

COMENTARIO A LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Después de que el 24 de noviembre de 1988 se publicara la ley sobre las técnicas de reproducción asistida la problemática en torno a los avances científicos en el ámbito de la procreación humana parece haberse acabado, o por lo menos enfriado. Esto parece comprensible si se tiene en cuenta el gran número de voces que se alzaban pidiendo dicha regulación, y la profusa literatura jurídica y moral que apareció sobre el tema en poco tiempo. ¡Hoy ya tenemos ley! y aquellas voces se han apagado; a la sociedad se le ha dado una nueva vía de reproducción y la ciencia tiene un universo humano para investigar.

No creo, sin embargo, que con ello el tema deba quedar zanjado; es más, pienso que es ahora cuando más debemos analizar y criticar dicha regulación, para exponer los pormenores, consecuencias y posibles contradicciones; ya que nos encontramos frente a un tema que, aun afectando a un escaso número de personas¹, hace que muchos conceptos e instituciones jurídicas deban ser revisados.

La ley que nos proponemos comentar es fruto del llamado «Informe Palacios»². A finales de 1985 se constituía una Comisión especial en el Congreso de Diputados para el estudio de la fecundación «in vitro» y de la inseminación artificial³. Durante un año se trataron en el seno de la misma los problemas que desde diversos puntos de vista (jurídico, moral, científico) planteaban estas técnicas. El 6 de marzo de 1986, una vez concluidas las reuniones, su presidente, M. Palacios, presentó a la Comisión un informe en el que se intentaba resumir lo discutido, y en el que se incluían ciento cincuenta y cinco recomendaciones.

Se trató por tanto de un informe de la presidencia, apoyado por el grupo socialista, y no de un informe de la Comisión, como lo demuestra la reunión que ésta mantuvo el 4 de febrero de 1986, en donde los diversos grupos parlamentarios,

1 Según la Exposición de Motivos de la ley que comentamos, en España hay unas 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil, de las que un 40 por 100 podrían beneficiarse de la FIV-TE o técnicas afines, y un 20 por 100 de la inseminación artificial.

2 A. Palacios, *Informe sobre la fecundación «In vitro» y la inseminación artificial humana* (Madrid 1986).

3 Este mismo año se constituía una Comisión paralela en la Dirección General de los Registros y del Notariado, que de igual modo emitió un informe, que discrepa en bastantes puntos del Informe de la Comisión Parlamentaria. Vid., *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, separata (marzo 1986).

distintos del socialista, manifestaron su desacuerdo con algunas de las más importantes recomendaciones propuestas. Por ello se decidió adjuntar al informe los votos particulares o enmiendas de los restantes grupos parlamentarios⁴.

Las recomendaciones efectuadas en el informe Palacios fueron la base de la Proposición de ley elaborada por el grupo socialista, sobre las técnicas de reproducción asistida (TERA); proposición que para nada tiene en cuenta las enmiendas presentadas al informe⁵.

Este hecho se repite en el siguiente paso del iter legislativo, cuando, después de trasladarse la proposición de ley al Senado, se rechazan por el Congreso las enmiendas presentadas, en aquella sede, por los grupos parlamentarios distintos al socialista. De esta forma, y a pesar de que en la Sesión plenaria del Congreso de 20 de octubre de 1988 se defendieron los votos particulares de los restantes grupos parlamentarios, la ley sobre TERA quedó aprobada tal y como había sido redactada por el grupo socialista en el primer texto del Congreso, por ciento cincuenta votos a favor, cuarenta y seis en contra, y cuatro abstenciones, de los doscientos cincuenta votos emitidos⁶.

Creemos poder decir por tanto, en contra de lo que M. Palacios afirmaba complacido en la sesión de aprobación por el Pleno, que nos encontramos ante una ley monocolor, en el sentido de que fue gestada, elaborada y aprobada por el grupo socialista. Esta no tiene en cuenta los criterios y opiniones discrepantes en los temas claves de su articulación.

Finalmente y utilizando un calificativo poco usual y quizás exagerado también, podríamos decir que estamos ante una ley relámpago, ya que a pesar de la importancia de su contenido pasó rápidamente por el cielo de nuestro Parlamento, apenas cinco meses se tardó en su aprobación, tiempo en el que sólo se dedicó una sesión plenaria a la discusión de enmiendas. Este hecho, en principio loable dada la exigencia de la ley por los diversos foros sociales, contrasta negativamente con la tardanza del Gobierno en el desarrollo de distintas materias, que según dicha ley debía desarrollar en el plazo de seis meses o un año, según los casos.

La ley TERA consta de una Exposición de Motivos amplia y clarificadora, que nos servirá de apoyo a la hora de interpretar y aplicar la normativa. Sus veintinueve artículos están sistematizados en siete capítulos. En el primero, con sólo un artículo, se recoge el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Los capítulos segundo y tercero (art. 2 al 10) se dedican a regular lo que la misma ley califica como finalidad fundamental de las técnicas: la actuación médica ante la esterilidad humana.

La finalidad impropia o no fundamental se recoge en el capítulo cuarto (art. 11 al 17), y es doble: por una parte la prevención y tratamiento de enfermedades de

4 En concreto presentaron votos particulares los grupos: Centrista, Minoría Catalana, Partido Nacionalista Vasco y Coalición Popular. Vid., A. Palacios, *Informe ...*, 193-230.

5 Proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida, de 25 de mayo de 1988, BOCG 27 de mayo de 1988.

6 Ley que fue aprobada el 22 de noviembre de 1988. BOE de 24 de noviembre de 1988. Corrección de errores BOE de 26 de noviembre de 1988.

origen genético o hereditario: por otra, la investigación y experimentación con gametos y preembriones.

Los tres últimos capítulos se dedican a los Centros y Equipos Sanitarios, las infracciones y sanciones, y la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

La ley concluye con una disposición transitoria y cuatro finales en las que se emplaza al Gobierno para que desarrolle determinadas materias previstas en la misma.

Como se puede apreciar, en el texto se entremezclan dos materias que, a mi juicio, deberían haberse regulado de forma separada. Por un lado, se contemplan las consecuencias de la aplicación de las técnicas en el ámbito del Derecho de Familia (cuando se refiere a la finalidad fundamental). Por otro, se regulan temas exclusivamente médicos o científicos, en la llamada finalidad impropia, cuestiones más propias de la ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos⁷.

Este hecho hace que la ley sobre TERA no tenga la necesaria técnica jurídica, ni una sistemática adecuada, ya que se pone el énfasis muchas veces en materias más propias de desarrollo reglamentario, en vez de articular mejor otras más trascendentes, en donde debería haberse centrado la nueva regulación.

No queremos sin embargo, pese a lo que pueda parecer, estudiar la ley sobre TERA, partiendo de posturas predeterminadas, partidistas o confesionales. Nuestro propósito únicamente es descubrir sus principios inspiradores, analizar su contenido en relación con los valores constitucionales y descender a sus consecuencias jurídicas y sociales.

En nuestro comentario, nos centraremos exclusivamente en el análisis de las finalidades que el legislador ha señalado para estas técnicas, dejando para otra ocasión el análisis de las conductas sancionadas y los temas que han de ser desarrollados reglamentariamente: Centros y Equipos médicos, y la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

I. FINALIDAD FUNDAMENTAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (CAP. II Y III)

El artículo 1 de la ley nos dice que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana⁸. Esta finalidad se encuentra regulada en los capítulos segundo y tercero, en donde se especifican por un lado, los requisitos generales que deben concurrir en la aplicación de las nuevas técnicas. Por otro, los presupuestos subjetivos y consecuencias jurídicas en el ámbito del Derecho de Filiación; es decir, quiénes pueden acceder a las técnicas o «las usuarias», la admisión de las prácticas heterólogas o «los donantes», y sus consecuencias jurídicas o «los padres e hijos».

7 Ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, BOE de 31 de diciembre de 1988.

8 El Congreso en sesión del 20-10-88 suprimió la enmienda del Senado que hacía desaparecer el calificativo de fundamental, introduciéndolo de nuevo en el texto definitivo. A pesar de ello, dicho término no aparece en el BOE de 24-11-88, debido a un simple error material, rectificado en el BOE de 26-11-88.

1. *Principios generales*

Los requisitos que, según el artículo 2 de la ley, deben concurrir para la aplicación de las TERA, pueden agruparse del siguiente modo: referidos a la mujer, requisitos legales y requisitos médicos.

La mujer ha de ser mayor de edad, y debe estar en buen estado de salud psicofísica. Para su realización deberá rellenar un formulario donde deje constancia: de su voluntad libre y consciente de someterse al proceso, que podrá suspenderse cuando lo solicite; y de que ha sido informada suficientemente sobre sus implicaciones y riesgos. Además, todos sus datos e historial clínico deberá ser tratado con reserva y estricto secreto de su esterilidad.

Técnicamente estas prácticas sólo podrán emplearse cuando existan posibilidades razonables de éxito, y no supongan un grave riesgo para la salud de la mujer o posible descendencia. Recomendándose, en el caso de fecundación «in vitro», que sólo se transfieran el número más adecuado de preembriones para asegurar el embarazo.

Finalmente, se establece una prohibición muy loable como principio general: «se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana». Con ello se quiere conseguir, por una parte, que no se llegue a una indiscriminada utilización de las técnicas con fines únicamente experimentales. Por otra, que no pueda tampoco llegarse a la producción de seres híbridos. Esta previsión sin embargo, no cierra la posibilidad y el peligro de que ocurra, si se tiene en cuenta el destino de los embriones sobrantes de las FIV-TE, y las excepciones que se prevén en el art. 14,4 in fine, como veremos más adelante.

2. *Las usuarias*

El problema que se planteaba a la hora de regular esta materia partía en principio del ámbito o extensión de la aplicación de las técnicas. ¿Debía permitirse sólo dentro del matrimonio o en parejas estables? o, por el contrario, ¿cabría la posibilidad legal de la donación de material genético (gametos) o incluso de embriones? ¿En qué condiciones debía llevarse a cabo, en su caso, dicha donación? ¿Podría beneficiarse la mujer sola: soltera, viuda, divorciada sin pareja? ¿Debería permitirse la llamada inseminación post-mortem? ¿Y, la maternidad subrogada o madres de alquiler?

A todos estos interrogantes responde la ley que comentamos, de la forma más amplia y permisiva, convirtiéndose así en el texto legislativo más «progresivo» y vanguardista de los que existen a nivel internacional.

En efecto, se admite que las prácticas de reproducción asistida puedan ser empleadas por mujeres solas (solteras, viudas o separadas) ya sean estériles ya sean fértiles; pasando así dichas técnicas de ser remedios contra la infertilidad a ser medios alternativos de reproducción humana. Esto es lo que se desprende de la letra del art. 6.1, donde dice: «toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas, ...» no exigiéndose otros requisitos que los de tener 18 años y plena capacidad de obrar. Si a esto sumamos el art. 1.2, que habla de finalidad fundamental,

y no única de dichas técnicas, significa que cabe otra finalidad que no sea la de ser remedio a la infertilidad⁹. Lógicamente, y como quien admite lo más (la aplicación en la mujer sola) admite lo menos (su aplicación en la pareja), las técnicas de reproducción asistida podían emplearse tanto en el matrimonio, como en las parejas de hecho o no casadas.

En el primer caso, la mujer necesitará el consentimiento del marido (art. 6.2) a menos que estuviesen divorciados o separados; consentimiento necesario por las inevitables consecuencias de la paternidad que en principio le corresponde.

Ha desaparecido, sin embargo, de la ley las extensas referencias a los requisitos que debían reunir la pareja de hecho, y que se encontraban en la Proposición de ley. La razón de ello deriva del principio de absoluta admisibilidad de las técnicas, para toda clase de mujeres, lo que conlleva no distinguir supuestos, salvo los que sean absolutamente necesarios, como es el caso del matrimonio.

Para justificar este grado de permisibilidad, que supera la legislación internacional, la Exposición de Motivos alude al «respeto de 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, por lo que «la ley —sigue diciendo— debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

El sentir de todos los grupos de la oposición fue bien distinto. Todos coincidieron en rechazar, como sucede a nivel internacional, la posibilidad de que la mujer sola, ya estéril o fértil, fuera destinataria de estas técnicas. Las razones, a las que nos sumamos, son básicamente éstas:

1.^a En primer lugar, porque junto al derecho de la mujer a ser madre está el derecho del hijo a nacer y desarrollarse en el seno de una institución familiar lo más completa posible¹⁰. Así, la más moderna psicología y pedagogía es unánime en subrayar el necesario concurso de la pareja (padre-madre, masculino-femenino) en la educación de los hijos. De esta forma, sería netamente regresivo, por no decir sectario, negar esta realidad científica¹¹.

2.^a Otra razón alegada en contra de la aplicación de las nuevas técnicas a la mujer sola se basa en que este hecho afectaría de lleno a la institución familiar, que

9 Este era el sentido dado también por la Proposición de ley sobre TERA. BOCG. 7 oct. 1988, que en su disp. ad. 1.^a, precedente del art. 6, de la actual ley, distinguía entre mujer sola, estéril o fértil, admitiendo ambos casos con la única diferencia de quién costeara los gastos. En el primer caso sería gratuito o a cargo de la Sanidad Pública; en el segundo, sería a su cargo.

10 Véase los informes presentados por el Grupo Minoría Catalana y el Grupo Centrista, recogidos en A. Palacios, *o. c.*, 203 y 197. En este sentido, el profesor J. Vidal dice, muy acertadamente: «el hijo no puede considerarse en rigurosa técnica jurídica como objeto de un pretendido derecho subjetivo, ni esgrimirse, en contrapartida a un pretendido derecho de la mujer que desea la práctica de una inseminación, una hipotética obligación por parte de la Administración sanitaria». J. Vidal, «Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho civil», *Revista de Derecho Público* (septiembre 1986).

11 Véase, en este sentido, los informes presentados por el Grupo Minoría Catalana y el Grupo Centrista, recogidos en A. Palacios, *o. c.*, 203 y 107.

se vería cada vez menos protegida, en contraposición al principio proclamado en el artículo 39.2., de la Constitución española¹².

3.^a Del mismo modo, se argumenta el hecho de que las motivaciones que llevan a las mujeres solas a solicitar estas técnicas para tener un hijo sin el concurso de un varón denotan, ciertamente, casos patológicos, que en nada van a beneficiar al fruto de la concepción.

Estas, entre otras razones, llevan al Grupo de Minoría Catalana a considerar que las nuevas técnicas reproductoras deberían limitarse a toda clase de parejas estables, matrimoniales o no. Considerando como tales, a los efectos de la futura legislación sobre la materia, a aquellas en que cada uno de sus miembros asuma, expresa y formalmente, todos los derechos y obligaciones propios de un matrimonio respecto de sus hijos¹³.

Sin embargo, esta no es la postura adoptada por el Grupo Parlamentario Vasco, ni por el Grupo Popular. Estos consideran que estas Técnicas sólo deben permitirse a parejas casadas, solución a la que nosotros nos sumamos.

Las razones alegadas para esta limitación son las siguientes:

1.^a En Primer lugar, se basan en la propia estabilidad que formal y objetivamente desempeña el vínculo matrimonial. Además, si el interés primordial es el del hijo que va a nacer, éste tiene derecho a acceder a un padre y una madre en una relación institucionalizada y permanente en principio¹⁴.

2.^a Por otra parte, se señala que no parece coherente aplicar soluciones legales a quienes han preferido prescindir de la ley para organizar su vida afectiva y sexual. Hay que respetar su libertad, pero establecer también que se atengan a las consecuencias de su libre opción¹⁵.

12 Sobre este punto, F. Asis Sancho Rebullida argumenta claramente que la protección que ofrece el artículo 39 de la Constitución española a la familia se refiere a la nacida del matrimonio; en contraposición a la protección que la misma Constitución ofrece a los hijos y a las madres, cualquiera que sea su estado civil. «Esta extensión —dice— no debe servir para sustentar el derecho de la mujer sola a la maternidad artificial, ya que la Constitución promete protección a las madres solteras, pero no a las solteras para que sean madres». Aspectos jurídicos de la FIV y la IA. Informe para la Comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados (Madrid, 1985), 12. Véase, en contraposición, la postura del Informe elaborado por A. Palacios, *o. c.*, 34-36 y 127-28.

13 Véase, en este sentido, el Informe presentado por el Grupo Centrista. A. Palacios, *o. c.*, 197; *Ibid.*, 199 y 202 a 204. También en este sentido, el informe presentado por V. L. Montes: «En consecuencia, creo que puede extenderse a la pareja estable no matrimonial el trato de que tiene que gozar la pareja conyugal, y para evitar problemas respecto de la valoración de carácter estable de la pareja, considero oportuno solicitar, en los términos que antes he justificado, un previo consentimiento del consorte varón». Informe para la Comisión especial de estudio sobre la fecundación 'in vitro' y la inseminación artificial humanas (Valencia 1985) 46 (inédito).

14 A. Palacios, *Informe...*, 207-208. En este sentido, también A. Hortal, «Inseminación artificial y fecundación 'in vitro'. Aspectos éticos», *Sal Terrae* 7 (1986) 541; G. García Cantero, «Las nuevas formas de reproducción humana», *Verbo* 25 (1986) 83; F. De Asis Sancho Rebullida, «Aspectos jurídicos de la fecundación 'in vitro' y la inseminación artificial humanas», *Informe para la Comisión especial de estudio de estas cuestiones* (Madrid 1985) 12. En el mismo sentido se ha manifestado el grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* (1986) 58.

15 A. Palacios, *Informe...*, 207-208. En el mismo sentido se manifiesta F. Asis Sancho Rebullida, «Aspectos jurídicos de la fecundación 'in vitro' y la inseminación artificial humanas» (Madrid 1985) 12.

3.^a En tercer lugar, se pone de manifiesto la dificultad de definir a la pareja estable en orden a la aplicación de estas técnicas, ya que nuestro ordenamiento jurídico no dispone de criterios uniformes y fundados para medir la estabilidad.

Efectivamente, hay una situación similar al matrimonio; no ponemos en duda que la posesión de estado sea relevante, pero no nos olvidemos que tiene que probar esta presunción de titularidad efectiva, y que será necesario recurrir a medios de prueba ordinarios¹⁶.

3. *Los donantes*

Es corriente, aunque no correcto, calificar las técnicas de reproducción asistida de homólogas o heterólogas, según se utilice para su realización el material genético de los futuros padres (estén o no casados) o se utilice material genético donado. El admitir las prácticas heterólogas en la actual regulación no planteó en principio problemas, ya que fue aceptada por todos los Grupos Parlamentarios (excepto el Grupo Popular), a semejanza de lo que ocurre a nivel internacional donde también se admiten estas prácticas, sin plantearse los problemas morales que puedan conllevar.

El art. 5, de la ley que comentamos regula los pormenores a este respecto: Qué material genético es susceptible de donación; quiénes pueden ser donantes, cómo se debe realizar jurídicamente dicha donación y, finalmente, las limitaciones en la aplicación del material genético susceptible de donación.

a) *Material genético susceptible de ser donado*

El art. 5.1, autoriza la donación de gametos: semen y ovulos; así como la de preembriones, para las finalidades previstas en la ley, y que como ya sabemos puede ser doble, la reproductora y la intervención sobre los mismos con diferentes fines.

El primer interrogante que surge es ¿qué debe entenderse por preembrión? Definición que encontramos en la Exposición de Motivos de la misma ley, que divide en tres etapas el desarrollo embrionario: preembrión, embrión y feto; con el fin de darles distinto status jurídico.

Así, se entiende por preembrión o «embrión preimplantatorio» el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabando el proceso de implantación que se inició días antes—, y aparece en él la primera línea primitiva».

16 F. Asis Sancho Rebullida nos da un ejemplo de la dificultad que entraña el definir legalmente a la pareja estable diciendo: «Esta determinación puede ser consecuente a un pasado (la pareja lleva conviviendo varios años) o a una previsión de futuro (aún no conviven, pero se han comprado un piso entre los dos y lo están amueblando). En el primer caso, ¿desde qué día de convivencia comienza la estabilidad?... En el segundo es trasladable a la estabilidad la distinción entre 'corpus' y 'animus', que para la convivencia conyugal se establece en el artículo 87 del Código Civil: es posible que los sujetos convivan en el domicilio sólo por razones económicas o sociales, incluso encaminadas exclusivamente a que se les autorice a la inseminación artificial; mientras caben también la habitualidad referida a encuentros furtivos y clandestinos (caso de adulterio, por ejemplo)». F. Asis Sancho Rebullida, *o. c.*, 13-14.

Tanto los gametos, semen u óvulos, como los preembriones se conservan gracias a la técnica de la congelación. La crioconservación se lleva a cabo en los bancos de gametos autorizados¹⁷ donde se congelan a -196°C . La ley, en su art. 11, fija el tiempo de conservación en 5 años, se supone que con el fin de que el material así almacenado no pierda cualidades.

No obstante, por lo que se refiere a los óvulos, se dispone que no se autorizará la crioconservación de los mismos con fines de reproducción asistida (sí para fines experimentales), en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación. El problema obviamente para el jurista estará en saber valorar si existen o no dichas garantías, a la vista del dictamen técnico.

La crioconservación de los gametos y preembriones puede provenir de varias fuentes —una directa que sería de propia donación, quedando así dicho material en la titularidad inmedida de los bancos—, o bien pueden ser gametos o preembriones sobrantes de reproducciones asistidas ya realizadas. En este último caso, pasados 2 años de su crioconservación sin haber sido reclamados por sus propietarios, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.

b) *Los donantes*

Según el art. 5.5, el donante tendrá que tener más de 18 años y plena capacidad de obrar. Su estado psico-físico tendrá que cumplir los requisitos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del mismo, con la previsión de que no aparezcan enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas trasmisibles¹⁸.

El Protocolo referido debía haber sido ya establecido por el Gobierno por medio de Real Decreto, según prevé la disposición final 1.º, a y c; por lo que hasta la fecha los estudios que los equipos médicos realizan a los donantes no están homogeneizados a nivel nacional.

c) *El contrato de donación*

Son cuatro las características de este contrato concretado entre el donante y el Centro autorizado: Gratuito, formal, secreto e irrevocable.

— «La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial». Lo que supone, por una parte, que el donante no puede recibir nada a cambio. Es un contrato, pues, gratuito; aunque en la práctica se compensan estas aportaciones con ciertas cantidades como incentivo para propiciar las donaciones, dada la escasez de las mismas.

17 Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los bancos de gametos, preembriones o de células, tejidos y órganos de embriones y fetos, debían determinarse por el Gobierno, en el plazo de 6 meses desde que se publicó la ley, plazo que como es obvio no se ha cumplido.

18 Estos requisitos deberán ser también de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del marido, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para la fecundación de persona distinta de su esposa. Art. 5.8.

— «El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado. Antes de su realización el donante deberá ser informado de los fines y consecuencias del acto».

Se trata de un contrato escrito, aunque en principio con libertad de forma ya que no especifica otra cosa. Sin embargo, sí que debe existir un protocolo de información a los donantes (Disp. Final 1.a). De esta forma el Centro tiene la obligación de informar al donante de los fines y consecuencias del acto. Consecuencias que se referirán seguramente a los efectos jurídicos que dicha donación tenga en el caso de emplearse para la reproducción.

— Secreto: «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».

La legislación española sigue en este punto a la postura adoptada mayoritariamente a nivel internacional al exigir el secreto y el anonimato del donante; solución que se considera por el legislador como la más idónea para evitar así posibles demandas de paternidad o reconocimiento de derechos, así como para propiciar lo más posible dichas donaciones.

Sin embargo, el anonimato no supone que no exista constancia del nombre y características de los donantes. A estos efectos, está previsto en la Disposición Final Cuarta que el Gobierno creará en el plazo de un año, a partir de la promulgación de la ley, el Registro Nacional informatizado de Donantes de gametos y preembriones para la reproducción, con las precisas garantías de secreto y en forma de clave. Registro que todavía no se ha creado.

En dicho Registro deberá consignarse cada hijo nacido de los distintos donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y su localización territorial, siempre que sea posible.

No obstante el secreto, el mismo art. 5, establece el derecho de los hijos nacidos mediante donación a obtener información general de sus padres genéticos. Dicha información general se refiere exclusivamente a los datos psicofísicos del donante, sin que en ningún caso puedan facilitar datos que individualicen o indentifiquen al donante.

Sólo se prevén dos excepciones a esta prohibición:

— Cuando por circunstancias extraordinarias exista un comprobado peligro para la vida del hijo.

— Cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales.

En ambos casos la revelación tendrá carácter restringido, sin que implique en ningún caso publicidad en la identidad del donante.

— Irrevocable: El art. 5.2, sienta el principio de la irrevocabilidad al establecer que: «la donación sólo será revocable cuando el donante por infertilidad sobrevenida, precisare para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. Como consecuencia, el donante deberá abonar al Centro los gastos de todo tipo que la conservación de los gametos hayan originado.

d) *Límites en las donaciones*

El art. 5.7 prevé, finalmente, medidas de seguridad al establecer que los Centros autorizados y el Registro Nacional de donantes establecerán las medidas oportunas para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.

Esta medida responde al riesgo de que muchos de los niños procedentes de fecundación asistida, lo sean del mismo padre; con el consiguiente riesgo de eventuales cruces entre hermanos; debido a que, como ya hemos dicho, la identidad del donante ha de permanecer en el anonimato.

4. *Los padres e hijos*

Bajo este epígrafe que engloba los art. 7 al 10 se regulan las consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito del Derecho de familia.

De esta forma, en el art. 7 se establece el principio general de que la filiación de los hijos nacidos por estas técnicas se regularán por las normas vigentes del Código civil, salvo las especialidades que en esta ley se establecen.

Dichas especialidades en concreto se refieren a tres supuestos: el caso de la fecundación heteróloga, ya sea en el matrimonio o en pareja estable; la fecundación post-mortem y las llamadas madres de alquiler¹⁹.

a) *Filiación de los hijos nacidos por fecundación heteróloga, dentro de la pareja*

El hijo así nacido de prácticas heterólogas en el matrimonio, aunque tiene en principio la consideración de matrimonial, como la presunción de art. 116 es «*iuris tantum*», podría declararse extramatrimonial y determinarse su filiación respecto del donante.

Esto generaba un conflicto, pues la intención del matrimonio es la de que el hijo sea considerado a efectos legales como matrimonial, sin que en ningún caso pudiera impugnarse dicha filiación, ni establecerse relación paterno-filial alguna respecto del donante.

La solución adoptada por la ley ha sido la de regular una vía conjunta: al establecer el anonimato del donante y exigir el consentimiento del marido.

Con el anonimato del donante se imposibilita la reclamación de filiación extramatrimonial. Al no poderse determinar la paternidad biológica el donante nunca se vería constreñido por los deberes que se derivan de la misma, quedando, por tanto, exento de toda responsabilidad.

Por su parte, el consentimiento otorgado por el marido impide que éste pueda impugnar su paternidad en el futuro. Se equipara así el consentimiento con una especie de reconocimiento²⁰.

19 Los supuestos de fecundación homóloga dentro del matrimonio o en pareja no casada, o de fecundación de la mujer soltera se regularán por las normas del Código civil, con la particularidad en este último caso de que el hijo así nacido no podrá nunca reclamar su filiación paterno-filial, debido al anonimato del donante. Para el comentario de estos dos casos vid. R.M. Ramírez Navalón, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana», *Revista General de Derecho* 519 (1987) 6551-56.

20 El art. 8,1 y 3 de la ley que comentamos dispone: «Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de

No creo, sin embargo, que esta sea la vía más idónea para resolver el problema de filiación surgido con las prácticas heterólogas.

En primer lugar, porque considero que al establecer el anonimato del donante e impedir así el ejercicio de las acciones de reclamación en filiación biológica, va en contra del art. 39.2, de nuestra Constitución, en donde se establece claramente el derecho a la investigación de la paternidad. Del mismo modo que se conculca el principio de igualdad establecido en el art. 14 del mismo texto legal, ya que los hijos nacidos de prácticas heterólogas, nunca podrán establecer su filiación biológica, frente a los hijos nacidos por procedimientos naturales²¹.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la exigencia del consentimiento marital, éste sólo impide que el marido impugne su paternidad legal por no coincidir con la biológica; pero no que la impugne el mismo hijo; y que entable acciones para determinar su verdadera filiación (art. 137 y 133); o el propio marido en el caso de que existiera algún vicio en el consentimiento que emitido.

De ahí que la solución más acorde con los principios constitucionales y la legislación vigente hubiese sido recurrir a la adopción del hijo por parte del marido.

Con la adopción se rompe toda relación jurídica respecto del padre biológico; éste no tendrá ningún derecho respecto del hijo, ni viceversa. Así el hijo nacido de prácticas heterólogas sería considerado, a efectos legales, con los mismos derechos y obligaciones de un hijo por naturaleza. Aunque constase su filiación biológica respecto del donante sería inscrito con los apellidos correspondientes del padre legal (que lo ha adoptado) y de la madre (art. 201 RRC). Además, su filiación biológica no sería anónima, sino secreta; es decir, no se prodría dar certificación de la misma, salvo autorización expresa del juez y sólo a quienes justificasen interés legítimo y razones fundadas (art. 21 RRC). Con la figura de la adopción, pues, se conseguiría el propósito deseado ya que el hijo sería considerado como si lo fuese por naturaleza y no podrían entrar en juego las acciones de reclamación de filiación. Pero además, se respetan los valores y derechos constitucionales al permitir que el hijo llegado el caso si lo desea, pueda saber la identidad de su padre/s biológicos; sin que de ello se desprenda ningún tipo de derecho/deber.

Nos parece así una contradicción que al hijo se le permita según el art. 5.5, conocer determinadas características de su padre biológico (donante), pero no su identidad; ya que la reacción inmediata de muchos será la de querer conocer su origen; y negarle este derecho podría crearle problemas psicológicos.

donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la fecundación... La revelación de la identidad del donante, en los supuestos en que proceda con arreglo al art. 5,5 de la ley, no implica en ningún caso determinación legal de filiación».

21 Sobre este particular se manifiestan entre otros: F. Asís Sancho Rebullida, «Informe sobre aspectos jurídicos...», *o. c.*, 11; A. Piga y M. Peña, «Informe emitido por la Dirección General de los Registros y del Notariado», *o. c.*, 25.

En las parejas no casadas la determinación de la filiación del hijo nacido de prácticas heterólogas es semejante al supuesto anterior²² al exigir el consentimiento del varón y equipararlo con el reconocimiento del hijo como propio. Lo que provoca cierta inseguridad, a la vez que extrañeza, es el hecho de que en este caso se establece que «quede a salvo la acción de reclamación judicial de filiación».

b) *La fecundación post-mortem*

La fecundación homóloga, tras la muerte del marido o del compañero en el caso de parejas no casadas, se admite en la actual legislación, pero sin posibilidad de que el hijo así nacido pueda determinar su filiación respecto del padre; lo cual evidentemente quiebra un derecho fundamental y le priva de todos los derechos hereditarios.

Así, el art. 9.1 dispone: «No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón».

Se establece, sin embargo, una excepción a esta regla general, al disponer que si dichas prácticas se llevan a cabo durante los seis meses siguientes al fallecimiento del marido, y éste hubiese consentido en ello mediante escritura pública o testamento, el hijo tendría la consideración de matrimonial y los efectos jurídicos que derivan de dicha relación (art. 9.2).

Parece que con esta excepción el legislador ha querido acoplar la regulación de la fecundación post-mortem a las presunciones establecidas en los arts. 116 y 117 del Código civil.

c) *Maternidad contratada*

La maternidad contratada puede albergar varios supuestos: En primer lugar, la inseminación artificial con semen del marido en mujer distinta de su esposa, previo convenio de que el hijo sea del matrimonio. En segundo lugar, cuando el preembrión procede del matrimonio pero se transfiere a una mujer distinta que lo gestará y dará a luz; con el pacto previo de entregarlo al matrimonio que concertó la operación.

En ambos casos la solución adoptada es la misma estableciéndose, por una parte, la nulidad del contrato, medie o no precio y, por otra, la filiación materna respecto de la mujer que da a luz (art. 10.1 y 2).

La determinación de la filiación biológica paterna quedará a salvo con el ejercicio de las correspondientes acciones (art. 10.3). De esta forma, si la mujer a la que se insemina o transfiere el embrión está casada, el hijo sería considerado como

²² De esta forma el artículo 8,2 de la ley establece: «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la ley del Registro civil, el documento extendido ante el Centro o Establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad».

matrimonial de la mujer que se prestó y de su marido (art. 116); aunque dicha filiación paterna podría ser impugnada.

El problema surge si el marido dió el consentimiento para que la esposa fuese inseminada, ya que según la ley, estaría actuando como si reconociese al hijo (art. 8.1), no pudiendo en ese caso impugnar la paternidad.

En cambio, si la mujer inseminada es soltera el hijo sería de filiación paterna indeterminada. Cabría, no obstante, el reconocimiento por parte del hombre que la inseminó si fuese conocido (art. 120), incluso cabría contra él reclamación de filiación no matrimonial (art. 133); siendo esto imposible en el caso de haberse utilizado espermia donado.

II. LAS FINALIDADES IMPROPIAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (CAP. IV - V)

Ya expusimos al comentar el art. 1 de la Ley cómo las nuevas técnicas poseían una doble finalidad; la primera y fundamental que es la que acabamos de comentar, y que consiste en facilitar la procreación humana. Vamos a estudiar ahora la llamada finalidad impropia (por no ser fundamental) y que consiste en la posibilidad de intervenir sobre los preembriones y gametos, con un doble objetivo: diagnóstico o terapéutico por una parte; investigador o experimental, por otra.

Nos encontramos, pues, ante un tema muy delicado, que hunde sus raíces en la definición misma de la persona, y en el respeto a su dignidad humana.

En el seno de la Comisión parlamentaria se discutió arduamente el status jurídico que correspondía al ser desde su concepción hasta su nacimiento; llegándose a distinguir tres etapas en ese lapso de tiempo.

1.^a *Preembrión*. Ovulo fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero; y aparece en él la línea primitiva.

2.^a *Embrión*. Fase del desarrollo que continuando con la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más.

3.^a *Feto*. Es el embrión con sus órganos formados, que maduran paulatinamente, preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.

Partiendo de esta distinción, se atribuye distinta valoración ética y protección jurídica a los diversos estadios de desarrollo del ser. Y dado que la fecundación «in vitro» y la crioconservación posibilitan la disponibilidad de preembriones, el legislador ha tenido que regular las conductas lícitas o prohibidas respecto del mismo.

Esto es lo que se regula en los art. 12 a 17 de la Ley, pero sólo referido a los gametos y preembriones. Las intervenciones y manipulación de los embriones y fetos son reguladas en la ley 42/88 de 28 de diciembre, lo que nos parece criticable ya que se pierde la visión de conjunto, la homogeneidad que debería regir en la materia, se reiteran preceptos y, sobre todo, falta la sistemática y los principios rectores de la articulación.

Por ello aquí sólo nos referiremos a las intervenciones sobre los gametos y preembriones; comenzando, dada su importancia, por estos últimos.

1. *Intervenciones sobre los preembriones*

Ante todo hay que partir diciendo que la ley prohíbe la creación de preembriones con fines distintos a los de la procreación humana (art. 3). Luego los preembriones sobre los que se podrá investigar serán aquellos sobrantes de las fecundaciones «in vitro», y crioconservados. Bien porque hayan sido donados con ese fin, o bien porque pertenezcan a los Bancos de gametos²³.

Sobre los preembriones caben diversos tipos de intervenciones, dependiendo de su viabilidad.

Sobre los preembriones viables sólo cabe la investigación con fines diagnósticos, terapéuticos o preventivos. En cambio, sobre los preembriones no viables, cabe ya cualquier tipo de investigación y experimentación, siempre que haya sido aprobado por las autoridades.

El «quid» de la cuestión estará, pues, en determinar la viabilidad o no del preembrión.

Viabilidad en los preembriones significa que son aptos para la reproducción; y esto lo determina el propio técnico mediante una intervención diagnóstica sobre el mismo; lo cual puede prestarse a numerosos abusos, dada la imposibilidad, no sólo de controlar dicha intervención, sino también de emitir un juicio legal sobre su adecuación²⁴.

Para que sobre el preembrión viable se pueda llevar a cabo la investigación con los fines antes mencionados se requerirá:

- Que cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, incluidos los donantes, previa explicación de los fines que se persiguen y sus implicaciones.

- Que no se desarrollen «in vitro» más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo de crioconservación.

- Que la investigación se realice en Centro Sanitario y por equipos médicos legalizados, cualificados y autorizados bajo el control de las autoridades públicas competentes.

Pero además, si se trata de una intervención terapéutica, se exigen otros requisitos. Así, se dispone que la finalidad de estas intervenciones será la de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, siempre que existan garantías razonables y contrastadas²⁵.

Para que proceda la intervención, debe tratarse de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave; por lo que se exige que se disponga de un listado de enfermedades susceptibles de ser tratadas, con la prohibición de influir sobre los caracteres hereditarios no patológicos, y la de perseguir con estas intervenciones la selección de los individuos o la raza.

23 El material genético, que no proceda de donantes, será propiedad de los Bancos, cuando pasados dos años de su crioconservación, no hayan sido reclamados por sus titulares. Vid. art. 11,3 y 4.

24 La ley además refuta como no viables a los embriones muertos y a los abortados (art. 17.1).

25 Las mismas garantías se establecen respecto de las intervenciones terapéuticas sobre los embriones y fetos, art. 13.2.

Las cortapisas y cautelas que encontramos en las intervenciones realizadas en los preembriones viables, desaparecen cuando se trata de intervenir en los preembriones vivos aunque no viables, es decir, aquellos que no son aptos para la reproducción por padecer algún defecto. En éstos podrá realizarse cualquier tipo de investigación y experimentación. Los únicos requisitos que se prevén son:

– Que se demuestre científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.

– Que se realice en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes, o en su caso, por la Comisión Nacional Multidisciplinar.

– Que se lleve a cabo dentro de los plazos autorizados²⁶.

En la ley 42/88 de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, también se establece la distinción entre embriones y fetos viables y no viables. Sobre los primeros, las únicas intervenciones permitidas son con fines diagnósticos, preventivos o terapéuticos. En cambio, sobre los embriones y fetos vivos, pero no viables, se podrán realizar cualquier investigación, experimentación que haya sido aprobada por la competente autoridad.

Uno de los criterios que determina el concepto de viabilidad aplicado al embrión y al feto, según esta ley, lo determina su grado de desarrollo (art. 5.3). Es decir, será considerado como no viable aquel embrión/feto abortado que no pueda concluir su desarrollo de manera artificial. Con lo que podría experimentarse, en principio, con un feto vivo de seis meses.

Quedan sin embargo en el aire otros criterios que según el legislador también podrían determinar la viabilidad del feto o embrión; como pudiera ser su salud, la carencia de deficiencias físicas, etc. Será el gobierno quien lo establezca, según dispone la disposición adicional primera.

La opinión que nos merece la regulación de las intervenciones sobre las distintas fases del desarrollo embrionario, es completamente negativa.

Creemos que el criterio de la viabilidad adoptado por el legislador para establecer cuándo está o no permitida la experimentación en el preembrión, embrión o feto, es inadecuado, indeterminado y, sobre todo, susceptible de los abusos por parte de los técnicos, o de ampliaciones exageradas por parte del legislador.

Con la lógica de la viabilidad, llegaríamos también ¿por qué no? a permitir la experimentación sobre el enfermo irreversible.

Es cierto que para adquirir conocimientos aplicables a los seres humanos no nos queda más remedio que observar y experimentar con esos mismos seres humanos, pero ésta sólo será lícita, a nuestro entender, cuando tenga una finalidad terapéutica, diagnóstica o preventiva; es decir, cuando trate el ser humano, en cualquiera de los estadios de su desarrollo, como sujeto, no como objeto; es decir, con la dignidad que merece.

Tratar de distinguir las diferentes etapas de su desarrollo con el fin de permitir en la más elemental la experimentación científica, nos parece ilícito y extremada-

26 Véase el art. 15.2. de la ley.

mente peligroso, ya que por muchas exigencias y controles que el técnico tenga que efectuar para poder llevarlas a cabo, el jurista nunca podrá averiguar si dichas previsiones se cumplen, ya que no tiene los conocimientos, ni los medios precisos para emitir un juicio de valor sobre si lo realizado o no realizado encuadra en el marco de legalidad.

2. *Investigación sobre los gametos humanos*

La ley, en su art. 14, dispone que: tanto los óvulos como los espermatozoides podrán utilizarse con fines de investigación básica o experimental; con lo que se da una carta en blanco al científico, ya que se elude cualquier previsión jurídica.

Lo único que se dispone al respecto, como es lógico, es que los gametos utilizados en la experimentación o investigación no puedan ser utilizados con fines procreativos.

Por lo demás, las facultades experimentales e investigadoras del técnico son prácticamente absolutas, ya que incluso se permite la unión de gametos humanos con los de otra especie.

En concreto, se autoriza el llamado test del hamster, es decir, la fecundación del óvulo de este animal con espermatozoides humanos; aunque sólo hasta la fase de división en dos células; prohibición que por su imposible control resulta inútil.

La permisibilidad en este punto es tanta, que se podrá incluso realizar cualesquiera otras fecundaciones entre gametos humanos y de animales, si se cuenta con el permiso «de la autoridad pública correspondiente»; autoridad que no se determina, dejando así en manos de la mayor o menor prudencia de una persona, la posibilidad de realizar uno de los mayores atentados contra la naturaleza.

Consideraciones finales

Recapitulando creemos poder afirmar que la ley 38/88 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida es el ejemplo de lo que no debe ser un texto legal.

Es técnicamente insuficiente, por cuanto que no guarda la debida homogeneidad en los temas tratados, lo que provoca una falta de sistemática. Se mezclan así materias propias del derecho de familia, que para regularlas hubiese sido suficiente la reforma de alguno de los artículos del Código civil, con otras materias exclusivamente médicas y científicas.

Se emplea además un lenguaje extremadamente técnico, incomprensible para el jurista que deba aplicar la ley; por lo que más bien parece una ley de médicos, hecha por médicos.

Por otra parte, si lo que se pretende es averiguar las posibilidades de manipulación embrionaria por parte de los científicos, tendremos que recurrir necesariamente al estudio de dos leyes, la de 35/88 de 22 de diciembre y la 42/88 de 28 de diciembre. Lo que parece incomprensible es que el legislador no haya articulado de manera conjunta las posibles actuaciones científicas en el proceso de desarrollo embrionario.

Por otra parte, las soluciones aportadas por la ley distan mucho, a nuestro parecer, de ser las más idóneas; ya que quiebran en numerosas ocasiones derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna. Nos parece así criticable el hecho de que se le permita a la mujer sola (ya sea estéril o fértil) el uso de estas técnicas, ya que con ello las citadas técnicas dejan de ser un remedio a la infertilidad, para convertirse en un medio alternativo de la procreación humana.

Consideramos además que el espíritu inspirador del legislador no ha tenido en cuenta para nada los derechos fundamentales del futuro ser humano que ha de nacer, ya que por ley se le priva del derecho de conocer a sus progenitores biológicos.

Tampoco ha sido el principio del respeto a la dignidad del ser humano la fuente inspiradora de este texto legal, ya que se permite la experimentación sobre las distintas fases del desarrollo embrionario, lo que supone tratar el ser humano como un objeto, en vez de tratarlo como un sujeto; lo que conlleva una degradación progresiva en el respeto de ese derecho fundamental, como lo demuestra la posibilidad, contemplada en la ley, de creación de seres híbridos.

R. M. Ramírez Navalón
Universidad de Valencia