

Los avances médico-científicos que han surgido en los últimos años, relativos al genoma humano, han permitido que, cuestiones que parecían posibles en un futuro lejano, hoy sean una realidad. Derivado de estos avances, se han generado diversas interrogantes que van desde analizar los alcances sobre la manipulación genética, hasta vislumbrar el panorama de la clonación en seres humanos, entre otros aspectos. Si esto, de suyo, ya representa un reto sumamente complejo para el campo de la genética, para la ciencia jurídica, también ha representado un panorama complicado en cuanto a su regulación normativa se refiere. En este libro, se abordan diferentes temas de actualidad, relativos al genoma humano y las implicaciones jurídicas que han surgido en torno a tales temas.



Carlos García Méndez es Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana, Maestro en Ciencias de la Educación por el Instituto de Estudios Superiores de Puebla, Doctor en Filosofía con Especialidad en Ciencias de la Educación por la Atlantic International University y en Derecho, por la Universidad de Almería, España. Es conferenciante nacional e internacional y cuenta con diversas obras publicadas en el ámbito del Derecho y las Ciencias de la Educación. Actualmente es Rector y Presidente de la Junta de Gobierno de la Universidad de Xalapa.

ISBN: 978-607-8668-40-3



GARCÍA
MÉNDEZ

EL GENOMA HUMANO:
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CIENCIA JURÍDICA

EL GENOMA HUMANO: DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CIENCIA JURÍDICA

CARLOS GARCÍA MÉNDEZ

SEGUNDA EDICIÓN



El genoma humano: Desde la perspectiva de la ciencia jurídica

SEGUNDA EDICIÓN

AUTOR

Dr. Carlos García Méndez

PRÓLOGO

Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara

Editorial Universidad de Xalapa, a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones, en coordinación con la Asociación Política Estatal Ganemos México la Confianza.

Xalapa, Veracruz, México 2020



DERECHOS RESERVADOS © 2020

Por Carlos García Méndez

Primera edición 2011.

Segunda edición 2020.

El tiraje de esta obra, en su segunda edición, se realizó bajo el sello editorial de la Universidad de Xalapa A.C., a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones, en coordinación con la Asociación Política Estatal Ganemos México la Confianza, en abril de 2020, en versión impresa, constando de 100 ejemplares. Su versión digital se puede consultar en la página www.ux.edu.mx, oficinas en Km. 2 Carretera Xalapa-Veracruz No. 341 Col. Acueducto Ánimas, C.P. 91190. Xalapa, Veracruz, México.



Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin el consentimiento previo y escrito del autor y/o quienes tengan los derechos respectivos. Los contenidos de la presente obra, pasaron por un estricto proceso de revisión, dictaminación y arbitraje previo, a cargo de las comisiones dictaminadoras de las diferentes áreas del conocimiento del Instituto Interdisciplinario de Investigaciones de la Universidad de Xalapa.

Portada y diseño editorial de la segunda edición: **Grupo Editorial INNOVA.**

Corrección de estilo de la segunda edición: **Eduardo Morquecho Balderas.**

Fotografías del autor en contraportada e interiores: **Dr. Héctor Pedro Montes de Oca Flores**, fotógrafo reconocido internacionalmente por sus extraordinarias obras de arte fotográfico.

Las imágenes que integran la portada, se encuentran protegidas por derechos de autor, utilizándola al amparo del artículo 148 de la Ley Federal de Derechos de Autor en México, ya que se permite la reproducción fotografías e ilustraciones difundidas por cualquier medio, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho.

- ÍNDICE -

Sobre el autor	7
Otras obras del autor	9
Prólogo de la segunda edición	13
Prólogo de la primera edición	17



Introducción: Leyes, sociedad y sentido de la vida	21
--	----

Capítulo 1

La inseminación artificial

1.1 Reflexiones primarias de la reproducción asistida	25
1.2 Los orígenes de la inseminación y el rechazo católico	32
1.3 La inseminación artificial	38
1.4 La fecundación <i>in vitro</i> (FIV)	40
1.5 Transferencia de embriones	42
1.6 Visiones del consentimiento de la fecundación humana asistida en las legislaciones europeas	43
1.7 Clases de inseminación artificial	68
1.8 Inseminación heteróloga (inseminación por tercero)	96

Capítulo 2

La inseminación artificial en la mujer soltera y la maternidad subrogada

2.1 Debates jurídicos en torno a la inseminación en la mujer soltera	105
2.2 Leyes y acciones	106
2.3 Los primeros casos de la maternidad subrogada	108
2.4 Concepto y modalidades	113
2.5 ¿Es o no un contrato la maternidad subrogada?	115
2.6 La maternidad subrogada a la luz de la legislación española	117

Capítulo 3

Debate ético jurídico sobre el embrión y las técnicas de reproducción asistida

3.1 Concepto de preembrión	129
3.2 El embrión humano	134
3.3 El embrión humano ante la filosofía y la ética	139
3.4 Postura del judaísmo, el islam y la iglesia católica	148
3.5 El embrión <i>in vitro</i> como sujeto y objeto de derechos	151

Capítulo 4

El embrión humano y el derecho

4.1 La protección jurídica del embrión humano en el derecho positivo	155
4.2 Status jurídico del embrión	155
4.3 La responsabilidad civil derivada de posibles actuaciones sobre el embrión humano	161
4.4 La responsabilidad penal	167
4.5 Responsabilidad administrativa	170
4.6 Regulación mexicana	174

Capítulo 5

Sobre el genoma humano y su estatus jurídico

5.1 El genoma humano	185
5.2 La selección de sexo	191
5.3 La terapia prenatal	195
5.4 La terapia del embrión post-implantatorio y del feto	196

Capítulo 6

Genética, derechos humanos y derecho comparado

6.1 Contexto	203
6.2 Análisis del derecho comparado	207
6.3 Exégesis de la ley española número 35/1988	209

6.4 Su proceso legislativo. Reforma introducida por el Senado: Discusión en el pleno	225
6.5 Considerandos de la ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Artículos afectados: 4 y 11	237

Capítulo 7

Las características de reproducción asistida y su estatus jurídico

7.1 Las técnicas de reproducción asistida en la Unión Europea	245
7.2 Límites de ámbito transnacional	246
7.3 Legislaciones de algunos estados miembros	248
7.4 La trascendencia del embrión y el genoma humano	256

Capítulo 8

Estudios jurídicos contemporáneos sobre el genoma humano en México y la visión del derecho internacional

8.1 Derecho a la vida del embrión antes del nacimiento	269
8.2 Manipulación genética desde la perspectiva penal	279
8.3 La maternidad subrogada y los casos actuales en México	283
8.4 Análisis jurídico del genoma humano desde la perspectiva internacional	289
8.5 Derechos humanos, bioética y el genoma humano	294
8.6 Marco jurídico mexicano vigente en materia de genoma humano	300
Bibliografía	311
Glosario de latinismos	325

SOBRE EL AUTOR

Carlos García Méndez es Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana, Maestro en Ciencias de la Educación por el Instituto de Estudios Superiores de Puebla, Doctor en Filosofía con Especialidad en Ciencias de la Educación por la Atlantic International University y en Derecho, por la Universidad de Almería, España. Es conferenciante nacional e internacional y cuenta con diversas obras publicadas en el ámbito del Derecho y las Ciencias de la Educación. Actualmente es Rector y Presidente de la Junta de Gobierno de la Universidad de Xalapa.

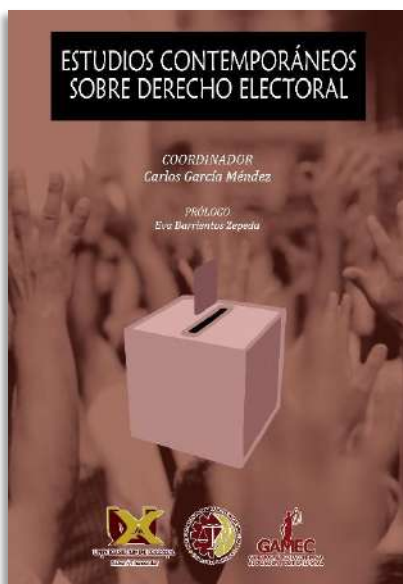
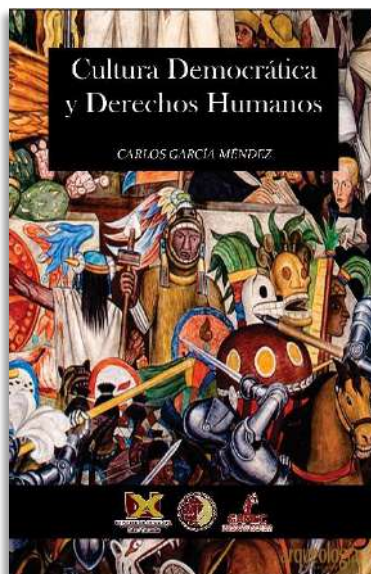
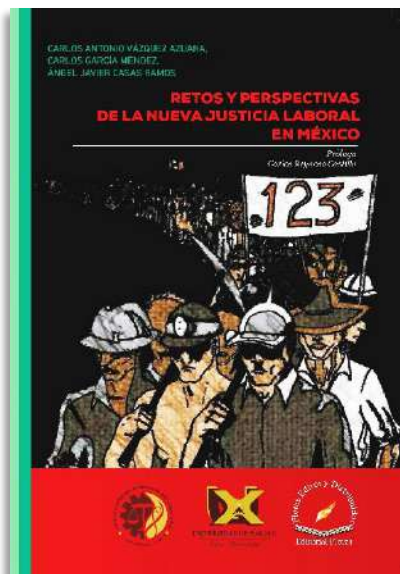


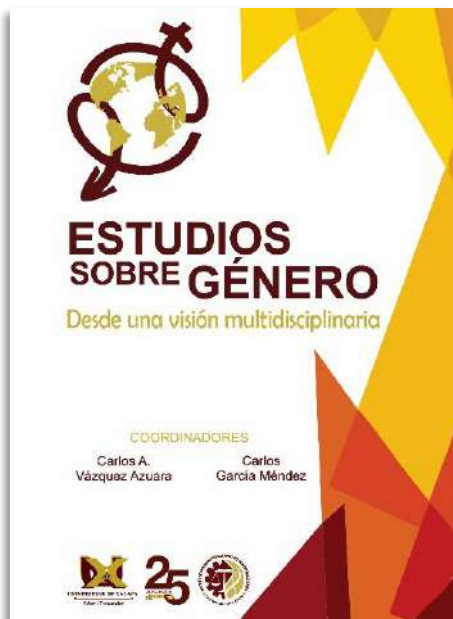
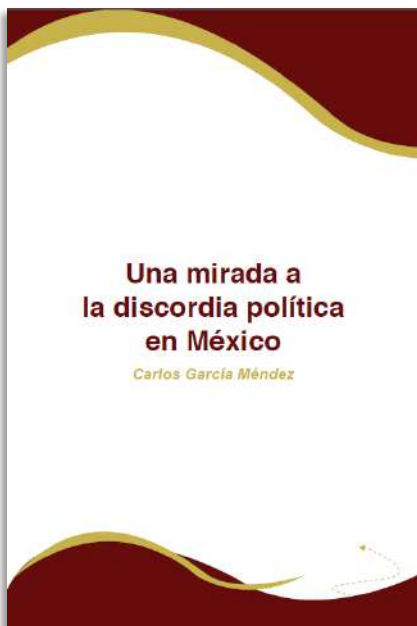
Fotografía: Dr. Héctor Pedro Montes de Oca Flores.



Fotografía: Dr. Héctor Pedro Montes de Oca Flores.

OTRAS OBRAS DEL AUTOR





Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial



COORDINADORES

Carlos García Méndez
Petra Armenta Ramírez
Carlos Antonio Vázquez Azuara
José Francisco Báez Corona

Prólogo

José Manuel de Alba de Alba



**DERECHOS HUMANOS Y
JUICIOS ORALES**
EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



COORDINADORES

Carlos García Méndez
Carlos Antonio Vázquez Azuara
José Francisco Báez Corona



INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA JURÍDICA II



José Francisco
Báez Corona

Carlos
García Méndez

Carlos Antonio
Vázquez Azuara



INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA JURÍDICA I



Carlos Antonio
Vázquez Azuara

Carlos
García Méndez

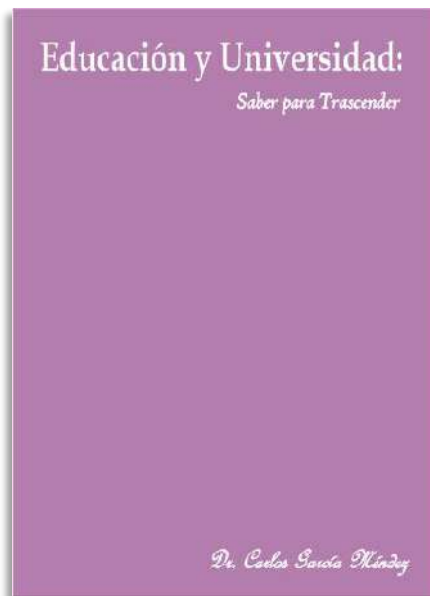
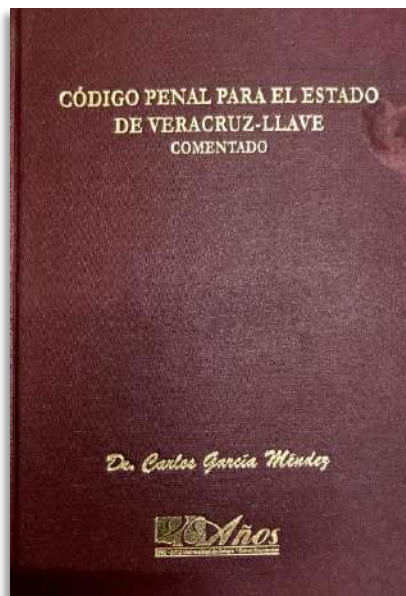
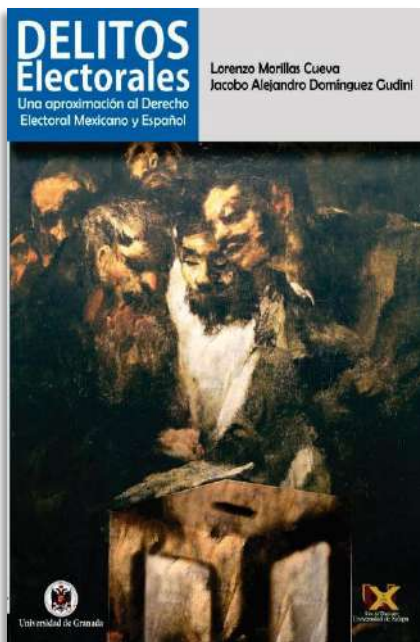
José Francisco
Báez Corona

Ediciones



saber /
trascender

Universidad de Xalapa



PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Carlos García Méndez, sin duda alguna, es un hombre visionario, que ha dedicado su vida a diversos rubros como lo han sido, el ejercicio profesional del derecho, el ámbito empresarial, el ámbito de la política y el servicio público, la educación, la docencia, la academia, la investigación científica, teniendo en todos estos rubros, un éxito rotundo e incuestionable.

Pero es en el ámbito de la investigación científica en materia jurídica, donde centraré este prólogo, debido a que una de las más valiosas características del autor de la presente obra, es sin duda, su carácter visionario, encontrándose siempre adelantado a su época y ser de los primeros en innovar y generar expectativas que no se logran visualizar de forma tan anticipada como lo suele hacer Carlos García Méndez, como ya lo ha demostrado en su vida plagada de éxitos.

En esta inteligencia, la presente obra, es una muestra clara de la visión que siempre ha caracterizado a su autor, pues logró proyectar contenidos vanguardistas desde la primera edición y ahora en esta segunda edición actualizarlos e incrementarlos, posicionando a este texto, como un referente de avanzada en temas que por muchos años no se abordaron y que, a la fecha, siguen siendo estudiados con poca proyección. Es en este sentido, que García Méndez, nos brinda un bagaje de conocimientos sobre lo que representa el gran reto de la ciencia jurídica, ante los avances en materia de genoma humano y los mas recientes aportes de la ciencia en estos menesteres.

Substancialmente, esta segunda edición, además de ofrecernos una actualización de su presentación y contenidos retomados de su primera edición, abona un capítulo 8 que revela con suma claridad, estudios jurídicos contemporáneos sobre el genoma humano en México y la visión del derecho internacional, lo que, a su vez, conlleva a la reflexión de temas tales como el derecho a la vida del embrión antes del nacimiento, la manipulación genética desde la perspectiva penal, la maternidad subrogada y los casos actuales en México, el análisis jurídico del genoma humano desde la perspectiva internacional, los derechos humanos, bioética y el

genoma humano y el marco jurídico mexicano vigente en materia de genoma humano. Todos estos temas que son de actualidad y que complementan y enriquecen esta segunda edición, han representado todo un reto complejo para la ciencia del derecho, al grado de propiciar aún, ciertas interrogantes que carecen de respuesta clara en nuestros días y que por supuesto, cuestionan los alcances de la ciencia, sobre la genética del ser humano, lo cual, a su vez, debe estar regulado por la ciencia del derecho.

En este orden de ideas, la presente obra autoría del Dr. Carlos García Méndez, nos ofrece una serie de contenidos sumamente útiles para las aulas y permite reflexionar adecuadamente sobre tópicos que aún se siguen planteando en las mesas de la discusión científica y jurídica.

Es así, que Carlos García Méndez, con el antecedente de obras publicadas de vanguardia, suma a su vasto repertorio bibliográfico, otra obra de alta calidad académica y un nuevo referente para el estudio de la ciencia jurídica con especial enfoque en tópicos del genoma humano.

Cabe señalar, que García Méndez, se formó en diversas instituciones de educación superior internacionales y su preparación académica y profesional, fue permeada por una visión jurídica de avanzada de países que llevan la delantera en los temas de la presente obra y permitieron a su autor, generar los contenidos que sin duda, se convierten en una bibliografía optima para el esclarecimiento de las interrogantes que se siguen formulando y que al parecer, aún encuentran dificultad para una posible respuesta y por ende, una adecuada regulación jurídica.

Mientras los embates tecnológicos y el desarrollo científico sigan avanzando y generando mas conocimientos para la raza humana, la ciencia jurídica deberá alcanzar estos aportes y regularlos en la medida de lo posible, para garantizar que, en todo momento, se tutelen de forma efectiva los derechos de los seres humanos.

Es por todo lo anterior, que externo mi mas sincero reconocimiento a la extraordinaria obra que tengo el honor de prologar y en consecuencia a su prestigiado autor, el Doctor Carlos García Méndez, gran amigo, aliado de

cientos de batallas académicas y con quien he tenido el honor de compartir créditos y coautorías en diversas obras científicas en el ámbito jurídico, reconociendo en todo momento en mi distinguido amigo García Méndez, su ánimo incansable por continuar contribuyendo con su arduo trabajo académico al fortalecimiento de la ciencia del derecho.

ATENTAMENTE

Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara
Investigador de la Universidad de Xalapa
y la Universidad Veracruzana

Xalapa, Veracruz, México.
Abril de 2020

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

Un hombre del derecho

El doctor Carlos García Méndez ha sido un hombre del derecho. Sus experiencias profesionales han pasado de lo estrictamente práctico a lo académico, su interés por el desarrollo y fortalecimiento de la ciencia jurídica ha sido evidente. Ahora, nos presenta una faceta de jurista que no elude la polémica y elige un tema por demás complejo de la ciencia jurídica: el genoma humano.

El texto que tenemos en nuestras manos aborda uno de los problemas más controvertidos de la ciencia, la ética y la religión, como todos los que tienen que ver con los desarrollos técnico-científicos de la genética. Un tema en donde se pone en tela de juicio el acto mismo de la concepción, con todas sus implicaciones simbólicas ancestrales. Por ello no es extraño que se acuda a citas o anécdotas bíblicas que permiten contextualizar las distintas visiones del mundo, a través de la historia; sin embargo, desde el mismo título “El genoma humano: Desde la perspectiva de la ciencia jurídica”, se aclara el eje de la discusión, procurando en todo momento mantenerla en esa línea, aunque sin ocultar sus preferencias personales. El autor logra un gran acierto, al que aspira todo estudioso del derecho: ofrecer un equilibrio entre sus creencias y aspiraciones y el análisis estrictamente jurídico del tema que le ocupa.

Los avances de la biología, la medicina y la ciencia en general, abren la discusión a problemas éticos y morales que se reflejan en la historia de la humanidad. La función del derecho es mediar esos conflictos sin frenar las posibilidades de desarrollo y supervivencia de la raza humana y su ecosistema. En este sentido, el gran acierto de este texto es sentar las bases para cualquier discusión relativa al genoma humano y sus posibilidades de reproducción y utilización en la ciencia. Una de las mayores preocupaciones es el uso de estas técnicas ya no con fines terapéuticos o de desarrollo humano, sino por razones meramente comerciales y lucrativas; por lo que, en la ciencia del derecho, con sentido humanista, las aportaciones del autor son de gran trascendencia, ya que se preocupa por

dilucidar elementos básicos para establecer límites claros y estrictos en el desarrollo de estas técnicas.

Es impresionante que en una sola molécula se pueda compilar la mayoría de las características físicas e incluso psicológicas e individuales del individuo, pero lo más impresionante es que la razón humana pueda comprenderla, porque no se trata sólo del sujeto en cuestión, sino de la herencia genética de la humanidad en conjunto. En este libro se pretende, en palabras del autor, conocer el “gran libro de la vida”, en su perspectiva jurídica. Describir cómo se ha iniciado la regulación jurídica de este notabilísimo avance de la ciencia y la técnica en el mundo, es importante señalar que se trata sobre todo del marco legal español, así como europeo, dada la naturaleza de la investigación realizada por el autor, pero que es una base imprescindible para continuar el análisis en los distintos países en que nos encontremos, como es el caso de México.

Precisamente en México se creó el Instituto Nacional de Medicina Genómica (INMEGEN) en 2004 (www.inmegén.org.mx). Este instituto se inserta en el Programa Nacional de Salud 2007-2012 y pone a México en el contexto de la investigación y el desarrollo de la biomedicina genómica en clave global.

Desde el principio, el doctor Carlos García Méndez asume distintas posiciones. Unas jurídicas y otras personales, pero, en todos los casos, se trata de elementos indispensables para la reflexión. Algunas de ellas son:

1. Para el ser humano, la vida es un bien supremo.
2. La ética es imprescindible para la toma de decisiones. En nuestras sociedades hay libertad de elección, pero debemos asumir las consecuencias, de cualquier índole, que esa decisión genere.
3. En el contexto latinoamericano, las huellas religiosas/espirituales son ineludibles en la investigación del tema que nos ocupa.
4. El contexto histórico que se presenta es lineal, procurando con ello ganar en objetividad y sistematicidad.
5. La regulación jurídica es un rasgo fundamental de la humanidad que permite configurar el orden social.

En este libro se advierten discusiones apasionantes, todas ellas de una complejidad indiscutible, que tienen repercusión en la ciencia del derecho; de ahí que este texto nos ofrece una veta interminable de temas y reflexiones que habrán de interesar a estudiantes y especialistas.

Uno de los primeros temas tiene que ver con las técnicas de inseminación artificial y la pregunta sobre si ¿existe un derecho a la procreación? Porque cada una de estas técnicas, como la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la inseminación heteróloga, en sí mismas, generan innumerables problemas jurídicos: constitucionales, civiles, incluso penales. Razón por la cual existen diversas regulaciones, en todos estos ámbitos, y la necesidad de continuar la discusión.

Otro intenso debate es el que origina la maternidad subrogada que, en términos generales, está prohibida en diversos países, aunque otros la admiten sin reserva. Otros más, simplemente, no la regulan. En México, en el año 2010, las Comisiones Unidas de Salud, Asistencia Social y Equidad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) aprobaron el dictamen que crea la Ley de Maternidad Subrogada, con requisitos y características particulares, y con la intención declarada de llevarla a una regulación federal. El mismo año, la ley fue aprobada por el pleno de la Asamblea (30 de noviembre del 2010) aunque está pendiente su publicación para que formalmente inicie su vigencia.

Posiblemente, el debate de mayor trascendencia en la historia de estas técnicas y en la regulación del aborto, por ejemplo, ha sido la naturaleza humana y jurídica del embrión. La discusión, primero religiosa y ética, pero luego eminentemente jurídica, de ¿Cuándo inicia la vida humana? ¿Cuáles deben ser los límites a la procreación artificial? ¿Cuáles deberían ser los fines de dicha procreación?

El autor no elude estas preguntas y, de una forma u otra, asume su posición. El texto es rico en referencias tanto doctrinales como legales, lo que permite al lector realizar su propia indagación y generar también conclusiones personales. Porque lo que debemos entender, como lapidariamente lo señala nuestro autor es que “no hay una verdad absoluta”

y yo agregaría que, tal vez, ni siquiera exista una verdad. Lo cierto es que las técnicas artificiales de reproducción pueden tener contenido ético diverso; ser positivas en cierto sentido y negativas en otros. Evidentemente, el abuso y la mercantilización de las mismas es lo que debe generar regulaciones estrictas, tanto a nivel interno, como internacional.

Por tanto, uno de los aspectos que más me interesó de esta obra es la delimitación de los distintos tipos de responsabilidad que surgen respecto a la manipulación genética y la creación de vida, a través de medios artificiales. Por mencionar algunas, tenemos:

1. Responsabilidad civil, tanto en el derecho de familia, como en la responsabilidad patrimonial derivada por los daños y perjuicios ocasionados.
2. Responsabilidad administrativa, tanto de las autoridades, como de las empresas y personal médico que autoriza o realiza estas actividades.
3. Responsabilidad penal que procura atemperar la afectación a bienes jurídicos fundamentales como la vida, la familia, la igualdad o la herencia genética de la humanidad.

Cada uno de estos ámbitos genera campos de investigación jurídica verdaderamente trascendentes y pone en perspectiva discusiones éticas que son premisa indispensable para legislar en estas materias. Derivado de ello, los marcos legales a que se refiere el autor son fundamentalmente europeos, es decir, comunitarios, pero que son referencia obligada para las sistematizaciones nacionales que son necesarias en nuestra región latinoamericana.

Rebeca E. Contreras López
Invierno 2011

Introducción:

Leyes, sociedad y sentido de la vida

Este libro ha surgido de una pregunta sencilla, aunque no por ello carente de complejidad: ¿Cómo ha legislado la sociedad hispanoamericana, en diversas etapas de su historia, las técnicas de reproducción asistida? Mi respuesta la tiene en sus manos el amable lector de estas líneas. No quiero adelantarle datos históricos ni debates jurídicos en esta introducción. En cambio, me referiré a las cuestiones éticas implícitas en mi discurso, porque la toma de decisión colectiva con respecto a la vida (y al derecho a la vida) es de suyo fundamental en este siglo XXI tan proclive a la experimentación con la vida.

Primer aspecto a considerar: el ser humano piensa la vida como un bien supremo. De otra manera, no hubiera pensado en reproducirla bajo ciertas condiciones de control técnico y legislando al respecto. No se reproduce un mal ni se legisla para producirlo, por lo menos en términos de una ética humanista y humanitaria. Bajo esta perspectiva, los esfuerzos del hombre para crear vida no se catalogan con el tono sombrío de la ciencia ficción. Me explico: por lo regular, cuando la ciencia ficción aborda el esfuerzo humano de reproducir la vida, lo que queda expuesto es la megalomanía del hombre por equipararse con su creador. Este filón temático sobre los límites del conocimiento humano comenzó con el Frankenstein de Mary Shelley, esa criatura mítica que desde el siglo XIX resulta el emblema del orgullo desmedido del hombre por su saber aplicado a toda costa. El hombre engendra monstruos al rebasar fronteras del saber que pertenecen a Dios. Esa es la lección que se desprende, si ubicamos la ambición humana de crear vida desde el punto de vista de la ciencia desbocada y loca, que no repara en medios para justificar sus fines.

Como verá el lector al avanzar el texto, las cosas en la realidad son muy distintas a las del mito de Frankenstein: son muchos y muy variados los

controles jurídicos, culturales y científicos para afrontar ciertos desafíos de la naturaleza.

Segundo aspecto a considerar: la ética siempre acude en nuestra ayuda a la hora de la toma de decisiones. Hay libertad de elección, aunque después de la elección (y la acción) hay consecuencias. Estas consecuencias pueden entenderse como parte de un entorno cultural inevitable, cuando el hombre de ciencia se plantea problemas delicados. En este sentido, como parte de la historia que aquí se cuenta, la ética no sanciona el pensar sino el hacer. No se castiga el pensar una nueva posibilidad de vida. Eso es responsabilidad intransferible del hombre de ciencia. Pertenece al orden de su conciencia. Pero en tanto el pensar se transforma en un hacer, ahí aparece la sociedad que regula jurídicamente acciones entre individuos y grupos. Cuando aparece “el otro” en el horizonte, dice Umberto Eco, nace la ética. Una forma axiológica (valorativa) de tutelar el bienestar de una comunidad, o lo que se considera un bien mayor por sobre un bien menor, en las relaciones sociales que son por excelencia relaciones entre individuos concretos en una realidad concreta. En este sentido, la ética se convierte en el garante visible de la toma de decisiones a la hora de utilizar técnicas de reproducción asistida para generar vida. Sin embargo, insisto: esto no se produce para invalidar la búsqueda humana y científica, sino que se produce para marcar límites a esa búsqueda por lo que de pernicioso pueda haber para la comunidad. El científico toma su decisión y actúa. Bien. Pero no tiene la última palabra. Y la manera en que la ética se hace presente es a través de leyes que pautan el quehacer humano. El límite es la norma jurídica que se establece para prever fallas en la acción humana, falible *per se*.

Un tercer aspecto a considerar es la forma en que se desarrolla nuestro tema en el entorno hispanoamericano. Se trata de un problema de contexto, formidable en tanto cultura diseminada en cualquier rincón de España y América Latina (sin contar las numerosas huellas de hispanidad presentes en Estados Unidos de América). En este sentido, la presencia (obvia, patente y potente) del pensamiento religioso/espiritual puede parecer un obstáculo doloso para la ciencia, en el sentido de convertirse en un

obstáculo que no tiene carácter lógico y racionalidad argumentativa. No es nuestra intención desenredar una cuestión tan delicada: las relaciones tormentosas entre religión y ciencia a través de las leyes. Lo señalo porque olvidar el contexto hispanoamericano generaría muchas interpretaciones erróneas en las páginas que siguen. Desde luego, advertiré por puro sentido común que mucha agua ha corrido debajo del puente de la cultura hispanoamericana. Esto significa que ya no vivimos en la época oscura de la Inquisición. De cualquier modo, como aquí se trata de técnicas de reproducción de vida y en cierto modo de trabajos científicos polémicos, entonces la vertiente cultural hispanoamericana tiene puntos particulares que oponer al facilismo del “todo se vale”, no para cancelar debates con autoritarismos trasnochados, sino para visualizar las conciencias potenciales: los individuos que deben tomar decisiones en un entorno cultural determinado.

Un cuarto aspecto a considerar es el sesgo histórico de nuestra indagación. Hay antecedentes y hay consecuentes de las técnicas de reproducción asistida y sus vericuetos jurídicos. Por ello, me he ceñido a los hechos en tanto secuencia ordenada de los mismos, antes que complicar la comprensión del tema con saltos temporales demasiado arriesgados. “La historia es un sordo que contesta preguntas que nadie le hace”, decía el novelista ruso León Tolstoi. Bueno: podría decirse que no he querido contrariar a ese sordo llamado “historia”. Sobre todo, lo he hecho en beneficio de mi lector. En este sentido, mi texto aborda cuestiones históricas de una manera ortodoxa, entendiendo que no hay que inventar digresiones sin un sentido definido y claro. Más vale que la cronología pese por sí misma, y no ver saltos de año a capricho del autor. Con ello ganan los hechos.

Finalmente, he titulado esta introducción: “Leyes, sociedad y sentido de la vida”. Esto merece una explicación. Las leyes nos diferencian del reino animal en grado superlativo. Hasta donde yo sé, y lo digo sin ironía, no hay códigos jurídicos de las abejas y las hormigas, aunque en sus acciones las abejas y las hormigas resultan algunas veces más ordenadas que muchas comunidades humanas. Tanto peor para nosotros, que podemos perder

nuestra humanidad y nuestra sensibilidad comunitaria. Sin embargo, creo que las leyes son al hombre lo mismo que su risa, según varios pensadores medievales: una característica de su ser. Las leyes/reglas regulan cualquier actividad humana, incluso los juegos que se juegan con tanta libertad. La regulación a través de las leyes resulta un rasgo fundamental del hombre, apreciemos o no a los abogados (entiendo los resquemores y la desconfianza), y yo soy abogado por honda convicción.

Por otro lado, la sociedad prefigura un orden y, sobre todo, la posibilidad de una convivencia para permanecer con vida. Antes de la comuna estuvo la horda, con individuos dispersos y feroces, multitudes reacias a la convivencia y marcadas por la aventura. Decir “sociedad” implica olvidar impulsos violentos presentes en las hordas, refrenar instintos de destrucción y apostar por la utilidad que encontraremos en las acciones de otros. Antes que enemigos, como en las hordas, la sociedad presupone elementos de amistad, de valores en común y de tolerancia para la subsistencia. La sociedad, históricamente, tutela la vida y no la muerte. Y he dicho “sentido de la vida”. Hay aquí lo que llamaré “la ilusión de la vida en tiempos duros”. Es decir, pese a la crisis en diversos órdenes de la vida social, todos queremos permanecer. Salvo casos patológicos, a nadie (en sus cabales) le gusta la perspectiva de muerte. Por ello, las técnicas de reproducción asistida y sus marcos jurídicos me parecen buscar el sentido profundo de la vida, incluso desafiando cierto orden natural. Puede que no sea así. Puede que me equivoque y que entonces la vida que se busca sea una vida a costa de la vida natural. Pero: ¿hay vida artificial? Los pensadores escolásticos hablarían de una contradicción en los términos: la vida artificial en realidad no es vida, sino un simulacro de vida, lo mismo que decir “máquinas pensantes” resulta una paradoja. Si es máquina, no piensa. Por supuesto, de diferentes maneras, mientras estemos vivos, seguiremos hablando del sentido de la vida. Aquí el lector tiene, por ello, un pedazo de mi vida, al cual he buscado sentido y he encontrado (felizmente) en el estudio de las leyes, la sociedad y el sentido de la vida. El doctorado que esto me reportó (lo cual me enorgullece, ciertamente) fue lo de menos. El sentido de la vida es lo de más.

Capítulo 1: La inseminación artificial

1.1 Reflexiones primarias de la reproducción asistida

Hoy en día, muchas personas conocen en qué consiste la reproducción asistida a grandes rasgos: se le ubica como una solución factible frente a los problemas de reproducción. En efecto, actualmente es muy difícil que no se le encuentre solución a problemas de este tipo.

La ciencia puede –a través de ciertos controles- producir un hijo sin espermatozoides o una mujer sin óvulos a partir únicamente de las células germinales y –si así lo requieren las personas- ya no es necesario el ejercicio de la sexualidad para tener descendencia. Junto a esos avances científicos, se vuelve indispensable y pertinente una legislación que una todos los cabos sueltos y situaciones especiales que se generan. Problemas como los embriones sobrantes y su conservación, la elección de los mismos, los donantes, las madres solteras y otros muchos, implican gran cantidad de problemas éticos que, a la par de las agendas legislativas, requieren un intenso debate social.

La Bioética ha experimentado un gran auge en los últimos años en todos los países desarrollados, debido a los grandes cambios producidos en la atención médica a personas, sin duda los más significativos en los más de tres mil años de la historia de la medicina. La ética trata de valores y aporta una metodología para abordar los conflictos de valores frecuentes en las decisiones que se toman en el sector salud.

La Bioética también ha conocido un desarrollo jurídico importante en los diez últimos años, con una legislación ya específica, que afecta a la ley General de Sanidad. Muestra de ello son las leyes de las técnicas de reproducción asistida, la ley de uso de tejidos embrionarios y fetales, las leyes de trasplantes. No se trata de que todos los países desarrollen normas de bioética, sino que en ellas se regulan los cambios que se producen en el campo de la ciencia, cambios que tienen en cuenta las nuevas tecnologías que afectan de forma directa al ser humano.

Los medios especializados y de información en general han recogido los debates sobre conflictos originados por cambios jurídicos en sanidad y conflictos de valores. Ejemplos de ello son los debates sobre la eutanasia o sobre la oveja Dolly que más que una entidad biológica es ya un icono cultural. El debate sobre esta oveja es un reflejo de los temores de la ciencia y lo que su poder ha de provocar, en parte del público y su preocupación acerca del futuro del hombre en la era biotecnológica.

Han transcurrido ya más de veinticinco años del nacimiento de la primera niña originada por un procedimiento de fecundación *in vitro*. Se calcula que, después de ella y hasta hoy, han nacido en todo el mundo más de un millón de niños obtenidos mediante ese mismo proceder. Durante estos años, el recurso a las técnicas de reproducción asistida ha conocido una progresiva difusión por muchos países, impulsando a los gobiernos de muchas naciones a elaborar normas legislativas específicas que regulen las complejas técnicas ligadas al empleo de estos procedimientos.

Aunque ciertamente la investigación científica en este sector ha traído crecientes recursos humanos y económicos con el propósito de hacer más eficaces las técnicas de reproducción artificial, no se ha conseguido, sin embargo, un incremento sustancial de las tasas de niños nacidos por ciclo de tratamiento. Sigue siendo tan baja que si se diera en otros tratamientos médicos sería interpretada como señal clara de una eficiencia técnica muy pobre. Por otra parte, en el caso de la reproducción artificial, una cifra tan baja de éxitos, además de representar un dato estadístico de ineficacia técnica, tiene como triste consecuencia mucho sufrimiento y desilusión por parte de las parejas que ven frustradas sus esperanzas de llegar a ser padres. Y, por desgracia, este dato estadístico negativo está trágicamente ligado a una enorme pérdida de embriones humanos, dado que las mayores dificultades operativas que siguen presentándose en las técnicas de reproducción humana asistida se refieren precisamente al proceso de anidación y desarrollo ulterior del embrión.

Hay que señalar que la intervención de la medicina en el ámbito de la procreación se emprendió bajo el signo de una benéfica ‘curación de

esterilidad', dirigida a muchas parejas afectadas por esa condición y movidas por un sincero deseo de ser padres.

Por otra parte, los datos hoy disponibles demuestran que aumenta el porcentaje de parejas estériles, en particular en la sociedad occidental, lo que traslada a la ciencia el deber fuerte de identificar las causas de esterilidad y de buscarles remedio. Esa esterilidad original ha ido cambiando con el paso del tiempo. De un lado, tal cambio se manifiesta en un planteamiento autocomplaciente que, ante el elevado número de casos de esterilidad por causas indeterminadas y sin preocuparse por agotar la investigación en diagnósticos y clínicas, establece el apresurado recurso a las técnicas de reproducción asistida como única forma de tratamiento útil. Del otro lado, se perfila en el horizonte un fenómeno todavía más inquietante: nos referimos a la instalación progresiva de una nueva mentalidad, según la cual el recurso a las técnicas de reproducción asistida podría representar, con respecto a la vía 'natural', el proceso directo y preferencial de traer al mundo un hijo, pues por medio de estas técnicas es posible ejercer un 'control' más eficaz de la calidad del concebido para ajustarla a los deseos de quien lo encarga.

Todo ello contribuye a considerar al hijo obtenido mediante las técnicas de reproducción asistida como si fuera un 'producto', remitido a controles exigentes y cuidadosamente seleccionados. La consecuencia dramática de esta nueva actitud es la eliminación sistemática de aquellos embriones humanos que resultan carentes de la calidad considerada 'suficiente' de acuerdo con los parámetros y criterios inevitablemente cuestionados. Se dice por los médicos especialistas que la infertilidad humana es la incapacidad para lograr el embarazo dentro de los doce meses con una frecuencia coital mínima de dos veces por semana.

La infertilidad afecta a más del 20% de las parejas. La infertilidad de causa masculina representa más del 30% del total. En otro 30% existe una causa mixta (masculina y femenina). En consecuencia, el "factor masculino de infertilidad" solo, o en asociación con "factores femeninos", se encuentra presente en más de la mitad de los casos de las parejas que consultan

opciones por no lograr el embarazo ‘natural’. Estos números demuestran la magnitud actual del problema, y contrastan abiertamente con los datos conocidos varias décadas atrás, cuando las causas masculinas apenas llegaban al 10% del total de los casos.

El factor masculino de esterilidad existió desde siempre, pero permaneció oculto –total o parcialmente– durante mucho tiempo por diferentes razones: criterios de diagnósticos vagos, limitaciones técnicas, comprensión fisiopatológica insuficiente y conceptos erróneos que identifican potencia sexual con fertilidad masculina, frecuentemente arraigados en nuestra cultura. La infertilidad conyugal es un problema de dos; por tanto, el estudio debe encararse en forma conjunta con el ginecólogo experimentado en reproducción humana.

El ritmo de vida actual y el retraso por parte de la mujer en la edad a la que decide tener descendencia incide directamente en la fertilidad. También afectan factores biológicos como el descenso en la concentración y calidad de los espermatozoides en los hombres, y otros como el estrés, la contaminación, el alcohol y el tabaco que influyen en la fertilidad tanto masculina como femenina.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce la esterilidad como una enfermedad, pero la trata como una patología.

El siglo XX se ha caracterizado por los grandes esfuerzos tendientes a mejorar, conservar y prolongar la vida humana. Pero los avances y estudios médicos no se han limitado solamente a tratar de prolongar la vida humana, sino también han buscado el inicio de la vida. Por otro lado, no podemos olvidar las inquietantes y aterradoras posibilidades de la partenogénesis o reproducción “clónica” o asexual, que no quieren permanecer por mucho tiempo confinadas a los estrechos límites de laboratorios de experimentación. La inseminación artificial de seres humanos es desde hace bastante tiempo una franca realidad, sea cual fuere la opinión que de ella se tenga.

La Comisión Nacional de Reproducción Asistida de España, el órgano consultivo del gobierno en esta materia, apoyó el día 24 de mayo de 2004 sin ambages, la posibilidad de que se puedan engendrar bebés a la carta si su nacimiento sirve para salvar la vida de un hermano con una enfermedad incurable. Los expertos consideran que la actual legislación española debería modificarse para permitir la selección genética de embriones con fines terapéuticos.

Los 25 expertos que componen la Comisión Nacional de Reproducción Asistida de España se comprometieron a realizar una propuesta concreta que permita dar viabilidad jurídica a esta posibilidad, antes de que la normativa actual sea modificada.

La Comisión también se mostró a favor de que se aprueben unos supuestos flexibles con los que se permitirá fecundar más de tres ovocitos por ciclos en los procesos de reproducción asistida, para saltarse así el límite máximo que actualmente fija la ley española.

El asunto de la selección de embriones terapéuticos había sido planteado por el Instituto Valenciano (IVI), después de que cinco parejas solicitaran la posibilidad de tener un segundo hijo, cuyo embrión fuera seleccionado antes de ser implantado.

El objetivo era que tuviera unas características genéticas concretas que le permitirían salvar a un hermano con una enfermedad genética incurable y mortal, como la llamada “anemia de Fanconi”. La ley española actual, en su artículo 12, limita las finalidades y usos de los diagnósticos de embriones antes de ser implantados en la mujer, los expertos españoles consideran que no se ha visto ningún inconveniente ético ni científico en la petición que se les ha formulado porque, de hecho, ya se hacen diagnósticos preimplantacionales para evitar enfermedades genéticas a los futuros hijos, así que, ‘si de paso salvas a otro, mejor’, dijo la Comisión.

Decía el Papa Juan Pablo II en *Evangelium Vital*, núm.60: “El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su

concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”.

Dados los espectaculares avances que se han producido en el desarrollo científico, sobre todo a partir de los últimos años del siglo XX, en el campo de la genética, hemos de manifestar que también se han producido cambios fundamentales en las concepciones básicas del ser humano que afectan al propio origen del hombre. El descubrimiento de la biomedicina y de la biotecnología moleculares ha dado lugar a que los científicos puedan realizar en el laboratorio la fertilización de un ovocito por un espermatozoide, el seguimiento de su desarrollo desde el inicio del proceso o la actuación sobre sus estructuras embriológicas con manifestaciones diversas; también pueden transferir los embriones al útero de una mujer con fines procreadores y lograr la gestación a término como ocurre de forma natural. Por otro lado, como ha puesto de manifiesto Femenia López, tratándose de células o estructuras relacionadas con la intimidad y el origen de la vida humana, su disponibilidad por parte del médico o del investigador y las implicaciones que de ellas puedan derivarse, suscita amplias opiniones desde perspectivas biomédicas, sociales, éticas y desde luego jurídicas. Los criterios son frecuentemente encontrados, y no pocas veces lastrados por convicciones de variada extracción (López, 1999). Los legisladores no han tenido más remedio que intervenir en estas cuestiones regulando las técnicas de reproducción humana asistida por medio de distintas leyes.

El debate social generado en torno a la genética humana y a sus múltiples aspectos no es patrimonio exclusivo de los investigadores y profesionales relacionados con la aplicación de estas cuestiones, ni tampoco de los legisladores que adecuan esos conceptos a un uso racional de ellos. Es a toda la sociedad a quien competen dichos temas y comprenden múltiples facetas, todas ellas objeto de discusión bajo diferentes ámbitos. Procede, pues, una integración de los distintos aspectos que afectan al genoma humano desde la vertiente de desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana.

La lógica fascinación que provocan los constantes descubrimientos y avances de la genética no deben hacernos olvidar el aspecto profundo moral y ético de la persona y será necesario conjugar la filosofía, la ética y el Derecho con la biología y las ciencias experimentales de una forma armónica. Uno de los objetivos del Derecho es proteger valores individuales y colectivos tanto reconocidos como los nuevos, necesitados de identificación y merecedores de protección si carecen de ella. En este sentido, las investigaciones sobre el genoma humano, los embriones, sus posibles aplicaciones sobre la estructura del individuo abren un campo de posibilidades no exentas de riesgos.

El jurista se encuentra cada vez con más frecuentes obstáculos a los que ha de enfrentarse inevitablemente cuando pretende analizar una realidad social nueva y sobre todo cuando en ésta han influido de forma decisiva los avances científicos y tecnológicos. Para poder llevar a cabo con éxito el análisis jurídico de la realidad social que se ha propuesto como objetivo, el jurista requiere un conocimiento lo más acertado y fiel posible de esa realidad, es decir, del objeto de la valoración jurídica.

Hay temas que pueden chocar con la ética y la moral. Pensemos por ejemplo en la manipulación genética, la selección artificial de la raza humana y la clonación de individuos entre otros. Cuestiones tan importantes como la búsqueda del momento exacto en que el embrión es sujeto de derechos, de si el embrión debe soportar sin límites todo tipo de manipulaciones, de si debe ser considerado como una expectante persona humana y por tanto digna de protección, se nos viene a la mente continuamente una pugna entre protección y experimentación.

En este texto se van a tratar aspectos diferentes de temas relacionados de forma estrecha: la reproducción asistida, la experimentación embrionaria y su conexión con los aspectos jurídicos; en especial, se abordará la cuestión del estatuto jurídico del embrión.

En su momento, al elegir este tema para mi tesis doctoral en 2004, consideré su enorme actualidad y también que en México no existía una

legislación concreta sobre esta materia (sólo unos artículos en el Código Penal Federal, así como alguna referencia en los códigos de algunos estados de la República Mexicana). Esa es la explicación de que se utilicen, sobre todo, antecedentes y legislación española.

1.2 Los orígenes de la inseminación y el rechazo católico

Escribió el Doctor Herrera Campos, en su libro *La Inseminación Artificial. Aspectos doctrinales y Regulación Legal española* (1991), que el nacimiento y la muerte no son ya los simples datos que hablan de la vida de un individuo. Debido a la evolución de las ciencias médicas, procesos tales como la fecundación y el nacimiento, enfermedad y muerte, pierden de manera creciente su carácter natural; hasta cierto punto, se convierten en procesos sociales disponibles; en cuanto tales están supeditados -como todos los procesos técnicos- a la condición de que han de transcurrir limpia y fiablemente. Lo decisivo para que surja una nueva vida no es ya el amor, la potencia y un seno fértil: la fertilidad es una cuestión –aunque por ahora sólo en una minoría de los casos – de trabajo en equipo de anestelistas y cirujanos, de sociólogos y bioquímicos.

La inseminación artificial podemos decir que tiene ya una dilatada historia. Persigue, en principio, luchar contra la esterilidad o la infertilidad en aquellas personas que, aun pudiendo realizar la unión sexual, no pueden tener descendencia, pero, también se da el caso, que debido al rápido progreso de las técnicas científicas se corre el riesgo de que no siempre se utilicen para un medio loable, remediar la esterilidad por ejemplo y, se utilicen para manipulaciones o intentos genéticos de corte racista o de alumbramiento de realidades contra natura.

Antes de iniciarse las técnicas de reproducción en el ser humano se ensayaron en animales. Ya los babilonios y los árabes practicaron las técnicas de la inseminación artificial, descubrieron que las plantas pueden reproducirse sin cópula llevando a cabo la polinización de forma artificial, y lo hicieron con palmeras para obtener más dátiles, pues éste era uno de los mejores alimentos de la época; también utilizaron estas técnicas en la

piscicultura, destacando las actividades llevadas a cabo por el monje borgoñón de la Abadía del Raune en el siglo XIV (De Viciana, 1957). La fecundación artificial en mamíferos es la que más se parece a la del hombre; en los animales según cuenta Eugenio Papp, el jeque árabe de Darfur en el año 1322 estando impresionado por un caballo semental de una de las tribus enemigas, observó que estaba eyaculando y cogió un manojo de crines, lo mojó en el esperma del caballo y rápidamente lo trasladó al aparato genital de una de sus yeguas que estaba en celo y, de esta forma, la yegua tuvo un potro. (Citado por Muñoz, R, Progreso de la Inseminación artificial, en el Cultivador Moderno, Núm.1, 1951, Cfr. Muñoz, en Revista Española de Obstetricia y Ginecología, No. 12, pág.228. Rodón en Los progresos de la Inseminación artificial, en el Cultivador Moderno No. 1, pág.11, citado por Vecina).

Gregorio Marañón nos cuenta que por los años 1474 se llevó a cabo por médicos españoles la fecundación artificial de la reina Juana de Portugal que era la segunda esposa de Enrique IV de Castilla, conocido con el apodo del “impotente”, con esperma de éste. Se cuenta que la fecundación no tuvo éxito por ser estéril el rey. También se dice, según la historia, que de dicha inseminación nació una niña a quién se conoce con el nombre de Juana la Beltraneja, pues se comenta que su padre fue Beltral de la Cueva perteneciente a la corte del Rey Enrique. (Marañón, 1975).

En realidad, hay que esperar hasta bien avanzado el siglo XVIII, hacia 1785 en el que el abad Lázaro Spallanzani inseminó a una perra que tuvo tres cachorros. Cuando se enteró del suceso el biólogo francés Charles Bonnet escribió una carta a Spallanzani en la que le señalaba: “No estoy seguro, pero esto que usted acaba de descubrir, puede algún día tener consecuencias de no poca importancia para la humanidad”. (Finegol, 1976:6).

Por lo que se refiere a la inseminación artificial en los seres humanos, no hay una fecha que unánimemente sea reconocida por todos como inicio de la primera inseminación con éxito, la mayor parte de la doctrina se inclina por afirmar que a finales del siglo XVIII, entre 1790 y 1799, se produjo el primer nacimiento de un ser humano como resultado de la inseminación

artificial de su madre. El cirujano John Hunter llevó a cabo la inseminación en la esposa de un comerciante de lino de Londres (Da Mota, S, Sobre inseminación artificial humana, Revista de la Facultad de Direito de Sao Paulo, núm. 55, 1960, pág.474). El doctor Sánchez Martín, catedrático de la Facultad de Medicina de la Universidad de Valencia (España) presentó ante la Sociedad de Ginecología Española un aparato de su invención, haciendo los primeros ensayos a finales del siglo XIX, se opuso mucha resistencia al aparato por creerlo contrario a la moral de la mujer, del hombre y del médico.

Durante el siglo XIX, la práctica de la inseminación artificial tuvo un desarrollo lento y fue desconocida para el público en general. El primero que en Francia hizo una inseminación artificial fue el Decano de la facultad de Medicina de París en 1808, utilizando una jeringuilla en la que introduce el esperma (del marido de la mujer a inseminar) en la vagina de la mujer. El primer libro dedicado a la inseminación artificial fue publicado en 1869 por Juces Gautter y, como señala Herrera Campos, en esta obra merecen ser señalados dos elementos, en primer lugar, la inseminación artificial puede eliminar el papel del placer sexual en la procreación y, en segundo lugar, el autor se rodea del máximo de precauciones: practica antes de la inseminación, hace un examen del esperma en el microscopio, por sí contiene microorganismos y mide el grado de acidez del líquido seminal.

Gerard Gigon en 1885 publicó su tesis doctoral en París, bajo el título Contribution a l'histoire de la fecondation artificielle. Como pone de manifiesto Herrera Campos, durante esta época hubo una gran oposición a la inseminación artificial con esperma del marido y, si se analizan las razones de esta oposición se observa que hay esencialmente dos: la primera, este método palia una deficiencia masculina, tratando el problema de la responsabilidad del varón por la esterilidad. Ahora bien, la esterilidad era mal vista en la época y es aún más inaceptable desde el momento en que se confunde función genital con función sexual. Es la condición de la supervivencia de la especie, y aquél que no puede participar de ella se entendía que traicionaba en alguna medida al grupo, en la reparación de valores entre los dos sexos. La responsabilidad masculina parecía mucho

más grave que la femenina. El hombre estéril ha sido considerado durante largo tiempo como un hombre impotente.

La segunda razón es que la inseminación artificial pasa por la masturbación, y hay que tener en cuenta la influencia que ha tenido y continúa teniendo la Iglesia Católica. Pero ¿Cuál es la opinión de la Iglesia Católica respecto de la inseminación artificial? Hemos de señalar que su postura ha sido siempre la misma: una clara y frontal oposición a las técnicas de reproducción asistida. La Sagrada Congregación del Santo Oficio el 17 de marzo de 1789, ante la creciente práctica de estas técnicas, condena sin paliativos la eutelegenesia como ilícita, si bien voces discrepantes afirmaron que esa condena no sólo se refería a las practicas entonces conocidas; sin embargo, el 9 de abril de 1945 el arzobispo de Westminster, cardenal G.W. Griffin, en su célebre aclaración a los médicos católicos de Inglaterra sobre la eutelegenesia y su tratamiento penal, afirma: “La práctica de la inseminación artificial humana fue condenada ya por la Iglesia en 1897 y un médico católico, no deberá tomar parte de manera alguna en tal clase de operaciones”.

Dentro de la propia Iglesia Católica existieron dos corrientes diferentes según se consideren los países de obediencia latina o, por el contrario, se trate de países de obediencia anglosajona. En los de ámbito latino no se acepta la inseminación artificial porque se trata de una procreación sin relación sexual y, en consecuencia, implica la práctica de la masturbación. Hay, según la iglesia, una violación de la ley natural. Esta condena va a tener como consecuencia que se produzca un paro en el desarrollo de la inseminación artificial en los países del ámbito latino.

Por otro lado, en los países de ámbito anglosajón, se continuó con estas técnicas. Aún en contra del pensamiento de la Iglesia Católica, los inicios del siglo XX van a suponer el comienzo de una carrera triunfal y la inseminación se va a llevar a cabo en los distintos países. Pío XII con ocasión del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos celebrado el 29 de septiembre de 1949, en su sesión de clausura, sentó los siguientes principios:

1).- La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse pura y simplemente como inmoral. Tal es, en efecto, la ley natural y la ley divina positiva, que establecen que la procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio.

2).- La fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal debe reprobarse. Sólo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo e inalienable.

3).- En cuanto a la licitud de la fecundación artificial, bástenos recordar que el deseo muy legítimo de los esposos de tener un hijo, no basta para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial. (Martínez Calcerrada, 1956).

Pío XII vuelve a pronunciarse en el mismo sentido en otro gran discurso al Segundo Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad del 19 de mayo de 1956 en los siguientes términos: “La fecundación artificial sobrepasa los límites del Derecho que los esposos tienen adquirido por contrato de matrimonio, a saber: el derecho de ejercer plenamente su capacidad sexual natural en la realización natural del acto matrimonial. El contrato en cuestión no les confiere el derecho a la fecundación artificial, porque semejante derecho no está de ninguna manera expresado en el derecho al acto conyugal natural ni podría deducirse de él. Aún menos se puede derivar del derecho al niño, fin primario del matrimonio; el contrato matrimonial da este derecho porque él no tiene por objeto al niño, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ellos”. (Pío XII, discurso del Segundo Congreso Mundial de la Fertilidad y de la Esterilidad, 19 de mayo 1956, AA. 5.43, p.p.84 y s).

La fecundación artificial habida fuera de matrimonio, para la Iglesia Católica, es contraria a la unidad del matrimonio y a los derechos de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio (Pío XII en el Discurso del IV Congreso Internacional de los Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949, p.559). Carlo Caffara,

director del Instituto Juan Pablo II para estudios sobre el matrimonio y la familia mantiene que la fecundación *in vitro* es moralmente ilícita:

- I) Porque es un procedimiento que atenta contra un principio moral defendido repetidamente por el magisterio de la Iglesia, según confirmación de la Familiaris Consortio n° 32 del Papa Juan Pablo II) la indivisibilidad entre el aspecto unitivo y el procreativo del acto conyugal;
- II) Este procedimiento representa serios riesgos de producción de abortos;
- III) Que esta opinión es conforme con reiteradas declaraciones del Magisterio episcopal y papal (Juna O'dogherty, en el diario español "Ya", 30 de julio de 1984).

Durante el pontificado del Papa Juan Pablo II la Iglesia Católica endureció su postura sobre las técnicas de reproducción asistida y, ello se deduce de la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, aprobada por Juan Pablo II el día 22 de febrero de 1987, la fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes y puede dificultar su identidad; también señala la Iglesia que la congelación de embriones, aunque se realice para mantenerlos con vida, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, llegándose incluso en esta instrucción a solicitar a las autoridades políticas de los Estados que se prohíban estas técnicas .

En resumen, se puede decir que la postura que mantiene la Iglesia Católica es:

- 1).- Admitir la inseminación artificial homóloga y rechazar frontalmente la inseminación heteróloga.
- 2).- Por lo que se refiere a la fecundación *in vitro*, mantiene sus reticencias, puede admitirse cuando sea el único medio para remediar la esterilidad conyugal, siempre que se trate de inseminación homóloga o con semen del marido.

3).- La utilización de embriones congelados se puede aceptar como remedio a la esterilidad siempre que el embrión congelado se deposite en la mujer estéril si consienten los padres genéticos del embrión, porque ello se puede considerar una especie de adopción prenatal.

1.3 La inseminación artificial

Es la más simple de todas las formas de reproducción asistida ya que no requiere la aspiración de ovocitos. Consiste en introducir semen en la vagina, en el conducto cervical, en la cavidad uterina, o en las trompas, el día de la ovulación. Para ello debe realizarse primero una correcta monitorización del ciclo sexual femenino con el fin de conocer el día en que se produce la ovulación. Esto se logra mediante control de temperatura basal, ecografías seriales y determinaciones hormonales. La muestra de semen se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espéculo vaginal estéril para localizar el cuello uterino o cerviz y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero depositándose allí el semen (inseminación intrauterina). Si bien la inseminación artificial es una técnica sencilla de llevar a cabo por un ginecólogo en un ambiente médico, en ningún caso deberá tratar de realizarse por manos inexpertas, ya que la manipulación de un catéter intrauterino puede llevar a graves complicaciones que pueden poner en riesgo no sólo la fertilidad, sino la vida misma de la mujer.

En estas técnicas se utiliza el semen de la pareja (IAC) o de un donante anónimo en los casos de la inseminación artificial con donante (IAD). No se necesita ningún tipo de anestesia, es una técnica indicada en aquellas parejas en la que existen dificultades para que los espermatozoides atraviesen el moco del cuello uterino o existen problemas por parte del hombre en depositar el semen en el interior de la vagina (IAC). También, en los casos en los que existe una ausencia total de espermatozoides, o en los que no teniendo la mujer una pareja estable desea concebir un hijo (IAD).

Estamos convencidos de que la práctica masiva de la inseminación artificial, al igual que otros descubrimientos de la medicina moderna, puede producir profundas consecuencias jurídicas. Estas consecuencias incluyen tanto al Derecho Civil como al Derecho Penal. En el campo de las obligaciones, los posibles conflictos son evidentes en lo que se refiere a la responsabilidad profesional de los médicos. Pero es en el campo del Derecho de Familia donde las posibles repercusiones jurídicas de la inseminación artificial son más claras e intensas.

En efecto, son altas las posibilidades de conflictos tanto en el campo de la filiación del hijo nacido con motivo de una inseminación artificial, como en lo relativo al matrimonio en que ese hijo nace, como en lo que se refiere a los alimentos. Igualmente se plantean problemas en materia sucesoria que expondremos en su momento.

El semen se obtiene por masturbación del varón o bien por biopsia testicular. Posteriormente este semen sufre un proceso de preparación que consiste en el incremento de la concentración de espermatozoides utilizando técnicas de centrifugación. Bajo el término de inseminación artificial asistida se engloban distintos procedimientos que se clasifican en función de la forma de introducir los gametos o un embrión en el aparato genital de la mujer. Se distinguen tres tipos de procedimientos según Vega Gutiérrez, que son:

“1º procedimientos consistentes en la obtención de uno solo de los gametos (femenino o masculino) y su transferencia al cuerpo de la mujer donde tiene lugar la fecundación.

2º Procedimientos que implican la obtención de ambos gametos, masculinos y femeninos, y su transferencia al cuerpo de la mujer, donde tiene lugar la fecundación.

3º Procedimientos que llevan consigo la fecundación *in vitro* y su posterior traslado de los embriones al cuerpo de la mujer”. (Vega, 1993: 19).

En definitiva, es artificial cualquier procedimiento, excepto el coito, mediante el cual se consigue la fecundación de la mujer introduciendo el espermatozoides en el aparato genital femenino. Por lo tanto, la artificialidad de la inseminación reside en la forma de introducir el semen en la mujer y, en ciertos casos, en el modo de obtener el semen, el resto del proceso en la inseminación artificial es completamente natural.

1.4 La fecundación *in vitro* (FIV)

La fecundación artificial o extra corpórea con transferencia embrionaria más conocida como fecundación *in vitro*, constituye la solución para un elevado número de parejas que por razones que van desde causas orgánicas, funcionales o posquirúrgicas, hasta psicológicas, no han podido concebir un hijo en lapso de tiempo prudencial, habiendo realizando otros tratamientos alternativos. La FIV consiste en la obtención de un ovocito maduro por medio de técnicas médico-quirúrgicas y de espermatozoides masculino para su fecundación a nivel de laboratorio y su posterior implantación en el seno materno, evitando una serie de pasos que deberían ocurrir naturalmente en el aparato reproductor femenino.

Cada vez es mayor el número de parejas que no pueden tener un hijo por el procedimiento natural. Esta técnica acoge bajo su denominación una serie mayor de procedimientos cuyo denominador común es que la fecundación se realiza fuera del útero. A la mujer se le implanta el fruto de esta fecundación después de su manipulación en un laboratorio.

La FIV puede ser una técnica convencional cuando los doctores extraen un ovocito de la mujer y es fecundado con el espermatozoides en un laboratorio. Posteriormente se deposita en el útero. También es FIV la que se produce a través de la donación de ovocitos. Las pacientes cuyos ovocitos no tienen la calidad para originar la gestación pueden acceder a los ovocitos donados por otras mujeres jóvenes y sanas. De este modo la fecundación se realiza con un ovocito donado de forma anónima que se fecunda con el semen del futuro padre. La fecundación se controla también vía laboratorio.

La FIV se empezó a practicar sin mucho éxito en animales, tales como ratas, conejos, ovejas y vacas a finales del siglo XIX. Los experimentos a nivel humano se inician en la década de los años treinta, pero para obtener cierto éxito hay que esperar hasta los sesenta. Cabe recordar que hacia el año 1963 la prensa mundial anunciaba que el profesor boloñés Petrucci había conseguido en ciertas ocasiones, a nivel de laboratorio, la fecundación de células germinales “*in vitro*” que se desarrollaron hasta tres y cuatro semanas, sin ser transferidas al útero.

Serían los doctores ingleses Robert Edwards, Barry Babisster y Patrick Steptoe quienes el 25 de julio de 1978 lograron el nacimiento del primer bebé de probeta, la niña Louise Brown (inglesa), en el hospital público de Oldham (Manchester, Inglaterra) con gametos de sus padres John y Lesly Brown.

En marzo de 1984 nació en los Ángeles, EEUU, el primer bebé de un óvulo fertilizado, pero de otra mujer diferente a la gestante.

En abril de 1984 nació en Melbourne, Australia, la niña Zoe Leyland de un embrión previamente congelado, lo cual dio lugar a que los Australianos fuesen los primeros en realizar procesos de congelación de embriones humanos con éxito. Para llevar a cabo la FIV se exigió un estudio previo, llamado “screening” de aquellas personas cuyas células germinales van a ser utilizadas en este proceso de reproducción asistida, para evitar en lo posible enfermedades hereditarias del niño. Una vez conseguida la fecundación *in vitro*, y en el momento ulterior considerado óptimo, se procede al traslado o transferencia de los embriones (TE), normalmente se transfieren tres, al interior del útero de la mujer, conociéndose este proceso como FIVTE (Fecundación *In Vitro* con Trasplante de Embriones).

Según ponen de manifiesto F. Bonilla-Musoles y A. Pellicer, cabe distinguir varias fases (control del ciclo menstrual, obtención del ovocito, preparación de los espermatozoides, fertilización, crecimiento del embrión y transferencia del embrión) en las técnicas desarrolladas por Steptoe y Edwards para evaluar su desarrollo y su estado actual. Hay un gran número

de parejas con problemas de infertilidad que requieren FIV y se recomienda a aquellas que tienen obstrucción tubárica en las trompas de Falopio que no permiten que se contacten los óvulos con los espermatozoides, a pacientes con problemas masculinos severos, como puede ser el semen de baja calidad. La edad avanzada de la mujer incide en la fertilidad, cuanto mayor sea la paciente, más dificultades tendrá para quedar embarazada y menos porcentaje de éxito tienen las técnicas de reproducción asistida.

A diferencia del hombre que genera espermatozoides todos los días, la mujer va perdiendo óvulos, considerándose la fertilidad óptima alrededor de los 23 años y empieza a bajar de forma lenta a los 30 y rápidamente después de los 35.

1.5 Transferencia de embriones

Como señala Herrera Campos, la transferencia de embriones consiste en trasladar los embriones producidos a través de la fecundación *in vitro* al interior del útero; esta técnica se conoce con el nombre de FIVTE, es decir, fecundación *in vitro* con trasplante de embriones.

Con base en la división celular, de 4, 8 o 16 células, se transfieren los embriones al útero de la mujer por vía transcervical (a través del cuello del útero) y por medio de un fino catéter esterilizado especial, esta operación se hace en el quirófano. Se recomienda por los doctores que la transferencia de los embriones se dé entre las 24 y 48 horas después de la fecundación. Entre los factores que contribuyen al éxito de la FIVTE se pueden citar: la edad biológica de la madre y la calidad del espermatozoides, la recogida de ovocitos maduros, que el aspirado folicular no esté mezclado con sangre, y en especial que la temperatura se mantenga entre los 36-37 grados. Existen otras variantes de la fecundación no natural:

1) Transferencia intrauterina de gametos (TIG), la fecundación no se realiza propiamente a nivel de laboratorio, sino “naturalmente” depositando conjuntamente los óvulos recién extraídos y el semen, ya sea fresco o congelado, en el interior de la ampolla de las trompas, en el mismo acto quirúrgico para la obtención de los óvulos, se colocan juntos para que ahí

fecunden y sigan su proceso normal, hasta obtener las fases siguientes para un embarazo natural.

2) Otra variante es la transferencia embrionaria a las trompas (TET), en esta segunda variante se transfiere el embrión FIV, y no los gametos. Por medio de una intervención quirúrgica, a las trompas, y no al útero, para que desde ahí continúe su avance hacia la implantación uterina. El principal riesgo, a pesar de que se ofrece a los gametos, o bien al embrión, un ambiente más fisiológico e idóneo, es la gestación ectópica o embarazo extra-uterino.

3) La tercera variante, ZIFT, que consiste en la transferencia del cigoto a las trompas (el cigoto es la célula, con su propio núcleo, que resulta de la fusión de los núcleos de los dos gametos masculino y femenino, aproximadamente entre 12 y 24 horas después de ser depositados los espermatozoides en la cavidad vaginal).

1.6 Visiones del consentimiento de la fecundación humana asistida en las legislaciones europeas

Ahora me permito desarrollar el tema que causó polémica al hablarse de la fecundación *in vitro* y la inseminación humana. Sobre dicho tema me referiré específicamente al consentimiento para la utilización de los gametos en la IA, FIV y TIG.

La Comisión especial creada en el Congreso de los Diputados para el estudio de la fecundación *in vitro* y de la inseminación humana debatió largamente el problema de la específica naturaleza de lo que las leyes 35/1998 y 42/1988 han denominado material embriológico o material reproductor. En sustancia, se trata de los gametos (esperma y óvulos) y del propio embrión en una fase de desarrollo primario, y en todo caso anterior a su implantación.

Su dificultad se encuentra en la calificación de los gametos desde el punto de vista del Derecho.

En efecto: el espermatozoides y el óvulo, caracterizados por su potencialidad para producir vida humana, se resisten a una ubicación. Son, desde luego, cosas, como cosa es todo aquello que no es persona. Pero creo que nadie admitirá un libre tráfico de tales “cosas”. La respuesta de situarlas fuera del comercio no es convincente, ni es cierto que estén en sentido absoluto “”, puesto que una cierta circulación se admite e incluso se favorece sin graves problemas éticos, al menos por lo que a los espermatozoides se refiere, ni tal calificación es definitiva para nuestros fines.

Pero si no son enteramente cosas, ¿pueden ser calificados de órganos, en el sentido de la vigente Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre donación y trasplante de órganos? No tienen, efectivamente, la condición exacta de órgano, pero creo que, de la disciplina de la norma invocada, que hoy se completa con el texto de la ley 42/1988, pueden obtenerse algunos principios reguladores del tráfico jurídico que cabe admitir para los gametos.

a) Su tráfico se justifica unánimemente por el sentido teleológico. Sólo su utilización con fines terapéuticos o reproductores dará posibilidad a una comunicación o “comercio”, en sentido amplio.

b) El tráfico será gratuito. A lo sumo cabrá hablar de compensación de costes, pero no de retribución por la cosa o por el servicio.

c) El tráfico será controlado, a través de los centros homologados y con intervención de los profesionales adecuados.

d) Se exigirán especiales condiciones de salud a los donantes y de conciencia y libertad para formar su consentimiento a la donación.

Bajo tales condiciones, creo que es posible, admitir que los gametos estén en el comercio, no como res venales, sino como elementos utilizables para ciertos fines cuya bondad se ha establecido de antemano.

Como recientemente se ha puesto de relieve (Gordillo Canas 1987; Zarraluqui 1986) las llamadas “partes separadas del cuerpo” aconsejan una

calificación peculiar, en consecuencia, un régimen distinto al patrimonial ordinario. Coincido con Zarraluqui en cuanto señala los principios que han de regular este tráfico restringido: consentimiento, subrayando la trascendencia del acto y el conocimiento completo: la causa, que ha de limitarse a la liberalidad del donante; y el destino, para la procreación.

La Ley 35/1998, del 22 de noviembre, admite y regula un cierto tráfico de gametos y de preembriones, esto es de embriones en fase primeriza y en momento anterior a su implantación. El tráfico no cabe entre particulares, sino entre personas y un centro autorizado para las técnicas de reproducción asistida. Y al acto de transferencia, o si se quiere contrato, se le denomina donación. El art. 5º se refiere a un contrato gratuito, formal, secreto, entre el donante y el Centro.

Pongamos de relieve, en primer lugar, que las expresiones legislativas se producen por aproximación. Llama la atención que se defina al contrato, al propio tiempo, como formal y como secreto, pues en las categorías jurídicas habituales formal es precisamente el elemento que permite conocer la voluntad interna, el primer principio de la publicidad. Sin duda se querrá decir que la expresión de la voluntad ha de requerir un determinado modo: un escritorio, pero sin más garantías, en que constará la forma del donante a satisfacción del centro autorizado.

Tal acto de transferencia se concibe como esencialmente gratuito, y se prohíbe que pueda tener carácter lucrativo o comercial, lo que no pasa de constituir una expresión de buenas intenciones por parte del legislador.

El donante ha de tener más de dieciocho años, plena capacidad de obrar y un determinado estado psicofísico, en términos de un protocolo obligatorio, del que nada más dice la Ley, ni siquiera en el momento de establecer las sanciones derivadas de una práctica inadecuada o irregular.

La donación se concibe como anónima, pero sin perjuicio de una cierta información sobre los donantes, salvo en lo relativo a su identidad, filiación (art. 5.5 y art. 8.3) en circunstancias extraordinarias que comporten un

comprobado peligro para la vida del hijo o cuando “proceda con arreglo a las leyes procesales penales” y aún entonces tal revelación, dice el texto, ha de ser indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal del presupuesto.

No es tan fácil determinar cuándo se ha de proceder con arreglo a las leyes procesales penales, expresión que presenta una enorme dosis de indeterminación, lo que parece se ha de remediar acudiendo a la idea de identificación del delincuente o identidad del procesado de los arts. 368 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero incluso tal idea no parece muy coherente con la finalidad de evitar el peligro para la vida del hijo, por lo que, a pesar de la dicción escasamente técnica de la ley en este punto, habrá que entender que las posibilidades de revelación de la identidad del donante son dos: vida del hijo, por un lado; y por el otro cuando procesa con arreglo a las leyes procesales penales, incluso sin que ello tenga que ver con el peligro para la vida del hijo.

El carácter anónimo de la donación ha sido muy discutido. La ley sueca en vigor no lo admite, y encuentra también dificultades en otros ordenamientos. Es una de las razones que se invocan en el Recurso de inconstitucionalidad pendiente contra la ley, que fue interpuesto el 24 de febrero de 1989 y admitido el 13 de marzo de 1989 bajo el No. 376/89.

En cuanto a la significación del anonimato, nos remitimos a las consecuencias que se determinarán más adelante, en punto a la filiación, en el siguiente apartado 3.

El mismo esquema se trata de aplicar a la que la Ley denomina donación de preembriones. Pero no hay aquí un donante a menos que se entienda que es la mujer tratada o “usuaria de la técnica” y se trata de preembriones sobrantes, no transferidos al útero, en el sentido del art. 11.3, lo que presenta fuertes problemas, en especial en relación con la determinación de la persona o personas que han de tener poder de disposición y en la aplicación al caso del esquema jurídico de la donación.

1. El consentimiento para la utilización, transferencia y manipulación de embriones.

La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos se refiere, según su propio enunciado, a un cierto tráfico y disposición sobre los embriones postimplantatorios y fetos, células, tejidos u órganos, que sólo se admite (art. 2º) cuando sean clínicamente no viables o estén muertos, y desde luego se ha de tratar de un acto de disposición que tiene por soporte una previa información y consentimiento libre, expreso, consciente, por escrito y gratuito, el cual nunca ha de poder tener carácter lucrativo o comercial.

Donantes son los progenitores, que en este caso pueden ser menores de edad o incapacitados, si actúan con el consentimiento de sus “representantes legales”. Aunque la dicción de la ley es imperfecta parece que se refiere a los padres o tutores. Tal intervención no se requiere cuando se trate de menores emancipados, sea cual fuere el mecanismo de emancipación, no obstante la cuestión que podría plantearse en la conexión de los preceptos contenidos en los arts. 316, 319 y 324 C.C. en relación con el art. 2.º.b) de la ley 42/1988.

Una regla curiosa se contiene en el apartado f) de este mismo artículo 2.º de la Ley 42/988. El precepto se refiere al supuesto de fallecimiento de los progenitores, sin que previamente se hayan opuesto a la donación. Aquí se obtiene, de una parte, un consentimiento derivado del silencio, lo que en una donación no deja de ser preocupante, porque es más cierto que viene a significar que queda a disposición del Centro médico. Pero hay más, si los fallecidos progenitores eran menores de edad (no emancipados) se requiere la autorización “de los padres responsables”, lo que implica una expresión absolutamente técnica. Pero si la muerte se ha producido en accidente, ha de autorizar “el Juez que conozca la causa”. Se trata de un ejemplo de formulación legislativa. No se ve la razón de la diferencia, ni se entiende bien la razón por la cual se utiliza la expresión “responsables”, etc.

De todos modos, la utilización, transferencia y manipulación de embriones presenta graves problemas, incluso ceñida a la medida de restricción y control de la Ley 42/1988. Tanto científicos un poco moralistas, en una polémica que alcanza también a los juristas, aparecen divididos.

Entre quienes, siguiendo el Informe Warnock, consideran que hasta la aparición de la cresta neural no puede hablarse de vida humana protegible, en sentido propio, y quienes sostienen que la vida humana es un proceso continuo en el que es imposible establecer hiatos o fases, se encuentra una diversidad de posiciones de difícil reducción a un máximo común denominador, pero que parece orientada, entre los científicos, a la admisión de un período inicial en el que el embrión no se presenta como objeto de protección “en cuanto ser humano” (no sin fuertes discrepancias), y entre los moralistas parece prevalecer la opinión de que es vida humana desde el momento mismo de la fecundación.

Se ha apuntado la conexión de este problema con la cuestión del aborto, que intenta resolver la conocida Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 11 de abril de 1985. Pero de esta Sentencia, como no se quieran utilizar expresiones aisladas fuera de contexto, no cabe deducir una solución para el problema que nos ocupa.

En efecto, partiendo del derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 5 de la Constitución, aun cuando no compartamos las precisiones axiológicas que se contienen, por ejemplo, en el tercero de los fundamentos jurídicos, se llega a la conclusión de que la propia formulación de este precepto constitucional, interpretado a la luz del art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del art. 2 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no puede conducir a la conclusión de que el feto pueda tener “derecho a la vida” de carácter absoluto. En otras palabras, el feto no se presenta como un sujeto de derechos, si bien se destaca que la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución.

Si acaso podría decirse que la referencia a “la vida como una realidad desde el inicio de la gestación” no impide al Tribunal Constitucional destacar la importancia del nacimiento como momento del inicio de una vida propia, como ser humano, del feto. Lo que quedaría corroborado por la propia expresión “todas las personas” por la más ambigua de “todos”.

La expresión “todos” hace referencia a los nacidos, sin perjuicio de lo cual se destaca en la Sentencia, especialmente en el séptimo de los fundamentos jurídicos, el carácter de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución, que impone al Estado, con carácter general, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma.

La constatación por parte del Tribunal Constitucional de las dos obligaciones del Estado que acabamos de indicar, si bien puede orientar al intérprete e incluso al legislador en el tema que venimos planteando.

Me parece un tanto forzado, y de algún modo una conclusión excesiva, extender al embrión, sobre todo en la fase inicial de los primeros 14 días, que puede tomarse como un punto de partida de acuerdo con la justificación citada en la Exposición de Motivos de la propia Ley 35/1988, una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio. De tal protección, a mi juicio personal, sólo puede hablarse a partir de una fase más avanzada, cuando la medicina habla ya de feto. Decir que el embrión es o tiene un status de vida humana, no es más que decir que también hay vida humana en ciertos órganos cuyo trasplante se admite.

El embrión no es persona, ni se le tiene por tal, al menos durante el periodo que estamos contemplando, y esa posición me parece la más coherente con los propios arts. 29 y 30 del CC.

Ello no obstante, tampoco puede ser considerado exactamente como una cosa en sentido técnico, y creo que podemos compartir la opinión que se

expresa en el Informe Warnock sobre una negativa radical a que se admita una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no sería en ningún caso algo susceptible de apropiación ni de libre circulación y su vida, potencialmente humana, susceptible de desarrollarse y de llegar a ser una persona humana, debería ser protegida como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en orden a su posibilidad de desarrollo.

Tanto la Comisión no considera al embrión como persona al menos durante los primeros catorce días a partir de la fecundación, lo que resulta más coherente con los textos constitucionales y con el art. 29 del Informe Warnock. En consecuencia, se niega la posibilidad de apropiación y se estima que hay que proteger su vida como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades con base en sus posibilidades de desarrollo.

La posición de la Ley 35/1988 se basa en la Recomendación 1.046/1986 del consejo de Europa y de las apreciaciones de los consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones reunidas en Londres durante los días 5/6 de junio de 1986, bajo el patrocinio de la Fundación Europea; así como el Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania de 6 de enero de 1987 (Documento 10-6-775) y en el Documento CAHBI o Comité ad hoc de Expertos sobre el Programa de las Ciencias Biomédicas, de 5 de marzo de 1986 y en la Sentencia de los Tribunales Constitucionales de la RFA de 25 de febrero de 1975 y de España, en la sentencia de 11 de abril de 1985, a la que aludimos en el texto. Así, distingue tres fases: preembrión, embrión y feto. En la primera, desde la fecundación hasta pasados catorce días, el embrión no ha anidado, y no podría hablarse ahí de protección de personalidad humana (es lo que vienen a sugerir, en coherencia con todo lo que posteriormente se regula).

La Ley 42/1988 intenta ceñir la posibilidad de utilización de embriones o fetos humanos, o de lo que llama sus estructuras biológicas a ciertas actuaciones de carácter diagnóstico o terapéutico. Pero la misma definición de las actuaciones posibles presenta vaguedades e indeterminación que pueden dar lugar a serios problemas.

Así el art. 5º.1 señala que la actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero será de carácter diagnóstico, terapéutico “o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes”, expresión cuyo verdadero significado no queda precisado como fuera de desear. Parece que hay la distinción entre embriones abortados y fetos expulsados prematura y espontáneamente. Sólo los primeros son no viables y en cambio los segundos sólo pueden ser tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital. Los que la Ley llama embriones abortados, en cuanto clínicamente no viables, pueden ser objeto de donación (art. 2.º.e).

Las estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos pueden ser utilizadas con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o de experimentación y a este efecto se autoriza la donación (art.6º). Aún más: la Ley sólo autoriza investigaciones, con utilización de embriones de fetos humanos o de sus estructuras biológicas, sobre proyectos debidamente desarrollados y autorizados (arts. 7 y 8).

Con todo, algún problema se suscita ya de entrada: la posibilidad de que un embrión esté vivo, pero se estime clínicamente no viable, por alguna laguna, imperfección o indefinición de la Ley. Por otra parte, y fundamentalmente, la remisión a juicio de los facultativos de la decisión sobre la viabilidad clínica de un determinado embrión. La incertidumbre respecto de la potencialidad de vida determinó históricamente la supresión del antiguo requisito de viabilidad y su sustitución por la dicción que hoy se contiene en el art. 30 CC, según la cual, como enseña ahora la doctrina pacíficamente, no hay más “viabilidad” que el hecho de vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

2. El consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, se ha de destacar que las técnicas IAD, IAC o FIV pueden ser utilizadas como una terapéutica de la infertilidad, entendiendo ésta

como patología o disfunción, o como un medio de reproducción alternativo. Si lo primero, el campo de utilización hubiera producido alternativas. Si lo segundo, el campo de utilización hubiera debido quedar restringido. El problema de la infertilidad tiene relevancia para el Derecho en el seno del matrimonio y mucho más dudosamente en las que se han denominado “parejas estables” o “uniones de hecho”. No parece que quede ahí comprendido el caso de la “mujer sola”, cuya eventual infertilidad no preocupa ni - según parece- podría tener trascendencia. Mucho menos entrarían en el campo de aplicación la “parejas” homosexuales.

El campo se amplía y la aplicación de las técnicas cambia de sentido, en cuanto consideramos que se trata de un medio de reproducción alternativo, de libre utilización – por otra parte- de los medios que podemos llamar “naturales”.

A mi juicio, hay que distinguir varios planos, y acaso no puede resolverse el tema sobre la base de apreciaciones generales.

No creo que la mujer, en general, sea titular de un derecho absoluto a ser madre, en lo que coincido plenamente con alguna de las apreciaciones ya formuladas. Pero igual que la mujer sola puede concebir por obra y gracia de una relación sexual no permanente ni estable, no veo cómo se puede impedir- o no veo por qué – que esto mismo lo logre a través de una técnica IAD o FIV. Ciertamente, en tal caso no estaríamos exactamente ante un “tratamiento” o ante una “terapéutica”, o mejor dicho, sería indiferente que lo estuviéramos o no. Ello tendría otras consecuencias, pero no veo una razón de fondo para impedirlo, ni estimo que una prohibición fuera realmente efectiva.

La Constitución ordena la protección de las madres con independencia de su estado civil (art. 39) y la maternidad, fuere cual fuere su origen o causa, es digna de protección integral sea cual fuere el estado civil de la madre, y va a proteger del mismo modo al hijo habido como consecuencia de la aplicación de las técnicas en debate. Luego ha de ser indiferente que la

fecundación se obtenga por medios absolutamente naturales o por lo que hemos denominado “fecundación asistida”.

Porque, en efecto, el centro de la cuestión se encontraría en el niño. Me parece entonces que la única forma de limitar la utilización de las técnicas de “fecundación asistida” se encontraría en la capacidad de la pareja para hacerse cargo de la educación, entendida como “socialización”, esto es, como un procedimiento de incorporación singularizada, caso por caso, que sólo podría basarse en una presunción general en el supuesto de la pareja conyugal. No tanto en la “pareja estable”, cuya estabilidad ha de ser objeto de un juicio nada fácil, y no creo que pueda ceñirse al único supuesto de la pareja conyugal la aplicación de las técnicas que venimos considerando, porque estaría en contradicción, como antes hemos destacado, con la protección que, a otros efectos pero también al objeto de protección de los hijos, dispensa el Derecho a las llamadas “uniones de hecho”.

No me convence, ciertamente, la analogía con el supuesto de adopción, que pueden llevar a cabo hombres o mujeres solteros/as: en la adopción se trata de que alguien asuma deberes parentales respecto de un niño que ya está en el mundo. Aquí se trata de lanzar un niño al mundo sin que se integre en una familia completa. Esto es, se prevé de antemano un niño que no tendrá padre.

Pero no está claro que pueda negarse a una mujer un cierto derecho a fundar una familia monoparental en los términos en que la Convención Europea de Derechos Humanos se refiere al tema, ni hay que rechazar de antemano que el niño así concebido pueda ser educado correctamente ni, finalmente, hay razón – me parece – para impedir por esta vía lo que puede obtenerse por, digamos, medios absolutamente naturales.

Otro es el problema de que cuando se utilice la técnica de IAD o FIV como terapia de la infertilidad a las parejas no conyugales abre una puerta que da paso a la fecundación de una mujer sola, ya que no hay criterios legales para juzgar la estabilidad de la pareja, sobre todo en una época difícil para predicar este carácter, incluso en parejas matrimoniales. Habría que confiar

en el juicio de los facultativos, o de la Comisión correspondiente, o bien habría que exigir el consentimiento de una “consorte” varón en cada supuesto de IAD o FIV, de modo que asumieran las consecuencias de la paternidad, en cada caso, un varón. Con ello se podría, de algún modo, tranquilizar la conciencia de quienes no creen deseable lanzar al mundo un hijo sin que, al menos *in limine*, hubiera unos padres dispuestos a acogerlo y a educarlo. Cabrían aquí tal vez, los acogimientos de complacencia, pero la gravedad de las consecuencias haría disuadir a los “meramente complacientes”.

Éste es un camino que podría seguir, desde luego, pero hemos de observar, por una parte, que seguimos fuera del ámbito de la justificación terapéutica, a menos que se exija un estudio de la fertilidad en relación con el varón que consiente; y por otra parte, que la utilización de este sistema nada asegura sobre la aptitud para la educación del niño. Tiene, sin embargo, la ventaja de dotar, al menos *prima facie*, al niño de padre y madre, lo que tal y como las cosas se presentan *hic et nunc*, parece deseable como una mínima cautela en defensa de los intereses de hijo.

¿Significará este sistema una simplificación? Veamos: una mujer podría ser inseminada o sometida a FIV siempre y cuando un varón prestase consentimiento y asumiese la paternidad, pero es claro que ese consentimiento no sería ni verdadero ni cabal reconocimiento, al no cumplir con las razones antes expuestas, sino una suerte de negocio jurídico de acogimiento del niño, un prohijamiento o una *quasi* adopción.

De seguirse este sistema, la mujer sola no podría, por sí misma, acceder a las técnicas en cuestión, y de ello habría de condicionar el eventual deseo de maternidad a encontrar un varón que asuma el papel de padre de su hijo, aun cuando biológica o genéticamente no lo sea, de modo semejante a lo que ocurre cuando una mujer sola quiere ser madre y acude a un varón por “medios naturales”: cierto que en tal caso el varón no asume directamente las consecuencias de la paternidad, pero frente a él cabe establecerla mediante el ejercicio de las acciones correspondientes.

Si se piensa que no hay razones de peso para descartar que una mujer sola puede educar adecuadamente a un hijo sin conexión con un padre determinado (y de hecho es frecuente en casos de maternidad natural extramatrimonial, divorcio, viudez y más aún de adopción, que *de facto* un niño, aun cuando tenga un padre, no sienta el ejercicio efectivo de ese rol social), la única cuestión a plantear, partiendo de la admisión de la técnica respecto de la mujer sola es la posibilidad de prescindir o no de que la mujer sea fértil.

Cuando se trata de una pareja matrimonial, la esterilidad o infertilidad que se trata de remediar es claramente la que afecta a la pareja. Las técnicas podrán ser utilizadas en una mujer fértil. Cuando contemplamos una pareja no matrimonial, creo que la solución depende de que conste el consentimiento del “consorte” para que pueda establecerse el mismo trato que en el caso de los cónyuges. Si contemplamos el supuesto de la mujer sola, las técnicas vendrían a remediar su propia infertilidad; de otro modo, se desbordaría el límite de lo terapéutico y entraríamos en el campo de la “reproducción alternativa”. En el supuesto de que la admitiéramos para las mujeres solteras, deberíamos también admitirla en el matrimonio. Desde luego, la IAC, y acaso también la IAD bajo consentimiento del marido.

Creo que el conjunto de técnicas que venimos hablando se han pensado como tratamiento de una disfunción y me parece que, de momento, debiera haber sido mantenida en este terreno.

La “Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y a la dignidad de la procreación” emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, en 22 de febrero de 1987, desde luego, sólo parece admitir a la IAC dentro del matrimonio y en cuanto no sustituya al acto conyugal.

El tema de la licitud/ilicitud, después de la Instrucción precitada, merece para los cristianos una reflexión profunda, ya que constituye una llamada a nuestra conciencia. Pero ello – entiendo- no evita el estudio ni la búsqueda de la opinión para un jurista que no puede ignorar la realidad social en que vive.

Otros autores, también muy numerosos, son partidarios de evitar estas técnicas fuera del matrimonio.

Partiendo de los textos constitucionales que claramente disocian la referencia al matrimonio (art. 32) de la atención que predica a la familia (art. 39), lejos de cuanto ocurre en otros ordenamientos (por ejemplo, art. 29 Constitución italiana; art. 6 Ley Fundamental de Bonn), otros autores creen que debe admitirse la extensión de las técnicas a las uniones de hecho.

Mayores diferencias ofrece, desde luego, el caso de la mujer sola. Lledo lo descarta tajantemente desde el punto de vista del niño que, dice, tiene derecho a insertarse en una relación familiar completa. Moro Almaraz critica la posición de la Comisión Parlamentaria, que lo admitió en sus recomendaciones. Otros lo encuentran dudoso y creen que depende del “modelo de familia que el ordenamiento jurídico en su conjunto está dispuesto a sustentar”.

La Comisión del Congreso de los Diputados admitió la práctica para las parejas no matrimoniales y, bajo ciertas condiciones, para las mujeres solas (Recomendaciones 118 a 121). La proposición de la Ley del Grupo Parlamentario Socialista admitió la práctica de las técnicas en el matrimonio, en la pareja estable (arts. 6 y 7) y en las mujeres solas a la Sanidad Pública. Si no es estéril, con gastos a su cargo.

En el caso de la pareja estable, la proposición tratará de hallar un concepto operativo en el art. 6.1. donde se le define como “pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio y asuma, respecto a los hijos, los derechos y obligaciones de aquél”. La definición implica una petición de principio y además, desplaza el problema del juicio sobre si una determinada pareja “mantiene una relación similar al matrimonio”. Lo único claro es, a mi juicio, que una “pareja” requiera asistencia y declare aceptar al hijo. Si exigiera, para la práctica de las técnicas, en todo caso, la aceptación de un varón- pongo por el caso -, el problema de la estabilidad pasaría a segundo plano. La experiencia vital y la práctica forense nos

permiten dudar de las “estabilidades”, incluso en el caso de los matrimonios. Lo que no cabe, en ningún caso, es una plena equiparación de la pareja estable y del matrimonio a efectos de determinación de la filiación, como parece pretender el art. 8.3 de la proposición de la Ley. En el caso de la pareja no matrimonial, el hijo es extramatrimonial y la determinación de la filiación se produce mediante una suerte de reconocimiento de valor comercial que me resisto a calificar de adopción (para el caso del consorte que no aporte gametos, en el otro más claramente aún) porque tanto la estructura comercial como la eficacia son distintas e inasimilables.

Partiendo de ideas como las expuestas, la ley 35/1988 ha extendido la posibilidad de estas técnicas a todas las mujeres, y ha desplazado el problema de la exigencia de determinados presupuestos.

En primer lugar, en punto a capacidad, la mujer ha de tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

En segundo lugar, ha de prestar su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito. En relación con la formación de la voluntad, y con su grado de conciencia y libertad, parece necesaria una formación adecuada, pero el art. 6.º.2 sólo se refiere a una información relativa a los posibles riesgos para la descendencia y para la propia usuaria (durante el embarazo) derivados de la edad inadecuada. Se ha de completar esta indicación con lo dispuesto en el art. 2.2, donde se precisa el carácter de la información y se establece la responsabilidad de los equipos médicos y de los Centros Hospitalarios.

En tercer lugar y a partir de las condiciones básicas hasta aquí expresadas, se ha de distinguir entre mujer casada y mujer no casada: si la mujer está casada, se precisará además el consentimiento del marido. Este consentimiento deberá ser también libre, consciente, expreso y por escrito. Pero no es necesario cuando la mujer casada estuviere separada “por sentencia firme o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Tal expresión de la Ley constituye –a mi juicio- un caso

de aberración o malformación legislativa que sólo pudiera ser explicado teniendo en cuenta que sus redactores no fueran juristas, y aún entonces tampoco puede ser justificado.

Naturalmente, la situación de una pareja “separada por sentencia firme de divorcio” no es asumible. Sencillamente, no hay ya tal pareja. No hay que decir más, basta leer el art. 89 CC.

La separación de hecho y la separación “por mutuo acuerdo” nos sitúa en un terreno de difícil precisión, en que el centro médico tendrá que decidir, para proceder o no a las técnicas, si consta o no fehacientemente tal situación.

Nada se dice respecto de la pareja que intenta la separación, pero no ha obtenido todavía una sentencia firme.

Era desde luego mejor para la seguridad, en materia tan delicada que implica estados civiles y, por tanto, ha de ser considerada de orden público, ceñir la posibilidad de las técnicas, en el caso de la mujer casada, al consentimiento del marido en todo caso, salvo en el de separación en virtud de sentencia firme. Pero la situación que se crea es de paternidad del art. 116 CC. Pues este precepto destruye la presunción de paternidad en los supuestos de separación de hecho (separación efectiva, legal o de hecho dice el art. 1º de la Ley catalana 7/1991 de 27 de abril). En estado de separación, subsistiendo el vínculo matrimonial, no se llega a generar una superposición no deseable de mecanismos de determinación legal de la filiación, salvo que la técnica se utilice muy de inmediato y el nacimiento se produzca antes de los trescientos días después de la separación efectiva.

La fehaciencia del consentimiento del marido, por otra parte, no ha sido cuidada adecuadamente. Con mejor técnica, el art. 2 de la Ley catalana 7/1991 exige consentimiento expreso del marido formalizado en documento público tanto si el consentimiento se presta para inseminación con material reproductor del propio marido cuanto si se presta para la inseminación con material reproductor de otro donante.

Cabe también un consentimiento de varón no casado, que ha de reunir los mismos requisitos de libertad, consciencia y formalidad ya expresados, pero no se exige, o al menos eso se deduce del texto del art. 6.4 en relación con el art. 8.2 de la Ley 35/1988. La referencia que a tal consentimiento realiza la Ley 35/1988 ha de entenderse producida a los efectos de dar un cierto valor a ese consentimiento en el tema de filiación. Por lo tanto, su situación en el texto del art. 6.4 no es la más adecuada.

Tales son, pues, los consentimientos operativos en la utilización de las técnicas: de la mujer, de su marido (salvo separación) y, eventualmente, de un varón. Todos ellos merecen un doble examen, desde el punto de vista de su relación, y desde la perspectiva de su eficacia, especialmente en orden a la determinación de la filiación.

Desde el primero de los puntos de vista señalados, conviene realizar alguna precisión. En cuanto a la mujer, incide en el caso (art. 6.2) un tema de rabiosa actualidad: la posibilidad de utilización de las técnicas por parte de mujeres que se encuentran en lo que la ley llama edad inadecuada. La Ley sólo prevé que se informe de los riesgos para la descendencia y para la propia mujer, pero no limita a edad alguna la utilización de las técnicas.

Recientemente se ha planteado en Valencia la responsabilidad de un Centro por defecto de información a una pareja que, inseminada la mujer a los cuarenta y cuatro años, debe cargar ahora con las consecuencias del nacimiento de una niña con síndrome de Down. Los medios de comunicación nos presentan recientemente supuestos de embarazo y parto de mujeres mayores de cincuenta e incluso setenta años. No es el momento de realizar el desarrollo de un tratado de eugenesia, pero creo que la cuestión debe ser reexaminada.

En cuanto al consentimiento del marido, aparte de carecer en la Ley de un adecuado control fehaciente, debería exigirse tanto en el supuesto de inseminación IAC cuanto, y sobre todo, en el supuesto de inseminación IAD.

Todos ellos, incluso el consentimiento que puede prestar un varón no casado, presentan alguna cuestión en punto de aplicación de las categorías usuales respecto de la libertad y conciencia que son exigibles en los actos jurídicos.

a) La primera cuestión puede suscitarse en relación con la revocabilidad de los consentimientos. La Ley sólo prevé que la mujer receptora pueda pedir la suspensión en cualquier momento, y en tal caso ordena que se atienda su petición (art. 2.4), pero nada dice de los consentimientos del marido o de un varón no casado. Se trata de una cuestión en la que trata de decidir si la mujer tiene o no el poder de disposición sobre la maternidad. Evidentemente, respecto del consentimiento del marido, la revocación producida antes de la práctica de las técnicas, debe ser aceptada, y en tal caso se estará en un supuesto de carencia de consentimiento que impedirá la utilización de la técnica (art. 6.3.). No así en el caso de consentimiento de varón no casado, pues no es preceptivo ni requerido para la práctica.

b) En el caso de la mujer casada, pero separada, nada se dice en la Ley respecto del valor del consentimiento que pudiera prestar el propio marido. Pero es claro que con el texto legal se fija sólo en el valor habilitante y no en la eficacia del consentimiento, del que después hablaremos.

c) En todos los casos, un consentimiento viciado por error, dolo o intimidación sería un consentimiento inválido, anulable, lo que creo mejor que nulo, ya que quedaría de algún modo consolidado cuando caducara la acción de impugnación. Su tratamiento, en cuanto a la filiación resultante, debería seguir el parámetro del art. 141 CC respecto de la impugnación del reconocimiento, pero no estamos aquí hablando de lo mismo.

En efecto, el vicio del consentimiento de la mujer usuaria, sobre todo una vez engendrado el hijo, no puede tener más alcance que el de sostener, en su caso, la responsabilidad del equipo médico o del Centro Médico, o de ambos, en la medida en que pueda serles imputado, y es claro que, en materia de responsabilidad médica, se ha de proceder de acuerdo con el criterio de culpa, y aplicar las sanciones previstas en la propia Ley 35/1988,

art. 20, con las consecuencias allí establecidas, integrando la norma con las previsiones establecidas en los arts. 32 y sigs. de concebir la nulidad del hijo, ni nada que se le parezca.

El consentimiento viciado del marido, cuando es perceptivo, se traducirá en la implicación de la regla del art. 8.1 de la ley 35/1988. En el caso, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de IAD por él consentida (matrimonial que se trataba de inseminar a su mujer con semen donante). No veo obtenible otra consecuencia.

El consentimiento viciado del varón no casado, hará inaplicable la consecuencia del art. 8.2 de la misma Ley, perdiendo la consideración de escrito indubitado aquel que contenga, a los efectos allí previstos.

Estas consideraciones deben ser puestas en conexión con las previsiones establecidas respecto de la filiación resultante de las técnicas que vamos a abordar a continuación.

1. La “verdad biológica” como presupuesto de la filiación.

La reforma operada por ley del 13 de mayo de 1994 parece haber situado en el centro de la cuestión jurídica sobre la filiación de la llamada “verdad biológica”. El nuevo, pero acaso ya viejo, art. 127 de la CC (fue derogado por la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su contenido fue trasladado literalmente al art.767 de la citada ley) proclama que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

En esta materia, como ya hemos destacado, asistimos a una perturbadora disociación entre lo “biológico” y lo “genético”, que hace necesario un replanteamiento de la cuestión.

Sin perjuicio de convenir con quienes han destacado que uno de los principios rectores de la citada ley del 13 de mayo de 1981 fue la preeminencia de la verdad biológica por encima de la verdad formal o

registral, no parece que, tal y como las cosas se presentan a la luz de los dictámenes científicos y médicos que se han producido, pueda sostenerse una interpretación en clave genética de las palabras que utilizan preceptos como el señalado art. 127 del CC, ya derogado.

El largo camino hacia la cognación que se recorre desde los momentos del Derecho Romano, parece que en este momento debe ser frenado. Las posibilidades genéticas y el entronque genético parecen conducirnos a una suerte de banco de prueba de los vínculos carnales como presupuesto de la filiación. Por lo demás una lectura en clave biológica para la determinación de la filiación no matrimonial, cuyo eje parece encontrarse en el reconocimiento y en la posesión de estado (véanse los arts. 120 y 131 CC).

Aun cuando pensáramos que la verdad biológica es la clave de bóveda de la filiación, después de las reformas operadas por la Ley de 13 de mayo de 1981, no puede decirse que tal principio sea ni absoluto ni de imposible limitación.

En todo caso, no parece que el legislador haya previsto una posible disociación, como la que venimos subrayando, entre el hecho biológico y el hecho genético, especialmente grave en el tema de maternidad, en la que caben supuestos de gestación por una mujer a la que se implanta un óvulo donado por otra.

Como se ha escrito recientemente, la filiación es una relación fundamentalmente jurídica, y de los términos paternidad, filiación, padre, hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre roles culturales. Aun cuando el Derecho selecciona, para establecer la filiación, unos criterios, de los cuales los básicos son los biológicos, éstos no siempre actúan necesariamente. La verdad biológica encuentra sus barreras: v. Gr., en el supuesto de la relación incestuosa (art. 125 del CC en protección de la paz familiar, razón que explica las limitaciones establecidas en la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación, y la rápida caducidad de las acciones.

De este modo puede compartirse la conclusión de que “la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico” por lo que padre y progenitor no son sinónimos. “Padre” tiene una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece el término “progenitor”.

Al pensar de este modo, *a fortiori* coincidiremos en que la regla B es padre/madre de A, en realidad significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes – con el correlativo conjunto de derechos – o el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen como esa denominación (Diez Picazo y Guillén, 1994).

No podemos menos que subrayar, sin embargo, que tal y como se presenta la dicción de preceptos como el art. 127 del CC (ya derogado), y especialmente respecto a la paternidad, la utilización de técnicas como la inseminación artificial por donante (IAD) presenta, ya de entrada, un conflicto entre el que es padre en sentido genético, que viene a serlo también en el sentido biológico en materia de paternidad, y quien aparece como marido o consorte de la mujer fecundada. Sólo algún tipo de rectificación en los textos legales vigentes antes de la Ley 35/1988 podía permitir que la inseminación a través de un donante anónimo no conllevara la posibilidad del desconocimiento o la impugnación de la filiación por parte del marido o consorte de la mujer fecundada y sobre la base ya de una hipotética prueba de la generación así producida, ya de la imposibilidad de procrear por parte del impugnante.

2. El carácter de “orden público” de la filiación y el valor del “consentimiento” y/o de la “aceptación” del hijo.

Las Conferencias celebradas en el Cairo y Beijing afirmaron el derecho a la salud reproductiva de las mujeres, considerada como una condición previa y necesaria para la consecución de una definitiva libertad reproductiva. (Conferencias Internacionales de Población y Desarrollo organizadas por la ONU en el Cairo 1994 (UN.Doc. A/conf. 171/13, 18 de octubre 1994). Cuarta Conferencia Mundial Sobre Mujeres: Acciones para la igualdad, el

desarrollo y la Paz organizada por la ONU, en Beijing, 1995 y su plataforma de Acción. Los documentos finales de las citadas conferencias fueron adoptados como Resoluciones de la Asamblea General de la ONU: UN, GA Res. 4/128 de 19 de diciembre 1994; Un GA Res. 50/124 de 20 de diciembre de 1995 y UN GA Res.50/203 de 23 de febrero de 1996).

La Conferencia del Cairo de 1994 considera que la capacidad de decidir libremente el número y el espacimientto de los hijos como una “condición previa para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto de los hombres”. En el Programa de Acción de la citada conferencia se definió la salud reproductiva como un estado de completo bienestar físico, mental y social, que no consiste sólo en la ausencia de enfermedades relacionadas con el sistema reproductivo, con sus sistemas y procesos.

El texto de las conferencias del Cairo y Beijing habla de derechos que todas las mujeres e individuos tienen a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas y, más aún, que una persona sola tiene también el derecho a reproducirse (Bellver, 2000). Ballesteros mantiene que no existe el derecho a tener hijos, ya que el hijo es un don gratuito y tiene además una dignidad propia, sólo hay derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida, mientras que el hijo sí tiene derecho al amor de sus padres, a una familia (Ballesteros, 1995). Ha señalado Johannes Rau que la novedad que han introducido las técnicas de reproducción asistida es la de que hoy se pueden cumplir o parece que se pueden cumplir deseos anteriormente irrealizables, con lo cual surge enseguida una apariencia de deseo. Sin embargo tal derecho no existe. No podemos confundir los deseos y anhelos, por comprensibles que éstos sean, con derechos. No existe un derecho a tener hijos. Lo que sí existe es el derecho de los hijos al amparo y al amor de sus padres y, sobre todo el derecho de venir al mundo y de ser amados por su propia razón de ser, por sí mismos (Discurso del Presidente Federal Alemán, Johannes Rau, el 18 -v-2001 en el Salón de Actos Otto Braun de la Biblioteca Nacional de Berlín: “¿irá todo bien?” Por un progreso a Escala

Humana. Nueva Revista de Política, cultura y arte, núm.76, julio-agosto 2001, 2ª serie XLV, págs. 57 y s.).

En definitiva estoy de acuerdo con Herrera Campos cuando señala que es comprensible que el ser humano utilice todos los avances que le proporcione la ciencia para remediar los posibles impedimentos para tener hijos, por consiguiente es correcto utilizar las técnicas de reproducción asistida dentro de la pareja estable, sin distinción de que estén o no unidos por matrimonio, lo que no es correcto es utilizarlas no como remedio terapéutico, sino porque la mujer no quiere ningún vínculo con el hombre. Incluso sería aceptable que se utilizaran estas técnicas cuando se demuestre que la mujer soltera no puede tener hijos por el procedimiento natural (Herrera, 1991).

Las consecuencias relativas a la filiación se han presentado siempre como acciones de estado y con ello se quiere decir que son acciones irrenunciables y no susceptibles de transacción. En otras palabras, no hay una entera disponibilidad de tales acciones por parte del eventual interesado en el establecimiento, reclamación o impugnación de la filiación.

Con ello trato de expresar que el mero consentimiento o la aceptación de una situación como las que se presentan derivadas de la inspección artificial no impedirían, por sí mismas, la reclamación o la impugnación de la filiación establecida sobre la base de la presunción o del reconocimiento.

El problema, como se ha destacado recientemente, recibe diversas respuestas en los ordenamientos más próximos. En Suiza, el art. 256 del CC impide al marido intentar la acción (de impugnación) si ha consentido la concepción por obra de un tercero. Ciertamente es que el legislador suizo no ha matizado si la concepción es fruto de una cohabitación o inseminación artificial por obra de un tercero (IAD). El código civil portugués, en el art. 1. 839, dispone que no será permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido. En el Derecho francés (art. 312 del CC) no se contempla la imposibilidad de impugnación de la paternidad al cónyuge que hubiera consentido la

práctica de la inseminación cuando establece que “el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; sin embargo, éste podrá impugnar (desconocer) al hijo si justifica por hechos propios que él no pudo ser el padre”.

En Inglaterra la “Registration of Birth Act” de 1953 prevé que el niño nacido de inseminación artificial por donante ha de ser declarado en el estado civil como ilegítimo y nacido de padre desconocido, sin perjuicio de que intervenga una adopción de inmediato. En ciertos estados americanos el niño nacido por inseminación artificial es legítimo siempre que el padre haya dado consentimiento escrito a la operación. Una decisión judicial, como la producida en 1948 ante el Tribunal de Nueva York, decidió que el niño nacido de inseminación artificial debía ser considerado como adoptivo o legitimado por matrimonio. En el Derecho alemán la inseminación practicada con semen de un tercer donante no impide al marido impugnar la paternidad del niño aun cuando haya dado su consentimiento a la operación (párrafo 1.591).

Dentro del mismo terreno del valor del consentimiento y de las consecuencias que tal consentimiento pueda producir en orden a la filiación, sobre todo respecto a la posibilidad de impugnación, conviene destacar que nada se establecía en nuestro derecho vigente respecto de una limitación de las acciones de impugnación sobre la base de haber prestado previamente un consentimiento o una aceptación. Algún asomo se encuentra en los preceptos legales que contemplan el supuesto de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido puede destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario, salvo en el supuesto de que hubiera reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio. De modo semejante, una vez se ha establecido la filiación por reconocimiento, la acción de impugnación queda de algún modo restringida respecto de los legitimados, de la duración y de la *causa petendi*.

Pero si es cierto que el marido puede romper la presunción que establece la ley de la materia vigente, respecto de la filiación matrimonial, salvo que hubiere reconocido la paternidad y en tal caso cabe impugnar el reconocimiento por vicio del consentimiento de acuerdo con las reglas establecidas por la propia norma, no es menos cierto que ello impide, al menos en la lectura habitual a que la doctrina somete estos preceptos, que pueda impugnarse la paternidad por otras causas.

En este campo el valor que hay que atribuir al consentimiento o a la aceptación del hijo, se presenta la vieja cuestión del valor del reconocimiento mismo como acto de voluntad o como acto de ciencia, esto es, como acto eficaz sobre la base de su verdad intrínseca o sobre la base de una voluntad libre y consciente manifestada.

La cuestión ha sido ampliamente debatida entre nosotros y aun cuando en la polémica no puede decirse que haya habido vencedores ni vencidos, la reforma ha venido a poner de nuevo la cuestión sobre el punto de apoyo de una declaración de ciencia, que no de voluntad, como presupuesto de la eficacia del reconocimiento, que tanto valdría cuando fuera cierto.

Así las cosas, mientras que las propuestas de los científicos se encaminan hacia la valoración del consentimiento del marido o del consorte de la mujer inseminada artificialmente con semen de tercero y hacia la negación de derechos en el caso de la madre genética que no coincide con la madre gestante (supuestos de donación de óvulos y de subrogación de úteros), en el Derecho español se constatan, ya en las líneas de principio, que un poco más adelante concretaremos en preceptos o reglas concretas, graves dificultades para admitir las propuestas formuladas por los científicos, en cuanto a que podemos decir, simplificando, el factor genético se presenta con gran influencia en tema de paternidad, mientras que el factor biológico puede, sin grave riesgo, ser encajado en las actuales reglas del Código Civil como determinante de la maternidad a favor de la mujer que da luz, si bien es claro que los redactores del texto actual del Código Civil para nada contemplaron la posibilidad de una disociación entre la maternidad genética y la maternidad de gestación, obstétrica, o como se la quiera llamar.

1.7 Clases de inseminación artificial

Para poder comprender bien los problemas jurídicos que se derivan de la inseminación artificial, es necesario, hacer una referencia a las distintas clases de inseminación artificial, atendiendo a quién sea la persona que aporta el espermatozoides que va a ser utilizado para fecundar a la mujer.

Los autores hacen distintas clasificaciones, y así para Martínez-Calcerrada cabe

distinguir: a la Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o autoinseminación bajo la siguiente clasificación:

i. Inseminación artificial Inter. Vivos: a) de primer grado que es aquella que se realiza por un procedimiento artificial la introducción del semen del marido en la vagina de la esposa, en este caso se entiende que el marido o portador del semen convive con la esposa receptora. b) de segundo grado son la fecundación in vitro y transferencia de embriones. c) de tercer grado: el acoplamiento del procedimiento de conservación del semen-embrión, también es accesible con aquella su supervivencia, cuando la FIV no aconseja sea practicada a seguido de la fecundación y se demora la transferencia hasta que, por ejemplo, el ciclo menstrual de la esposa lo aconseja.

ii. Inseminación post mortem y, dentro de ésta a su vez hay que distinguir para el citado autor: a) la inseminación propiamente dicha y b) la fecundación in vitro con transferencia de embriones.

iii. Inseminación con tercería maternal, cuando el semen del marido causa la concepción interviniendo en el proceso otra mujer distinta a la esposa, la que da el óvulo.

iv. Inseminación matrimonial heteróloga, por tercería o heteroinseminación, el semen procede de un tercero.

v. Inseminación artificial Inter vivos: a) de primer grado, b) de segundo grado y c) de tercer grado.

vi. Inseminación artificial post mortem

vii. Inseminación artificial con tercería maternal y a su vez distinguiendo: a) inseminación artificial de la viuda y b) inseminación artificial de la mujer soltera.

Nos parece mucho más clara la clasificación que hace Herrera Campos quien agrupa a la inseminación artificial en dos grandes grupos: A) Inseminación homóloga y B) Inseminación heteróloga. Y dentro de estos dos grupos a su vez distingue 1) Inseminación artificial dentro del matrimonio, con distintas variantes. 2) Inseminación después de la disolución del matrimonio, distinguiendo a su vez en caso de separación o divorcio, y 3) la inseminación post mortem, dedicando además especial atención a la inseminación de la mujer soltera y a la maternidad subrogada o compartida.

Consecuencias de las técnicas de reproducción asistida y filiación.

A) Determinación de la filiación: filiación matrimonial y no matrimonial.

I. Al obtener la certeza de una generación en que no invierte el marido de la madre, la IAD, dado que la presunción del art. 116 es *juris tantum* y que la obtención de la verdad biológica constituye uno de los fundamentos de la regulación de la filiación en el Código civil, generará un conflicto potencial – contra la paz familiar- que podría obviarse –tal y como ahora están las cosas en el CC- sino mediante un cambio en los textos legales, que se ha producido en el art. 8 Ley 35/1988.

II. En el seno del matrimonio, la técnica IAC no presentará más problemas que los derivados de la posibilidad de la inseminación post mortem, de lo que hablaremos más adelante.

III. El problema suscitado por la IAD practicada sobre mujer casada sólo puede contemplarse acudiendo a la declaración del marido (una suerte de reconocimiento) y a la posesión de estado.

El reconocimiento habrá de consistir en unas declaraciones de voluntad de aceptar como hijo al fruto de la IAD con su esposa –naturalmente, no a la falacia de que interviene en el proyecto de generación- y ello implica, de una parte, la proyección al supuesto de IAD de cuanto el art. 117 previene para el caso de nacimiento producido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, en el sentido de que no le sería lícito – o no sería eficaz- que el marido que ha consentido la IAD destruyese la presunción establecida en virtud del principio “*pater is est quem nuptia demonstrant*”, mientras que, por otra parte, vendría a limitar las posibilidades de impugnación, a cuyo efecto será acaso necesario dar un giro en la concepción de la acciones de filiación como acciones de estado y por ello, fuera del ámbito de autonomía privada, esto es, irrenunciables, intransigibles, indisponibles.

En efecto, tal y como se presenta el tema, o bien sometemos a una mera tolerancia la posición del marido de la madre que lo es por IAD quien podrá perseguir la verdad y desconocer al hijo aun cuando haya consentido, lo que no parece deseable (y menos aún en cuanto tratemos de evitar que el donante tenga responsabilidad alguna y queramos que sea verdaderamente anónimo), o bien se ha de requerir una auténtico consentimiento libre, consciente y voluntario del marido, que cierre la posibilidad de impugnación.

Por otra parte, la posesión de estado viene a atemperar el problema, en cuanto que restringe la legitimación de las acciones de impugnación. Pero, como sabemos, no impide, dentro del círculo de personas interesadas, el ejercicio de las acciones.

Partiendo de las ideas de matrimonio y nacimiento dentro del matrimonio, personalmente creo que la generación de IAD, con consentimiento del marido, ha de ser entendida como matrimonial. Otro es el problema de que

llegue a practicarse una IAD contra la voluntad o sin el consentimiento del marido, en cuyo caso se habrían de aplicar las normas ordinarias.

IV. Como se ha producido, entre la concepción o fecundación y el nacimiento, la separación y/o el divorcio de los cónyuges, han de entrar en juego las mismas reglas que en el caso de la procreación natural. Especialmente se ha de permitir la inscripción registral de la filiación como matrimonial si se realiza con el consentimiento de los cónyuges.

V. En el caso de inseminación artificial por donante producida en el seno de parejas estables no matrimoniales, estamos ante un supuesto de determinación de la filiación no matrimonial en que ha de primar el reconocimiento para establecer la paternidad. El reconocimiento, insisto, que no tendrá mero valor confesorio o declarativo porque implicará la aceptación voluntaria del hijo como propio, más allá de la pura verdad biológica o genética. También aquí habría que limitar la posibilidad de impugnación a los supuestos de deficiente formación de la voluntad, cerrado el debate sobre la estricta verdad biológica o genética. De otra suerte obtendríamos una paternidad provisional (lo que no parece conveniente), sometida a una mutación del ánimo del reconocedor, bien que dificultaba la impugnación por la concurrencia de una posesión de estado, allí donde se produzca o por la dificultad procesal de la prueba.

B) La maternidad

En cuanto a la determinación de la maternidad, creo que las cosas pueden seguir como están en el caso de la maternidad subrogada, y así la define, el art. 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

En el caso de la mujer sola (soltera, viuda, divorciada), la inseminación IAD (otra, claro es, no cabe) se ha de tratar exactamente igual que la procreación absolutamente natural. Cabrá el reconocimiento a la madre, pero no la mención del padre (art. 122 del CC) aun cuando lo conociera, lo que, por otra parte y dado como se presenta la práctica es muy difícil. Otra cosa es que se admita o no, de lo que después hablaremos.

Más problemas se presentarían en el supuesto de IAD contra la voluntad o sin el consentimiento del marido. Podría éste, desde luego impugnar la filiación que se estableciera, incluso contra la presunción del art. 116 del CC, pero incluso habría que favorecer que tal filiación no pudiera establecerse, admitiendo la “destrucción de la presunción del art. 116 del CC” y, en todo caso, que pudiera acudir a una impugnación más fácil.

Se impondría aquí, como presupuesto de la práctica IAD, un control del Centro especializado, que debería informar al marido, recoger, en todo caso, su opinión o, por lo menos, facilitarle las pruebas – bien que sucintas- de la IAD. Cuando se trate de matrimonios separados, la presunción no funcional a partir de los trescientos días de la separación legal o de hecho, pero como hemos visto, se puede prescindir de dicha separación o el consentimiento del marido. Bien que ello planteará problema de prueba y podrá dar lugar a fraudes, creo que o bien no se debería practicar la IAD en mujer casada sin el consentimiento del marido, o bien habría de tomar todas esas cautelas, y aún más, porque si ya es problemático que se acepte un hijo sin participar en la generación, parece inaceptable que se pueda llegar a imponer ese hijo a quien nada sabe o a quien expresamente no lo consiente.

¿Podría pensarse en un “consentimiento” concebido como una suerte de la licencia o autorización para la mujer, pero sin aceptar para sí el marido las consecuencias de la filiación?

Aparte de que en todo caso ello implica oírle, equivaldría, en su eficacia, al menos respecto de la paternidad, a la falta absoluta de consentimiento. Otras consecuencias (v.gr., para fundar la separación o el divorcio, etc.) no interesan aquí y ahora.

Como veremos, la FIV plantea problemas semejantes a los que venimos exponiendo, y

por esta razón no nos detenemos ahora en un examen pormenorizado.

C) Acciones de reclamación y de impugnación.

Estimo que los puntos en que se representa con mayor nitidez la confrontación entre la realidad escrita y los textos legales vigentes anteriores a la Ley 35/1988 son los que exponemos a continuación:

I. La necesidad de limitar la libre investigación en los supuestos de IAD y FIV a través de un nuevo valor del consentimiento, así como a través del establecimiento del secreto y del anonimato del donante.

II La convivencia de potenciar en las acciones de reclamación, los datos de posesión de estado y de convivencia con la madre (art. 135 del CC) no sólo en el sentido de ampliar las acciones de reclamación, sino también en el de limitar los pronunciamientos contrarios cuando ha mediado la utilización de alguna de las técnicas a que nos venimos refiriendo en las condiciones que legal y reglamentariamente se definan. Es decir, que admitida la IAD o la FIV, el hijo que nazca pueda gozar de una filiación consolidada, más allá de la mera verdad biológica, que no pueda ser atacada – salvo, si acaso, por él mismo- en contra de la posesión de estado de que viene disfrutando o de la presunción de paternidad basada en la convivencia del marido o del consorte con la madre.

III. En todo caso, que no pueda ser utilizado el dato clínico de la IAD o de la FVI como prueba, salvo por el hijo o por quien actúa en su beneficio, y no por quienes solicitaron y consistieron.

IV. La carencia o la reducción de la legitimación activa, en las acciones de impugnación, para el marido y sus herederos y para la madre y sus herederos cuando hayan consentido la IAD o la FIV.

V. La consideración del consentimiento en la utilización de las técnicas como análogo o equiparado al reconocimiento en determinados casos, y como límite de la facultad de destruir la presunción de filiación matrimonial ex art. 116 y concordantes.

VI. Puede sostenerse la impugnación del reconocimiento y de su análogo o equiparado consentimiento por vicios de la voluntad (arts. 138 y del CC)

con la consecuencia de que, en tales casos, se levantaría la barrera puesta a la investigación de la verdad biológica.

A todas estas cuestiones ha tratado de responder la vigente Ley 35/1988 de 22 de noviembre.

Obsérvese, de entrada, que la Ley remite a las normas legales vigentes la regulación de las relaciones de filiación derivadas de la aplicación de las técnicas. Tales leyes son, fundamentalmente el Código civil, la Ley de Registro Civil y Disposiciones Complementarias, y, en Cataluña, la Ley 7/1991 de 27 de abril. De modo tal, que la aplicación de las técnicas se regula, en orden a la afiliación, por la Ley 35/1988 en el Derecho general, y, en el ámbito de aplicación del Derecho Civil catalán, por la ameritada Ley 7/1991.

Respecto del Derecho común, el punto central de la regulación se encuentra en dos reglas básicas:

a) Ni marido ni mujer pueden impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de técnica IAD si ha prestado su consentimiento en los términos establecidos por la propia Ley.

b) El varón no casado que ha consentido la inseminación de una mujer ha reconocido el hijo como suyo, en los términos del art. 49 LRC.

Pero si lo primero parece claro, salvo en los supuestos de consentimiento viciado, a que ya nos hemos referido, lo segundo plantea cuestiones de difícil solución.

Por otra parte, no es clara la remisión al art. 49 LRC en términos de escrito indubitado expresión que aparece en el texto del precepto a favor del cual se verifica la remisión en el expediente gubernativo que ha de ser aprobado por el Juez, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada. Pero sobre todo la incertidumbre que se produce en el último inciso del art. 8.º2, cuando se dice que queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad. Esta acción de reclamación,

entendiendo, debe ser la que cabe entablar con base en el mismo escrito o documento, y no la que pudiera interponer el donante de semen, pues en el sistema de la Ley ni tal donante asume paternidad, ni tendría sentido la consideración como escrito indubitado a los efectos legalmente indicados del documento a que se refiere el art. 8.2.

1.7.1 Inseminación entre los esposos

La inseminación artificial homóloga es aquella que se lleva a cabo con semen del marido de la mujer que se va a inseminar. Esta clase de inseminación es la que menos problemas plantea desde el punto de vista jurídico, y lo mismo cabría decir desde el punto de vista ético; es aceptada por toda la doctrina y se puede afirmar que incluso es aceptada por los teólogos y por la mayoría de los miembros de todas las iglesias. Zannoni ha señalado que la inseminación homóloga no afrenta a la naturaleza ni a los fines del matrimonio y merece la aprobación como un remedio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges (Zannoni, 1978). Este tipo de fecundación se lleva a cabo muy a menudo, puesto que es corriente que la pareja no pueda tener descendencia por medio del acto sexual, pensemos por ejemplo que se da con frecuencia la impotencia en el hombre, y ello no quiere decir que sea estéril.

En nuestra época cobran relevancia dos fenómenos opuestos, pero íntimamente relacionados, convirtiéndose en preocupación de políticos, científicos, economistas y psicólogos. Se trata de la fecundación humana, en su doble vertiente, por hiperpresencia y por ausencia, responsables de los males de la superpoblación por natalidad incontrolable de los países pobres y de la disminución alarmante de la población en los países occidentales más desarrollados.

Lo primero constituye una de las causas del hambre, la violencia, la promiscuidad y el abandono, abuso y malos tratos de los menores. La segunda es razón de ser del empobrecimiento de los índices poblacionales en regiones ricas, actualmente con muchos ancianos y pocos niños. Ellos buscan sobrevivir con las tecnologías recientes de fabricación de niños en

laboratorio o con la implantación (lícita o ilícita) de niños traídos de los países menos desarrollados. El rostro del siglo que ha terminado ha logrado convertir la aspiración del hijo procreado, en una esfera tecnológica deshumanizada y muy costosa, para quienes no pueden pagarlo, en tanto para otros, aquello que originariamente constituía un acto de solidaridad social, la adopción, se ha transformado en un rentable negocio que compite con el de las armas, la venta de órganos y las drogas.

Niños biotecnológicamente fabricados o internacionalmente traficados, se ofrecen como solución para sociedades de producción espermática en decadencia o de ovarios envejecidos como fruto del sistema social alienado en el que viven. Mientras tanto, para los países sin desarrollo económico adecuado, pero con natalidad creciente, se propone como solución para el hambre de la niñez abandonada, la exportación de la población infantil, hacia las regiones ricas y desarrolladas del planeta.

Estas circunstancias de la maternidad y de la paternidad mundial, no son acontecimientos fortuitos o aislados, sino emergentes de las transformaciones sociales, económicas y políticas en el orden internacional. Las formas en que el hombre y la mujer tratan de convertirse en padres de un niño, bien pueden ser categorizadas como signos preocupantes de esta sociedad, marcada por la intolerancia a la espera, la frustración o la aceptación consciente de lo que no se puede. Quienes menos tienen más procrean hijos y los que no logran procrearlos, son aquellos que convierten la vida en producir, consumir y gastar.

Hay parejas y mujeres solteras que buscan tener un hijo a costa de cualquier precio, los que consideran que poseen derecho al niño. En los últimos años se viene planteando el dilema entre la adopción y la inseminación. Hay muchos países que no tienen una legislación adecuada o, simplemente, no existe. Este vacío legislativo impide establecer los límites, de aquello que resulta atractivo y fascinante para los científicos, convertidos hoy en “los creadores” de la vida humana.

Al no existir coto a lo que se puede, se corre el peligro del desborde en el poder, pasando a ser simple generalización aquello que es bueno, preciso e indicado para un fin determinado. Si se carece de ley que regule, se corren riesgos de una autentica enajenación científica. Mucho peor por tratarse de la sexualidad de las personas, de su intimidad, de su fertilidad. El nacimiento del primer bebé de probeta en Inglaterra, inicia una etapa de esperanza para los irremediabilmente estériles, pero también de crisis, para los que ejercen las técnicas, sin advertir que se trata de una reproducción sin sexualidad.

Quienes levantan sus voces de alarma, son los que temen que, desde esta beneficiosa técnica para solucionar el síntoma de la esterilidad, se puede llegar a convalidar todos los experimentos escalofriantes de la ingeniería genética, tal y como se hace con los animales y los vegetales. Muchas personas, cuando se habla de las técnicas de reproducción asistida, les queda la sensación de una estafa moral.

Visto en retrospectiva (hacia mayo de 2004), las parejas españolas “necesitaban” un niño, clónico, para poder salvar a otro que se debatía entre la vida y la muerte. Pero esto no era lo mismo que desear tener un niño. Se debe pensar que la maternidad y la paternidad deben ser abordadas desde el mito y la realidad, como también la esterilidad de la pareja constituye un campo problemático del saber, en relación al cual los psicólogos y los psicoanalistas tienen mucho que decir.

De todo lo dicho se deduce algo que para mí está muy claro ¿existe un derecho a la procreación? Si se considera la respuesta afirmativa como verdadera, si se da por ejemplo la esterilidad y se admite la inseminación artificial, ¿ésta no tiene límites? Cuando la pareja, o la mujer soltera, deciden someterse a las técnicas de reproducción asistida, a la fecundación in vitro o a la inseminación artificial, se pregunta la doctrina y, nosotros también, si existe un derecho a tener hijos. La doctrina no es unánime al respecto: para unos, el derecho a procrear no tiene límites, y en consecuencia, se admiten dichas técnicas. Para otros, manteniendo una

postura contraria, no admiten las técnicas y por tanto no existe un derecho humano a tener descendencia.

Al hacer un estudio detallado de las distintas declaraciones de los derechos humanos, podemos observar que en ninguna de ellas se encuentra recogida de manera clara y determinante este derecho a procrear.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución de 10 de diciembre de 1948 señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (art.16).

En este artículo se puede apreciar que el hombre y la mujer tienen derecho a constituir una familia, y haciendo una interpretación favorable, se puede pensar que se refiere a la procreación cuando menciona “el derecho a fundar una familia”. Esta interpretación nos lleva a ver qué es lo que se considera como familia, tema que no podemos entrar a estudiar en este momento.

La Corte Social Europea que data de 1965 sólo se refiere al derecho que tiene la familia

a una protección social, jurídica y económica.

En 1959 se proclama la Declaración de los Derechos del Niño y, no encontramos en ninguno de sus principios referencia alguna al derecho a procrear. En 1983 se aprueba la Carta de los Derechos de la Familia que es una síntesis de las encíclicas *Populorum Progressio* y de la *Humanae Vitae*, en el art.3 de la citada Carta se señala “Los esposos tienen el derecho inalienable de fundar dicha familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismo, para con los hijos nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores y de

acuerdo con el orden moral objetivo que excluye el recurso a la contracepción, la esterilización y el aborto.”

“ a) Las actividades de las autoridades públicas o de organizaciones privadas, que tratan de limitar de algún modo la libertad de los esposos y las decisiones acerca de sus hijos, constituyen una ofensa grave a la dignidad y a la justicia.

b) En las relaciones internacionales, la ayuda económica concedida para la procreación de los pueblos no debe ser condicionada a la aceptación de programas de contracepción o aborto.

c) La familia tiene derecho a la asistencia de la sociedad en lo referente a los deberes en la procreación y educación de los hijos. Las parejas casadas no deben ser discriminadas” (Herrera, 1991:).

De la lectura de la obra del padre Gafo (Gafo, 1986) se puede llegar a dos conclusiones importantes. Primera: de la lectura de las principales declaraciones de los Derechos Humanos no se obtiene ninguna afirmación de la cual se desprende que la mujer tiene un derecho a la procreación, y sólo se deduce su derecho a fundar una familia; segunda: es improcedente incluir la función procreadora dentro de la formulación de un derecho humano en el sentido técnico que esta expresión contiene.

Zarraliqui es partidario de que el hombre y la mujer tienen derecho a reproducirse, ya que existe de forma clara el Derecho positivo a la reproducción por los medios naturales, cuyo ejercicio tiene carácter mancomunado, pues por sus propias características es un derecho en su vertiente positiva, es la traducción parcial de procrear con alguien. A este respecto ocurre igual que con los derechos a la asociación o al matrimonio. El Derecho existe en cada uno, pero su ejercicio está condicionado a que exista otra voluntad concordante, que aporte el otro elemento sucesorio para que se produzca el hecho: el otro gameto (Zarraliqui, 1988).

Está claro que el hombre y la mujer tienen derecho a crear una familia, tienen derecho a procrear, pero también consideramos que ese derecho se

refiere solamente al derecho a procrear de una forma natural, es decir, por los medios naturales, pero cuando se habla de procreación a través de técnicas de reproducción humana asistida ya es otra cosa diferente. Consideramos que el poder utilizar los avances que la ciencia pone a disposición del hombre y de la mujer para luchar contra la esterilidad es correcto y adecuado, pero con ciertos límites.

El acudir a estas técnicas sólo debe ser admitido como un remedio a la esterilidad o imposibilidad física de algún miembro de la pareja. Cuando se trata de la mujer soltera, viuda, divorciada y en el supuesto de la fecundación post mortem, no soy partidario de la utilización de estas técnicas. Por lo que se refiere a la mujer soltera haré una referencia especial en un momento posterior de esta exposición, al igual que a los supuestos arriba señalados.

Los movimientos feministas en su mayoría son partidarios de la reproducción artificial y parten de la primacía absoluta de la autonomía individual.

Por ejemplo, Fernández Ruiz-Gálvez señala que a partir de esa libertad absoluta de la autonomía individual se ha considerado que tales técnicas confieren autonomía a las mujeres en un doble sentido. En el de liberación del propio cuerpo, liberación de la naturaleza. Y autonomía en cuanto amplían las opciones disponibles, las posibilidades de elección, las alternativas en materia reproductiva. En cuanto al primer aspecto, a principios de los años setenta algunas feministas acogieron favorablemente el surgimiento de las técnicas de reproducción artificial, porque como señala Shulamith Firestone, los progresos de la tecnología permitirían a las mujeres escapar del bárbaro estado del embarazo. (Fernández Ruiz, 2002).

Para otras posturas feministas, acordes con lo sostenido por Simone de Beauvoir, la biología que constriñe a las mujeres a la gestación y al parto estaría en el origen de su subordinación social (Beauvoir, 1984). El movimiento feminista liberal conecta con la afirmación de un supuesto derecho a la reproducción que incluiría el derecho a acudir a las técnicas de

reproducción asistida (Gómez Sánchez, 1994). La idea de derechos reproductivos se consolidó a nivel universal en las Conferencias mundiales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), y sobre la mujer (Beijing 1995), y en el seminario sobre Derechos Reproductivos celebrado el 28 de junio de 2003 en la Universidad de Bremen (Alemania) organizado por la Red Europea de Excelencia sobre Derechos de las mujeres del V Programa Marco de Investigación de la Comisión Europea.

En materia de derechos reproductivos debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la evolución del soft Law en los últimos treinta años, que parece apuntar al reconocimiento de un derecho fundamental a la salud y a la libertad reproductiva por las conferencias mundiales de la ONU.

1.7.2 Inseminación durante el matrimonio.

La inseminación artificial homóloga, es decir, con semen del marido y óvulo de la mujer que va a ser inseminada plantea pocos problemas jurídicos, aunque no puede decirse lo mismo acerca de la valoración ética que merece el procedimiento. Este tipo de inseminación cuenta con la aprobación de la totalidad de la doctrina y de la opinión pública, y es aceptada porque la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano con el óvulo y el espermatozoides del marido y de la mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre la pareja, pero no porque éstos la excluyan sino porque de por sí ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación. Señala López Azpitarpe que la inseminación dentro del matrimonio es hoy bien vista por la mayor parte de los autores, incluso desde el punto de vista de la moral. (López Azpitarpe, E., *El don de la vida: luces y sombras de un documento*, Proyección 34, 1987, pág. 220) La Iglesia Católica en ocasiones se muestra contraria a la inseminación homóloga como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente.

En definitiva, la Iglesia Católica acepta la inseminación homóloga sólo en aquellos casos supuestos en los que se realiza el acto sexual, pero que éste

por sí solo no da lugar a la procreación, y que debido a determinadas alteraciones o anomalías la mujer no puede quedar embarazada. Lo que sí acepta la Iglesia es que se recoja el esperma y se introduzca en el aparato genital de la mujer a través de las técnicas de reproducción. Creemos que la inseminación artificial dentro del matrimonio, con esperma y óvulo de la pareja, debe ser aceptada y que la opinión de la Iglesia no tiene sentido, porque no atenta contra nada, se obtenga el semen como se obtenga, incluida la masturbación.

La inseminación se lleva a cabo mediante estimulación de la ovulación, con lo que existen más óvulos susceptibles de ser fecundados, en segundo lugar, está la captación del semen en el laboratorio aumentándose su capacidad de fecundación, a continuación, se depositan los espermatozoides cerca del fondo uterino facilitándose su llegada a la trompa donde se lleva a cabo la fecundación.

Por lo que se refiere a la filiación de los hijos habidos a través de una inseminación artificial, una fecundación *in vitro* o bien con transferencia intrauterina de gametos, cuando el óvulo y el esperma proceden recíprocamente de la pareja, que prestó su consentimiento para someterse a estas técnicas, y es la propia esposa la que gesta, la que va a llevar a cabo el embarazo, la filiación será matrimonial para todos los efectos.

1.7.2.1 Los conflictos de la inseminación artificial tras la disolución del matrimonio

Hoy día es perfectamente posible conservar por un tiempo indefinido el semen de un hombre en un banco de espermas. No es frecuente que las técnicas de reproducción asistida utilicen semen fresco: es necesario someterlo a un examen previo para tener plena convicción de que el semen está sano y que no es portador de ninguna enfermedad. Pensemos un supuesto que puede ser perfectamente real: una pareja, un matrimonio decide de común acuerdo, aportar sus gametos y depositarlos en un banco de espermas conservando el embrión congelado para su posterior

utilización, por ejemplo, cuando fallezca alguno de los miembros de la pareja y el sobreviviente desee tener un nuevo hijo.

O que el marido decida depositar el espermatozoides en un banco para utilizarlo en la posteridad, pues piensa hacerse la vasectomía, o bien por si muere que lo utilice su esposa si así lo desea, o la mujer decide congelar un óvulo y lo deposita en el banco. Si fallece el marido y la viuda quiere hacer uso del espermatozoides congelado del marido o del embrión que ambos tenían congelado, podemos apreciar que todo esto da lugar a grandes problemas desde el punto de vista jurídico. Otra cuestión que también da lugar a numerosos conflictos es que la pareja decida separarse o divorciarse.

Cabría pensar varias preguntas: ¿a quién pertenece el espermatozoides congelado depositado a iniciativa del marido?, si cuando lo depositó existía el régimen económico de gananciales ¿a quién pertenece?, es decir, aquí se plantea otro problema ¿el semen es cosa? Si existen embriones congelados y la pareja se disuelve ¿quién es el titular del embrión?, ¿quiénes pueden utilizarlo?, ¿los hijos habidos de estos supuestos a quiénes tendrían como padres legales? Todas estas preguntas que parecen un cuento de fantasía pueden ser casos reales y todos tienen una solución jurídica.

a).- Inseminación en el caso de separación o divorcio.

Esta cuestión la plantea con suma claridad Herrera Campos, producida la separación o el divorcio y existiendo embriones congelados, éstos pueden ser reclamados por ambos ex cónyuges en caso de divorcio, o por cualquiera de los miembros del matrimonio todavía, puesto que la separación no produce la ruptura del vínculo matrimonial. Si se ha producido el divorcio ¿quién tiene prioridad para poder utilizar los embriones?, si existe más de uno no habrá problema puesto que los dos podrían hacer uso de ellos, pero la problemática se plantea en aquellos supuestos en que no exista más que un embrión. Cabría pensar que, en el supuesto de que el ex cónyuge que solicita el embrión se hizo la vasectomía durante el matrimonio y contrae un segundo matrimonio, sería en buena lógica el que debería tener preferencia, por la sencilla razón de que su ex

mujer aún estaría en condiciones físicas para poder tener más hijos por el procedimiento natural si decide unirse a otro hombre.

Surge un problema en relación con la paternidad y la maternidad del ser concebido en estas condiciones. Si el embrión se utiliza por el hombre con una nueva esposa, en cuanto a la paternidad no existe ningún problema y ello se deduce **a)** porque es el marido de la mujer que da a luz, es decir, que pare, **b)** también es el padre genético, puesto que el embrión fue aportado con su semen, en consecuencia, es el padre legal y genético. Si es la ex esposa la que utiliza el embrión congelado y ha contraído nuevo matrimonio, por lo que se refiere a la maternidad no hay ningún problema porque en este caso también coinciden la maternidad legal y la genética; el problema surge en lo que se refiere a la paternidad. Sería padre legal el nuevo marido de la mujer que ha sido inseminada, pero no sería padre genético o biológico. Si no se impugna por nadie, el marido de la mujer que da a luz sería el padre para todos los efectos, pero si alguien impugnara esa paternidad no sería el padre, pero podría reconocerlo en documento público al hijo que dio a luz su ex mujer porque utilizó su gameto masculino y, en consecuencia, es el padre biológico.

Hay parte de la doctrina que considera que la concepción sería genéticamente

matrimonial, pero jurídicamente extramatrimonial (Zannoni, 1978).

1.7.2.2 Inseminación de la viuda

Este supuesto viene referido a la inseminación post mortem, es decir, estaríamos ante aquellos supuestos en los que el marido ha depositado su semen en un banco de espermias o también cuando la pareja ha depositado un embrión en el banco para una posible utilización en un momento posterior.

1.7.2.3 Inseminación *post mortem*

Cabría preguntarse ¿Qué sentido tiene la inseminación y la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, cuando tiene lugar después de la muerte del marido o varón de la pareja?, en distintos momentos de la exposición nos hemos pronunciado en el sentido de que estas técnicas tienen como finalidad remediar la esterilidad del hombre o de la mujer, e incluso en algunos casos de ambos.

1.7.2.4 Concepto de inseminación *post mortem*

Si observamos el art.1.2 de la Ley española, en él se dice “que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, podrán facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”.

1.7.2.5 Permisibilidad o rechazo de la fecundación *post mortem*

Herrera Campos se pregunta ¿hay alguna finalidad que justifique la utilización de la inseminación y la fecundación *in vitro post mortem* cuando ya ha fallecido el ser humano que era fértil?, quien considera que la inseminación *post mortem* no tenía que haber sido aceptada por la Ley española de 1988. El hijo es concebido, en el supuesto de haber sido utilizado el semen depositado en el banco de espermias, cuando el productor del semen ya ha dejado de existir; con ello se está condenando a un ser que viene al mundo a luchar con desventaja con referencia a los demás; *a priori* se está atribuyendo la concepción de un hijo a un padre que ya no existe. No se debería aceptar la demanda de la viuda solicitando la propiedad del semen, porque éste no puede ser objeto de sucesión. Si se dice que la mujer tiene derecho a tener un hijo, también se puede afirmar que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre. Se puede argumentar que el hijo nacido a través de la inseminación *post mortem* tiene un padre ilegítimo, es decir, tendría por padre al marido de su madre, cuyo deseo cuando vivía era el procrear, y se trataría en este caso de un hijo cuyo padre ha muerto, que no es lo mismo que nacer sin padre; este argumento tiene poco valor y

que, para los efectos prácticos, el hijo estaría condenado desde el momento de su concepción a no “tener padre”. (Herrera, 1991).

Este sistema es antinatural, se está buscando a propósito hijos superpóstumos, concebidos después de la muerte del padre. Para Pantaleón Prieto el derecho del varón a disponer de sus propios gametos se extingue con su propia muerte, y la libertad de la viuda de disponer de los gametos de su cónyuge fallecido o del embrión preimplantado se enfrenta al derecho del nacido a que sus padres le presten “asistencia de todo orden”, tal como dispone art.39. 3 de la Constitución española (Pantaleón 1988).

Hay otros autores (como Vercovitz), sin embargo, que consideran que no hay por qué negar el ejercicio de esta libertad a los cónyuges. En la actualidad no existe dificultad para que una mujer dé a luz un hijo concebido con el semen de su esposo conservado en los bancos de espermatozoides cuando éste ha muerto. Se entiende por fecundación *post mortem* los supuestos de inseminación artificial de una mujer con el semen de su marido o varón de la pareja fallecido y la implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido. Corral Talciani establece cinco supuestos en que se puede dar la fecundación post mortem:

1º.- Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya fallecido.

2º.- Fecundación *in vitro* con óvulos de la mujer fallecida (llevada a cabo antes de su muerte).

3º.- Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y criopreservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o varón conviviente.

4º.- Implantación de un embrión criopreservado (concebido con gametos de la mujer muerta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o varón conviviente superviviente.

5º.- Embrión crioconservado no destinado a la donación cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer (Corral Talciani, H., La procreación artificial post mortem ante el Derecho, RLG, nº265, julio 1988). Está claro que los supuestos 2,4 y 5 implican necesariamente una maternidad por sustitución, se necesita una mujer que no es la madre genética para que se le transfiera el embrión del cual nacerá un niño, hay una corriente doctrinal entre la que destaca Carcaba que mantiene que debe prevalecer el libre desarrollo de la personalidad de la madre.

Para Hernández Ibáñez, la fecundación post mortem heteróloga sería aquella en que se inseminará a la viuda con espermatozoides perteneciente a un donante (Hernández Ibáñez, C., La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada. Actualidad Civil, n.48, semana 26 diciembre-enero 1989, pág. 3029). Para mí este caso no es de inseminación *post mortem*, es similar a la inseminación de la viuda, es equiparable a la mujer soltera, como la propia autora concluye. La autora citada se plantea la pregunta ¿cabría admitir la fecundación *post mortem* con material genético de la mujer, una vez que ésta haya muerto, con el objetivo de que su marido o compañero estable tenga un hijo de ambos?, la contestación que da la autora es negativa, porque estaríamos ante un supuesto de maternidad subrogada, prohibida por la ley española, postura con la que estamos totalmente de acuerdo.

Es importante señalar que la Recomendación de Comité *ad hoc* de expertos sobre el congreso de las Ciencias Biomédicas en su principio 7, señala que la procreación artificial con semen del marido compañero muerto no será admitida.

1.7.2.6 Elementos de la fecundación *post mortem*

Es necesario, primero, que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto del hijo que resulte de la aplicación de la inseminación artificial o de la FIVTE. Como señala Montes Penades (Las

categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida, Actualidad Civil nº.47/19-25 diciembre 1994, p.973 y s) la solución para este tipo de inseminación en la legislación española está contenida en el art.9 y que había sido precedida de su admisión en la Comisión Parlamentaria, que siguió en este punto la posición del Informe Warnock, en el sentido de que, tras la aplicación de la técnica de la inseminación artificial homóloga, cualquier niño que no estuviera en el útero en el momento del fallecimiento del padre, no podría ser considerado como titular de derecho sucesorio alguno. Hubiera recogido entonces, en materia de filiación, la normativa ordinaria (art.116 del Código Civil Español) que hace caer la presunción de paternidad a los 300 días después de la disolución del matrimonio. La Comisión Parlamentaria Española entendió que era un problema de límites, y entendió también que deberían ser considerados como hijos matrimoniales los habidos por viuda después de la muerte del marido, con gametos procedentes de éste, y había que establecer algún sistema para facilitar la filiación matrimonial, siempre que constara el consentimiento del marido.

En la legislación española resulta que no puede establecerse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas y el marido fallecido, salvo en dos casos: que el material reproductor se encuentre en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, o que el marido hubiera consentido en escritura pública o en testamento que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

La legislación española de reproducción asistida autoriza a la compañera o a la esposa (viuda) del varón que ha muerto a emplear sus gametos, y permite además que se establezca su paternidad sobre el marido siempre que el fallecido haya consentido previamente y que la fecundación se produzca antes de que transcurran seis meses desde la muerte de acuerdo con el art.9.2 de la ley española. En cambio, la legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña amplía el plazo hasta los nueve meses desde el fallecimiento del marido o compañero estable de acuerdo con la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, art.92, este plazo de nueve

meses puede ser prorrogado por la autoridad judicial por una causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.

En segundo lugar, es necesario que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de una inseminación artificial, o antes de la implantación en su esposa o mujer.

Tercero, se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero fallecido.

Y el cuarto elemento es que se requiere que exista una procreación no coital, es decir, por inseminación artificial o por FIVTE, puesto que, si se trata de una fecundación coital, estaríamos ante un supuesto claro de la figura del hijo póstumo.

1.7.2.7 El consentimiento en la fecundación “*post mortem*”

La solución que para este supuesto contiene el art. 9° había sido precedida de su admisión en la Comisión Parlamentaria, que siguió en este punto la posición del Informe de Warnock, en el sentido de que, tras la aplicación de la técnica de inseminación artificial homóloga o IAC, cualquier niño que no estuviera *in útero* en el momento del fallecimiento del padre, no podría ser considerado como titular de derecho sucesorio alguno. Hubiera regido entonces, en materia de filiación, la norma ordinaria (art. 116 CC) que hace caer la presunción de paternidad a los trescientos días después de la disolución del matrimonio.

La Comisión Parlamentaria entendió que era un problema de límites, y entendió también que deberían ser considerados como hijos matrimoniales los habidos por viuda después de la muerte del marido, con gametos procedentes de éste, y habría que establecer algún sistema para facilitar que se pueda inscribir la filiación como matrimonial, siempre que constara el consentimiento del marido, la prueba de la fecundación con gametos procedentes de éste y al nacimiento dentro de un determinado plazo, que no concurra o se halle en contradicción con la presunción de paternidad que eventualmente pudiera derivar a un nuevo matrimonio de la viuda.

Ahora el precepto ha recogido, en buena parte, estas indicaciones. Resulta de su tenor literal que no puede establecerse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas y el marido fallecido, salvo en dos casos: que el material reproductor se encontrase en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, o que el marido hubiera consentido en escritura pública o testamento que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

Se ha criticado que tal generación pueda llamarse filiación matrimonial, después de la disolución del matrimonio. Pero, aparte de la escasa utilidad de tal denominación, lo que dice la Ley es que tendrá los mismos efectos legales (pocos, por otra parte) y lo que quiere decir, acaso, es que se tratará de un hijo superpóstumo del marido.

Ahí los mayores problemas han de derivar del régimen de la sucesión. Porque tal hijo, en relación con tal padre, será un legitimario, y se le deberán aplicar todas y cada una de las medidas previstas en el Código civil para el supuesto embarazo de la viuda. Entre otras, las previstas en los arts. 959 y sigs. CC. Se reconoce de este modo a la viuda una posibilidad amplia de modular o condicionar la sucesión.

La ley extiende este mismo tratamiento al varón no unido por vínculo matrimonial, y vuelve a basarse para regular sus efectos en el art. 49 LRC, teniendo el testamento o la escritura pública en que ha consentido la utilización de su material reproductor, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, la condición de “título para iniciar el expediente”. Tal vez el legislador pensaba en las parejas no casadas que amparar la relación de paternidad de cualquier varón respecto de hijo habido con cualquier mujer, ya que, aunque es cierto no bastará el mero documento si no se añade la prueba de que tal es el material productor utilizado, (y eso no lo dice el precepto), la utilización de la técnica queda al arbitrio de la propia mujer. La única manera de templar tan alarmante consecuencia es entender que, si el marido puede consentir respecto de su mujer, el varón no casado ha de consentir en relación con una mujer indeterminada.

La referencia del último inciso del art. 9.3 a la acción de reclamación de la paternidad ha de entenderse respecto de la acción que deriva precisamente de la utilización de esta técnica en relación con el propio material reproductor, y no otra, según antes hemos visto.

El último párrafo del art. 9º admite la revocación del consentimiento en cualquier momento “anterior a la realización” de las técnicas. El precepto sobra, y además perturba. Lo primero en cuanto a la mujer se refiere, porque lo decía ya el art. 2.4. Lo segundo es notoriamente incierto, en cuanto el momento en que se puede revocar ha de ser necesariamente anterior al fallecimiento.

1.7.2.8 Reclamación del semen o de los embriones depositados

Una de las cuestiones bastante debatidas en relación con las técnicas de reproducción asistida viene dada con referencia a la fecundación *post mortem*, en especial cuando fallece el marido o compañero estable de una mujer que con anterioridad habían depositado un embrión o bien espermatozoides en un banco.

La pregunta que nos podemos hacer es ¿tiene la mujer viuda derecho a reclamar ser inseminada artificialmente, con el semen de su marido o compañero, o pedir en su caso que se le transfieran los embriones congelados?

La respuesta para mí está clara: dependiendo de lo que el marido haya dejado dispuesto o no acerca de la utilización de dichos embriones congelados. Si el marido no ha dejado de forma expresa su autorización para que su viuda sea inseminada o, fecundada en su caso, la mujer no podrá pedir que se practique la inseminación o la fecundación. La mujer no podrá aducir un derecho hereditario sobre el semen, puesto que éste no es una cosa susceptible de disposición *mortis causa* o de apropiación a título sucesorio. Sólo la propia persona puede decidir sobre el uso y destino de sus aptitudes genéticas. También es interesante la opinión de Zannoni que considera que no deberían admitirse demandas tendientes a reivindicar

propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heteróloga a favor de otro matrimonio con ese semen conservado. No estamos de acuerdo con la postura defendida por Zannoni, o mejor dicho con una parte, porque estamos de acuerdo con que no se tenga derecho por parte de la viuda a reclamar el esperma si el marido no lo dispuso de forma expresa en escritura pública o en testamento antes de morir. En el supuesto de que no lo dispusiera, la viuda no podría reclamar el esperma, pero tampoco vemos la necesidad de destruir el semen, pudiendo ser utilizado por otras parejas. Si lo que dejó depositado fue un embrión tampoco estamos de acuerdo con que se destruya en el supuesto de que no exista autorización por parte del marido fallecido, también se podría utilizar para obtener células madre para remediar alguna enfermedad grave antes que destruirlo, porque si lo destruye el mal que se podría causar ya estaría hecho, en cambio antes de destruirlo podría ser utilizado para hacer algún bien.

García Rubio considera que no cree que el simple depósito de semen sin declaración de voluntad alguna sobre su destino en caso de muerte autorice a la viuda o conviviente a utilizar los gametos del fallecido para su propia fecundación, y ello aunque el depositario pensase usar su esperma con ese fin para el caso de vivir, pues el deseo de procrear un hijo no se identifica con el deseo de traer al mundo un ser humano. En consecuencia, si se trata de un semen depositado del marido en un banco de semen, si no hay autorización expresa del marido fallecido para que lo utilice su viuda, ésta no podrá reclamarlo.

Ahora bien, si se tratara de que ambos cónyuges depositen un embrión en un banco, el problema estaría planteado si se denegaba su utilización en caso de su fallecimiento. Si éste se produce sin haber hecho ninguna referencia al embrión depositado sería la viuda la que tendría que tomar la decisión de fecundación o no. En el supuesto de que la viuda no desee utilizarlo el centro donde está depositado pienso que podría donarlo a otra pareja que lo quisiera y estaríamos ante la donación de embriones. La legislación española sobre técnicas de reproducción asistida no ha

contemplado el supuesto que surge cuando mueren los “padres” del embrión congelado y depositado en el banco, pero en su Disposición Final Tercera letra b, señala que los gametos de los donantes fallecidos pasarán a disposición de los bancos, que los utilizarán en los términos acordados con aquellos y en base a la Ley. El Derecho mexicano no hace referencia alguna a esta materia.

Una vez que el marido o compañero estable ha otorgado su consentimiento para que su viuda pueda utilizar su esperma o el embrión en su caso, puede revocar el consentimiento en la ley española así viene regulado en el art.9.4 señalando “que el consentimiento para la utilización de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquella”.

En definitiva, el único problema que se plantea es que la ley española no dice nada respecto en qué forma se ha de realizar la revocación del consentimiento. Este puede ser otorgado, como ya hemos señalado, en documento público o en testamento, pero cabe la pregunta ¿puede revocarlo en documento privado?, consideramos que no existe ningún impedimento para que así se haga.

1.7.2.9 Filiación de los hijos nacidos por fecundación *post mortem*

Admitida la fecundación *post mortem*, y puesto una vez más nuestro rechazo a este tipo de inseminación o fecundación, es necesario preguntarnos sobre la filiación matrimonial y no matrimonial del hijo nacido a través de la fecundación *post mortem*. Entendemos que juega un papel fundamental para establecer la filiación de este tipo de fecundación el consentimiento prestado por el marido o compañero estable de la pareja en escritura pública o en testamento, para que se fecunde a su mujer – ya sea por inseminación artificial, en el caso de que esté depositado el esperma en el banco, o por transferencia de embriones (cuando el fallecido aportó su esperma para formar el embrión) – después de su muerte, dentro de los plazos señalados. Voy a referirme a este tema con base en la legislación española. Cabe distinguir varios supuestos:

a).- Fecundación *post mortem* con consentimiento expreso del marido y con la aportación de su espermatozoides dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del esposo.

Tal generación ha señalado Serrano Alonso produce los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (art.9.2 *in fine* de la Ley), esta equiparación del hijo superpóstumo al hijo matrimonial es una ficción de la propia ley puesto que en rigor no se dan ninguno de los supuestos que a la luz de las exigencias de los artículos 108 a 116 del Código civil español, permite calificar una determinada filiación como matrimonial (Serrano Alonso, 1989).

Cuando se produce la concepción del hijo, la mujer fecundada ya es viuda, ya no existe matrimonio, puesto que se ha disuelto con la muerte del marido, no habiendo concepción durante el matrimonio.

b).- Si la fecundación *post mortem* se produce en la mujer con gametos de su esposo sin consentimiento expreso de éste, o bien existiendo ese consentimiento se efectúa la fecundación una vez transcurrido el plazo de seis meses (o de nueve o doce en Cataluña, dependiendo si existió o no prórroga) desde la fecha del fallecimiento del esposo, el hijo así nacido tendrá la consideración de no matrimonial de la madre y, con respecto al padre no existirá ningún vínculo jurídico.

c).- Fecundación *post mortem* llevada a cabo por la mujer con gametos aportados por donante o sin que exista consentimiento expreso del esposo ya fallecido dará lugar a que el hijo así concebido tenga la consideración de hijo no matrimonial de la madre y, con respecto al esposo ya fallecido, no tendrá ningún vínculo jurídico, no existiendo ninguna relación con el donante de gametos en su caso.

d).- Fecundación *post mortem* de mujer no casada con gametos de su pareja estable fallecido con consentimiento expreso de éste: el hijo tendrá la consideración de no matrimonial con respecto a la madre y, con respecto al padre tendrá acción para instar el reconocimiento como hijo no matrimonial

del fallecido en el expediente previsto en el art.49 de la Ley de Registro Civil española.

Bajo este mismo supuesto si no existe consentimiento del compañero de la mujer fecundada, o bien se hace fuera de los plazos señalados por la ley, el hijo, tendrá la consideración de no matrimonial respecto de la madre y no existirá ninguna acción de filiación frente al varón.

Veamos los efectos de la filiación: no hay unanimidad en la doctrina al señalar cuales son los derechos de los hijos habidos en la fecundación *post mortem*.

El Informe Warnock señala que el hijo que nace por fecundación *post mortem* no tiene derecho a la herencia de su padre. La ley española se manifiesta en sentido contrario, aunque no lo diga de una forma clara.

Considero que los hijos habidos de la fecundación *post mortem* tienen los mismos derechos sucesorios que los hijos póstumos normales, es decir, los concebidos antes de la muerte del esposo de la mujer que pare. Esta solución tiene su fundamento jurídico no sólo en que la ley no los excluye de la sucesión del fallecido sino por aplicación del principio de que todos los hijos son iguales ante la ley.

En el caso de que se produzca la muerte del esposo y éste haya dejado en un banco material genético, desde el punto de vista práctico hay que entender que, si se abre la sucesión, sus herederos se entiende que aceptan la herencia bajo condición en tanto no transcurra el plazo de seis meses si dejó autorización expresa para la fecundación de la viuda si ésta lo deseaba. En el supuesto de que se diese la fecundación *post mortem*, el hijo así nacido en los casos expuestos anteriormente tendría derecho a compartir la herencia con sus “hermanos”, transcurridos los seis meses y no habiendo hecho uso de los gametos depositados, los hijos adquieren de forma definitiva la herencia.

1.7.2.10 Las donaciones en la fecundación *post mortem*

Por lo que toca a los hijos habidos a través de la fecundación *post mortem*, si ya han sido concebidos a tenor de lo que señala el art.627 del Código civil español, creo que no existe ningún impedimento para que puedan recibir donaciones. En el supuesto de que no haya sido aún concebido habría que esperar a que transcurra el plazo de los 6 meses, y si es concebido en ese plazo también tendrá derecho, pues el concebido se considera nacido para todos los efectos que le sean favorables. Incluso se daría la revocación de donaciones por superveniencia de hijos.

1.8 Inseminación heteróloga (inseminación por un tercero)

Comienza aquí otro recorrido, que necesita de nueva cuenta entrar al terreno de las definiciones.

1.8.1 Concepto de inseminación artificial heteróloga (IAH)

La inseminación artificial heteróloga es aquella que se lleva a cabo con semen que no pertenece al marido de la mujer inseminada.

Ese tercero que aporta el semen se conoce con el nombre de donante, estamos ante la IAD. También se puede producir esta inseminación cuando es una mujer la que aporta el óvulo para que otra sea inseminada.

Este tipo de inseminación se lleva a cabo cuando el marido es estéril y también en aquellos casos en los que existiendo una incompatibilidad del factor RH, o incluso, si el marido es fértil, se puede dar el supuesto que este sea portador de una anomalía cromosómica que se transmite. Es mucho más fácil y menos costoso el supuesto en el que se necesita esperma, pues es fácil de obtener de un banco donde se encuentran congelados, siendo posible la obtención del esperma fresco, pero no es lo corriente porque ha de ser sometido a un completo análisis, para comprobar que no tiene ningún defecto. En el caso de que sea la mujer la estéril, se puede recurrir a un banco para obtener un óvulo, siendo esta operación más complicada y onerosa.

1.8.2 Clases de inseminación artificial con donante

a).- Inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido.

Este es el supuesto que se da de forma más corriente y se lleva a cabo en aquellos casos en los que existe esterilidad bien sea en el marido o en la mujer. Cuando se acude a una inseminación artificial con semen de un tercero estamos en presencia de un supuesto que es compartido por los dos miembros de la pareja.

El hijo así obtenido será matrimonial, si es un matrimonio el que acude a estas técnicas, y el hijo será inscrito como hijo de ambos esposos. Si se trata de una pareja que convive se inscribirá como no matrimonial.

Si el marido da su consentimiento para que su esposa acuda a estas técnicas no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo que la esposa tenga de acuerdo con la legislación española, pero en general la doctrina no es unánime en todos los países, y hay autores que mantienen que en aquellos casos en los que prestó su consentimiento se puede arrepentir e impugnar la paternidad del hijo nacido.

b).- Inseminación artificial heteróloga en contra de la voluntad expresa del marido o sin su consentimiento.

En este caso lo único que puede hacer el marido es impugnar la paternidad. En el derecho español, el marido puede pedir la separación con base en el art.82.1 del Código Civil o impugnar la paternidad en base al art.136 del mismo cuerpo legal.

c).- Inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer.

Sería el supuesto que el marido obligara a su esposa a someterse a una inseminación artificial, en este caso el esposo incurriría en responsabilidad penal.

1.8.3 Presupuestos de la inseminación artificial heteróloga

El siguiente es un recorrido por los presupuestos de la IAH, que funcionan como

requisitos a cumplir en el caso de intentarse un acuerdo de este tipo.

1.8.3.1 Gratuidad

El concepto de donante se admite tanto masculino como femenino. En el caso de donante masculino, no se considera donante al marido o conviviente de la mujer que se presta a someterse a estas técnicas, por lo que no se les aplica el mismo régimen jurídico. En el caso de que sea una mujer la que es incapaz de producir óvulos, tendrá que recurrir a una donante y por tanto dará a luz un hijo que desde el punto de vista genético no es su hijo.

La donación que se establece es un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el Centro autorizado, que no debe tener nunca un carácter lucrativo o comercial.

La Recomendación 1.100 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, señala que la donación de órganos no debe tener ningún carácter mercantil. Igualmente, debe prohibirse la compraventa de embriones, de fetos o de sus componentes.

En el mismo sentido el Consejo de Europa, a través del Proyecto de Recomendación nº 87 del Comité de Ministros de los Estados Miembros (CAHBI), Strasburgo, 3 de noviembre de 1988, en el principio 9.1 establece que la donación de óvulos, de esperma, de embriones y cualquier otro elemento obtenido de éstos no puede dar lugar a ningún beneficio.

1.8.3.2 Anonimato

El tema del anonimato del donante es una de las cuestiones que más polémica plantea en la doctrina. La inseminación artificial heteróloga, tiene como una de sus características principales que la identidad del donante queda oculta tanto para la mujer que ha sido inseminada como para el marido o compañero estable. En general, cuando la pareja acude a estas técnicas es porque no puede obtener lo que desea por medios naturales y, en consecuencia, lo que buscan es olvidar lo antes posible ese paso que han dado, aunque quieren mantener en la familia la unión más amplia posible. El anonimato es mantenido por la mayoría de las legislaciones como una condición esencial para llevar a cabo la inseminación artificial heteróloga, con ello se pretende evitar dentro de lo posible la responsabilidad del donante, y por otro lado, se dan todo tipo de facilidades para que el entorno de la pareja ignore que ese hijo es fruto de una inseminación artificial heteróloga. De esta manera, en la mayoría de los casos se puede aparentar que el hijo no procede de estas técnicas, que son los padres biológicos.

Se mantiene por parte de la doctrina que la ley, cuando establece el anonimato del donante, está atentando contra el principio de verdad biológica y el derecho de toda persona a conocer sus orígenes, encuadrado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Ley española establece en su art.2.5 para el médico el estricto secreto de la identidad de los donantes y el art.5.5. señala:

“La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y enclave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes”.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a la receptora de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a

las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se acudirá a lo dispuesto en el art.8 apartado tercero. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

El Principio 13 del Proyecto de Recomendación del CAHBI establece a este respecto que: “El médico y el personal del establecimiento que realicen las técnicas de procreación artificial deben conservar el anonimato del donante y, bajo reserva de las disposiciones de la Ley nacional en casos de procedimiento judicial, el secreto de la identidad de los miembros de la pareja, así como el secreto sobre la misma procreación. Las informaciones concernientes a las características genéticas del donante pueden ser suministradas en interés de la salud del hijo o con fines de consejo genético”.

El que sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes penales pueda darse la identidad de los donantes da lugar a la existencia de dos posibilidades de eliminación del anonimato: que exista un peligro real para la vida del hijo, o bien que exista necesidad de averiguar la identidad del delincuente, sin que corra peligro la vida del hijo (Montes Penades, V., El consentimiento en la fecundación humana asistida, Cuadernos de Derecho Judicial, nº.3).

La doctrina ha adoptado tres posturas:

a).- Los que consideran inconstitucional la disposición del anonimato:

Esta corriente doctrinal en el ámbito español la encabeza Pantaleón Prieto que considera que el anonimato atenta contra distintos artículos de la Constitución Española: el art.39.2 que establece el principio de la verdad biológica en materia de filiación, si bien hay que entender que no toda la doctrina está de acuerdo con él, porque ese principio no es absoluto y puede ser limitado. Por otro lado, considera este autor que el negar a los hijos la posibilidad de conocer su filiación biológica frente a otros atenta contra el

derecho a la igualdad constitucional establecida en el art.14. A este respecto hay que señalar que se estableció un recurso de inconstitucionalidad sobre esta materia, al que haré posterior referencia.

También chocaría con el art.10 de la CE, ya que degrada al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad, ocultándole a su padre de modo sistemático, sin justificación alguna.

El art.15 que consagra el derecho a la integridad física y moral, pues la revelación del donante puede resultar necesaria para proteger dichos bienes y no sólo la vida del nacido, caso que sí es amparado por el art.5.5 de la Ley de Técnicas de reproducción asistida.

El art.39.3 de la Constitución que impone el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, sobre todo en aquellos casos en que la pareja de la receptora no aceptase la procreación, lo que también podría conculcar el principio de igualdad constitucional.

b).-Admitir la constitucionalidad de la ley.

Esta tesis es mantenida principalmente por Lacruz Berdejo, en su libro *La Constitución y los hijos artificiales*, que considera que no se debe aplicar el principio de la verdad biológica que establece el art.39 de la Constitución Española. El autor citado considera que no se debe hacer responder al donante de gametos por el acto de procreación, pues la Ley de Técnicas de reproducción asistida establece en su art.6-5 la intercambiabilidad y aleatoriedad del material reproductor, lo que da lugar a una especie de “*exceptio plurium concubentium*” internacional de que dispone el donante frente a la receptora y el hijo. Por otra parte, que la “ratio” del art.39.2 es el de solucionar el problema del hombre que escapa de sus responsabilidades respecto del hijo. En definitiva, entiende Lacruz que el legislador español constitucional no se planteó la existencia de estas técnicas, y pienso que es lógico un trato diferenciado de estas técnicas con el resto de la legislación.

Vercovitz también defiende el anonimato de estas técnicas considerando que existe base suficiente para defender una interpretación en la que quede

limitada la investigación biológica a los casos de fecundación natural. (Bercovitz, 1994).

c).- Existe derecho a conocer la identidad del donante, aun cuando ello no determina la filiación.

Esta postura es defendida principalmente por Rivero Hernández, en su libro *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, Filiación a finales del siglo XX*, que parte de la existencia de una categoría jurídica diferente y distinta, enfrentando padres por naturaleza a padres civiles, lo que sin embargo es contrario al anonimato.

El anonimato es una cuestión muy debatida, las legislaciones europeas no son unánimes, pues países como Italia son partidarias del anonimato mientras que otras –acorde con la ley sueca- son contrarias a él.

En la doctrina española Herrera Campos entiende que debe darse la opción al nacido por estas técnicas, generalmente una vez que ha obtenido la mayoría de edad, no antes, de conocer la identidad del donante, si bien no cabe en ningún caso, atribuir la filiación, y en consecuencia no existe ningún vínculo legal entre donante e hijo.

Hay opiniones para todos los gustos. Se podría interpretar que la ley española es inconstitucional al tener un carácter vulnerador de la garantía constitucional de la familia, pues al hablar tanto de pareja humana como de mujer sola, posibilita el anonimato del padre biológico donante, y si bien es verdad que junto a la paternidad biológica tenemos la legal, como la adopción, en ésta se trata de proteger el interés del hijo, y con la ley de técnicas de reproducción asistida sólo se busca prohibir la investigación de la paternidad, tratando de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones médico-biológicas de la reproducción asistida, pero que no impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo.

Estamos en presencia de un complejo conflicto de intereses: por un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea

que algunos autores consideran como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona; por otro lado, el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y la protección que el Estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares. La constitución española ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva la ley sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el art.39.2, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.

No es este el caso de la previsión contenida en el art.5.5 de la Ley española 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como punto de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico propio, comprensivo de derechos y obligaciones recíprocas, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de reproducción asistida no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción de investigación que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la constitución española.

Se ha de señalar que el anonimato de los donantes, que la ley trata de preservar, no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone, como ya hemos señalado anteriormente, que de manera excepcional, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante.

El derecho al conocimiento de la verdadera filiación debe considerarse que es un derecho inviolable y a él se refiere el art.10 de la Constitución Española que no puede ser vulnerado por lo establecido en la Ley de técnicas de reproducción asistida. Por lo tanto, se debe permitir que el hijo averigüe a quien pertenece la herencia genética que recibió, sin que ello implique establecer una relación jurídica, pues el donante debe quedar siempre desligado jurídicamente del hijo que nazca. El anonimato del donante deja de ser, de esta manera, una regla de juego.

1.8.3.3 Capacidad

El art.5.6 de la Ley española requiere que el donante tenga mayoría de edad, es decir, 18 años cumplidos y plena capacidad de obrar, debiendo someterse, en cuanto a su estado psicofísico a un protocolo obligatorio de carácter general que incluirá las características fenotípicas, del donante, y la previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles. El único consentimiento que se exige es que preste su consentimiento para donar su material reproductor, se ha de hacer por escrito y a favor del centro autorizado.

Capítulo 2: La inseminación artificial en la mujer soltera y la maternidad subrogada

2.1 Debates jurídicos en torno a la inseminación en la mujer soltera

Un conocido diario español daba como noticia importante, el 20 de mayo de 2002, que una joven americana, de 18 años de edad, se iba convertir en la primera mujer cuyo hijo engendrado con semen de donante iba a conocer a su padre. El banco de esperma de California empezó a funcionar en 1982, y fue pionero en abrir sus puertas no sólo a parejas, sino también a mujeres solas y a homosexuales que querían ser madres. En 1983 ese banco se convirtió también en el pionero en los Estados Unidos en dar a sus donantes la posibilidad de encontrar a sus hijos una vez cumplieran los 18 años y viceversa, si el donante no hubiera firmado un contrato expreso de anonimato, que aun así podría ser revocado.

Esto trae a colación el derecho de las mujeres a la procreación sin pareja y las consecuencias que puede conllevar esta decisión.

Ya hemos dado nuestra opinión sobre el derecho a la inseminación de la mujer. Ahora haremos especial referencia a la mujer sola, es decir, a la mujer soltera porque a la viuda y divorciada ya nos hemos referido.

En la exposición de motivos de la ley española, en el punto III se dice que 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. La doctrina está dividida en torno a si se debe permitir o no la inseminación de la mujer soltera.

Montes Penadés considera que “la mujer soltera no debe ser sometida a los tratamientos que venimos considerando sino por razones que se centren en el remedio, tratamiento o terapéutica de una patología que le impida ser madre por medios naturales” (Montes Penadés, 1997: 38). Los partidarios de esta limitación, en general, la justifican argumentando que no puede ser

considerado el derecho a procrear como absoluto, ni un hijo puede tener nunca consideración de ser objeto de un derecho subjetivo. Gómez Sánchez, en su libro “El derecho a la reproducción humana”, sostiene que se debe tener en cuenta que el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de sus progenitores estén o no casados entre sí, lleva implícito el reconocimiento de que el matrimonio no es requisito jurídico necesario para la procreación. Siendo así jurídicamente, las mujeres pueden acceder a la maternidad sin necesidad de que su status esté legitimado por determinado vínculo jurídico ni por la presencia de un hombre. Nadie discute que hoy día es un tema de suma actualidad, y lo es desde el mismo momento en que empezaron estas técnicas.

La posibilidad de que la mujer soltera pueda acceder a las técnicas de reproducción asistida, sin convivir con pareja, es sin duda una de las cuestiones que más problemas ha planteado en torno a si es constitucional o no. Y ello es así, dentro del ordenamiento jurídico español, porque la filiación sólo queda determinada respecto de ella y en consecuencia se mantiene que puede vulnerar los siguientes artículos del ordenamiento español: el art.39.2 de la Constitución española, puesto que como ya hemos señalado no se permite la investigación de la paternidad y además, como sabemos la ley protege el anonimato del donante. Igualmente puede conculcar los artículos 10 y 15 de la Constitución.

Bernardo de Quirós ha criticado duramente la posibilidad de la inseminación de la mujer soltera por el perjuicio que puede causar en el desarrollo de la personalidad del hijo; y no debería facilitarse el uso de estas técnicas si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes para el conveniente desarrollo de su personalidad.

2.2 Leyes y acciones

El art.6.1 de la Ley española de técnicas de reproducción asistida establece que toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización

de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

Esta disposición se contradice con la propia ley en la que se establece que es lícito el empleo de estas técnicas para luchar contra la esterilidad y la prevención de enfermedades hereditarias en la descendencia.

Una parte de la doctrina española entiende que el art.6 de la ley española permite a las mujeres sin pareja beneficiarse de la donación de semen anónimo y de embriones.

Hay quien fundamenta esta facultad en el derecho individual de la mujer a formar una familia (como los autores Gómez Sánchez y Carcaba Fernández). Otra parte de la doctrina (autores como Gafo, Pantaleón Prieto y Fábregas Ruiz) considera que el recurso de gametos donados no se puede considerar un derecho propiamente dicho, sino un simple interés, que debe ceder ante el derecho del nacido a investigar su paternidad. Con la Ley española en la mano es difícil negar que la mujer soltera pueda ser usuaria de estas técnicas, pero sí podemos afirmar que hay una contradicción entre la exposición de motivos que señala que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad evitar la esterilidad y, a renglón seguido, establece que toda mujer puede ser usuaria de estas técnicas. Soy partidario de que la mujer soltera, tal y como está redactada la ley española, pueda ser inseminada cuando demuestre que efectivamente es estéril, y en este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina española.

Por ejemplo, Encarna Roca propone que sólo las mujeres infértiles puedan acceder a semen donado. Según esta autora, el derecho a la salud de la mujer puede justificar el recurso a gametos por parte de la mujer sola infértil, dado que, aunque quiera, esta mujer no podría tener hijos por medios naturales. (Encarna, 1999).

En los últimos meses la prensa ha dado noticias de que se han proporcionado gametos a mujeres lesbianas, cuyo deseo expreso es compartir las tareas parentales con sus compañeras. La ley sólo permite

prestar consentimiento con efectos de asumir la paternidad al varón casado o conviviente con la mujer inseminada, pero no a la pareja del mismo sexo.

En cuanto a la posibilidad de adoptar al nacido del semen donado, las leyes autonómicas de parejas de hecho, se limitan a reconocer a las parejas homosexuales la posibilidad de adopción conjunta, pero cierran el paso a la adopción del hijo biológico de la pareja, no obstante en la Comunidad de Navarra se ha dado el caso reciente de que un juez ha autorizado la adopción de un hijo de su compañera, recurriendo a la Ley de parejas de hecho, y por tanto habrá que esperar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de la ley.

2.3 Los primeros casos de la maternidad subrogada

Desde siempre la relación de filiación (relación de padres e hijos), aparte de la adoptiva, se producía por procreación natural. Desde que en el año 1978 nace en Inglaterra la niña Louise Brown, primera persona humana fruto de las técnicas de reproducción, se produce una alteración del sistema tradicional de la procreación humana, que, hasta entonces, como hemos dicho, requería exclusivamente de la unión carnal de los progenitores.

Surge una realidad nueva: ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Puede ocurrir además que, junto con el procedimiento artificial de fecundación, el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de que ese hijo nazca, e incluso que la gestación se produzca en mujer diferente.

Esta nueva realidad ha provocado, pues, una quiebra de los principios de filiación y paternidad tal como eran concebidos desde el Derecho romano hasta nuestros días. “Madre no hay más que una”, se ha dicho siempre; y siempre se había pensado, además, que era cierto; en contraposición con la paternidad, de la que siempre se había dicho: “hasta el día del juicio final, no sabremos de quién son los sermones, de quién es el dinero y de quién son los hijos”: Pero hay que hablar en pasado: en los tiempos que corren, una persona puede tener absoluta constancia, por datos y archivos de laboratorio, de quién es su padre y, al tiempo, tener dos madres, la que le

ha concebido (madre biológica, genética) y la que le ha parido (madre legal o madre subrogada en su caso). Es el tema de la fecundación artificial en general y de la maternidad subrogada en particular.

Aunque el fenómeno de las madres portadoras, pues así se les conoce también, no ha podido surgir hasta que el desarrollo de las ciencias biológicas aplicadas al hombre y de las correspondientes técnicas lo han hecho posible, ello no impide que podamos encontrar incluso remotos precedentes, que guardan una cierta analogía con dicha figura.

En los primitivos pueblos patriarcales y polígamos en los que resultaba imprescindible la existencia de hijos para la guerra, la defensa y el pastoreo y constituía un grave oprobio la esterilidad femenina, pueden encontrarse algunos ejemplos. Se recuerda el caso de Sara, que no podía dar hijos a su marido Abram, pero tenía una sierva egipcia llamada Agar y dijo a su esposo: “ruégate que entres a mi sierva; quizás tendré hijos de ella, y Sara, mujer de Abram, tomo a Agar su sierva egipcia y la dio a su marido por mujer, el cual cohabitó con ella y concibió”. Parece ser que se ajustó el patriarca, al cual más tarde el señor cambiaría de nombre por el de Abraham, al Código de Hammurabi, que regulaba toda la vida conyugal. Según dicha normativa, la mujer estéril podía dar a su marido una esclava por mujer, perdiendo así el marido todo el derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, ésta podía venderla. Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, podía el marido tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal, pero si la esclava proporcionada por la mujer dio hijos al señor, no podía éste tomar concubina.

Pero también pueden encontrarse otros casos que no encuentran el mismo apoyo legal, como el de Raquel, que dijo a Jacob: “he aquí mi sierva Bibla; entra en ella y parirá sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella”, donde no existía la misma razón tenida en cuenta por el Código de Hammurabi, puesto que Jacob tenía otras mujeres y no eran estériles.

De todas maneras, la conducta de Sara hace decir a San Agustín “Exigió así el débito conyugal, usando de su derecho el útero ajeno”.

En los medios de comunicación son frecuentes las noticias que aluden a este artificio de la ciencia; así la prensa se ha referido muy a menudo a ellos, en los Estados Unidos se publicó en 1975 un anuncio de prensa solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril y con ofrecimiento de remuneración. El 10 de enero de 1983 nació un niño microcéfalo en la localidad de Lansig en el Estado de Michigan, que había sido gestado por una madre portadora, Judy Stiver, tras un normal embarazo después de haber sido artificialmente fecundada. El niño fue rechazado en el primer momento por su madre biológica y por la pareja contratante. Judy alegó que el bebé “pertenecía” a un tal Alexander Malahoff, que le había contratado, prometiéndole 10.000 dólares tras la entrega de la criatura.

En 1985 el matrimonio Stern contrató con Mary Beth Whitehead, de 29 años la gestación para ellos de un niño. Mary Beth fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, quedando embarazada y dando a luz a su término una niña, que sería más tarde mundialmente famosa como Baby M.

Es de resaltar cómo a fines de 1986 se produjeron más de cien casos de madres portadoras en los Estados Unidos.

Más llamativo y reciente ha sido el caso de una mujer de 53 años, postmenopáusica, que el 28 de noviembre de 1992 dio a luz a un niño que es su propio nieto, cuyo notable suceso ha ocurrido en la localidad de Búfalo, Nueva York. La feliz abuela-madre, se ha tenido que someter a cuatro implantes de óvulos de su nuera en tres años, óvulos que fueron fertilizados en un laboratorio con esperma de su hijo.

En su momento, para este niño que ha venido a este mundo habrá una explicación: “tu madre se hizo una vez la histerectomía; por eso naciste del vientre de tu abuela; claro que con la semilla de tu padre”, debiendo estar a

la mano, en tal momento, un jurista y un psiquiatra para detallar las explicaciones.

En Gran Bretaña, el primer caso conocido en fue el de Mary Stewart, de 28 años, que dió a luz en el hospital de Inverneis (Escocia), entregando después la criatura al padre biológico, como se había acordado. Mary Stewart atendió a un anuncio publicado en un diario por una estéril pareja.

De mayor difusión fue el caso de Kirsty Tevens (nombre supuesto), mujer de 26 años y madre de dos hijos que, tras haber optado, de acuerdo con su esposo, no tener más descendencia, más tarde decidió, también con el consentimiento de su cónyuge, tener un hijo para otra pareja. Como consecuencia del acuerdo con la pareja estéril, el varón de ésta y Kirsty Tevens mantuvieron relaciones sexuales en pocas ocasiones, hasta que logró la concepción del niño. No fue una relación amorosa, sino meros contactos puramente físicos que no tenían otra finalidad que la procreación.

De amplia repercusión y de contenido en los diversos medios de comunicación mundiales fue el caso de la señora Kim Cotton, de 28 años, que dio a luz una niña para una pareja estéril el 4 de noviembre de 1984, mediante inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante. La niña nació en el Victoria Maternity Hospital, habiendo mediado en el acuerdo de gestación la agencia Surrogate Parenting Association, filial de la norteamericana National Centre For Surrogate Parentage, acordando los tribunales ingleses la retención legal de la niña ante la denuncia de los funcionarios de servicios sociales del Gobierno.

La señora Cotton se había comprometido en su convenio a no mantener relaciones sexuales dos semanas antes de la inseminación artificial y a no reanudarlas hasta la confirmación del embarazo por un ginecólogo, así como abstenerse de fumar y beber alcohol, suscribiendo asimismo una cláusula penal para el supuesto a que se negara a entregar la criatura. En la suma que se le entregó iba incluido los derechos de la Agencia intermediaria y la retribución de la señora Cotton, que había manifestado a

la prensa que necesitaba el dinero para realizar diversas mejoras en su hogar.

En Francia el fenómeno de las madres portadoras inició su desarrollo hacia 1982 con la fundación por el doctor Sacha Galler, director del CEFER (Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción), la primera asociación destinada a poner en contacto matrimonio y parejas estériles con futuras madres portadoras. La asociación determinaría la creación de otras dos “Sainte Sara” y “Alma Mater”, además de “Les Cigones”, que desaparecerían pronto. Consecuencia de tal actividad sería la producción en 1987 de más de cien nacimientos mediante tales técnicas, habiendo gestionado “Alma Mater” sesenta y seis.

De mucha repercusión en la prensa mundial fue el caso de las gemelas, Cristine y Magali, de la Grande Motte, localidad del Herault. Cristine fue inseminada artificialmente a sus 31 años con espermatozoides de su cuñado, Danis Sevault, marido de su hermana gemela. La portadora dio a luz a un niño en 1983 y manifestó haber aceptado el embarazo y parto por el profundo amor que sentía por su hermana.

En Italia hay que señalar que se sintieron profundamente conmovidos por el caso de una joven que dio a luz a su hermano. El suceso ocurrió en Roma y adquirió tal celebridad que fue presentado por el primer canal de la RAI en el programa Viaje en torno al hombre, de Sergio Zabolí. Una mujer de 48 años, madre de tres hijos y separada de su marido, convivía desde varios años atrás con un hombre más joven que ella, al que llevaba trece años de edad. Deseando la nueva pareja tener un hijo de ambos se encontraron con la grave dificultad de que la mujer no podía tener más hijos por motivos de salud. Todo pareció urdido por el ginecólogo Severino Antinori, que implantó el óvulo fecundado artificialmente a la joven hija, que tras la normal gestación dio a luz a su propio hermano.

En España no nos consta que exista ningún supuesto de maternidad subrogada. Lo único que se ha conocido fue una suplantación de parto, un tribunal de Valencia, publicaba el periódico Las Provincias, juzgó el primer

caso de madre de alquiler en España. Un matrimonio cuarentón había alquilado a una joven embarazada para que les entregara la criatura tras el parto y el bebé sería inscrito como hijo biológico del matrimonio. El niño nació prematuro en la Clínica Virgen del Consuelo de Valencia, el 3 de junio de 1991, quedando ingresada en dicho centro la madre biológica. Debido a los problemas de peso que presentaba el recién nacido se aconsejó su traslado a La Fe, en cuyo hospital los médicos sospecharon de un matrimonio, ya mayor, que reclamaba el niño y mientras ello ocurría la madre de la criatura se fugó de la clínica en que se hallaba internada y nadie desde entonces la ha vuelto a ver y al parecer sólo se conoce su extrema juventud y su pertenencia a la etnia gitana.

De todo lo expuesto se deduce que estamos ante un tema de importancia y que no es pura y simplemente ficción.

2.4 Concepto y modalidades

El mundialmente conocido informe Warnock, al que ya hemos hecho referencia en distintas ocasiones, define a la maternidad subrogada como: “aquella práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entrégaselo después de que nazca”.

Por su parte el Grupo de Trabajo creado en la Dirección General de los Registros y del Notariado (D.G.R.N) definía al contrato de maternidad subrogada como “supuesto de fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de su esposa previo convenio de los tres: marido, mujer y madre alquilada, para que el hijo sea del matrimonio”.

Como fácilmente puede observarse son múltiples las modalidades que se pueden

presentar de maternidad de alquiler.

a).- Por su “modalidad”: el fenómeno puede ser gratuito o retribuido. Ha de entenderse por maternidad subrogada retribuida u onerosa aquella en que la

portadora reciba una retribución o contraprestación a sus servicios que le produzca un enriquecimiento. Esta contraprestación puede consistir en dinero o en otra cosa, como por ejemplo una colocación en un buen puesto de trabajo.

b).- Desde el punto de vista de los “elementos personales” y atendiendo a la madre subrogada, ésta puede ser soltera, casada, viuda o divorciada, teniendo esta distinción gran trascendencia en la determinación de la filiación del nacido.

Incluso si es casada la madre gestante, puede actuar con o sin consentimiento de su cónyuge.

c).- Por la “forma de realizarse” la subrogación cabe a la vez en múltiples variedades:

I. Puede ser que la madre sustituta aporte sólo su persona para la gestación del parto:

*Bien implantándole un embrión de la pareja contratante.

*Implantándole un embrión formado por el óvulo o espermatozoide de un miembro de la pareja y de otra persona,

* O bien implantándole un embrión resultante de espermatozoides y óvulos ajenos a la pareja contratante.

II. Puede también la madre sustituta aportar además de su útero su propio óvulo, fecundada artificialmente con espermatozoide del marido de la pareja contratante, o bien artificialmente también con semen de un varón anónimo.

Estas son las más importantes de las combinaciones que por medio de la inseminación artificial y de la fecundación *in vitro* pueden resultar.

2.5 ¿Es o no un contrato la maternidad subrogada?

Tenemos que preguntarnos, en primer lugar, si tal acuerdo de gestación por subrogación puede estimarse un genuino contrato y, en caso afirmativo, señalar qué clase de contrato es y cuáles son sus características.

Para determinar tal cuestión no puede tomarse como referencia la terminología utilizada por la Ley española 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, pese a que en su art.1.1 se aluda expresamente a contrato, porque dicha normativa es tan defectuosa jurídicamente, que cualquier calificación legal habría que tomarse con toda prevención y cautela.

Si aceptamos la concepción más amplia del contrato, que entiende tal figura jurídica como equivalente a cualquier convención dirigida a crear relaciones obligatorias y a modificar o extinguir las existentes, a constituir derechos reales y relaciones familiares, no ofrecerá duda alguna que el pacto de gestación de este tipo –sin cuestionar ahora su licitud – reviste tal naturaleza contractual.

Si, por el contrario, de acuerdo con una concepción acogida en el nuevo Código Civil italiano, que en su art.1321 estima el contrato como un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular o extinguir entre ellas una relación jurídico-patrimonial, habrá que concluir que no cabría reputar como una entidad contractual el acuerdo de gestación para terceros, al menos siempre que tal convención fuera gratuita.

Hoy, como ha puesto de manifiesto Díez-Picazo, se puede aplicar la idea de contrato para designar todos los negocios jurídicos bilaterales del Derecho Privado, abarcando tanto a los de Derecho patrimonial como a los de Derecho de Familia o de Sucesiones (DíezPicazo, 1986).

En este sentido, que parece ser el más dominante en la doctrina, debe reputarse como contrato el acuerdo de maternidad subrogada.

Admitida la naturaleza contractual de esta figura, conviene determinar dos aspectos: ¿qué clase de contrato es?, ¿cuáles son sus características fundamentales? Para Lacruz Berdejo el contrato puede calificarse de diversos modos, pero Herrera Campos señala que no cabe duda que existen diversos tipos de contratos: **1)** Uno de arrendamiento de obra o de servicios (art.1544CC), entre el médico, la pareja y la madre portadora. **2)** Un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura. **3)** Un contrato de arrendamiento de servicios entre el médico y el hospital.

Prescindiendo de la relación médico centro hospitalario, y centrándonos en lo que se ha llamado “alquiler de útero” por algún sector de la doctrina, se ha calificado este contrato como un contrato de arrendamiento de obra o de servicios. Así algunos autores entienden que se trata de un arrendamiento de obra, puesto que lo que se contrata es el resultado, es decir, la entrega del hijo nacido a la pareja comitente.

Yo entiendo que es difícil el encaje del alquiler del útero en la figura del arrendamiento de obra, porque por una parte puede ser gratuito, y por otra porque el cuerpo humano no se puede calificar jurídicamente como “una cosa”, motivo por el cual tampoco puede ser considerado este contrato como un comodato.

Otros autores lo consideran como un arrendamiento de servicios, considerando que lo fundamental es que la mujer subrogada se obliga a prestar un servicio que consiste en la incubación en su propio útero.

Igualmente entiendo rechazable esta postura, puesto que a la madre gestante no se le contrata porque sepa hacer algo: su actuación no constituye un “hacer”, según la *lex-artis*.

No han faltado tampoco otras concepciones ajenas a las figuras locativas, creyéndose ver una analogía entre la maternidad de sustitución con el contrato de mandato, en cuanto una mujer casada o emparejada delega en otra su rol de madre hasta el parto. Por acuerdo, la madre portadora se compromete a llevar a término el embarazo y también a abortar si la

criatura presenta riesgo de taras y, finalmente, a dejar a la madre artificial adoptar al niño después de su nacimiento.

Con mayor exageración, Rebellin-Devichi llega a comparar tal convención de maternidad de sustitución con los acuerdos de prostitución en que alquila una parte del cuerpo, aunque aquí entienden los expertos que todo el organismo de la mujer se pone al servicio del embarazo.

Finalmente, algún sector doctrinal ha identificado este contrato como una compraventa futura por aplicación analógica, ciertamente forzada, de los artículos 1261.2, 1273, 1445 y 1447 del Código civil español.

Bernaldo de Quirós, por último, sostiene que realmente en estos supuestos no existe la figura del contrato, sino más bien un negocio jurídico de carácter familiar parecido a la adopción. Se trataría de la “adopción de un *naciturus*”.

A la vista de cuanto queda expresado podemos concluir que se trata de un contrato innominado –ello con abstracción de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador sobre tal acuerdo. Me estoy refiriendo a la legislación española, que no puede encasillarse ni parificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la *locatio operis*, de la *locatio operarum*, del mandato, requiere la colaboración de terceros: centro hospitalario y médicos; puede ser oneroso o gratuito; está sujeta en cuanto a su consecuencia a una condición mixta. En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales.

2.6 La maternidad subrogada a la luz de la legislación española

En este punto voy a dedicar mi atención a examinar la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español, prestando especial atención su prohibición expresa, así como a los problemas de filiación que se presentan cuando nace el hijo de encargo, haciendo previamente una ligera

referencia al *iter* legislativo de la ley de técnicas de reproducción asistida en materia de maternidad, que es el tema que ahora nos interesa.

2.6.1 El *iter* legislativo

En España, y antes de iniciarse la tramitación de la Ley especial que regula esta materia, existieron dos informes que de alguna forma han influido en la elaboración de dicha Ley: El Informe del Grupo de Trabajo creado en la D.G.R.N., y el Informe de la Comisión Parlamentaria creada el día 2 de noviembre de 1984, conocido como “Informe Palacios”, por ser éste el nombre del presidente de esta Comisión, diputado del grupo socialista.

a).- Grupo de Trabajo creado en la D.G.R.N.

Este grupo presidido por el Director General de los Registros y del Notariado don Gregorio García Ancos, fue un grupo muy variado, pero con un destacado número de juristas entre los que figuraban Luis Díez-Picazo, Antonio Rodríguez Adrados y los letrados de la dirección general, Don Jesús Díez del Corral y Manuel Peña Bernaldo de Quirós.

Se puso de manifiesto que en esta materia de maternidad subrogada se enfrentan dos principios: el principio de libertad (la libertad de la mujer para decidir sobre su maternidad) y el principio del bien del hijo (el hijo debe venir al mundo en condiciones adecuadas para el pleno desarrollo de su personalidad y no puede ser instrumentalizado para la satisfacción de intereses de parejas estériles).

En cuanto a la atribución de la maternidad de los hijos nacidos de la subrogación, la tesis más compartida del grupo fue la de atribuir la maternidad a la madre biológica y no a la madre que pare.

En síntesis, aunque este informe influyó poco en la elaboración de la ley especial, debo citarlo por lo acertado de sus razonamientos y por ser el pionero en España en tratar esta materia.

b.- Informe de la Comisión Parlamentaria.

Como ya he señalado el día 2 de noviembre de 1984, por la Mesa del Congreso de los Diputados, se creó una comisión con el nombre de “Comisión Especial de Estudios sobre la Fecundación Extracorporea” y que posteriormente cambió su nombre por el de “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana”.

Con relación a la maternidad subrogada el informe Palacios llegó a las siguientes

conclusiones:

“Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que la realicen. Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.

c.- Es pertinente abordar ahora la Ley de Técnicas de reproducción asistida, ley 35/1988 de 22 de noviembre, cuya génesis, en síntesis, fue la siguiente:

El grupo parlamentario socialista presentó una proposición de Ley, la número 122/000062 y la mesa de la cámara en su reunión de 5 de mayo de 1987 acordó admitirla a trámite. El 20 de octubre de 1988, de conformidad con lo establecido en el art.90 de la Constitución, el pleno del Congreso aprobó la Ley actual y se publicó en el BOE el 25 de noviembre.

2.6.2 Consecuencias de la prohibición legal

El legislador ha decretado la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, onerosa o gratuita, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (art.10.1 de la Ley española).

Lo primero que tenemos que preguntarnos es sobre la conveniencia de que la ley descienda a este terreno de explicitar la nulidad, o lo que es lo mismo, si debe legislarse en ese punto y, por otra parte, decidir si tal declaración normativa determinate de la nulidad de pleno derecho era precisa o no, por encontrarse ya determinada en otros lugares del ordenamiento jurídico civil.

¿Es preciso legislar en este punto?

Entre la doctrina española, Vidal Martínez no se mostró partidario de establecer una prohibición expresa, pero estimaba la nulidad radical de cualquier convenio de maternidad de subrogación conforme a la normativa vigente anterior a la ley especial, estimando que mediante el juego de la equidad o por recurso de la responsabilidad extracontractual, en el caso de que alguna consecuencia justa pudiera derivarse de estos hechos.

En la doctrina española apenas se discute la nulidad de los contratos de gestación de sustitución, porque en el derecho español se habría de llegar a una solución parecida invocando los arts.1271 y 175 del Código civil.

El contrato celebrado entre la madre portadora y la pareja debe estimarse nulo.

La nulidad del contrato lo es en virtud de su objeto, pues la capacidad regenerativa es, desde luego, indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium* (art.1271 del CC). Además, constituirá un servicio que iría contra las leyes, la moral o las buenas costumbres y la causa del contrato sería ilícita por ir contra la moral (art.1275 CC).

Sin embargo, ha sido Lledó Yagüe quien más ha desarrollado este tema de la nulidad, incluso con anterioridad a la ley 35/1988, con notorio acierto a mi juicio, afirmando que repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma y sería vejatorio tratarla cual mercancía. Se trata de un contrato ilícito y congruente

la afirmación de *lege lata*, por la nulidad del contrato, entre otras razones porque queda fuera de la autonomía de la voluntad de las partes negociar en una materia cuya indisponibilidad es absoluta.

Éste es también el criterio del Derecho extranjero, al menos de los países comunitarios, y con la excepción de algunas legislaciones de diferentes estados como Australia, Nueva Zelanda y algunos estados de Estados Unidos.

En Francia se ha puesto de relieve que el niño no puede constituir objeto de un contrato, pues las reglas relativas al estado de las personas son de orden público. La negación del estado de maternidad, al permitir a la madre portadora devolver el niño recién nacido y obligándola a renunciar a lo que de ella es, supone una forma sutil de suicidio y la reducción de la criatura a un simple objeto.

En Italia se ha cuestionado la licitud con referencia a la cesión de úteros, aunque no falten autores, como Lancillo, que la admitan limitadamente, pero si la portadora aporta su óvulo, la mayoría de la doctrina estima que se trata de un contrato nulo.

Se trata de un contrato ilícito, porque el art.5 veda los actos de disposición del propio cuerpo, dicho contrato es contrario a las buenas costumbres, por uso desviado del útero, *res extra commercium*, por lo que debe reputarse nulo.

También en los países hispanoamericanos encontraremos tal repudio. En Puerto Rico se penaliza la entrega de un menor para su adopción a cambio de dinero o de otros bienes o beneficios materiales.

En Argentina la acción u omisión son consideradas ilícitas cuando sean contrarias a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres (art. 1830 Código civil argentino), en cuyo supuesto la consecuencia sería la nulidad absoluta del contrato (art.1795, VI y 2225).

También en los Códigos de Paraguay (art.357.b) y Perú (art.219.4) se afirma la nulidad del contrato por ilicitud del objeto al igual que ocurre en los de Chile, Ecuador y Colombia.

En virtud de que resulta innecesaria tal declaración de nulidad, he de ocuparme de la nulidad establecida en el art.10.1 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre que es de “pleno derecho” y referida al contrato y que encuentra su razón de ser que se ha celebrado con violación de una prescripción o prohibición legal fundada sobre motivos de interés público.

A tal se refiere el art.6.3 del Título Preliminar del Código civil: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

El contrato de maternidad subrogada resulta nulo por la tajante declaración del art.10.1 de la ley en comento, pero por ir en contra de una norma prohibitiva de tal convención. Los efectos de tal nulidad son:

a).- Que se produce *ipso iure* por sí misma, siendo por ello apreciable de oficio, aunque no se haya alegado por la parte “efecto inmediato”, si bien puede resultar necesario, al igual que ocurre en los casos de inexistencia, destruir la apariencia del contrato por medio de la acción de nulidad.

b).- Es *absoluta erga omnes* y tiene un efecto general que alcanza a todos y no tan sólo a los contratantes y sus causahabientes.

c).- Es definitiva, al no caber contra ella ni la prescripción ni la confirmación (efecto definitivo).

Las consecuencias de tal nulidad consisten en que, si las partes se hubieran entregado alguna cosa, debe devolverse con sus frutos e intereses, y, si no es posible, su equivalente económico (art.1303 y 1307 del Código Civil).

En consecuencia, de cuanto llevamos dicho, la mujer gestante para otra no resultará obligada, ni a entregar el niño, ni siquiera a una indemnización por no hacerlo.

Pero no puede contemplarse aquí una obligación natural, a efectos de la irrepetibilidad de lo entregado –en este caso la criatura-, porque estamos refiriéndonos a la entrega de un hijo, o sea de una persona y no de cosa o dinero.

Por tanto, de la nulidad del contrato serán nulos asimismo los pactos accesorios, relativos a determinadas obligaciones de la gestante (no fumar, suprimir ciertas actividades, no abortar, etc.) y la responsabilidad posible en que puede incurrir será siempre extra contractual.

Se plantea la cuestión, presupuesta la nulidad de tales contratos, si podrá exigirse, al menos, el pago de daños y perjuicios y cuál sería su alcance en el supuesto que resultará procedente.

Hay que concluir señalando que no se debe permitir la adopción del niño por parte de la pareja que lo encargó, ya que de esta forma conseguiría el propósito, pese a la prohibición establecida.

La Ley española declara la nulidad de tal contrato de maternidad portadora, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad. No ocurre lo mismo en Francia en que el art.535.1 del Code Penal castiga con 10 días a 6 meses de prisión a cualquiera que con ánimo de lucro haya aportado o intentado aportar su mediación para recoger o adoptar un niño.

El informe Palacios recomendó que “deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que correspondiera (sic), las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien y los equipos médicos que los realicen “. (Recomendación 116).

A mi juicio es totalmente equivocado meter en el mismo saco a una pareja estéril y obsesionada por tener un hijo en su hogar y familia o una mujer que más o menos altruistamente se presta a realizar tareas de incubadora, con los facultativos que participan lucrativamente en tales prácticas prohibidas por la ley y sin cuya colaboración técnica no podrían alcanzar el éxito pretendido, al menos cuando la pareja aporte espermatozoides y óvulo, y no digamos nada de los intermediarios de este extraño mercado humano.

Sin embargo, tal intermediación lucrativa no se encuentra entre las infracciones graves o muy graves del art.20 de la ley.

2.6.3 Problemas de filiación

La nulidad que acabamos de examinar determina que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes, es decir: que no produzca efectos jurídicos. Pero como acertadamente puso de manifiesto Montes Penades, el acuerdo de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el hijo que nace.

En consecuencia, si a pesar de la prohibición de la maternidad subrogada, si a pesar de que son nulos todos estos contratos se acudiese a la subrogación o al alquiler, el hijo así nacido, ¿de quién sería?, ¿quién sería la madre?, ¿la suplente o la que contrató los servicios?, ¿y quién sería el padre?, ¿el varón progenitor?, ¿o el varón de la pareja que contrató la subrogación? ¿Y la filiación del así nacido, que carácter tendrá? Es decir, después de estudiar ahora el problema de la validez, debo dedicar mi atención a la filiación de los nacidos de madre suplente, de sustitución, de subrogación.

Tradicionalmente en esta materia regía el principio formulado por Paulo de *“mater semper certa est”*, la maternidad siempre es cierta y conocida. Evidentemente este principio regía para los casos en los que una mujer que pone su óvulo, fecundado en el acto sexual y que luego gesta y alumbra al hijo. Pero la aplicación de estas técnicas presenta una nueva realidad: la mujer que no busca ni desea un hijo y que no proporciona tampoco el

óvulo, ni hay acto sexual, sino que sólo pone su útero para la gestación de un óvulo ajeno fecundado *in vitro*.

Puede ocurrir también que la mujer gestante haya puesto su propio gameto. En definitiva, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la llamada “comitente” que es la que contrata los servicios, la que proporciona el óvulo, y la que lleva a cabo la gestación. A veces estas tres funciones recaen sólo en dos mujeres en combinaciones distintas: **a)** la comitente pone su gameto y la otra realiza la gestación, **b)** la gestante, además de gestar, pone su gameto.

Si una de las tres mujeres o de las dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que Paulo daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa categoría jurídica y social perfectamente acuñada y reconocida. Pero en todo caso al así nacido hay que darle una madre.

Los especialistas médicos y los juristas creen que la función que más se acerca a la madre, entre las de aquellas tres participaciones mencionadas, es la de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación. La mayor parte de las leyes, proyectos e informes hacen madre a la mujer que gesta y pare el nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o preembrión.

Tal es el criterio seguido en la Ley española al decir el art.10 que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Entiendo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que nada hay que objetar

al criterio seguido por la Ley, por las siguientes razones:

- 1.- Es el sistema más seguro y acertado.
- 2.- Coincide con el sistema del art.47 de la Ley de Registro Civil.

3.- Es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio de gestación de sustitución.

4.- Es solución disuatoria frente a quienes pretendan saltarse la Ley. Sabemos, pues, que el hijo es de la madre que pare, ¿pero qué clase de hijo es?, ¿y quién es el padre, ¿o no tiene padre? En consecuencia, hay que dar respuesta a estos interrogantes y hay que efectuar las siguientes distinciones:

a) Que la madre gestante no esté casada.

b) Que la madre gestante esté casada.

Primer Supuesto, Madre Gestante No Casada:

Del tenor literal del concepto que venimos examinando, se deduce que en el supuesto de que la madre gestante no esté casada, el hijo se inscribirá como hijo no matrimonial de la madre gestante y ello aún en el supuesto de que el gameto femenino utilizado fuera de la mujer que contrató los servicios. Sabemos quién es la madre, y en este caso ¿quién es el padre?:

Si el progenitor varón es el miembro de la pareja que arrendó los servicios, entiendo que el hijo podría inscribirse como hijo no matrimonial de él.

Si el progenitor varón es un donante anónimo, entiendo que en este caso, el hijo así nacido carecería de filiación paterna, o sea: jurídicamente no tendría padre.

Pero para este supuesto señala el art.10 “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a lo que establece el Código Civil”, sin embargo, yo entiendo que esta posible reclamación de la paternidad por parte del padre biológico tiene poco sentido, por dos razones fundamentales:

a).- En primer lugar porque conforme a las reglas generales del Código Civil, el posible reclamante carece de acción para reclamar la filiación

paterna extramatrimonial si no existe la posesión de estado, así se desprende del art.133 del Código Civil.

b).- En segundo lugar porque según la ley de reproducción asistida, en los artículos 5 y 8 de la misma se establece que “el donante de gametos” carece de vínculo de parentesco con el hijo cuya herencia genética lleva.

Segundo Supuesto, Madre Gestante Casada.

Para el supuesto que la madre gestante estuviera casada, “*prima facie*” el hijo podría inscribirse como hijo matrimonial de la pareja gestante, en virtud de la presunción de paternidad del art.116 del Código Civil, puesto que según la ley se presume que el padre es el marido de la mujer.

Sin embargo, esta filiación matrimonial podría ser impugnada por el marido de la gestante, lo cual sería sumamente fácil ya que desde el primer momento existe una certeza indubitada y prueba positiva de la no paternidad del cónyuge de la gestante a la vista del pertinente expediente médico. Como señala Vercovitz el hecho de la inseminación artificial equivaldría, en este caso, a una separación de hecho a los efectos de la procreación y consiguientemente la misma inseminación destruye la presunción legal de paternidad.

En consecuencia con lo anterior, parece que cuando la mujer gestante está casada aunque en principio el hijo podría inscribirse como matrimonial de la pareja gestante, lo normal es que se inscriba como hijo no matrimonial de la madre gestante y sin filiación paterna.

José María Peman publicó en el diario español ABC el 10 de marzo de 1970 un artículo titulado: “Carta de un hijo *in vitro* a su mamá”, en el que con cierta dosis de humor revelaba el dramatismo que produce la simplificación de los problemas que surgen de la aplicación de estas técnicas, y dice así:

“En la soledad de la noche escribo hoy a mi madre. No sé si te acuerdas de mí. Tú eres la señorita Pérez de un pueblo ampurdanés. Hasta que te aburríste de ser la señorita Pérez de un pueblo y decidiste lograr una escala

social... tener un hijo “*in vitro*”. No sé dónde buscaron mis semillas ni a qué manipulaciones me sometieron. Sólo sé que yo, sin comerlo ni beberlo, me encontré fecundado en una probeta de laboratorio. Luego me llevaron a la señorita Pérez y tú me diste hospedaje durante unos meses en el claustro materno. Como quien invita a un amigo a pasar una temporada en el hotel Don Pepe de Marbella. Cuando nací hubo gran conmoción polémica. La iglesia guardó reservas reticentes. Y el Gobernador Civil te envió un ramo de claveles por conducto de su secretario particular para no comprometerse del todo. Yo me sentía como el Licenciado Vidriera de Cervantes: Frágil y transparente. Tú estabas sola y melancólica, a pesar de que sobre una consola de la casa se colocó, adornada con lazos y flores, la probeta en que fui engendrado”.

Capítulo 3: Debate ético jurídico sobre el embrión y las técnicas de reproducción asistida

3.1 Concepto de preembrión

Desde el punto de vista científico, el término preembrión fue acuñado por la genetista inglesa McLaren durante los trabajos del Comité Warnock, que consideró que el óvulo fecundado, ya en fase de segmentación, debe considerarse preembrión hasta el día catorce a partir de la concepción, momento en el cual se hace evidente la línea primitiva, con la diferenciación entre las células destinadas a convertirse en el embrión propiamente dicho, y las células destinadas a formar los tejidos placentarios. Señala esta autora: “el momento a partir del cual yo comencé a ser un individuo humano total y completo fue el estado de línea primitiva, de formación del embrión (...) El periodo posterior es esencialmente de preparación, durante el cual se elaboran todos los sistemas de protección y nutrición requeridos para sostener al futuro embrión (...) Anterior a la línea primitiva, el embrión es una entidad diferente, que incluye y da origen al embrión que llegará a ser un feto primero y después un neonato (...) de ahí que se reserve el ‘término embrión’ para designar al mismo, a partir de la aparición de la línea primitiva, y se hable de ‘preembrión’ en el periodo anterior”. (McLaren, 1986:5).

El preembrión es el primer paso de todo el proceso del camino biológico que culminará con el nuevo ser. Se ha definido como el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero.

En la Instrucción del 22 de febrero de 1987 del Papa Juan Pablo II, se cita al preembrión, junto con el cigoto, embrión y feto, expresándose en nota a pie de página que en “el vocabulario biológico pueden indicar estadios sucesivos del desarrollo del ser humano. La presente Instrucción utiliza libremente estos términos, atribuyéndoles un idéntico significado ético. Con ellos designa el fruto visible o no, de la generación humana, desde el primer

momento de su existencia hasta el nacimiento. La razón de este uso quedará aclarada en el texto”.

La ley española 35/88 de 22 de noviembre de 1988, en su exposición de motivos, en el punto II concretamente, siguiendo el criterio adoptado por el Consejo de Europa de Investigación Médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días cinco y seis de junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia, utiliza el término “preembrión” para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida estable en el interior del útero, acabando el proceso de implantación que se inició días antes, y aparece en él la línea primitiva (Exposición de Motivos de la Ley Española de Técnicas de Reproducción Asistida de, 35/88 de 22 de noviembre). El término preembrión declara la falta de una condición sin afirmar las cualidades esenciales en que se basa. La negación parcial o total de una condición no representa una verdadera definición. No sirve para suplir una laguna terminológica por cuanto que las diferentes etapas de desarrollo embrionario previas a la implantación se definen normalmente por términos específicos como cigoto, mórula o blastocito. Por tanto, el término preembrión no tendría rigor ni justificación legal.

En cuanto a la sustancia (aspectos biológicos) hay que señalar que el desarrollo del embrión es un *continuum* desde la fecundación hasta el nacimiento, en el cual la ciencia ha destacado aquellas etapas fundamentales, pero que se inscriben en un proceso rigurosamente unitario y esencialmente preordenado. Se trata de un proceso secuencial donde cada etapa recibe influencias de la anterior y, a su vez, determina la etapa siguiente. Por lo que se refiere al ámbito ético, hay que señalar que la noción preembrión puede ser utilizada en el marco de una filosofía utilitarista y en aras del bien común, o puede responder a un deseo de considerar como interés general aquello que en realidad es sólo un interés particular. Lledo Yagüe, en el aspecto jurídico, refiriéndose al preembrión, señala que es una desafortunada expresión que intenta privar de la necesaria

asistencia tuitiva a la vida humana *naciente in fieri* existente, sin paliativos desde el momento de la concepción (Lledo, 1988).

Cuando se habla en la doctrina de preembrión, se suelen usar expresiones tales como “persona humana en potencia” (Comité Consultatif National D’éthique: Avis n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro á des fins médicales et scientifiques, en Ethique et recherche biomédicale. Rapport 1986, París, 1987,), “material biológico”, que es el usado en la Exposición de Motivos de la Ley española, “grupo de células”, “elementos genéticos” (Zarraluqui, 1986: 2444). Por el contrario, cuando se refieren al embrión, se utilizan otras expresiones distintas, con la intención expresa de destacar la humanidad del embrión en potencia.

Si la fecundación tiene lugar fuera del seno de la mujer entonces aparece el concepto de embrión o preembrión *in vitro*, con el que se designa al embrión obtenido por medio de la fecundación *in vitro*, y mantenido después con vida en un ambiente artificial, o congelado, para su posterior transferencia al útero. Como señala Femenia López, el embrión *in vitro* se distingue del embrión *in vivo* o *in útero* que resulta de la fecundación natural o después de una inseminación artificial. Las diferentes fases embrionarias son idénticas en uno y otro, y una vez culminado el proceso de implantación el desarrollo del embrión fecundado *in vitro* no deferirá en nada del embrión fecundado *in vivo*. No obstante, el aislamiento del seno materno del primero, durante las primeras fases de su desarrollo, lo hace más accesible a la manipulación del hombre que el segundo, lo que justifica la necesidad de definir su *status* jurídico, y que en un momento posterior de esta exposición haremos.

El art.13.1 de la ley española sobre técnicas de reproducción asistida establece “que toda intervención sobre el preembrión *in vivo*, *in vitro*, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas”. Este artículo tiene como finalidad permitir la investigación sobre preembriones con fines terapéuticos, puesto que la intervención siempre ha de estar

encaminada a tratar de evitar enfermedades o impedir la transmisión de las mismas, siempre y cuando exista cierta garantía de éxito.

La Recomendación 1046 en el anexo del punto B establece: “toda intervención sobre el embrión vivo en el útero o *in vitro*, o sobre el feto en el útero o fuera de él, no es legítima más que si tiene por finalidad el bienestar del *nasciturus*, es decir, favorecer su desarrollo y su nacimiento”. Por su parte, el Proyecto de Recomendación del CAHBI en el principio 1 estableció que “las técnicas de reproducción artificial humana asistida pueden ser utilizadas cuando las técnicas ofrezcan una posibilidad razonable de éxito y no hay un riesgo significativo de comprometer la salud de la madre o del hijo”.

El art.13.3 establece que la terapéutica a realizar en preembriones *in vitro*, sólo se

autorizará si cumple una serie de requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido rigurosamente informadas sobre los procedimientos, investigaciones, diagnósticos, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente. Y ello es así porque la gravedad del tratamiento terapéutico sobre el objeto de la intervención con los eventuales riesgos, pueden alterar el destino o estado del preembrión, es por ello por lo que se requiere una rigurosa información, y en su caso, la aceptación de la pareja, si existe matrimonio, o bien de la mujer sola si es ella la única destinataria físico-jurídica del proceso.

La aceptación vincula y habilita la terapia en caso de ser necesaria. Es al centro médico al que corresponde el deber de informar.

b) Es necesario que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezca garantías, al menos, razonables de la mejoría o solución del problema.

En consecuencia, la ley requiere que las enfermedades puedan diagnosticarse de forma muy precisa, o bien que de antemano se sepa de qué se trata, es decir, causas y efectos de la dolencia, y que por tanto el informe de ese diagnóstico las valore como graves o muy graves, no leves, y que necesariamente haya garantías razonables de mejoría o solución con la terapia que se aplique. Se trata de una norma en blanco para el jurista o, si se prefiere, un vacío en el que nada tiene que hacer salvo aceptar cuando proceda de quien emita el diagnóstico.

c) Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

d) Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza.

En la Recomendación 934 (1982) se establece: “que los derechos a la vida y a la dignidad humana garantizada por los artículos 2 y 3 de la Convención Europea de Derechos del Hombre implican el derecho de heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación ni hayan sido artificialmente cambiadas”. El art. 13 tiene gran semejanza con la Recomendación 1.100 (1989). Recomienda al Comité de Ministros promover las investigaciones dirigidas con fines de diagnóstico y con fines de tratamiento, especialmente de enfermedades que afectan a los cromosomas o a los genes.

El art. 16.2 de la ley española establece que se prohíbe la experimentación en preembriones vivos, obtenidos *in vitro*, viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines. Si en determinados protocolos experimentales se demuestra que el modelo animal no es válido, se podrá autorizar la experimentación en preembriones humanos no viables por la autoridad competente.

Por su parte, el artículo 16.3, dispone que cualquier proyecto de experimentación en preembriones no viables, *in vitro*, deberá ser debidamente documentado sobre el material embriológico a utilizar, su

procedencia, plazos en que se realizará y objetivos que persigue. Una vez terminado el proyecto autorizado, se deberá trasladar el resultado de la experimentación a la instancia que concedió la autorización.

En definitiva, la Ley española en ningún caso permite la experimentación con pre

embriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter de diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención.

3.2 El embrión humano

Hay muchas personas e instituciones que se pronuncian en contra de la fecundación *in vitro*. Sin duda plantea muchas interrogantes y se duda si debe ser llevada a cabo. Plantea cuestiones éticas, morales y religiosas, pero sobresale una cuestión singular: ¿qué es en realidad un embrión humano?, en definitiva, como se pregunta Herrera Campos, si un embrión humano es un ser humano en fase embrionaria o, si por el contrario, es una cosa. La respuesta que se dé es fundamental, ya que en las técnicas de reproducción asistida hay grandes pérdidas de embriones en sus diferentes fases del proceso; por otro lado, no podemos olvidar que hay embriones que sobran y que son desechados o incluso no podemos dejar de pensar en la necesidad que existe de investigar con los embriones, todo ello lleva consigo el aumento de la pérdida de los mismos.

En España fue aprobado en el Consejo de Ministro del viernes 25 de julio de 2003 un proyecto de ley por el que se modificó la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y que entró inmediatamente en vigor, por lo que se modificaron los artículos 4 y 11 de la citada Ley, conteniendo además el proyecto una disposición adicional, cuatro disposiciones finales en las que se establecen los mecanismos necesarios para poder llevar a cabo investigaciones con los embriones existentes, que están depositados y que ya ha transcurrido el plazo necesario para poder ser implantados.

En vez de llevar a cabo su destrucción, es mejor que sean destinados a la investigación. En un momento posterior haré una reflexión sobre el proyecto de modificación de la ley española.

La mayor parte de los médicos, biólogos y teólogos coinciden en afirmar que la vida humana comienza en el momento de la fecundación, pero la verdad es que existe gran discrepancia entre los investigadores en señalar el momento exacto del comienzo de la vida humana.

Hay parte de la doctrina que considera que, aunque el comienzo de la vida humana nace con la fecundación, la cuestión de cuándo nace lo que se llama hominización permanece en la incertidumbre.

Nos podemos hacer muchas preguntas, y todas ellas tienen una respuesta incierta. ¿Cuándo hay que fijar el límite que suponga el respeto o no al embrión como ser humano, o ser humano en potencia?, la respuesta tampoco está clara y unánime para todos, ¿cuándo se unen los gametos?, ¿cuándo el embrión se implanta en el útero?, ¿cuándo se forma el tejido nervioso?, ¿alrededor de los catorce días? son muchas las preguntas y no todos los biólogos, médicos y teólogos e investigadores en general tienen la misma respuesta. En lo que coincide la doctrina es que en el estado actual de los conocimientos científicos se llega a la conclusión de que la fertilización del óvulo señala el comienzo de la vida.

Como puso de manifiesto Mayor Zaragoza (Diario Ya, 19 de julio de 1981), la fertilización en la unión de un óvulo y un espermatozoide comienza con la incorporación de un espermatozoide en el citoplasma ocular y la actividad del óvulo, que completa el programa preexistente; la consecuencia de cambios que siguen a la activación comienza por la transformación de uno y otro núcleo, para formar los pronúcleos masculino y femenino, seguida de la fusión nuclear. La unión de los pronúcleos es la etapa final, que termina a las pocas horas de la entrada del espermatozoide en el óvulo; la biología molecular ha demostrado inequívocamente que el proceso ontogenético de la vida consiste en la manifestación del programa impreso en el ADN.

Herrera Campos mantiene que el comienzo del ser humano se remonta a la fecundación y toda la existencia, desde las primeras divisiones del embrión hasta la vejez, no es más que la manifestación progresiva de un programa inicial contenido en la dotación genética; es opinión mayoritaria que no hay científicamente un límite que suponga el respeto o no por el embrión, porque todos los límites que se establezcan son límites convencionales y arbitrarios.

Así se pone de manifiesto en la Primera Conferencia Internacional sobre el aborto celebrada en Washington, no se puede encontrar ningún punto, entre la concepción y el nacimiento, en el que se podría decir que esa vida no era humana. Los cambios que ocurren entre la implantación, embrión de seis semanas, el feto de seis meses y la persona adulta son simplemente etapas de crecimiento y de maduración (Andevi, 1985). Desde una concepción filosófica-teológica, también se pueden plantear numerosas cuestiones, y así hay quienes sostienen un concepto de “persona humana potencial” del embrión, pero, en la realidad, ‘potencial’ no es la persona humana del embrión, sino su desarrollo. En este sentido se pronunció el Episcopado Católico de Gran Bretaña, en su Instancia Pública conjunta de 24 de junio de 1980 cuando señalaba: “cada nueva vida es la vida no de un ser humano potencial, sino de un ser humano con potencialidad (...), el nacimiento mismo, es ciertamente un momento importante en la historia de cada uno de nosotros. Pero el inicio de esta historia debemos referirlo al momento de la concepción (Instancia Pública Conjunta del Episcopado Católico de Gran Bretaña, 24 de junio de 1980)”.

Como ha puesto de manifiesto el Comité Consultif Nacional d’Ethique de Francia, el término embrión designa, en una acepción general, el estadio de desarrollo que marca el paso de una célula única, el óvulo, a un conjunto complejo de células: el feto. Este periodo, denominado “embriogénesis”, corresponde a las ocho primeras semanas que siguen a la fecundación (Rapport scientifique, en Ethique et recherche biomédicale. Rapport 1986, París, 1987, p.32). Una vez que se ha producido la fecundación da lugar a una nueva etapa importante, la formación del cigoto, que ya tiene todo el programa genético del nuevo ser, y que inicia un importante proceso de

desarrollo que se lleva a cabo en distintas etapas que culminarán en el individuo humano adulto y con su muerte, como ha puesto de manifiesto Serra, es indiscutible que de la integración de los dos conjuntos de información genética, diversos entre sí pero complementarios el uno del otro, y dotados de funciones específicas durante el desarrollo embrionario, surgen –para usar términos descriptivos más comprensibles para nosotros– un nuevo proyecto y un nuevo programa, los cuales permanecen específicamente delineados e inscritos de manera estable en el genoma del cigoto. Precisamente esta nueva constitución genética es la que individualiza clara y definitivamente al cigoto, es decir: lo constituye sujeto de su propia existencia independiente y con sus características que lo distinguen de cualquier otro.

Desde el punto de vista biológico, ésta reciente concepción es un nuevo ser viviente que inicia su propia existencia diversa y distinta de la de sus progenitores. Un nuevo ser cuya vida, sostenida sin interrupción por el proyecto-hombre grabado individualmente en su genoma, no puede ser sino “vida humana”, desde el momento en el cual el nuevo ser se inicia. La vida para el científico no es un concepto abstracto, sino una realidad que se concreta en un nuevo ser y que tiene las características de esta o aquella especie.

Las etapas a que hemos hecho referencia se conocen con el nombre de membrana pelúdica, mórula, blastocito, gastulación, periodo embrionario, periodo de organogénesis y periodo fetal; el periodo fetal va desde el comienzo del tercer mes hasta el fin de la vida intrauterina.

Existen distintas teorías con respecto a cuándo comienza la vida, en otras palabras, cuándo se puede considerar al embrión como persona (Zarraluqui, 1989).

Para los partidarios de la teoría de la anidación, el momento de la culminación de la anidación del embrión en el útero que se produce alrededor del día catorce a partir de la fecundación. La teoría de la fecundación parte de la identificación entre la vida humana y persona

considerando que el embrión humano es persona desde el momento de la fecundación (Di Pietro, 1990). La teoría de la aparición de la actividad cerebral parte de la identificación de la muerte de una persona con la cesación de toda actividad eléctrica cerebral manifestada por un electroencefalograma plano. *A sensu contrario*, la vida de la persona comienza con el inicio de la actividad cerebral que se produce aproximadamente en la octava semana de la gestación.

La teoría de la aparición de la cresta neural es una continuación de la teoría de la aparición de la actividad cerebral, y considera que la calificación de persona requiere además de la actividad cerebral, que el feto disponga de su propio sistema nervioso, cosa que ocurre entre los veintidós y veintiocho semanas de embarazo.

Los que defienden la teoría de la viabilidad (como Mazen y Gterre) entienden que el inicio de la existencia de la persona humana coincide con el momento en el que el feto tiene posibilidad de vida. La teoría del nacimiento entiende que únicamente a partir del nacimiento puede hablarse de persona, puesto que sólo a partir de ese momento el individuo adquiere autonomía e individualidad propia.

La mayor parte de la doctrina se pronuncia a favor de la teoría de la anidación. Lo que está claro es que en el mismo momento de la fecundación existe algo distinto del óvulo y del espermatozoide: el embrión que, aunque depende de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético (Lacadene, 1989). De todo esto se deriva claramente que el embrión es un nuevo ser, aunque necesite, como es lógico, de su madre para continuar su proceso hasta el nacimiento. Un argumento primordial en defensa de la “autonomía” del embrión lo encontramos en las técnicas de fecundación *in vitro*, en la cual la fecundación y las primeras fases del desarrollo embrionario tienen lugar en el exterior del cuerpo materno y con independencia de la mujer que va a ser inseminada.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el embrión es la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen y nacimiento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, cuya duración es de unos dos meses y medio más.

3.3 El embrión humano ante la filosofía y la ética

¿Hasta qué punto es lícito al hombre modificar a través de la técnica el cuerpo que recibió de la naturaleza y suprimir o modificar las actividades del mismo?

Los grandes descubrimientos que han tenido lugar a lo largo de la historia han sido eso, descubrimientos, porque en un momento determinado el hombre ha logrado plasmar en la realidad lo que antes era sólo producto de su pensamiento. Y normalmente el descubrimiento ha consistido en la comprobación práctica de que podía utilizar las fuerzas de la naturaleza a partir del manejo de los propios materiales que la misma naturaleza le ofrecía.

A estas alturas del progreso humano, es evidente que el hombre ha descubierto y experimentado que es capaz de conseguir la reproducción de la especie a través de métodos técnicos, como son la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Y, como es habitual, es después del descubrimiento cuando nos encontramos con la discusión sobre la bondad ética o humana, sobre su aceptación o su rechazo social, o sobre su admisión o su reprobación jurídica.

Al margen de concepciones filosóficas o religiosas, un importante número de científicos, médicos, filósofos, juristas, políticos y pensadores se plantean no pocas cuestiones en torno no sólo a las técnicas de reproducción, sino fundamentalmente en torno a su aplicación al ser humano y a la valoración de ese material biológico humano que el científico o el médico tiene entre sus manos.

En un principio existió un rechazo frontal a las técnicas de fecundación asistida casi de forma generalizada; con el paso del tiempo, aquello que

parecía inmoral y atentatorio contra la naturaleza del hombre ha ido cambiando hasta tal punto que hoy se considera normal el aprovechamiento de las técnicas de reproducción asistida. Muchos más problemas continúan existiendo cuando lo que se persigue es la modificación genética.

Tiene que haber una causa que justifique la manipulación genética del ser humano, ya que la manipulación, sea cual fuere su naturaleza, implica una interferencia en el proceso natural de una actuación humana, que cambia de sentido ese proceso, lo modifica o lo suprime.

El hombre que puede disponer o corregir estos procesos naturales, siempre que no tenga una causa justificada, no puede interferir en ellos. El motivo debe ser proporcionado a la naturaleza del acto, en el sentido de que, en la corrección del proceso natural, los males que se sigan de la corrección no sean mayores que los bienes que se obtengan. García Haro (Profesor del Instituto Juan Pablo II, Revista Palabra, 224, III, 1984) señaló que la enseñanza de la Iglesia sobre los problemas morales que se plantean con el uso de la fecundación artificial, reafirma la convicción de que no todo cuanto la ciencia hace posible se ha de considerar éticamente admisible, especialmente cuando se pone en juego la vida humana. Juan XXIII recordó en la encíclica *mater et magistra*: “proclamamos solemnemente que la transmisión de la vida humana se confía por la naturaleza a un acto personal y consciente que es, como tal, sometido a las leyes de Dios. La Iglesia Católica establece el principio ético de que no deben realizarse experimentos con la vida humana”.

El Papa Juan Pablo II ha utilizado palabras severas y condenó de modo más explícito y formal las manipulaciones experimentales del embrión humano, “porque el ser humano desde su concepción hasta la muerte, nunca puede ser instrumentalizado para ningún fin”.

Ha manifestado Durán-Riechman que los descubrimientos e innovaciones están en cierto modo relacionados con diversas tradiciones, modelos culturales, etc., que ven interpelado el discurso y la escala de valores que configuran su correspondiente ideología. Así cada posibilidad y propuesta

nueva de intervención en los procesos biológicos, que hasta hace poco tiempo eran desconocidos y por consiguiente inaccesibles, conllevan en la práctica profundas implicaciones éticas y jurídicas. (Durán, 1998).

En la Reunión Internacional celebrada en Bilbao (España) en mayo de 1993, sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, se decía en la conclusión número dos que “La investigación científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador. El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y convenciones internacionales marcan el límite a toda actuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano” (Ruiz, 1994:37). Igualmente, el Parlamento Europeo en las consideraciones 9 y 10 de la Resolución sobre los Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética, se pronunciaba y reconocía como “derechos que determinan la restricción de la libertad fundamental de la ciencia y de la investigación tanto la dignidad del ser humano como la dignidad del cómputo de los seres humanos”.

Desde siempre la ciencia y la religión, y la moral -no nos podemos olvidar de ella- han tenido dificultades para su mutua armonización. Los desacuerdos entre ellas han sido y serán frecuentes y han constituido graves problemas en los procesos de evolución de las técnicas de reproducción.

Hoy día estas divergencias entre las técnicas científicas y la religión y la ética o moral se han agudizado mucho más que en el pasado. En nuestros días el problema ha surgido con mayor virulencia, si ello es posible, ya que la investigación científica y técnica ha pasado del campo de la materia inanimada al del hombre como objeto de experimentación. Cada día descubrimos anuncios o noticias en la prensa acerca de nuevas investigaciones y de nuevos logros que la ciencia ha realizado en los hombres. El problema de todas estas grandes experiencias radica fundamentalmente en sus límites, tanto técnicos como éticos.

No se puede negar que en muchos de estos casos la técnica se ha dado a sí misma leyes propias, tanto morales como éticas. A menudo se afirma que el

fin que busca la investigación es la mejora del hombre; tiene, por tanto, buena intención. Fácilmente se transfiere la calificación científica, de resultados positivos, a la ética y a la moral. La inseminación artificial humana es uno de esos campos de experimentación humana en los cuales puede haber peligro de que las técnicas se dicten a sí mismas sus leyes éticas y que sin tener en cuenta la naturaleza del campo de experimentación y sin respetar los límites se pueda llegar a la manipulación del hombre en aras de unos logros buenos y positivos, pero quizás mediante la destrucción de barreras que no le es permitido saltar, desde el punto de vista ético o moral.

La inseminación artificial no es solamente una técnica, por más perfeccionada que sea, sino una acción humana. Esta acción comprende una serie de procesos en la que intervienen distintos factores y agentes. Esta serie de procesos de actividad humana no puede encuadrarse solamente en los estrechos límites de la técnica, sino que hay que saber si, realmente, todos los actos están de acuerdo con la naturaleza humana, su dignidad y su promoción, y no solamente están de acuerdo con unos principios técnicos perfectos.

Cuando la técnica interfiere en el campo humano, es decir, dentro de la actividad de la persona humana, en su misma constitución esencial, no se pueden tener en cuenta solamente los propios valores de la técnica, sino también los provenientes de la persona que se somete a la experiencia. La técnica tiene límites, no sólo por razón de las consecuencias o efectos que pudieran seguirse de sus experiencias, sino también, y de modo especial, a causa del objeto mismo sometido a las experiencias o manipulaciones, cuando ese objeto es el hombre. Si hay límites para toda manipulación o normas técnicas respecto a la persona humana, tiene que haber la pasividad de determinar esos límites.

¿Cuál puede ser esa norma que señale los límites del bien o del mal, o lo que es lo mismo, que, a pesar de ser posibles ciertas acciones desde un aspecto puramente técnico, no se puedan verificar porque no respeten otros valores fundamentales de la persona en la que se verifican esas experiencias

o manipulaciones?, ¿cuál es la norma que constituye el toque de alerta que nos haga detener los experimentos, aun cuando se pudieran conseguir resultados positivos, porque no cabe realizarlos sin saltar las barreras que impone el debido respeto a la persona humana, su dignidad, su libertad?

Al hombre lo podemos considerar dentro de un orden natural, es decir, incluido en una antropología humana, sin referencia alguna a otros factores que le pueden calificar de otro modo, como pueden ser por ejemplo los aspectos religiosos. Creo que se debe estudiar la normativa que señale los límites de la experimentación dentro de un carácter puramente humano, sin referencia alguna a la religión. Vamos a considerar al hombre desde un punto de vista puramente humano, sin considerar a lo religioso en un principio, si bien al final haremos referencia a determinadas normas de la religión con respecto a la ética natural.

Dentro de un orden puramente natural, sin referencia al carácter religioso especial, la norma determinante de los límites de la técnica, para saber si realmente funciona dentro de unos límites adecuados, es la naturaleza humana o, para decirlo más claro, la persona humana y su dignidad, con todos los factores que comprenden tanto a la persona como a su dignidad.

Es lógico que lo que queda sometido a la normativa o a las limitaciones no es la persona ni su dignidad, sino los actos que realizan las personas, porque las personas se realizan mediante los actos. Y como la norma de conducta ha de ser la realización de la persona, los actos que la realizan han de quedar normados por esa persona y su dignidad, para que realmente se llegue a realizar plenamente la persona en su ser y en su dignidad en todas sus dimensiones. Cuando los actos tienden a la perfección y realización de la persona, son actos éticamente buenos, y cuando esos actos, en vez de realizar o perfeccionar a la persona, la destruyen o no la perfeccionan, los actos son éticamente malos. Todo acto humano que tiende a la realización de la persona humana es éticamente bueno, adquiere esa bondad porque verdaderamente su fin es la realización de la persona, pero todo acto humano que, en vez de realizar la persona, la destruye o no la promueve en

el grado en que debiera, será éticamente malo, porque no realiza su finalidad de servir a la promoción de la persona humana.

En toda manipulación dentro de la persona hay que tener en cuenta la relación más o menos íntima e importante entre los órganos y la realización de dicha persona, para poder valorar objetivamente y desde el punto de vista ético su extirpación, su corrección o la supresión de su función.

La expresión manipulación no siempre es empleada en el mismo sentido en la ética médica. Hay autores que consideran a la manipulación como toda intervención en el proceso de los fenómenos denominados naturales, con el fin de suprimirlos o modificarlos. Si se habla de manipulación de la persona, se entiende por tal toda intervención cuyo objetivo es modificar los diversos procesos naturales de la persona en los distintos campos de su ser y actividad. La expresión manipulación no tiene, en esta concepción, un sentido peyorativo, sino otro puramente expositivo, de intervención en un proceso considerado como natural en la persona.

Sin embargo, no faltan autores que a la expresión manipulación le dan un sentido peyorativo. La valoración ética de la inseminación consiste en examinar si realmente estas manipulaciones, en toda su complejidad, tienen algún inconveniente desde el punto de vista ético. No hay una verdad absoluta. En circunstancias normales y ordinarias, las técnicas de reproducción pueden tener un valor ético positivo, y en otros casos negativos. Si una mujer soltera puede tener hijos de forma natural, desde el mismo momento en que puede tener hijos, la inseminación artificial carece en sí misma de sentido. En el supuesto de que sea estéril, sería lógico que pudiese utilizar las técnicas de la inseminación artificial como remedio a la infertilidad.

Consideramos que es ético el utilizar las técnicas de reproducción asistida como medio de evitar la esterilidad tanto en el hombre como en la mujer. Lo que no consideramos ético es la manipulación genética para cambiar el sexo, por ejemplo, modificar los genes del embrión para obtener un niño con las características que queramos.

La doctrina católica considera a la inseminación artificial como inmoral, porque sostiene que el hijo tiene que ser fruto de la unión de los esposos y de la unión natural y porque considera que en cierto grado en una inseminación artificial no se respeta debidamente la dignidad de la persona humana. En sus pronunciamientos sobre el tema, Juan Pablo II no aceptó las técnicas de reproducción asistida cuando se producen fuera de matrimonio.

El comité de ética francés señala que las exigencias éticas no pueden ser formuladas en términos absolutos de carácter dogmático. La elaboración de las reglas y su puesta en práctica implica los compromisos que el principio ético del mal menor puede hacer tolerables. Esta regla del mal menor debería ser aplicada en relación con las ventajas y riesgos inmediatos, a mediano o largo plazo, que sean de naturaleza científica o médica, psicológica o social, cultural o filosófica (Comité Consultatif National D'Éthique, Avis n°. 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro á des fins médicales et scientifiques, en Éthique et recherche biomédicale, pag.77); el citado Comité señala que el embrión humano desde su fecundación pertenece a la esfera del ser y no del haber, de la persona y no de la cosa o del animal. El embrión debería ser éticamente considerado como un sujeto en potencia, como una alteridad de la que no se puede disponer sin límite, y donde la dignidad establece los límites al poder y a la intervención de otro. El Comité Nacional de Ética francés estableció de forma general que ningún embrión debe ser procreado con fines de investigación y toda intervención realizada sobre el embrión con esta finalidad no podrá ser realizada sin consentimiento libre y expreso de sus progenitores. En términos parecidos se pronuncia el Proyecto de ley de Andalucía España. Sobre el plano ético la destrucción de embriones no puede ser justificada con el argumento de que en los procesos naturales de reproducción, un número elevado de embriones es eliminado antes de la implantación. Sólo bajo la aplicación del principio del “mal menor”, puede ser consentida la destrucción cuando la conservación de los embriones no sea ya posible. El Comité recomienda prohibir las investigaciones de terapia génica germinal, así como aquellas

sin justificación científica o ética (Comité Consultatif National d'Éthique, cit. Avis n°. 8 de 15 décembre 1986, p.89).

Por lo que se refiere a la legislación española, hay que señalar que la dimensión ética de la actual legislación surge de la necesidad de llegar a un consenso mínimo que sea común para la sociedad y que supere las distintas visiones éticas coexistentes.

El informe de la comisión especial hace referencia a que es preciso afrontar la realidad presente desde un talante ético actualizado, elaborado sin eufemismos ni reservas, contrario a las valoraciones abstractas y a los principios preestablecidos poco o nada receptivos a modificarse, y en muchas ocasiones sustentados en falacias de diversa extracción ideológica, religiosa, política, moral, etc, -ya sean de corte liberal, conservador o progresista-, que incorpore y represente los mínimos éticos racionales aceptados e indispensables para proteger la dignidad propia de toda sociedad; supuestos éticos mínimos sin ninguna influencia confesional o partidista que si bien no han de ser siempre compartidos sirvan para aplicación común.

Señala Serrano Ruiz-Calderón que la teoría del consenso social que podríamos llamar del mínimo común denominador, es, en asuntos de bioética, sumamente engañosa, debido a que se puede buscar el acuerdo en proteger aquellas etapas de la vida en que todos, o al menos la gran mayoría, coinciden en que hay propiamente vida humana, pero esto supondría inclinarse por la opción más restrictiva y, por lo tanto, no es una postura conciliadora sino la imposición de una solución radical. Otra solución sería inclinarse por las posturas intermedias, ahora bien, estas posturas, en materia de derechos fundamentales son bastantes discutibles. (Serrano Ruiz, 1987).

En la exposición de motivos de la Ley 35/88 se señala que, desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de Reproducción Asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser

argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, que pueda ser asumida sin tensiones sociales y que sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativas (Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 35/88, de 22 de noviembre, Exposición de Motivos, II.). La Ley española deja, no obstante, sin definir los criterios de la ética o de los diversos modelos éticos que, de forma seguramente interrelacionada, hayan de adoptarse, bien sean los que se estiman aceptados y asumidos en la Constitución o los que la contradicen y hayan de rechazarse, bien aquellos que sin derivarse expresamente de ella ni contradecirla podrían representar el sentir de la mayoría, de tal modo que puedan influir en la toma de posición o normativa que el legislador adopte en el momento concreto. (Femenia, 1999).

Lo que está claro es que toda la investigación científica y tecnológica tiene que hacerse en el estricto beneficio del ser humano. Por lo tanto, la investigación deberá ser prohibida cuando se perjudique al ser humano. En consecuencia todo lo que no sea en estricto beneficio del ser humano, ha de limitar por definición el ámbito de la investigación. Y toda investigación debe realizarse en el más escrupuloso respeto a los derechos y libertades fundamentales del hombre, el límite de la investigación científica y tecnológica vendrá impuesto por el riesgo de quebrantar el contenido de los derechos y libertades fundamentales. La ciencia no debe poner trabas a la investigación científica y tecnológica. Siempre y cuando queden salvaguardados los derechos y libertades fundamentales del hombre, toda investigación debe tener como fin el beneficio del ser humano y, una vez respetados los derechos, la investigación debe continuar sin ningún tipo de obstáculo.

El legislador español se inspira en el Informe Warnock como base jurídica por lo que se refiere a la valoración ética del embrión y fundamenta sus opciones basándose en un criterio exclusivamente pragmático y como ha señalado Lledo donde la razón humana es sustituida por el sentimiento y la emoción, y donde se desconoce tanto la dignidad humana como sus ontológicos derechos naturales, dando preeminencia al positivismo más absoluto al confundir que el objeto de la experimentación no es una materia o cosa, sino un sujeto al que hay que respetar el atributo de su incolumidad.

3.4 Postura del judaísmo, el islam y la iglesia católica

a) La ley judía o el judaísmo no reconoce el límite de los 14 días como marco para la investigación sobre embriones. Y sólo abre la posibilidad sobre tal investigación cuando la misma está dirigida hacia la salvaguarda de la propia vida del embrión humano.

b) El Islam mantiene que con la creación de preembriones para la investigación el hombre rivaliza con acciones que competen a Dios. Establece fuertes restricciones y cautelas sobre el desarrollo humano en su fase inicial (primera semana).

c) Respeto a la iglesia católica, ya hemos hecho algunas referencias en distintos puntos de esta exposición, pero debido a que en México la iglesia católica tiene gran ascendiente, creemos necesario hacer una mención especial al respecto.

El Pontífice Pío XII con motivo del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos en la sesión de clausura celebrada el día 29 de septiembre de 1949 estableció los siguientes principios:

I. La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse pura y simplemente inmoral.

II. La fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal debe reprobarse.

Sólo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida.

III. En cuanto a la licitud de la fecundación artificial, bástenos recordar que el deseo muy legítimo de los esposos de tener un hijo, no basta para probar la legitimidad del recurso de la fecundación artificial.

El jesuita, padre Javier Gafo, tuvo una postura progresista en materia de fecundación *in vitro* y señalaba que sería aceptable si se diesen las siguientes condiciones:

- i.** La existencia de una amplia experimentación en embriones de animales que mostrase que la técnica de congelación mantiene en vida a los mismos y no provoca anomalías o malformaciones.
- ii.** La utilización de embriones congelados implantándolos en la matriz de la madre, en el caso de que fracase el intento con embriones recientemente concebidos en el laboratorio. (Gafo, 1984).

La doctrina de la Iglesia Católica podría resumirse así:

- a)** Admisión de la inseminación artificial homóloga y rechazo de la heteróloga.
- b)** Rechazo frontal de la inseminación fuera de matrimonio.
- c)** La fecundación *in vitro*, si bien en principio es inaceptable, puede admitirse cuando sea el único medio para remediar la esterilidad conyugal, siempre que se trate de inseminación homóloga y se realice con semen del marido de la mujer que se insemína.
- d)** La utilización de embriones congelados es aceptable para la procreación, siempre y cuando haya fracasado la fecundación *in vitro*, seguido de su preparación química, y siempre que se destinen a la madre receptora, por lo que es condenable toda manipulación embrionaria previo almacenamiento de los genes.

e) Es aceptable la implantación de un embrión congelado en una mujer estéril si consienten los padres genéticos del embrión, porque esto equivale a una especie de adopción prenatal.

f) El principio que informa todas estas técnicas es el respeto a la vida no nacida desde la concepción.

g) La Iglesia Católica condena expresamente todo deterioro, riesgo o comercialización del embrión.

El Papa Pablo VI mantiene el mismo punto de vista que Pío XII, y así lo hace saber de forma enormemente clara en su ablución al Sacro Colegio Cardenalicio el 23 de junio de 1964 y en su discurso de 29 de octubre de 1966 al 52 Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Obstetricia y Ginecología donde afirma que la moral de la Iglesia no ha cambiado respecto a la inseminación artificial.

Juan XXIII señaló en su encíclica *Mater et Magistra*: “Proclamamos solemnemente que la vida humana se transmite a través de la familia, fundada en el matrimonio; uno e indisoluble, que para los cristianos ha sido elevado a la dignidad de sacramento. No es lícito recurrir a medios o utilizar modos que, sin embargo, pueden ser aplicables a la propagación de la vida vegetal o de los animales.”

El Papa Juan Pablo II abordó esta problemática a través de la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación; respuesta a algunas cuestiones de actualidad” publicada por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987, en la que se pronuncia de forma restrictiva a la admisibilidad de estas técnicas dando lugar a un retroceso importante en el *statu quo* de tolerancia o relativa admisibilidad existente hasta ese momento con determinadas clases de técnicas. En la instrucción se cuestiona hasta la inseminación artificial homóloga, es decir, la que en el acto procreador sólo sustituye el instrumento de penetración en la vagina de la esposa, mediante un artificio, por la ilicitud que representa la obtención del semen del marido a través de la masturbación; no se puede separar la relación sexual dentro del

matrimonio de su función procreadora y que el preembrión ya es considerado persona desde el mismo momento de la concepción, por lo que es inaceptable la experimentación sobre él o su destrucción.

3.5 El embrión in vitro como sujeto y objeto de derechos

Al inicio de este quinto epígrafe quiero dejar en claro tres cuestiones importantes:

1°. Que el embrión no es una cosa, mueble.

2°. Que el embrión humano concebido *in vitro* no es sujeto de derechos y obligaciones.

3°. Que desde el punto de vista del Derecho positivo, no es persona.

A) El embrión in vitro como sujeto de Derecho.

Decía Castán Tobeñas que el sujeto del Derecho es el portador o titular del Derecho subjetivo, no tiene la consideración de sujeto del Derecho el simple portador del interés, o sea aquél para el cual se determina la ventaja del Derecho, el beneficiario o destinatario, aun cuando comúnmente derecho, interés o goce, coinciden en la misma persona, hay casos en que resultan disociados, estando atribuido el Derecho a persona distinta de aquella en cuyo favor redundará (Castán, 1952). Dabin afirmaba que el sujeto de Derecho no es el ser apto para adquirir derechos, sino el ser apto para tener derechos, para ser titular de derechos (Dabin, 1955).

La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de determinar si el embrión tiene o no personalidad jurídica. Hay quien considera que el embrión hay que equipararlo al concebido y no nacido, y que por tanto es sujeto de derechos.

Existen distintas teorías al respecto. Hay quien mantiene que el embrión tiene personalidad, pero no es una personalidad como la del nacido, sino una personalidad que no es completa, es reducida o incompleta (Giudicelli,

1993). El nacimiento determinará el paso de una personalidad civil embrionaria y potencial a una plena personalidad jurídica. El embrión podría tener capacidad jurídica en cuanto puede ser titular de derechos patrimoniales (puede ser llamado a una herencia si llega a producirse el nacimiento), y también puede ser titular de derechos extramatrimoniales (tiene el derecho a ser respetado y no ser tratado como cosa). La personalidad sería condicionada a que naciese vivo y sea viable. Esta opinión es defendida por Lledo Yagüe, quien Considera al embrión como una entidad humana en curso, o en vías de potenciarse como hombre, que al existir genuinamente y no como realidad *in pectore*, es merecedor de respeto a su vida, y, como tal, podemos hablar de la dignidad del embrión como sujeto de derechos (Lledo, 1988). Por su parte, Bianca considera que el embrión tiene una capacidad provisoria, limitada o condicional. (Bianca, 1984).

Storch de Gracia y Asensio señala que partiendo de la constatación biológica de la existencia de la vida humana desde el mismo instante de la fecundación y de la especial consideración jurídica de la dignidad humana, consagrada en el art.10 de la Constitución Española de 1978 llega a la conclusión de que todo ser humano es persona, desde el mismo instante de la concepción. De ello se deduce que tiene capacidad jurídica abstracta o general (posibilidad abstracta de ser titular de derechos), si bien la ley civil la limita en su quantum de manera que sólo concede derechos patrimoniales que sean favorables, sometidos a la condición suspensiva del cumplimiento de los requisitos legales para que se le tenga por nacido. En cambio, la ley civil no podría limitar el contenido esencial de los derechos de la personalidad, ya que son derechos esenciales, innatos u originarios e inherentes a la persona, que los tiene plenamente desde que existe como ser humano, sin condiciones suspensivas de ningún tipo. Por ello mantiene este autor la existencia de dos estados civiles: el estado civil de nacido, cuyo contenido está determinado por todos los derechos y obligaciones de que puede ser titular una persona nacida, y el estado civil de concebido y no nacido, cuyo contenido jurídico estaría determinado por la titularidad incondicionada de los derechos de la personalidad y condicionada de los derechos patrimoniales, arts. 29 y 30 del Código Civil español (Storch,

1987). Gerard Cornu, por su parte, considera que, si el embrión no es persona, no cabe hablar de su personalidad o de su capacidad y que, por tanto, no es sujeto de derechos. Entiende este autor que, en todo caso, la personalidad jurídica sería una ficción jurídica o dogmática (Cornu, 1980). Por su parte, Vigneau lleva a conceder efectos retroactivos al nacimiento, realizando una extensión de la categoría de sujeto de derecho (Dessine-moi un embrión, Pet. Aff. 1994, núm.149. pág. 22. L'enfant a naitre, th., Toulouse, 1988).

Otra parte importante de la doctrina considera que la concepción determina la existencia y, en consecuencia, la capacidad jurídica. Por tanto, el embrión es desde el momento de la concepción persona en sentido jurídico. En consecuencia, para los partidarios de esta corriente doctrinal lo importante es la concepción y no el nacimiento. Consideran que en el mismo momento de producirse la fecundación, sin distinción entre la natural y la *in vitro*, el embrión es sujeto de derechos, sobre todo de los derechos fundamentales. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros mantienen que el concebido no es persona ni tampoco posee una personalidad especial o limitada. No hay, siquiera, una genuina igualdad entre el concebido y el nacido, la equiparación establecida por el segundo inciso del artículo 29 del Código civil es parcial (para los efectos que le sean favorables), y además, sometida a una *conditio iuris*, de que nazca con los requisitos del artículo 30. Tampoco se le atribuyen derechos ni siquiera de forma condicional, lo que pretende el ordenamiento jurídico es asegurar, prescribiendo las correspondientes medidas, que los pueda adquirir si nace con los requisitos legales (Díez-Picazo, 1994).

B.- El embrión *in vitro* como objeto de derechos.

Hemos visto cómo la doctrina mayoritaria no acepta al embrión como sujeto de derechos. Ahora cabe hacerse la pregunta: ¿si no es sujeto de derechos, podemos considerarlo como objeto de derechos? en definitiva, ¿el embrión se puede considerar como una cosa?

Zanoni parte de que tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos, son jurídicamente cosas (Zanoni, 1987). Jacques Robert considera que aunque de las reglas específicas, el jurista no puede más que moverse entre dos tesis: **1)** el embrión es un sujeto de derechos y **2)** que no es más que un objeto cuya propietaria es la madre (Robert, 1985).

La consideración del embrión humano *in vitro* como una cosa, obligaría a incluirlo en el conjunto de componentes y partes del cuerpo humano que pueden ser cosas para el Derecho. El esperma, el óvulo o la sangre son elementos regenerables del cuerpo humano cuya calificación jurídica, una vez separados del mismo, es cosa, de acuerdo con la doctrina mayoritaria. También se acepta mayoritariamente que las partes separadas del cuerpo humano son cosas. Desde el mismo momento que el esperma esté fuera del cuerpo se considera cosa, y como ha puesto de manifiesto Lemennecier al tratarse de partes del cuerpo no cabe apreciar en ellas el resto o residuo de la personalidad humana (en *Le corps humain: propriété de l'État ou propriété de soi ?*, Rev. Fr. th, jur. 1991, pág.115), mucho menos aún, cuando la separación lo es del cuerpo humano vivo, que sigue siendo portador en sí de la indivisa personalidad del individuo. Por ello las partes separadas del cuerpo se entienden objeto de un derecho de naturaleza real, en concreto, del Derecho de propiedad (Femenia, 1999).

El embrión es algo distinto del óvulo y del semen, es un nuevo ser que aun recibiendo el patrimonio genético de ambos progenitores, el embrión tiene una dotación cromosómica diversa. Como dice Femenia López, el embrión es jurídicamente, cuando menos, un germen identificado de vida futura, digna de ser protegida por el Derecho con independencia de la protección dispensada a la madre, aunque no sea un sujeto de derechos.

Capítulo 4: El embrión humano y el derecho

4.1 La protección jurídica del embrión humano en el derecho positivo

A lo largo de este capítulo pondremos de manifiesto la necesidad de una protección jurídica del embrión. Muchos se hacen la pregunta si el embrión es o debe ser digno de protección, si es aconsejable considerar al embrión como un concepto unitario o por el contrario se ajusta más a la realidad tratarle como una transición continua e ininterrumpida de estadios desde la fecundación del huevo hasta fases avanzadas de la segmentación. De si distintas etapas del desarrollo embrionario deben corresponderse con diferentes grados de protección. También nos podemos preguntar qué aspectos concretos debemos proteger del embrión y de si estar en el interior del seno materno se puede considerar como titular del derecho a la vida o simplemente se puede considerar que su vida constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido.

En principio parece evidente que cualquier ser vivo debe gozar de derechos tan importantes e imprescindibles como el derecho a la vida, a la integridad física, así como a los derechos relacionados con la personalidad.

El avance de la ciencia es imparable, así como el progreso y la aplicación de la técnica. Por ello, hay momentos en que, si no queremos que se abra un abismo entre la realidad científico-técnica y la realidad moral de la sociedad, el Derecho debe afrontar una regulación, aunque sea mínima, que impida que el progreso técnico y científico se produzca al margen del progreso moral.

Nos proponemos en epígrafes posteriores hacer un estudio de la regulación positiva de los estados más avanzados en Europa.

4.2 *Status* jurídico del embrión

Ante la pregunta ¿cuál es el *status* jurídico que el embrión tiene para el ordenamiento jurídico? Douglas responde que se han formulado tres tipos de teorías sobre esta cuestión. La primera intenta describir al embrión como

una persona, con la importante consecuencia de reconocerle el derecho a la vida. La segunda, lo trata como una persona potencial, reconociendo que aún no lo es, pero que se le debieran atribuir todos los derechos como si lo fuera. La tercera prescinde de su definición y simplemente le atribuye un estatuto. Esta última es la postura del Informe Warnock, aunque Douglas reconoce que el Derecho inglés usando los tres tipos de teorías acaba por poner el acento en el concepto de la viabilidad (Douglas, 1991).

Han sido muchas y variadas las sentencias europeas que se han pronunciado sobre el tema. Por ejemplo, en 1974 la Sentencia de la Corte austriaca sobre el caso Paton, que mantiene la interpretación favorable a no considerar persona al feto. Posteriormente, este caso se resolvió en 1979 en la Comisión Europea de Derechos Humanos donde se alegó en la misma línea: que el no nacido no tiene existencia legal hasta que sea físicamente independiente de la madre.

En cambio, el Tribunal Constitucional alemán reconoce a todos el derecho a la vida, recogiendo por lo tanto la interpretación favorable a un derecho a la vida entendido en un sentido amplio.

En Italia la Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de febrero de 1975 reconoce al concebido un fundamento constitucional, pero se admite que no existe equivalencia entre el derecho a la vida y a la salud de quien ya es persona, como la madre, y la salvaguardia del embrión que aún debe convertirse en persona. Lo que quiere decir que el derecho del embrión se concreta en lo que se denomina un interés jurídicamente protegido, entendido como un interés de la colectividad a la vida.

En España es interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional referente al recurso interpuesto por 54 diputados ante el Tribunal Constitucional contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art.417 bis del Código Penal según el texto definitivo aprobado por el Senado en la sesión plenaria celebrada el 30 de noviembre de 1983 por infracción de los artículos 1.1., 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3 de la Constitución Española uno de los argumentos en los que se basa el recurso es en la interpretación del art.15

CE en el que se declara que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral (Tribunal Constitucional Pleno S. 11 de abril de 1985. Ponentes: Sra. Begué Cantón y Sr. GomezFerrer Monrant).

A juicio de los recurrentes, el reconocimiento del derecho de “todos” a la vida se extiende

también a los concebidos y no nacidos.

En este sentido invocan la Sentencia de 25 de febrero de 1975 del Tribunal Constitucional alemán, la cual dejó bien claro que según los conocimientos biológicos y fisiológicos actuales, existe vida humana desde los 14 días después de la concepción. Por lo que la protección no puede limitarse al hombre ya nacido ni al *nasciturus* que pueda vivir independientemente. “Todos” significa “toda vida” o bien “todo individuo que posea vida humana”. Por consiguiente, puede comprender al ser humano que todavía no ha nacido.

Como contestación al primer motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes, el abogado del estado considera que la palabra “todos” dentro del art.15 de la constitución española sólo afecta a quienes el Derecho reconoce como sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas. Por otra parte, añade, el resto del art. 15 sólo es aplicable a las “personas”.

Otro motivo alegado por los recurrentes en el recurso a que hacemos referencia es la presunta vulneración del art.1 de la constitución española manifestando que un estado social no se compagina con actuaciones negadoras y supresoras de la vida de los no nacidos, pues frente a la preocupación que demuestran por la defensa de los demás derechos constitucionales, se niega la protección al más primario y fundamental de todos que es el derecho a la vida de los todavía no nacidos.

Otro de los motivos que merece especial interés es la vulneración del art.53 de la Constitución Española por ser el derecho de “todos” a la vida, que abarca también a los no nacidos. El régimen de protección y garantías se desenvuelve en tres sentidos:

a) En primer lugar, el derecho a la vida vincula a todos los poderes públicos, vulneración que se traduce en una obligación de proteger la vida misma, no pudiendo ser enervada por el criterio de legislador alguno.

b) Una segunda modalidad de garantía del derecho fundamental a la vida lo constituye la reserva expresa de ley orgánica, y no puede alterar el contenido esencial del derecho. El *nasciturus* tiene vida y este es un carácter de valor absoluto.

c) Con carácter general se admite que el no nacido es titular de derechos patrimoniales, sucesorios o hereditarios cuyo ejercicio se suprimiría anulando la vida del titular.

El abogado del estado responde a esta argumentación, que los recurrentes parten de la equiparación absoluta del feto con la persona nacida, cuestión sin fundamento ni en la legislación española ni en la europea.

El Tribunal Constitucional español en sentencia 75/1984 señaló que el *nasciturus*, aun no siendo titular del derecho a la vida, constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido. Tomás y Valiente, ponen en entredicho frases como que la vida es un valor superior al ordenamiento jurídico constitucional o “un valor fundamental” o “un valor central”. Es bien cierto, que, según su opinión, el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho, pero ello no autoriza a peligrosas jerarquizaciones axiológicas ajenas al texto constitucional, ya que éste dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político. En voto particular a la sentencia que comentamos los Magistrados Sr. Latorre Segura y Sr. Díez de Velasco Vallejo afirman que están de acuerdo con la afirmación de que el feto no es el titular del derecho fundamental a la vida, pero a continuación aseguran que esto no excluye que exista un deber del Estado de proteger la vida humana en las diversas fases de su evolución, incluida la intrauterina.

Se puede mantener que si el feto o el embrión es titular del derecho a la vida, al estado le corresponde garantizar y proteger ese derecho. *A sensu contrario*, si se parte de que no es titular de ese derecho fundamental, el

Estado no tendría la obligación de proteger la vida humana en el estado intrauterino, puesto que protegería un derecho inexistente.

Esta sentencia del tribunal constitucional español es una de las múltiples pruebas que nos demuestran las enormes dudas que existen con respecto al *status* jurídico del embrión.

Señala Mantovani que en nuestros días asistimos a la multiplicación de las formas de agresión al concebido, no limitadas solamente al aborto, sino extendidas al embrionicidio extra abortivo, a la embrioexperimentación, a las embriomanipulaciones genéticas y a la producción en número no necesario de embriones para fecundación asistida o para finalidades extrañas a la procreación: cosmética, industriales o de extracción de tejidos para trasplantes (Mantovani, 1998).

Moro Almaraz señala que el embrión *in vitro* salvando las diferencias de ubicación y desarrollo con el *nasciturus* del Código civil español, debe asimilarse a su protección y beneficios jurídicos en virtud del art.29 de dicho cuerpo legal, en tanto no se establezca un régimen específico. En cualquier caso, éste no debería ser nunca más reducido en derechos. Respecto de la vida y a la integridad física del embrión, debemos considerar, dice la citada autora, aplicables las figuras del Código Penal, así como la tutela Constitucional derivada del art.15 de la constitución española (Moro, 1988).

Según esta autora, la condición humana del concebido exige un tratamiento diferente al de cualquier célula, tejido o incluso gametos, por lo que debería prohibirse cualquier tipo de experimentación cuyo resultado sea la muerte, incluso en embriones de menos de 14 días.

Morillas Cueva señala que es imprescindible presentar un estatuto jurídico del ser humano en formación, indicando que la tradicional figura de la vida humana en formación resulta insuficiente, pues no es lo mismo si el objeto de la lesión o de la experimentación es el gameto antes o después de la fecundación, o el preembrión, o el embrión propiamente dicho. A las etapas

de preembrión, embrión y feto que reconoce la Exposición de Motivos de la Ley española 35/1988, de 22 de noviembre, según Morillas Cueva cabría señalar una cuarta etapa preliminar que afectaría a la experimentación genética humana y es la que comprende los gametos que van a ser utilizados en la fecundación, pues no se puede olvidar que cualquier modificación en estos redundará en el nuevo individuo que se va a formar (Morillas, 1994).

Señala Morillas Cueva que debe quedar claro que cuando se experimenta con gametos no fecundados y sin finalidad reproductora, no podemos hablar de experimentación genética. En esta línea se encuentra la legislación vigente en España, cuando en el art.14.1 de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, ya citada, indica que los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de experimentación básica o experimental, y en el art.14.3 establece que los gametos utilizados en investigación no se usarán para originar preembriones con fines de procreación. La lectura de este art.14.3, considera Morillas Cueva, parece prever la posibilidad de la creación de preembriones con fines distintos a la procreación, cuando el art.3 de la misma ley indica que se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana.

La graduación en etapas marca un punto en común y es la titularidad de los bienes jurídicos que estimemos dignos de protección jurídica. Para poder averiguar estos bienes jurídicos dignos de protección, por lo que se refiere a la ley española, hay que ir a la Constitución Española y a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que recoge la protección de la vida humana como un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual la realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985, fundamento jurídico nº 5).

Es cierto que la vida, la integridad física o psíquica, o la salud en las etapas de formación humana anteriores al nacimiento, no pueden calificarse por sí mismos como derechos fundamentales, puesto que estos bienes son

reconocidos para la persona humana. Por otro lado, la dignidad es un valor que afecta también a la persona, y es dudoso que en estos diferentes estadios embrionarios podamos ya hablar de persona.

4.3 La responsabilidad civil derivada de posibles actuaciones sobre el embrión humano

El acceso del ser humano a lo genético comporta en mayor medida que otras ciencias y tecnologías, superiores márgenes acerca de sus consecuencias, pues éstas son si cabe todavía más imprevisibles, y también pueden ser inevitables e irreparables, puesto que pueden trascender el objeto de su propia acción y extenderse más allá de él, es decir, a otros seres vivos.

¿Debe plantearse exclusivamente en términos de permisión-prohibición absoluta la reacción ante los nuevos riesgos a los que se enfrenta el ser humano? Lo cierto es que el riesgo es inevitable, y la dificultad radica en cómo medirlo y en decidir el nivel de riesgo que estamos dispuestos a asumir, pero también cuáles habrían de ser las actitudes y comportamientos individuales y colectivos más allá del respeto de los concretos derechos humanos, o tal vez precisamente como medio indirecto para lograr su respeto más eficaz. De ahí que se venga reclamando desde hace tiempo la necesidad de proporcionar unos principios de actuación, tanto para los investigadores como para quienes vayan a aplicar sus logros y para los poderes públicos.

El punto de partida se encuentra en varias reflexiones, la primera de ellas una conocida afirmación consistente en que en la época actual se caracteriza por una proliferación de medios, pero al mismo tiempo también por una confusión sobre los fines.

Los seres humanos han sido capaces de aumentar sus conocimientos y con ello sus poderes sobre la naturaleza, sin embargo, no se preocupan mucho por conocer con la misma intensidad las consecuencias de ese poder.

El siglo XX ha sido testigo de la evolución de la ciencia. Fue Max Weber quien elaboró una ética de la responsabilidad, cuando trata de encontrar una ética política orientada a las consecuencias. El principio de precaución surge como consecuencia de buscar la protección de la vida y del medio ambiente frente a ciertas actividades caracterizadas por la incertidumbre científica sobre sus posibles consecuencias. Su aplicación, que se ha desarrollado en diversos campos, es también de gran interés para la biotecnología, incluidas las que afectan al ADN humano. Es evidente que el Derecho no puede garantizar de modo absoluto la incolumidad de los bienes jurídicos ante cualquier forma de riesgo o de peligro para los mismos. El riesgo permitido apunta a un riesgo conocido, hasta cierto punto mensurable y previsible, lo que aboca como efecto a la prevención.

La protección de las innovaciones biotecnológicas por parte del Derecho es tema de suma importancia, dado que aquél debe asegurar el reconocimiento de los hallazgos científicos a sus autores y su explotación exclusiva a favor de éstos o de quienes tengan atribuido tal derecho. La protección jurídica no sería suficiente si se limitara a los resultados oficiales obtenidos; por el contrario, es, asimismo, de suma importancia que los procesos de las investigaciones sean protegidos frente a los competidores, impidiendo el acceso de éstos a la información que el curso de la investigación genera.

La protección jurídica de las actividades de investigación relacionada con genes o partes de genes humanos, ha sido objeto de fuertes discusiones y enfrentamientos en los que ha interferido y se han entrecruzado aspectos técnicos y éticos con intereses políticos y económicos de diversa índole.

El nuevo régimen jurídico de la patente biotecnológica ha sido establecido por la importante directiva europea sobre “Protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas” (Directiva 98/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998).

La realización de las técnicas de reproducción asistida puede dar lugar a poner en peligro bienes e intereses de los sujetos afectados por las técnicas. No cabe duda que el más afectado puede ser el embrión humano porque

está sometido a numerosas manipulaciones y éstas pueden producir daños importantes que afectarían al niño aún después de su nacimiento.

Para tratar de poner remedio a estos daños, reparando el perjuicio causado se pueden utilizar distintas vías: la administrativa, tipificando las actividades consideradas como infracciones administrativas. La vía civil, reparando los daños causados a través de la responsabilidad civil, en el caso de España, por medio del art. 1902 del Código civil que ha sido complementado con disposiciones de la legislación especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. La tercera vía es la penal, en la que se establecen sanciones para las conductas consideradas especialmente graves. Dicho esto, voy a referirme brevemente a la responsabilidad civil.

El médico lo que busca siempre es conseguir la buena salud para el ser humano. Los actos que el médico realiza sobre el cuerpo humano no siempre tienen como finalidad directamente curar un mal del mismo.

Por lo general, el médico trata de curar la enfermedad y puede incurrir en irresponsabilidad cuando actúa con una conducta negligente y como consecuencia de la misma puede producir un daño al paciente que, como ha puesto de manifiesto Vega Gutiérrez, cabe la posibilidad de que se produzcan fallos técnicos durante el proceso de congelación o almacenamiento del embrión, con el consecuente daño para éste, pudiendo incluso producir la muerte del embrión. La negligencia del médico puede afectar al análisis, a la clasificación y conservación de los gametos, en la fecundación *in vitro* o en la transferencia intratubárica de gametos.

Cuando una pareja, o una mujer sola decide someterse a las técnicas de reproducción asistida, esto implica una relación contractual entre la pareja, o en su caso la mujer sola, que es la usuaria de las técnicas de reproducción, y el centro sanitario donde se realiza la actividad, junto con el médico que lleva a cabo la inseminación, considerando la última relación como un contrato de arrendamiento de servicios médicos.

Desde que la mujer se pone a disposición del médico y éste inicia todas las actividades que concluirán con la implantación del embrión en la mujer son necesarias numerosas actividades del médico, y en ese entramado de actividades el médico puede actuar con negligencia que tendrían distintas consecuencias, como la muerte de la mujer, la muerte del embrión o bien producir daños irreparables que pueden persistir aún después del nacimiento del niño. De esto se puede deducir una responsabilidad contractual del centro médico con el que se contrató la inseminación artificial o incluso del médico por no haber actuado de la diligencia necesaria.

Uno de los de los temas más importantes que se suscitan es si la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* es una obligación de actividad o bien es una obligación de resultado.

En la obligación de actividad el médico no garantiza el embarazo de la mujer y posterior nacimiento del niño, pero sí responde de cualquier negligencia en la práctica de las técnicas de reproducción asistida que pueda provocar daños en el embrión, quedando por tanto incluidas toda la conducta negligente en los procesos de recogida de gametos, conservación e implantación de los mismos en el seno de la mujer receptora.

En la obligación de resultado el médico se obliga no sólo a la realización de la operación empleando la diligencia debida y utilizando todos los medios a su alcance, sino también a garantizar el embarazo de la mujer posterior a la implantación, a su desarrollo, lo que concluirá con el nacimiento del niño.

La doctrina y la jurisprudencia han venido manteniendo de forma tradicional que se trata de una obligación de medios o de diligencia, porque el médico no se compromete ni tampoco está obligado a obtener siempre la salud del enfermo; el médico a lo que sí está obligado es a utilizar todos los medios a su alcance, todo lo que la ciencia pone a su disposición, no siendo responsable si el enfermo no se cura cuando él ha puesto todo el empeño y diligencia para curarlo, por lo tanto en este caso si no obtiene el resultado no incurrirá en responsabilidad. En el caso que a nosotros nos interesa en

estos momentos, es la obligación del equipo médico la prestación de la realización de una inseminación artificial o fecundación *in vitro*, sin que el médico se obligue a garantizar el éxito del embarazo y posterior nacimiento del niño. El médico puede incurrir en una negligencia, que puede consistir en la omisión de una buena diligencia, es decir, puede consistir en un no hacer o en un hacer mal su actividad. Por otro lado, hay que señalar que el médico está obligado a informar a la paciente para que pueda decidir libremente si se somete o no a estas técnicas. La inseminación artificial o la fecundación *in vitro* sin el consentimiento de la mujer que se somete a estas técnicas lleva consigo una responsabilidad penal, según pone de manifiesto el art.162 del Código Penal de 1995 y una responsabilidad civil en opinión de Pantaleón Prieto.

Como pone de manifiesto Femenia López la “antijuridicidad” de la conducta médica puede brotar del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre partes o del incumplimiento del deber general de *neminem laedere*, principio universal de comportamiento: al médico, las normas esenciales de su profesión, independientemente de su vinculación contractual con una persona o de que no tenga con ella ninguna relación voluntaria y contractualmente consolidada, le impone comportamiento y reglas de conducta.

Con anterioridad a la Constitución, y con independencia de la tutela penal, la doctrina civilista española ha venido defendiendo la existencia de un principio general de respeto a la vida humana que supera la barrera normativa del art.29 del Código Civil español, a cuyo tenor el nacimiento determina la personalidad. Esa protección de toda vida humana se ha llevado a cabo mediante la aplicación del principio general *neminem laedere* contenido en el art. 1902 del Código civil español, donde se establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (Diez-Picazo, 1994). Como ha puesto de manifiesto Pantaleón Prieto en el ordenamiento jurídico español, la lesión de un derecho subjetivo no es un elemento constitutivo del supuesto de hecho generador de responsabilidad civil, por lo que la exoneración del médico no puede fundarse en la imposibilidad del

concebido de ser titular del derecho a la integridad física o psíquica o a la salud que se considera lesionado (Pantaleón, 1988). Es suficiente, en opinión de Femenia López, la calificación del daño como cualquier consecuencia negativa, patrimonial o no, que se derive para el niño de las taras con que nació por culpa del médico, para afirmar la responsabilidad de éste, teniendo en cuenta además que las consecuencias dañosas se producen y producirán cuando quien las sufre y sufrirá tiene ya personalidad jurídica y puede, por tanto, ser titular de pretensiones indemnizatorias. Por su parte, Larenz considera que los daños que sufre el organismo humano en la fase prenatal pueden continuar tras el nacimiento bajo la forma de una conformación defectuosa o de una incapacidad funcional del organismo desarrollado. En tales casos, cabe decir con acierto que el ser humano es perjudicado en su salud por efecto de una actuación anterior al nacimiento (Larenz, 1978). Por otro lado, hemos de señalar que el médico responde civilmente frente a los padres por los daños patrimoniales y morales que les cause el nacimiento del hijo disminuido física o psíquicamente, debido a una actuación negligente fuera del ámbito contractual. También existe una responsabilidad médica frente al nacido por un procedimiento de reproducción asistida efectuado contra las reglas de la *lex artis*, que como consecuencia del cual se produzca un daño para el nuevo ser humano, siendo una responsabilidad extracontractual por la sencilla razón de que el nacido como consecuencia de estas técnicas nunca pudo haber contratado con el médico (Llamas, 1988). Otra cuestión importante en torno a la responsabilidad civil es el supuesto de que la mujer casada se someta a una inseminación artificial o a la fecundación *in vitro* sin el consentimiento del marido (art.6.3 de la Ley 35/88 española), ¿la mujer tiene que pedir el consentimiento del marido? tendríamos que responder a varios interrogantes ¿de quién sería el esperma? extraído forzosamente del marido en contra de su voluntad, ¿de un donante?, considero que una inseminación de la mujer casada en contra de la voluntad del marido puede dar lugar a una responsabilidad civil por los daños morales que le puede ocasionar al marido.

En aquellos supuestos, en los que el médico pueda incurrir en una responsabilidad como consecuencia de la fecundación *in vitro* o en la

inseminación artificial dará lugar a una reparación del daño causado, podemos poner como ejemplo cuando el médico incurre en responsabilidad y provoca el nacimiento de un niño enfermo no deseado por los padres, produciendo un daño pecuniario a los padres, además del daño moral; o pensemos en el supuesto de que el médico hace una fecundación artificial homóloga y el niño nace con taras heredadas del padre que se pudieron evitar si el médico hubiera puesto la diligencia necesaria, pues el donante de espermia puede tener una enfermedad hereditaria, en estos supuestos tanto la doctrina como la jurisprudencia de la mayor parte de los países consideran que el médico debe indemnizar a los padres del niño por todos los gastos del cuidado y mantenimiento que les cause ese hijo que no ha sido deseado en esas condiciones.

4.4 La responsabilidad penal

Señala Romeo Casabona que en una materia tan nueva como ésta, la intervención del Derecho Penal debe regirse de acuerdo con sus principios tradicionales, pero tal y como son concebidos en la actualidad, esto es: atender a la función del Derecho Penal y a los principios de intervención mínima y *última ratio* (Romeo, 2002). También es de suma importancia mantenerse fiel al principio de que al Derecho Penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, situaciones y relaciones fundamentales del individuo y de la comunidad, frente a las conductas que los lesionan o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las normas ético-sociales vigentes en la sociedad en un momento determinado, pero también que el Derecho Penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de especial importancia y únicamente cuando sea estrictamente necesario por ser insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (Derecho Administrativo o Derecho Civil).

Aun no siendo nuestro objeto hacer un estudio en profundidad de la responsabilidad penal de los delitos genéticos, no se puede hacer un estudio jurídico del embrión humano sin hacer una breve referencia a los medios de

protección que el ordenamiento jurídico ofrece a la vida en un momento anterior al nacimiento de la persona. Se ha discutido por la doctrina penalista si constituye un delito de aborto cuando se destruyen embriones al llevar a cabo una fecundación asistida. La doctrina mayoritaria considera que la protección penal a través del delito de aborto se inicia a partir de la anidación estable del embrión en el útero. La etapa pre-embionaria carece de relevancia alguna desde la vertiente abortiva, señala Latorre, toda vez que ésta constituiría próxima o directamente una contracepción y no técnicamente un aborto. En el aborto y también en los casos de descarte de embriones y de manipulación genética, se destruye, efectivamente, una vida humana en formación, pero la viabilidad del cigoto producido *in vitro* es muy distinta de la del embrión ya implantado en el seno materno. Las maniobras para destruir a este último requieren siempre una conducta positiva y de un dolo específico, mientras que la vida producida en laboratorio normalmente se extingue por abandono, es decir, por omisión de auxilio, sin que su muerte sea directamente querida, aunque haya sido admitida o tolerada, como el efecto necesario de un fin totalmente distinto y no siempre criticable, como curar la esterilidad o realizar investigaciones genéticas para el bien de la humanidad. En el aborto, además de la vida del embrión o feto, se pretende proteger la integridad de la madre, porque las maniobras respectivas son por sí mismas peligrosas, aunque ella hubiese otorgado su consentimiento y en ocasiones, el derecho del otro progenitor a ser padre. En la experimentación genética o en la destrucción de embriones por abuso de las técnicas de fecundación extracorpórea, la ofensa es en todo caso contra la sociedad, porque se puede pensar que se atenta contra la dignidad de la especie humana.

No parece tener sentido considerar que al provocar lesiones en el feto, que han de permanecer tras el nacimiento, se esté realizando un delito de lesiones con efectos legales a partir del momento del nacimiento, porque las características exigidas por las prohibiciones penales deben concurrir en el momento de la acción. La producción del resultado determina la consumación jurídica y el agotamiento real del delito. Las lesiones no constituyen un delito permanente, sino instantáneo. El estado dañoso causado por el hecho puede, por tanto, mantenerse un tiempo más o menos

largo, pero esto no significa un desarrollo ulterior del tipo penal y en el caso a que hacemos referencia supone la producción de las lesiones antes del nacimiento, como señala (Cuerda Riezu, 1988).

La jurisprudencia española en cambio señala que en los supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción (en sentido lato) se intenta y se realiza por una persona, la madre, y el resultado (demostrada la relación causal) trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento. El Título IV del Libro II, artículos 157 y 158 del Código Penal español tipifica las lesiones al feto y se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, a quien, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.

El uso de la palabra feto en el tipo penal, así como la determinación del bien jurídico protegido lleva a pensar en la exclusión de aquellos atentados sobre el ser humano previos a la anidación, algunos autores llegan más lejos como Benítez Ortúzar cuando afirma que por feto no cabe otra posibilidad que conceptualizar lo que propiamente es (tanto en biología como legalmente) es decir, el producto de la concepción desde la organogénesis hasta el momento del nacimiento (Benítez, 1997). De modo que sólo cuando la lesión o enfermedad provocada perjudica gravemente el normal desarrollo del fruto de la concepción de más de tres meses, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, se estará realizando el tipo. El límite mínimo, pues, se establecerá en el desarrollo orgánico del *nasciturus* denominado organogénesis, excluyendo, por tanto, las actuaciones realizadas sobre el embrión. El límite máximo coincide con el límite que separa los delitos contra la vida humana independiente, de los delitos contra la vida humana dependiente, es decir, en el momento del nacimiento.

Por otro lado el Título V del Libro II del Código Penal español regula los llamados delitos relativos a la manipulación genética. Se trata de la

tipificación como delitos de una serie de conductas consideradas especialmente graves: la manipulación de genes humanos con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves de manera que se altere el genotipo (art.159). La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (Art.160).

La fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (Art.161). La práctica de la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento (art.162).

Señala el Dr. Morillas Cueva que es imprescindible buscar un equilibrio entre las exigencias de los avances técnicos y la neutralización de los abusos que pueden generarse. Ello obliga a indagar con detenimiento las diversas posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico para su valoración y, en su caso, critica (Morillas, 2002).

4.5 Responsabilidad administrativa

El legislador español, por lo que se refiere al ámbito sancionador, para todo lo que se refiere a las técnicas de reproducción asistida remite a la Ley General de Sanidad, artículos 32 a 37, en materia de infracciones y sanciones.

Art.20.1 LTRA. Establece: Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley, son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los arts.32 a 37 de la Ley General de Sanidad.

2.- Además de las contempladas en la Ley General de Sanidad, a los efectos de la

presente Ley, se considerarán infracciones graves y muy graves las siguientes:

A) Son infracciones graves:

- a) El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los centros sanitarios y equipos biomédicos.
- b) La vulneración de lo establecido por la Ley General de Sanidad, la presente Ley y las normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por equipos de trabajo.
- c) La omisión de datos, consentimiento y referencias exigidas por la presente Ley, así como la falta de realización de historia clínica.

B).- Son infracciones muy graves:

- a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- b) Obtener pre-embriones humanos por lavado uterino, para cualquier fin.
- c) Mantener *in vitro* a los óvulos fecundados y vivos más allá del día 14 siguiente al que fueron fecundados, descontando de este tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.
- d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.
- e) Comerciar con preembriones o con células, así como su importación o exportación.
- f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente de diagnóstico, terapéuticos o científicos, en los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen, y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.
- g) Utilizar embriones con fines cosméticos o semejantes.

- h) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o la TIG.
- i) Transferir al útero gametos o pre-embriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.
- j) Develar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley.
- k) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza.
- l) Creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.
- m) La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- n) La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos, o terapéuticos no utilizados.
- o) La creación de pre-embriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.
- p) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para la producción de híbridos.
- q) La transferencia de gametos o pre-embriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no esté autorizada.
- r) La ectogenosis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.

s) La creación de pre-embiones con espermatozoides de individuos diferentes, para transferencia al útero.

t) La transferencia al útero, en un mismo tiempo, de pre-embiones originados con

óvulos de distintas mujeres.

u) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fuere.

v) La investigación o experimentación que no se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollan.

3.- Cuando las infracciones sean imputables al personal sanitario adscrito a centros públicos, la exigencia de responsabilidad se ajustará a las respectivas normas de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración Pública.

Las infracciones muy graves pueden dar lugar al cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un periodo máximo de cinco años, siendo competente para ello el Consejo de Ministros o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que tengan competencia sobre estas materias.

El art.32 de la Ley General de Sanidad establece que las infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

4.6 Regulación mexicana

En México existen aproximadamente 2 millones 300 mil mexicanos y mexicanas que padecen infertilidad y que requieren algún tipo de tratamiento para lograr la procreación.

En 1988 nació Andrea, la primera bebé concebida en territorio mexicano por transferencia de gametos. La difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron el nacimiento de Andrea generó respuestas muy variadas. Para miles de personas infértiles, Andrea significaba la esperanza renovada de ser madres y padres. Algunos legisladores manifestaron su desaprobación. La Iglesia Católica no aceptó estas técnicas.

Una de cada seis parejas mexicanas no puede procrear hijos directamente y el 33% de estos casos se atribuye a la infertilidad del hombre y, para revertir esta situación, en noviembre de 2003 se abrió el primer banco de semen registrado como tal ante la Secretaría de Salud Federal en todo el país.

El objetivo de este banco de espermias (perteneciente al Instituto Valenciano de Fertilidad) es brindar la posibilidad de concebir hijos con características propias del mexicano a parejas y mujeres solas que por diferentes motivos no han logrado concebir.

Los donantes, sólo el 14% de ellos tienen semen de calidad y ellos son lo suficientemente sanos para ser donadores, asimismo, reciben una aportación significativa por cada donación.

El encargado del banco, Felipe Camargo, explicó que hay rigurosos estándares de calidad para ofrecer la garantía a los usuarios del servicio.

Para ello, el banco clasifica el espermia donado según las normas oficiales de la Organización Mundial de la Salud (OMS) tanto a donantes como a la futura madre.

Las características del donador, mismas que se evalúan, son: el donante debe ser totalmente anónimo, se establece un límite de edad de 35 años, ha de cursar algún tipo de licenciatura. Se le aplican estudios al árbol familiar, genético, lo mismo que estudios psicológicos y físicos (para evitar enfermedades infecciosas que se puedan transmitir).

Se estudia minuciosamente su calidad, paralelamente se analizan los estudios psicológicos y físicos. Una vez que el candidato a donante da negativo a todas las pruebas, se le solicita otra muestra que es puesta en cuarentena durante seis meses. Después de este tiempo se vuelven a repetir todos los estudios y una vez que den negativo nuevamente significa que ese semen está listo para donarse.

Con ello se busca que mujeres solas que no desean tener una relación o parejas que no pueden tener hijos, puedan optar por la donación de semen y la inseminación artificial de manera segura.

Sin embargo, aquellos hombres que desean guardar su semen, pueden hacerlo, mediante pagos mensuales.

Una vez practicados los exámenes correspondientes al donador y su eventual aceptación, el médico practica también estudios a la mujer que quiere el semen.

La idea es tener el primer banco de semen mexicano formado aquí por donantes mexicanos, pues existen algunas clínicas de fertilidad que funcionan con semen importado principalmente de Estados Unidos y Canadá y hay mucha gente en México que no quiere semen anglosajón o negro, sino uno que vaya de acuerdo con la etnia mestiza, según lo que en su momento comentó el director del Instituto Valenciano de Infertilidad México José Gaytán.

Y es que, según datos de la Secretaría de Salud, en México el 17% de las parejas que buscan un hijo no lo logran debido a la infertilidad. En un 33% de esos casos, el problema de infertilidad lo presenta el varón. Para estas parejas, la adopción o la donación de esperma son las únicas alternativas

para la formación de una familia. La demanda de las mujeres solteras representa un 8%.

Más del 86% de los que se ofrecen como donantes de semen no cumplen los requisitos genéticos deseables o bien su espermatozoide es lento o incluso carece de movilidad según datos aportados por BBVA de semen en México publicado en el Universal el día 20 de febrero de 2004.

Acción Jurídica de la Cámara de Diputados sobre el Genoma Humano de fecha 2 de diciembre del 2003 en México.

Con el fin de aprovechar el potencial de la investigación genómica para prevenir y atender las enfermedades que afectan a la población mexicana, especialmente las crónico-degenerativas, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó la inclusión de un Título de Genoma Humano en la Ley General de Medicina Genómica (INMG).

Los dictámenes fueron presentados luego de dos años de análisis en las comisiones de Salud y de Ciencia y Tecnología de la Cámara, una vez que el 14 de abril de 2003, el Proyecto Genoma Humano (PGH), financiado por el gobierno de los Estados Unidos de América con un costo aproximado de 3 mil millones de dólares, dio a conocer la secuencia completa de los 3 mil 200 millones de nucleótidos que componen el genoma de nuestra especie.

Los genes son la base de la unidad biológica fundamental del ser humano y cada individuo tiene cerca de 40 mil de ellos. El PGH detectó que mil 400 de dichos genes son los causantes de las enfermedades genéticas y ahora se busca la manera de anular sus efectos dañinos.

En este marco el INMG, proyectado por la Comisión de la Salud, permitirá contar con un lugar especializado para desarrollar la investigación genómica, disponer de personal capacitado en la materia y disminuir la dependencia tecnológica de nuestro país, aseguraron los legisladores.

La nueva entidad se erigirá como el 11º Instituto Nacional de Salud en el país y se encargará de la investigación en salud y docencia relacionadas con la investigación básica y clínica, así como a la divulgación del conocimiento en la especialidad.

La creación del instituto fue aprobada por 348 diputados de los seis grupos parlamentarios, pero el Partido de la Revolución Democrática (PRD) criticó la prohibición de realizar investigaciones en las células troncales humanas de embriones vivos u obtenidos por transplante nuclear.

Esta prohibición, aseguraron los perredistas, obedece a criterios religiosos y afecta el desarrollo científico que busca general tejidos afectados de hígados, corazones, páncreas y médula espinal, o curar enfermedades como el Mal de Parkinson y el Alzheimer.

Sin embargo, los diputados del Partido Revolucionario Institucional (PRI) se comprometieron a elaborar una iniciativa de ley que norme de manera estricta todos los aspectos de la clonación y que evite la obstrucción a los avances científicos.

El dictamen estableció que las Secretarías de Hacienda y de Salud, así como el Conacyt, realizarían lo necesario para incorporar en el Proyecto de Presupuesto de Egresos 2004, las previsiones de recursos para el establecimiento y desarrollo del INMG.

Por lo que respecta a la adición de la Ley General de Salud, el dictamen presentado por las comisiones unidas de Salud y de Ciencia y Tecnología y aprobado por 426 votos, determinó que el genoma humano y su conocimiento son patrimonio de la humanidad, mientras que el genoma humano individual pertenece únicamente a cada ser humano.

Esta legislación plantea que nadie podrá ser objeto de discriminación, conculcación de derechos o violación de las libertades y la dignidad de las personas por motivo de sus caracteres genéticos.

Asimismo, se prohíbe que el genoma humano dé lugar a beneficios pecuniarios o sea objeto de patentes.

A efecto de preservar el interés público y el sentido ético en el estudio, investigación y desarrollo del genoma como materia de salubridad general, se faculta a la Secretaría de Salud para establecer mecanismos de control y fiscalización en la materia.

Para lo anterior se elaboró un padrón de instituciones, públicas y privadas, que cuenta con un registro expedido por las autoridades donde se establece el objeto y aplicaciones específicas de las investigaciones.

Las sanciones a quienes infrinjan la normatividad van de 4 mil a 10 mil veces el salario mínimo vigente, la inhabilitación de 7 a 10 años en el desempeño del empleo, profesión o cargo público y la cancelación de la concesión o de la cédula con efectos de patente.

Por lo que se refiere a la legislación mexicana, y más en concreto a la legislación penal federal, hay que señalar que el Libro II, parte especial le dedica el Título Segundo a la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética.

El Capítulo I, artículos 149 a 153 lo dedica a la regulación de la procreación asistida y a la inseminación artificial.

El art.149 señala que a quien disponga de óvulos o espermias para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se les impondrá de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días de multa.

Alcance: señala Rodrigo Quijada que crea el ordenamiento un nuevo delito cuya realización se concreta con la disposición de óvulos o espermia para fines distintos a los autorizados por sus donantes. Tal autorización se refiere obviamente a la específica de la fertilización asistida dentro de la pareja, con métodos prácticos y relativos accesibles para los estratos medios y altos de la población (Quijada, 2003).

Por otra parte, hay que señalar que el legislador no ha señalado cuál es el bien protegido, descartada que sea la vida y la integridad corporal de las personas. Se puede entender que el bien protegido es, en general, la salud de las personas. El delito se comete por acción dolosa y por cualquier medio que sea eficaz. El objeto material del delito son las células germinales.

El art.150 establece a quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrá de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia y de ella la mujer resulta embarazada, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

La mujer casada no puede otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la autorización del marido. Por lo que se refiere al bien jurídico protegido, es la libertad personal y la integridad corporal de las personas. La víctima de la inseminación será el objeto material del delito, pudiendo ser sujeto activo cualquier persona.

El art.151 establece que se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Como plantea Rodrigo Quijada la norma es novedosa en cuanto reconoce la fertilidad *in vitro* y la maternidad sustituta, que ha generado intensas discusiones en el plano doctrinario. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal no rechaza la opción, pero considera algunos supuestos:

a) Implantación en mujer de óvulo fecundado ajeno sin consentimiento expreso de ésta.

b) Inseminación heteróloga de donante no autorizado sin consentimiento expreso.

c) Implantación o inseminación heteróloga con o sin consentimiento de menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para restituirlo.

d) Implantación o inseminación heteróloga realizada con violencia.

Art.152 Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Art.153 Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela. El capítulo segundo está dedicado a la manipulación genética.

Art.154 Se impondrá de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

El bien jurídico protegido es variado, puesto que comprende la herencia genética, la integridad y la salud del ser humano.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, y por lo que se refiere al objeto material son las células germinales, los genes, los tejidos y los cadáveres. El delito se comete por acción dolosa y por cualquier medio.

Art.155 Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos anteriores, la reparación del daño comprenderá, además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

El estado de Tabasco hace ciertas referencias a las técnicas de reproducción asistida, así en su art.92 establece "... En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna... Las palabras 'hijo ilegítimo'... o habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegales".

Prosigue el art.92: "En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que de hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare".

El art.165 establece "...Los cónyuges pueden planificar el número y esparcimiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia..."

El art.324 hace referencia a las presunciones de paternidad, señalando que se presumen hijos de los cónyuges, incluidos los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana asistida: I) los hijos nacidos después de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio y II) los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

El art.327 establece “...Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento...”

El art.329 regula la imposibilidad de desconocimiento. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo, antes de casarse, el embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco.

II.- Si ocurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o

contiene su declaración de no saber firmar.

III.- Si ha reconocido expresamente su apoyo al hijo de su mujer, y

IV.- Si el hijo nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos”.

El art.330 regula la contradicción de paternidad. “Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, pero esta acción no prosperará si el marido

reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido de los métodos de reproducción asistida”.

Y por último el art.340 regula la presunción de los hijos de concubinato. “Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: ...”

III.- Los nacidos después de los 300 días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualquiera método de reproducción humana asistida, ya sea que tenga o no nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitada”.

El código civil del estado de Tabasco, hace una cierta regulación de las técnicas de reproducción asistida y, así podemos apreciar que regula todo el tema de la filiación y la maternidad subrogada en lo que se refiere a la filiación, por otro lado, también hay que señalar que admite todas las clases de técnicas de reproducción, si bien no hace referencia a todas y cada una de ellas, pero de su regulación legal en el código civil, así se desprende. Hubiera sido preferible que una ley especial regulara estos métodos. También sería necesario que el estado mexicano hiciese una ley para toda la República.

Capítulo 5: Sobre el genoma humano y su *estatus* jurídico

5.1 El genoma humano

La discusión sobre la investigación que puede recaer de algún modo sobre seres humanos, incluida la que tiene por objeto la investigación genética y la investigación genética médica o clínica, debe situar, en primer lugar, el marco jurídico de la misma. Se acepta sin mayor discusión que el derecho a la producción e investigación científica se presenta como otro interés evidentemente digno de protección, pero en ocasiones contrapuesto a otros valores individuales o colectivos.

La investigación científica tiene como soporte irrenunciable la libertad de investigación, concebida como el derecho fundamental a la creación y a la producción científica, con el cual se atiende de forma primaria a los intereses del investigador o científico, pero también los colectivos de promover el progreso científico por los beneficios generales que pueden proporcionarse a la sociedad.

Pero ¿Hasta dónde existe ese derecho de investigar? Hay quien sostiene que la obtención de información, de conocimientos científicos, no debe estar sujeta a limitación alguna. Para otros, la investigación dirigida a la adquisición de conocimientos para valerse de ellos con posterioridad en perjuicio de los individuos o de la sociedad puede ser rechazable éticamente, y por ello podría estar justificada su prohibición. Para otros, la adquisición de conocimientos en cuanto tal no debe sufrir ningún tipo de limitación, pero sí es legítima la restricción o prohibición de determinados procedimientos o métodos de obtención del conocimiento científico en la medida en que involucre a seres humanos.

Un marco orientativo amplio ofrece la Declaración universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, donde se proclama la libertad de investigación (Art.12), que no podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos (Art.10).

Por lo que se refiere a la investigación sobre el genoma humano no plantea grandes problemas jurídicos en cuanto tal. La identificación de las secuencias del ADN, su localización y el descubrimiento de sus funciones respectivas, es una actividad científica de adquisición de conocimiento sobre la que el Derecho no debe intervenir en principio, sino, en todo caso y siempre que sea necesario, aportar los instrumentos jurídicos que le propicien y fomenten, dentro del marco de libertad de investigación y de promoción de los avances científicos.

El siglo XX se ha caracterizado por los importantísimos descubrimientos científicos e innovaciones tecnológicas.

El genoma es el conjunto de ADN, o en otras palabras, es el conjunto del material genético del ADN contenido en los cromosomas de una célula o de un organismo vivo, y es idéntico en todas las células de un mismo organismo.

Los primeros pasos sobre el genoma humano se dan en los Estados Unidos hacia mediados los años ochenta. La iniciativa institucional fue tomada por el Departamento de Energía, con un objetivo en el que el conocimiento del genoma humano era originariamente instrumental: el estudio del efecto de las radiaciones con exposición de baja intensidad sobre los genes humanos. Pero a ella fueron simultáneas y siguieron otras propuestas de científicos y de centros de investigación, que contribuyeron al impulso definitivo del Proyecto por sus demostradas ventajas en el ámbito de la medicina, sobre todo en las investigaciones sobre el cáncer y pronto se incorporaron a estos trabajos los Institutos Nacionales de Salud. En 1991 se inició oficialmente el Proyecto, bajo la dirección científica de James Watson, al que sucedería poco después Francis Collins. Otros estados se incorporaron a los objetivos del proyecto norteamericano: Canadá, Japón, el Reino Unido y Francia.

Los objetivos que inicialmente perseguían los diversos proyectos de investigación se centraban en la cartografía de los genes: localización, posición y distancia entre los genes en los cromosomas humanos, mediante la secuenciación de las bases. Por lo que se refiere al objetivo principal, la

secuenciación completa del ADN, se acortaron considerablemente los plazos previstos al comienzo de los trabajos que se establecieron para el 2005.

Lo más destacado de estos planes ha sido el adelantamiento de los plazos previstos, puesto que, gracias a la utilización de nuevos y originales procedimientos por parte de una empresa privada, Celera Genomics, dirigida por el científico Craig Venter, logró su culminación en el año 2001 (Romero, 2002).

Se estima que el genoma humano está compuesto por un gran número de células entre diez y cien billones. La constitución genética del ser humano se determina en el momento de la fecundación, con la fusión de los gametos masculino y femenino. Toda la esencia de la vida biológica consiste en un mensaje escrito en forma de ADN (ácido desoxirribonucleico) y se traduce en la síntesis de una proteína. La información biológica hereditaria se contiene en forma de una molécula química, con características especiales, que es la del ADN. Los genes son el vehículo de la herencia biológica: el medio a través del cual los seres vivos transmiten información genética de una generación a otra.

La intervención sobre el ser humano en su reducto biológico más íntimo, el genoma, convierte al hombre en el señor de su propia evolución, pero priva a la persona humana del derecho a ser ella misma, a venir al mundo sin que sus caracteres hayan sido programados o preparados por los deseos o los intereses de otros. El proyecto genoma humano englobaba tres objetivos:

- a)** Construir un mapa de uniones genéticas que permitiera la búsqueda de los caracteres hereditarios.
- b)** Establecer un conjunto de mapas físicos para facilitar el examen directo del ADN produciendo colecciones ordenadas de fragmentos clonados de ADN que se puedan emplear para estudiar regiones cromosómicas.

c) Obtener una información de la secuencia de ADN lo suficientemente precisa como para acelerar el estudio de los genes y otros aspectos de interés.

Señala Abriscueta que, ante la creciente amenaza a la violabilidad del genoma humano, se ha estimado que quizás haya llegado el momento de declarar inviolable el patrimonio genético humano, tanto de los individuos como de las poblaciones, por ser el resultado de una larga evolución que tornaría imprudente modificarlos súbitamente y de forma arbitraria (Abriscueta, 1989).

Los rápidos avances logrados en genética humana realizados en el contexto del proyecto genoma humano, han abierto una puerta a la esperanza para ampliar el conocimiento sobre los componentes biológicos de la condición humana. Respecto de los rasgos relacionados con la enfermedad y el sufrimiento de los seres humanos, la nueva genética puede proponer nuevos paliativos o posiblemente terapias curativas.

La investigación sobre el genoma humano es un objetivo estratégico para Europa. La Comisión Europea lanzó una iniciativa destinada a reforzar y dar nuevo impulso a las actividades comunitarias de investigación sobre el genoma al servicio de la salud humana dentro del actual programa “Calidad de vida y Gestión de Recursos Visos” (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 15 de noviembre de 2000). Los aspectos relacionados con el genoma humano tuvieron sin duda un lugar destacado en la arquitectura del Espacio Europeo de la Investigación. Esta iniciativa lanzada por la Unión Europea generó la creación de una zona sin fronteras para la investigación.

El genoma humano es un caso especial por sus profundas connotaciones éticas y sería necesario y deseable que un pacto internacional de solidaridad le acordara un estatuto de patrimonio de la humanidad, impidiendo al mismo tiempo los usos perversos que de su utilización pudieran derivarse. Este planteamiento, éticamente impecable, no deja de ser utópico.

Las comunidades europeas han establecido (dentro de la política Investigación y Desarrollo) políticas sectoriales que contemplan los riesgos

provenientes de los avances tecnológicos, la manipulación genética y sus aplicaciones comerciales. Otras iniciativas europeas se basaron en la elaboración de un programa específico sobre el genoma humano por un periodo de dos años y en el envío por parte de la Comisión de un informe anual al parlamento europeo y al consejo sobre el desarrollo de este programa específico.

Además las comunidades europeas aprobaron un programa respecto de la medicina preventiva con el fin de elaborar la cartografía del genoma humano de alta resolución, propuesto por la Comisión. Este programa se insertó dentro del 4º programa de investigación y medicina y salud y representa la respuesta europea al desafío internacional que constituyen los grandes proyectos de investigación biológica de los Estados Unidos de Norte América (Mapping) y de Japón (Human Frontier Science Programme).

El parlamento europeo aprobó una serie de propuestas relativas a ocho marcos generales:

1. Respecto del marco jurídico, subraya la libertad de la ciencia y de la investigación que además es un derecho constitucional recogido por las constituciones de los estados miembros, en España en concreto en el artículo 20.

2. En relación con el análisis del genoma, exige como condición indispensable para el empleo de análisis genético:

- a).- Que tengan por finalidad el bienestar personal y libre consentimiento.

- b).- Que el acervo genético de la población no sea utilizado con fines inaceptables y

perversos.

- c).- Prioridad del principio autodeterminación individual sobre el sistema sanitario.

d).- Que se prohíba la transmisión, recopilación, almacenamiento y valoración de datos genéticos.

3. Prohibición de contratación de trabajadores conforme a criterios genéticos y

prohibición de análisis genéticos en reconocimientos médicos sistemáticos.

4. Las aseguradoras no deben exigir a los consumidores la realización de análisis genéticos.

5. Los análisis genéticos en los procedimientos judiciales sólo pueden realizarse

excepcionalmente por orden judicial.

6. Debe elaborarse un catálogo de enfermedades a las que podrá aplicarse la terapia genética somática.

7. Se prohíben todas las intervenciones en la línea germinal y se debe definir el estatuto jurídico del embrión.

8. Deseo que se elaboren directivas detalladas sobre la seguridad en el laboratorio, para las instalaciones de investigaciones genéticas.

Para el avance en la política de investigación y desarrollo de la Comunidad Europea deberá ser llevada a cabo la necesaria armonización legislativa de los países comunitarios. Este procedimiento, en el caso de ser utilizado por la Comunidad podría acelerar la necesaria armonización en el campo de la bioética en los terrenos que afecta de forma inmediata como la investigación genética y el uso de la información.

En la reunión internacional celebrada en Valencia (España) en octubre de 1988, acerca de la cooperación en el proyecto genoma humano ya se puso de manifiesto la necesidad de poner límites a la manipulación del material

genético y se hizo una llamada para que la información genética se use para realzar la dignidad del ser humano.

La Declaración de Valencia de octubre de 1988 se resume en lo siguiente:

- 1) Los científicos participantes asumen la responsabilidad para asegurar que la información genética se utilice para aumentar la dignidad humana, alentando un debate público sobre las implicaciones éticas, sociales y legales del uso de la información genética.
- 2) La coordinación de la investigación e información sobre los genomas complejos entre naciones y disciplinas de la ciencia.
- 3) Información resultante de la cartografía y secuenciación del genoma humano debe ser de dominio público disponible para la comunidad científica.

En la reunión internacional sobre bioética y sus consecuencias sociales celebrada en Moscú (Rusia) en 1991, se estableció la necesidad de asegurar una coordinación en el ámbito internacional e incluso se sugirió la necesidad de realizar una legislación global.

5.2 La selección de sexo

Se puede afirmar que la selección del sexo de los hijos es un anhelo que se ha repetido a lo largo de la historia bien por motivaciones culturales o sociales como por razones personales. Lo que antes era técnicamente imposible hoy se ha convertido en una realidad fáctica. Hoy debido a los avances de la técnica es posible acceder a los gametos y pre-embriones y en consecuencia seleccionar el sexo del que va a nacer.

Los motivos por los que se ha deseado y desea el nacimiento de un hijo eligiendo su sexo han sido muy variados. Fundamentalmente son deseos personales, de satisfacción del deseo que tienen gran número de parejas de tener hijos de distinto sexo y principalmente el primero varón y el segundo hembra. En España, ese deseo se ha puesto de manifiesto en el caso de una

mujer de Mataró (Barcelona) que en el año 1990 solicitaba la práctica de técnicas de reproducción asistida para conseguir tener un hijo, argumentando que ya tenía cinco hijos varones y que su mayor ilusión era tener una hija (Sentencia del Juzgado nº 2 de Mataró Barcelona, España, 2 de agosto de 1990). Se trataba de una mujer de 45 años, que alegaba como causa legitimadora de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida la gran depresión que padecía por no ser madre de una niña, deseo que había tenido desde siempre incrementado por la idea “de que una hija suya la cuidaría en su vejez como ella misma, que no había tenido hermanas, había cuidado a su propia madre”. Argumentaba además “una sintomatología consistente en una grave depresión reactiva, que comporta un estado de ánimo negativo, debido a un error de diagnóstico en su último embarazo, que produjo el alumbramiento de un varón, situación que no había podido superar con ningún tipo de terapia intentada al efecto, de ahí que la idea de alumbrar a una niña, se haya convertido en una obsesión con riesgo de perturbación mental”.

El ministerio fiscal alegó que la solicitante carecía del requisito exigido en el art.2.1b) LTRA, donde se pide un buen estado de salud psicofísica en la mujer destinataria de estas técnicas. El médico forense dijo que la selección del sexo no suponía manipulación genética, pues en este caso en concreto se solicitaba una técnica de filtración de semen, argumento elegido por el Juez de Mataró para afirmar en su sentencia que “no supone en ningún caso manipulación genética, ya que, en la inseminación artificial, con semen del marido, previa separación por sexo de los espermatozoides contenidos en el mismo, no implica en absoluto manipular genéticamente”. Requerido el dictamen de dos médicos, alegaron que sus deficiencias no afectaban a las responsabilidades propias de la maternidad, “desde el punto de vista psíquico padece una patología menor en cuanto que no se ha efectuado desde el punto de vista médico-legal las funciones superiores que determinan el autogobierno y en general el ejercicio de las responsabilidades propias del rol materno”.

Por todo ello el Juez dictó Auto favorable a la selección de sexo el 2 de agosto de 1990 señalando: “Que debía autorizar y autorizaba a D^a. E. M. C.

para que previa inseminación artificial con semen del marido y previa selección por sexo de los espermatozoides contenidos en el mismo, el alumbramiento de un ser humano de sexo femenino”.

La Fiscalía de Barcelona presentó Recurso y paralizó el Auto hasta que el Órgano Superior mantuviera o revocara el mismo y la Audiencia Provincial de Barcelona revocó el Auto del Juzgado nº 2 de Mataró, por Auto de 12 de noviembre de 1990.

La negativa de la Audiencia Provincial se basó en que la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de España está destinada a remediar la esterilidad y a la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, negando específicamente toda posibilidad de selección de sexo salvo cuando se haga con fines terapéuticos. Señala que dichos fines terapéuticos tienen como exclusivo sujeto pasivo al futuro hijo y en ningún caso a la madre. Hace un llamamiento al respeto absoluto de la dignidad humana señalando “el principio absoluto de la dignidad humana es una conquista del mundo democrático y civilizado en el que el progreso individual y social, debe estar basado en su respeto y desarrollo y que los derechos del niño, deben prevalecer sobre los derechos al niño, la madre es para el hijo y no el hijo para la madre”.

Hay autores que afirman que no puede considerarse esta selección de sexo como una manipulación genética del genoma humano, en un sentido estricto puesto que el niño así nacido no tendrá alterado su genotipo, pues lo heredará íntegro de sus progenitores, desde el punto de vista jurídico la selección de sexo no se admite con carácter general sino en circunstancias muy puntuales, cuando se trata de prevenir una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo (Emaldi, 2002). Son varias las razones que se pueden dar para negar la selección de sexo, el mayor recelo que se ha expresado es que si se diera esta facilidad a los padres podría llegarse a una indeseable desproporción en la distribución de ambos sexos en la sociedad. Otra de las razones es que tener un determinado sexo no es, evidentemente, una enfermedad y la genética no es un objeto de consumo que se utiliza

para aumentar la capacidad de elección de los individuos, sino para aliviar el sufrimiento causado por una enfermedad.

Hernández Ibáñez C., señala que la selección de sexo sólo se debe permitir en aquellos supuestos en los que se puede transmitir al hijo enfermedades hereditarias y congénitas y a través de este procedimiento puedan ser evitadas (Hernández, 1992). Desde el punto de vista jurídico se puede observar cómo dependiendo de los diferentes métodos utilizados para la realización de dicha práctica, la valoración jurídico-positiva que les corresponde es totalmente distinta.

Hay muchos países que regulan o permiten la selección de sexo por motivos terapéuticos: en Alemania, la Ley 13 de diciembre de 1990, sobre protección de embriones (art.3). En esta ley se prohíbe la selección de sexo salvo cuando la misma esté dirigida a preservar al niño de sufrir una enfermedad grave, igualmente ocurre en Francia, Ley número 94-653 de 1994, en Noruega por Ley nº. 56 de 1994.

La legislación española tampoco permite la selección de sexo, salvo que se trate de solucionar problemas de enfermedad. No se acepta la petición de los padres para la selección de sexo; a esta conclusión se llega con base en el art.1.3 (Ley 35/88) que configura el ámbito de aplicación de la ley y también porque se prevé como infracción muy grave la selección de sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados (Art.20.2 Bn), también es importante el art.8.2 de la Ley 42/88 española que establece que la aplicación de la tecnología genética se podrá autorizar con fines terapéuticos, principalmente, para selección de sexo en caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales, especialmente, al cromosoma X, evitando su transmisión. En el mismo sentido el Convenio de Biomedicina se establece que no se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo (Art.14).

5.3 La terapia prenatal

5.3.1 La selección del sexo para la prevención de enfermedades

La elección del sexo del futuro hijo, por medio de las técnicas de reproducción asistida, se realiza normalmente con el fin de evitar la transmisión de enfermedades vinculadas a los cromosomas sexuales (p. ej. n enfermedades relacionadas con el cromosoma X, como la hemofilia, distrofia muscular de Duchenne, etc.). Estas intervenciones no implican, en sentido estricto, ninguna intervención o modificación del genoma humano, sino su selección parcial; el niño nacido por este procedimiento no tendrá alterado su genotipo, pues lo heredará íntegro de sus progenitores. Por ello, no debe suscitar ningún recelo su aceptación cuando se trate de prevenir enfermedades graves incluso aunque comporte la selección –y el correlativo descarte– de embriones.

El verdadero problema reside cuando la selección del sexo del futuro hijo no está

vinculada a una cuestión de salud, pero de esto nos ocuparemos más adelante.

5.3.2 La terapia génica en la línea germinal

Para las intervenciones en la línea germinal (células germinales: gametos y cigoto), en principio deberían valer los mismos criterios que los presupuestos para las realizadas en la línea somática. Sin embargo, existen profundas diferencias. En efecto, debe tenerse presente que en realidad aquí no nos estamos planteando todavía la cuestión de la protección de los gametos y del cigoto (totiponientos) como tales, sino la capacidad reproductora de individuos que presentan anomalías en sus células reproductoras o que se manifiestan inmediatamente después de su unión, aunque para sanarla haya que actuar entre aquéllos.

Además, la terapia génica en la línea germinal plantea otros problemas éticos y jurídicos más graves, pues si bien seguramente podrá contribuir en

el futuro a erradicar defectos génicos en las estirpes sometidas a esta terapia, también tendrá efectos de modificación definitiva del componente genético intervenido y de transmisión a las generaciones sucesivas. La trascendencia de estos efectos para la especie humana no se conoce todavía con precisión ni es posible por ello controlar sus potenciales efectos negativos, como tampoco posibles anomalías o malformaciones graves que podrían presentar los hijos. Los recelos que despiertan tales efectos todavía desconocidos han provocado que se hayan propuesto por algunos especialistas o instituciones una prohibición absoluta de esta modalidad terapéutica, o bien que otros hayan solicitado un aplazamiento o moratoria hasta que tengan más información sobre las posibilidades terapéuticas mismas, sus indicaciones y sus efectos acompañantes para el patrimonio genético y para los hijos. Así, la Declaración sobre el genoma Humano y los Derechos Humanos rechaza la intervención en la línea germinal como práctica contraria a la dignidad humana (art. 24) y el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina prohíbe esta terapia si comporta una modificación de los caracteres hereditarios de la descendencia (art. 13).

De todos modos, cuando se conozca mejor y se domine esta técnica, pudiendo descartarse sus efectos secundarios perniciosos, habrá que pensar en levantar estas prohibiciones, estableciendo al mismo tiempo unos criterios conforme a los cuales sea admisible esta forma de tratamiento y puedan controlarse al mismo tiempo otros usos indebidos.

5.4 La terapia del embrión post-implantatorio y del feto

5.4.1 El marco jurídico

La terapia prenatal puede situarnos ante una también singular situación, que consiste en que los médicos se encuentren ante un nuevo paciente que, a diferencia de los enfermos habituales, presenta la particularidad de que lo es el feto y tal vez también el embrión postimplantatorio. Ambos se hallan en el cuerpo de otra persona, la madre, y de un modo u otro las acciones terapéuticas o paliativas fetales deberán practicarse inevitablemente siempre a través del cuerpo de ella. De ahí que el significado de paciente

aplicado al feto tenga unas implicaciones jurídicas muy peculiares y distintas en particular en lo relativo a las intervenciones corporales invasivas que se infligen a la madre (p. Ej. , si hay que practicar una cesárea u otra intervención quirúrgica en ella para llegar al feto; pero también si se le administran medicamentos y, posiblemente, la terapia génica), a los riesgos que ese tratamiento pueda comportar para su vida o su salud y al consentimiento de ésta en un tratamiento que no le beneficia a ella indirectamente (aunque no es infrecuente que la madre presente a su vez algún cuadro patológico), sino al ser que alberga en su seno. Y no hay que olvidar tampoco que la terapia fetal puede dar lugar a lesiones en el feto (al igual que la terapia en el embrión preimplantatorio), que se manifestarán después del nacimiento, o que, incluso, como consecuencia de ellas el niño nazca muerto, o fallezca poco después de nacer.

Por tales motivos debe ponderarse con especial cuidado la indicación de la terapia y la sujeción a la *lex artis*, con el fin de prevenir riesgos tanto para el feto como para la madre, en particular si el tratamiento que se pretende realizar se encuentra en fase experimental. Por ello la proporcionalidad entre el objeto perseguido y los medios disponibles y riesgos que entraña la intervención adquiere especial relevancia en la terapia fetal, así como el hecho de que sin la terapia (incluso aunque se encuentre en fase experimental) podría optarse por el aborto.

Precisamente, partiendo de estos objetivos preventivos se han señalado las siguientes condiciones como presupuesto de la terapia fetal *in utero*: debe precisarse el alcance de la malformación fetal, así como la existencia de otras malformaciones acompañantes, mediante las pruebas pertinentes; la malformación debe ser compatible con una razonable expectativa de que el niño sea sanado como consecuencia de la terapia; la intervención sólo está indicada si ofrece mejores expectativas cuando realizada antes a la edad del feto si un parto pretérmino seguido de cirugía fetal; así como si el desarrollo del feto compromete la irreversibilidad de la malformación a menos que se practique la intervención; finalmente, hay que valorar si el embarazo gemelar puede constituir una contradicción para el feto sano.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea la solución más adecuada a estos problemas, no cabe la menor duda de la licitud de cualquier acción terapéutica en el feto que le ofrezca razonables perspectiva de mejora, sin perjuicio de las reforzadas precauciones mencionadas, al igual que decíamos respecto a las pruebas diagnósticas previas a ella. Lo mismo puede decirse de la terapia embrionaria.

Aunque en la actualidad son situaciones todavía infrecuentes, en el futuro habrán de irse presentando con toda seguridad, así, diríamos, como terapia habitual cuando sea necesaria, sin perjuicio de su complejidad, que también habrá de disminuir. En los últimos años se han descrito algunas de las terapias fetales ya disponibles: administración de medicamentos a la madre durante el embarazo, inducción del parto pretérmino y corrección del defecto *ex útero*, provocación del parto mediante cesárea electiva, intervención quirúrgica *in útero*.

En el Derecho español son lícitas las terapias en el feto, en el embrión postimplantatorio y preimplantatorio, siempre que, en este último caso, se cumplan los requisitos legales establecidos (art. 13.3. de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida).

5.4.2 Conflictos jurídicos en su práctica

Debe destacarse la particularidad de la terapia fetal en sentido estricto, pues el mero hecho del nacimiento modifica radicalmente los presupuestos: los riesgos para la madre desaparecen por completo y el consentimiento en el tratamiento se verá regido por las reglas generales aplicables en los supuestos de las personas sin capacidad para consentir; en ellos serán los padres quienes deberán decidir siempre en el mejor interés del niño y si hubiera un rechazo abusivo al tratamiento por parte de ellos, terceras personas podrán intervenir (la autoridad judicial requerida por el médico, el defensor judicial, art. 163.3 del Código español), también es el mejor interés del paciente menor.

Los problemas empiezan cuando se ha superado el plazo para abortar de acuerdo con la indicación embriótica (veintidós semanas) o con la solución

del plazo (doce semanas) o similar (p. Ej., decisión última o no condicionada de la mujer ; también doce semanas), si las anomalías de las que es portador el feto de detectan o se producen después de ese momento, o cuando tales anomalías no son calificables de graves, pues en ambos casos no existen los presupuestos de la indicación que permite acogerse al aborto. De todas formas, lo frecuente, es que la madre, una vez que ha excluido voluntaria o forzosamente el camino del aborto, desee hacer todo lo posible para que su hijo nazca en condiciones óptimas de salud y quiera colaborar en todo lo necesario para conseguirlo; pero no hay que descartar la hipótesis de que lo rechace. Como podría suceder si, por ejemplo, aparte de su propia salud se ven implicadas sus convicciones religiosas, y de que en tal caso no ofrezca iguales o mejores perspectivas retrasar la intervención terapéutica al nacimiento, pues ante tales circunstancias la decisión ha de inclinarse por esta última solución, evitando así el enfrentamiento con la voluntad materna, que de este modo sería respetada. En cualquier caso, resulta complejo proponer una solución jurídica adecuada para cada situación (piénsese, p. ej., hasta dónde puede llegar la dificultad, si el tratamiento no ofrece muchas garantías de éxito e implica al mismo tiempo grandes riesgos para la madre). En cuanto a la primera situación, que las anomalías sean graves, es fundamental valorar la existencia de riesgos para la madre.

5.4.3 La clonación

La clonación consiste, dice Benítez Ortúzar, en aislar un determinado gen o, en general, un trozo de ADN. Por ello, la clonación como concepto científico es un medio usual en biología molecular que no debe plantear excesiva problemática. Sin embargo, en un contexto ético y jurídico, la clonación aparece identificada con la creación de embriones genéticamente idénticos, a partir de la división de un óvulo fecundado o a partir de la transferencia a un óvulo enucleado del núcleo de una célula diploide, con la consiguiente posibilidad de influir directamente en la evolución de la especie. El producto de la clonación será un clon. Los clones, por tanto, son grupos de organismos genéticamente iguales.

La clonación también es la obtención de individuos genéticamente idénticos a otros por técnicas de reproducción asexual en laboratorio.

Señala Alberrucge Díaz-Flores que la reproducción clónica está basada en una relación totalmente asexual configurándose como una de las más claras manifestaciones de lo que se viene llamando manipulación genética (Alberruche, 1998). Se puede definir la reproducción clónica como el proceso mediante el cual, sin la unión de dos células sexuales, y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosomita completa en un óvulo, al que previamente le ha sido extraído el núcleo, se obtiene un ser humano gemelo genético de aquél a quien le ha sido extraída la célula dotada de la totalidad de cromosomas.

El Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación del Instituto de Bioética de la Fundación Ciencias de la Salud define la clonación como la acción y efecto de clonar, siendo el clon el individuo o grupo de individuos de idéntica constitución genética nuclear, que procede de un único individuo mediante reproducción asexual, siendo fenotípicamente muy semejantes al individuo del que derivan (Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida, del Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación del Instituto de Bioética de la Fundación Ciencias de la Salud, pag.49). Para analizar la clonación desde el punto de vista jurídico señala, Emaldi Cirion, es necesario que previamente se analicen los distintos tipos de clonación y sus finalidades reproductivas (Emaldi, 2001). En la actualidad, se consideran como métodos de clonación a tres procedimientos diferentes:

a) La partición de los embriones preimplantados o generación artificial que consiste en la partición de un pre-embrión o separación de blastómeros provenientes de pre-embiones de 2 a 32 o más células y el alojamiento de las “mitades” o los “cuartos” en una zona pelúcica proveniente de otro óvulo o en una cubierta artificial. Este método da origen a los gametos idénticos.

b) La transformación de núcleos de células embrionarias o fetales o para clonación, el procedimiento de transferencia de núcleos consiste en la

transferencia o trasplante de núcleos provenientes de blastómeros de un embrión pre-implantatorio, o núcleos de células embrionarias o fetales que se obtienen de un cultivo primario o crecen en un cultivo celular, a un óvulo al que se hayan eliminado previamente sus cromosomas. Con esta técnica se obtienen individuos casi idénticos entre sí pero no idénticos a sus progenitores.

c) La transferencia de núcleos de células provenientes de individuos ya nacidos consiste en transferir el núcleo de una célula proveniente de un individuo ya nacido (niño, joven o adulto) a un óvulo o a un cigoto nucleado. Se generan individuos casi idénticos entre sí y, en este caso, casi idénticos a su progenitor.

Este recorrido era necesario por lo que implican las dificultades técnicas que luego se convierten en dificultades jurídicas. Los abogados tenemos el deber de incorporar aspectos técnicos a nuestros argumentos jurídicos, cuando el terreno que se pisa es de corte especializado y novedoso. Muy difícil sería, de otra suerte, tratar de establecer las bases jurídicas de un tema delicado, sin sondear los elementos técnicos y científicos que dan lugar a debates éticos. *¿Feritataquis veraten ditatur? Quistiam quisinum facimet et, aspic tem rem que illest dolor aut quam int, sam non pel is enitibus.*

Capítulo 6: Genética, derechos humanos y derecho comparado

6.1 Contexto

Ya en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se proclaman los principios o valores que impregnan a todo el texto articulado: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inapelables de todos los miembros de la familia humana”.

En el campo específico de las ciencias biomédicas se han venido desarrollando o identificando numerosos derechos fundamentales proclamados por la mayor parte de las Constituciones modernas (p. ej., el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad ideológica o de conciencia, a la intimidad y a la vida privada, etc.) pero también inspirados en la Declaración Universal, en los pactos internacionales; en particular, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1996 o en convenios regionales, como es, en el caso europeo, el Convenio sobre derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, y en el americano, la Convención Americana sobre derechos humanos de 1969. Sin embargo en la identificación de nuevos derechos humanos o de, al menos, las nuevas perspectivas que ofrecen en relación con los avances científicos, ha significado un paso cualitativo el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, que ya se ha incorporado al derecho interno de varios países -entre ellos España-, con fuerza vinculante y obligatoria para los poderes públicos respectivos. Y, aún sin ese efecto obligatorio, pero con la indiscutible moral de orientación para los Estados, lo es también la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997.

La cada vez más estrecha vinculación entre Derecho Internacional y Derecho Interno antes mencionado nos lo ha revelado sobre todo en relación con los derechos humanos, y se ha señalado que en el futuro

inmediato será cada vez más intensa en el ámbito específico de las ciencias biomédicas. Esta observación es de enorme importancia, dado que por razones obvias, hasta no hace mucho tiempo apenas podíamos encontrar en textos jurídicos internacionales o constitucionales internos referencias explícitas a los derechos humanos afectados por los recientes avances científicos, sin perjuicio de que esta situación está experimentando un cambio radical.

Afortunadamente, contamos con otros esfuerzos integradores de los derechos, bienes o valores renovados que van aflorando a partir de las aplicaciones de algunos resultados de las ciencias biomédicas (Rodotá).

Por un lado, la remisión expresa de algunas Constituciones a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a otros Convenios internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales, en los que el respectivo Estado haya formado parte. Como veremos más adelante, esta previsión de la máxima importancia en relación con el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina y otros semejantes que pudieran aprobarse en el futuro.

Por otro lado, los principios generales forman parte de los ordenamientos jurídicos internos, pero también del Derecho Internacional, con su doble función integradora (fuente en la garantía de normas) e informadora (interpretativa del ordenamiento jurídico). De este modo, el derecho no se identifica única y exclusivamente con la Ley, sino que se apega también a una serie de principios que se orientan a criterios de justicia material, pero que, aparentemente, no han tenido acogida explícita en la ley y configuran, junto a la costumbre y -en algunos sistemas jurídicos- la jurisprudencia, la totalidad del ordenamiento jurídico. Según el criterio extendido entre los internacionalistas, en los principios generales del derecho se integrarían las Declaraciones internacionales que no constituyen normas jurídicas coercitivas en sentido estricto, como ocurre con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Como se ha podido comprobar, no pocos de estos principios a su vez se han ido configurando también en el Derecho Internacional y son de extraordinaria importancia para lograr enfoques adecuados en relación con las ciencias biomédicas; es decir, una interacción del Derecho Internacional y el Derecho Interno cada vez más frecuente y profunda.

El Derecho Constitucional presenta una enorme potencialidad, tanto como receptor de los derechos humanos que de forma más específica se ven involucrados por las ciencias biomédicas, y como instrumento para resolver los conflictos que de éstas emergen. Encontramos numerosos ejemplos en el constitucionalismo contemporáneo sobre el reconocimiento de algunos derechos relacionados con el genoma humano y las biotecnologías. Por lo demás, este proceso, que en sus inicios ha sido lento, es lógico, si los derechos humanos relacionados con estas materias han asentado en el derecho Internacional, es razonable que algunos derechos fundamentales tengan cabida en el moderno Derecho Constitucional en la medida en que ofrecen nuevas perspectivas para la protección de los ciudadanos. En este sentido, no cabe duda de la influencia que está ejerciendo el Derecho Internacional -y con toda seguridad continuará haciéndole en el futuro- sobre este Derecho Constitucional de la Bioética en ciernes (Gros Espiell).

Así, en la Constitución de la Confederación Helvética se comenzó introduciendo el siguiente texto (1992): “El material genético de una persona no podrá ser analizado, registrado o revelado sin su previo consentimiento, salvo cuando expresamente lo autorice o lo imponga la ley” (art.24). Con posterioridad, este precepto ha sido reemplazado por algunos artículos sobre la protección de la salud, el trasplante, la ingeniería genética no humana y en el ámbito humano, respecto a materias que se reservan como competencia legislativa de la Confederación, sin prejuzgar su naturaleza o no de derechos fundamentales. Respecto a la última mencionada prescribe: “Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano.”

1. Todo ser humano debe ser protegido contra los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética.

2. Corresponde a la Confederación, legislar sobre el patrimonio germinal y genético humano. A tal respecto vigilará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y respetar en particular los siguientes principios:

- a. Se prohíbe cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y de los embriones humanos.
- b. El patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste.
- c. El recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el peligro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión un número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata.
- d. La donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas;
- e. No se permite el comercio del material germinal humano ni de los productos del embrión.
- f. El patrimonio genético de una persona únicamente podrá ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento de ella o en virtud de una ley;
- g. Todas las personas tendrán acceso a los datos relativos a su ascendencia” (art.119). A los indefinido de la naturaleza jurídica de este precepto constitucional debe añadirse como censura lo impropio de una regulación tan detallada y prohibitiva -más propia ésta del Derecho sancionador-, a todas luces excesiva en no pocos casos.

Por su parte, la constitución portuguesa ha proclamado un importante derecho fundamental (1997): “La Ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, en concreto en la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías y en la experimentación genética” (art.26.3).

Con independencia de lo acertado de su conocimiento respectivo, debe reconocerse que estos preceptos constitucionales constituyen las primeras referencias con este rango a la libre autonomía del individuo, al patrimonio genético y aun derecho a la identidad genética del ser humano como derechos del ciudadano bioético, y configuran el núcleo de un Derecho Constitucional de la biomedicina, que se irá desarrollando en los próximos años como barrera frente a las presiones de ciertos investigadores y empresas que no reconocen ningún freno al progreso de la ciencia y al beneficio económico.

6.2 Análisis del derecho comparado

Después de haber comentado de manera minuciosa los conceptos del embrión humano y las posturas filosóficas y religiosas, y también temas sobre responsabilidad penal y administrativa de forma somera. En este tema profundizaré sobre las diferentes posturas dentro del derecho comparado y de manera más amplia he de referirme a la Ley No. 351988, sobre el tema en comento. A lo largo de esta exposición he venido haciendo referencia especial a la legislación española, pero creo que merece la pena hacer un examen concreto de los temas más importantes que recoge la Ley 35/88 de 22 de noviembre.

Al final voy a hacer un resumen de la situación en que se encuentran estas técnicas de reproducción humana asistida en cada uno de los países de la Unión Europea, si bien me voy a referir solamente a quince de los veinticinco estados miembros.

La clonación humana reproductiva ha sido prohibida de forma directa o indirecta por algunos estados. De todos modos cuando se dio a conocer el caso de la célebre oveja clónica Dolly, algunos estados contaban ya con

preceptos legales que de un modo u otro prohibían la clonación, lo que significa que los legisladores respectivos tomaron tales iniciativas con independencia de la polémica desatada mundialmente, aunque se pensara probablemente en la prohibición de unas técnicas de clonación reproductiva diferentes de la transferencia nuclear, lo cual ocurrió en Alemania, España y Reino Unido. Por el contrario, otros estados sí han adoptado prohibiciones expresas como consecuencia inmediata de aquella alarma mundial, lo que sucedió en Argentina, Colombia, Estados Unidos, Francia, Japón, Nueva Zelanda y Perú.

La legislación española fue la primera en prohibir la clonación como infracción administrativa muy grave de 1998 (ley 35/1998, art. 20.2.B, letras k y l), y desde 1995 ha pasado a constituir delito en el Código penal español (art. 161.2).

Estas disposiciones legales no suelen prohibir las técnicas de clonación en sí mismas, sino sólo en la medida en que estén de algún modo relacionadas con la reproducción humana, es decir: con la creación de seres idénticos por clonación o, incluso, otros procedimientos dirigidos a la selección de personas o de la raza; ambos son, precisamente, los únicos procedimientos de reproducción humana que han llevado a los países a prohibir con la misma intensidad la formación de embriones humanos por medio de estas técnicas, incluso aunque no fuera con propósitos procreativos (p. ej., con fines de investigación sobre la reproducción humana), aunque existe ya algún ejemplo legislativo de signo contrario en el Reino Unido.

6.2.1 Instrumentos jurídicos aprobados por los organismos internacionales

Poco podrá lograrse, sin embargo, si no se adoptan medidas normativas y de otro tipo de carácter supra e internacional, como reclaman los especialistas. Afortunadamente, se está siguiendo esta dirección en relación con las diversas implicaciones derivadas de los conocimientos que se van alcanzando sobre el genoma humano, como lo demuestran los trabajos recientes del Consejo de Europa y de la UNESCO, sin perjuicio de que

inicialmente intentaran soslayar la cuestión específica de la clonación humana reproductiva, pues ni en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina ni en los sucesivos proyectos de Declaración sobre Derechos Humanos y genoma humano de estos organismos, respectivamente, se podía encontrar una prohibición expresa de clonación.

No obstante, se han subsanado finalmente estas omisiones, pues el Consejo de Europa aprobó en Noviembre de 1997 el primer Protocolo adicional al referido Convenio, relativo precisamente a la prohibición de la clonación de seres humanos, en el cual se prohíbe cualquier intervención que tenga como finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, entendiendo a estos propósitos como ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano que tenga en común con otro el conjunto de los genes nucleares (art. 1º). Y, por su parte, el texto definitivo de la Declaración de la UNESCO incluye, con deplorable técnica, una mención expresa sobre el rechazo de la clonación con fines de reproducción humana, por considerarse contraria a la dignidad humana (art. 11).

6.3 Exégesis de la ley española número 35/1988

En los párrafos siguientes abordaremos la Ley Española, número 35/1988, en su artículo quinto para exponer sus caracteres que aseguren la rectitud con que ha de efectuarse; en tal sentido detallaré la naturaleza jurídica de la aportación genética dentro de los contratos de donación.

La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por estas leyes en un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado: de ello se deriva que dicha aportación, o sea -aunque no se explicita- cuando sea un tercero, ajeno por tanto a la pareja regular o social, el que participe con su previa transmisión corporal, está realizando una auténtica donación y, por ello, así se califica al contrato, el cual se caracteriza como relación contractual: se genera entre el donante o tercero y el Centro autorizado, que actuará, pues, como donatario o receptor inmediato; se habla por nuestra parte de donante o “tercero”, porque en el caso de que sea el marido (o su vertiente femenina) quien

aporte los gametos, no subsume el evento retratado, pues entonces, el proceso de inseminación queda circunscrito dentro de los linderos de la homología con implicaciones jurídico-médicas distintas a la presencia de la tercera referida, en la que existe alguien que se desprende de algo para beneficio de otros, o sea, resplandece el “*animus donandi*” o intención de beneficiar a otro por una u otra persona; en la inseminación/fecundación homólogas el beneficiario es el mismo aportante. Este contrato de donación, como su género indica, es un contrato gratuito, o sea, por aquella intención de beneficio, sin contraprestación alguna, sobre todo monetaria, para evitar así prácticas de agiotaje reprobables, lo que no supone, como sucede a veces en la realidad, que no se subvencionen o compensen esas aportaciones con sumas que actúan por ello no en vía de alguna transacción funcional, sino meramente como incentivos para propiciar o motivar estas conductas -es frecuente, se dijo en su lugar, estos hábitos dentro de las facultades de medicina con estudiantes aportantes, que reciben como “premio” una determinada cantidad-. Es asimismo formal, o sea, ha de reflejarse en alguna solemnidad, y que, por supuesto, sin entrar en el círculo de la libertad de forma, deberá seguir las formas del instrumento por escrito, sin necesidad de su cúspide escrituraria o pública; por último, es secreto, confirmándose la obligada inexpresividad de circunstancias de identidad de los donantes, en cuanto no deben trascender al conocimiento de los demás sujetos cabalmente usuarios de estas técnicas, lo que, de por sí, justifica que el previo control de tales circunstancias por el propio Centro con fines terapéuticos o sanitarios de pura analítica genética cuando así ocurra no quebrante ese secreto.

1) Contrato gratuito: La gratuidad tal como se dijo anteriormente, encuentra su réplica en el núm. 3 de este art. 5, al prescribirse que: La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial; en una concepción de estricta juridicidad, si bien la equivalencia entre “lo gratuito” y “lo no lucrativo” es aceptable, en cuanto que ambos calificativos demuestran la interdicción de cualquier ventaja económica por cada una de las partes, un deseo de justificar la reiteración o disculpar al legislador de la doble referencia, podría radicar en que la “gratuidad” alude al donante, como se ha expuesto, en la idea de que el mismo no puede recibir nada a cambio, por su cualidad

de tal y su intención liberatoria o de beneficio para otro, mientras que esta “no lucratividad o no comercialidad”, se refiere más bien, al centro receptor de tal suerte que con su intervención en la relación no puede obtener lucro o precio alguno inmerso en el tráfico comercial; el problema en su profundidad fáctica tampoco queda así muy claro porque al calificarse sólo a la donación con dicha prohibición, no resulta muy cabal ni exacto impedir esa comercialidad o lucro que miran a eventuales tráficos posteriores a la misma; o sea, se quiere decir que en la exclusiva relación entre donante y donatario tercero y Centro, con la “Gratuidad” hubiera bastado, ya que en el seno de esa donación no procede proscribir que el centro obtenga un lucro, porque éste, si existe, será por el posterior uso que, con respecto a otras personas -las usuarias por ello-, el Centro realice (contando, en su caso, con las debidas autorizaciones), v.g. percibiendo un monto o ventaja económica por la proyección de la materia donada; de consiguiente, si ésta es la versión más ajustada a los hechos, entonces, el precepto sólo tiene de valor la información de “*extra commercium*” con que así se conforma el contrato, lo cual, evidentemente, se acomoda al propio objeto o materia sobre el que recae de esencial corporeidad y pugnante, pues, con el tráfico negociador.

2) Contrato formal: La forma impuesta en el núm. 1, encuentra su desarrollo en el núm. 4 al decirse: El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto. Se confirma pues lo expuesto sobre la necesidad de la forma escrita del contrato de donación entre las partes, sin que se especifique el contenido de este contrato o las fórmulas en él empleadas, aunque por propio carácter, aparte las personales de las partes, se recogerá el objeto, o el “*donatum*”, y, desde luego, los fines de la misma, o sea “los autorizados por esta Ley”, que no son sino su ulterior empleo en pos de’ la procreación; se adosa, finalmente, un comportamiento previo del Centro, que lo sitúa en un deber por su parte, el de “información” al donante “de los fines y consecuencias del acto”, sobre cuyo primer particular, ya se ha dicho, que habrá de constar incluso en el contrato, si bien las consecuencias habrán de referirse a posibles riesgos o efectos que la donación implique para el donante:

eventualidad de un “hijo” biológico suyo, indemnidad jurídica por este *status* de filiación, repercusiones en su estado de salud, etc.; la línea legislativa de reiterar sanciones ya establecidas, como ocurre con esta preceptiva y precedente información, que no hace sino repetir lo que de modo general ya consta en el art. 22 en donde el deber y derecho correspondientes aparece muy bien delineados -como se vio-, no siempre tiene que justificarse porque así se refuercen los dictados mínimos de viabilidad legal, ya que, como ocurre en este caso, más bien lo repetitivo es sinónimo de falta de rigor y de acumulación de datos por el legislador que no ha sabido o no se dedicó a una elemental tarea de selección y encaje sistemático de los conceptos jurídicos empleados.

3) Anonimato: Se vio que en el núm. 1 se hablaba de que este contrato era “secreto”, y ahora en el núm. 5 se establece que La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes. Reaparece, como antes, la conexión “secreto” con “anónimo”, y basta su empalme con un “uso reservado” o “trata miento reservado”, de que hizo mención el art. 2-5, del que también en un plano de claridad deviene reiterativo. La posible relación o interdependencia puede hacerse especulando que el “contrato secreto” del núm. 1 equivale a la “donación anónima”, porque con ello se quiere decir, sin duda alguna, que no puede transmitirse noticia alguna a otros interesados o eventuales usuarios sobre las circunstancias de tal donación, que por tanto ha de permanecer dentro de la intimidad orgánica del Centro. Y como se dijo aquí, se explicita que ello no obsta al conocimiento *ad intra* de tales circunstancias por el Centro al que se le constriñe a la “custodia de los datos de identidad del donante en el más estricto secreto -otra vez- y en clave en los Bancos... y en el Registro...”, con lo que se constituye todo un cuerpo de instrumentación y se sobreentiende un uso permisivo que no transcienda a los particulares: en otras palabras los datos de identidad del donante sí habrán de conocerse por el Centro, el cual no sólo tiene ese derecho, sino los tres deberes siguientes: el deber de custodia, o recogida de datos, el deber de secreto o no comunicación y el deber de Registro. y en clave se añade, o con fórmulas de inscripción convencionales y no en caracteres comunes de lectura; todo

ello para en su caso su “tratamiento reservado” o para los fines correspondientes de salud, profilaxis o eficiencia en los frutos, a que se refiere el antes visto art. 2-5.

4) Revocabilidad: Siguiendo el sentido común de que en el Derecho Civil las donaciones son revocables en determinados casos o cuando concurren causas previstas por la ley -arts. 644 y ss. C.C.- también el legislador de la TERA, proclama la posibilidad de dejar sin efecto por parte del donante su acto de entrega o transmisión gratuita de su materia genética, al decirse en su núm. 2 que la donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida precisase para sí los gametos donados, siempre que en el fecha de la revocación aquellos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor; bien pensado, en el precepto se intuye el principio de irrevocabilidad de la donación de gametos, pues se dice que “... sólo será revocable...”, es decir, se sienta una excepción a dicha regla general, excepción que, en cierto sentido, parece muy marginal, o, acaso, tan rara o insólita que no debía, en nuestra opinión, haberse contemplado hasta el punto de instalarse en la ley como supuesto de probable dación; y decimos esto porque para que funcione esa excepción se requiere, en primer lugar, que el *donatum* de gametos aún permanezca, o sea, que no se haya hecho uso en todo de él, o que parte de los donados persistan, que acontecerá o bien en los supuestos de no uso aún por las causas que fuesen de tales gametos (bien porque aún no se estima en condiciones de idoneidad el proceso de fecundación/ transferencia a la mujer receptora, bien porque por la crioconservación/congelación del fruto de la fusión o preembriones, aún se conservan los mismos, todos o en parte; y, no se olvide, que también este caso de preembriones, ha de entenderse incluido, por haberse obtenido los mismos en base a la donación de gametos analizada), o porque, como se ha dicho, no se hayan usado o transferido todos los preembriones obtenidos con tales gametos: cuando así ocurra, y, además, y ése es el requisito primordial, se acredite que “el donante haya incurrido o padezca infertilidad sobrevenida”, esto es, que si bien era fértil cuando dispuso la donación después le sobrevino dicha infertilidad, y además, se precisa, como factor condicionante de todo ese cuadro que da viabilidad a la

excepción revocatoria, que por tal infertilidad “precise para sí los gametos donados”; en resumen, no parece que sea muy probable o acaecible en la realidad retratar ese complejo supuesto de hecho, que, se repite, precisa, que un donante antes fértil y sujeto idóneo en el marco sanitario -y tanto, que se le eligió por su ejemplar modelo sanitario que ofrecía, según dice el núm. 6 de este art. 5-, poco después deviene en infertilidad (y se dice poco después porque se agrega por el precepto, que la procedencia revocatoria se determinará “si en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles”, lo que conduce al no transcurso de mucho tiempo, aunque con criterio más que discutible por su larga extensión, como se verá, el art. 11-1 de la Ley sitúa el tiempo máximo de crioconservación en cinco años), y, justamente, precisa para sí los gametos donados, que es tanto como afirmar que, de ordinario, no tiene hijos ni en su matrimonio (ni acaso en su pareja estable); circunstancias, se reitera, todas que, en su conjunción, resultan bien raras en una dimensión de razonabilidad fáctica. Las consecuencias de tal disenso serán, por un lado, el reintegro o devolución del *donatum* en el estado en que se hallen los gametos, y, la secundaria, de “la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados por el Centro receptor”; gastos que, al ser gratuito y no lucrativo el contrato, se referirán a los precisados para la intendencia de la actuación profesional y, sobre todo, los derivados de la crioconservación de los gametos donados. Y evidente, por último, es que la acción de restitución o reintegro se dirigirá por el Centro receptor, contra ese donante contradictorio.

6.3.1 Requisitos del donante

Como se ha anticipado, el donante no puede ser una persona cualquiera, pues aparte de que ha de realizar su acto de entrega con libertad y conciencia, y por tanto, con aptitud de obrar o capacidad de actuar, ha de gozar de un estado de salud apto o disfrutar de la sanidad necesaria según los informes médicos para impedir los riesgos de propagación de taras o enfermedades en las consecuencias procreadoras con su materia genética o gametos. Así, en el núm. 6 del precepto objeto de estudio se habla de estos requisitos:

1) Mayoría de edad y capacidad de obrar: El donante deberá tener más de 18 años y plena capacidad de obrar; ratifica, pues, el modelo de la mayoría de edad que para las mujeres impone el visto art. 2-1-b de la Ley, hablándose de “plena capacidad de obrar”, o sea, carente de cualquier tipo de incapacitación jurídica y, por tanto, con plenas facultades de actuación que viabilicen el negocio de donación que se dispone a realizar; hubiera bastado hablar de “capacidad de obrar”, sin añadir el calificativo de “plena”, porque, como es sabido, ésta o está limitada o se tiene o no se tiene, y en este último caso, es la normal a la que la ley llama “plena”.

2) Estado de idoneidad psicofísica: Por lo dicho, y por la trascendencia de la transferencia corporal se obliga a que el donante no sea una persona cualquiera, sino aquella que voluntariamente se presta a ello y goce de una salud *ad hoc*, determinada por la siguiente prescripción legal de dicho n°6: El estado psicofísico del donante -sic- deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles: he ahí, pues, esa idoneidad *ex profeso* exigida, y que debe reunir una doble conformación previa: en primer lugar, el donante, en cuanto a su estado psicofísico habrá de cumplir con los términos de un protocolo obligatorio -especie de formulario o esquema de preguntas con respuestas adecuadas sobre aspectos somático-psíquicos, en relación con la transferencia: V.g., capacidad sexual, onda de normalidad funcional en su actividad, características de eyaculación, etc.- con referencia expresa a las características “fenotípicas” del donante, o sea, a su diseño genético transmisivo de identidad; en segundo lugar, aquellas connotaciones, ya de sesgo inmunológico o preventivo de contagios, que se recogen en el precepto al decirse que “no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles”: se habla en esta dualidad, pues, de dos tipos o clases de cualidades de ese cuadro-estado físico del donante, el primero, o referido, en concreto, a la posibilidad procreadora de su materia genética y, el segundo, a que esa materia apta además esté sana o carente de desvíos patológicos.

6.3.2 Tutela del *status* del donante: la acción de pro genie

El legislador se plantea el problema, y lo resuelve adecuadamente, en torno a la indemnidad del donante en cuanto que habiendo efectuado su aportación en completo anonimato sabe y le consta que no se puede revelar su identidad al fruto de la procreación, evitándose así posibles demandas de paternidad o reconocimiento de derechos; pero también, como se sabe, en el problema concurre otra cuestión que demanda una solución satisfactoria: a veces, la imparable necesidad de que el hijo así engendrado pueda conocer los datos de su pro genie, bien las circunstancias que hasta tuvieron lugar para su concepción -por inseminación/ fecundación heteróloga, e, incluso, si es posible conocer los datos de identidad de su progenitor biológico. El núm. 5 párrafo 2, afirma al respecto, como principio general: “Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos”. En su lugar, se subrayó que el secreto, tanto de la donación como de todo el proceso, cuando intervienen terceros, en especial, se debía ceñir a la imposibilidad de airear, básicamente, las circunstancias de identidad, esto es, prohibición absoluta de saber que el donante ha sido fulano de tal y tal, con nombre y apellidos, pero que ello no abarcaba que los interesados, claro es, al someterse al proceso o terapia correspondiente, y por la información previa, conociesen que, en definitiva, iban a participar o a recibir “el *donatum*” de ese tercero o persona nunca mejor dicho, “desconocida”; por ello, la ley habla de que se tiene “derecho a obtener información general de los donantes”, tanto por parte de las mujeres receptoras como, sobre todo, por los hijos nacidos de esa procreación heteróloga: ¿Qué datos comprenderá esta información general? Acaso, serán los determinantes de las cualidades o atributos físicos o psíquicos del donante: si era de tal edad, de tal peso, de tal estatura, de tal raza, de tal color, de tal cabello, etc., en el bien entendido que se facilitará todo aquello que individualice al donante sin las señas de su identidad. Este es el principio de indemnidad del donante o no revelación de su identidad, regla que, también padece el tratamiento de la excepcionalidad, cuando concurren circunstancias que por su simple lectura o explican o justifican la derogación de la misma; y por ello en el párrafo

siguiente se lee: “Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos, se estará a lo dispuesto en el art. 8, ap. 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante”.

La tutela del donante, pues, se deroga, en torno a su identidad personal -ya que la información general anterior en nada le afecta o repercute, porque con esas señas, salvo un adivino no se le identificará, pues se trata de un cuadro alusivo a una especie o clase humana predicable de varios o muchos- “sólo y excepcionalmente”, con lo que se quiere ya advertir del evento estricto demoledor de la regla, el cual obedece o se explica sólo por dos circunstancias: la primera, de índole terapéutica o por razones de salud, o cuando la identidad sea causa coadyuvante de un remedio curativo de una grave enfermedad, al decirse: “en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro “, que pueda subsumirse en casos de transfusiones de sangre o injertos, o prescripciones analítico/genéticas, que exijan saber la tipología causante o determinante de la progeñe, auxilio indispensable para el antídoto o remedio del “peligro para la vida” en que se encuentra, por lo general, el hijo nacido a través del proceso de procreación con gametos de ese tercero cuya identidad es indispensable; la segunda causa que habilita el conocimiento de dicha identidad, es de corte sancionador o punitivo, o sea, cuando por las razones que fuesen en el decurso del proceso se ha incurrido en un delito, la inquisición judicial correspondiente no puede frenarse y así cuando la autoridad lo declara se romperá el velo de esa identidad; las motivaciones de orden público son, pues, notorias en este caso. En cuanto al alcance de esta revelación, aparte de la remisión al precepto que se menciona -art. 8.3º-, relativa a los efectos sobre la filiación que nunca se dan entre los hijos y estos donantes -en principio maximalista y universal- se habla de que esta revelación tendrá carácter restringido, es decir, que sólo valdrá o

funcionará para el caso o por las razones expuestas, nada más, y por tanto sin posible ampliación, prescribiéndose también que, en ningún caso, ello implicará publicidad de la identidad del donante. Esto es: no se permite que esa revelación sea “*ad extra*” o para todos con fines de publicidad, y sólo, pues ha de moverse en la concreta área de interesados. Se prescribe, pues, una especie de la llamada acción de progenie, más o menos escamoteada, o derecho de los hijos cuando son mayores de edad a conocer las circunstancias de su paternidad biológica (en términos semejantes a los del art. 4 de la Ley 20-12-1984, de Suecia), cuando el proceso ha sido heterólogo (al punto en el art. 8-5 de la Proposición del Congreso, se decía: Los hijos con la contribución de donantes, tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características generales de los donantes, pero no su identidad).

Se mantiene, pues, la tutela de los donantes, o sea, la intimidad de su identidad, incluso (lo que en algún caso singular, debía haberse posibilitado), cuando el hijo nacido a su merced accione tras la mayoría de edad en reconocimiento de su derecho a “conocer las características generales de los donantes”, características que, en este caso, coincidirán con las antes analizadas insertas en la expresión del art. 5-5-2: “...información general de los donantes...”, de tal forma que al derecho que corresponda a los hijos durante su minoría de edad a través de sus representantes legales -la madre, generalmente, en su caso, el M. Fiscal- equivale a éste cuando los mismos alcancen la mayoría de edad. Sobre el problema, se suscitó una polémica abierta en la Conferencia pronunciada por el autor en el Colegio de Abogados de Madrid, el 15 de diciembre de 1988, en torno a, si la negativa literal a esta investigación de paternidad vulneraba el mandato del art. 39 CE. Así se planteó y contestó entonces que, no obstante, algún reparo, en principio, podría oponerse a la sanción del art. 5 núms. 5-2 y 5-3, en cuanto que los hijos sólo podrán obtener una información general de los donantes o padres biológicos (que, como se viene repitiendo, es la clásica Acción de Progenie o acreditamiento de la verdad biológica, o conocer el proceso de la 1.A., pero sin que produzca efectos jurídicos de estado de filiación, incluso en los casos excepcionales del art. 5.5.3, según sanciona el art. 8.3.), sin que, salvo las excepciones que

se marcan, puedan conocer la identidad de los mismos, con lo que se cierra, en cierto modo, la acción tendente a investigar su paternidad, y con ello parece que se vulnera el mandato constitucional del art. 39.2: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”, y que, luego, ha desarrollado, en amplitud, la ley de reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981. Ahora bien, antes de juzgar críticamente las cosas, conviene puntualizar cuanto sigue: que, como es evidente, el modelo constitucional precede a esta ley y, por tanto, la “paternidad” de la CE, es la paternidad jurídica propia del Código civil, o sea, la determinante de un estado civil o causa de la relación paterno-filial, y en la que no existe otra paternidad que la biológica, de tal forma que, acreditada ésta, surge la jurídica o determinante de derechos y obligaciones. En la nueva Ley, en cambio, cuando se produce la inseminación heteróloga, o por donación de tercero, cabe hablar de dos paternidades, la formal o legal a favor del marido de la mujer, y la biológica o genética del donante que, por su anonimato carece de relevancia jurídica, y, es más, si no existiese matrimonio -caso de la mujer sola- la primera no tendría lugar y la del donante tampoco devendría determinante de un estado de filiación. Las razones de esta dualidad, y del anonimato o indemnidad del donante, radican en la propia filosofía de las técnicas que se consagran: Si se quiere facilitar el aporte de material genético por parte de terceros, es preciso proteger a éstos de cualquier acción de reclamación de paternidad en el futuro, pues, de lo contrario, se reducirían las posibilidades de encontrar a esos donantes, y con ello se daría al traste con los llamados Bancos de Gametos que contempla el art. II de la Ley. Es pues una cuestión de principios o de metodología: o se acepta la base o estructura de partida de la LA. o F. *In vitro*, o no; si lo primero, ha de aceptarse el desdoblamiento de paternidad y el cierre a la investigación de la llamada biológica.

Finalmente, una vez más hay que denunciar la falta de rigor sistemático de la ley (sin perjuicio de que en tema de progeñe cuando intervenga la donación de terceros, a propósito del velo de identidad, se haya evitado la sanción en un doble marco, el del 5-5, y el del 8-5 de la Proposición), porque siendo la materia así encerrada en dicho art. 5-5 la relativa al posicionamiento de los hijos en torno a esa información sobre los donantes,

debía haberse incorporado por completo a la sede el art. 7 y ss., que desarrollan la rúbrica “Los padres y los hijos” con el previo descuelgue de este art. 5.

6.3.3 Limitación de uso y equivalencia en los procesos homólogos

El prolijo art. 5 contiene un convencional y, cómo no, discutible núm. 7, en cuanto establece una limitación numérica al uso de los gametos donados, al decir: “Los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos”: Medida que sí tiene un fundamento de carácter preventivo o de profilaxis de identidad/ semejanza genética de los hijos así nacidos, pues hay quien denuncia, como uno de los riesgos del uso de gametos donados para estas técnicas, no sólo que su no limitación puede alumbrar un número muy plural de seres procedentes del mismo padre, y que por ello se agudice el riesgo de eventuales cruces o emparejamientos -en el caso retratado, de personas que son hermanos “de padre” entre sí-, sino que aducen que la propia conformación psico-corporal de los descendientes de tales seres contiene una potencial identidad genética deformante de sus mismas raíces de sanidad hereditaria: lo cierto es que, aunque el dato último no tiene una sólida base científica, y que, tal vez, responda más que nada a un acarreo de repulsa socio-convencional -la objeción al incesto, se dice, es más cultural que fisio-biológica de la descendencia-, el primer peligro debe, al menos, evitarse o disminuirse, y por ello el legislador sitúa el uso de los gametos de tal forma que no nazcan más de seis hijos, cifra pues acomodaticia que, sin duda, con un apoyo en algún que otro alegato de la ciencia médica, no puede discutirse, ya que, por propio carácter, o se acepta como signo de esa aconsejable limitación, o se le discute o cuestiona, para lo que se parte de la ventaja de no apoyarse en un apodíctico nivel de referencia.

En el núm. 8, último párrafo, el art. 5 acopla ese aparato sancionador de la heterología inseminatoria, a los casos de homología en el seno del matrimonio, al establecer que Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células re productoras del marido,

cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de su esposa.

El precepto, aparte de su mérito terminológico o sentido conceptual - destaca la afinidad del acto de la donación con el acto material de entrega-, que es lo que es, así como la identificación de la materia genética o gametos con “células reproductoras” -que es cabalmente también eso- prevé un supuesto de uso de los gametos residuales, cuando ya se han cumplido los designios de la fecundación homóloga, para que de esta forma puedan servir a otros posibles procesos en beneficio de terceros: el marido, pues, es entonces un tercer donante, el cual tras la fecundación homóloga llevada a cabo en su esposa, y al seguir siendo titular de “gametos sobrantes” -más bien, en la línea de la verdad de las cosas con su ropaje científico, en vez de gametos, por lo general, se tratará de preembriones criopreservados, los que en parte fueron transferidos a la esposa en FIV y en parte restan, y sobre ellos se proyecta el supuesto de hecho-, permite o dispone que se donen o entreguen para que se fecunde una persona distinta a su esposa.

6.3.4 Artículo 6: Las usuarias de las técnicas

Siguiendo con el análisis de las personas que protagonizan el proceso procreador artificial, en el art. 6 se habla de estas usuarias o mujeres receptoras. Ya el dato de que se las contemple por la ley tras los donantes, y en artículo posterior, conlleva a una elemental censura, porque si el protagonismo debe contar para la primacía en el plan ordinal de los artículos, no hay duda que la verdadera protagonista de todo el proceso en todo caso es la mujer, pues sin ella no existe el mismo, y sin los donantes o terceros sí es posible, al menos, en la inseminación o fecundación homólogas.

6.3.5. Precedente: Estudio art. 6, Proposición Congreso, 25 de mayo de 1988

1) Idoneidad de edad.

El art. 6-1 decía al respecto: “Se entenderán como edades más idóneas de la mujer para la procreación, las comprendidas entre los 18 y los 35 años. Fuera de estos límites de edad, la mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada”, o sea, tras la mayoría de edad de los 18 años -principio general del art. 2-b-, se fija el *tempus ad quem* o edad máxima de la misma, en 35 años; mas obsérvese que, como se ha rubricado al hablar de “idoneidad de la edad”, así como la de 18 años es una imposición legal doblemente reiterada por los arts. 2-lb) y éste, la de 35 años, no implica una exigencia imperativa de tal forma que quien sea mayor de esta edad no pueda ser inseminada; no porque el precepto hablaba de “edades más idóneas”, es decir, reconoce que, según los aportes científicos, la fase de entre los 18 a los 35 es la más adecuada para que la mujer quede embarazada, tanto por vía natural -de donde proviene la fuente- como por la artificial. Por ello, a continuación el precepto, para subrayar que no impone una limitación en el tope máximo, declaraba que “Fuera de estos límites de edad, la mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada”; calificativo final demostrativo que la idoneidad requerida equivale a la “edad adecuada” para quedar embarazada; y, por supuesto, que, si pese a esa información -a facilitar por el Centro- la mujer decide recibir la terapia de inseminación, su voluntad es vinculante.

2) *Status* de la mujer: tutela jurídica

Al ser, como se ha repetido, la principal protagonista de estas técnicas -sin ellas nada puede hacerse, lo que, también se dijo, no acontece con los donantes terceros- se regulaba con cierto empaque de rigor técnico, el resultado de la envoltura jurídica que la ley adosa a la usuaria, por lo

demás, que tampoco nos parece sugerente ni preciso, ya que hablar de “uso” de la inseminación/fecundación artificial por parte de la mujer que es objeto de la misma no se corresponde con la virtud lingüística: se usan las cosas cuando se las maneja, que no es igual a recibir corporalmente todo un proceso de gestación-, por lo que hubiese sido preferible y más correcto, denominar “receptoras o destinatarias), como se hace en los arts. 2-4 y 6-3-4; cuyo resultado descubre su verdadera condición en que queda tras esa subsunción, en la que, si bien predomina el haz de posibilidades y garantías, también provoca una suerte de limitación o sujeción de las interesadas. Dicho *status*/tutela, se descompone así:

a) Garantías: En el núm. 3 de este art. 6 se consagraba que: “Se deberá garantizar que los donantes tengan la mayor similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y con el varón con quien constituye matrimonio o pareja estable.” Aparte de que la Proposición ya comienza con la igualdad de tratamiento entre el matrimonio con la “pareja estable” -que luego se define en el art.7 -2- el precepto contenía un denso ropaje de terminología y objetivos científicos que difícilmente son aprehensibles al jurista y menos al hombre promedio de la calle. Se decía, en efecto, que una de las garantías de esa “mujer receptora” se compone de este doble de circunstancias de similitud o semejanza con la contraparte biológica o donante, en su caso: primero, que éstos tengan la mayor similitud “fenotípica e inmunológica”, o sea, aludiendo al componente genético entre ambos (esa similitud fenotípica, hace referencia a la semejanza en los fenotipos, los cuales, según el “Glosario” de J. Gafo, in op. cit., suponen la expresión externa o manifestación de un determinado genotipo en un ambiente determinado, y a su vez el genotipo es la constitución genética contenida en los cromosomas de una célula o individuo, y que, asimismo, puede ser: Homo cigoto, cuando se dan los alelos iguales, y heterocigoto, cuando en cromosomas homólogos se dan alelos distintos, y “Alelo” como “cualquiera de las formas alternativas de un gen en un “locus” determinado”), de tal suerte que tanto los genes como su estructura analítica preventiva, de males y contagios, sean lo más iguales posibles -similares, se dice-, lo que en el plano de la ciencia habrá de ser observado y calificado por el Centro

Médico; y la segunda, en cuanto además se aconseja o precisa que se den “las máximas posibilidades de compatibilidad”, con la mujer receptora y con el varón, marido o compañero, lo que, en nuestra reducida área de competencia, no se alcanza mucho a entender: pues sí es pertinente y de recibo la compatibilidad entre el donante y la receptora, en evitación de patologías o frustraciones y obstáculos que impidan el surgimiento o hasta interrumpan el proceso gestatorio, pero agregar que esa compatibilidad también debe abarcar al marido o compañero de la receptora no se comprende, se insiste, porque en el plano determinante del proceso, ¿qué tiene que ver el componente de compatibilidad entre el donante y ese otro hombre, que en la heterología fecundante no es sino un sujeto pasivo con mera actuación adhesiva o aceptatoria?, a no ser, y hasta entonces sería pintoresco, que ese matiz de equivalencia se refiera a aspectos de conformación física exterior o de percepción sensorial: que si el marido o compañero es de tal o cual edad, raza, aspecto, dimensiones, etc., el donante lo sea lo más parecido, pues, se insiste, introducir la similitud en la fisiología recóndita de los genes o de su estructura analítica, es de todo punto improcedente.

b) Derecho de información: El núm. 4 prescribía: “Las receptoras de gametos y preembriones y el varón de la pareja o matrimonio que constituyen, tienen derecho a conocer determinadas características de o de los donantes, como su estado de salud, el fenotipo, el grupo sanguíneo y el grupo étnico, pero no su identidad”; siguiendo con la diáspora informativa se reiteraba cuanto en otros terrenos conexos se disponía en el art. 2-2 (información general de las técnicas a los interesados), y en el 5-4 (respecto a los donantes), en particular, ahora en beneficio tanto de prole “genérica” (características tales como su estado de salud, el fenotipo, el grupo sanguíneo y el grupo étnico) para así hacer verdad las garantías anteriores, y de esta forma la similitud fenotípica e inmunológica se cohonestaba con los datos sobre el fenotipo, su estado de salud, mientras que la compatibilidad puede emparejarse con los datos acerca del grupo sanguíneo y el grupo étnico (este último parece no muy ajustado, o acorde con los módulos de autodiscriminación racial, aunque sean respetables para impedir, acaso y tal vez ;que sea negro un donante de una mujer blanca

receptora!). Por su parte, el núm. 5 del artículo agregaba, en cuanto a la extensión de esta información: “La mujer y el varón con el que constituye matrimonio o pareja estable, deberán ser informados sobre cuántas pruebas se hayan realizado al o a los donantes, y también sobre las pruebas o actuaciones a que ella es sometida”; a los fines de que se acredite la verdad de las exigencias impuestas sobre la idoneidad o calidad de los donantes que impone el art. 5-6 sobre el estado psicofísico del donante, y como ello devendrá tras las pruebas pertinentes por el Centro antes de aceptar la donación, se extendía la información a este particular en primer lugar, por cuanto también se refería a que se ilustre a la mujer “sobre las pruebas o actuaciones técnica a que ella es sometida”, o sea, el número y la índole de las terapias a recibir, que ratifica el deber general del 2-2.

c) Prohibición elección donantes: El núm. 2 expresaba: “Las usuarias de estas técnicas no podrán escoger los donantes. cuya elección es responsabilidad del equipo médico que las realiza”; la sujeción a este precepto veda a la mujer designar que sea tal o cual persona el donante, porque de ello se derivaría la quiebra del secreto o anonimato de la donación, siendo, pues, el Centro el que previo análisis de los virtuales afectados a los fines de cumplir con los nortes de similitud y compatibilidad del núm. 3, quien “designa el sujeto aportante de la donación”.

Por la importancia y trascendencia del art. 6 de la Ley, se transcribe *ab initio* de su subsiguiente estudio, cada uno de los cinco números de que se compone:

6.4 Su proceso legislativo. Reforma introducida por el Senado: Discusión en el pleno

Ya se anticipó que una de las enmiendas más sobresalientes que sufrió el texto de la Proposición remitida por el Congreso en el seno del Senado fue la relativa a este artículo 6, que, puede asegurarse, altera la fisonomía o campo de admisibilidad de estas técnicas en torno a la mujer, y zanja, como se verá, cualquier reparo o duda sobre si es posible “inseminar/fecundar artificialmente a la mujer sola”, y desde luego, con sentido positivo o

afirmativo. En el Diario de Sesiones del Pleno del 20 de octubre de 1988, en que se aprobaron todas las enmiendas introducidas por el Senado, se recogen alguna de las incidencias sobre la problemática subyacente; en efecto, aparece en ese diario y Boletín, pág. 8239, la siguiente intervención del Senador Sr. Mardones Sevilla -que se transcribe porque además enlaza a este art. 6 en su modificación con la del art.1-2 que, como se sabe, suprimió la palabra “Fundamental”: Decía así dicho Senador: “En nombre de las Agrupaciones Independientes de Canarias hemos votado de la siguiente manera estas enmiendas del Senado. En primer lugar hemos votado que no a la enmienda al punto 2 del artículo 1Q, y es necesario que se diga aquí, porque del texto que aprobamos en el Congreso, en cuyo debate tuve ocasión de intervenir y de fijar nuestra posición de apoyo a esta proposición de ley que había presentado el Grupo Socialista, por una serie de razones que constan en el “Diario de Sesiones” y que de alguna manera el doctor Palacios ha expresado ahora aquí, de ese texto se ha suprimido una palabra, que es la palabra “fundamental”. El punto 2 decía que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica... Y esto no se entiende así porque el texto del Senado es más restrictivo, y si aprobáramos el texto del Senado, que dice como finalidad única la actuación médica, estaríamos dejando sin sentido algo que nosotros hemos apoyado ya con nuestro voto afirmativo, que es el nuevo artículo 6Q que viene del Senado. Si se hubiera mantenido la enmienda del Senado que hace desaparecer la palabra “fundamental”, sería de inconsistencia jurídica y legal todo el artículo 6Q. Esto es fundamental. Aquí se viene a reconocer, en el artículo 6Q, algo que está impregnado en la Constitución, al margen de consideraciones restrictivas que yo respeto. Es una finalidad fundamental, indudablemente, una actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado, pero el artículo 6Q no regula la esterilidad humana, sino que viene a reconocer un derecho de maternidad y paternidad por vía de la reproducción asistida, y es muy importante que se destaque este concepto, porque es el verdadero concepto progresista de la ley; lo otro son cuestiones puramente técnicas y estaríamos hablando de una terapéutica más. Por tanto, la palabra “fundamental” conduce a un fin ético y familiar, pero admite que, junto a lo fundamental, haya accesorios, aunque éstos sean

de la importancia constitucional de los derechos individuales de la mujer para optar a la maternidad para la que la dotó la naturaleza, por vía de lo que se dice en el artículo 6Q”; también se produjeron intervenciones, en un sentido u otro, de los senadores Uribarri Murillo y Olabarria Muñoz (de la Democracia Cristiana y del PNV) empalmando la cuestión asimismo con la problemática de la desaparición de la llamada “pareja estable” efectuada por el Senado, y que se examinará en el artículo siguiente en su contemplación por la Proposición.

6.4.1 Trascendencia de su sanción. Explicación auténtica: BOCG 7 octubre

1988. Acogimiento de la disposición adicional a la de la proposición.

Así se dice, literalmente, justificando la enmienda en dicho Boletín sobre las “Enmiendas del Senado”: “El artículo 6 ha sido redactado, recogiendo parcialmente el contenido de la Disposición Adicional 1.^a del texto remitido por el Congreso de los Diputados, por razones sistemáticas y de técnica legislativa”. Esa explicación, en parte, es correcta y, en parte, escamotea la “trascendencia” de la innovación: lo primero porque, como luego subrayamos, el tema de la inseminación de la “mujer sola” debe, como así se hace, tratarse en la parte dispositiva de la Ley, y no en sus Disposiciones Adicionales; mas lo segundo no es tan así, porque se provoca no sólo un nuevo tamiz de “sistemática y de técnica legislativa” sino una profunda transformación en el sentido con que ordenó esta materia la Proposición. Y al respecto conviene examinar la referida disposición adicional 1.^a, como antecedente ilustrativo.

Presupuestos de admisibilidad.

a) Esterilidad como causa justificativa de la gratuidad: En el núm. I de esta Disposición se habilita esta posibilidad si acaece esta esterilidad y sólo si acaece, al expresarse: “La mujer sola podrá recurrir a estas técnicas de Reproducción Asistida, si padece una esterilidad irreversible que la justifique, con cargo a la sanidad pública, en los Centros sanitarios

públicos, concertados o vinculados a ella”: El presupuesto de la esterilidad, incluso, con el aditamento de ‘irreversible’ es lo que en la “*mens legislatoris*” explica la admisión excepcional de estas técnicas, sobre las que recae el estigma de que consciente o deliberadamente se traen al mundo los hijos “*solo ex matre*”, con los perjuicios o sustraendos inherentes; mas, en el modelo legal ha prevalecido el derecho en pos de la maternidad que el de ese eventual síndrome para el hijo así engendrado. La esterilidad se exige de forma indubitada, algo que se silencia en el caso de la mujer casada o compañera, aunque su situación en torno a la procreación sea la misma, porque no puede tener hijos bien sea por su causa o la del consorte/compañero; mas lo cierto es que en el homólogo en sede de pareja del art. 1-2 (o supuesto más general o común y así se rubrica a esas mujeres como “usuarias de estas técnicas”), en el art. 6 no se explicita tal esterilidad femenina; se comprende que sea así para eludir peticiones inseminatorias de mujeres solteras fértiles y que podrían acceder a la maternidad por vía natural, con lo que los casos de lesbianas o de repulsa al varón, sin más, no permiten esta modalidad, sobre todo porque contempla que su práctica sea totalmente gratuita o a cargo de la sanidad pública, con lo que se advierte que la infertilidad es, pues, un presupuesto que sí existe, y que redundaría en la práctica gratuita de las nuevas técnicas.

b). La no esterilidad causa permisiva: El núm. 2 dice: “La mujer sola no estéril podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante, con gastos a su cargo”; la permisiva es amplia y total, de tal suerte que bajo la primacía de ese derecho en pos de la maternidad, y cualquiera que sea el cuadro motivador de esta vía, por parte de la mujer -ya sea porque no quiera, porque no pueda, porque rechace, física o psíquicamente al varón- si es “rica”, o puede costearse la técnica, aunque sea fértil y no estéril, podrá “recurrir a la inseminación artificial con semen de donante”, con lo que se plantea si se le permite la FIVTE: la respuesta debe ser afirmativa, ya que la utilización del nombre de inseminación artificial por el legislador no es oponible a la FIVTE, sino alusiva, genéricamente, a estas técnicas, por lo que nada impide que si es a su cargo pueda beneficiarse de las mismas cualquiera que sea.

c) Requisitos de conducta y solvencia: A los fines de que la mujer inseminada/fecundada, sea capaz de asumir las cargas materiales y cumplir los derechos de la maternidad, que, claro es, embebe o absorbe los de la paternidad que inexisten -se dice que es a la vez “padre y madre”- se escribe en el núm. 3: “Para autorizar la aplicación de estas técnicas a la mujer sola deberá acreditar sus condiciones personales y sociales y sus medios de vida”; lo primero como alusivo a una conducta o comportamiento de normalidad en la imagen de promedio, y de la que resulte aquella aptitud o posibilidad de función. Cuándo, cómo y quién valorará estas “condiciones” (v.g. edad, salud, profesión, moralidad, reputación, etc.); asimismo se precisa acreditar “medios de vida”), para así calibrar si asumirá o no los costos o gravámenes de la crianza filial: presupuesto también lógico, pero que, en algún caso, podría tildarse de discriminatorio, porque, su contexto de literalidad, aparta a quien carezca de medios de vida o los tenga mínimos, situación que podría suplir también el erario público”, lo que parece excesivo desde la óptica de financiación.

La trascendencia rubricada se deriva de que, como se verá, se acoge el principio de absoluta admisibilidad en torno a la “inseminación de la mujer sola”, que sin cortapisa, y cualquiera que sea su estado civil -casada, viuda, soltera- puede acogerse a estas técnicas, con lo que el salto sobre la sanción incluida en la Disposición Adicional es evidente. Veamos, pues, su sanción.

6.4.2 Análisis de la sanción establecida.

6.4.2.1 a) Art. 6-1: Principio de Admisibilidad Absoluta:

“Toda mujer...”

Dice así el precepto en su núm. 1: *“Toda mujer podrá ser receptora de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar”*.

-Requisitos. Reenvío al art. 2.1. b.

Este principio de admisibilidad absoluta de la práctica de las nuevas técnicas, que se encierra en el sujeto o protagonista de la sanción al denominarlo “Toda mujer”, es decir, como se expuso, con independencia del status que ostente y con la cuestionabilidad que luego se examina sobre si persiste o no el objetivo de que esas técnicas son un antídoto frente a la esterilidad de la pareja, se regula en este primer número del precepto, bajo la exigencia de tres requisitos:

1) Consentimiento: Es evidente que para la práctica de la técnica correspondiente, el consentimiento de la mujer es ineludible -ya se dijo que una práctica impuesta es de todo punto aberrante-, y así lo reconoce de nuevo el legislador, con lo que ratifica el mandato general del art. 2.1.b visto “... solicitud y aceptación libre y consciente...”, que viene a hacer las veces de ese consentimiento del 6-1), y, es más, remarca la pureza volitiva de tal acto o deseo por parte de la mujer al precisar que ese consentimiento, sea libre, o sea, sin cortapisa o restricción alguna, consciente, o sea, reflexivo o sabiendo lo que se quiere (sin duda, tras la información correspondiente en los términos del precepto común incluido en el repetido art. 2.1. b), y, finalmente, por escrito, en señal inequívoca de que su voluntad es cierta y expresa, cohonestándose así este presupuesto con él, en su lugar, razonado elemento de la escritura para integrar la petición o solicitud y la emisión de la aceptación -dos actos que disocian el consentimiento o las conductas que integran-, en el proceso o dinámica actuatoria, ese consentimiento.

2) Mayoría de edad: También como en el general 2.1.b se requiere la mayoría de edad de la mujer, lo que sí se corresponde con una exigencia de común aceptación evitatoria de demandadas de inseminación por mujeres precoces o demasiado jóvenes, también se explica por qué sólo la persona mayor de edad puede válidamente consentir, en los términos del art. 1253-1Q c.c.; aunque sea periférico, se podría, en una línea de pensamiento extrema, especular si esta auténtica limitación de la mayoría de edad, que, no se dude, ciñe o restringe el alcance del sujeto, al comienzo de la sanción,

“Toda mujer”, se compagina con el principio de igualdad o no discriminación de corte constitucional, porque, en definitiva, no es cierto que “toda mujer” pueda inseminarse, sino sólo la que sea mayor de edad, y por tanto, las jóvenes que no alcancen esa edad de 18 años, aunque sean aptas para concebir, bien natural bien artificialmente, se encuentran apartadas de esta posibilidad. La explicación ha de partir de un cuadro de moderación o prudencia en el entendimiento de la ley: desde cualquier posición que se sustente al respecto, si se funda en un predicado de razonabilidad, ha de justificar ese límite por razón de edad, pues, de lo contrario, hasta se podría tildar de discriminatorio el propio principio general o común en el Derecho Civil de la mayoría de edad al situar el módulo en el “ante-Post” de esos 18 años en la idea de que los que no lo alcanzan están discriminados por ser menores: como se dice, ese planteamiento es hasta un despropósito que cae en su misma base.

3) Plena capacidad de obrar: La capacidad de obrar omitida en el 2.1.b, aunque por nuestra parte la dedujimos entonces, ahora se explicita, y ello la hace sinónima a la falta de incapacidad, e incluso, en los términos del actual art. 200 C.C. a la sanidad psicofísica de la interesada, con lo que esta capacidad de obrar, de este modo, se empareja con el “buen estado de salud psicofísica” del otro artículo -el repetido 2. Lb-, máxime cuando en el citado art. 200 se habla de que “son causa de incapacitación las... deficiencias... de carácter físico o psíquico...”.

6.4.2.2 b) ¿Persiste el presupuesto/objetivo de la esterilidad del art. 1.2?

Problemática: Es acaso aquí en donde radique la principal dificultad de la sanción, en su coordinación con el resto del articulado, y tal vez por ello, según sea la dirección o tesis que se sustente, en donde se anide la importancia de la reforma efectuada en el senado sobre el texto del congreso, y razón por ende de diversas discusiones parlamentarias que luego se recogen.

Y es que el problema deviene inevitable, ya que el principio general del art. 1-2, en cuanto sienta de modo impecable el fundamento admisorio de las

nuevas técnicas como se expuso. “Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana...”), si bien empalidecido por la contumacia del pleno de mantener ese fundamental que el Senado suprimió en su Enmienda -el riesgo del ensanche de las técnicas, se dijo, era por ello inminente-, queda “*ab initio*” como escamoteado, o incluso conculcado, porque esa previa exigencia de la “esterilidad” suponía que esa mujer o “toda mujer si se quiere respetar el 1-2 habrá de demostrar que es estéril para que pueda ser receptora, mientras que según este 6-1, no se precisa en su letra esa previa circunstancia de corte patológico; en el texto de la proposición de ley, en su antes vista disposición adicional I.a, se distinguía entre la “mujer sola estéril” y la “mujer sola no estéril”, facilitando la inseminación de la primera, mientras que en el segundo caso, se imponían los gastos a la misma: era una tenue diferencia pero que no distaba del espíritu del citado 1.2; ahora, como se dice, se silencia el dato de la esterilidad, con lo que se provoca la problemática enunciada y las soluciones parten de esta dualidad:

1) “**Tesis positiva**”, o justificativa con la letra del 6-1, en el sentido de que ya no se precisa la circunstancia de esterilidad para recibir estas técnicas, por: 1) el propio art. 1-2 al hablar de finalidad “fundamental” ya denota que cabe otro fundamento o finalidad, o sea, literalmente, practicar estas técnicas, aunque no lo sea como remedio o causa de esterilidad, como expresamente admite sus numerales. 3 y 4. 2) Que si así se aflora una mujer que se convierta en madre soltera, por su inseminación, el dictado de la constitución no lo prohíbe, siquiera sea el marco general de la tutela de la “madre soltera”, del art. 39 -el argumento sirve luego, como se verá, para explicar la expulsión de la ley del instrumento de la “pareja estable” que ofrecía la Proposición.

2) “**Tesis negativa**”: o crítica con esta sanción, al desconocer el peso de la esterilidad o designio que fundamenta la ley. Los alegatos parlamentarios fueron, en este sentido, así: del citado Diario de Sesiones -Boletín del 20-10-88-: el diputado de A.P. Sr. Botella Crespo: “Toda mujer tiene derecho a esta técnica, ¿por ser estéril o por ser sola? Porque es posible -digamos- una esterilidad psicológica, por desconocer varón, pero desde luego, no es

realista para el futuro de una sociedad que quiere ser progresista”. El diputado de la D.E. Sr. Uribarri Murillo: “... instamos al legislador para que nunca y bajo ningún pretexto una mujer sola pueda integrarse en un programa FIV... pues como se dijo en el Congreso de Sevilla -1 Congreso Internacional sobre fecundación “*in vitro*”- ello carece de fundamento y de ética social”.

Por nuestra parte, debemos, asimismo, criticar, que se silencie en este núm. 1 del art. 6 el objetivo de la esterilidad, como causa determinante de la proyección de las técnicas, porque cuando no exista la misma aquel objetivo, que funda la admisión de las mismas, queda preterido o conculcado; bien es cierto que también se apuntó la doble confrontación entre el valor de la maternidad, como atributo consustancial de la mujer y que debe admitirse sin cortapisa alguna y ese presupuesto de esterilidad, en principio, sólo constatable -al menos en su versión de relevancia social- en la pareja matrimonial o la llamada “pareja estable” o familia “de facto”; pero si esta subespecie de la pareja regular ya no tiene acomodo en la ley, y si hasta por mandato constitucional no cabe en este sentido distinguir entre la mujer casada y la que no lo es, no es posible “constreñir” o “forzar” a la mujer soltera, o “mujer sola”, por completo, y por tanto sin varón con quien conviva, a que demuestre su previa esterilidad para someterse a estas técnicas, ya que al carecer de relieve y noticialidad en el contorno social su imposibilidad para tener hijos o, sencillamente, que no los tiene, tal y como, en su caso, ocurre en aquellas parejas regulares, la única forma de acreditar esa esterilidad sería o mediante una prueba científica de resultado negativo o -lo que es absurdo e indigno- el sometimiento a actos de sexualidad genérica o indiferenciada sin fruto de concepción; por todo ello, no parece sino que la fórmula amplia por la que la ley se inclina sea la más adecuada, pese a que ello propicie riesgos o situaciones tan peregrinas o de repulsa como la inseminación de una lesbiana o mujer notoriamente adversa al emparejamiento natural de la sexualidad, con los consiguientes quebrantos para el eventual hijo “*solo ex matre*” que nazca precisamente de esta madre.

6.4.2.3 c) Artículo 6-2: Información.

Su alcance (antecedente con la proposición).

El 6-2 dice: “La mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida, deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada”.

Este núm. 2, reproduce el precedente núm. 1 del mismo artículo 6 según la Proposición “<Fuera de estos límites... la mujer deberá ser informada de los posibles riesgos, para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada”).

Y ello en la dicción de la Proposición era lógico porque antes se había sentado el principio de que “Se entenderán como edades más idóneas de la mujer para la procreación, las comprendidas entre los 18 y los 35 años”, por lo que fuera de estos límites, las “edades no eran adecuadas”; ahora, al desaparecer el obstáculo “por arriba”, es decir, ya sin la limitación de esos 35 años, la mujer “con edad inadecuada” será pues ¿la mayor de esta edad de 35 años? Así debía ser, pero como el límite ya no existe de esos 35 años, en cada caso, la discreción médico-legal determinará cuándo se está en edad adecuada o no, aunque ese precedente que no se fijó caprichosamente, sea un módulo analógico; por “abajo” de los 18 años, no sería ya “edad no adecuada” sino vulneración de la imperatividad del requisito de edad del núm. anterior.

6.4.2.4 d) Artículo 6-3: La mujer casada como usuaria. Requisitos específicos

El núm. 3 siguiente dice: “Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Aquí la ley contempla ya a la mujer casada como usuaria de estas técnicas, imponiéndole, entonces, un requisito adicional, como es que cuente con el previo consentimiento de su marido, por las inevitables consecuencias de la

paternidad que de esa forma, aunque sea en el plano formal, asume dicho marido, el que, es obvio, ha de consentir a ello. Por esos efectos pues de paternidad formal, el referido consentimiento es de absoluta necesidad, por lo que no cabe compartir la crítica que, en su día, expuso en el parlamento el diputado Botella Crespo cuando afirmaba: “También se dice que a la mujer sola se le va a dar tanta prioridad, y sin embargo, la mujer casada resulta que necesita el permiso del marido para poderse reproducir. No es una condición de la mujer el poderse fecundar, sino en unas circunstancias sí y en otras no, porque cuando está casada ese derecho lo pierde...”. Ya hemos dado la razón de ese “consentimiento previo” del marido “que no es permiso”, desde luego. El precepto, por lo demás, viene a reproducir ya sólo en sede de pareja matrimonial lo que en la Proposición decía el art. 7-3 extensivo a la pareja estable “Antes de la realización de estas técnicas... se deberá contar con el consentimiento escrito, tanto de la mujer receptora como del varón con el que constituye matrimonio o pareja estable”). Este consentimiento del marido habrá de reunir los requisitos vistos del de la mujer en su núm. 1, y las excepciones son explicables, porque tanto en el caso del divorcio como en el de la separación (en cualquiera de sus especies, legal, judicial o convenida) no concurre el emparejamiento matrimonial, y por tanto, incluso, no funciona, en el plano general, la presunción de paternidad del art. 116 C.C.; la referencia al divorcio parece inadecuada, porque, entonces, lo que ya no existe es el matrimonio, pues su vínculo se disolvió, en los términos del art. 85 del C.C.

6.4.2.5 e) Artículo 6-4: El consentimiento del donante. Dificultades de comprensión.

Dice el núm. 4: “El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el art. 8-2 de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”. Con esta sanción, en realidad ¿qué quiere decir la Ley, o cuál es el verdadero sentido de la misma?: En principio ha de partirse que este “varón” no será el marido, y no sólo porque el consentimiento de éste se reguló en el numeral anterior sino porque la remisión al art. 8-2, deriva en que se trate de un varón donante, o sea, aquel acto de entrega por una

persona de sus gametos -con la onda reguladora del citado art. 5- para que se utilicen por otra persona, y desde luego, y en su caso, fuera de su matrimonio, si es que dicho varón fuera casado. Entonces al remitirse el precepto a dicho 8-2 parece que sólo le preocupa subrayar los requisitos de que esa donación sea vinculante para integrar así el “documento indubitado” a los efectos del artículo 41 de la Ley de Registro Civil -en orden al reconocimiento de la paternidad- (no se ignora la también referencia de este consentimiento en la sanción del art. 5-2, hasta el punto que, curiosamente en el texto aprobado por el Senado -Boletín Oficial del Senado de 5 de octubre- y que no fue ratificado por el Pleno en este artículo aparece la remisión a ese artículo 5-2, en vez del que figura en el artículo 8-2); y entonces señala aquéllos, en cuanto a la precisión del consentimiento de este donante, que habrá de verterse de forma libre, consciente y formal -o por escrito-, con lo que el precepto queda tan descolgado de todo el proceso sancionador de este art. 6 “Sobre las usuarias” que más bien es un extraño, que debía haberse introducido en su sede natural “De los donantes” en el examinado art. 5.

6.4.2.6 f) Art. 6-5: Elección del donante y garantías de la mujer (antecedentes art. 6-2-3. Proposición)

El núm. 5, señala: “La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar”. El núm. 5 viene a reemplazar los antiguos numerales 2 y 3 del art. 6 según la Proposición y cuyo comentario precede. Destaca en la innovación de este texto legal, aparte de que, el primer inciso coincide, básicamente, con el anterior 6-2, en particular que en su segundo párrafo, en cuanto a las “garantías de la mujer” -remedio del precedente 6-3- se reproduce, prácticamente, igual sanción, por lo que vale el estudio que se hizo en su lugar, si bien -y ello es un acierto indiscutible- se sustituye la “compatibilidad con el varón con quien constituye matrimonio o pareja estable” con la “compatibilidad con su entorno’ familiar” y se dice, que, acertadamente, porque así se elimina lo que era una exigencia indescifrable

o inexplicable como se razonó aunque el nuevo texto en sede parlamentaria motivó que el diputado Botella Crespo también lo censurase acre e irónicamente, al exponer: “Cuando se dice que se deberá garantizar... las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar, ¿qué estamos diciendo?, ¿qué los donantes de familias bien acomodadas, no pueden ser donantes nada más que a mujeres receptoras de un entorno familiar adecuado?”.

En nuestra opinión, reiteramos el acierto de sustituir la compatibilidad con el varón, de antes, con ésta del ‘entorno familiar’, ya que la primera no tenía sentido, pues, se dijo, equivalía a que si el varón compañero era rubio o joven, el donante lo fuese asimismo, etc., mientras que este nivel de semejanza con el propio “entorno familiar” ya alude a una dimensión más difusa o genérica y con menos visos de rehúse, porque, simplemente está diciendo el legislador -no ya lo que el Diputado insinúa- sino que, en lo posible, se procure -aunque ello sea a veces una quimera- que el rol de, v.g. educación, costumbres, hábitos o extracción social entre el donante y la mujer con su entorno social sean lo más afines; y adviértase, y es bien significativo, que ahora, en rigor, no se acopla una segunda categoría en la exigencia de compatibilidad, como antes que además de la mujer se hablaba del varón, sino que, en realidad, se trata de una sola, la de la mujer, si bien integrada o dimensionada o arropada con sus circunstancias de ese rol social que ocupa o “entorno social”, con lo que, no hay más remedio de coincidir con ese diputado, que un mendigo no puede ser donante de una mujer acomodada, por diferir, evidentemente, sus respectivos “entornos sociales”.

6.5 Considerandos de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Artículos afectados: 4 y 11

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los 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 (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD), se viene realizando desde hace bastantes años; concretamente en España, el primer banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos 2,000 Niños en aquella nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento. La fecundación *in vitro* (FVI) con transferencia de embriones (TE), de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en España el primero de los hoy casi cincuenta nacimientos por esta técnica tuvo lugar en 1984. La transferencia intratubárica de gametos (TIG) comienza a realizarse también en España.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Se calcula que en España hay unas 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil, admitiéndose un porcentaje del 10-13 % del total, de las que un 40% podrían beneficiarse de la FIVTE o técnicas afines y un 20% de la inseminación artificial. Existen, además, 13 bancos de gametos y 14 centros o establecimientos sanitarios, públicos o privados, en los que se realizan estas técnicas o sus procedimientos accesorios.

Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados *in vitro*, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, éticos, biomédicos y jurídicos, principalmente.

Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer. Se trata de asuntos de enorme responsabilidad, que no pueden recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, que por otra parte tal vez rechazarían. En este orden de cosas, la creación de comisiones nacionales multidisciplinarias, constituidas con amplia representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y por expertos en estas técnicas, encargadas del seguimiento y control de la reproducción asistida, así como de la información y asesoramiento sobre las mismas en colaboración con las autoridades públicas correspondientes, facilitara, como se está haciendo en otros países, y como recomienda el Consejo de Europa a sus estados miembros en la recomendación 1.046 de Septiembre de 1986, la definición de sus límites de aplicación, contribuyendo además a superar normativas nacionales aisladas que, dadas las posibilidades de expansión de estas técnicas, resultarían ineficaces o contradictorias. Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de reproducción asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una

aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, asumida sin tensiones sociales y útil al legislador para adoptar posiciones o normativa.

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, so pena de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, 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, con respecto al material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crioconservación de gametos y preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.).

El material biológico utilizado es el de las primeras fases del desarrollo embrionario, es decir, aquel desarrollo que abarca desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento. Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir la situación jurídica del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del *status* biológico embrionario, tal y como indica el Consejo de Europa en su recomendación 1.046, de 1986.

Generalmente se viene aceptando el termino preembrión, también denominado embrión preimplantatorio, por corresponderse con la fase de preorganogénesis , para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días después, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes , y aparece en él la línea primitiva. Esta terminología ha sido adoptada también por los consejos europeos de investigación médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días 5 y 6 de Junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia. Por embrión propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de embrión posimplantatorio, a que hace referencia el informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania para estudio de las posibilidades y riesgos de la tecnología genética, presentado como documento 10/6.775 de 6 de enero de 1987.

Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado *in vitro* más allá del día 14 al que sigue a su fecundación, sostenido en la aludida recomendación 1.046 del Consejo de Europa, en el documento del cambio comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, de 5 de Marzo de 1986 (principio 18, variante 2d), en el informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, aprobado por el pleno el 10 de Abril de 1986, y en otros informes o documentos, con lo que se manifiesta la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embriológico. Al margen de tales consideraciones biológicas, diversas doctrinas constitucionales apoyan tal interpretación. Así el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en sentencia de 25/2/75, al establecer que según los conocimientos fisiológicos y

biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación; mientras que por su parte, el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 11/4/85, fundamento jurídico 5.A, se manifiesta expresando que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte; queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión.

Finalmente, se conoce por feto, como una fase más avanzada del desarrollo embriológico, el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones.

Teniendo en cuenta que la fecundación in vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen. La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones vinculados a ellas en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del

máximo interés relacionadas con el derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo. Los Centros o establecimientos donde se realicen estas técnicas habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Sanidad o que se establezcan normativamente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen habrán de estar contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un jefe de Centro o servicio, en el ámbito de equipos de trabajo.

En esta ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida, en España: 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 sólo en España, 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.

No pretende esta ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles.

La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

Capítulo 7: Las características de reproducción asistida y su estatus jurídico

7.1 Las técnicas de reproducción asistida en la Unión Europea

7.1.1 Introducción

En este epígrafe me propongo dar una visión global de las distintas posturas que se defienden, en materia de investigación de embriones, tanto en el ámbito internacional como en los países miembros de la Comunidad Europea, presentando asimismo las posiciones oficiales de los representantes de las grandes corrientes de pensamiento religioso.

Si toda la comunidad internacional condena unánimemente la clonación reproductiva (la fabricación pura y simple de un clon humano, que en la actualidad sería un desastre completo desde el punto de vista científico), los distintos pueblos tienen sensibilidades diversas a la hora de autorizar o no la investigación sobre embriones humanos.

Por un lado, la posibilidad de que se produzcan desviaciones en estos experimentos resulta preocupante y, por otro, este tipo de trabajos son portadores de inmensas esperanzas, en particular: una notable mejora de los métodos de inseminación artificial y de ayuda a la reproducción, así como el empleo de la clonación terapéutica para regenerar órganos.

Es casi seguro que será necesario realizar experimentos controlados sobre embriones humanos si queremos mejorar los métodos de reproducción, pues es difícil basarse únicamente en datos científicos obtenidos de otras especies. Las células embrionarias o células madres también pueden ser útiles para desarrollar nuevas terapias o probar nuevos medicamentos.

En cuanto a la clonación terapéutica, la situación es más compleja. Tras los grandes cambios acaecidos con el nacimiento de la oveja Dolly en 1997 y el descubrimiento de que las células madres embrionarias podrían diferenciarse en todos los tipos de células, parecían milagrosas las investigaciones destinadas a extraer esas células y que, gracias a la técnica

de clonación, podrían resolver los problemas de trasplantes. Sin embargo, en 1998, la comunidad científica descubrió que las células madres adultas poseen esas mismas propiedades maravillosas. Así surgió un nuevo debate sobre la necesidad o no de investigar sobre tipos de células madres. No hay que olvidar que, en materia de investigación, si bien los científicos saben exactamente dónde inician sus investigaciones, les es imposible predecir con certeza a dónde los conducirán. Por ello es difícil ignorar una vía que puede dar origen a nuevos tratamientos.

7.2 Límites de ámbito transnacional

7.2.1 Declaraciones de la UNESCO

A escala internacional, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) adoptó oficialmente, en 1996, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO 1998). La declaración no menciona explícitamente el embrión humano. Contiene numerosos artículos que destacan la necesidad de respetar la dignidad humana en la investigación genética, pero no aborda como tal la cuestión de si ésta protección debe aplicarse o no al embrión humano. Sin embargo, en el art.11 se hace referencia a las posibilidades de clonación humana: “No deben permitirse las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines reproductivos de seres humanos”.

En 1999, la Sesión de la Conferencia General de la UNESCO emitió una serie de directrices para la aplicación de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Los textos que acompañan la declaración mencionan que sus efectos serán objeto de un balance en 2002.

7.2.2. Resoluciones de la OMS

En la 50 Asamblea Mundial de la Salud, la Organización Mundial de la Salud adoptó la resolución WHA50.37, en la que pide a su Director General que establezca las aplicaciones potenciales de la clonación en el ámbito de la salud humana, así como sus consecuencias éticas, científicas y sociales.

“La principal objeción al empleo de la clonación de seres humanos es que este procedimiento sería contrario a la dignidad de la persona, pues violaría su carácter único e indeterminado” (OMS, 1998).

7.2.3 Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997, afirma en su controvertido art.18 que “Cuando la investigación sobre los embriones *in vitro* esté admitida por la Ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada al embrión”. Este convenio es el primer instrumento jurídico internacional vinculante, pues exige se garantice una protección suficiente y adecuada del embrión y prohíbe explícitamente la creación de embriones para la investigación, así como cualquier forma de discriminación hacia una persona a causa de su patrimonio genético.

7.2.4 Comunidad Europea

A pesar de las diferencias de punto de vista que se observan en las legislaciones de los países europeos con relación al estatuto moral del embrión y su protección jurídica ante la investigación, se han establecido limitaciones comunes. Los dictámenes del Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías (GEE) de noviembre de 1998 y noviembre de 2000 declaran que, si corresponde a cada país autorizar o no la investigación sobre embriones humanos, es necesario establecer a escala nacional una protección adecuada del embrión. Dicha protección debe obedecer a los criterios siguientes:

El plazo máximo autorizado para la utilización del embrión en investigación es de 14 días a partir de la fecundación, excluido el tiempo de congelación.

Es necesario, obligatoriamente, el consentimiento libre e informado de todas las personas que hayan donado material biológico para crear un embrión. En el caso de las células madres también es necesario el consentimiento libre e informado de beneficiario.

Está prohibido crear híbridos, semihumanos o semianimales, y efectuar modificaciones genéticas sobre embriones normales en estado preimplantatorio. Además, resulta prematuro crear embriones para la investigación, pues existen fuentes alternativas. Por otra parte, ha de garantizarse que la petición de donación de embriones y ovocitos no constituya una carga para las mujeres, sobre todo para las que sigan un tratamiento de fertilidad.

También, y es un aspecto muy importante, ha de garantizarse la protección de las personas participantes en los ensayos clínicos. En este sentido ha de prohibirse el comercio de embriones, de tejidos de fetos muertos, y de células madres. Finalmente ha de garantizarse un control científico sobre el uso de células madres.

La Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 6 de julio de 1998, relativo a la protección jurídica de las investigaciones biotecnológicas estableció, en la letra c) del apartado 2 de su artículo 6, que “.... Se considerarán no patentables, en particular...las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”.

7.3 Legislaciones de algunos estados miembros

7.3.1 Alemania

En 1992 Alemania adoptó la ley de protección del embrión, una de las leyes actuales más restrictivas en materia de investigación sobre embriones. La legislación alemana define el embrión como “un óvulo humano fecundado capaz de desarrollarse a partir de la fusión de los pronúcleos”.

La prohibición de la investigación sobre embriones es uno de los fundamentos de la ley de 13 de diciembre de 1990:

a).- Los artículos 1-1-2 y 1-2 prohíben la fecundación con fines distintos de la obtención de un embarazo.

- b).- El art.2-2 sanciona a cualquier persona que desarrolle *in vitro* un embrión con otro fin que la obtención de un embarazo.
- c).- El art.1-1-6 condena a extracción de un embrión con un objetivo distinto del de garantizar su supervivencia.
- d).- La ley prohíbe cualquier investigación sobre embriones existentes.
- e).- La Ley prohíbe la clonación humana, prohíbe la creación de híbridos.
- f).- Está prohibida la selección de sexo.

7.3.2 Austria

En Austria, la investigación sobre embriones se rige por la Ley de 1992 relativa a la medicina reproductiva. El embrión no se define como tal, sino que se emplea la expresión “células aptas para el desarrollo”, que designa los óvulos fecundados y las células surgidas de ellos. La legislación limita severamente la investigación sobre embriones humanos. El principio rector de la ley es que la medicina reproductiva sólo es aceptable dentro del matrimonio y de una relación heterosexual estable, y únicamente con fines de reproducción. La ley establece que los embriones sólo deberán emplearse para ser implantados en la mujer que ha donado los ovocitos y no podrán emplearse con otros fines. También restringe el número de óvulos que pueden ser fecundados a aquellos susceptibles de ser implantados. La donación de embriones o de gametos está explícitamente prohibida. La ley autoriza hasta un máximo de un año, transcurrido el cual deben ser destruidos.

7.3.3 Bélgica

Mi conocimiento es que existen dos propuestas de ley relativas a la investigación sobre embriones y células reproductoras, que se presentó el 6/04/2001 al Senado y que entró en estudio por parte de la Comisión Nacional Especial encargada de los problemas bioéticos, y otro proyecto referente a la protección de los embriones *in vitro*, que entró en el Senado.

En estas proposiciones de leyes se propone prohibir totalmente la creación de embriones con fines de investigación científica.

7.3.4 Dinamarca

La Ley nº 460 de 10 de junio de 1997 sobre la fecundación artificial, que entró en vigor el 1 de octubre de 1997, define las normas aplicables a la asistencia médica a la reproducción y a la investigación de embriones.

Sus disposiciones se precisan mediante un Reglamento de 17 de noviembre de 1997 y una circular de 30 de septiembre de 1997.

a).- El art.7 sienta el principio general de la prohibición de la investigación y la experimentación tanto sobre el óvulo fecundado como sobre las células reproductoras destinadas a ser utilizadas para la fecundación artificial.

b).- La investigación sólo podrá tener por objetivo la mejora de las técnicas de

reproducción asistida y el diagnóstico preimplantatorio.

c).- La investigación no puede efectuarse sobre embriones supernumerarios que sólo pueden conservarse un máximo de dos años.

d).- El Reglamento prohíbe la donación de óvulos fecundados.

e).- La ley prohíbe explícitamente la creación de clones humanos y seres híbridos.

f).- Se prohíbe la implantación de embriones que hayan sido genéticamente modificados y de embriones que puedan haber sido dañados en las investigaciones.

g).- El sexo del bebé sólo puede llevarse a cabo en los casos en que existe un riesgo alto de que nazca con una enfermedad hereditaria grave.

7.3.5 Finlandia

En Finlandia, la ley sobre investigación médica entró en vigor en abril de 1999. Se aplica a la investigación sobre embriones y define el embrión como “un grupo vivo de células, resultante de una fecundación y no implantado en el cuerpo de una mujer”. La ley indica explícitamente que la investigación debe respetar la inviolabilidad de la dignidad humana.

En el art.3 de la ley se abordan las cuestiones relacionadas con la investigación sobre embriones humanos.

- a).- La investigación en este ámbito sólo puede ser realizada por agencias que hayan obtenido licencia de la autoridad nacional.
- b).- La investigación sobre embriones requiere el consentimiento por escrito de los progenitores. Si éstos lo retiran posteriormente, la investigación no puede continuar.
- c).- Está prohibido crear embriones con fines exclusivamente de investigación.
- d).- Los embriones pueden crioconservarse durante 15 años.
- e).- La ley prohíbe cualquier investigación que tenga por objeto modificar la línea germinal, pero hace una excepción cuando el fin perseguido sea curar o prevenir una enfermedad hereditaria grave.

7.3.6 Francia

En Francia están en vigor las leyes sobre bioética del 29 de julio de 1994; debería haberse producido su revisión en 1999. Se han presentado distintos proyectos de ley desde 2001. Hay que señalar:

- a).- La investigación sobre embriones humanos sólo se autoriza cuando presenta ventajas directas sobre el embrión a fin de aumentar las posibilidades de éxito de la implantación.

b).- La legislación impone un plazo de siete días para la práctica de la investigación sobre embriones y fija también un límite de cinco años para su crioconservación.

c).- Establece una serie de prohibiciones específicas en el ámbito de la investigación sobre embriones entre las que cabe destacar: la clonación, la creación de híbridos, la ectogénesis, la terapia génica de la línea germinal, la creación de embriones para la investigación.

Con la revisión de la legislación existente se pretende autorizar la clonación terapéutica y la utilización de los embriones supernumerarios para poder trabajar sobre nuevos tratamientos a partir de células madres.

7.3.7 Grecia

En Grecia, la práctica de la investigación sobre embriones no está explícitamente sujeta a ninguna reglamentación, pero es regulada por el Consejo General de la Salud. En 1988, dicho Consejo General emitió una declaración que establece las directrices prácticas en la materia de reproducción asistida. Está permitida la investigación sobre embriones. Puede tener lugar hasta 14 días después de la fecundación. La investigación requiere el consentimiento de los procreadores y la aprobación del Comité de Ética responsable. Los embriones pueden crioconservarse durante un año como máximo. El almacenamiento y la donación de embriones exigen el consentimiento informado y por escrito de los procreadores antes de proceder a la FIV. Prohíbe expresamente la clonación.

7.3.8 Irlanda

La situación en Irlanda es única en la Unión Europea. La investigación sobre embriones está implícitamente prohibida en virtud de las disposiciones constitucionales de la octava enmienda. En efecto, la constitución reconoce el derecho a la vida del “no nacido”, equiparándolo al derecho de la madre. Irlanda es uno de los países de la UE que junto con Austria, Alemania, Bélgica y Reino Unido que no ha firmado el convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina citado anteriormente.

7.3.9 Italia

En Italia no se ha adoptado ninguna legislación específica y definitiva en relación con la investigación sobre embriones. Hay un estudio por parte de una Comisión Sobre la Protección de los Embriones, que inició su andadura el 21 de junio de 2000.

A falta de legislación, son de aplicación las recomendaciones formuladas por el Comité Nacional de Bioética. Según éste, sólo se pueden utilizar como fuente de células madres embrionarias para la investigación los embriones supernumerarios. El gobierno italiano ha pedido que se adopte un gran programa centrado en los potenciales de las células madres humanas. Desde 1997 existe oposición a la clonación humana, a la creación de híbridos y a la modificación de las líneas germinales.

7.3.10 Luxemburgo

Sólo conozco una propuesta de Ley, la nº 4567 que pretende regular la asistencia médica a la reproducción, es decir, las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción **in vitro**, la transferencia de embriones y la inseminación artificial.

En la propuesta se prohíbe la concepción de embriones con fines comerciales o industriales, así como para estudio, investigación o experimentación. Los estudios deben tener una finalidad médica y no perjudicar al embrión.

7.3.11 Países Bajos

El Proyecto de Ley “Embriones” de 26/09/2000 declara posible la utilización de embriones de menos de 15 días para la investigación si esta última se refiere a la fecundación *in vitro* (FIV) o a otros temas citados en el proyecto. Es preciso el consentimiento libre e informado de los donantes de gametos o de embriones para un período determinado.

Se admiten las donaciones *post mortem* a condición de que exista una prueba escrita del acuerdo del difunto.

La ley prohíbe la creación de embriones para la investigación, salvo que ésta se refiera a la adquisición de nuevos datos en materia de infertilidad, técnicas de reproducción artificial, enfermedades congénitas. No obstante se dará prioridad al uso de los embriones supernumerarios. En determinados casos también puede utilizarse el feto. El art.24 del texto de ley prohíbe la clonación, la modificación de las líneas germinales, los híbridos y la utilización de un animal como portador de un embrión humano, o viceversa.

7.3.12 Portugal

No existe legislación alguna sobre el tema objeto de estudio. No obstante, en 1997, el Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida declaró que la clonación de seres humanos, por los problemas que plantea en relación con la dignidad humana, el equilibrio de la especie humana y la vida en sociedad, es éticamente inaceptable y debe prohibirse.

En 1998, el Parlamento aprobó un proyecto de ley en el contexto de la legislación relativa a la reproducción médicamente asistida, pero ha permanecido sin publicar al obtener el Presidente de la República su derecho de veto. Con todo, la investigación sobre embriones parece que sigue siendo irrealizable.

7.3.13 Reino Unido

La Ley de 1990, modificada en 1992, relativa a la fecundación y la embriología humana rige la asistencia médica a la reproducción y define las condiciones en que es posible la investigación sobre embriones.

Estas disposiciones legislativas se completan con el código de deontología, que es el órgano encargado de velar por la observancia de la ley de 1990. La ley prohíbe el uso del embrión tras la aparición de la línea primitiva, que

se considera irrefutable a partir del día 14 de la fecundación, sin tener en cuenta los periodos de crioconservación.

Además, impone que todo proyecto de investigación obtenga el acuerdo de la HFEA, que será válido durante un periodo de tres años. El Código Deontológico de la HFEA (Human Fertilisation and Embryology Authority) exige que los proyectos de investigación reciban el acuerdo de un comité de ética local. La ley precisa también los únicos objetivos que puede perseguir la investigación sobre el embrión:

- a).- Mejora de las técnicas de tratamiento de la esterilidad.
- b).- Mejora del diagnóstico de enfermedades congénitas.
- c).- Perfeccionamiento de los conocimientos sobre las causas de los abortos naturales.

Lo que está claro es que la investigación debe contribuir al progreso del conocimiento de las enfermedades y de la ciencia relativa a la creación y el desarrollo de embriones, sin que ningún otro motivo pueda fundamentar una autorización de investigación.

d).- La investigación puede tener lugar tanto sobre embriones supernumerarios donados por sus genitores, como sobre embriones creados a tal fin, pero no podrá implantarse un embrión que haya sido objeto de una utilización científica.

e).- La ley prohíbe únicamente la sustitución del núcleo de una célula embrionaria por un núcleo extraído de una célula de una persona o de un embrión.

f).- Como novedad importante hay que señalar que permite la clonación por transferencia nuclear si ésta última se realiza antes de la fecundación, así como la clonación por escisión. Sin embargo, el HFEA prohíbe su empleo con fines reproductivos, y se reserva el derecho de conceder autorizaciones

de investigación sobre embriones resultantes de escisiones. Está prohibida la clonación de seres humanos.

7.3.14 Suecia

En Suecia, la investigación sobre embriones está regida por dos textos legislativos: la ley sueca sobre la fertilización *in vitro* de 1988 y la relativa a las medidas de investigación o tratamiento en que se utilicen óvulos humanos fecundados, de 1991.

La ley de 1988 regula la práctica de la reproducción asistida. Autoriza asimismo

determinadas investigaciones sobre los embriones humanos.

- a).- La investigación ha de efectuarse en los 14 días siguientes a la fecundación, pero sólo con el consentimiento de los procreadores.
- b).- Queda prohibida cualquier investigación encaminada a modificar genéticamente el embrión.
- c).- Una vez concluido el proceso de investigación, el embrión debe ser destruido.
- d).- La implantación *in útero* de embriones que hayan sido utilizados para la investigación está absolutamente prohibida.
- e).- El período durante el cual puede criopreservarse un embrión es de cinco años.

7.4 La trascendencia del embrión y el genoma humano

El siguiente apartado contiene información técnica sobre el Genoma Humano y el ADN. Se incluye como un contexto necesario de lo que debate jurídicamente.

El genoma debe ser entendido como la totalidad de la información genética almacenada en el ADN de las células. Cada embrión va definiendo su propio genoma, el cual guarda una gran similitud (99.8%) con todos los de su propia especie. Esa información que se encuentra almacenada en todas y cada una de sus células y que le define e identifica como ser único e independiente, es lo que conocemos como su patrimonio genético o genoma.

El genoma humano, ese gran libro de la vida que contiene las instrucciones que determinan las características físicas y en parte psicológicas e intelectuales del embrión, y posteriormente como individuo, que ha sido recientemente descifrado en más del 99% de su totalidad, gracias al esfuerzo de un consorcio público internacional (Proyecto Genoma Humano) y de igual manera en México, los estudios se realizan en el Instituto Nacional de Medicina Genómica.

Pero habrá que esperar algunos años más, hasta disponer de la información completa del genoma. Una vez conocida la secuencia de letras contenidas en el ADN que simbólicamente podemos considerar que forman las palabras y frases de este gran libro de la vida, queda todavía un importante camino que recorrer: conseguir interpretar y comprender dicha información, saber la localización y relevancia de cada uno de los genes así como sus implicaciones en el diagnóstico de las enfermedades y en la terapéutica personalizada de cada individuo. En este sentido, la secuenciación del genoma abre una nueva avenida en el conocimiento y fundadas expectativas de interés en el área socio-sanitaria.

Las personas estamos formadas por un ingente número de células y, aunque las que constituyen la piel, el hígado, el músculo, la sangre, el sistema nervioso, etc., muestran características morfológicas y funcionales diferentes; todas ellas encierran, en compartimentos específicos, una información genética idéntica, la cual no se expresa de forma simultánea en una misma célula sino que a lo largo del desarrollo se seleccionan grupos de genes que determinan su futuro estructural y funcional.

En este sentido, todas las células de nuestro organismo proceden, por divisiones sucesivas, de una célula precursora común que comparte una información materna y paterna para constituir su propio genoma, y las características morfo-funcionales propias de cada tipo celular dependen básicamente del particular grupo de genes que han sido seleccionados para manifestarse.

El ADN es la molécula responsable del soporte de la información genética, la cual está basada en una secuencia específica de otras moléculas mucho menores, denominadas nucleótidos. El orden de estos nucleótidos en el ADN es de crucial importancia, porque define la secuencia específica de aminoácidos que tendrá la futura proteína. Sólo participan 4 nucleótidos diferentes que, combinados en grupos de tres, establecen un código específico que define el significado de esta información.

Cada nucleótido dispone de tres elementos: una base nitrogenada, un azúcar (la desoxirribosa) y un grupo fosfato. La base es la verdaderamente responsable de la especificidad de la información y existen cuatro diferentes, que se identifican con las letras A (Adenina), G (Guanina), C (Citosina) y T (Timina), y representan las cuatro letras con las que se escribirá el libro de la vida; los otros componentes del nucleótido (el azúcar y el grupo fosfato) desempeñan una función estructural y facilitadora de la polimerización mediante el engarce consecutivo de los diferentes nucleótidos.

Estructuralmente, el ADN es una molécula de doble cadena, cada una de las cuales está dirigida en sentido antiparalelo (considerando la dirección de su polimerización o crecimiento) y ambas cadenas forman una estructura en espiral (a modo de escalera de caracol) en donde los grupos azúcar-fosfato constituyen el esqueleto o armazón que representan los laterales paralelos de la escalera de caracol, mientras que las bases nitrogenadas están orientadas hacia el eje central de la espiral y representan los peldaños de la escalera.

El apareamiento de las bases entre ambas cadenas, se realiza con una extraordinaria selectividad, de acuerdo con la siguiente regla: Adenina con Timina (A-T) y Citosina con Guanina (C-G) y cada 10 pares de bases (peldaños) da lugar a una vuelta completa de la hélice.

La información contenida en el ADN es decodificada en dos etapas consecutivas denominadas transcripción y traducción. La transcripción supone la síntesis de ARN (ácido ribonucleico) constituido por una secuencia de cuatro nucleótidos (ribonucleótidos) conteniendo las mismas bases que los nucleótidos que forman parte del ADN (desoxirribonucleótidos), con la salvedad que la Timina es sustituida por Uracilo. El orden de los nucleótidos en el ARN viene definido por la secuencia de los mismos en una de las cadenas del ADN que sirve de molde. Por último, la traducción supone el cambio del código basado en una secuencia de nucleótidos en otro basado en una secuencia de aminoácidos (proteína), merced a unas moléculas de ARN especiales denominadas ARNt (ARN de transferencia).

Ambos códigos son similares, pero no idénticos. Hay diferencias en la interpretación del código nuclear (negro) y el mitocondrial (rojo). Combinaciones de 3 nucleótidos (codones) en un ARNm son traducidos a aminoácidos en el transcurso de la síntesis de proteínas. El apareamiento de bases codón-anticodón entre ARNm y ARNt permite que el reconocimiento de las dos primeras bases se realice con normalidad (A-U,C-G), pero a nivel de la tercera base se produce un tambaleo excepcional (hipótesis del tambaleo) permitiendo que en dicha posición el apareamiento G-U sea también admitido.

Dada la importante función que tiene asignada la molécula de ADN tanto en el propio individuo como en la preservación de la información genética a través de la evolución, el ADN debe garantizar la estabilidad de esta información que será transmitida a sus propias células y a la descendencia.

Para garantizar la estabilidad del genoma éste no sólo se encuentra protegido y localizado en compartimentos específicos dentro de la célula,

sino que además se establecen mecanismos de control que garantizan la ausencia de errores al realizar las copias del mismo.

En la actualidad se asume que durante la duplicación del material genético se comete sólo un error cada mil millones de pares de bases, lo cual permite apreciar la gran fidelidad de las copias y el elevado grado de estabilidad de la información en el proceso de la herencia. Pero el genoma humano no es una entidad absolutamente estable, sino que puede ser objeto de diferentes tipos de cambios denominados mutaciones, las cuales pueden llegar a ser transmisibles a la descendencia si estos cambios afectan a las células germinales.

Las mutaciones surgen como resultado bien de la actividad normal de la célula (mutaciones espontáneas), o bien de su interacción con agentes químicos o físicos del entorno (mutaciones inducidas) y pueden ser de diferentes tipos, oscilando entre la alteración de un simple par de bases (mutaciones puntuales) hasta las anomalías cromosómicas a gran escala. Las mutaciones de genes y cromosomas han contribuido tanto a la biodiversidad genética de los individuos como a la aparición de patologías de origen genético.

El ADN no se encuentra en la célula como molécula desplegada y desnuda sino que habitualmente se repliega sobre sí mismo y se asocia con otras moléculas, fundamentalmente proteínas, para generar una estructura más estable y compleja denominada cromosoma.

Cualquier cromosoma está constituido básicamente por un centrómero (región central), dos telómeros (uno en cada extremo) y un número variable de orígenes de replicación, distribuidos a lo largo del mismo, que son los puntos en donde se inicia, de forma asincrónica, la duplicación del material genético.

La decodificación de la información genética es un proceso que permite pasar la información genética de un lenguaje codificado en secuencias de nucleótidos a otro basado en secuencias de aminoácidos. Para que el cromosoma sea realmente operativo, éste ha de ser capaz de replicarse

(realizar una copia exacta de sí mismo), segregarse en dos copias durante el proceso de la mitosis y autoconservarse en la célula durante generaciones, ya que el número de copias necesarias desde la primera célula hasta el individuo adulto, rebasa la cifra de la unidad seguida de catorce ceros (1 04).

Durante la división celular, las células hijas reciben una dotación genética idéntica a la célula progenitora mediante un proceso de replicación o duplicación del ADN durante el cual, las dos hebras de la doble hélice de ADN se separan y cada una de ellas sirve de molde para generar una nueva hebra complementaria, de acuerdo con la regla de apareamiento de bases anteriormente mencionada (A-T y C-G).

La transmisión o herencia de esta información en el ADN es de tipo semiconservativa, de forma que cada una de las células hija recibe una hebra de nueva síntesis y su complementaria antigua, que ha servido de molde para generar la nueva.

El genoma humano está constituido por un genoma nuclear y otro mitocondrial. La parte más importante del genoma se localiza en el núcleo de la célula (genoma nuclear) el cual está separado del resto por una envoltura nuclear que limita y regula el intercambio que se establece entre el interior del núcleo (en donde se encuentra el ADN) y el exterior del mismo (citoplasma celular) donde se encuentra la maquinaria relacionada con la decodificación de la información genética, responsable en última instancia de la síntesis de proteínas. El genoma nuclear, que está dispuesto en forma lineal y representa el genoma al que habitualmente nos referimos al hablar del genoma humano, está constituido por algo más de tres mil millones de pares de bases (o nucleótidos) conteniendo aproximadamente unos 35 mil genes. Cada cromosoma nuclear está constituido por una sola hebra de doble cadena de ADN (lógicamente asociada a proteínas) con una longitud de 1.7 a 8.5 cm, conteniendo entre 50 y 250 millones de pares de bases de nucleótidos.

Sin embargo, esta molécula habitualmente se encuentra en grados de mayor o menor empaquetamiento y esta especial forma de replegamiento de los cromosomas permite que todo el genoma pueda ser almacenado en el espacio nuclear de la célula, que viene a representar una esfera con un diámetro de unas cinco milésimas de milímetro, en donde se almacena una información equivalente al contenido de 800 Biblias. El otro genoma es el genoma mitocondrial, ubicado en la matriz de un orgánulo celular (mitocondria). La organización del genoma mitocondrial humano es radicalmente diferente del genoma nuclear, pero tiene grandes similitudes con la mayoría de los genomas de las bacterias (células procariotas): es más simple, está constituido por unos dieciséis mil seiscientos pares de bases, conteniendo 37 genes y con una disposición circular.

Se cree que la célula eucariótica actual, conteniendo ambos genomas, nuclear y mitocondrial, procede de la simbiosis entre dos células diferentes, una nucleada (eucariota) y otra sin núcleo diferenciado (procariota). Esta simbiosis debe ser entendida en los orígenes de la vida. Ésta surgió en un ambiente con una atmósfera reductora y las células liberaban oxígeno al medio como residuo de su metabolismo. En esta época, el oxígeno resultaba ser altamente tóxico para la inmensa mayoría de células eucariotas, aunque surgieron algunas células procariotas con capacidad para utilizar el oxígeno con fines metabólicos. La masiva liberación de oxígeno al medio (hace unos 1500 millones de años), provocó un enriquecimiento de oxígeno en la atmósfera de la tierra, incompatible con la vida. Sin embargo, gracias a la simbiosis de algunas células eucariotas primitivas con las células procariotas (con capacidad para consumir el oxígeno), las primeras pudieron adaptarse y sobrevivir en las nuevas condiciones oxidantes de la atmósfera.

En nuestro organismo podemos diferenciar dos grandes grupos celulares, en función de la carga genómica disponible. Unas son las células somáticas las cuales participan estructural y funcionalmente en la actividad de nuestro organismo y son la mayoría de las que forman parte de nuestro ser.

Se caracterizan por disponer de una información genética nuclear duplicada (numero diploide de cromosomas) dispuesta en 22 pares de cromosomas homólogos (autosomas) y dos tipos de cromosomas sexuales X e Y, de cuya combinación depende el sexo femenino (XX) o masculino (XY) de la persona.

Las otras células, presentes en menor proporción, son aquellas cuya función está relacionada con la fecundación y son las células germinales o gametos, denominadas óvulo (en el caso de la mujer) o espermatozoide (en el hombre). Todas ellas disponen de una dotación simple de cromosomas (numero haploide) constituido por 22 autosomas más un cromosoma sexual. Durante la fecundación, cada una de las células germinales, aportará una dotación haploide de cromosomas, de cuya combinación dependerá el sexo masculino o femenino del nuevo ser, con una dotación final diploide de cromosomas.

De ahí que el genoma nuclear del nuevo ser esté constituido al 50% por la información genética derivada del padre y el otro 50% derivado de la madre. Esta información paterna y materna permanecerá almacenada en las células somáticas siempre de forma físicamente independiente (son cromosomas homólogos, pero diferentes) mientras que en las células germinales se produce una recombinación entre cromosomas homólogos, generando cromosomas singulares basados en la recombinación del ADN materno y paterno. Además, cada célula germinal está constituida por una de las 223 posibles combinaciones haploides de cromosomas maternos y paternos. En este sentido, el mecanismo de reproducción sexual garantiza la diversidad evolutiva de la especie, ya que asegura que el genoma nuclear del nuevo individuo es el resultado de una recombinación particular (en las células germinales) de los respectivos genomas de sus progenitores.

Sin embargo debemos destacar que la herencia mitocondrial es exclusivamente materna puesto que durante la fecundación el espermatozoide sólo aporta su núcleo al óvulo, mientras que en el óvulo se encuentran ambos genomas, el nuclear y el mitocondrial, ubicado este último en los orgánulos mitocondriales citoplasmáticos. En este sentido, el

genoma mitocondrial es un instrumento de gran utilidad para seguir el linaje materno en el proceso de la herencia.

Los conocimientos requeridos para el avance del conocimiento sobre el genoma humano requieren al menos tres etapas consecutivas:

- i) completar la secuenciación de bases del ADN para obtener la información genética común a partir de un número suficiente de personas;
- ii) conocer que genes o grupos de genes participan en cada tipo celular y en qué enfermedades podrían estar implicados;
- iii) adquirir datos referentes a todas las proteínas que se producen en la célula y su presencia relativa en los distintos tipos celulares y en las distintas enfermedades.

El mundo es complejo y fascinante. Los adelantos técnicos y científicos se convierten en apasionados debates jurídicos, por las situaciones inéditas que enfrentamos. La ética seguirá debatiendo con la ciencia. No cerremos los ojos a esos nuevos campos del Derecho.

Reflexión final

Se ha desarrollado esta investigación a través de los capítulos precedentes, como fueron el genoma humano, el embrión, ambos en sus diferentes concepciones y transformaciones, así como el impacto jurídico y la responsabilidad penal y administrativa que sobre ellos circunda, poniendo énfasis en las posibles responsabilidades dentro del Derecho Civil. Se abordaron además los diferentes puntos de vista de los países adelantados en el terreno científico, en el sentido de apoyar más a la investigación sobre estos temas o desechando cualquier propuesta que ponga en peligro, según ellos, a la raza humana. Ahora creo conveniente hacer una construcción prospectiva sobre aspectos que repercutirán seguramente en las nuevas generaciones.

Para tal efecto se analizaron, en España, los requisitos del Real Decreto 412-1996 del 1º de marzo, que regulan los protocolos obligatorios de estudios de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones con fines de reproducción humana, y de igual forma con el Real Decreto 2.070-1999, de fecha 30 de diciembre por el que se reglamentan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; así como la ley 42-1988, de 28 de diciembre que ordena procedimientos sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos a un cierto tráfico y disposición sobre los embriones postimplantatorios y fetos, células, tejidos u órganos, que sólo se admiten cuando sean clínicamente no viables o estén muertos y se trate de un acto de disposición con soporte e información y consentimiento libre, expreso, consciente, por escrito y gratuito.

La ciencia avanza con más dinamismo que el Derecho y las exigencias de los ciudadanos, ya que en la actualidad, con los últimos descubrimientos de la genética y los laboratorios del ADN, puede precisarse de manera indubitable quién es el progenitor del hijo de determinada persona en España, de acuerdo con la Ley de Técnicas en Reproducción Asistida. Esto permite la fecundación de madres solteras, mismas que pueden ser estériles o no para atribuir la paternidad sobre el eje del consentimiento, en cuyo caso la verdad biológica puede quedar en anonimato por el donante. Luego entonces debería admitirse la maternidad subrogada, y cabría preguntarnos qué pensará el hijo de un padre que precisamente no quería tener hijo. Por ello debemos revisar muy cuidadosamente todos los aspectos de las técnicas de reproducción asistida con la única finalidad de satisfacer las necesidades de los adquirientes, evitando en todo lo posible dañar moralmente a quienes recurren a mencionadas técnicas.

Hasta la actualidad, el conocimiento sobre la expresión de los genes se lleva a cabo de una forma muy reducida y selectiva, analizando o estudiando gen a gen su comportamiento e implicaciones en la salud y la enfermedad y a lo sumo estudiando simultáneamente un número reducido de genes.

Los nuevos procedimientos basados en análisis sobre micromatrices (microarrays) de ADN permitirán analizar de forma simultánea la práctica totalidad de los genes utilizando un soporte (chip) con una superficie aproximada de un centímetro cuadrado. Esta nueva capacidad de identificación simultánea y rápida de los genes, permitirá conocer el grado de interrelación entre genes o grupos de genes y su influencia en relación con la actividad funcional normal de la célula y, por tanto, también de sus alteraciones e implicaciones en la patología. De igual modo, facilitará conocer la influencia de sustancias químicas exógenas sobre la expresión o alteración de los genes en los individuos. En un sentido amplio, nos permitirá comprender mejor que el genoma humano es el soporte de un potencial desarrollo físico del individuo y que su manifestación definitiva, viene también definida por los factores ambientales que modulan la expresión del genoma de cada persona.

En la actualidad, los expertos están de acuerdo en que más de 6 mil enfermedades tienen un origen claramente hereditario y de ellas, tan solo en un 3% de los casos se ha podido llegar a identificar el gen responsable de la misma. Enfermedades como el parkinson, alzheimer, hemofilia, síndrome de Down, multitud de patologías cardíacas, etc. podrían beneficiarse directamente de los avances en el conocimiento del genoma, pero las aplicaciones diagnósticas y terapéuticas podrían incrementarse por un factor importante, considerando que la manipulación genética de células puede ser utilizada también de forma indirecta con fines terapéuticos, modificando o modulando la expresión génica de células normales, por ejemplo con el fin de potenciar la respuestas del sistema inmunitario, como es el caso de las vacunas.

Esto abre también nuevas expectativas en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades adquiridas, como son el cáncer, las enfermedades infecciosas, etc.

En este contexto, surge la terapia génica como una parte especializada de este conocimiento que pretende estudiar y evaluar la posibilidad de reparar, sustituir o

silenciar parte del repertorio genético de las células con fines terapéuticos. Pero hay que destacar que detrás de estos importantes descubrimientos hay también importantes intereses económicos, con un gran potencial de suculentos beneficios, lo cual abre un amplio debate sobre la posibilidad de patentar los genes o las aplicaciones médicas de estos nuevos hallazgos. El desarrollo de nuevos fármacos basados en la información derivada de nuestro conocimiento sobre el genoma, abre un nuevo espacio en donde los conceptos bioéticos deberán aportar luz o límites a la hora de regular el posible conflicto de intereses que pudiera presentarse entre los beneficios a la humanidad y los intereses privados de empresas o grupos comerciales. En este sentido, no debe resultar baldío insistir en que el genoma humano es uno de los más valiosos patrimonios del ser humano y, por tanto, su información genética debe ser considerada como un patrimonio indiscutible de la humanidad.

Prospectiva del Genoma Humano

En el fin de apreciar el insospechado potencial que tiene el conocimiento del genoma desde el punto de vista socio-sanitario, diremos que todo lo mencionado en relación con las enfermedades deriva del conocimiento que en la actualidad disponemos respecto de los genes, los cuales son aquellas regiones del ADN que se manifiestan en forma de proteína después de ser decodificada su información genética.

Los genes son la parte más importante del genoma porque es la región que define las características estructurales y funcionales de nuestro organismo. Sin embargo, debemos señalar que las regiones génicas representan sólo el 3% del genoma, mientras que el resto de este gran libro de la vida, es decir, el 97% restante de las secuencias de nucleótidos presentes en el ADN, no tiene una función claramente codificante y desempeña funciones reguladoras, estructurales y, en gran medida, su función es desconocida. Algunos autores se refieren a estas regiones como ADN basura, lo cual no deja de ser una interpretación reduccionista. En cualquier caso, el mayor conocimiento sobre el significado y función de cada una de las partes del genoma y la posibilidad de modular o regular las funciones de los genes,

actuando no sólo directamente sobre los mismos, sino también sobre las regiones no codificantes, abrirá, sin lugar a dudas, un potencial de aplicación socio-sanitario con insospechadas ventajas. En este sentido, es razonable pensar que un conocimiento completo desde el punto de vista estructural y funcional del genoma humano no se alcanzará antes de varias décadas.

Sin embargo, los conocimientos actualmente disponibles son muy alentadores y ponen de manifiesto que constituyen los cimientos de la medicina molecular del siglo XXI. Mientras tanto, debemos señalar que el conocimiento adquirido en los últimos años sobre el genoma nos ha de permitir comprender mejor la normalidad y la enfermedad, las limitaciones y expectativa de vida de un individuo, las bases moleculares de la enfermedad, los mecanismos de la diferenciación celular, la regulación de la expresión de los genes, la biodiversidad de los individuos y las especies en la naturaleza y de cómo en la actualidad los avances en la tecnología del ADN recombinante o ingeniería genética, sumados a los conocimientos derivados del Proyecto Genoma Humano, tendrán una repercusión directa en las nuevas terapias basadas en la utilización elementos genéticos (terapia génica), así como ofrecernos un marco de comprensión del significado potencial de la clonación humana y su potencial aplicación en el trasplante, como fuente inagotable de tejidos y órganos.

Creo que para el devenir de la humanidad ha de observarse con mayor conciencia que a la ciencia nadie la puede detener y seguramente llegado el momento de alguna catástrofe inesperada o evento que ponga en peligro a la raza humana, podrá recurrirse a la clonación para lograrse la perpetuidad del hombre en un mundo nuevo, en donde observe sus errores del pasado, estructure mejor su presente y genere previsiblemente un estado de derecho, para que las futuras sociedades del mundo no se autodestruyan como en este inicio del siglo XXI, cuando observamos cotidianamente noticias que nos horrorizan, como si la mística de los hombres buscara la autodestrucción del ser humano.

Capítulo 8

Estudios jurídicos contemporáneos sobre el genoma humano en México y la visión del derecho internacional.

8.1 Derecho a la vida del embrión.

Indiscutiblemente, este apartado, debe responder a una pregunta inicial, ¿La vida se protege jurídicamente, desde el momento en que el embrión se engendra?

Para poder responder este cuestionamiento y analizar los alcances del derecho sobre la protección a la vida, desde el momento en que se comienza a gestar, es indispensable comprender primero que es el embrión y cómo comienza a gestarse.

Embrión.- Estado temprano de desarrollo de los seres humanos, u otros animales o plantas. En los animales que tienen una espina dorsal o columna vertebral, este estadio dura desde poco después de la fecundación hasta que aparecen todas las partes importantes del cuerpo. En los seres humanos en particular, este estadio empieza alrededor de dos semanas después de la fecundación y dura hasta el final de la séptima u octava semana de embarazo (Diccionario de Cáncer, 2020).

Embrión.- Un embrión es un ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación, hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. En el ser humano, el término se aplica hasta el final de la octava semana desde la concepción (fecundación). A partir de la octava semana, el embrión pasa a denominarse feto (INATAL, 2020).

Embrión etimológicamente viene del griego *embryon*, de *en* (prefijo que significa en, dentro de) y *bryein* (hinchar, crecer, germinar o brotar), apareciendo en el siglo XVII. Con la breve revisión histórica realizada previamente, queda clara su aparición en un

momento histórico determinado, y con un significado específico (Álvarez-Díaz, 2008: 1056).

Para la embriología actual, embrión es un «término que se refiere al desarrollo humano en las etapas iniciales de la diferenciación. Por lo general el tecnicismo no se emplea para referir al producto de la fecundación sino hasta la segunda semana, después de formado el disco embrionario bilaminar». Si bien la elaboración teórica y el discurso «científico» o «técnico» sobre el embrión reflejan lo anterior en un medio especializado, en realidad la mayoría de la gente no entiende precisamente esto. El diccionario recoge los significados que se les atribuyen a las palabras (contrario al creer popular de que dice lo que las palabras significan realmente); en el caso de embrión, la Real Academia Española lo define como un «ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.//2. En la especie humana, producto de la concepción hasta finales del tercer mes de embarazo». Tan solo comparando ambas definiciones se pueden observar discrepancias importantes, lo que se debe, entre otras cosas, al estatus del embrión (Álvarez-Díaz, 2008: 1056).

Desde una óptica técnica, especializada, etimológica y embrionaria, las definiciones antes expuestas sobre embrión, coinciden en que se trata de un ser vivo, potencialmente generador de la vida humana y si bien, antes de las doce semanas, aún se encuentra en un potencial para ser considerado vida humana, igual de cierto es que, es considerado ya un ser vivo. Esto es relevante para comprender diversas circunstancias jurídicas que giran en torno al tema y si bien es cierto, no es objeto del presente libro, dilucidar sobre si el embrión humano es considerado vida humana desde el inicio de su gestación o únicamente hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie, igual de cierto es que, conocer las posturas científicas al respecto, es relevante para dar pie a la protección jurídica del embrión en sus diferentes etapas de gestación y desarrollo, para lo cual, a su vez, es necesario conocer dichas posturas jurídicas actuales en

torno al tema, para así, poder dar respuesta a la interrogante inicial en el presente capítulo.

Pues bien, la visión jurídica actual, establece que, el embrión, potencialmente generador de la vida humana, en sus etapas iniciales, no puede considerarse todavía vida humana, por lo, jurídicamente existe la posibilidad de extinguir el desarrollo de dicho embrión, si así lo decide su portadora.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, entre diversos argumentos vertidos respecto de la despenalización del aborto y la protección de la vida desde que se genera en embrión, determinó lo siguiente:

Es inexacto que las normas combatidas constituyan una autorización para matar al producto de la concepción antes de la doceava semana de gestación, pues sólo se refieren a los casos en que el derecho penal debe proteger a los bienes jurídicos pero no regula conductas que implican su afectación, disminución o puesta en peligro, además de que el término interrupción del embarazo no puede equipararse al de matar, pues el producto de la concepción antes de las doce semanas de gestación carece de cualidades para tener vida propia (SCJN, 2008).

El razonamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que impera actualmente y con el que no necesariamente se puede estar de acuerdo, es que el término interrupción del embarazo no puede equipararse al de matar, pues el producto de la concepción antes de las doce semanas de gestación, carece de cualidades para tener vida propia.

Lo anterior, es relevante para establecer el alcance jurídico actual sobre la protección de la vida desde el momento de la gestación del embrión. Esto ha llevado al debate que aún se encuentra en discusión en algunos estados

de la república mexicana, que no están de acuerdo con la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como el caso de Veracruz.

En Veracruz, se encuentra vigente el artículo 4° constitucional local, que establece lo siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VERACRUZ

CAPÍTULO II

DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 4. El hombre y la mujer son sujetos de iguales derechos y obligaciones ante la ley.

El Estado garantizará el derecho a la vida del ser humano y su seguridad humana, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, como valor primordial que sustenta el ejercicio de los demás derechos, salvo las excepciones previstas en las leyes.

Del numeral antes invocado, se advierte que la vida en Veracruz, deberá protegerse desde el momento de la concepción, lo que, bajo una interpretación integral, representa que, aún antes de las doce semanas, se debe proteger al embrión como potencialmente una vida humana.

Este argumento, es el principal obstáculo para que se despenalice por completo el delito aborto en Veracruz.

CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ

Artículo 149.-Comete el delito de aborto quien interrumpe el embarazo en cualquiera de sus etapas.

Artículo 150.-A la mujer que se provoque o consienta que se le practique un aborto, se le sancionará con tratamiento en libertad, consistente en la aplicación de medidas educativas y de salud.

Artículo 154.-El aborto no es punible cuando:

I. Es causado por imprevisión de la mujer embarazada;

II. El embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial no consentida, siempre que se practique dentro de los noventa días de gestación;

III. De no provocarse, la mujer embarazada quede en peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste la opinión de otro facultativo, siempre que ello fuere posible y la demora no aumente el riesgo; o

IV. A juicio de dos médicos, exista razón suficiente de que el producto padece una alteración que dé por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves y se practique con el consentimiento de la mujer embarazada.

Del ordenamiento jurídico antes invocado, se aprecia con suma claridad que, no existe como excluyente de punibilidad, la libre autodeterminación de la mujer, lo que, a su vez, bajo una óptica nacional, como estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ya citada contradicción de tesis 146/2007 y su acumulada 147/2007, no puede considerarse como vida al embrión antes de las doce semanas de su desarrollo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al ponderar los derechos humanos de vida y libre autodeterminación de la mujer, hace un análisis ponderado y determina que antes de las doce semanas de gestación del embrión humano, la mujer puede decidir si tiene al potencial hijo o no, e interrumpir legalmente el embarazo, pues es la mujer quien tiene derecho a decidir sobre su cuerpo, sobre un embrión que potencialmente se convertirá en vida, pero aún no lo es.

El argumento anterior, sin estar necesariamente a favor del mismo, es el razonamiento jurídico que impera actualmente en la nación mexicana y al ser consecuencia de un resolutivo emitido por el máximo tribunal constitucional en el país, es de observancia general y obligatoria para orientar el criterio en todos los demás ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones normativas al respecto.

Como conclusión de este apartado, se puede sostener que el embrión humano, según las posturas científicas, es potencialmente una vida humana hasta antes de las doce semana, argumento que es retomado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México y por ende, establece los alcances

del derecho a la vida, a partir de las doce semana de gestación del embrión, con lo que se abre la puerta a la ampliación de las causales de interrupción legal del embarazo y por tanto, se garantiza la libre autodeterminación de la mujer, así como su libertad sexual y reproductiva, como derechos humanos, para que decida si continúa con la gestación o no o si decide practicarse una interrupción del embarazo o no, antes de las doce semanas, sin ser sujeta de la acción punitiva del estado.

El día lunes 25 de agosto de 2008, se inició la discusión de las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, en las que solicitaron la invalidez de las reformas y adiciones a diversos artículos del Código Penal y de la Ley General de Salud, ambos del Distrito Federal, realizadas mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 26 de abril de 2007, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

De forma resumida, se resolvió que los derechos de procreación no deben confundirse con la posibilidad de que el padre o pareja de la mujer embarazada o a los padres de una menor intervengan en la decisión de interrumpir un embarazo antes de las 12 semanas, pues esto, atenta contra la intimidad sexual y libre maternidad; además de que se corre el riesgo de que un tercero exija a la mujer que interrumpa su embarazo aun en contra de su voluntad. Asimismo, se atenta contra la libre autodeterminación de la mujer a decidir sobre su cuerpo; Por tanto, se consideró constitucional la interrupción legal del embarazo antes de las 12 semanas, cuando éste se solicita por la mujer gestante independientemente de la causa.

Para finalizar, cabe destacar que el Código Penal Veracruzano vigente, con base en los preceptos establecidos en el artículo 4 constitucional de la misma entidad, prevé como una modalidad del delito homicidio, la privación de la vida de los descendientes, incluso desde el momento en que son concebidos en el útero materno, esto es, antes de que nazcan.

Artículo 132.- A quien prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, sabiendo esa relación, se le impondrán de diez a setenta años de prisión y multa hasta de quinientos días de salario; si además en la comisión del homicidio se actualizan cuatro o más de las circunstancias agravantes señaladas en el artículo 144 de este Código, se le impondrán de treinta años a prisión vitalicia.

Sin bien el referido numeral, no dice de forma expresa, que la privación de la vida sea incluso antes del nacimiento, y si bien, para ello existe el delito de aborto debidamente tipificado, igual de cierto es que, en concatenación con la constitución veracruzana, se deduce que la vida se protege desde el momento de la concepción y por tanto, se podría encuadrar la conducta delictiva en el tipo penal de homicidio, citado en el párrafo anterior.

HOMICIDIO Y ABORTO CULPOSOS. CUANDO DE LAS CONSTANCIAS DE LA CAUSA PENAL LA AUTORIDAD FEDERAL ADVIERTE QUE NO ESTÁ PLENAMENTE ACREDITADO EL PRIMER DELITO, LA NUEVA RESOLUCIÓN QUE SE DICTE, CON MOTIVO DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO, TENIENDO POR DEMOSTRADO EL SEGUNDO, NO VIOLA LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE AMPARO.

Cuando de las constancias que integran la causa penal la autoridad federal advierte que no está plenamente acreditado el delito de homicidio culposo previsto y sancionado por el artículo 302, en relación con el 60, ambos del Código Penal Federal, por el cual el Juez de primer grado procesó y sentenció al inculcado, pero sí uno diverso de menor penalidad que tutela el mismo bien jurídico, como lo es el de aborto culposo previsto en el artículo 329, en relación con

el 60, ambos del mismo ordenamiento, resulta inconcuso que debe otorgarse el amparo para el efecto de que la responsable deje insubsistente la sentencia reclamada y, en su lugar, dicte otra donde tenga por acreditado este último y, con plenitud de jurisdicción, se pronuncie sobre la plena responsabilidad del activo en su comisión. Sin que lo anterior viole las leyes del procedimiento penal a que se refiere la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, porque el delito que se considera actualizado solamente difiere en grado al de homicidio que fue materia del proceso, pues la diferencia es una referencia temporal, es decir, una condición de tiempo dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado previsto en el tipo; lo anterior es así, en atención a que la vida intrauterina o extrauterina marca la línea divisoria entre la posibilidad del aborto y el homicidio, por ende, se concluye que la acción realizada por el sujeto activo y el resultado son los mismos, pues únicamente cambia la denominación del hecho delictivo que se le imputa, al haber privado de la vida al producto de la concepción cuando éste no había tenido vida extrauterina, circunstancia que no deja al inculpado en estado de indefensión, porque no se varían los hechos que integran el evento delictuoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 628/2005. 29 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez.

Es indudable, que la discusión jurídica sobre la protección de la vida antes del nacimiento, aún se encuentra en la mesa de análisis, pues por una parte, la justicia federal ha resuelto que la misma comienza a protegerse después de las doce semanas de gestación, pero en el Estado de Veracruz, se protege jurídicamente, desde el momento de la concepción y si bien es cierto, la jerarquía normativa novedosa que se deduce de los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, priorizan el

ordenamiento jurídico que mejor tutele derechos humanos, igual de cierto es que, en un ejercicio de ponderación y tutela judicial efectiva, se sigue generando la controversia sobre que ordenamiento jurídico está tutelando mejor el derecho a la vida, si la constitución veracruzana o la federal, pues la interpretación que ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es que se debe ponderar el derecho humano a la libre autodeterminación de la mujer y la libertad a decidir sobre su cuerpo, antes que ponderar la vida del embrión antes de que rebase las doce semanas de gestación, cuestión que en la constitución veracruzana es opuesta.

Finalmente, cabe señalar, que ante un caso concreto donde entren en conflicto dichos ordenamientos jurídicos, en virtud de la referida jerarquía normativa y toda vez que los razonamientos de la Suprema Corte, expresados a través de diversos criterios, son de observancia general y obligatoria, jurídicamente, la Constitución Federal y la interpretación vigente sobre la misma, por parte del máximo tribunal mexicano, lograrían superar la Constitución Veracruzana, pues bajo la interpretación del referido tribunal constitucional, el máximo ordenamiento jurídico veracruzano, no estaría tutelando derechos humanos de forma más favorable que la constitución federal.

En Veracruz, el tema sobre la ampliación de las causales para la interrupción legal del embarazo, mencionado por algunos estudiosos como la despenalización del aborto en Veracruz, es un asunto que se encuentra en discusión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, teniendo como un antecedente reciente, un amparo por omisión legislativa presentado por la falta de despenalización del aborto en Veracruz a cargo de la legislatura local, desatendiendo la primera alerta de género emitida en esta entidad.

La Secretaría de Gobernación, a través de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Conavim), emitió el 13 de diciembre de 2017 la declaratoria de alerta de violencia de género contra las mujeres (AVGM) por agravio comparado para el estado de Veracruz.

En consecuencia, el estado de Veracruz debió publicar y divulgar en medios de comunicación y lugares estratégicos la naturaleza y los alcances de la AVGM con información accesible y con un enfoque intercultural para la población, de conformidad con lo establecido en los artículos 23, fracción V, y 26, fracción III, inciso d) de la Ley General de Acceso.

Entre las medidas solicitadas, destacaron: realizar la modificación del artículo 149 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, conforme a lo establecido en el Informe del Grupo de Trabajo; reformar los artículos 150 y 154 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave; y divulgar e implementar la Ley General de Víctimas, la Ley de Víctimas para el estado de Veracruz y la NOM 046 para la adecuada y diligente atención a víctimas de violencia sexual, garantizando el acceso a la interrupción legal del embarazo (ILE) por violación.

Igualmente, se deberá garantizar que en todas las regiones del estado se cuenten con centros de salud en que se provean los servicios seguros, oportunos, de calidad y gratuitos para la ILE, y que, en caso de no contar con los mismos, se asegure su canalización a aquellos en los que se presta el servicio; y deberá contar con personal de salud no objetor de conciencia, capacitado en los métodos de interrupción legal del embarazo, tanto médicos como quirúrgicos.

La omisión de la cámara legislativa del Estado de Veracruz, para legislar en relación a los artículos 149, 150 y 154 del Código Penal para el Estado de Veracruz, fue una cuestión que se llevó por la vía del amparo indirecto número 1191/2017 ante el juzgado decimoctavo de distrito con sede en Xalapa, Veracruz, mismo que fue concedido y que, en vía de revisión, llegó al máximo tribunal constitucional mexicano por facultad de atracción.

Fue así que los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia votaron en contra del proyecto que pedía la despenalización del aborto en Veracruz, absteniéndose de entrar al fondo del asunto, bajo el argumento de que el meollo de la discusión versó sobre si había existido una omisión

legislativa por parte del Congreso de Veracruz al no reformar su Código Penal en los artículos en los que está penado el aborto libre.

El asunto si bien, no procedió respecto de la omisión legislativa, con un trasfondo de despenalización del aborto en Veracruz, igual de cierto es que, sigue subsistente para resolver el fondo y eventualmente pronunciarse al respecto.

8.2 Manipulación genética desde la perspectiva penal

El desarrollo del conocimiento científico en materia de genética, ha avanzado mucho en los últimos años, siendo algunos de los cambios más significativos en los últimos años, la variación genómica humana, la prevención de enfermedades desde la gestación, la farmacogenómica, la modificación del código genético, clonación humana, entre muchos otros.

Como una consecuencia lógica de todo avance del conocimiento, devienen retos y áreas de oportunidad que eventualmente requieren una regulación jurídica. En el caso muy particular de los avances en materia de manipulación genética, se tipificó como una conducta delictiva cualquier afectación o cambio perjudicial que, con motivo de la misma, pudiera generarse.

MANIPULACIÓN GENÉTICA

Artículo 159.- Se impondrán prisión de dos a seis años, inhabilitación hasta por el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de salario, a quien:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunde óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; o

III. Mediante la clonación u otros procedimientos, pretenda la creación de seres humanos con fines de selección racial.

Artículo 160.-Se impondrán de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien:

I. Disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes o depositarios;

II. Sin consentimiento de una mujer mayor de dieciséis años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial; o

III. Implante a una mujer un óvulo fecundado, sin su consentimiento o sin el de los donantes o depositarios o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el hecho o para resistirlo.

Este delito se perseguirá por querrela. Si el delito se realiza con violencia o del mismo resultare un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y multa hasta de quinientos días de salario.

Además de las penas previstas, se impondrá privación del derecho para ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Si se trata de servidores públicos, se impondrán también, en los mismos términos, la destitución y la inhabilitación para el desempeño de empleo, cargo o comisión públicos.

El anterior numeral, nos revela entre otros aspectos, que las alteraciones a la estructura genética o modificaciones no benéficas al producto de la concepción desde su etapa de gestación, así como la clonación de seres humanos y la fecundación involuntaria, son cuestiones posibles gracias a los avances tecnológicos y científicos, pero en el momento en que estos son perjudiciales, la regulación jurídica debe considerar la acción punitiva del estado en caso de actualizarse una conducta descrita como delito.

Una noticia al respecto, que recorrió el mundo, publicada el 30 de diciembre de 2019, en diversos medios de comunicación tales como la BBC News Mundo, fue la condena a tres años de cárcel al genetista chino He Jianku, quien logró crear los primeros bebés modificados genéticamente, grosso modo, el asunto versó sobre la finalidad de proteger a los bebés

contra el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), impidiendo con el resultado del experimento que dichos bebés gemelos, nacieran con la enfermedad. A pesar del logro obtenido, las autoridades del país asiático aseguran que He Jiankui violó la legislación tras realizar experimentos con embriones humanos.

Las interrogantes obligadas en torno a estos avances tecnológicos y científicos, son ¿Hasta donde se puede manipular genéticamente a los seres humanos con el fin de mejorar su existencia o propiciar que desarrollen capacidades y tengan beneficios biológicos que, por sí mismos serian incapaces de desarrollar? ¿Llegaremos a clonar seres humanos con algún fin benéfico más allá del desarrollo científico?, ¿Existe una justificación para la manipulación genética, basada en una mejor estética? ¿La ciencia y la bioética, podrá algún día contemplar el mejoramiento de la raza humana a partir de la manipulación genética, dando como resultado super humanos? Y aunque estos cuestionamientos parecerán sacados de laguna película de ciencia ficción, la realidad es que dichas interrogantes, en realidad, están cada vez más cerca de ser contestadas.

El caso anterior, de haberse dado en Veracruz, no hiera dado como resultado la imposición de una sanción penal, debido a que el tipo penal vigente, es muy claro al establecer "...Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves...", y en el caso en comento, se evitó que dos gemelos bebés, nacieran con VIH, transmitido por sus padres.

A nivel federal, el Código Penal Federal de México, contempla la manipulación genética perjudicial al ecosistema en materia ambiental.

CAPÍTULO TERCERO

De la bioseguridad

Artículo 420 Ter.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país, o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al

ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales.

Para efectos de este artículo, se entenderá como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética.

En México, si bien, hasta el momento, no se tiene registro fidedigno sobre la manipulación genética de seres humanos, si se tiene un antecedente que ocurrió en nuestro país, relacionado con la genética y que ocurrió con base en la falta de regulación jurídica al respecto, lo cual se puede leer a continuación derivado de la nota “¿Por qué no fue ilegal que naciera en México un bebé con tres padres?”, publicada el 13 de abril de 2017, en el portal “animal político”:

En abril de 2016 nació en México el primer bebé que tiene material genético de dos madres y un padre. El nacimiento de este embrión fue calificado como “una nueva era para la medicina” pero también inició un debate sobre la legalidad de que haya nacido en el país.

El médico que realizó el tratamiento llamado reemplazo mitocondrial —que consiste en sustituir el ADN mitocondrial de la madre con el de una donante— con una pareja de jordanos dijo que optó por realizarlo en México porque en el país “no hay regulaciones”.

El procedimiento está prohibido en Estados Unidos, en donde el médico tiene su clínica de fertilidad, y sólo se ha legalizado en el Reino Unido.

En el documento “Técnicas de reemplazo mitocondrial y el Estado de derecho en México” de investigadores mexicanos y publicado por el departamento de prensa de la Universidad de Oxford, se detalla las leyes que se pudieron haber violado con el nacimiento

este embrión, pero sobre todo, la falta de legislación en el país para los temas de reproducción asistida y la modificación del genoma humano.

En la Ley General de Salud —la máxima legislación en el país en la materia— no existen restricciones para llevar a cabo técnicas de reemplazo mitocondrial en un embrión.

Como se puede apreciar de la información antes referida, México, aún tiene un serio vacío legislativo en materia de manipulación genética y esto hace de este país, un paraíso para una posible práctica de experimentos y manipulación genética sin consecuencias legales.

8.3 La maternidad subrogada y los casos actuales en México.

El Grupo de Información en Reproducción Elegida, define la gestación subrogada es un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo. La práctica es conocida también con otros términos, como “renta de úteros”, “gestación por contrato” y “maternidad subrogada”.

En el trabajo de investigación sobre “Maternidad Subrogada”, elaborado en 2008 por el Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados de la Legislatura Federal en México, se desprende que a la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como son las siguientes:

- Alquiler de vientre,
- Alquiler de útero,
- Arriendo de útero
- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de utero

- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,
- Gestación de sustitución
- Gestación subrogada
- Madre portadora
- Maternidad sustituta,
- Maternidad de sustitución,
- Maternidad suplente,
- Maternidad de alquiler
- Maternidad de encargo
- Madres de alquiler,
- Madres portadoras,
- Vientre de alquiler
- Surrogated motherhood, su denominación en inglés.

Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

Luego entonces se puede definir a la maternidad subrogada como el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada”.

En 2010, fue aprobada la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide La ley de maternidad subrogada del Distrito Federal. Esta iniciativa fue presentada por el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la cual expone que es necesario brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública, basándose en principios de autonomía, dignidad, universalidad e información.

Expone una definición de maternidad, estableciendo que es “la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”; y en relación con la maternidad subrogada, establece que es “la práctica médica

mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra”.

Sin embargo, la referida iniciativa, no fue promulgada y con posterioridad, se esgrimieron diversas iniciativas que incluso proscriben este tipo de circunstancias jurídicas para el país, tales como la presentada para reformar la Ley General de Salud de la siguiente manera:

Proyecto de decreto:

ARTÍCULO ÚNICO.- Se adiciona el artículo 319 Bis al Capítulo I “Disposiciones Comunes” del Título Décimo Cuarto “Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida”; se reforma la fracción VII y se adicionan las fracciones VIII y IX al artículo 462 del Capítulo VI “Delitos” del Título Décimo Octavo “Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos”; todo ello a la Ley General de Salud, para quedar como sigue:

“Artículo 319 Bis.- Se prohíbe disponer del cuerpo humano con el propósito de realizar la gestación por sustitución. Todo acto jurídico en el que se consigne la obligación a cargo de una mujer de renunciar a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero es nulo absoluto, y por tanto, no surtirá efectos legales, ni será susceptible de valer por confirmación o prescripción.

Artículo 462.- Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente se trate:

I a VI...

VII.- Aquella persona que con intención cause infección de receptores por agentes transmisibles por transfusión de sangre y sus componentes;

VIII.- Al que realice o participe en un procedimiento de gestación por sustitución; y

IX.- A los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la gestación por sustitución.

En el caso de las fracciones III, IV, V, VI, VII, VIII y IX se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia”.

No obstante, lo anterior, existen diversos estados de la república que consideran en sus respectivas legislaciones, la maternidad subrogada.

El portal babygest.com, presento en su texto “La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios” la regulación que existe en torno a esta figura jurídica por estado revelando la siguiente información:

- Tabasco.- Solo se permite la gestación subrogada altruista para parejas heterosexuales.
- Sinaloa.- La ley la permite a parejas heterosexuales siempre que exista una incapacidad médica.
- Coahuila.- En este estado, la gestación subrogada está prohibida.
- Querétaro.- Al igual que en el caso anterior, no está permitida.
- Distrito Federal.- Lo que existe es una propuesta de ley centrada en asegurar los derechos de filiación de los padres intencionales.

Actualmente tanto en Sinaloa como en Tabasco solo pueden acceder a la gestación subrogada los ciudadanos mexicanos. Por lo tanto, actualmente la gestación subrogada en México no está disponible para extranjeros.

Algunos de los elementos considerados en los contratos para la maternidad subrogada, se presentan a continuación, tomados de la publicación

realizada por Celeste López en el portal “La vanguardia”, bajo el título “Así es un contrato de gestación subrogada”:

Las obligaciones de la gestante

- Debe facilitar toda la información de su estado de salud, en especial, de las enfermedades hereditarias, venéreas, mentales y todas las padecida “ahora y con anterioridad”, incluso las enfermedades de sus familiares.
- Debe presentar un certificado de antecedentes penales.
- Pasar el reconocimiento médico en el centro elegido por los padres y seguir todos los tratamientos médicos, incluida la reproducción asistida, en el centro escogido.
- La mujer gestante está obligada a cumplir todas las instrucciones y prescripciones médicas, “incluso en los relativo al régimen del día, la dieta, las relaciones sexuales, la actividad física y la higiene, entre otras, así como tomar los medicamentos indicados y seguir todos los tratamientos necesarios para la “realización exitosa del programa de maternidad subrogada”.
- Una vez embarazada, no puede consumir alcohol, narcóticos ni medicinas (sólo las prescritas), ni fumar. Si los padres biológicos lo solicitan, tendrá que pasar una -prueba de alcohol y de drogas.
- Durante el periodo del embarazo, debe cumplir todas las prescripciones médicas relativas a su vida sexual, a su dieta ... y “no salir del lugar de residencia permanente acordado con los padres biológicos”.
- Debe interrumpir el embarazo, incluso hacer el aborto selectivo en caso de que así lo aconseje el médico elegido por los padres biológicos.

- Si la madre contratada está casada, “asegurar” que el marido vaya a un notario y dé su “consentimiento” y “ausencia de objeciones” a la participación de la mujer.
- No reclamar los derechos al bebé “nacido por ella” ni “no obstaculizar” la entrega a los padres legítimos.

Los padres biológicos

Sus derechos:

- A “demandar y controlar a la madre del cumplimiento de las prescripciones médicas”.
- Solicitar a la mujer contratada el “aborto terapéutico” en caso de una patología del feto que puede causar problemas graves para la vida y salud del niño si tres profesionales competentes lo confirman”.

El precio

En cuanto a las cuantías económicas, el contrato es minucioso en este apartado, estipulando cifras por cada uno de los gastos generados.

Según el contrato, los padres biológicos solo tienen una obligación clara: pagar a la madre subrogada lo acordado

Como se puede apreciar, la maternidad subrogada en nuestro país, aún encuentra resistencia en algunos estados y una notoria y carente ausencia de regulación jurídica eficaz.

8.4 Análisis jurídico del genoma humano desde la perspectiva internacional

El genoma humano, ha representado un gran reto para la ciencia jurídica y mientras en México, existe un notorio atraso sobre el tema en las diferentes aristas abordadas a lo largo de este libro, otros países han tenido un mejor impacto en cuanto a su regulación.

El 11 de noviembre de 1997 fue aprobada la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

A. La dignidad humana y el genoma humano

Artículo 1

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Artículo 2

- (a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.
- (b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.

Artículo 3

El genoma humano, por naturaleza evolutivo, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación.

Artículo 4

El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

El 14 de abril de, 2003, el Instituto Nacional de Investigación del Genoma Humano (NHGRI), el Departamento de Energía (DOE) y sus socios del Consorcio Internacional para la Secuenciación del Genoma Humano, anunciaron la terminación exitosa del Proyecto Genoma Humano.

En febrero de 2001, el Proyecto del Genoma Humano (PGH) publicó sus resultados a la fecha: una secuencia completa al 90 por ciento de los tres mil millones de pares de bases en el genoma humano. El Consorcio del PGH publicó sus datos en el volumen del 15 de febrero de 2001, de la revista Nature.

El proyecto tuvo sus orígenes ideológicos a mediados de la década de los 80, pero sus raíces intelectuales se remontan mucho más. Alfred Sturtevant creó el primer mapa genético (cartografía genética) de *Drosophila* en 1911.

Los avances a la fecha, han sido sumamente significativos, debido a que, en términos del portal “bioinformatica”, bajo el título “importancia del genoma humano”, autoría de Isabel Esteban, el genoma humano es, en palabras básicas, la información contenida en los cromosomas, que hacen que el ser humano sea como es y que pueda diferenciarse de otros seres vivos. Se puede decir, que el genoma es lo que da identidad a cada uno de nosotros y tiene que ver con nuestra historia genética, así como también con nuestros rasgos físicos y psicológicos que puedan estar determinados de ante mano.

Desde su descubrimiento, la secuenciación del genoma, nos ha permitido realizar numerosos avances en el ámbito genético, pero también en otros campos como en el de la medicina, ya que en la actualidad (años 2012/13) se ha determinado que una gran cantidad de genes influyen en que tengamos una mayor probabilidad de padecer determinadas enfermedades,

o también pueden determinar diferentes rasgos (que también estén influidos por los genes) que puedan ser ventajosos o perjudiciales.

Acorde con el portal “genotipia”, “los 15 avances genómicos más importantes de los últimos años”, se pueden catalogar de la siguiente manera:

Reducción del coste económico de secuenciar un genoma.

¿Por qué resulta importante secuenciar el genoma?, debido a que este mapa que contiene la descripción completa de la constitución humana, permite no solo revelar la estructura, debilidades y potencialidades, sino que, además, es la base inicial para el emprendimiento de avances posteriores con relación a dicha secuencia, lo que también aplica en materia botánica y biológica animal.

Las leyes de los respectivos países que apuesten a la investigación en este rubro, deben regular los alcances y el fomento de los estudios sobre genética, con el fin de propiciar avances y descubrimientos que favorezcan eventualmente a la raza humana.

Asimismo, se deben establecer los límites y parámetros normativos que encausen los estudios en todo momento hacia la observancia de la bioética y los fines del beneficio colectivo, erradicando y sancionando las prácticas tendientes a las alteraciones que produzcan el deterioro de la raza humana o los fines perjudiciales.

Variación genómica humana.

La variación genómica humana, implica la posibilidad de modificar elementos que caracterizan a las personas, desde su color de pelo, ojos, hasta las enfermedades que padecerán, por lo que las variaciones realizadas durante la formación o gestación del ser humano, puede ser determinante para el resultado en el desarrollo de su vida.

Aquí, la ciencia jurídica, tiene un gran reto, pues conforme mas avance la ciencia en este rubro, más posibilidades existirán de riegos, modificaciones genéticas incompatibles con la vida, modificación de la naturaleza humana, la generación de super humanos, etc. Por lo anterior, deben existir límites y una adecuada regulación, pues se trata del bien jurídicamente tutelado más importante como lo es la vida.

Genómica del cáncer.

Sin duda, uno de los aspectos que justifican de una manera más notoria los estudios sobre el genoma humano, es la posibilidad de abatir las enfermedades desde antes que causen estragos en la vida humana y prevenir e incluso erradicar antes del nacimiento, padecimientos tales como el cáncer.

Si se advierte este tema desde una perspectiva jurídica, no existen una regulación satisfactoria a nivel mundial, porque la ciencia en el ámbito médico-clínico y genómico, avanza de una forma muy superior a la ciencia del derecho y cuando surgen nuevos avances científicos en materia de genética y ADN, estos apenas se visualizan a largo plazo para su adecuada regulación normativa.

¿Hasta donde está permitido experimentar con el genoma humano, por el bien de la humanidad?, la respuesta quizás encuentre aún dificultad para revelarse de forma contundente, pero la última palabra la tendrá la norma que establezca dichos límites.

Conocer el origen de la especie humana y de dónde vienen nuestros ancestros.

Muchas interrogantes que han fascinado a la ciencia en las diferentes vertientes que existen, tienen que ver con el origen y la razón de ser de la raza humana, y el estudio del genoma humano podría ser la solución para encontrar las respuestas a tales interrogantes.

Aunque pareciera que las preguntas ante referidas, no le interesan a la ciencia del Derecho, se debe destacar que, como una ciencia social y humanística, las normas deben garantizar que existan los mecanismos legales necesarios para garantizar no solo el fomento del desarrollo científico sino además, regular adecuadamente que dichos avances no se desarrollen en contra de la naturaleza humana o con fines destructivos o antisociales.

La experimentación con seres humanos, aún está muy lejos de ser una realidad en México en cuanto al desarrollo de los estudios genómicos, lo cual, además de ser un aspecto que revela el avance científico bajo con relación a países desarrollados, también genera que dicho vacío convierta a nuestro país en un espacio sin consecuencias para quienes decidan experimentar con seres humanos en materia de genética.

Genómica en agricultura.

La genética alimentaria, al igual que la genética humana, tiene ciertos elementos de regulación muy escasos en México, como se ha referido con antelación, pero es indiscutible, que los logros y alcances en este rubro, podrían derivar en super alimentos que tenderían a erradicar el hambre en el mundo o mejorar la resistencia de alimentos y su mejor crecimiento en ambientes poco propicios.

Alimentos mucho más grandes que puedan alimentar a mas familias, menos susceptibles de ser afectados por plagas o con mayores nutrientes para generar una mejor alimentación. Estas cuestiones, no son fantasiosas, pues países desarrollados ya trabajan en este tipo de avances y México no es la excepción, pues regula adecuadamente este tipo de manipulación genética en los casos en que no sea con propósitos benéficos.

Código Penal Federal
Capítulo Tercero
De la bioseguridad

Artículo 420 Ter.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país, o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales.

Para efectos de este artículo, se entenderá como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética.

Los retos para en entrono nacional e internacional en materia de regulación jurídica, siguen siendo muy amplios, la importancia de interpretar el genoma, el diagnóstico de enfermedades raras, la farmacogenómica, entre otros rubros, son aspectos que ya comienzan a despuntar y dar resultados, pero en tanto que la ciencia avanza a pasos agigantados, la norma parece actualizarse a paso lento.

8.5 Derechos humanos, bioética y el genoma humano

Existen derechos humanos que puedan justificar y respaldar la obligación de legislaren torno a los temas de la genética y la bioética, indudablemente sí.

En México, tenemos tres derechos humanos sustanciales que se reconocen en la propia constitución federal y que dan sustento a los avances de la ciencia en materia de genoma humano, en torno a el progreso en beneficio de la humanidad, que son el derecho humano a la vida, a la salud y al desarrollo científico.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

...

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

...

Artículo 3o.

...

V. Toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica. El Estado apoyará la investigación e innovación científica, humanística y tecnológica, y garantizará el acceso abierto a la información que derive de ella, para lo cual deberá proveer recursos y estímulos suficientes, conforme a las bases de coordinación, vinculación y participación que establezcan las leyes en la materia; además alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura;

Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de

participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

La bioética en este sentido, juega un papel preponderante, pues como se ha sostenido, es la propia norma la que debe ponderar los límites de los avances científicos en torno al genoma humano.

La experimentación indebida, las modificaciones humanas antinaturales, el perjuicio de la colectividad, la supremacía racial, entre otros aspectos, deben cuidarse para que el conocimiento generado y los resultados obtenidos, no afecten en lo absoluto a la raza humana.

Que es la bioética entonces, es una disciplina muy reciente y se encuentra en un periodo de expansión. Acorde con Gustavo Bueno, en su libro, ¿qué es la bioética?, nos refiere que no es necesariamente ética de forma exclusiva, hace frente a todo lo que tiene que ver con el desarrollo científico y tecnológico, que no se limita a un punto teórico de intersección entre la ciencia y la ética, es, además, un sistema de acciones como una estrategia que la propia vida humana tendría que desplegar para garantizar la supervivencia, es la serie de principios morales que deben regir el comportamiento en el entorno de las ciencias médico-clínicas y biológicas.

En materia de genoma humano, los países deben garantizar en sus respectivos aparatos normativos, que las conductas de quienes realizan aportes al desarrollo científico y tecnológico en esta materia, procedan en estricta observancia de un comportamiento ético y mora.

El estado mexicano a través de la Ley General de Salud, garantiza que las investigaciones científicas, se conduzcan con una observancia estricta de la ética.

Artículo 98. En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán:

I. Un Comité de Investigación;

II. En el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, un Comité de Ética en Investigación, que cumpla con lo establecido en el artículo 41 Bis de la presente Ley, y

III. Un Comité de Bioseguridad, encargado de determinar y normar al interior del establecimiento el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética, con base en las disposiciones jurídicas aplicables.

El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.

Artículo 41 Bis. Los establecimientos para la atención médica del sector público, social o privado del sistema nacional de salud, además de los señalados en los artículos 98 y 316 de la presente Ley, y de acuerdo con su grado de complejidad y nivel de resolución, contarán con los siguientes comités:

I. Un Comité Hospitalario de Bioética para la resolución de los problemas derivados de la atención médica a que se refiere el artículo 33 de esta Ley; así como para el análisis, discusión y apoyo en la toma de decisiones respecto a los problemas bioéticos que se presenten en la práctica clínica o en la docencia que se imparte en el área de salud, así como promover la elaboración de lineamientos y guías éticas institucionales para la atención y la docencia médica. Asimismo, promoverá la educación bioética permanentemente de sus miembros y del personal del establecimiento.

Asimismo, la Ley General de Salud, vigente en México, establece lo referente al genoma humano, dedicando un capítulo del mismo nombre a establecer los alcances y estudios relativos.

TÍTULO QUINTO BIS

El Genoma Humano

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 103 Bis. El genoma humano es el material genético que caracteriza a la especie humana y que contiene toda la información genética del individuo, considerándosele como la base de la unidad biológica fundamental del ser humano y su diversidad.

Artículo 103 Bis 1. El genoma humano y el conocimiento sobre éste son patrimonio de la humanidad.

El genoma individual de cada ser humano pertenece a cada individuo.

Artículo 103 Bis 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación, conculcación de derechos, libertades o dignidad con motivo de sus caracteres genéticos.

Artículo 103 Bis 3. Todo estudio sobre el genoma humano deberá contar con la aceptación expresa de la persona sujeta al mismo o de su representante legal en términos de la legislación aplicable.

Un derecho humano íntimamente relacionado con el genoma humano, es el derecho de objeción de conciencia, esto es, la capacidad de negarse a realizar acciones tales como experimentos o aportes que, a consideración del médico o científico, vayan en contra de sus propios principios.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. SI AL EJERCER ESE DERECHO HUMANO EL PACIENTE SOLICITA RECIBIR UN TRATAMIENTO BAJO DETERMINADAS CARACTERÍSTICAS RELACIONADAS CON LA RELIGIÓN QUE PROFESA, ELLO NO IMPLICA QUE EL PERSONAL MÉDICO Y DE ENFERMERÍA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DEBA APLICARLO DE UN MODO DIVERSO AL QUE DETERMINE SU ÉTICA PROFESIONAL, CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS, PROTOCOLOS Y GUÍAS MÉDICAS.

De la teleología de los artículos 1o. y 4o., cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el criterio del Constituyente y del Poder Reformador ha sido

promover y garantizar la salud de los seres humanos, procurando los elementos para conservarla sin distinción de género, raza o religión. Asimismo, el numeral 24 de la propia Norma Suprema reconoce el derecho de las personas a profesar libremente la creencia religiosa que más les agrade, aunque no es absoluto e irrestricto, pues en su formulación o enunciación normativa consigna límites internos, dado que se condiciona a que su práctica no sea constitutiva de un delito o falta penada por la ley. Por su parte, el numeral 51 de la Ley General de Salud establece que la atención médica debe proporcionarse de manera profesional y éticamente responsable, mientras que del diverso precepto 10 Bis del mismo ordenamiento derivan dos hipótesis en cuanto a la participación del personal médico y de enfermería del Sistema Nacional de Salud en la prestación de sus servicios: la primera, que ante una urgencia o situación que ponga en riesgo la vida del paciente, no podrá hacerse valer la objeción de conciencia, entendida como el derecho humano del paciente a rechazar un tratamiento médico motivado por sus convicciones morales o religiosas, ya que, de hacerlo, incurriría en responsabilidad profesional y, la segunda, que puede excusarse de intervenir en el tratamiento de un paciente que se niegue a recibirlo en ejercicio de la objeción de conciencia, cuando no se encuentre en peligro su vida o no se trate de una urgencia médica. En consecuencia, los derechos fundamentales a la salud y a la libertad religiosa no tienen la amplitud para considerar que cuando un paciente solicite recibir un tratamiento bajo determinadas características relacionadas con la religión que profesa, al amparo de la objeción de conciencia, el personal de la salud deba aplicarlo de un modo diverso al que determine su ética profesional, conocimientos científicos, protocolos y guías médicas.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 90/2018. Miguel Ángel Rubio Méndez. 30 de agosto de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Urbano Martínez Hernández. Secretaria: Norma María González Valencia.

Cómo puede apreciarse de lo descrito en el presente apartado, tanto el avance científico, como el ejercicio de la ciencia en materia de genoma, la bioética y los efectos prácticos de la aplicación de los avances del conocimiento, así como el beneficio de la salud de la humanidad, son cuestiones que encuentran su fundamento constitucional a la luz de la protección de los derechos humanos.

8.6 Marco jurídico mexicano vigente en materia de genoma humano.

Aunque el marco jurídico vigente en México, se encuentra limitado en las diferentes vertientes que representan los estudios sobre la genética humana, no se debe pasar por alto que el marco regulatorio actual, debe conocerse a efectos de poder visualizar las áreas de oportunidad par su mejoramiento y mejores expectativas.

Ya se ha mencionado en apartados anteriores, la Ley General de Salud y el Código Penal Federal, que regulan aspectos generales tanto del genoma humano y la bioética, como el delito de manipulación genética, respectivamente. Prioritariamente, también se ponderó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como primordial sustento jurídico del reconocimiento de los derechos humanos de acceso a la vida digna, la salud, la libertad de convicciones éticas y el desarrollo científico, como ejes rectores de los avances en materia de genoma humano. Aunado a los referidos ordenamientos jurídicos, se deben considerar además las siguientes consideraciones:

El reglamento de la Ley General de Salud de forma directa, regula de forma específica el ejercicio de las acciones tendientes al sector salud y por tanto, es el sustento legal para la materia genómica.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN
MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

EN SALUD

TÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. El presente Reglamento de orden público e interés social tiene por objeto regular el Sistema de Protección Social en Salud que se establece en el Título Tercero Bis de la Ley General de Salud y su aplicación es competencia de la Secretaría de Salud, de los Servicios Estatales de Salud que cuenten con Regímenes Estatales de Protección Social en Salud, en los términos de la Ley General de Salud y de los acuerdos de coordinación que para el efecto se suscriban, y de las demás dependencias o entidades que resulten competentes.

En México, se cuenta con el Instituto Nacional de Medicina Genómica (Inmegen) es el undécimo Instituto Nacional de Salud, fundado en el año 2004, como resultado del trabajo efectuado desde 2001 por el Consorcio Promotor del Instituto de Medicina Genómica, integrado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, la Secretaría de Salud, y la Fundación Mexicana para la Salud.

ESTATUTO ORGÁNICO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1o.- El Instituto Nacional de Medicina Genómica es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con autonomía de decisión técnica, operativa y administrativa en los términos de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, agrupado en el Sector coordinado por la Secretaría de Salud, que tiene por objeto, en el campo de la medicina genómica, la investigación científica, la formación y capacitación de recursos humanos especializados, el desarrollo de tecnología y la vinculación con la

industria para el desarrollo de productos y servicios de base genómica, y cuyo ámbito de acción comprende todo el territorio nacional.

ARTÍCULO 3o.- Para el cumplimiento de su objeto el Instituto tendrá las siguientes

funciones:

I. Realizar estudios e investigaciones clínicas, epidemiológicas, experimentales, de desarrollo tecnológico y básicas en las áreas de su especialidad, para la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, rehabilitación de los afectados, así como para promover medidas de salud;

En ningún caso realizará investigación en células troncales humanas de embriones vivos, o aquellas obtenidas por trasplante nuclear;

II. Publicar los resultados de las investigaciones y trabajos que realice, así como difundir información técnica y científica sobre los avances que en materia de salud y medicina genómica registre;

III. Promover y realizar reuniones de intercambio científico, de carácter nacional e internacional, y celebrar convenios de coordinación, intercambio o cooperación con instituciones afines;

IV. Formar recursos humanos en medicina genómica, así como aquellas en materia o áreas, que le sean afines;

V. Formular y ejecutar programas, estudios y cursos de capacitación, enseñanza, especialización y actualización de personal profesional, técnico y auxiliar, en medicina genómica y áreas afines, así como evaluar y reconocer el aprendizaje;

VI. Otorgar constancias, diplomas, reconocimientos y certificados de estudios, grados y títulos, en su caso, de conformidad con las disposiciones aplicables;

VII. Prestar servicios de salud en aspectos preventivos, médicos, quirúrgicos y de rehabilitación en sus áreas de especialización, a través de otras instituciones de salud;

VIII. Proporcionar servicios de consulta externa y en medicina genómica a la población que requiera atención médica en sus áreas de especialización, a través de otras instituciones de salud y hasta el límite de la capacidad instalada de las mismas;

- IX. Asesorar y formular opiniones en materia de medicina genómica a la Secretaría cuando sea requerido para ello;
- X. Actuar como órgano de consulta, técnica y normativa, de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en medicina genómica, así como prestar consultorías a título oneroso a personas de derecho privado;
- XI. Asesorar en medicina genómica a los centros especializados de investigación, enseñanza o atención médica de las entidades federativas y, en general, a cualquiera de las instituciones públicas de salud;
- XII. Promover acciones para la protección de la salud, en lo relativo a las áreas y acciones propias de su especialidad;
- XIII. Impulsar la vinculación con instituciones nacionales para conformar una red de investigación y desarrollo en el campo de la medicina genómica y disciplinas afines, con la participación de instituciones internacionales; de conformidad con lo dispuesto en la Ley;
- XIV. Fomentar la realización de proyectos de desarrollo de tecnología especializada, obteniendo con ello innovación tecnológica en cuanto a la elaboración de medios de diagnóstico, fármaco- genómica y terapia génica;
- XV. Ser el Centro Nacional de Referencia para asuntos relacionados con el genoma humano y sus aplicaciones;
- XVI. Coadyuvar con la Secretaría a la actualización de los datos sobre la situación sanitaria general del país, respecto de las especialidades en medicina genómica; y
- XVII. Realizar las demás actividades que les correspondan conforme a la Ley y otras disposiciones aplicables.

Como parte de la esfera de competencia de la regulación jurídica de los estudios sobre genoma humano, en México se tiene una Comisión Nacional de Bioética.

DECRETO

ÚNICO.- Se reforman los artículos Segundo a Séptimo del Decreto por el que se crea el órgano desconcentrado denominado Comisión Nacional de Bioética, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de septiembre de 2005, para quedar como sigue:

ARTÍCULO SEGUNDO. Corresponde a la Comisión Nacional de Bioética:

I. Proponer al Secretario de Salud las políticas públicas de salud vinculadas con la bioética, así como coadyuvar en la implementación de las mismas;

II. Fungir como órgano de consulta nacional sobre temas específicos de bioética;

III. Fomentar la protección y respeto de los derechos humanos en la prestación de servicios de salud y en la investigación;

IV. Promover principios éticos, así como fomentar la no discriminación y la equidad de género en el Sistema Nacional de Salud;

V. Propiciar debates sobre cuestiones bioéticas con la participación de los diversos sectores de la sociedad;

VI. Fomentar la enseñanza de la bioética, particularmente en lo referente a la prestación de los servicios de salud, la investigación para la salud y las ciencias de la vida;

VII. Promover la creación de comisiones estatales de bioética, así como brindar asesoría a dichas comisiones respecto a su organización y funcionamiento, cuando éstas se lo requieran;

VIII. Apoyar la capacitación de los miembros de los comités hospitalarios de bioética y de ética en investigación;

IX. Establecer y difundir los criterios y procedimientos para la integración, funcionamiento y registro de los comités hospitalarios de bioética y de ética en investigación, y promover su observancia en el Sistema Nacional de Salud;

X. Evaluar y dar seguimiento a la integración y funcionamiento de los comités hospitalarios de bioética y de ética en investigación en coordinación con las instancias competentes;

XI. Opinar sobre los protocolos de investigación en salud que se sometan a su consideración;

XII. Conducir la relación de la Secretaría de Salud con organismos, autoridades e instituciones internacionales en materia de bioética, sin perjuicio de las atribuciones de otras unidades administrativas;

XIII. Establecer mecanismos de coordinación con instituciones de educación superior, grupos académicos y de la sociedad civil vinculados con cuestiones bioéticas;

XIV. Impulsar la observancia de criterios de bioética a nivel intersectorial en cuestiones relacionadas con la salud en materia de alimentos, agua, medio ambiente, educación, entre otras, y XV. Celebrar los instrumentos jurídicos que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto.

Aunado a lo anterior y continuando con el marco regulatorio que índice en los estudios del genoma humano en México, se tiene la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, la cual establece grosso modo:

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones Generales

CAPÍTULO I

Objeto y Finalidades

ARTÍCULO 1.- La presente Ley es de orden público y de interés social, y tiene por objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal y acuícola.

ARTÍCULO 6.- Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

V. El genoma humano, el cultivo de células troncales de seres humanos, la modificación de células germinales humanas y la bioseguridad de hospitales, cuya regulación corresponde a la Ley

General de Salud, y a los Tratados Internacionales en los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte;

Si bien la referida ley, excluye la materia genómica humana, igual de cierto es que, si regula la genómica en el ámbito de la flora y la fauna, lo cuál trastoca la salud humana y por supuesto que es ámbito de competencia de la genética.

En apartados anteriores, se dejó claro que la objeción de conciencia, además de ser un derecho de rango constitucional, es la puerta de salida a la negativa fundada por algún médico o científico que rehusé llevar a cabo experimentos o investigaciones en materia de genoma, cuando entren en conflicto con sus respectivas convicciones éticas y religiosas, lo cual tiene su fundamento en la propia Ley General de Salud.

Artículo 10 Bis.- El Personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud, podrán ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación de servicios que establece esta Ley.

Cuando se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una urgencia médica, no podrá invocarse la objeción de conciencia, en caso contrario se incurrirá en la causal de responsabilidad profesional.

El ejercicio de la objeción de conciencia no derivará en ningún tipo de discriminación laboral.

Finalmente, se presenta en este apartado, la regulación jurídica en materia de salud, que de forma directa e indirecta es relativa y aplicable a la materia de genoma humano en México:

RELACIÓN UNICA DE LA NORMATIVA DE LA SECRETARÍA DE SALUD

1. Políticas, bases y lineamientos que deberán observar los servidores públicos de las Unidades Administrativas Centrales y de los Órganos desconcentrados de la Secretaría de Salud, en los

procedimientos de contratación para la adquisición y arrendamiento de bienes muebles y, la prestación de servicios de cualquier naturaleza, con excepción de los servicios relacionados con la obra pública.

2. Manual de Integración y Funcionamiento del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios.

3. Manual de Integración y Funcionamiento del Subcomité Revisor de Bases del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Secretaría de Salud.

4. Políticas en Materia de Adquisiciones y Contrataciones del Subcomité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de los Servicios de Atención Psiquiátrica.

5. Código de Ética de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

6. Código de Conducta de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

7. Manual de Procedimientos de la Oficina del Secretariado Técnico del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad.

8. Manual de Procedimientos de los Servicios de Atención Psiquiátrica.

9. Manual de Procedimientos de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud.

10. Manual de Procedimientos de la Subsecretaría de Administración y Finanzas.

11. Manual de Procedimientos de la Coordinación General de los Institutos Nacionales de Salud.

12. Manual de Procedimientos de la Unidad de Análisis Económico.

13. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Calidad y Educación en Salud.

14. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Comunicación Social.

15. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Coordinación y Desarrollo de los Hospitales Federales de Referencia.

16. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Desarrollo de la Infraestructura Física.
17. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Evaluación del Desempeño.
18. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Información en Salud.
19. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Planeación y Desarrollo en Salud.
20. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Políticas de Investigación en Salud.

21. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Programación, Organización y Presupuesto.
22. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Promoción de la Salud.
23. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Recursos Materiales y Servicios Generales.
24. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Relaciones Internacionales.
25. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Tecnologías de la Información.
26. Manual de Procedimientos del Secretariado Técnico del Consejo Nacional Contra las Adicciones.
27. Manual de Procedimientos del Secretariado Técnico del Consejo Nacional de Salud.
28. Manual de Procedimientos de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública.
29. Manual de Procedimientos del Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud.
30. Manual de Procedimientos del Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea.
31. Manual de Procedimientos del Centro Nacional de Trasplantes.
32. Manual de Procedimientos del Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades.

33. Manual de Procedimientos del Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH/SIDA.
34. Manual de Procedimientos del Centro Nacional para la Salud de la Infancia y la Adolescencia.
35. Manual de Procedimientos de la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios.
36. Manual de Procedimientos de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud.
37. Lineamientos para el otorgamiento del aval a eventos de capacitación de Recursos Humanos en Salud.
38. Catálogo Institucional de puestos con indicadores laborales.
39. Reglamento para Controlar y Estimular al Personal de Base de la Secretaría de Salud, por Asistencia, Puntualidad y Permanencia en el Trabajo.
40. Reglamento de Vestuario y Equipo.
41. Reglamento de Capacitación.
42. Criterios para Dictaminar Técnicamente Eventos de Capacitación.
43. Criterios para Dictaminar Técnicamente Eventos de Capacitación Técnico-Administrativo.
44. Reglamento de Escalafón.
45. Reglamento de Becas.
46. Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
47. Manual de Procedimientos de la Dirección General de Recursos Humanos.
48. Acuerdo 140 por el que se Crea el Comité de Capacitación y Desarrollo de Personal de la Secretaría de Salud.
49. Lineamientos en Materia de Asistencia y Puntualidad.
50. Lineamientos sobre el Uso de Uniformes.
51. Guía Técnica para la elaboración de Manuales de Organización Específicos de la Secretaría de Salud.
52. Guía Técnica para la elaboración de Manuales de Procedimientos de la Secretaría de Salud.
53. Lineamientos Generales para el Programa de Compensación por laborar en Comunidades de Bajo Desarrollo.

54. Manual de Integración y Funcionamiento del Comité de Bienes Muebles.
55. Acuerdo por el que se Crea el Comité Interno para el Uso Eficiente de la Energía de la Secretaría de Salud.
56. Reglas Internas de Operación del Comité Interno para el Uso Eficiente de la Energía de la Secretaría de Salud.
57. Lineamientos para la Integración, Manejo y Conservación del Expediente Único de Personal.
58. Procedimiento para la designación de Directores Generales en los Institutos Nacionales de Salud.

BIBLIOGRAFÍA

ACTUALIDAD CIVIL Y PENAL, y sus respectivas Bases de Datos como consulta jurisprudencial. Colección completa.

ALBALADEJO M., Curso de Derecho Civil, tomo IV. J. M. Bosch, Editor. Barcelona, 1991.

ALBERRUCHE DIAZ-FLORES,M., La clonación y selección de sexo. ¿Derecho genético? Madrid, 1998. Alcance jurídico de las pruebas biológicas de paternidad. Ponencia presentada en el Curso sobre “Filiación y Patria Potestad” organizado por la Fiscalía General del Estado en Jaén y Noviembre de 1996. Inédita.

ALEGRE MARTINEZ, M.A, El art.10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de las personas .R.G.D., 1995, pags.189 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., “Determinación judicial de la Filiación: aspectos procesales “en la filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. III. CGPJ. Madrid, 1994.

ANSÓN OLIART, FRANCISCO, Se fabrican hombres: informe sobre la genética humana. 1 ed. Madrid: Rialp, 1988.

ARÁMBULA REYES, Alma, Maternidad Subrogada, México, Centro de Documentación, Información y Análisis, Cámara de Diputados, Legislatura Federal, 2008.

- ARROYO URIETA, G.; Cortes Castan, J. y Díaz González, J. A., Instrumentación genética manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos, en revista La Ley, D-232/1996, pág. 1206 y sigs.
- AYALA, F. J., La biotecnología y el futuro de la especie humana. R.C.E.C. 1989, pág.219 BELIVER CAPELLA, VICENTE, ¿Clonar?: ética y derecho ante la clonación humana. Granada: Comares, 2000.
- BENITEZ ORTUZAR, I., Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana. Madrid,1997. Aspectos jurídicos de la clonación humana. Genética humana en el tercer milenio, aspectos éticos y jurídicos. Baeza, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, “La patentibilidad de los descubrimientos genéticos, Madrid, 1994.
- BUJAN VARELA, M. J., “Introducción a la biología criminal” en Estudios del Ministerio Fiscal, núm. 1. Madrid, 1995.
- CABRILLAC, F., Le Droit civil et le corps humain. Th. Montpellier, 1962.
- CARCABA FERNANDEZ, MARÍA, Hacia un estatuto jurídico del embrión humano, especial consideración al pre-embrión en AA.VV. La filiación a finales del S.XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Madrid,1988, págs., 391 y ss.
- Los problemas jurídicos planteados por las nuevas Técnicas de reproducción asistida, J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1995.

Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Madrid: J. M. Bosch, 1995.

CARRIÓN YAGÜE, FRANCISCO, De la biotecnología a la clonación: ¿esperanza o amenaza?/Francisco Carrión Yagüe ... [et al.]. Valencia, Diálogo, 2003.

CASOL, I., Statuto giuridico dell'embrione e Status personale del nato. Italia, 1994

CASTAN TOBEÑAS, J. y Continuadores, Derecho Civil Español. Común y Foral, Reus, S.

A. Madrid, 1985. Tomo 5 volumen II.

CASTRO GARCÍA, J., La investigación de la paternidad, Biblioteca Jurídica de Bolsillo. Colex, 1992.

CHOCLAN MONTALVO, J. A., “Las Técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”. Revistas la Ley. Año XV. Núm. 3556. 5-7-1994.

CORDERO CUTILLAS, I., “Investigación de la paternidad en los procesos de filiación” en Actualidad Civil núm. 21. Madrid, 1994.

CORNU, G., Droit civil. Introduction-les personne-ls biens. París, 1991.

CUERDA RIEZU, A., límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas. A.D.P.C.P., 1988.

CUESTA AGUADO, PAZ M. DE LA, La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: (análisis del tipo objetivo del artículo 162 del código penal). Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DARWIN, CHARLES, El Origen del hombre y la selección en relación al sexo. Madrid: Ediciones Ibéricas, D. L. 1996.

DE MARINO Y GÓMEZ DE SANDOVAL, B., “La filiación en la fecundación asistida”, Revista La Ley, núm. 4261, Abril, 1997.

DÍEZ-PICASSO, L. Y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Tecnos, 1994.

DOMINGO, MARÍA, Las Técnicas procreativas y el derecho de familia: incidencias de la reproducción asistida en el matrimonio canónico. Madrid: Civitas, 2002.

El Genoma Humano como base de la paternidad y maternidad biológica: Investigación científica, límites y perspectivas futuras. Ponencia presentada en el Curso sobre “Filiación y Patria Potestad” organizado por la Fiscalía General del Estado en Jaén y Noviembre de 1996. Inédita. DORAL GARCIA, J.A., Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. Barcelona, Edhasa, 1975.

FÁBREGA RUÍZ, CRISTÓBAL F., “Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia”, Revista General de Derecho, núm. 260. Valencia, mayo 1996.

“Fecundación postmortem”. Ídem núm. V de 1992.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., “La responsabilidad civil del médico: su incidencia en las técnicas de reproducción asistida”. *Actualidad CIVIL*, NÚM. XLIX/1997.

FOSAR BENLLOCH, E., “Derecho de Familia y Política Familiar Europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la Familia y del Derecho de Familia en la Europa del año 2000”. *Actualidad Civil*. 938/1987.

FOURIER ORIGGI, HERNÁN, Técnicas de reproducción asistida: anteproyecto de ley. 1 ed. San José: PRODEL Asamblea Legislativa, 1996.

GAFO, JAVIER, Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1998.

GISBERT CALABUIG, J. A., Medicina Legal y Toxicología. Fundación García Muñoz. Valencia, 1985.

GISBERT JORDA, T., Ley 35/1988 de 22 de Noviembre de Técnicas de Reproducción Asistida Humana. Ponencia presentada en el Curso sobre “Filiación y Patria potestad” de la FGE ya indicado.

GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., “Acción de filiación en la reproducción asistida”. *Actualidad y Derecho*. 13/1992.

GUILLAMÓN ÁLVAREZ, JOSÉ ANTONIO, El problema moral de la esterilización. 1 ed. Madrid: Ediciones Palabra, 1998.

HERNANDEZ IBAÑEZ, C., La selección de sexo y derechos de la persona. La Ley, 1992, pp. 965 y ss.

“Consecuencias Jurídicas en torno a la fecundación asistida” en Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Eudema, 1992.

HERRERA CAMPOS, R., La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española. Granada, 1991.

HIGUERA GUIMERA, J.F., Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos. 1994.

El Derecho y la Genética. Ed. Trivium, Madrid, 1995.

IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, R., “La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de declaración, reclamación e impugnación de la filiación” en “La filiación: ...” Cuadernos de Derecho Judicial núm. III. CGPJ, 1994.

Ideas sobre Derecho de Filiación. Conferencia pronunciada en el Curso de Iniciación al Derecho del Programa de Universidad Abierta del Curso 1995-1996. Vicerrectorado de Extensión Universitaria de la Universidad de Jaén. Inédita.

ÍDEM Y LORENTE ACOSTA, J. A., El ADN y la identificación en la investigación criminal y la paternidad biológica. Comares. Granada, 1995.

Investigación de la paternidad Actualidad. Madrid, 1994.

“La culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano”. Actualidad Penal. XLIV de 1994.

“La filiación de los hijos nacidos de TRA”. Actualidad Civil núms. XVI y XVII de 1993.

“La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-1994 sobre filiación, desde una

perspectiva procesal”, en Revista del Poder Judicial, núm. 36.

“Las acciones de filiación y las Técnicas de Reproducción Asistida” en La filiación... Cuadernos de Derecho Judicial núm. III-94. CGPJ. Madrid, 1995.

IGLESIAS PRADA, J.L., La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano. Madrid, 1995.

LACADENA, J.R., Aspectos biomédicos. Madrid, 1986.

Manipulación genética, Madrid, 1988.

Status del embrión previo a su implantación, Madrid, 1989.

LACRUZ VERDEJO, J. L. “La Constitución y los hijos artificiales”. Actualidad Civil, 660/1987.

Las Inscripciones de nacimiento fuera de plazo y los cambios de nombre y apellidos. Principales problemas de su regulación jurídica a la luz de las Resoluciones de la DGRN. Ponencia presentada en el Seminario sobre Registro Civil organizado por la FGE. Madrid, 9 a 11 de Febrero de 1998. Inédita.

LATORRE LATORRE, V., aborto sistema a plazos, 1994.

- LAURENZO COPELLO, P., El aborto no punible, Barcelona, 1990.
- LLAMAS POMBO, E., La responsabilidad del médico, Madrid, 1988.
- LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, La ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, A.D.C., 1988.
- Fecundación artificial y Derecho, Madrid, 1988.
- “Los destinatarios de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La fecundación postmortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante del gameto”, en La filiación ... CDG núm. III-94. CGPJ. Madrid, 1995.
- Fecundación artificial y derecho. 1 ed. Madrid: Tecnos, 1988.
- LORENTE ACOSTA, M., La investigación biológica de la paternidad. Conferencia pronunciada en la Universidad de Jaén para el Área de Derecho Civil. Curso 1993-1994. Inédita.
- LOYARTE, DOLORES, Procreación humana artificial: un desafío bioético. 1 ed. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1995.
- LUCES GIL, F., Derecho Registral Civil, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1991.
- MARÍN GAMEZ, J. A., “Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida” en Poder Judicial núm. 32. CGPJ. Madrid, 1994.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L., La nueva inseminación artificial. Madrid, 1989.

- MARTÍNEZ MORAN, NARCISO, Biotecnología, derecho y dignidad humana/Narciso Martínez Moran (coord.); Carlos María Romeo Casabona... [Et al.]. Albolote, Granada: Comares, 2003.
- MARTÍNEZ, STELLA MARIS, Manipulación genética y derecho penal. 1 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- MARTINEZ VAL, J.M., La libertad de investigación en genética humana y sus límites, R.G.D., 1988.
- MAYOR ZARAGOZA, F., Las actividades de la UNESCO sobre Bioética. Rev.Dr. Gen. 1994.
- MCLAREN, A., Prelude to embryogenesis, London, 1986.
- MELENDO, TOMÁS, Fecundación in vitro y dignidad humana. 1 ed. Barcelona: Editorial Casals, 1987.
- MÉXICO. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Informe Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humana. – 1ed. – México: El Congreso, 1987.
- MONGE SÁNCHEZ, FERNANDO, Persona humana y procreación artificial. 1 ed. Madrid: Ediciones Palabra, 1988.
- MONTES PENADÉS VI CENTE, Derecho de familia. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.
- MONTES, V. L., “El consentimiento en la fecundación humana asistida. Los contratos instrumentales en la TRA: Las categorías negociables y la posibilidad de su adaptación” en La filiación... CDJ núm. III-94. CGPJ. Madrid, 1995.

- MORILLAS CUEVA, L., Manipulación genética: límites jurídico-penales y frontera penal. La respuesta del Código penal español. En *Genética Humana*, Baeza 2002.
- MORO ALMARAZ, M.J., Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Barcelona, 1988.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil, Tomo IV. Edersa. Madrid, 1981.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., La filiación en España, Comares. Granada, 1993.
- OLIVIERO, PH, La notion de preembryon, París, 1992.
- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, C., “Pruebas biológicas de la paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial” en *La Ley*, núm. 3785.
- PANTALEON PRIETO, F., Procreación artificial y responsabilidad civil. Madrid, 1988.
- QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad: la exceptio plurium concubentium. 1 ed. Madrid: Tecnos, 1993.
- RAYMOND, G., Le status juridique de l'embryon. 1993 REVILLARD, M. L., Fécondation in vitro et congélation d'Embryons, Zurich, 1986.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales” en Poder Judicial, núm. 25.

RODRIGO QUIJADA, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentado, México, 2003.

RODRÍGUEZ DE LUCIO, J., “Reconocimiento del menor de edad o incapaz. La aprobación judicial”, en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1798, pág. 1313 y sigs. RODRÍGUEZ LUÑO, ÁNGEL, La fecundación in vitro. 1 ed. Madrid: Ediciones Palabra, 1986.

ROMEO CASABONA, C. M., El Derecho y la bioética ante los Límites de la vida humana. Madrid, 1994.

Aspectos jurídicos del Consejo genético, Rev. Gen. H. 1994. Derecho y Genética humana: bases para una discusión. R.G.D. 1995. Los genes y sus leyes, el Derecho ante el genoma humano. Bilbao-Granada, 2002.

Perspectiva legal de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Los límites de la manipulación y experimentación embrionaria. Ídem.

RUÍZ VADILLO, E., “Las alteraciones genéticas provocadas y el Derecho Penal”, en El Derecho ante el proyecto Genoma Humano. Volumen III. Fundación BBV.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Los Derechos Registrales del menor” en II Reunión de Jueces y Magistrados Encargados del Registro Civil. CGPJ.

SÁNCHEZ MORALES, M. R., “Impactos sociales de las Técnicas de Reproducción Asistida en la estructura familiar”, en Revista Temas para el Debate, núm. 38, Enero 1998, pág. 53 y sigs.

SÁNCHEZ-CARO, JAVIER, Reproducción humana asistida: protocolos de consentimiento informado de la Sociedad Española de Fertilidad. Granada: Comares, 2002.

SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, A., “La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC” en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 143. SCHWOERBEL, W., Evolución. Biblioteca Básica Salvat. 1986.

SEGARRA CRESPO, M. J., Control del Fiscal en los asientos relativos a la adopción, sobre todo internacional. La ocultación de la maternidad. Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Civil organizado por la FGE y el CEJAJ en Madrid y Febrero de 1998.

SERRA, A., Problema etici della diagnosi prenatale. 1982.

El embrión humano, ciencia y medicina, Madrid, 1989.

SERRANO ALONSO, E., Aspectos de la fecundación artificial. Actualidad civil, 1989.

SERRANO RUIZ-CALDERON, J.M., Aspectos jurídicos de dos Documentos sobre bioética, R.G.L.J., 1987.

SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL, Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. 1 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma, 1990.

“Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación” en Poder Judicial, núm. 33.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J., acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido, La Ley, 1987.

THOMAS, A. V., Proyecto genoma humano: últimos avances. Bilbao, 1994.

VEGA GUTIERREZ, M. L., Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos. Valladolid, 1993.

VEIGA NICOLE, E., “La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad” en “La filiación: ... “. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. III. CGPJ. Madrid, 1995.

VIDAL MARTÍNEZ, J., Las nuevas formas de reproducción humana, Civitas. Madrid, 1988.

VILLANUEVA CAÑADAS, E. Y LORENTE ACOSTA, J. A., “Aplicaciones del ácido desoxirribonucleico (DNA) en Medicina Legal”, en Gisbert Calabuig, J. A., Medicina Legal y Toxicología. Masson-Salvat. Barcelona, 1992. Pág. 1048 y sigs.

VV. AA. “La prueba médico legal en las acciones de filiación”, en Actualidad Civil, núms. 43 y 44, 1986.

VV. AA. Biblioteca Jurídica Básica. Civitas. Madrid, 1995.

VV. AA. Introducción a la Biología. UNED. 1987.

VV. AA. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Trivium. 1987.

ZANNONI, EDUARDO A., Inseminación artificial y fecundación Extrauterina, Buenos Aires, 1978.

Inseminación artificial y fecundación extrauterina: proyecciones jurídicas.
1 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978.

ZATTI, M., Statuto biologico dell'embrione, Padova, 1987.

ZATTI, P., Quale statuto per l'embrione, Riv. Crit. Dir. Priv. 1990.

GLOSARIO DE LATINISMOS UTILIZADOS EN EL LIBRO

A Fortiori: con mayor razón

A Priori: Primero; Antes de que ocurra

A Sensu Contrario: Por otra parte

Ab Initio: desde el principio; que ocurre desde un inicio

Absoluta Erga Omnes: absoluto para todos; que aplica para todos

Ad Extra: el exterior

Ad Hoc: A esto; a propósito

Ad Intra: El interior

Animus Donandi: Intención de dar; con ánimo de compartir

Causa Pretendi: Causa: Pretendida causa

Conditio Iuris: Ley de condición; condicionado a la ley

Continuo: que ocurre de manera continua

De Facto: El hecho; de hecho

Donatum: Donación; lo que se da

Ex Profeso: A modo; hecho a modo

Ex Útero: Fuera del útero

Exceptio Plurium: Excepción de varios; que exceptúa a varios

Extra Commercium: Comercio exterior; más allá del comercio

Hic Et Nunc: Aquí y ahora

In Fine: En el final; al final

In Limine: En el umbral

In Pectore: En el pecho

In Útero: En el útero; dentro del útero

In Vitro: En vidrio; en laboratorio

In Vivo: En vivo

Ipsa Iure: La ley misma

Iter: Camino

Juris Tantum: Solo bien; únicamente por el bien

Lege Lata: Ley actual; ley que rige o que está vigente

Lex Artis: La ley del arte

Locatio Operarum: Contratación de trabajadores

Locatio Operis: Trabajo de alquiler

Mater Et Magistra: Madre y maestra; madre es maestra

Mater Semper Certa Est: Madre siempre está segura; la maternidad siempre es cierta

Mens Legislatoris: Mente del legislador; lo que el legislador pierde

Mortis: Muerte

Naciente In Fieri: Naciente para ser; nacido para ser

Nasciturus: ¿Nacido?; que aún no ha nacido

Neminem Laedere: Nadie duele; nada duele

Pater Is Est Quem Nuptia Demonstrant: El padre es quien el matrimonio demuestra

Per Se: Esencialmente; hecho a modo

Post Mortem: Después de la muerte; que ocurre después de la muerte

Prima Facie: A primera vista; de primera impresión

Prius: Primero; que sucedió primero

Quasi: Como si; como para

Res Extra Commercium: El comercio exterior; para ser comercializado en el exterior

Ex Matre: De madre; que es de la madre

Statu Quo: Estado de las cosas

Status: Estado

Tempus Ad Quem: Al momento en que sucede

Última Ratio: Pensamiento final, ultimo pensamiento

Primera edición 2011.

Segunda edición 2020.

El tiraje de esta obra, en su segunda edición, se realizó bajo el sello editorial de la Universidad de Xalapa A.C., a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones, en coordinación con la Asociación Política Estatal Ganemos México la Confianza, en abril de 2020, en versión impresa, constando de 100 ejemplares. Su versión digital se puede consultar en la página www.ux.edu.mx, oficinas en Km. 2 Carretera Xalapa-Veracruz No. 341 Col. Acueducto Ánimas, C.P. 91190. Xalapa, Veracruz, México.