

Comentarios a la legislación española sobre Reproducción Asistida

Vega M.; Vega J.; Martínez Baza P.

Cátedra de Medicina Legal.

Universidad de Valladolid.

En nuestro país existe una *ley* que entró en vigor en noviembre de 1988, *sobre técnicas de Reproducción Asistida*(1) y otra promulgada en diciembre, relativa a la *donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*(2). En junio de ese mismo año se publicó un *ordenamiento legal sobre el control del virus del Sida en donantes de semen*(3).

Puede considerarse como antecedente del actual estado legislativo de la RA en España, el llamado "Informe Palacios" (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial humanas), aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 10 de Abril de 1986. Dicho informe ha sido la base para la proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, presentada por el grupo parlamentario socialista y reproducida en su mayoría en la actual legislación (4).

La Ley sobre Reproducción Asistida (1) consta de un preámbulo con 4 apartados, 7 capítulos y las disposiciones finales con 21 capítulos en total. Se resumen a continuación los puntos principales de la ley y posteriormente analizamos algunos de ellos.

– Se aceptan las técnicas de reproducción asistida en pareja heterosexual casada o no, e

indirectamente en mujer sola, y la IA post mortem (derecho absoluto a la procreación);

– Se acepta la donación y crioconservación de semen y de embriones, no se autoriza la crioconservación de óvulos hasta que no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos tras su descongelación;

– Se defiende el derecho del donante al anonimato, aunque no de forma absoluta, ya que los hijos que nazcan tienen derecho a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad y excepcionalmente, y bajo los términos que contempla la ley, podrá revelarse ésta;

– No existen derechos ni deberes del donante respecto al hijo que nazca, siendo padres legales el matrimonio o pareja no casada que solicitó la técnica y consintió en ella;

– Se rechaza la maternidad de sustitución (considerando nulos los contratos de subrogación);

– Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana;

– En caso de FIV se transferirán al útero el número de preembriones más adecuado para asegurar el embarazo;

– Se acepta la experimentación en embriones in vitro viables con fines diagnósticos, terapéuticos o preventivos; in útero con fines diagnósticos y terapéuticos (así como en el caso de fetos dentro o fuera del útero); y con otros fines en embriones no viables y si se demuestra que la experimentación no puede realizarse en modelo animal;

– No se mantendrá el desarrollo de embriones in vitro más allá del 14 día tras la fecundación.

– Se consideran infracciones muy graves las descritas en el apartado correspondiente.

En un *ordenamiento legal de 15 de junio de 1.988* se especifica que deben realizarse tanto en el donante de semen como en la mujer receptora, las pruebas diagnósticas correspondientes para detectar marcadores HIV. El semen de donantes seropositivos deberá ser destruido. En el caso de que la mujer receptora sea seropositiva, deberá reconsiderarse la continuación de la intervención médica (3).

La Ley 42/1988, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos regula estos aspectos, considerando *embriones* "desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante". Es decir, contempla la donación y utilización de embriones y fetos humanos *desde el día 14* que sigue a la fecundación, mientras que estos mismos aspectos referidos a gametos humanos y embriones in vitro o in vivo *hasta el día 14* tras la fecundación, se regularán en los términos que establece la anterior ley sobre técnicas de Reproducción Asistida.

En líneas generales se autoriza (con los debidos requisitos de permiso, consentimiento...etc) la donación y utilización de embriones o fetos humanos no viables o muertos o de sus estructuras biológicas con fines diagnósticos, terapéuticos y de investigación o experimentación. Los embriones abortados espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta Ley, y *el gobierno se reserva el derecho a establecer los criterios de viabilidad del feto fuera del útero.*

Se autorizan también las actuaciones sobre embriones vivos viables o fetos en desarrollo (in útero) si son de carácter diagnóstico, terapéutico, o "de conformidad con las dispo-

siciones vigentes" (2).

En el **anteproyecto del nuevo Código Penal**, se contempla un apartado sobre esta materia: "*De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida*".

En el art. 164 se penaliza la manipulación de genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, ya sea por imprudencia grave o con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, así como cualquier otra manipulación de genes humanos realizada con infracción de lo establecido en las leyes, con la pena de prisión de 6 meses a 6 años e inhabilitación profesional de 7 meses a 10 años.

En el art.165 se castiga la aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona sin el consentimiento de sus progenitores con la pena de prisión de 1 a 3 años e inhabilitación profesional de 1 a 4 años.

Art. 166: Se penaliza la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos fuera de los supuestos autorizados por la ley, con la pena de prisión de 1 a 3 años e inhabilitación profesional de 1 a 4 años.

Art. 167: Se castiga a quien practicare inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento con la pena de prisión de 2 a 6 años e inhabilitación profesional de 1 a 4 años.

Comentarios a la Ley española sobre Reproducción Asistida.

En relación a la ley española, cabe destacar que aparte de la ley sueca de 1984 sobre IA, es la **primera legislación** europea que

trata la procreación asistida en un sentido amplio.

Podemos encontrar cierto paralelismo entre nuestra ley y la recientemente aprobada por el Parlamento británico. No obstante, la ley española está inspirada en varios puntos en el **Informe Warnock** (pionero también como informe gubernamental de un país europeo en esta materia) y en el documento del gobierno previo a la ley inglesa ("white paper").

Algunos principios recogidos en la Recomendación 1046 o en el informe del CAHBI publicado en 1986 han ejercido también su influencia en nuestra ley.

A continuación se exponen algunos comentarios tomados de varios autores.

Luis Martínez Calcerrada critica "**el cientifismo y la inflación médica** que informan toda la ley": "...se está redactando una especie de protocolo de conducta profesional dirigido a los médicos". Aunque reconoce que "el médico es el gran protagonista o artífice de la ejecución de las nuevas técnicas", la ley tiene unos destinatarios, "que son los protagonistas civiles, ...padres e hijos...", que no son, por tanto los facultativos o médicos intervinientes, quienes si bien han de contemplarse por aquélla, únicamente estarán presentes en un marco directriz o principio informador de su actuación profesional"(5).

La Ley y el Derecho Penal.

Desde el punto de vista del **Derecho Penal**, no hay delito ni pena sin ley previa que lo determine (principio 25.1 reconocido por la Constitución Española). En el caso de la ley española sobre técnicas de RA, aunque se enumeren los comportamientos reconocidos

como infracciones, no se puede hablar de prohibiciones penales.

Actualmente, según el penalista Cuerda Riezu, sólo entrarán en juego las prohibiciones penales cuando a consecuencia de las técnicas de RA se lesionen o pongan en peligro otros bienes e intereses jurídicos que estén protegidos por el Derecho Penal (6).

Pueden citarse como ejemplos:

– **delito de coacción** (en caso de IA contra la voluntad de la mujer);

– **delito de lesiones imprudentes** (si un médico provoca en la mujer una esterilidad irreversible por efectuar una técnica incorrectamente);

– **delitos de descubrimiento y revelación de secretos** (si se viola el secreto que debe presidir estas técnicas artículos 367, 368, 497 y ss).

En el caso de la maternidad de alquiler, la ley sobre técnicas de RA dice que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, y considera nulo el contrato por el que se convenga la gestación. Sin embargo, si se lleva a cabo esta práctica puede dar lugar a distintos delitos, con arreglo al Código penal vigente:

– **delito de suposición de parto** (si la mujer que "encarga" el embarazo finge que ha sido ella la que ha dado a luz el hijo, siendo punible, asimismo, la conducta del médico que colabore a ello arts.468 y 469);

– **delito de falsedad en documento público** (si se inscribe en el Registro Civil el hijo como propio);

– **delito de sustracción de menores** (si los padres que "encargaron" al hijo, lo arrebatan a la madre que lo engendró art.484).

Es decir, no es la técnica en sí de la maternidad de sustitución la que está prohibida,

sino que lo que resulta punible son las actuaciones posteriores destinadas a aparentar que el hijo de "encargo" es propio.

En cuanto a la técnicas llevadas a cabo en embriones y fetos humanos, cabe señalar que la falta de protección en nuestro Código Penal es casi absoluta.

El Código protege la vida del feto en el útero femenino, pero cuando concurre alguna de las indicaciones previstas en aquel, (supuestos de aborto), es legítima su destrucción.

Al margen de ésto, desde una perspectiva penal, cualquiera puede lesionar dolosa o imprudentemente a un feto intraútero sin que se le pueda imponer por ello ninguna pena, ya que estos supuestos no se contemplan en el delito de aborto (sólo hay lesiones, no destrucción del feto) ni en el delito de lesiones (pues éste hace referencia a la persona humana ya nacida).

Existe además el problema de la destrucción de embriones sobrantes obtenidos in vitro, que todavía no han sido implantados. Tal destrucción no constituye delito de aborto, pues éste se haya previsto para la destrucción de un feto dentro del útero o su expulsión provocada, sin que tenga condiciones de viabilidad en el exterior.

Para Cuerdo Riezu, **"el desvalor de la destrucción de un embrión no implantado es tan mínimo, que no merece un castigo penal"**. El mismo autor citado continúa: "...deberían ser objeto de prohibición penal las lesiones en un embrión fuera del útero, pero únicamente en el caso de que vaya a ser implantado, pues sólo entonces se da lugar a que nazca un hijo tarado". Estas consideraciones, en consonancia con la ley sobre RA, que otorga el estatuto biológico al embrión humano a partir de la implantación, desprecian

la vida humana anterior a ese momento, y equiparan al profesional médico con un "fabricante", al que pueden exigírsele responsabilidades si no logra un "producto" óptimo como fruto de la técnica.

Con el Derecho Penal disponible en la actualidad, la creación de híbridos, la clonación y la manipulación genética, están jurídicamente permitidas. Sólo en el caso de que la intervención en los genes tenga como objetivo la selección de la raza humana, sería posible aplicar el **delito de genocidio**, por cuanto la selección de una raza supondría impedir la reproducción de las demás.

En el nuevo Código Penal, se penalizará la manipulación de genes humanos realizada con infracción de lo establecido en las leyes (art.164); la clonación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, fuera de los supuestos autorizados por la ley (art.166), y la práctica de IA en una mujer sin su consentimiento (art.167).

Tanto en la ley sobre técnicas de RA como en la de donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, se hace referencia a la **Ley General de Sanidad** en lo concerniente a infracciones y sanciones, "con las adaptaciones que requiera la materia" (1,2).

Se preven además **sanciones administrativas** para los centros sanitarios y equipos biomédicos que incumplan los requisitos reglamentarios, lo informado en la Ley General de Sanidad, en la Ley sobre técnicas de RA o en las normas que los desarrollen.

Investigación y experimentación embrionaria.

Nuestra ley sobre técnicas de RA refleja la **infravaloración de la vida humana embrio-**

naria (en especial en los primeros 14 días tras la fecundación) en el marco de dichas técnicas, como expresa (en comunicación oral no publicada) Alvarez Sanchez De Movellán:

1 En el art. 2. 4. permite a la madre suspender estas prácticas en cualquier momento de su realización.

2 El art. 11 prevé la crioconservación de preembriones sobrantes de una FIV en Bancos autorizados, por un máximo de 5 años. Los preembriones que no procedan de donantes pasados 2 años de crioconservación, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.

3 En el art. 12 acepta las intervenciones sobre el preembrión vivo in vitro encaminadas a valorar su viabilidad y a detectar enfermedades hereditarias, contemplando la posibilidad de desaconsejar su transferencia (12.1).

4 En el art. 13 se aceptan las intervenciones sobre el preembrión vivo in vitro con fines "terapéuticos", que tengan como finalidad tratar o "impedir" la transmisión de una enfermedad.

5 En el art. 14. 4 deja abierta la posibilidad de que la Comisión Nacional Multidisciplinar autorice fecundaciones entre gametos humanos y otras especies animales.

6 En el art. 15 se autoriza la investigación en preembriones in vitro con fines distintos a los de comprobar su viabilidad o diagnósticos si se trata de preembriones no viables, y si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.

7 En el art. 16. 2 se prohíbe la experimentación en preembriones vivos obtenidos in vitro viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines.

La investigación permitida en preembriones vivos, con tal de que sean no viables y de que no pueda realizarse en el modelo animal, es casi ilimitada. Tras enumerar una larga lista de supuestos, se añade: y "cualquier otra investigación que se estime oportuno autorizar" (16.1).

Se autoriza además (16. 2) la experimentación en preembriones no viables cuando no pueda realizarse en el animal. Luis Martínez Calcerrada comenta al respecto: "¿Cómo un juez puede afirmar que el preembrión objeto de esta investigación, de este fin atípico era viable, frente al alegato de no viabilidad del encartado?" (5).

8 En el Art. 17 se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos.

De estos puntos puede deducirse, como afirma L. Martínez Calcerrada, que la cobaya aparece "como frontera delimitadora de lo que no puede hacerse con los preembriones humanos", y que los embriones no viables se consideran un "deshecho". En ellos, como hemos visto, se permite la experimentación, la investigación y la utilización con distintos fines.

Habría que añadir que, desde el punto de vista científico es discutible la validez de emplear embriones no viables (afectos de un desequilibrio genético letal o incapaces de proseguir su desarrollo) en la investigación básica.

Además, queda abierta una puerta a la experimentación en embriones, como se contempla en la primera disposición final, según la cual el Gobierno podrá establecer "los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación en gametos, preembriones, embriones o fetos humanos".

El Art. 11 implica que los preembriones crioconservados pueden ser destruidos al expirar el plazo señalado por la ley.

Por otra parte, se observa una mentalidad de "control de calidad": determinar la viabilidad, impedir la transmisión de una enfermedad cuando ésta afecte a un embrión.

En el preámbulo de la ley se acepta con poco rigor científico el concepto de **preembrión**, declarando "aproximadamente" el día decimocuarto desde la fecundación como frontera entre la etapa de preembrión y la de embrión. La naturaleza humana no posee otra modalidad de existencia real que la de ser persona, de modo que cualquier diferencia que se señale entre las distintas fases del desarrollo embrionario, no son más que meras diferencias accidentales, que en ningún caso pueden señalar un momento en la aparición de la individualidad humana distinto de la concepción.

Según la ley: "el momento de la implantación (en torno al día 14) es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embrionario se mueve en la incertidumbre" (1). Jurídicamente, actuar con incertidumbre cuando se habla de la vida humana no es aceptable, y penalmente se califica como dolo eventual (Alvarez Sanchez De Movellán, comunicación oral no publicada).

En opinión del catedrático de Derecho Civil Francisco Lledo, "no se ha sido coherente con el texto constitucional arts.10, 15 y 24, entre otros, pues no se considera al preembrión como una auténtica vida merecedora de la tuición y protección jurisdiccional debida".

El legislador "ha olvidado la vieja máxima según la cual el concebido debe ser considerado como si estuviera ya nacido cada vez

que se trate de tomar una decisión a su favor". Lledo Yagüe, haciendo suyas las palabras de Higuera Urdias, en el Informe a la Comisión Parlamentaria, añade: "el legislador debe tener en cuenta el pluralismo social que de hecho exista, así como las distintas posturas éticas que se den, siempre y cuando ninguna de ellas se coloque al margen de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos. Tengo mis dudas que la presente ley defienda estos valores fundamentales, pues no es respetuosa con el principal y ontológico derecho de la persona, cuál es el reconocimiento a la propia vida humana" (7).

Ambito de aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida.

Otro punto conflictivo de la ley hace referencia al ámbito de aplicación de las técnicas de RA: "Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación...". Tal afirmación, recogida en el art. 1 de la ley, choca frontalmente con la determinación que el art.6 hace de las usuarias de las técnicas, siendo sujeto capaz la mujer no estéril, situación que no se puede calificar de esterilidad humana.

Tampoco se exige la esterilidad para el supuesto de la mujer sola. Sólo se exige que ésta exprese su consentimiento, que sea mayor de edad y tenga plena capacidad de obrar. Con una interpretación "generosa", permitiría ser destinataria de las técnicas incluso a parejas de lesbianas. Estos requisitos son mucho más simples que en el caso de la adopción.

Para aceptar el principio expuesto en nuestra legislación, se alude a que "la ley debe

eliminar cualquier límite que socave su voluntad la de la mujer de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente".

Cuerda Riezu apoya este principio y considera que desde el punto de vista del Derecho es lícita la aplicación de las técnicas de RA a la mujer sola, basándose en que no existe un "derecho al padre" y en que la Constitución garantiza la libertad sexual de las personas(6).

Parece más sensata la postura de otros autores (Lledó, Vidal Martínez, Sanchez De Movellán, J.A. Abrisqueta), para los que no existe "el derecho al hijo".

La ley de RA se nutre de una mentalidad mucho más sensible a favorecer los deseos de la mujer a procrear que a respetar los derechos del posible hijo a tener padres conocidos y a ser formado en el seno de una familia (institución que la Constitución española protege y potencia).

Este razonamiento también es aplicable en el caso de la IA postmortem: "...el legislador en este supuesto se aparta definitivamente de cualquier finalidad terapéutica en el uso de las técnicas, puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de esterilidad de la pareja, sino de realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental..." (7). En la fecundación postmortem se condena al hijo a una orfandad deliberada.

En opinión de otro autor, citado por Lledó, "...si es lógico que el Estado respete la libertad de tener hijos en el estado civil que sea, no ocurre lo mismo cuando los hijos sólo pueden venir al mundo con una colaboración oficial o cuasioficial (la del establecimiento sanitario autorizado); lo menos que se puede

pedir a las decisiones oficiales es que sean racionales" (Peña Bernaldo de Quirós).

Relaciones paterno/materno-filiales.

Respecto a las relaciones paterno/materno filiales en la reproducción humana asistida según la ley española, en el art.7 puede leerse: "la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, **a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo**".

Era necesario añadir lo subrayado, ya que en la ley de reforma de la filiación de 1981, se considera como principio rector en las relaciones familiares la verdad biológica.

En el caso de las técnicas heterólogas: "Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente...podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación".

El documento médico en donde constan los consentimientos, tanto de la mujer receptora como del cónyuge y/o varón conviviente, se considera escrito indubitado, según el cuál podrá inscribirse la filiación, mediante expediente gubernativo, promovido en base al escrito indubitado (art.120 del Código Civil y 49.1 de la Ley de Registro Civil).

En cuanto al anonimato del donante, en opinión de algunos autores (Sancho Rebullida, Pantaleón, Delgado Echevarría), basándose en la Constitución (art.39.2), no se podría negar la investigación de la paternidad genética, como tampoco se le puede negar al hijo de padres desconocidos que haya sido adoptado, la averiguación biológica de su progenitura, teniendo presente que la deter-

minación de la filiación no afecta al vínculo adoptivo.

Lledó piensa que debería permitirse el conocimiento de la identidad del donante (no sólo en supuestos excepcionales, como se contempla en la ley. Art.5.5), explicitándose que de dicho conocimiento no se producirían responsabilidades derivadas de la filiación, ni personales, ni tampoco patrimoniales (7).

Bibliografía

1.- Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida. B. O. E., 24 de noviembre de 1988, 288: 33373-33378.

2.-Ley 42/1988, de 28 de Diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. En: Martínez-Calcerrada L. La nueva inseminación artificial. Ed. Cersip, Madrid, 1989: 575-579.

3.-Boletín Oficial del Ministerio de Sanidad y Consumo, Abril-Junio 1988, N 22, p. 680. International Digest of Health Legislation 1989; 40(2): 400-401.

4.-MARTINEZ-CALCERRADA L: Tendencias aconfesionales: el llamado "Informe Palacios". En: La nueva inseminación artificial, ed. Cersip, Madrid, 1989: 214, 553-562.

5.-MARTINEZ-CALCERRADA L: Análisis de la Ley T. E. R. A. de 22 de Noviembre de 1989. En: La nueva inseminación artificial, Ed. Cersip, Madrid, 1989: 221-240.

6.-CUERDA RIEZU A: Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1988: 413-429.

7.-LLEDO YAGÜE F: La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida. Anuario de Derecho Civil, 1988: 1242-1263.