El artículo 5 sobre acceso al Registro y que establece que *«podrán acceder aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones»* por conceder una legitimación muy amplia para

acceder a una información que forma parte del contenido de un derecho fundamental a «personas indeterminadas» sin alegar razones y sin el consentimiento del objetor.

El artículo 6 y que contempla que esos datos se utilicen *«con fines exclusivamente organizativos, estadísticos, científicos o sanitarios»,* respecto al que sostienen su inconstitucionalidad por los mismos motivos deducidos en el párrafo anterior.

Expuesto lo anterior, pasamos a examinar si el articulado de la Ley que regula el procedimiento de declaración de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo y la creación de un Registro de los profesionales sanitarios, vulneran sus derechos fundamentales a la objeción de conciencia e intimidad y protección de datos, refiriéndonos al contenido de los artículos de la Ley según los derechos a los que afecten y sin atender a una mera mención o correlación numérica.

3. En primer lugar, respecto a la objeción de conciencia, según nuestro Tribunal Constitucional, los Registros de profesionales sanitarios objetores de conciencia a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo no vulneran su derecho fundamental a la objeción de conciencia, al entender que la creación de un Registro no se contradice con la doctrina constitucional existente hasta la fecha en esa materia.

Para ejemplificar su argumento anterior, el Tribunal[6] cita el Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 160/1987, de 27 de octubre, poniendo así en relación el derecho a la objeción de conciencia en la práctica del aborto con la objeción de conciencia como exención al servicio militar, según la cual el ejercicio de este derecho trae causa en la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor *«ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE)».*

Al hilo de esta argumentación principal, el Tribunal sostiene que la obligación impuesta por el artículo 3 de especificar para cuál o cuáles supuestos de interrupción se objeta, debe entenderse como una posibilidad que se le ofrece al titular del derecho sin que suponga una limitación de su ejercicio, y que el plazo de siete días establecido para declarar su negativa o renuncia a la práctica de la interrupción – plazo no concretado en la Ley Orgánica 2/2010- no es un requisito irrazonable ni desproporcionado pues

6 Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 25 de septiembre de 2014. Fundamento Jurídico Quinto.

el ejercicio del derecho implica la exoneración de un deber jurídico vinculado a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos[7] y toda vez que no es necesario que el profesional espere a que concurra un supuesto de hecho para formular su negativa, pudiendo hacerlo con carácter previo y general para todos los casos a futuro. Se trata así de conseguir que se prevea con qué personal especializado cuenta la Administración autonómica para cubrir esa interrupción legalmente prevista y que este derecho también sea efectivo.

Sin embargo, olvida el alto Tribunal que la doctrina actual, no siendo contradictoria con la antigua, se sitúa en una postura distinta y choca plenamente con la misma. Nos referimos en este sentido a su Sentencia 53/1985 de 11 de abril, en la que al hacer referencia al derecho a la objeción de conciencia afirmaba que, en cuanto que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, «*existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación*[8]».

En este sentido, es inevitable mencionar algunas alternativas existentes a estos registros públicos, que podrían ser utilizadas por los profesionales para poner de manifiesto su objeción de conciencia a la práctica del aborto, y garantizando al mismo tiempo el derecho de la paciente a abortar. Por ejemplo, tan pronto el profesional advierta, al inicio de la relación clínica médico-paciente, la posibilidad de llevarse a cabo esa actuación médica de práctica de aborto, ponerlo en conocimiento de la afectada su condición de objetor para que pueda acudir a otro profesional, llegando a referir a la paciente a otro médico dispuesto a realizar la práctica si fuese necesario; facilitar a la usuaria un listado de médicos no objetores inscritos voluntariamente en una lista custodiada por el Servicio o Dirección

7 Vid. También la Sentencia de 25 de septiembre de 2014, en su Fundamento Jurídico Sexto entiende que ese plazo de emitir la declaración con siete días de antelación sirve a la finalidad de planificar y organizar los recursos humanos y sanitarios necesarios para cumplir con esa prestación a la que está obligada.

8 Este motivo fue esgrimido por el Colegio Oficial de Médicos de Toledo en el recurso contencioso administrativo interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha contra las Órdenes de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Castilla-La Mancha relativas a la objeción de conciencia de profesionales sanitarios en la interrupción voluntaria de embarazo ya citadas, y que dio lugar a la sentencia 143/12 dictada el 20 de febrero de 2012. Sin embargo el Tribunal Constitucional ha superado este criterio con posterioridad, al disponer que debe ser el legislador quien reconozca la aplicación de la objeción mediante la norma de desarrollo correspondiente (STC 161/1987).

del hospital; o que al inicio de la relación contractual el médico objetor comunique su postura a esa Gerencia a fin de que ésta pueda garantizar la asistencia sanitaria[9].

En relación con ese listado de alternativas, el artículo 33.3 del Código de Deontología Médica publicado en 2011 por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos impone al médico el deber de comunicar al responsable de garantizar la prestación y, potestativamente, al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia, siendo éste último el que le preste asesoramiento y ayuda. De ahí que algunos Colegios Profesionales reclamen la competencia de creación de los Registros en virtud de esta norma.

Por si fuera poco, la finalidad organizativa y procedimental cara a la planificación de los servicios sanitarios a fin de respetar el derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, ya se estaba cumpliendo sin necesidad de registros públicos, conciliándose el ejercicio de los derechos a la objeción de conciencia y el de interrupción voluntaria del embarazo y sin merecer ningún reproche de inconstitucionalidad.

Lo que se explica con el Dictamen emitido por el Consejo de Navarra al plantearle la Presidente del Parlamento de Navarra *«si para el cumplimiento de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, es imprescindiblemente necesario el que se regule por Ley el tema de la objeción de conciencia, así como si la exigencia a los profesionales sanitarios de la formulación anticipada de su actitud personal a que se refiere el dictamen de 25 de mayo de 2010 del Consejo de Navarra debe efectuarse mediante la fórmula del registro público».*

El consejo respondió que *«resulta obvio que la falta de un registro público no impide el ejercicio del derecho, razón por la cual, la formulación anticipada de la objeción de conciencia no ha de efectuarse, necesariamente, mediante la fórmula del registro[10]».*

---

9 En este sentido, el Colegio de Médicos de Navarro en un comunicado público de noviembre de 2010 tras reunión de su Junta Directiva y Comisión Deontológica y reproducido en http://www.medicosypacientes.com/articulos/navarra41014.html entiende que la manifestación anticipada y por escrito a realizar la interrupción del embarazo no conlleva la necesidad de creación de ningún registro oficial, sino una mera notificación administrativa personal ante la dirección de los servicios correspondientes, con la finalidad de poder organizar la asistencia sanitaria demandada.
V. también G. Adriasola, *ob.cit*. *«Esa fundamentación solo debería hacerse ante la institución, y un mecanismo para evitar objeciones "interesadas", podría basarse, por ejemplo, en la generación de una entrevista confidencial entre el médico objetor y las autoridades de la institución en la que se desempeña».*

10 Dictamen 54/2010 de 18 de octubre. Disponible en http://www.cfnavarra.es/consejonavarra/pdf.asp?id=632

Por último, para concluir este apartado, debemos recordar que la doctrina de este Tribunal también considera inconstitucional cualquier medida generadora de un «efecto desalentador» o «disuasorio» al ejercitar derechos constitucionales[11].

4. Expuesto lo anterior y en relación con los derechos fundamentales de intimidad y protección de datos, hemos de recordar que el artículo 7.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) condiciona el tratamiento de los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical y creencias, a la obtención del previo consentimiento expreso y por escrito del afectado. Sin embargo ha sido la propia Agencia Española de Protección de Datos[12] la que ha alertado que lo dispuesto en ese artículo podría colisionar con lo establecido en el párrafo primero de ese mismo artículo 7 *«De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo».*

No obstante, y puesto que la Ley Orgánica 2/2010, exige la manifestación expresa y anticipada para el ejercicio del derecho de objeción de conciencia a fin de que la propia Administración sanitaria garantice la prestación, implica que la declaración y el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los objetores estén necesariamente unidos.

---

11 V. STC 25 de septiembre de 2014 dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 825/2011. Voto particular que formula el Magistrado D. Andrés Ollero Tassarra con cita en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: En relación al ejercicio de la libertad de expresión; entre otras, en las Sentencias 110/2000, de 5 de mayo, 2/2001, de 15 de enero y 174/2006, de 5 de junio. Igualmente en lo relativo al derecho de reunión -en las Sentencias 196/2002, de 28 de octubre, y 110/2006, de 3 de abril-; a la libertad sindical -en las Sentencias 70/200, de 13 de marzo, 265/2000, de 13 de noviembre, 88/2003, de 19 de mayo, 185/2003, de 27 de octubre, 241/2005, de 10 de octubre, 151/2006, de 22 de mayo, o 108/2008, de 22 de septiembre-; al derecho a la huelga -en la Sentencia 104/2011, de 20 de junio-; o a la intimidad personal -en la Sentencia 196/2006, de 3 de julio-. Y en el fallo del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 29 de febrero de 2000 en el caso Fuentes Bobo contra España.

12 Al respecto, el informe de fecha 4 de agosto de 2009 de la Agencia Española de Protección de Datos citado en informe 272/2010 de su Gabinete Jurídico, emitido ante consulta planteada sobre diversas cuestiones relacionadas con el ejercicio por parte de los profesionales sanitarios del derecho a la objeción de conciencia, previsto en el segundo párrafo del artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010.

Sin embargo, recordemos que según la doctrina actual del Tribunal Constitucional el ejercicio de este derecho no puede permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa en la exención del cumplimiento de un deber, y la colaboración que ha de prestar comienza *«por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo -frente a la coacción externa- en la intimidad personal, en cuando nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art.16.2 CE)»*.

En este sentido, el Tribunal entiende que el acceso por los responsables pertinentes del Servicio Público de Salud ayuda a que *«tengan conocimiento de las disponibilidad del personal sanitario y puedan organizar en la debida forma la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo con medios propios, si ello es posible, o mediante contratación de personal externo o concierto con entidades privadas*[13]*»*.

Mayor problemática plantea los datos que exige recabar la Ley Foral y que el Tribunal Constitucional los considera pertinentes[14] para la finalidad de formalizar la declaración o renuncia de objeción de conciencia. Estos datos identificativos del personal son: nombre, DNI, especialidad y centro sanitario de pertenencia.

No obstante y por lo que respecta a este punto no podemos más que disentir con el criterio de este Tribunal ya que los datos personales recabados de los profesionales sanitarios son impertinentes y excesivos para cumplir con esa finalidad pretendida, vulnerando así el principio de calidad de datos expresamente contemplado en el artículo 4 de la LOPD y según el cual *«sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido»*. Así lo ha entendido la autoridad de control competente en materia de protección de datos, la Agencia Española de Protección de Datos, al señalar que *«el tratamiento debería limitarse a los datos identificativos del profesional, tales como su nombre, apellidos y número de colegiado, en su caso, así como el mero hecho de su condición de objetor*[15]*»,* doctrina que no debería ser ignorada por nuestro alto Tribunal.

Igualmente la Ley Foral permitía en su artículo 5 el acceso a la información contenida en el Registro a personas indeterminadas, concretamente a

13 V. Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 25 de septiembre de 2014. Fundamento Jurídico Quinto.

14 V. el Tribunal también entiende en este punto que no hay *«restricción desproporcionada del ejercicio del derecho»* sino *«las necesarias exigencias derivadas del ejercicio de un derecho que exime del cumplimiento de un deber»*.

15 V. Informe 272/2010. Expone IV

aquellas *«que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud»*. Afortunadamente ese inciso ha sido declarado inconstitucional y nulo por la sentencia[16]. Como se puede observar, la nueva redacción del precepto habilita sólo a las autoridades sanitarias a acceder a la información de los objetores[17], lo que va en consonancia con la postura sostenida por la Agencia Española de Protección de Datos de que sea la Administración sanitaria la que debería tener acceso al fichero para poder así garantizar la organización y gestión de los recursos necesarios para permitir la práctica de la prestación, de ahí que ostente la condición de responsable.[18]

En cuanto a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos que sobre el objetor hay contenidos en el Registro y según el modelo habilitado al efecto por la Comunidad foral, no existe duda de que los mismos podrán ejercerse mediante escrito a la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud. Ahora bien, el ejercicio del derecho de cancelación y oposición supondría irremediablemente la revocación del consentimiento y la pérdida de la condición de objetor del facultativo, lo que algunos autores entienden que excede de lo que se debe exigir a un profesional para poder disponer de otro de sus derechos, cual es el proclamarse objetor[19].

5. Como conclusión, podemos afirmar que es necesario garantizar, conciliándolos, tanto el ejercicio de los profesionales sanitarios al derecho a la objeción de conciencia como el de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos expresamente contemplados en la Ley, pero sin olvidar la realidad social, so pena de incurrir en decisiones que han

16 V. STC 25 de septiembre de 2014. Fundamento Jurídico Séptimo, pues *«tal previsión faculta un nuevo acceso, posesión y uso de los datos personales que contiene el Registro en unos términos tan abiertos e indeterminados que supone un límite injustificado en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta»*.

17 Art. 5 Ley Foral sobre Acceso al Registro *«Podrán acceder al Registro, en el ámbito de sus competencias, las personas titulares de la Dirección del Centro, de las direcciones médicas y de las direcciones de enfermería de los hospitales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea»*.

18 V. Informe 272/2010. Expone VI.

19 M. Martín Ayala, *La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores,* en *Revista Derecho y Salud*, vol.20, n.2, 2010.

sido objeto de lógicas y fundadas críticas, como las merecidas por los Registros públicos de profesionales objetores de conciencia la interrupción voluntaria del embarazo y a las que ha sido sumada, por méritos propios, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de septiembre de 2014.

Y es que por si fuera poco, y como pone de manifiesto el magistrado D. Andrés Ollero en el voto particular que emite en la sentencia haciéndose eco de información en prensa, el número inscrito en el registro Navarro tras 4 años es de uno o tres y ello en una Comunidad Foral que se venía viendo obligada a derivar esa actuación sanitaria a otras Comunidades ante la masiva negativa de sus profesionales a objetar.

Esta situación no admite más interpretaciones que ese efecto disuasorio y desalentador que el Registro produce en los objetores, por lo que la creación de estos Registros de profesionales sanitarios objetores en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, y en palabras del magistrado discrepante antes citado que hacemos propias *«no supera el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigible sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»,* pues el objetivo que se pretende se cumple igualmente sin sacrificio alguno en los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, intimidad y protección de datos.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Verónica Alarcón Sevilla, Abogada, Directora Jurídica y de Privacidad de ePrivacidad, Murcia

Gianluca Attademo, Docente di Bioetica, Università degli Studi di Napoli Federico II

Caterina Bartros Pou, Abogada de Faura-Casas SL

Juan Antonio Fernández Campos, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Murcia

Claudia Casella, Dottore di ricerca in Bioetica

Roberta Catalano, Ricercatore di Diritto civile, Seconda Università degli Studi di Napoli

Lorenzo Chieffi, Direttore del C.I.R.B., ordinario di Diritto pubblico generale, Seconda Università degli Studi di Napoli

José Antonio Cobacho Gómez, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia

Maria Paola Costantini, Avvocato

Raffaella Cristiano, Ricercatore di Diritto Costituzionale, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

Emilia D'Antuono, Professore ordinario di Filosofia morale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Paolina Di Lauro, Dottoranda di ricerca, Seconda Università degli Studi di Napoli

Francesca Forni, Medico legale

Mauro Fusco, Avvocato, Dottore di ricerca in bioetica

Francisco Manuel García Costa, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Murcia

Rafael Pacheco Guevara, Médico especialista en Medicina Legal y Forense, Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia, Profesor asociado clínico de la Universidad de Murcia

María I. Hellín Martínez, Jueza Sustituta, Máster en Bioderecho, Universidad de Murcia

Pasquale Giustiniani, Docente di Bioetica, Seconda Università degli Studi di Napoli

Leticia Teresa Hernández Martínez, Servicios Jurídicos del Área V de Salud, Máster en Bioderecho, Murcia

María Herrera Giménez, Psiquiatra del Hospital Morales Meseguer, Murcia

Maria Antonietta La Torre, Docente di Sociologia dell'ambiente e del territorio, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

Joaquín Jiménez González, Médico Adjunto de Urgencias Hospitalarias, Máster en Bioderecho, Universidad de Murcia

Francesco Lucrezi, Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano, Università degli Studi di Salerno

Raffaele Maione, Dottore di ricerca

María Belén Andreu Martínez, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Murcia

Franca Meola, Avvocato e Dottore di ricerca

Teresa M. Navarro Caballero, Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia

María del Mar Navarro Martínez, Abogada de Leyemecum, Máster en Bioderecho, Universidad de Murcia

Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz, Catedrático de Medicina legal y Forense, Universidad de Murcia

Andrea Patroni Griffi, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Seconda Università degli Studi di Napoli

Jacinto Pérez Arias, Profesor de Derecho Penal, Universidad de Murcia

Mónica-Galdana Pérez Morales, Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Murcia

Jaime Peris Riera, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Murcia

Mª Carmen Plana Arnaldos, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Murcia

Salvatore Prisco, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Federico II

Raffaele Prodomo, Presidente del Consiglio direttivo dell'Istituto Italiano di Bioetica – Campania

Osvaldo Sacchi, Ricercatore di Diritto romano e diritti dell'antichità, Seconda Università degli Studi di Napoli

José Ramón Salcedo Hernández, Profesor Titular de Bioderecho, Universidad de Murcia

Blanca Soro Mateo, Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia

Emilia Taglialatela, Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Napoli Federico II

Federica Vallone, Dottoranda di ricerca in Human Mind and Gender Studies, Università degli Studi di Napoli Federico II

Teresa Vicente Giménez, Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Murcia

Maria Clelia Zurlo, Professore associato di Psicologia Dinamica, Università degli Studi di Napoli Federico II

QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2004
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010
8. Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical issues*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012
3. *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Quaderno n. 3, Mimesis, Milano, 2014
4. *Bioetica, ambiente e alimentazione*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 4, Mimesis, Milano, 2014
5. *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 5, Mimesis, Milano, 2014

Finito di stampare
nel mese di ottobre 2015
da Digital Team -Fano (PU)