

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 tercería 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.