

# Informe de Investigación

**Título: Reproducción humana asistida**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Constitucional.	<b>Descriptor:</b> Derechos Fundamentales.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Reproducción humana asistida. Regulaciones. Técnicas de reproducción, Cuestiones éticas. Tratamiento en C.R.
<b>Fuentes:</b> Doctrina.	<b>Fecha de elaboración:</b> 03 – 2011.

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a) ENFOQUE DE LA CUESTION DE LA FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA.....	2
Bioética y Derecho. Estado de la cuestión.....	2
Principios inspiradores en el proceso de reproducción humana asistida.....	4
Destinatarios efectivos en la utilización de las técnicas de la fecundación inducida.....	5
b) REGULACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.....	7
A) La inseminación artificial.....	7
B) La fecundación «in vitro» .....	17
C) Las madres sustitutas.....	24
c) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. REPRODUCCIÓN ASEXUAL. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.....	30
I: Las técnicas de reproducción humana artificial.....	30
II: El cuestionamiento ético.....	32
III: Implicaciones jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, particularmente en el derecho de familia.....	35
IV: Conclusiones y recomendaciones.....	38
d) EL CONCEBIDO ES UN NIÑO.....	39
1. El tema.....	39
2. Aclaración terminología.....	39
3. Breves notas históricas.....	39
4. Premisas filosóficas.....	40
5. Premisas científicas.....	41
6. Premisas teórico generales.....	41
7. El Derecho internacional.....	42
8. El concebido es un niño.....	43

9. Los nuevos temas.....	44
10. Estado de la cuestión en la legislación costarricense.....	45
11. Conclusión.....	47
e) Problemática jurídica y social de la fertilización in vitro en Costa Rica.....	47
Introducción.....	47
Decreto Ejecutivo N° 24029-S.....	48
Conclusiones.....	51

## 1 Resumen

En el presente informe trata el tema de la reproducción humana asistida, es desarrollado por medio de doctrina sobre el tema, explicando temas como: la fecundación humana asistida y su enfoque, la bioética, los principios inspiradores, los destinatarios, la regulación de las nuevas formas de reproducción humana, las técnicas de reproducción humana asistidas, el concebido es un niño, y por último la problemática jurídica y social de la fertilización *in vitro* en Costa Rica.

## 2 Doctrina

### a) ENFOQUE DE LA CUESTION DE LA FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA

[Lledó]<sup>1</sup>

#### Bioética y Derecho. Estado de la cuestión

Es notorio y de todos conocido que en el momento presente constituye una realidad palmaria que los modernos avances, tanto de la ingeniería genética como de la biomedicina, facilitan un haz de ingentes posibilidades en su repercusión en el campo de la fecundación humana; cuando como consecuencia de la imposibilidad física para llevar a cabo la generación en el uso de la sexualidad en la relación interpersonal de la pareja, por causas de esterilidad en alguno de los componentes de la misma, se recurre como alternativa a la infertilidad, a las técnicas de reproducción asistida en las que quedará disociado el elemento generativo, del factor unitivo, coadyuvando a la procreación de un ser humano; intermediando necesariamente un tercero (médico especialista) en el proceso causal fecundante.

En congruencia con el somero planteamiento expuesto, nos servirá esta sintética descripción del fenómeno para ir escudriñando los términos de su planteamiento y del mismo modo introducimos en su vasto y complejo entramado jurídico, sin pretender incidir *recta vía* en otras conexiones interdisciplinarias de otras ciencias (estudiosas de su problemática) que huelgan *hic et nunc* no por devenir innecesarias e intemperantes sus conclusiones, sino en razón a tener que concretizar la fenomenología del supuesto restringidamente a una cosmovisión únicamente jurídica.

En primer lugar, cuando expresamos el concepto de realidad, nos estamos refiriendo a que las conocidas vulgarmente como técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial *versus* fecundación *in vitro*) se utilizan en nuestra nación desde hace más de una década, resultando haber nacido utilizando estos procedimientos en nuestro país más de 2.000 niños en los que a la sazón su progenitor genético fue un tercero donante (anónimo) de gametos o embriones. Así pues, ofreciendo cumplida respuesta al dato sociológico apuntado nos percatamos en seguida de que el hecho, en sí mismo, es una evidencia tangible, máxime cuando a tenor de lo transcrito en una reciente Proposición de Ley presentada por el grupo socialista sobre las técnicas de reproducción asistida (9 de mayo de 1987) se nos recuerda que en España, en el momento presente hay más de 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil de las que un 40 por 100 podrían beneficiarse de la fecundación *in vitro* o técnicas afines y un 20 por 100 de la inseminación artificial. Existen además 13 bancos de gametos y 14 centros o establecimientos sanitarios públicos y privados en los que se realizan estas técnicas o sus procedimientos accesorios.

Esto supuesto, se pregunta uno de entrada si con las aludidas técnicas (que con las necesarias matizaciones ulteriormente precisaremos) existe una convincente concienciación social en la admisibilidad del heterogéneo supuesto de hecho en que consiste la fecundación inducida. No debe olvidarse que el ámbito o extensión de las técnicas referidas, comprende desde la inseminación homóloga hasta la transferencia intratubárica de gametos. Asimismo, en estrecha relación con lo expresado, debe ponerse de manifiesto si en el momento presente los meritados procedimientos constituyen, general y abstractamente oteado su *conspectus*, un auténtico problema social que demande la generalidad de la ciudadanía y si no estaremos obviando quizá otro tipo de necesidades de política social sanitaria más preeminentes en su debida atención y a los que hubiera que prestar mayores esfuerzos presupuestarios. En resumen, habría que plantear el problema tanto en cuanto al coste (si puede y debe asumirlo el Estado) como al interés social, de suerte que pudiera resultar que en un análisis estructural de política legislativa hubiera que desviar la atención en otro tipo de proyectos de necesidad jerárquica más preferente en su atención por parte del legislador. En tal sentido se ha observado muy atinadamente, desde una perspectiva médico social que comparto su razonamiento, que una trayectoria que se viene dando en política sanitaria es que toda innovación discurre por un camino que lleva del nivel de ensayo al de exigencia social, obligando en su discurrir a remodelar la distribución de recursos públicos en la economía sanitaria.

El segundo aspecto a destacar en el enfoque preliminar y necesario de la cuestión y que subrayamos de la conceptualización definitoria del problema *supra* expresada, es el sentido y significado en la utilización de las distintas formas de reproducción humana y que indefectiblemente son orientadas (como no podía ser de otro modo) con un marcado carácter terapéutico no tanto para corregir ninguna patología sino para ofrecer una alternativa al problema de la esterilidad irreversible de la pareja. A este respecto, ratificación de este postulado es el artículo primero de la Proposición de Ley aludida con anterioridad que explícita el sentido teleológico de los distintos procedimientos en la reproducción humana asistida, que no es otro que la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

En otro orden de cosas, antes de entrar a analizar aspectos específicos de los procedimientos que estamos examinando, conviene, a mi juicio, dejar sentada una cuestión de principio necesaria en la explicación del fenómeno y es la que a continuación someramente referenciamos: si la materia objeto de investigación constituye *iam inde a principio* una entidad humana, convendrá entonces precisar que en ningún momento podrá ser tratada como *algo* sino como *alguien*. A tal efecto,



decantarse en la comprensión de la primera acepción supondría plantear al fenómeno de la fecundación inducida una filosofía de sesgo utilitarista que implicaría su utilización como simple material experimental (desconociéndose su intrínseca y óptica esencia). Ciertamente esta postura nos reconduciría a una ética en la que se valoraría la actividad científica en sí misma sin conexasarla con aquélla, maximalizando el logro científico como tal, prescindiéndose de la valoración moral de la conducta tanto en la actuación como en la ejecución de sus resultados (véase desviaciones no deseables-clonación de preembriones, la hibridación recombinada con animales, etc.). En resumen, el peligro de esta mentalidad cientifista es que se legitima el avance biogenético cualquiera que éste fuera, y no se repara en la licitud ética de la investigación y en sus justos límites. Obsérvese que esta *praxis* que censuramos deriva en un enfoque patrimonialista del fenómeno; cuando por poner un ejemplo se polemiza sobre el problema del derecho a la propiedad del embrión y consiguientemente a la posterior utilización del embrión crioconservado (es decir, congelado), tanto en cuanto al momento de su implantación, como de su eliminación, y al posterior destino del mismo al producirse alteraciones objetivas y subjetivas en la relación de pareja; se dice que al final compete la decisión sobre su destino a los titulares de los gametos. A mi juicio, es criticable que el *nasciturus* incluso quien sólo es *conceptus sua sponte non viabilis*, sea tratado como un simple objeto de propiedad personal del titular de la célula germinal.

Esto supuesto, la cuestión se resume en los siguientes términos: ¿cuál es el derecho que se discute *ius quod ambigitur*?, no será otro que la atribución al preembrión de la protección jurisdiccional que se debe otorgar a todo *nasciturus*. En tal sentido entiendo que debe ser respetada la naturaleza humana del preembrión desde que ha habido concepción *etiam tuum*, es decir, incluso desde entonces. A tal efecto, deberá entonces hablarse de la incuestionable dignidad (*aliquem ad dignitatem*) de esa vida humana en creciente desarrollo y que bonis condicionibus llegará a nacer porque hay una personalidad en desarrollo, no es una potencial existencialidad, sino una realidad biológica *in actu* y que si no se interrumpe su proceso viviente *in crescendo*, nacerá. Por tal motivo estimo adecuado recurrir a la vieja máxima *infans conceptus pro nato habetur* para buscar el principio rector que nos resuma cual *prius* o punto de partida el recto entendimiento del complejo fenómeno de la fecundación inducida.

### **Principios inspiradores en el proceso de reproducción humana asistida**

*¿Cuáles deben ser los principios axiomáticos de imprescindible aplicación en el tratamiento de la fecundación asistida?*

En una estimación personal, centrando la cuestión en el punto atinente a la protección jurisdiccional del embrión preimplantatorio, el derecho que se discute (*ius quod ambigitur*) es el que se circunscribe al hecho de examinar cuándo tiene aquél la suficiente entidad humana para ser valedor de la debida tuición. A mi juicio, desde el momento de la gestación, de suerte que el *conceptus non virtualiter nasciturus*, debe ser considerado como si estuviera ya nacido cada vez que se trate de tomar una decisión a su favor (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*).

En coherencia con lo expuesto puede argüirse, al hilo de este razonamiento, que desde el momento de la formación del cigoto existe en éste toda la programación necesaria para que se consuma *adiuvante natura* el proceso de individualización del ser humano existente ya desde el momento de la concepción; no debe olvidarse que el cigoto contiene *iam inde a principio* el



programa genético de hombre, porque tiene los elementos necesarios y sustanciales para que se desarrolle y consolide su personalidad y/o personeidad (expresándonos en términos zubirianos), es decir los elementos que constituyen al hombre (*alia quibus cohaerent homines*). Se toma, pues, como solución lógica que nadie podrá discutir que se trata *etiam tuum* de un ser humano, en cualquier momento desde la concepción, y que dependiendo su evolución de acontecimientos favorables (*ex bona casu omnia suspensa sunt*) llegará a nacer.

En resumen, debe quedar claro que los principios inspiradores aplicables a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, vendrán inspirados por los de nuestra Ley fundamental. A tal efecto, principio programático medular, resultará la protección a la vida humana, existente y merecedora de respeto y tuición —para quien suscribe este comentario— *pro certo habere aliquid*, desde la fusión de los gametos; por lo que aquel derecho es el prius y desencadenante de todos los restantes derechos fundamentales de la persona incluso *in fieri* y en estado preembrionario.

Fácilmente podrá deducirse que estoy contra toda investigación y/o experimentación que no persiguiera una actitud terapéutica y/o correctora de cualquier patología detectable en el preembrión. Se debe recordar como corolario de lo expuesto que entre la concreción de aquellos derechos aplicables al campo de la manipulación genética destacaríamos tanto el de la integridad física y moral, como el de no *recibir un trato vejatorio* a su incólume dignidad humana. A mayor abundamiento, recientemente el Comité Nacional de Ética francés observaba que el embrión o feto es una persona humana potencial desde el momento de su concepción; por lo que en mi opinión estas razones me inclinan a creer (*haec animum inclinant ut credam*) que como tal ser humano no cabe establecer distingos en sus progresivos y/o evolutivos estadios biológicos, dado que desde el momento de la fusión de los gametos, la entidad resultante es humana, cualitativamente distinta de quienes, genéticamente, aportaron su semilla germinal, de modo y manera que se impone un sacral respeto al proceso de integralidad y/o individualización del ser humano encaminado al nacimiento, al estar dotado intrínsecamente de autonomía inviolable en el de curso normal del logro de su total personeidad.

### **Destinatarios efectivos en la utilización de las técnicas de la fecundación inducida**

En aras de la parquedad en el tratamiento de los epígrafes descritos, diremos en coherente réplica al enunciado que se formula, que mi postura es restringir su utilización a la pareja casada, en razón —entre otras— a la estabilidad que formalmente como categorización institucional, comporta el vínculo matrimonial, por lo que no me refiero a una intelección subjetiva del concepto de estabilidad convivencial que tenga la pareja casada o no (relación *more uxorio*).

Si como se observará queda expuesto con nitidez que hablo de pareja, con ello quiero igualmente expresar que descarto como usuarios idóneos tanto a la mujer sola como al hombre solo (supongamos que se legitimara de *lege ferenda* la locación de vientres), en aras, fundamentalmente, al interés del propio hijo, que no debe olvidarse que en el posible conflicto en la jerarquía de valores en juego, queda aquél en una posición preeminente, de modo y manera que en lógica conveniencia al principio totalizador del logro de su *identidad* sexual, es merecedor *ab initio* de una relación familiar bifrente (como nos recordarían los estudiosos de la ética —la existencia en la familia del doble modelo, el modelo de identidad de su propio sexo y el modelo de complementariedad del sexo contrario).





Naturalmente, en la Proposición de Ley *supra* comentada, en su disposición adicional tercera se prescinde de la argumentación esgrimida, explicitándose, por el contrario, que para la utilización de las técnicas de reproducción asistida en la mujer sola, deberá recabarse información documental de que no está casada ni constituye pareja estable, así como la ambigua locución «se evitará que los así nacidos puedan ser vejados o discriminados socialmente por causas ostensibles y notorias con ella relacionadas». Obviamente, se está refiriendo implícitamente tanto al lesbianismo como a la homosexualidad. Asimismo no alcanzo a vislumbrar las medidas correctoras (que no se esgrimen) para evitar esas reticencias discriminativas. Entiendo que criticablemente no deja de constituir una declaración pleonástica de intenciones; pero lo que es peor es el significado tan despersonalizante que se les atribuye a las técnicas en cuestión, en la que insistimos el hijo es preterido en su inviolable finalidad y subordinado a otros intereses individuales en los que se priorizan las motivaciones personales por muy egoístas que éstas fueran.

En tal sentido, no deja de ser del mismo modo descorazonador el ordinal segundo de la disposición citada que ambivaliza la utilización de las citadas técnicas a la mujer sola no estéril, quien podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante, con gastos a su cargo.

Prescindiéndose de hacer nuevamente hincapié en la inteligencia implícita en la mentada proposición, que se nos revela patrimonial y de una concepción científica marcadamente utilitarista (en su filosofía interna); quisiera remitirme a unas palabras pronunciadas con motivo de la discusión del informe presentado al pleno del Congreso el pasado mes de abril que ponía el dedo en la llaga cuando se razonaba la inconveniencia de la inseminación de la mujer sola, además de por razones que afectaban a la institución familiar, por las propias motivaciones que la pudieran llevar a rechazar al hijo hombre que le naciera.

En otro orden de cosas, no quisiera concluir el presente comentario sin referirme siquiera unas palabras a la controvertida cuestión de la estabilidad de las uniones de hecho. Al respecto, debo incluirme en quienes expresan con más autoridad científica que la del exponente, que no dispone el Derecho de parámetros para juzgar con criterios legales la estabilidad de las uniones de hecho. Asimismo, cuando se habla de las parejas estables, en ningún momento se nos remite al sujeto (persona física y/o jurídica) autorizado para acreditar la estabilidad y *a contrario sensu* ¿el no ser pareja estable?, ¿a quién le corresponde la prueba?, ¿al interesado *ad hoc*?, ¿a la Comisión Nacional que se constituya en el futuro?, ¿al propio juez? Parece que indefectiblemente se nos aboca a la creación paralela junto a la del Registro Civil de otro (o de una sección específica) de uniones estables que expidiera certificaciones en torno a las relaciones estables formal e institucionalmente reconocidas entonces por el Estado por la simple voluntarización en el hecho de su suscripción por los interesados en el registro *ad hoc*.



## **b) REGULACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA**

### **A) La inseminación artificial**

[Vidal]<sup>2</sup>

#### **a) Introducción**

Dando por conocidos o supuestos los aspectos técnico-científicos de la inseminación artificial en los seres humanos, habida cuenta especialmente de la dinámica que deriva de la posibilidad de congelar el semen, sin que éste pierda su poder fecundante, y sobre todo de la «revolución» que en el plano científico supuso en 1978 el nacimiento de una niña, mediante la técnica de la «fecundación *in vitro*», abordamos, sin más preámbulo, el tratamiento jurídico que merecen estos hechos desde la óptica del Derecho español.

Nos habíamos pronunciado por la creación de un Comité Nacional de Ética, al que, quizá, fuera conveniente se sumaran Comités locales en los Centros hospitalarios, con funciones puramente orientadoras, que en modo alguno deberían excluir, a nuestro juicio, las responsabilidades jurídicas que en cada caso pudieran haber contraído, colectiva o individualmente, los equipos médicos y personal sanitario intervinientes en este tipo de actuaciones que, según nuestra opinión, sobrepasan cumplidamente, en muchos casos, el ámbito de la Medicina para adentrarse en el de la Biología.

#### **b) Concepto y naturaleza jurídica**

La inseminación artificial ha sido definida como «un hecho médico, mediante el cual se introduce en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado». En el plano jurídico, y allende los tecnicismos del acto médico o biológico llevado a cabo, entendemos que hay en realidad dos actos sucesivos: La recolección y, en su caso, conservación del semen, y su introducción posterior en el aparato genital femenino.

Creemos que debiera reservarse la denominación «procreación asistida» para aquellos casos en que la relación sexual del hombre y la mujer no logra el fin pretendido de procrear y es preciso recurrir a otros medios no naturales para lograr la fecundación. Pero dudamos mucho de que la citada terminología resulte adecuada, allí donde no hay voluntad de procrear por parte del «donante» del semen, y sí sólo un consentimiento para que un profesional o equipo de profesionales, utilice las «fuerzas genéticas» contenidas en su semen, para con ellas lograr la fecundación pretendida.

Entendemos que, jurídicamente, debe merecer un distinto tratamiento la responsabilidad del agente médico-biólogo en los dos casos antes apuntados, y aún quizá cupiera hacer subdistinciones en el primero de los supuestos, según que la relación fuera matrimonial o no matrimonial, por más que no ofrece especial dificultad, en última instancia, el supuesto en que el hijo habido a la resulta de estos procedimientos, quede ligado, a quienes efectivamente son sus progenitores, bien que con la ayuda de estas técnicas.



La cuestión varía, a nuestro entender, netamente, cuando el semen recolectado es de un «donante» que consiente en la utilización de sus «fuerzas genéticas», pero en modo alguno tiene la voluntad de procrear. Expusimos claramente nuestra opinión de que estos elementos genéticos — semen u ovocitos— quedan, en línea de principio, fuera del tráfico jurídico, aunque sean elementos regenerables producidos por el cuerpo humano. Bajo este enfoque, el consentimiento para su extracción, conservación o utilización no puede tener, en ningún caso, el valor de un consentimiento negocial. Se trataría de un acto jurídico aislado, cuya virtualidad directa no podría ser otra sino la eliminación del ilícito, que, en otro caso, supondría la intervención del agente médico-biólogo.

Decíamos, además, que la puesta en el tráfico de estos elementos podía —considerada únicamente la materialidad de los mismos— regirse analógicamente por una normativa tal, como la que se dicta en materia de hemodonación, pero que, en su funcionalidad, tal analogía se desvanece: Las células germinales, semen u ovocitos, contienen un código genético peculiar de cada individuo de la especie humana. De este modo, hay que concluir que la facultad de procrear o de utilizar las fuerzas genéticas es personalísima e intransmisible, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, relativa a la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen.

### **c) Elementos personales**

Se planteó el Grupo de Trabajo que funcionó en la DGRN, una serie de cuestiones atinentes a la problemática de la inseminación artificial; entendemos que, desde la doble perspectiva, de encontrar la regla aplicable a cualquier supuesto que pudiera presentarse en la práctica, pero, sobre todo, en vistas a una futura regulación. Por nuestra parte, considerando que esa regulación iba a servir para institucionalizar unas prácticas, que entendemos no favorecen el bien común, es la primera dimensión apuntada la que nos interesa destacar.

En cuanto a la aptitud jurídica que se exige al dador, el Grupo de Trabajo constituido en la DG exigía la edad de dieciocho años. Parece razonable este criterio en la teoría, pero pensamos puede resultar inoperante en la práctica, allí donde se postule el anonimato del donante. En todo caso, los hechos pueden desvirtuar esa hipotética norma si el donante ha alcanzado la pubertad y nace un nuevo ser humano como consecuencia de la inseminación artificial practicada.

Nosotros entendemos que, en tanto no haya una legislación al respecto, resulta inoperante cualquier intento de transmitir la libertad o el derecho de procrear, sea mayor o menor el donante, capaz o incapaz. La respuesta del Derecho tendrá relevancia únicamente en lo que respecta a la posible responsabilidad del tomador de los elementos genéticos frente al dador, si éste no posee la suficiente madurez para decidir respecto al ejercicio de sus derechos de la personalidad, o si no ha sido suficientemente informado. (Argumento art. 162 CC y 3.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982.) Hay, en este caso, estimamos, un ilícito que obligaría a indemnizar daños y perjuicios, sin que pueda propiamente suplirse el consentimiento, de acuerdo con el artículo 3.º-2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, por cuanto se trata aquí, entendemos, de proteger a quien necesita protección, y no de aumentar capacidades, con una dación de muy discutible valoración ética. Además, hay que estimar, procediendo por analogía, que el consentimiento para utilizar elementos genéticos es revocable en cualquier momento, indemnizando en su caso daños y perjuicios, incluyendo expectativas justificadas.

Otra cuestión que se planteó el Grupo de Trabajo constituido en la DG estribaba en la



trascendencia que pudiera tener el estado civil de casado del donante. Sabido es que en la práctica de los CECOS en Francia, la donación de gametos se pretende configurar como un acto solidario de pareja a pareja. En nuestro ordenamiento entendemos que la única consecuencia adicional que podría añadir la condición de casado del donante, cuando no contaba con el consentimiento del cónyuge, era su apreciación como violación grave de deberes conyugales y, por ende, causa de separación.

En cuanto al operador médico-biólogo que aparece como intermediario —en ocasiones, posiblemente no único— en estas actuaciones, hay un sentir, al parecer unánime, de que este tipo de prácticas sólo puedan hacerse en Establecimientos que por sus características técnicas ofrezcan, a juicio de la Administración, garantías suficientes.

Nos sumamos a ese *desideratum* que postula un control por parte de la Administración, que conllevaría, obviamente, el establecimiento de una serie de sanciones de tipo administrativo, pero las cuestiones que aquí nos interesan son las propiamente civiles, y en este plano ya hemos expuesto con anterioridad nuestro criterio: La apelación a los principios generales del Derecho, singularmente el recogido en el artículo 1.902 del Código Civil podrían, a nuestro entender, hacer surgir, en su caso, determinadas responsabilidades civiles.

En cuanto al «beneficiario» de esa dación, directamente, es la mujer sometida a tal práctica. Salvo el supuesto antes mencionado de verdadera «procreación asistida», hablar, hoy por hoy, de remediar la infertilidad de la pareja, acudiendo a la utilización de las «fuerzas genéticas» de un «donante», no pasa de ser una falacia, en nuestra opinión. Pensando en la posibilidad de que el hijo queda ligado jurídicamente al marido de la madre, o a quien con ella vive, en «relación estable», es como la doctrina española, al igual que ha sucedido en otras latitudes, se ha enzarzado en una discusión que, a nuestro entender, precisa, de entrada, una rigurosa clarificación de presupuestos.

De *lege lata* la relación matrimonial es una relación jurídica que, como tal, puede producir importantes consecuencias en orden a la filiación del hijo. La relación no matrimonial, como hemos señalado en otro lugar, es una relación de hecho, cuya constitución nos parece absurdo dejar en manos del Centro Médico que proceda a realizar este tipo de actuaciones, tal como pretende la Proposición de Ley sobre técnicas de procreación asistida.

Sucede, sin embargo, en nuestra opinión, que la institucionalización propugnada en España de estas técnicas genéticas, difícilmente podría acometerse sin incurrir en una discriminación, si la libertad que, entendemos, tiene hoy cualquier mujer para recurrir a estas prácticas se convirtiera en un verdadero derecho subjetivo al hijo, convirtiendo legalmente en progenitor al marido, y no en cambio al hombre que vive en relación cuasi marital.

En contra cabría aducir, como muy juiciosamente se alegó en el Grupo de Trabajo constituido en la DG, que estos hijos, nacidos mediante la utilización de estas técnicas, vienen al mundo con una colaboración oficial o cuasi oficial y lo menos que se puede pedir a las decisiones oficiales es que sean racionales.

Manteniéndose, en cambio, como una actividad *extra legem*, marginal, respecto a las verdaderas terapias de infertilidad llevadas a cabo por la Administración sanitaria, podría ser esta misma, pensamos, la que redujera el marco de su actuación, al seno de la pareja casada, o, a lo sumo, también de la pareja no casada, siempre que en uno u otro caso se tratase de lograr una verdadera procreación asistida. Queremos significar el que, a nuestro entender, hoy por hoy, en modo alguno

puede demandar una mujer de la Administración sanitaria, ni de ningún Centro Privado o persona particular, la provisión de elementos genéticos necesarios para el desarrollo de estas actividades, y las que puedan desarrollarse privadamente, no es presumible que crezcan, si se las somete, como es de rigor, a un control sanitario estricto, y, sobre todo, se les niega un *effectum iuris* que barrena principios constitucionales y civiles, «hipotecando» los intereses del concepturus en beneficio de otros intereses que, en ocasiones, podrían ser puramente mercantiles.

Ha de ser la sociedad española —pensamos— la que, planteada la cuestión en sus justos términos, opte por dar a estas técnicas y prácticas, el alcance que deban tener. Por otra parte, sin embargo, entendemos, que la prohibición de estas prácticas contradeciría el espíritu de nuestra Constitución, amén de resultar política equivocada por diversas razones. Pero alentarlas, en la forma que pretenden las Proposiciones de Ley presentadas por el partido del Gobierno, llevaría, en nuestra opinión, a contradicciones insalvables con la Constitución, amén de responder a una política que difícilmente se compadecería con las notorias carencias de la Sanidad y protección a la infancia, que la propia Constitución ordena remediar.

#### **d) Elementos reales**

Acerca de la naturaleza de los elementos genéticos, ya nos hemos extendido suficientemente. Sólo quisiéramos añadir aquí que su concurso, absolutamente necesario para el desarrollo de estas prácticas genéticas, no puede, en términos de Derecho, obtenerse mediante contraprestación económica, menos todavía por cualquier suerte de compulsión que fuerce la voluntad del «donante».

Estos planteamientos suelen resultar pacíficos en la doctrina. La experiencia de los CECOS franceses, ilustrativa en tantos aspectos, parece ha logrado unos resultados bastante alejados de la práctica que se sigue en España, donde se abonan pequeñas cantidades, que podrían estimarse como compensación de gastos con una óptica benevolente, aunque creemos que se está lejos del *desideratum* que contempla estas «donaciones» como actos de solidaridad y que la imposición de restricciones quizá sólo contribuiría a «encarecer» este tipo de «liberalidades».

Desde el punto de vista jurídico, al que nosotros pretendemos ceñirnos, resulta importante plantearse la posibilidad de contratar sobre los elementos genéticos, específicamente sobre el semen, que permite su crioconservación, a diferencia de los ovocitos en los que dicha técnica todavía no está suficientemente desarrollada.

Entendió el Grupo de Trabajo constituido en la DG que, en principio, se trataba de materias que están fuera del comercio de los hombres. De los convenios no puede surgir nunca obligación susceptible de cumplimiento específico forzoso. Lo cual no quiere decir que estén privados, por ello, de todo otro efecto.

La posibilidad de celebrar un contrato encaminado a conseguir la conservación de las células reproductoras parece incontestable, no existiendo prohibición al respecto. Sólo que, pensamos, tal contrato de depósito funcionaría rigurosamente como contrato real, por cuanto no puede imponerse la obligación de entregar los elementos genéticos, y sólo entregados, surge la obligación de guardar y restituir a la que se refieren los artículos 1.758 y siguientes del Código Civil.

Por el contrario, negamos que «la donación» de los elementos genéticos tenga, hoy por hoy, en el Derecho español la virtualidad de un negocio jurídico, aunque se integre en un contrato o en un testamento. Para nosotros es claro, en ambos casos, que los efectos de tales «negocios jurídicos»

no podrían sobrepasar los límites establecidos por el propio ordenamiento ni sus principios básicos, y entre éstos se encuentra, a nuestro entender, mientras no se legisle en contrario, la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad —en este caso y siguiendo la óptica de la Constitución—, la intransmisibilidad del derecho o libertad de procrear.

Bajo este enfoque —insistimos—, la entrega de elementos genéticos con otra finalidad que la de ejercitar «en forma asistida» la facultad de procrear, nos sitúa en el plano de los puros hechos, bien que estos hechos —actos humanos— puedan, en el plano causal, derivar en otros de extraordinaria importancia —el nacimiento de un ser humano— y, en todo caso, sean susceptibles tales hechos de ser valorados por el Derecho.

La Proposición de Ley en materia de procreación asistida, prevé unos plazos para la crioconservación de gametos autorizados. En la actualidad, nosotros pensamos que las responsabilidades derivadas de la utilización de esos gametos recaen directa e inmediatamente sobre el Centro que los conserva sin perjuicio de que pueda alcanzar en algún caso al «donante», por omitir, voluntaria y conscientemente, datos que pudieran tener trascendencia para los niños nacidos con el empleo de estas técnicas.

#### **e) Elementos formales**

La doctrina proclive a la regulación de estas prácticas genéticas destaca la importancia de que conste el consentimiento de los cónyuges, o en sentido amplio de la pareja, junto con el del tercero que intervenga, aparte, claro está, del equipo profesional que va a proceder a la práctica de la inseminación. El consentimiento es —como se ha dicho— el núcleo habilitante de esta práctica. La Proposición de Ley en materia de procreación asistida, aunque destaca lógicamente la figura de las usuarias de las técnicas (art. 6.º), reclama el «consentimiento previo y fehaciente, una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas...» «del matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas...», que se convertirían —si tal Proposición de Ley prospera — «en padres legales de los hijos así nacidos - ».

Bajo este enfoque, ceñido en este punto al derecho hoy vigente, entendemos —ya lo hemos significado— que ese consentimiento no puede tener el valor negocial pretendido, sino únicamente virtualidad para enervar el ilícito con respecto a cada uno de los intervinientes, y como un corolario lógico, el poder oponer frente a una reclamación judicial subsiguiente la doctrina de los propios actos, aunque ello no signifique —el supuesto se ha dado en el ordenamiento alemán— que el marido de la madre no pueda, en línea de principio, impugnar la condición matrimonial del hijo por la circunstancia de haber dado su consentimiento a la inseminación. Aunque haya una evidente concatenación lógica entre ambos supuestos, que, en algún caso, puede tornar injusta tal impugnación, la irrenunciabilidad que tradicionalmente se atribuye a las acciones de estado civil, conduce a esa solución.

Se comprenderá que, desde esta óptica, baste y sobre con preconstituir un medio de prueba suficiente, de que el consentimiento se ha emitido, estando debidamente asesorada cada una de las partes, acerca del alcance del acto médico biológico, para el cual se reclamaba ese consentimiento. Otra cosa es, lógicamente, la virtualidad que ese consentimiento pueda tener en cada uno de los supuestos, y los esfuerzos comprensibles, pero, a nuestro juicio, inútiles, que la doctrina jurídica, y aun la práctica médica, despliega alrededor de este punto central, por conseguir algún apoyo legal para sus actividades.

En llegando a este punto convendrá puntualizar, una vez más, que, a nuestro entender, el secreto,



tendencialmente absoluto, con el que se trata de cubrir las circunstancias de la inseminación artificial practicada, y, especialmente, la identidad del donante, es una construcción *ad hoc* que se aparta de la normativa vigente en relación con la protección de la intimidad de las personas. Como hemos señalado en otro lugar, no se trata de proteger la intimidad del hijo, sino fundamentalmente de conseguir un objetivo que contornea, cuando no transgrede directamente, el derecho vigente, favoreciendo la eliminación de responsabilidades de las personas implicadas en la operación.

En la actualidad existe evidentemente un deber de confidencialidad del expediente médico. La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 en su artículo 7.º-4 considera intromisión ilegítima en el ámbito protegido: «La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.» Pero no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley (art. 8.º-I de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982). Y la ley considera admisible la investigación de la paternidad y la maternidad en línea de principio, de acuerdo con la Constitución, aunque se impongan determinados temperamentos y restricciones. Como juiciosamente se ha observado, al hijo nacido por IAD puede urgirle conocer a su padre biológico para obtener directamente de él una información médica indispensable. Más aún, afirmamos que —de acuerdo con nuestro Derecho vigente— resultaría contradictorio oponer la protección de la intimidad al principal implicado, el hijo, si éste quiere saber y conocer a toda costa, acerca de sus orígenes, tanto más cuanto que, a su venida al mundo ha colaborado —decisivamente— un profesional médico o biólogo, que debe actuar conforme a unos cánones éticos, y que —si se acepta nuestra interpretación— no pudo adquirir el derecho a actuar en beneficio de tercero las «fuerzas genéticas» contenidas en el semen o en los ovocitos. El derecho que se pretende instaurar, amén de postular un resultado de muy difícil consecución, nos aproxima, por no decir que nos introduce, en el marco de corrientes individualistas, extrañas a los principios y normas de la Constitución española.

#### **f) Efectos**

Como muy bien dice la Proposición de Ley sobre «Técnicas de reproducción asistida», en su Exposición de Motivos: «Trátase de asuntos de enorme responsabilidad». Esta responsabilidad, se puntualiza en el artículo 19.6 y 8 de la Proposición de Ley (recaerá sobre) los Equipos Biomédicos, y la Dirección de los Centros o Servicios... si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de Reproducción Asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados, se lesionaran los intereses de donantes o usuarios, o se transmitiera a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias evitables con aquella información y estudios previos... (Igualmente si) no realizaren las Historias Clínicas u omitieren las citadas referencias, datos o consentimientos...».

Sucintamente había resuelto esta importante cuestión el Grupo de Trabajo que funcionó en la DGRN, señalando que el Establecimiento respondería frente a la Administración y los particulares por no adecuarse a las normas prescritas, y, frente a los afectados, de las enfermedades o anomalías que se deban a culpa suya.

Nosotros partimos del supuesto de que la normativa que pretende introducir, todavía no es Derecho vigente, a la hora de calibrar, cuál puede ser la responsabilidad de los Equipos Biomédicos y de los Centros a que tales Equipos pertenecen, o simplemente la del médico, que lleva a cabo en nuestro país, actuaciones de este tipo.

Entendemos, por nuestra parte, que las previsiones contenidas en el artículo 19 de la Proposición



de Ley en materia de Técnicas de Procreación Asistida son, en cierto modo, innecesarias —un argumento más en contra de la utilidad de esta legislación—, pues, a consecuencias parecidas, cabría llegar mediante la simple aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad civil.

En efecto, los profesionales deben responder de la intromisión ilegítima cometida, cuando revelan datos íntimos que conocieron en el ejercicio de su profesión, con las excepciones que señala la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982. Y, sobre todo, y en ello resulta pacífica la doctrina, el médico —y lo mismo cabría decir del biólogo al que se contrata— *spondet peritiam artis*, la impericia se cuenta como culpa. Más aún, quisiéramos alejar la idea —allende las dificultades que en el plano técnico comporta su diferenciación, en las que aquí no cabe entrar— de que pudieran coexistir diversas responsabilidades, algunas de las cuales alcanzarán, y otras no, a ser consecuencia de los actos realizados. No hay varias responsabilidades, sino varios regímenes de responsabilidad. Y en el caso que nos ocupa, parece claro el que, más allá de la eficacia de los pactos que hayan podido establecerse entre los distintos implicados, la utilización de estas técnicas novedosas, que de tantas formas pueden causar daño material o moral a los usuarios, incluyendo los seres inocentes surgidos de las mismas, puede y debe considerarse, en nuestra opinión, como una fuente permanente de posible responsabilidad, tendencialmente objetivable en algunos casos, probada la relación de causalidad.

En contrapartida, lo que nos parece excesivo es pretender, que de estas prácticas genéticas pueda derivar por vía contractual, una obligación de resultado. La cuestión se ha planteado ya en la doctrina española, y quizás haya que abundar en la misma, caso de institucionalizarse estas prácticas convirtiendo en leyes las Proposiciones antes aludidas, por cuanto el propósito empírico de los particulares con toda facilidad podría derivar, una vez que se obtuviera el objetivo fundamental de remediar «la infertilidad de la pareja», a la obtención, de lo que se ha llamado «hijos a la carta».

Hoy por hoy, sin embargo, creemos que estas actuaciones médico-biológicas deben incluirse dentro de la regla general según la que, aun comprometiéndose contractualmente los servicios del médico, no existe un compromiso propiamente dicho, de llegar a un resultado, dado el carácter contingente de la actividad médica. Es preferible entender, como nosotros lo hacemos, que el resultado de estas prácticas genéticas —el nacimiento del hijo en tales o cuales condiciones— o su no nacimiento, es un hecho que escapa a cualquier propósito empírico pretendido por vía contractual.

Hay en estos casos —nos parece— una relación táctica que puede encontrar su antecedente, indudablemente, en una relación contractual. A poco que proliferen estas prácticas entre nosotros cabría hablar incluso de una «conducta social típica». Nuestra tesis es que el agente médico-biólogo en el Derecho vigente español, responde cuando no actúa con la pericia que es dable esperar de un profesional, pero también puede alcanzarse responsabilidad cuando opera fuera del marco estricto de la procreación asistida, es decir, cuando actúan las «fuerzas genéticas» de unas personas en beneficio de otras, ejerciendo de facto un derecho al que de *iure* no pudo acceder.

Podría entonces surgir esa responsabilidad —lo hemos apuntado— frente al hijo, pero también frente a la mujer usuaria de estas técnicas, o frente a otras personas cuyo consentimiento ha recabado para llevar a cabo las mismas. Los posibles vicios de la voluntad que algún autor ha estudiado dentro de lo que se ha llamado «negocio inseminador» preferimos reconducirlos —en tanto no se dé una regulación que sustente aquél tratamiento— al Derecho de daños. Partiendo de los presupuestos que hemos apuntado, serían matizaciones que permitirían a los Tribunales,



conforme al principio general de Derecho recogido en el artículo 1.902 del Código Civil, establecer, en su caso, la obligación para el Equipo médico-biólogo de reparar el daño material o moral causado.

### **g) Cuestiones de filiación**

#### **a') Inseminación artificial por el semen del marido (IAC)**

A nuestro juicio, desde la estricta perspectiva de la ley civil, no ofrece dificultades la admisión de esta figura, ni sus consecuencias resultan problemáticas cuando la inseminación se lleva a cabo en vida del marido, en tanto se den los presupuestos que caracterizan a la verdadera procreación asistida. El hijo queda vinculado, en la naturaleza y en la ley, a progenitores que están casados entre sí. Ello tenía extraordinaria importancia antes de las reformas del Código Civil en 1981, porque, de una parte, la procreación se insertaba en la teleología del matrimonio, proveyendo la ley civil obsequiosamente al mantenimiento de unas rígidas categorías de la filiación, cuya finalidad última, en nuestra opinión, era la defensa de la institución matrimonial, que, a su vez, suministraba el marco más idóneo para que la filiación tuviera lugar.

En la actualidad, tras las reformas citadas de 1981, se ha perfilado técnicamente la presunción de paternidad del marido como *iuris tantum*. Pero no hay, en nuestra opinión, dificultad alguna en acoger dentro

de esa presunción al hijo que, por hipótesis, ha sido concebido por la mujer a la que se practicó la inseminación artificial utilizando semen del marido, siempre que el hijo nazca dentro del matrimonio o antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

#### **b') IAC «post mortem»**

Las posibilidades abiertas por la tecnología moderna (congelación del semen sin deterioro comprobado de su poder fecundante, también de embriones humanos obtenidos tras la fecundación in vitro) pueden dar lugar a resultados extravagantes, si se da pábulo a sentimientos y deseos humanos, quizás comprensibles en el plano subjetivo, pero objetivamente muy difíciles de justificar.

La doctrina tiende a sugerir plazos prudenciales para hacer efectivos los deseos de la viuda de hacerse inseminar con el depósito legado por su marido, exigiendo esa misma prudencia no demorar demasiado, si es que va a llevarse a cabo, la práctica de tal inseminación.

Por nuestra parte, entendemos que, aparte otras muchas posibles consideraciones, resulta injusto respecto al hijo, y, por tanto, indeseable, programar su venida al mundo, cuando ya su progenitor no se encuentra en él. Pero amén de recordar el principio general de libertad que propugna nuestro ordenamiento, razonamos que en esta materia, como en tantos otros puntos sucede, las prohibiciones pueden resultar inútiles ante el hecho consumado. Si éste se produce *quid iuris?*

A nuestro entender, si el hijo nace antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio, se presume la paternidad del marido, fallecido por hipótesis. El hijo, mientras no se demuestre lo contrario, lo es del marido y tiene derecho a sucederle.

Si el hijo naciera pasado ese plazo, no podría considerarse matrimonial: Ni en el momento del nacimiento ni en el de su concepción los padres estaban casados entre sí, como señala el artículo



108 del Código Civil. Creemos factible una acción para reclamar la determinación de la filiación paterna, al amparo del artículo 135, in fine, dentro del plazo señalado por el artículo 133, en relación con el artículo 129, todos ellos del Código Civil.

Para evitar que las apetencias sucesorias o, en general, el capricho o la arbitrariedad de la usuaria de estas técnicas o de su cónyuge fallecido, que expresó su última voluntad en este sentido, pueda determinar el nacimiento de un niño cuando quizá la herencia del padre ya está repartida, la doctrina preconiza la regla de privar de derechos sucesorios al hijo habido por estos procedimientos de la inseminación artificial, si el comienzo de la gestación es posterior al de la muerte del padre.

La regla antes citada se recoge en términos de gran amplitud en el artículo 9.º-2 de la Proposición de Ley sobre «Técnicas de procreación asistida». Aunque tal regla apunte razonablemente a evitar abusos, parece difícil de compatibilizar con el artículo 14 de la Constitución. Cabe apuntar, además, que, de acuerdo con la normativa vigente —ésta es nuestra opinión—, ningún derecho tiene la viuda a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, ni siquiera en el caso de que éste hubiese manifestado su última voluntad en este sentido, pero, naturalmente, goza de libertad para someterse a esta práctica, en el caso de que algún profesional se avenga a ello. Entendemos que los principios y normas antes apuntados, junto con otros, tales como el de no discriminación, prescripción de derechos y acciones, posible responsabilidad médica por faltar a principios deontológicos que pudieran establecerse..., etc., permitirían a los Tribunales españoles, aun en ausencia de regulación concreta, encontrar la solución justa para cada caso que pudiera plantearse.

### **c') Inseminación artificial por semen de dador (IAD)**

Cuando la mujer es inseminada artificialmente utilizando semen procedente de un hombre que por hipótesis no va a asumir la paternidad del hijo, se está creando una disociación de forma deliberada entre la paternidad biológica y la legal que obviamente, no atiende a los intereses del hijo.

La escasa doctrina que hasta hace unos pocos años se ocupaba entre nosotros de estos problemas, lo hacía refiriéndolos a la pareja casada que no lograba ver realizado su propósito de tener hijos. El profundo cambio sociológico habido en nuestro país en los últimos años ha añadido entre las posibilidades que prevé la doctrina, que los beneficiarios de esta operación sean los componentes de la llamada «pareja estable». Más aun, inmersos en esa corriente igualitarista, se ha propugnado el derecho de la mujer sola a ser inseminada artificialmente, incluso con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social.

Las posibilidades que ofrece nuestro actual sistema de filiación para asumir estos nuevos planteamientos, creemos resultan suficientes en la hora presente, especialmente allí donde las apetencias de los interesados puedan mostrarse con mayores visos de racionalidad, cual es el caso de los matrimonios sin hijos.

En efecto, antes y después de la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, aun con notables diferencias en el planteamiento técnico-jurídico, procede entender —pensamos— que los hijos habidos por mujer casada han de considerarse *ab initio* como legítimos, matrimoniales, en la categorización actual. Quien sostenga lo contrario deberá atacar la determinación de la filiación, aunque obviamente goce de muchas más posibilidades para ello en el momento presente que antes de la reforma del Código Civil.

La generalidad de la doctrina favorable a la utilización de las nuevas técnicas genéticas señala la necesidad de obtener el consentimiento del marido de la madre (también el del «compañero», cuando se pretende ampliar el supuesto a la llamada pareja estable), para convertirlo por obra y gracia de dicho consentimiento en padre legal del hijo habido por su mujer (o «compañera», en el caso de relación no matrimonial).

En el Derecho español vigente ya hemos señalado que los hijos habidos por mujer casada se atribuyen en línea de principio al marido. Si el hijo fue fruto de una inseminación artificial con semen de dador, al igual que si hubiese sido fruto de un adulterio, entendemos que el marido deberá impugnar la determinación legal que pudiera haberse efectuado, atribuyéndole una paternidad que no le corresponde. El consentimiento que en su día pudo haber prestado, en favor de la inseminación, no tiene, a nuestro juicio, virtualidad para impedirle posteriormente impugnar su paternidad ficticia. Es más, no parece razonable —como juiciosamente se ha observado— imponer una paternidad que no existe y que no se desea. Ciertamente es, que en apoyo de esa solución legal podría operar la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos. Pero parece en el plano sustantivo respuesta más justa y adecuada, la de exigir una indemnización al marido que, consintiendo la inseminación, rehúsa posteriormente asumir la paternidad del hijo, salvo que éste no fuera en realidad engendrado por estos medios.

La cuestión ofrece otras perspectivas cuando la mujer que se somete a la inseminación artificial utilizando semen de dador no está casada. Se tratará de remediar —alegan los defensores de estas técnicas— la infertilidad de la pareja estable o, también, el problema de una mujer que, deseando ser madre, no lo consigue por los medios naturales. Podrá utilizar entonces el semen del hombre que mantiene con ella una relación no matrimonial, o el de un donante anónimo, contando con que el hijo será reconocido por el conviviente. O, como está dispuesta a admitir la Proposición tantas veces citada sobre técnicas de reproducción asistida, quedaría el hijo vinculado únicamente a la madre que se sometió a la técnica del AID, para criar al hijo en solitario, o con el hombre que ocasional o permanentemente comparte su vida, o quizá con otra mujer, si se trata de una homosexual que pudiendo tener hijos rechaza, sin embargo, el intercambio sexual con varón.

En el plano jurídico, este panorama no exhaustivo, se simplifica. El hijo que pueda nacer en tales condiciones —pensamos— no es matrimonial, y la vinculación jurídica se da únicamente respecto a la madre, en tanto no quede determinada la filiación paterna; determinación que, caso de producirse, se hará normalmente por la vía del reconocimiento, que será de complacencia, si se parte de la hipótesis de que la mujer recibió el semen de un donante anónimo.

La doctrina española, al igual que sucede en otros países donde el tema se ha planteado, discute en qué medida una futura regulación deberá acoger al supuesto de la pareja estable, e incluso el de la mujer sola, a la hora de admitir la práctica de estas técnicas genéticas.

Nuestro enfoque en este punto, atiende ahora al Derecho constituido, y conforme al mismo, entendemos, como ya hemos puntualizado en otro lugar, que la práctica del AID, reservada únicamente a la mujer casada, entrañaría de algún modo un sesgo discriminatorio<sup>86</sup>. Si, en otro lugar, hemos afirmado, que el mantenimiento de una relación no matrimonial constituye en nuestro ordenamiento una manifestación de la libertad civil, pero no un derecho subjetivo, hemos de llegar coherentemente a parecida conclusión, cuando una mujer, sea cual fuere su estado civil, pretende someterse a estas prácticas genéticas. Otra cosa es, que se reclame el uso de esas técnicas que precisan, obviamente, la previa «donación» de gametos masculinos, como un derecho de la mujer que, entendemos, no existe en la hora presente en nuestro ordenamiento positivo. El sesgo discriminatorio cobraría entonces, a nuestro juicio, mayor consistencia.



Por ello pensamos que, manteniendo intocado el sistema en sus aspectos sustantivos, la práctica se decantará hacia la verdadera procreación asistida en el seno del matrimonio, y a lo sumo hacia la técnica del AID, beneficiando a parejas casadas, con una tendencia a la baja, en el momento que los Tribunales tengan ocasión de constatar, los verdaderos perfiles de nuestro ordenamiento, para responder a estos planteamientos, en alguna medida fraudulentos, y en todo caso, despersonalizados e instrumentalizadores del hijo.

Claro es, que la práctica podía asumir también otros derroteros. La doctrina sugiere fórmulas para hacer eficaces posibles reconocimientos de complacencia que podrían, con anterioridad al nacimiento del hijo, mostrar esa tendencia que parece destacarse en la actualidad: La filiación afectiva «codeándose» con la filiación biológica ganándole incluso terreno...

El problema estribaría en este caso, en que nuestro ordenamiento permite reconocer el *nasciturus*, pero no al *concepturus*. Como juiciosamente se ha señalado, sería necesario renovar ese consentimiento de acoger al hijo. Y aun cuando tal reconocimiento tampoco fuera incontestable, si se parte de la hipótesis de una diversidad entre la paternidad biológica y la legal, pensamos, que la práctica de los Tribunales, o una futura modificación de la legislación de adopción, bien podría otorgar preferencia a quienes son capaces, para hacer efectivos sus deseos de paternidad, de asumir un verdadero compromiso jurídico, reiterando ante el Juez el consentimiento que un día prestaron para la práctica de la inseminación artificial.

Cualquiera de estas posibles derivaciones nos parece mucho más saludable, que la institucionalización de las nuevas formas de reproducción humana, que pretenden las Proposiciones de Ley presentadas por el Partido del Gobierno, las cuales, a nuestro juicio, repetidamente expuesto, vulneran principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico.

## **B) La fecundación «in vitro»**

[Vidal]<sup>3</sup>

### **a) Concepto y alcance**

La fecundación artificial, extracorpórea, *in vitro* o «bebé probeta» es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con el espermatozoide del padre.

Nos hemos referido ya repetidas veces a esta técnica revolucionaria, cuyo primer éxito data de 1978, capaz de suscitar una problemática sumamente heterogénea. Prueba de ello es el título, escasamente definitorio del voluminoso Informe sobre fecundación *in vitro* e inseminación artificial humanas, elaborado por una Comisión especial nombrada por el Congreso de Diputados. Estima el citado Informe, que debe controlarse la actuación científica para evitar abusos, pero que deben autorizarse cuantas investigaciones sean beneficiosas para combatir la esterilidad y tratar enfermedades específicas, legitimando para tales actuaciones los Centros o Servicios necesarios.

Tales directrices son las que parece movieron al Grupo Parlamentario Socialista a presentar una Proposición no de Ley sobre la creación de una Comisión Nacional de carácter multidisciplinar relacionada por las técnicas de fecundación asistida humana (fecundación *in vitro* con transferencia



de embriones, transferencia intratubárica de gametos e inseminación artificial) y sus derivaciones posibles (actuación sobre gametos y embriones, investigación y experimentación).

No vamos aquí a referirnos a las características técnico-científicas del procedimiento de la «fecundación *in vitro*», que comportan un notable costo, sometiendo a las usuarias a molestos trámites, fundamentalmente, por cuanto es la valoración jurídica de unos hechos lo que aquí importa, pero también por cuanto, muy probablemente, esos hechos estarán sometidos a continuas variaciones dada la modernidad de estos procedimientos.

Importa en cambio muy mucho, contemplar las repercusiones que desde el punto de vista jurídico tenga la técnica de la fecundación *in vitro* en relación con las nuevas formas de producción humana, y también —aunque ello exceda propiamente de los límites de este trabajo— sobre el Derecho de la Persona, dado que la técnica a la que aquí nos referimos, incide directamente en algo tan sumamente problemático como el origen de la vida humana, y al hacerlo, disociando sexualidad y procreación, despliega un abanico de posibilidades, que aumentan notablemente, en cantidad y problematicidad, cuando a la sorprendente innovación que supone la fecundación extracorpórea, se añade la posibilidad de congelar embriones humanos sin que pierdan su hábito de vida.

No es exagerada, pues, la comparación que algún autor ha formulado con el descubrimiento de Copérnico. Por un lado la cuestión de la paternidad se clarifica, cuando el hijo nace mediante el empleo de estas técnicas. Por otra parte, se hace factible una «maternidad dividida» cuando una mujer aporta el óvulo y otra gesta al hijo. Pero sobre todo, la exposición directa de embriones humanos, a la acción del investigador y del biólogo, favorecida por la manipulación tras la descongelación, permite unas posibilidades realmente sobrecogedoras, allí donde falle o se desvíe el depurado sentido ético que, por lo general, suele acompañar a científicos e investigadores.

#### **b) Presupuestos para una valoración jurídica de la fecundación *in vitro* en nuestro ordenamiento positivo**

**a') La dignidad humana.** En el momento actual en que se encara la posibilidad de convertir en leyes dos proposiciones de Ley acerca de la temática que aquí nos ocupa —técnicas de reproducción asistida, donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos— parece obligado a la vista de lo preceptuado en el artículo 16.3 CE, cuanto menos una toma en consideración del documento publicado por la Iglesia Católica este mismo año acerca de esta temática. Tanto más cuanto que, en nuestra opinión en otro lugar apuntada, algunas de las consideraciones vertidas en el citado documento, podrían constituir una excelente glosa aplicada a la materia que nos ocupa, de esa dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución.

Allende la dimensión religiosa del documento, a la que no parece adecuado recurrir en un planteamiento estrictamente jurídico, dado el pluralismo ideológico que inspira la Constitución, parece cierto en una escala de valores puramente natural, que la relación íntima de los progenitores prolongada en el tiempo, garantiza de algún modo, que dispensarán al hijo los cuidados y la crianza que de un modo absoluto necesita aquél, máxime si el compromiso se afirma con un vínculo jurídico o religioso. En contrapartida, resulta también muy verosímil, aunque será preciso un tiempo para corroborar resultados, que el hijo creado u obtenido, no engendrado — mediante una tecnología que prevé entre otras posibilidades inmediatas la congelación de embriones humanos— fruto de un tratamiento despersonalizado, condenado en muchos casos a la ignorancia de sus verdaderos orígenes, sin afirmar en ellos su personalidad —ese libre desarrollo



de la personalidad al que alude la Constitución— tal hijo se encuentra, allende posibles consecuencias de orden físico o psicológico que están por determinar, instrumentalizado desde el primer momento, con anterioridad incluso a su nacimiento.

Sin embargo, y pese a todo lo anteriormente expuesto, no creemos que en una vertiente rigurosamente jurídica, el artículo 10.1 de la Constitución —tampoco el 16.3— sean suficientes, hoy por hoy, para prohibir entre nosotros de forma total el desarrollo de estas prácticas. De hecho en nuestro país, como recientemente se ha señalado, la condena emitida por la Iglesia Católica, no ha impedido que en todos los Centros donde se desarrollaban estas técnicas, continuaran practicándolas, y también —conveniente será señalarlo—, habrá continuado agrandándose la llamada «cara oculta» de estas técnicas reproductoras.

**b') La naturaleza jurídica del embrión humano.** Responder a esta cuestión nos parece un presupuesto indispensable para resolver, en el plano jurídico, cualquier problema que se suscite en relación con la fecundación *in vitro*. Por ello, nos ocupamos ya de aquella cuestión, en un apartado precedente de este estudio.

Resulta del mayor interés constatar, para analizar esa dependencia, la terminología utilizada en las Proposiciones de Ley acerca de estas materias, a las que se ha aludido repetidamente, donde, por ejemplo, se trata de introducir el término «preembrión», se alude a material biológico, material genético..., etc., con un objetivo claro: «Que la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites con las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale», sin advertir quizá, que el respeto a la dignidad humana y a los derechos inviolables de la persona, no son propiamente un límite en nuestro ordenamiento positivo, aunque como tales pudiera considerárseles frente a actuaciones concretas, sino más bien —en tratándose de normas jurídicas, que se integran en el ordenamiento español— el fundamento o basamento del mismo, junto con los demás supra principios consignados en el artículo 10.1 de la Constitución.

Con todo, en nuestro ordenamiento positivo, resulta controvertido, en diferentes aspectos —y uno puede ser el que aquí nos ocupa—, el alcance que pueda tener el concepto de persona, y por ende, la protección que en el plano constitucional o simplemente civil merezcan los embriones humanos. No hay que olvidar que el Derecho tiene su propio lenguaje y sus propias valoraciones. De este modo, hoy por hoy, podemos anticipar, que nos parece indudable que no existe base legal ni jurisprudencial, para aceptar la inclusión en el ordenamiento español del concepto de preembrión, más allá de la fiabilidad que merezcan descubrimientos científicos, por lo demás, todavía no del todo consolidados, acerca del proceso que experimenta el óvulo humano fecundado en los catorce días siguientes a la concepción de un ser humano.

Como tuvimos ocasión de examinar anteriormente, el Código Civil español utiliza un sistema un tanto rudimentario para «acotar» a los efectos civiles, el momento en que el ordenamiento reconoce al ser humano personalidad jurídica, estableciendo, no obstante, un claro criterio de protección del concebido y no nacido, que hoy, a la luz de la Constitución, y siguiendo las directrices de un Derecho civil renovado y centrado en la protección de la persona y de sus fines, no puede interpretarse —entendemos— como tradicionalmente se ha venido haciendo, ceñido a aspectos patrimoniales.

A nuestro entender, el (ser humano) concebido y no nacido, al que se refiere nuestro Código Civil es, evidentemente, un ser que vive para nacer. Sin olvidar que el nacimiento determina la personalidad, hay que incluir esa posibilidad de nacer entre «lo favorable» aludido en el texto legal como un presupuesto lógico y ontológico. Y todo ello —conviene tener presente este punto— «a los

efectos civiles», lo cual no excluye posibles consecuencias en otros campos, como el penal o el del derecho administrativo.

Cabría colegir entonces que, en tanto no se dé el evento del nacimiento, pero habiéndose dado el de la concepción, sea ésta *in vivo* o *in vitro*, y sea cual fuere la fase de desarrollo del concebido, fetal, embrionaria o «preembrionaria», según el Derecho español vigente, que puso de relieve el Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 de abril de 1985, ese ser es un «bien constitucionalmente protegido», irradiando esa protección —entendemos— en muy diversas y posibles direcciones, aun cuando el propio Tribunal Constitucional señalaba en la citada sentencia, que tal «protección no es absoluta», siendo por tanto susceptible de alcanzar diversos niveles según el sector del ordenamiento jurídico de que se trate.

**c) Protección que el ordenamiento positivo español** dispensa a los embriones humanos creados por la técnica de la fecundación *in vitro*. Una posible interpretación para resolver los problemas que pudieran plantearse

Hemos destacado repetidamente que la técnica de la fecundación *in vitro*, unida a la posibilidad de congelar los embriones humanos, ponía éstos prácticamente, a entera disposición del «Equipo: Médicos-Biólogos» que lleva a cabo estas sofisticadas experiencias, resultando de todo ello un abanico de innumerables posibilidades. Por eso, ya en un estudio introductorio acerca de esta temática, recogíamos, sin ánimo exhaustivo, una serie de interrogantes que el Grupo de Trabajo escogido en la DGRN para debatir estos temas, se planteaba.

Por otra parte, hemos tratado de mostrar precedentemente en este mismo estudio, la clara conjunción de planteamientos y propósitos de las dos Proposiciones de Ley acerca de estas materias, recientemente publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, que siguen con notoria fidelidad las directrices y aún las mismas recomendaciones del «Informe Palacios», con el que culminará la actuación de la Comisión Especial nombrada en el Congreso de los Diputados.

Nuestra interpretación personal, ya expuesta, de la finalidad que anima esa doble propuesta legislativa, entiende que ésta puede ir mucho más allá del evitar que «se cierre el camino al patrimonio de la humanidad que es la ciencia», como se afirma en la E. de M. de la Proposición de Ley sobre «Donación y utilización de embriones y fetos humanos...». Mal podría producirse ese «cierre» —pensamos— con una Constitución, en que la libertad se erige en el primero de los valores, y en un ordenamiento, en el que no existe por el momento norma alguna prohibitiva. Lo que se pretende —entendemos— es impulsar al máximo, el desarrollo de estas técnicas de reproducción humana asistida, junto con la donación de fetos y embriones, lo cual puede conducir a otro objetivo: Que la investigación biogenética tenga un espacio, pequeño en extensión, pero grande en intensidad, si llegara el momento en que, de forma natural o provocada, proliferasen estas prácticas. De este modo —pensamos— no sólo se pretende servir de forma inmediata a la persona o a las parejas sin hijos, sino también al desarrollo de la ciencia. Pero en contrapartida, y como consecuencia directa —creemos— de esa doble propuesta legislativa, seres humanos concretos —personas— van a resultar de algún modo instrumentalizados en los posos más recónditos de su ser personal, y de su vinculación a una familia.

Sin poder analizar aquí el entramado de propuestas que se pretende legalizar, relativas a las donaciones de fetos y embriones humanos, de sus órganos o a la manipulación genética en general, cuestiones y problemas cuya gravedad no nos cansaremos de ponderar, es preciso mostrar la interrelación evidente con la problemática de las nuevas formas de reproducción humana. La fecundación *in vitro* ha entreabierto una puerta y ha mostrado un camino, que muchos

científicos se aprestan a recorrer. Creemos que sólo algunos, muy pocos, lo harán de forma incorrecta.

Pero creemos también —y esto es lo que importa a los fines de nuestro estudio— que nuestro ordenamiento jurídico no pone ni puede poner traba alguna, a que se recorra ese camino, buscando la curación de enfermedades y la prevención de deficiencias que se transmiten hereditariamente y que constituyen verdaderas plagas que ha de soportar la humanidad. Sólo que, ese camino ha de resultar forzosamente estrecho, si se mantienen incólumes los principios de libertad responsable y respeto a la persona; y que la tergiversación, por pequeña que sea, de tales principios, está llamada a la larga a producir mucho más mal, que el bien que se pretendiera causar, amén de vulnerarse desde el propio poder legislativo —esta es, al menos, nuestra opinión— cruciales principios del ordenamiento positivo español en esa hipótesis.

De los textos comprendidos en las mentadas Propositiones de Ley, que en el momento actual del Derecho español parecen referencia obligada para analizar el presente y el futuro de esta problemática, se desprende inequívocamente, el papel relevante que se atribuye en la suerte de los embriones humanos a las personas de quienes proceden los gametos con los que se llevó a cabo la fecundación *in vitro*. No resulta esto en modo alguno extraño, por cuanto acerca de este particular parece haber, en el momento actual, un amplio consenso, sea entre los juristas —sirva de ejemplo, las intervenciones acerca del particular en las sesiones del Grupo de trabajo que funcionó en la DGRN— sea entre los científicos, sea entre los ciudadanos a quien se ha cuestionado sobre estos problemas.

Y, sin embargo, y aun a riesgo de mantener una postura extremadamente minoritaria, nosotros queremos relativizar el valor que se atribuye, y se pretende consagrar legalmente, a las decisiones de los portadores de los gametos, denunciado por el contrario, que se extrae —a nuestro juicio— una equivocada conclusión, de una equivocada premisa que, no obstante, pasaría a gozar de respaldo legal en el caso de aprobarse la Proposición de Ley sobre TRA.

La premisa a la que nos hemos referido anteriormente es la posibilidad de que un ser de la especie humana, nacido o simplemente concebido en cualquier fase de su evolución embrionaria o fetal, pueda, según nuestro ordenamiento positivo vigente, considerarse pertenencia de otra persona, utilizando categorías patrimoniales y muy concretamente la figura del derecho de propiedad. Hoy por hoy, entendemos —hay que entender según nuestro ordenamiento positivo— que el ser de la especie humana, concebido *in vivo* o *in vitro*, es una *spes hominis*, fin en sí mismo, bien constitucionalmente protegido en la terminología del Tribunal Constitucional, congruentemente con textos constitucionales y también civiles.

Pero, ¿a quién incumbe en el Derecho español esa protección? y ¿qué grado alcanzará la misma? Nosotros entendemos, siguiendo así, básicamente, alguna autorizada opinión que, como corolario lógico de los hechos que han dado lugar a la concepción del embrión o embriones humanos *in vitro*, «si una pareja ha confiado la suerte de su progenitura a un equipo científico competente, debe depositar su confianza en ese equipo para decidir acerca de los embriones supernumerarios: Que ese equipo estime necesario pedir la opinión de los padres es una excelente regla ética que les honra, pero no debe serles impuesta».

Con todo, pensamos por nuestra parte, que los supuestos posibles son mucho más variados que los planteados por los embriones humanos «supernumerarios», y que la regla a la que se ha aludido anteriormente hay que razonarla y adaptarla para considerarla también propia del ordenamiento positivo español. Ya nos hemos referido a las normas del Código Civil que, a nuestro

juicio, hay que integrar con la Constitución, extrayendo de todo ello, un principio general de protección de la vida del concebido, in vivo o *in vitro*. En nuestra doctrina muy certeramente se ha observado, que «este concebido no viable por su propia espontaneidad, no virtualmente nacer, tiene derecho al desarrollo completo de su potencialidad biológica..., evitándose cualquier manipulación... no orientada a su finalidad intrínseca, coadyuvando a su implantación uterina, bien en la pareja de la que provienen los gametos o destinarlo para otra pareja infértil».

Cuando el Código Civil, refiriéndose al concebido y no nacido, concede en algunos casos legitimación, por ejemplo, para aceptar donaciones a las personas que representarían al hijo si se hubiere verificado ya su nacimiento, al igual que sucede cuando los padres representan o actúan protegiendo al hijo ya nacido, tienen tales poderes —conviene no olvidarlo —su centro de gravedad, en el interés del hijo. Del mismo modo, inferimos, es el interés de los embriones humanos concebidos in vitro el que habrá que actuar.

Pero la situación del embrión humano concebido in vitro es sustancialmente diferente del concebido in vivo. Su vida y su suerte en general no depende de la madre, en tanto no sea implantado en el útero materno. Si al padre no se le pide su consentimiento, ni siquiera para impedir la interrupción o no del embarazo en los casos previstos por la Ley, ¿cómo va a resultar decisiva su intervención en un asunto que sólo de forma simplificada puede plantearse y en el que sobre todo no son sus propios intereses estrictamente los que están en juego? La cuestión, en fin, resulta más clara todavía si los gametos proceden de un «donante», que quizá de donante tuviera sólo el nombre.

Los Centros Médicos especializados son, pues, a nuestro juicio, los que deben asumir la responsabilidad última de la suerte de los embriones humanos que personas o equipos especializados hayan contribuido decisivamente a «alumbrar» mediante la técnica de la fecundación *in vitro*. De acuerdo con el Derecho español no se podrá obviamente, *de iure*, dedicar embriones humanos a la experimentación, mientras exista una posibilidad de que alcancen su potencialidad biológica, ni tampoco si esa situación de inviabilidad fuera provocada voluntariamente por los propios actos del agente médico-biólogo (argumento art. 1.119.2 CC).

Lo anteriormente expuesto y lo que luego se verá acerca de las cuestiones específicas en materia de filiación, a nuestro entender, no reclama por el momento una modificación de la normativa civil. No ocurre lo mismo en el campo del Derecho administrativo, en lo que algún autor ha llamado «la bioadministración» en que, de forma inmediata por razones estrictamente sanitarias, pero también mediatamente, por razones que entendemos, importan muy mucho al Derecho civil, debería reclamarse, pensamos, caso por caso, una autorización que se concedería, cumplidas las normas sanitarias y de formación de protocolos que se dictasen, máxime en los casos en que los centros funcionasen con fondos públicos.

Mediante estos protocolos podría salvaguardarse el cumplimiento de las normas reglamentarias de tipo sanitario, pero al mismo tiempo se proporcionaría un medio de que legítimos intereses privados, comenzando por los de los niños nacidos mediante estas técnicas reproductoras, pudieran en última instancia quedar salvaguardados, y se hicieran efectivas en su caso, las responsabilidades administrativas, pero también civiles, a las que hubiera lugar.

Tales protocolos serían reservados, de modo tal, que, aparte de las personas que los custodiaran, para las que existiría la obligación jurídica de guardar secreto, sólo podría tenerse acceso a los mismos mediante mandato judicial.

Algunos autores se han planteado la posibilidad de establecer sanciones penales con las que

responder a la manipulación genética o, en general, posibles abusos en la puesta en práctica de estas técnicas reproductoras aplicadas a seres humanos. Hoy por hoy, no pensamos que sea ello necesario en nuestro país, pero quizá lo sea en el futuro, caso de incrementarse notablemente estas prácticas o institucionalizarse por una favorecedora regulación legal, supuestos ambos, que esperamos, o al menos deseamos, que no se produzcan.

#### **d) Cuestiones de filiación**

##### **a') Presupuestos**

En principio cabría entender, que los problema? que se suscitan en materia de filiación por la técnica de la fecundación *in vitro*, no difieren básicamente de los que, veíamos, plantea la inseminación artificial. A fin de cuentas, la fecundación *in vitro* opera utilizando elementos genéticos procedentes de seres humanos, aunque la obtención de los óvulos femeninos reclama una especial tecnología y la «creación» de embriones humanos y su posterior implantación en el útero materno sean, en la práctica, operaciones de extrema complejidad, con un alto porcentaje de fracasos.

Sin embargo, la similitud de problemas —estamos pensando en la filiación— se acompaña también de importantes diferencias, porque, como explicábamos, la exposición directa de los embriones humanos a la acción manipuladora del agente médico-biólogo, tanto más si tenemos en cuenta el añadido de posibilidades que reporta la técnica de la congelación de embriones, que se instala en el tiempo, alterando las más razonables previsiones humanas; todo ello, en suma, puede incidir muy directamente en la problemática de la filiación.

Observamos de este modo que, siguiendo la técnica de la fecundación *in vitro*, en tanto una mujer esté sometida a la misma, la paternidad se ofrece con una certidumbre todavía mayor que en el caso de la simple práctica de la inseminación artificial. En contrapartida se plantean controversias doctrinales, en modo alguno pacíficas, en torno a quien corresponde la maternidad legal cuando hay una «donación» de óvulos y gestación del hijo por parte de distinta mujer, caso en el cual la E. de M. de la Proposición de Ley TRA, se refiere a una perturbadora clasificación desde una perspectiva biológica, entre maternidad plena y no plena.

En el Grupo de Trabajo que funcionó en la DGRN, acerca de estos problemas, nadie parecía defender un puro criterio biológico, antes bien, se hizo notar por algunos de los participantes, la importancia que la gestación tiene en el plano psicológico para el nuevo ser, con la consiguiente traducción jurídica para atribuir la maternidad legal a la mujer gestante.

En nuestra opinión, de *lege lata*, la solución de esta cuestión resulta muy clara y suficientemente satisfactoria en los preceptos del Código Civil español. De sus artículos 135 y 139 —también del 120.4— se puede inferir, sin dificultades, que el parto determina la maternidad, solución jurídica que, al que esto escribe, le parece la mejor de las posibles, y por ende no necesitada de reforma alguna.

##### **b') Consecuencias**

Pendiente el ulterior examen de algunos supuestos, al tratar de las madres sustituidas, cabría ahora sucintamente distinguir tres apartados, según que, los gametos sean aportados por quienes van a ser padres legales del hijo habido mediante fecundación *in vitro*; sólo uno de ellos aporta sus propios gametos; los gametos, masculino y femenino son aportados por «donantes».



a) En el caso de un matrimonio que no consiga tener un hijo por los medios naturales y recurra a la FIV, no hay en principio problema legal alguno, salvo el supuesto de que el embrión sea implantado en el útero materno, fallecido el marido, de modo tal, que el hijo nazca más allá de los trescientos días del fallecimiento de aquél. Tratamos específicamente de este supuesto al referirnos a la inseminación artificial.

Si se trata de una pareja que mantiene una relación no matrimonial, la determinación de la paternidad reclamará adicionalmente el reconocimiento. Por parte de la madre, lo hay implícitamente cuando inscribe el hijo dentro de plazo. La técnica de la FIV no añade problemas específicos de filiación, antes bien, pensamos, cabría probar la paternidad con mayor facilidad.

b) Si el semen que fecundó el óvulo no fue aportado por el marido de la madre, aquél resulta, no obstante, favorecido por la presunción de paternidad que establece el artículo 116 del Código Civil. Tal presunción, en nuestra opinión, podrá ser destruida dentro de los plazos legales, haya dado o no el marido su consentimiento a la FIV. Entendemos que existiría en el primer supuesto suficiente base legal, para que la mujer reclamase y obtuviese una indemnización del marido para atender a las cargas de la maternidad. Lógicamente esa acción no procedería si se hubiese prescindido del consentimiento marital o actuado en contradicción con el mismo, siendo entonces el marido el que dispondría de acción para demandar la separación personal.

Si la gestación se ha llevado a cabo utilizando un óvulo de otra mujer, el parto determinará la maternidad legal, determinándose la paternidad por la presunción del artículo 116 CC si la mujer estaba casada, o por el reconocimiento, en caso contrario.

c) Si el embrión humano trasplantado al útero de una mujer, fue el resultado de una FIV, en la que se utilizaron gametos procedentes de donantes, tratándose de una mujer casada, también las reglas del Código facilitan la solución más razonable: Que la paternidad y maternidad legal se atribuyan a personas que están casadas entre sí, que desean «tener» un hijo, y recurrieron a la técnica de la FIV, para «conseguirlo». Lógicamente, en todos estos casos en que la paternidad legal no coincide con la biológica, hay latente la posibilidad, poco verosímil en la práctica, de que sea impugnada la paternidad por el hijo o, menos todavía, por el padre biológico. Como en el caso de la inseminación artificial, operan las restricciones legales, mayores cuando la paternidad legal se ve corroborada por la posesión de estado, amén de las dificultades a esa hipotética impugnación, que la reserva de hechos, cubiertos por normas tuitivas del derecho a la intimidad, impondrá adicionalmente.

### **C) Las madres sustitutas**

[Vidal]<sup>4</sup>

#### **a) Concepto y alcance**

Llamamos madre sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Como se ha señalado, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante ¿contrato? ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del

padre y, además, renuncia a sus derechos materno filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.

Resulta conveniente, pensamos, para la recta comprensión del alcance de esta nueva problemática, dentro de las técnicas y prácticas de la llamada «procreación asistida», el destacar, que surgió en los Estados Unidos de América en 1975, con un anuncio aparecido en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a la demanda de una pareja infecunda y mediante remuneración. Y que ha sido en USA donde esta práctica de las surrogate mothers ha cobrado cierto auge, existiendo organizaciones que actúan como intermediarias, fenómeno que recientemente ha encontrado imitadores, también, en algunos otros países del mundo occidental.

La técnica de la «fecundación *in vitro*» ha abierto posibilidades, otrora impensables para esta práctica. La función de gestar un hijo para otros la pareja infecunda, puede hoy llevarse a cabo, no sólo utilizando los gametos del varón, sino también, los de la mujer que asumirá las funciones de madre, bien por imposibilidad física de serlo en la realidad, o tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes o el peligro, que para ella pudiera suponer el embarazo. Se procede entonces a una fecundación *in vitro*, empleando los gametos de la pareja que pretende el hijo, y el embrión humano será luego gestado, previa implantación, por la madre sustituta o portadora.

Hay importantes diferencias en el desarrollo de esta práctica, según se trate de inseminación artificial o se recurra a la «fecundación *in vitro*». El empleo de la tecnología de la FIV, para estos fines, es rechazada por la ética médica. Sucede lo mismo con la inseminación artificial orientada a la consecución de estos efectos, pero al tener esta técnica un carácter médico mucho más restringido, y al resultar mucho más fácil de llevar a cabo, sus posibilidades de utilización son más amplias.

Al tratar en nuestro estudio introductorio, ya con cierto detenimiento, de esta temática a la que denominábamos gestación por cuenta ajena, hacíamos notar la actitud de franco rechazo con que nuestra doctrina había acogido el empleo de estos procedimientos. Así, en el Informe elaborado por la Comisión Especial nombrada por el Congreso de los Diputados, contrasta su permisividad general con la oposición, a lo que llama gestación de sustitución, en base a la unidad de valor de la maternidad, que no se respeta con estos procedimientos que crean una distorsión deshumanizadora.

Por su parte, el Grupo de Trabajo, que acerca de estos temas funcionara en la DGRN, se detuvo considerablemente a analizar esta práctica, rechazando enérgicamente que el contrato de maternidad (con prestación de óvulo y vientre) pudiera producir efectos, aunque no existiera precio. La verdadera madre biológica —se dijo— no queda vinculada por un tal contrato, decidiéndose el estatuto de la filiación del nacido por las reglas ordinarias.

En cuanto al contrato calificado como de servicios de incubación en úteros ajenos, la respuesta fue más matizada. La opinión general es que tales servicios no eran materia susceptible de contrato de lucro... «El Derecho, en defensa de las mujeres económicamente débiles, partiendo de la nulidad del contrato —paradójicamente— tiene que negar acción a la mujer gestante (pobre) para poder reclamar a la otra, lo que ésta le prometió por el embarazo.»

Buscando paliativo a la aplicación pura y simple de la normativa en materia de contratos ilícitos, se señaló además, que «los servicios prestados pueden determinar que valga la donación o la promesa de pago hechas en favor de la que ya dio a luz. Y que valgan con el estatuto fortalecido

de las donaciones remuneratorias o del contrato lícito. Lo entregado por estos servicios —una vez concluidos— puede ser también defendido como pago de obligaciones morales».

## **b) Situación actual**

### **a') Perspectiva General**

En USA, bajo las coordenadas individualistas que habíamos visto imperaban en el Derecho de este país —un vigoroso right to privacy frente al police power— la práctica de las surrogathe mothers parece ha seguido haciendo su andadura. Muy recientemente encontró amplio eco en los medios de comunicación, la decisión de un Juez de Nueva Jersey atribuyendo la custodia de un niño al padre biológico, demandante frente a la madre que se había sometido a la inseminación artificial, mediando un contrato oneroso.

Esta práctica no es desconocida en la actualidad en Europa pero ha encontrado aquí fuerte oposición. Así, en 1984, un Tribunal inglés accedió finalmente a que una mujer entregase el hijo que se había comprometido a gestar para otros por razones económicas, pero posteriormente la Ley de 16 de julio de 1985 trataría de evitar que en el futuro, intermediarios remunerados, promuevan este tipo de prácticas en el Reino Unido.

En Holanda la legislación sobre nacionalidad vigente desde el 1 de enero de 1985, explícitamente se dispone que madre es la mujer que pare al niño. Otras propuestas de diferenciación entre madre genética, fisiológica y legal, fueron rechazadas. En igual sentido se ha pronunciado el Código de Familia de Bulgaria de 10 de mayo de 1985.

En Francia se han dado desde 1982 ejemplos conocidos de esta práctica de la maternidad de sustitución, ampliamente aireados por ciertos sectores de la prensa, que en ocasiones, parece, los ha querido presentar como muestra de solidaridad, tal en un conocido caso en que una mujer gestó un hijo para su hermana. Pero sobre todo interesa destacar la existencia en ese vecino país de un dato sociológico jurídico alarmante: El renovado intento en los últimos tiempos de constituir asociaciones para lograr el reconocimiento oficial de las madres sustitutas.

### **b') Derecho español**

La razón por la que nos hemos detenido en considerar datos foráneos en este estudio referido al Derecho español estriba sencillamente, en que no sabemos que, hasta la fecha, hechos semejantes en relación con las madres sustitutas se hayan producido en España.

Sin embargo, hemos tenido ocasión de referirnos a algunas muestras de la preocupación que estas recientes prácticas suscitan entre nosotros. Prueba máxima de esa preocupación, es la atención que al tema presta la Proposición de Ley en materia TRA, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 1987, atención por otra parte completamente lógica, dado el ambicioso planteamiento de esta Proposición de Ley en clara conjunción con la que, referida a la donación de fetos y utilización de embriones humanos o de sus células, tejidos y órganos, fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes, de igual fecha.

La E. de M. de la Proposición de Ley TRA, razona la existencia de distintas clases de maternidad desde una perspectiva biológica: Plena o parcial, esto último cuando la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o el óvulo (mat. genética). Se refiere también el mismo texto a otras clasificaciones que afectan tanto a la maternidad como a la paternidad: Legales,

educacionales, de deseo..., decidiendo atribuir a la maternidad de gestación el mayor rango «por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses del embarazo».

Interesa destacar igualmente —creemos que la técnica del texto que comentamos no resulta en este punto irrelevante— que la gestación de sustitución es abordada en la segunda de las disposiciones adicionales dentro de la citada Proposición de Ley TRA.

La Disposición Adicional segunda consta de tres párrafos: En el primero se prohíbe la utilización de las TRA, para la gestación de sustitución. En el segundo viene a establecer la posibilidad de sancionar administrativa, civil o penalmente a las personas que participen en un acuerdo de gestación de sustitución, a las Agencias e Instituciones que las propicien, a los Equipos biomédicos que las realicen y los Centros o Servicios donde éstos actúen con tal finalidad. Finalmente, en el tercero se prevé que, si pese a todo, hubiera descendencia, la madre legal será la gestante y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la solicitud de paternidad.

Si tenemos en cuenta los principios y normas del Derecho español que, en la primera parte de este estudio contemplamos, con posible relación respecto a la temática que aquí nos ocupa; el rechazo general de la doctrina respecto a la maternidad sustitutiva, y la confirmación de ese rechazo en los textos antes aludidos de la Proposición de Ley TRA, resultará fácil explicar la escasa, por no decir nula implantación, que la práctica de la maternidad de sustitución ha encontrado hasta ahora en España.

Podríamos reforzar nuestra argumentación, aludiendo al tradicional respeto que el pueblo español ha sentido siempre por el hecho de la maternidad, reflejado en múltiples usos y también en normas jurídicas, hoy día, en el artículo 39 de nuestro primer texto legal. Bastará poner de relieve —tal es al menos nuestra tesis— que las normas y principios del Derecho civil español vigente son suficientes en la actualidad para regular los casos que pudieran presentarse y para disuadir —lo que no es poco— del empleo de tales prácticas de maternidad o gestación de sustitución.

En efecto: Por una parte, habíamos ya señalado, que en nuestro Derecho el parto determina la maternidad. No es precisa, pues, ninguna norma adicional al respecto, ya que del Código Civil se desprende inequívocamente (arts. 135, 139, 120.4) que madre es la que pare.

Por ello, en la normativa vigente en materia de adopción, reconociendo la inmensa importancia del vínculo que la gestación establece entre madre e hijo, se señala que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». De otra parte, conviene recordar que «la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando».

En principio, pues, la maternidad se atribuye a la mujer que da a luz y la paternidad podrá determinarse por el reconocimiento. Si la madre sustitúa está casada la presunción de paternidad favorece al marido. Esta consecuencia legal puede funcionar en el Derecho español como disuasoria de utilizar para los fines de la maternidad de sustitución a mujeres casadas, porque si bien es factible que el padre biológico reclame la determinación legal de la paternidad, ello le impondrá la carga adicional de destruir la presunción legal de paternidad marital en el caso de que ésta deba resultar operativa.

La situación legal, aun acreditada la paternidad del hombre que concertó la maternidad de sustitución para ofrecer el hijo a su esposa, dista mucho de satisfacer el propósito empírico de las



partes en el supuesto de que la madre se volviera atrás de su acuerdo. Las previsiones legales nos dicen, que padre y madre comparten la patria potestad, pudiendo retener la madre a los hijos menores de siete años, salvo que el Juez, por motivos especiales proveyere de otro modo (art. 159 del CC).

El panorama cambia netamente si la madre persiste en su acuerdo, estando dispuesta a que su hijo sea adoptado por la esposa del hombre que ha conseguido la determinación legal de su paternidad. Se cumplirían entonces los propósitos empíricos de las partes, y aun cuando ciertamente se habría producido una transgresión de la moral y del derecho —no incomparablemente mayor, en nuestra opinión, que otros supuestos de «procreación asistida» para los que solicita una legalización favorecedora—, entendemos, que el interés del hijo debe primar y que, si no hay mayores obstáculos o razones que desaconsejen, el Juez debería aprobar la adopción.

Se observará que en toda esta argumentación no hemos mencionado todavía el contrato suscrito por las partes. En este punto, entendemos, que entre el Derecho del país donde surgiera la práctica de la maternidad por sustitución, y el nuestro, hay profundas diferencias. En el Derecho español, resulta evidente que un tal contrato no puede resultar eficaz; que la autonomía de la voluntad no alcanza a poner en marcha los efectos pretendidos, pues se encuentra con la triple limitación de la ley, de la moral y del orden público (art. 1.255 CC). Aunque se podría argumentar también, que la ley nada ha previsto sobre estas insólitas prácticas; que la moral a la que alude este precepto y más exactamente las buenas costumbres a las que se refiere el artículo 1.271 se orientan en un sentido sociológico; que el orden público, en fin, es un concepto difuso...

A nuestro entender, y como réplica a tales hipotéticas objeciones, opondríamos el que, en nuestro Derecho, la autonomía de los contratantes no se contrapone a otros posibles principios del ordenamiento, sino que se inserta en él mismo, que tiene prevista la respuesta adecuada para aquellos actos que —como el que ahora nos ocupa— pretenden resultados contrarios, y por ende antijurídicos (art. 6.º-4 CC); que la moral en un sistema causalista como el nuestro, no se queda en un mero repertorio de usos desvitalizados, sino que la ley civil atiende al propósito empírico previsto por las partes para concluir que la contradicción no sólo con las leyes sino también con la moral, determina la ilicitud de la causa y por ende la nulidad del contrato. En nuestra opinión, finalmente, el orden público comprende los principios básicos del ordenamiento de un país en una época determinada y aquí y ahora, ese orden público se quintaesencia —tal es al menos nuestra opinión— en el artículo 10.1 de la Constitución.

Illuminados por ese capital precepto de la Constitución, resulta clara en todo caso, la nulidad del contrato de maternidad por sustitución, al igual que resulta también clara en nuestra opinión, la improcedencia de «legalizar» entre nosotros, tal como se pretende, el uso de las técnicas de reproducción humana, cooperando a fomentar una disociación entre relación biológica y relación legal de filiación, distorsionadora a la vez para los padres y para el hijo.

El artículo 1.271 del Código Civil resulta suficiente entonces, para sentenciar, que las personas, presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato. Como no puede serlo tampoco, el «servicio» de gestar un hijo que, por añadidura, se entregará luego a otras personas. A la luz de la Constitución, que ha plasmado en forma activa el principio general de respeto a la persona existente en nuestro ordenamiento, resulta claro, que no se puede transmitir derechos intransmisibles, ni renunciar a deberes irrenunciables, y que el encargar a otra mujer la gestación de un hijo al que habrá de renunciar, haya o no «prestación de óvulo», es un contrato con causa torpe que no produce otros efectos, sino los que establece el artículo 1.306 del Código Civil.





Habiendo causa torpe por ambas partes, no hay acción para reclamar lo que se prometió ni la devolución de lo entregado.

A pesar de esta radical respuesta: La nulidad del contrato, y de este, en principio, sencillo corolario: La regla del artículo 1.306 CC; cierto es que, los hechos llevados a cabo, las expectativas creadas y ciertas circunstancias diferenciales, tales la existencia o no de un vínculo genético entre el hijo y la madre sustituía —todo ello— puede llevar, a que la aplicación rígida de los preceptos legales, resulte injusta. Esta cuestión —lo habíamos visto— preocupó especialmente a los participantes en el Grupo de Trabajo reunido en la DGRN. Afortunadamente, el Derecho español es un ordenamiento principal, en el que la regla de derecho aplicable por los tribunales, no se obtiene mecánicamente, sino ponderando la equidad, o lo que es igual, afinando en el valor justicia al ajustar la norma al caso concreto, teniéndose en cuenta otros principios y resortes legales que permitirían —al menos en nuestra opinión— resolver correctamente los problemas que pudieran derivar del recurso a esta innoble práctica de la maternidad por sustitución.

La cuestión central —insistimos en la idea— es la de determinar a quién corresponden la maternidad legal, y esa cuestión está claramente resuelta en el Derecho español vigente. Lo cual no impide que la otra maternidad, «la de deseo», que quizá sea también una maternidad genética, pueda verse convertida en maternidad legal por los cauces de la adopción, mediante control judicial, puesta la mira primordialmente en el interés del hijo. Tal adopción, a nuestro juicio, debiera favorecerse en la generalidad de los casos, en tanto la madre legal consienta o dé pie para ello en base a su conducta, y en tanto también, lógicamente, persista el «deseo» de la madre adoptante, máxime si su maternidad es también genética .

### **c') Inconveniencia de una legislación al respecto**

De todo lo anteriormente expuesto podríamos inferir, no sólo la falta de necesidad, sino también la inconveniencia de establecer en nuestro país una regulación sobre las madres sustituidas. En efecto, entendemos que, en este momento, el establecimiento de una normativa sobre el particular no haría sino consagrar una figura desconocida en la realidad española, provocando quizá por reacción, la aparición de asociaciones que defendieran esa «nueva libertad» de gestar un hijo para otros.

Otra razón por la que, a nuestro juicio, sería inconveniente tal regulación, tal como, por ejemplo, propugna la Proposición de Ley en materia TRA, estribaría en el hecho de que el establecimiento de rígidas prohibiciones tuviese, a falta de otra virtualidad, la de impedir al Juez apreciar los matices de cada concreta situación, quizá no tan enteramente negativos como hasta aquí se ha dado a entender.

Digamos claramente, que lo que nos desazona al enjuiciar esa unánime repulsa que la maternidad por sustitución encuentra en la doctrina y en los proyectos de legislación, radica en la convicción de que no existe entre esta práctica y alguna otra, tal como la inseminación artificial con semen de dador, el abismo ético que se pretende hacer creer, aunque existan profundas diferencias de orden natural; y que, quizá, existe la posibilidad de que, consciente o inconscientemente, pueda haberse concentrado en muchos casos las «reservas éticas» en la maternidad por sustitución, para aligerar de tales reservas el tratamiento de otras formas de la llamada procreación asistida.

Porque si es cierto que en plano ético merece dura crítica la venta y compra de la maternidad, en el terreno de los hechos, quizá cupiera encontrar temperamentos a esa dura calificación a la hora de encuadrarla en un contexto jurídico. Piénsese, por ejemplo, en que la moderna tecnología permite

hoy que la maternidad pueda corresponder genéticamente a quien aspira a ser también madre legal; que en la práctica conocida en otros países, se ha recurrido en ocasiones a este procedimiento cuando han resultado vanas las esperanzas de otro tipo de «procreación asistida»; ¿cómo rasgarse las vestiduras ante estos hechos, cuando el Derecho no opone ningún obstáculo adicional a los que derivan de la naturaleza de las cosas, permitiendo, por ejemplo, en aras de una extrema libertad e igualdad, que hijos concebidos en adulterio se incorporen al seno de la familia?.

Cuestión distinta es la de reprimir la existencia de cualquier tipo de intermediarios para llevar a cabo estas prácticas de maternidad por sustitución. Represión que ha encontrado acogida en el Reino Unido por Ley de 1985, pero que, hoy por hoy, parece innecesaria y aun inconveniente en España, siendo suficientes al respecto las previsiones del artículo 22 de la Constitución, que podrían encontrar, pensamos, desarrollo legal en la línea apuntada, cuando y como fuese necesario.

### **c) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. REPRODUCCIÓN ASEXUAL. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA**

[Silva-Ruiz]<sup>5</sup>

#### **INTRODUCCIÓN**

1. Con el propósito de lograr la mayor claridad expositiva posible, seguiremos el siguiente plan de trabajo, que constituirán partes del ensayo:

- a. una breve referencia, básicamente descriptiva, de carácter informativo, de las técnicas de reproducción humana artificial, que integrará la primera parte de este escrito;
- b. se impone —antes de avocamos al estudio de las cuestiones y problemas jurídicos, en el ámbito del Derecho de Familia— ocuparnos de las preocupaciones éticas que la reproducción humana artificial suscitan. Ello constituye la segunda parte de este ensayo;
- c. la tercera parte, como quedó dicho, es el estudio de las cuestiones jurídicas que, especialmente, en el campo del Derecho de Familia, se plantean; y,
- d. unas conclusiones serán la última cuarta parte— de este trabajo.

#### **I: Las técnicas de reproducción humana artificial**

2. Estas técnicas se basan en la inseminación artificial (IA) y la fertilización *in vitro* (FIV). En esta última, la fecundación ocurre fuera del cuerpo humano, esto es, es extracorporal.

Se denominan "artificial", como opuestas a "no-artificial", ("normales" si se quiere). Referidas a la reproducción del ser humano, significan medios no sexuales —asexuales— para lograr la procreación en la especie humana.

3. En la IA, una vez extraído el semen, se introduce en el órgano femenino (vagina), por cualquier medio distinto de la relación sexual, bien en el cuello del útero —inseminación intracervical— o directamente en el interior del mismo, denominándose inseminación intrauterina.

4. En la IA se distingue la homóloga (IAH) (inseminación artificial con semen del marido) cuando por tratarse de mujer casada —o en el caso de pareja estable, como en el concubinato more uxorio o a manera de matrimonio, no sin reparos, por algunos, este supuesto— el semen que se le inyecta es el de su esposo (o del varón concubino en el caso del otro supuesto).

En la IAD o con semen de donante —heteróloga (inseminación artificial con semen de un donante) — el material genético no es del esposo (o del concubino), sino de un tercero.

5. Es de rigor advertir que nos hemos referido a la mujer casada o a la concubina. No aludimos a la mujer soltera que vive sola. En la tercera parte de este ensayo —de planteamientos jurídicos— estudiaremos el derecho o no a la procreación de la mujer soltera. De tener o asistirle tal derecho, el medio para lograrlo, como la IAD, debería estar a su disposición.

6. En la fertilización *in vitro* (FIV), el óvulo se extrae del cuerpo, en el laboratorio, usualmente mediante laparoscopia, ante la imposibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en las trompas de falopio.

Una vez fecundado el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, se implanta en su útero, con el propósito de que anide. Se habla, entonces, de transferencia de embriones, para significar el transporte de embriones producidos por FIV, desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

7. La transferencia intratubaria de gametos (GIFT) es una variante de la técnica precedentemente aludida. Es una operación que consiste en depositar conjuntamente los óvulos, recientemente extraídos, y el semen, fresco o congelado, en el interior de las trompas de falopio de una mujer, en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos, para producir la fecundación.

8. Es conveniente significar que la fecundación extracorporal ha sido posible debido a la llamada "manipulación de los gametos y/o embriones". Con ello nos referimos "a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de los embriones/ y gametos/ con fines procreativos, de diagnóstico, terapéutico o de investigación".

9. Finalmente, las etapas del embrión humano son las siguientes:

(a) Desde la fecundación hasta el sexto día al no haberse iniciado la anidación, el ser humano se encuentra en una fase de "preembrión transplantable."

(b) Desde el sexto día inicia la interacción con la mucosa uterina hasta que se culmina su decimosegundo día, momento en que es "un preembrión transportable."

(c) A los catorce días se ha formado el disco embrionario y se ha decidido cuál de los genomas manifestará de los dos heredados.

(d) A los veintiún días se inicia la formación del sistema nervioso.

10. Una maestra de ética en Irlanda ha escrito: "¿Qué clase de respeto se le debe al embrión humano? ¿Debe protegerse al embrión humano como ser humano o como propiedad? La única contestación posible... es que el respeto debido al embrión humano se diferenciará en clase o especie al respeto debido a cualquier otro ser humano. El embrión humano será protegido como un ser humano, no como una propiedad u objeto que pueda utilizarse. Esto significa que el embrión

humano tiene el derecho a no ser asesinado, sin importar propósito o finalidad".

## II: El cuestionamiento ético

11.El 29 de noviembre de 1984 desde El Vaticano, el Director del Instituto Pontificio de Estudios sobre el Matrimonio y la Familia, señalaba:

(El)... énfasis en el argumento básico de Juan Pablo —que el componente "procreativo" del acto sexual no se puede separar del componente de "la unión"— significa que los nuevos avances de la medicina, tales como la fertilización "In vitro" y la fecundación artificial, eran inmorales. Recurrir a la fertilización "in vitro" no es moralmente lícito... Sólo el acto conyugal expresado a través del amor de la pareja es el que debe dar la vida."

12.La IAH puede ser cuestionada aludiendo que:

En el matrimonio las funciones orgánico-sexuales son inseparables. Por tal razón, la licitud ética de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cópula perfecta. Lo contrario importaría una violación *sui generis* de la ley natural.

Este pensamiento "...ha sido particularmente aludido en la ética católica". "...Es superfluo observar —decía el Papa Pío XII en su siempre recordado discurso a los medios católicos en ocasión del congreso internacional de 1949— que el elemento activo /de la fecundación/ no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra la naturaleza". Y más explícitamente lo repetía en el discurso a las obstetras de 1951: "el acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges... muchos más que la unión de los gérmenes que pueden también efectuarse artificialmente, es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho."

Es decir, que se condena el medio empleado porque el matrimonio "no tiene por objeto" la descendencia, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella... La fecundación artificial viola la ley natural y es contraria al derecho y a la moral". Pero, paralelamente, se acepta lo que se ha dado en llamar la inseminación complementaria que es "una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el medio natural". En otras palabras, lo reprobable éticamente desde la perspectiva que analizamos sería el medio por el cual se logra la inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito normal entre marido y mujer será aceptable el procedimiento que complementa el acto conyugal para lograr la fecundación.

13. En la IAD o inseminación artificial con semen de donante el cuestionamiento ético:

...radica en que los esposos, por un acto de voluntad,



aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Decía Pío XII: "A todo aquél que da vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiera consentido) no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal."

A lo cual deben añadirse otras consideraciones... el procedimiento ataca el significado que tiene, en el matrimonio, la transmisión de la vida: obra personal e indelegable de los esposos. A ello aludía también Pío XII diciendo que reducir la cohabitación de los esposos y el acto conyugal a una pura función orgánica para la transmisión de los gérmenes, "sería sólo convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico".

Es evidente que en todos estos pensamientos existe un prius evidente. Tal prius es el siguiente: el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (y, por supuesto... a través de la cópula perfecta), y, consecuentemente es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación.

Sin embargo, no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvia que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizás con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto. Aún así quedarán siempre pendientes las valoraciones éticas respecto a quien se desprende de su semen para su utilización por terceros. Puede ser repudiable su motivación: por ejemplo, lucrar mediante su venta o prestarse a experiencias eugenésicas que esconden razones raciales. Pero también podría ser altruista, aunque en la actualidad difícilmente se lo justifique: por ejemplo, donar el semen para su utilización por aquellos matrimonios infértiles."

14.La maternidad subrogada —que no se refiere a una técnica diferente de reproducción o procreación artificial, sino a la utilización de algunas de ellas— es rechazada por la Iglesia Católica Romana. La Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la





Procreación, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987, señala:

¿Es moralmente lícita la maternidad "sustitutiva"? No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen."

15. En el Informe Warnock también se condena la maternidad subrogada. Dice:

Las objeciones morales y sociales a la maternidad subrogada (surrogacy) han pesado mucho sobre nosotros. En primer término, todos estamos de acuerdo que la maternidad subrogada por mera conveniencia, esto es, cuando una mujer está físicamente capacitada para procrear una criatura, pero no quiere/desea embarazarse, es totalmente inaceptable éticamente. Aun en circunstancias médicas apremiantes, el peligro de explotación de un ser humano por otro pesa más que los beneficios potenciales, en casi todos los casos, para la mayoría de nosotros. Que personas puedan tratar a otras personas como medios para sus propios fines, por muy deseables que sean las consecuencias, siempre es moralmente objetable-rechazable. Ese trato/uso de una persona por otra se convierte positivamente en su explotación cuando intereses económicos se envuelven/comprometen. Es, por consiguiente, con la explotación comercial de la maternidad subrogada que principalmente, pero no exclusivamente, nos hemos inquietado/preocupado.

Lady Warnock, como parte del debate público que siguió a la presentación del documento, a título personal sostuvo que la maternidad subrogada es moralmente repugnante: "una mujer deliberadamente queda embarazada por dinero, a sabiendas de que entregará a su hijo; y (hay) otras personas, que por muy grande que sea su anhelo por tener hijos, ofrecen a la subrogada dinero para satisfacer sus fines". Ella concluía que "lo que es claramente percibido como erróneo es la maternidad subrogada (surrogacy), no por amor, sino por dinero. Comprometerse a realizar un servicio impersonal —embarazo por dinero— para aquellos que pueden pagar, pervierte la relación entre madre e hijo".

### III: Implicaciones jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, particularmente en el derecho de familia

16. La primera implicación de las técnicas de reproducción artificial (IA y FIV; la maternidad subrogada, suplente o sustitúa como aplicación de aquellas) aplicadas al ser humano que convive en sociedad organizada, y por consiguiente, al ordenamiento jurídico que rige las relaciones en ese grupo, es el de su recepción —con o sin limitaciones— o rechazo.

17. Un autor español, con elocuencia, significa:

Una cuestión preliminar concita de inmediato la atención del jurista. Podría formularse así: ¿Las técnicas de FIV y de IA se han de aceptar como meros procedimientos terapéuticos contra la infertilidad o como soluciones alternativas para la reproducción humana?

Si las técnicas de que nos ocupamos constituyen únicamente una terapéutica de la infertilidad, el problema se restringe: la infertilidad no tiene pleno sentido en la mujer soltera ni, en paridad de conceptos, en la que llamaremos, "pareja estable" —sin perjuicio de ulterior precisión—. La mujer sola o la pareja de facto no se presenta —hic et nunc— ante el Derecho con ningún tipo de "derecho subjetivo", al menos de valor absoluto, a tener hijos.

Si la FIV o la IA se presentan sólo como un remedio de infertilidad, se acota el campo en que van a jugar: el matrimonio o la que, de momento, llamaremos "unión estable" en este último supuesto no sin graves disensiones.

Si, por el contrario, se presentan como un "medio de reproducción alternativo", el tema se amplía y se agrava sensiblemente. Entran en juego otras consideraciones que afectan el orden público y a los fundamentos del orden civil de la convivencia.

...A mi juicio, el centro se encuentra precisamente ahí: las repetidas técnicas de que se trata se traducen en una fecundación asistida...

En resumen: las técnicas de reproducción humana asistida ¿son tan sólo remedio para la infertilidad o, por el contrario, medios de reproducción alternativo?

18. Refiriéndose a un derecho positivo —el puertorriqueño, que es el de mi país, y conozco mejor que otros— para ofrecer una contestación a la interrogante precedente, independiente de preferencias personales, afirmaría que esas técnicas son medios de reproducción alternativo. Dichas técnicas, además, estarían disponibles no tan sólo a la mujer casada, sino también a la soltera, la concubina inclusive, pues no está casada.



Las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América vinculan y son precedentes judiciales obligatorios en Puerto Rico. El más alto tribunal federal norteamericano —la Suprema Corte de Justicia (de los Estados Unidos), como se le llamaría en algunos países latinoamericanos; simplemente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos— en *Eisenstadt vs. Baird* señaló:

Es cierto que en *Griswold* el derecho a la intimidad... (es) inherente en la relación marital. Sin embargo, la pareja casada no es una independiente con espíritu y corazón propio, pero la asociación de dos Individuos cada uno con su propio y separado intelecto y constitución emocional. Si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo casado o soltero, de estar libre de Intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de si engendrar o parir un niño.

Del análisis de esa jurisprudencia, un autor opina que el reconocimiento del derecho a procrear "debe lógicamente extenderse a la decisión de cómo ese niño debe ser concebido. La jurisprudencia demuestra que el Estado no puede prohibir a una pareja la decisión de engendrar o dar a luz a un niño. Esta decisión es el fundamento del acuerdo de maternidad subrogada y aparece como la alternativa constitucionalmente protegida. Una vez se decide tener un niño, el método empleado —reproducción natural/coital, inseminación artificial o maternidad subrogada— debe ser interpretado/ entendido como parte de esta amplia garantía constitucional".

Otro autor opina que la jurisprudencia no decide directamente el derecho de una pareja casada a la reproducción sexual. No obstante, sostiene que el Tribunal Supremo, en dicta, en numerosas ocasiones, ha reconocido a una pareja casada el derecho a procrear, en términos tan amplios, que comprende la reproducción coital como la no coital. Entiende, además, que si el Tribunal Supremo reconociese el derecho de una pareja casada a la reproducción coital, debería igualmente reconocer el derecho de una pareja a la reproducción no coital. Se expresa en los siguientes términos: "La necesidad de que un donante o suplente provea la esperma, el óvulo o el útero necesario para que una pareja engendre, dé a luz o de cualquier modo tenga un niño, bajo los principios de libertad reproductiva /procreadora, son también parte de los derechos a la procreación de una pareja casada".

En resumen: el derecho al intimidad comprende el derecho del individuo, casado o soltero, a decidir si engendrar o parir una criatura. Este derecho posiblemente comprende también la decisión de cómo la criatura debe ser engendrada/concebida, esto es, por concepción/reproducción tanto normal o coital e igualmente no coital o asexual. Entonces, las técnicas IA, FIV, así como su aplicación, la maternidad subrogada, se traducen en medios de reproducción/fecundación/concepción alternativo.

19. La mujer soltera, en el derecho norteamericano, por estar fundamentado en el derecho a la intimidad, la alternativa constitucionalmente protegida, podrá también optar por procrear, utilizando las técnicas anteriormente descritas (reproducción no coital/asexual).

Un profesor argentino cuestiona la inseminación artificial fuera del matrimonio, particularmente la de la mujer soltera. Escribe:

El uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe si semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionarán "mujeres ideales" (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de "hombres ideales", como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo.

En tal sentido concordamos en que la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independiente de la función institucional que aquélla cumple socialmente..."

20. La presunción de que la mujer casada procrea de su marido —que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre—<sup>33</sup> acoge la recordada máxima romana, conocida a través de los textos de Paulo: **Pater is est quem iustae nuptiae demonstrat**. Esta presunción **iuris tantum** puede ser destruida mediante prueba en contrario. Así, "el concepto de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, comprende e incluye la falta de fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y es la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia..."

La máxima se transmuta en **Pater is quem sanguis demonstrat**. Así, en la eventualidad de una inseminación artificial heteróloga o con semen de donante (IAD), el propio hijo de "filiación enmarañada", presuntamente hijo del esposo de la madre, podría impugnar su propia filiación.

21. La regla **mater semper certa est** —la maternidad siempre cierta es; comprobado el hecho de parto y la identidad del hijo, madre es quien pare— tampoco está ajena a interrogantes hoy día, pues hay debate sobre su alcance, a propósito de la FIV y a la posibilidad de la madre sustituta o subrogada.

Se habla de "madre fisiológica", "madre genética", "madre portadora" y "madre legal" para distinguir los supuestos, en la maternidad subrogada, en los cuales: (1) la mujer que aporta el óvulo ("madre genética" o "fisiológica"), es también la que lleva la criatura en su vientre ("madre portadora") y la que lo pare ("madre jurídica o legal"), aunque el semen no sea de su marido, si fuese casada, como ocurrió en el caso de Baby M, y (2) la mujer que aporta el óvulo no es la portadora de la criatura, sino otra, quien lo pare, considerada "madre jurídica o legal". Lo usual es que la misma mujer sea "madre genética", "madre portadora" y también "madre jurídica". Quizás será preferible decir "progenitora genética", reservando el concepto de "madre" para la mujer que pare/ procrea, que es a la que el ordenamiento jurídico reconoce como tal.

En el caso de *Baby M*, la denominada madre subrogada, una vez procreó una criatura —para la cual aportó su óvulo, y llevó el feto a feliz término, pero el semen no era de su esposo— se negó entregarla al progenitor, también padre (jurídicamente hablando) para que la esposa de éste la adoptara, renunciando aquélla a la maternidad que, tanto el contrato de maternidad subrogada como la legislación vigente en el estado de Nueva Jersey, le reconocían. Después de las

correspondientes acciones judiciales, se le reconoció a la denominada subrogada, madre jurídica, su derecho filial, y, como tal, la maternidad de la criatura. Sin embargo, la custodia de la criatura se le adjudicó al padre biológico, también jurídico, y a la madre (subrogada) sólo derecho de visita.

22. Volviendo sobre el contrato de maternidad subrogada, la legislación nacional deberá decidir su admisión o prohibición.

El CAHBI recomendó que la maternidad subrogada debería "prohibirse en principio; nulidad del contrato; prohibiéndose los intermedios y su publicidad propagandística, con la posibilidad, por excepción, oficialmente controlada, de permitirla, sin remuneración, y con el derecho de/la madre gestante de/quedarse con la criatura cuando nazca si así lo desea".

España ha prohibido la maternidad subrogada. El artículo 10 (1) de la correspondiente ley, reza: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero".

Pero, en Gran Bretaña legislación reciente tan sólo ha prohibido la propaganda comercial que promueva, con fines de lucro, la maternidad subrogada.

23. Un último planteamiento: la inseminación **post mortem**, de mujer casada con el semen congelado de quien, en vida, fuera su cónyuge. Conocido es el caso Parpalaix, en Francia, en el cual un tribunal resolvió que una viuda podía ser inseminada con el material genético de su esposo fallecido (conservado en un "banco de semen"), sin pronunciarse sobre las consecuencias legales de una inseminación exitosa.

A mi juicio, la inseminación **post mortem** con semen del marido no debe ser admitida por el ordenamiento, ya que "ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse, entonces, que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre."

#### **IV: Conclusiones y recomendaciones**

24. Las técnicas de reproducción humana asistida han de examinarse en su doble aspecto ético y jurídico. Algunos aspectos o supuestos de esas técnicas son éticamente objetables. Esos deben rechazarse y el ordenamiento jurídico debe prohibirlos.

25. Otros aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida no son directamente temas de derecho de familia, pero repercuten sobre él.

26. Aunque el derecho civil vigente puede, por analogía, ofrecer solución a algunas de las cuestiones jurídicas que suscita la reproducción humana asistida, en algunas otras cuestiones no es aconsejable subsumir en la norma existente supuestos tan dispares y disímiles, pues la solución parece desacertada, cuando menos, no articulada, quizás injusta, en otras instancias.

27. Es recomendable legislar y en la legislación a aprobarse tratar con las varias facetas, áreas, y cuestiones que deben regularse, inclusive prohibirse.





## **d) EL CONCEBIDO ES UN NIÑO**

[Pérez]<sup>6</sup>

### **1. El tema**

Por su trascendencia, en momentos en que en la prensa inglesa se anuncia el asesinato de miles de niños por nacer, he querido compartir con Ustedes algunas reflexiones sobre "El Concebido", los juristas no podemos quedarnos callados frente a la gravedad de los hechos que están aconteciendo y de los que se anuncian ya como posibles por los científicos, quienes a menudo son gestores de centros privados de tratamiento y parten de falacias como la de que el pre embrión es un tejido humano, con posibilidades de convertirse en un ser humano, sin percatarse de la continuidad del proceso, independientemente de que se le llame Zigote, preembrión, feto, niño o anciano. Se trata, en definitiva, de afrontar la problemática ético jurídica de las nuevas técnicas de reproducción; se trata, además, de proponer el marco jurídico y los requisitos para la aplicación de estas técnicas, ordenando las relaciones familiares dentro de límites éticos y condenando a quienes aceptan, sin mayor problema, la llamada disposición de embriones como algo necesario para el avance de la ciencia.

### **2. Aclaración terminología**

Comprendemos que la propia expresión "concebido" es un tanto discutible, puesto que concebidos somos también los "ya nacidos". Sin embargo, dejando de lado este purismo, por razones derivadas de su consolidación doctrinal usaremos el referido término.

### **3. Breves notas históricas**

Se ha discutido bastante sobre sí, a diferencia de las leyes eugenésicas griegas de Licurgo y de los postulados de Platón, en la tradición romana se tutelaba al concebido como persona. Muchos autores, partiendo de la famosa expresión "pars viscera matris", lo han negado.

En el Derecho Romano había dos categorías de personas por nacer (nascituri); los no concebidos todavía y los ya concebidos. Ambos podían llegar a ser titulares de derechos. Nuevas corrientes se afirman hoy día en el sentido de que realmente los únicos "existentes" de estos dos son los segundos, los concebidos.

Por su interés, no puedo dejar de recordar aquí las investigaciones de Catalano en Italia y de Castán Vázquez en España, ambas presentadas en el Congreso "La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano" organizado por la Universidad Externado de Colombia en Bogotá (publicación de 1995).

En dichos trabajos se destacan textos de las Digesta de Justiniano donde se afirma indubitablemente la paridad entre concebido y nacido como un principio general, no como una ficción, sino como realidad. Esta tradición es, según demuestran los autores citados, algo continuo,



que se reitera en diversos modos en las Partidas de don Alfonso el Sabio y en diversos textos de la tradición latinoamericana, a pesar de la constante afirmación de romanistas reputados, como Bonfante, que insisten en negar en Roma la condición de persona del concebido (Véase sobre el tema CATALANO, Pierangelo, Observaciones sobre "la persona" del concebido a la luz del Derecho Romano, La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil Tipo en Materias de personas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995).

En el mismo sentido Castán Vázquez aclara la presencia en América del principio por medio de las Siete Partidas, las cuales rigieron en muchos de estos territorios aun con posterioridad a la independencia, lo mismo que en diversos textos de los siglos XVIII y XIX como el de José Febrero, el de Joaquín Escriche y el de Benito Gutiérrez, hasta llegar al texto argentino de Dalmacio Vélez Sársfield, donde se afirma que la patria potestad existe desde la concepción (CASTAN VASQUEZ, La tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana, en el citado volumen La persona en el sistema jurídico latinoamericano).

Es clara la existencia de una tradición evolutiva dentro de la cual el concebido ha sido considerado como un sujeto real, concreto, existente y portador de derechos desde antes de su nacimiento.

Independientemente de lo que se haya considerado en Roma o en cualquier Ordenamiento histórico, la verdad es que el grado de evolución de nuestro tiempo nos permite tener una conciencia propia sobre el valor de la vida humana con la conciencia jurídica de que el ser en gestación es portador actual de valores fundamentales de la personalidad y es ya titular actual de muchas situaciones jurídicas para las cuales hay diversos tipos de mecanismos de tutela, además de ser destinatario potencial de todas las demás normas del sistema. En pocas palabras el concebido tiene ya titularidad y tiene ya capacidad jurídica o "de goce" de derechos.

Tras décadas de estancamiento legislativo, de tradicional corte civilista francés, hemos asistido al resurgimiento del Derecho de Familia, ya no desde la perspectiva corporativista de Cicu, donde la familia no era más que otro órgano del todo estatal y donde la concepción interna era piramidal, sino desde otro ángulo, el de la dignidad humana, el de los valores e intereses de sus integrantes de carne y hueso, dentro de los cuales el más débil es el niño y, dentro de los niños, más todavía, el apenas concebido, pero todavía no nacido.

#### **4. Premisas filosóficas**

El concebido es una persona, lo es por naturaleza, tanto dentro del pensamiento de Boecio y de la perspectiva escolástica tomista de "sustancia racional de naturaleza espiritual", como desde un punto de vista meramente biológico, en cuanto portador de una identidad y carga genética única, irrepetible y de potencialidades de desarrollo, al igual que cualquier otro niño.

Tras la superación histórica de los totalitarismos y el surgimiento de una filosofía personalista, principalmente representada por Mounier, el Derecho de Familia ha dejado de ser un mero instrumento de organización social para convertirse en un conjunto de normas al servicio de las personas concretas, los miembros de la familia.

Desde la perspectiva de esta filosofía personalista, el concebido es una persona, pues él es una existencia humana encarnada ( V. MOUNIER, El Personalismo, EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 16), irrepetible, ya siendo y haciéndose, actualmente portadora de una eminente dignidad, titular

actual de un impulso vital genéticamente único, potencialmente capaz de llegar a trascender la naturaleza y ya con un movimiento hacia la libertad y hacia la comunicación con el mundo y hacia la comunión con el prójimo (no sólo con su madre, como la prueba muchos experimentos psicológicos sobre las respuestas del feto a los estímulos externos). El concebido es tan persona como el ser humano ya nacido.

Nuevos desarrollos científicos y tecnológicos han llevado a los seres humanos a jugar y experimentar, si no a comerciar, con los miembros más débiles de la familia humana, los seres humanos más indefensos. Las técnicas de fecundación asistida como la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria han abierto nuevas posibilidades nunca antes imaginadas pero, al mismo tiempo, han generado una especie de desprecio por la misma vida humana. Pensemos solamente que, aunque podría cumplirse con este proceso con la fecundación de un solo óvulo, la realidad es que se produce, en la práctica, la fecundación de varios más, a sabiendas de que no podrán ser implantados y serán de alguna forma desechados (léase "fríamente asesinados"). Estos embriones no implantados son niños cuyo derecho fundamental a la vida se irrespeta, si pensamos que terminan en los basureros, en cosméticos o en experimentos a menudo aberrantes.

La vida humana, en cualquiera de sus momentos, existe respeto. La vida se presenta como el valor esencial, primario y fundante, sin el cual no puede hablarse de libertad, honor imagen y demás valores fundamentales de la personalidad.

## **5. Premisas científicas**

En cuanto a la cuestión de cuándo empieza la vida humana ningún científico se atrevería a negar que es en el momento de la fecundación, puesto que, entonces, de dos realidades diferentes surge otra con su propia potencialidad genética. En el concebido, esté o no esté en el seno materno, cualquiera que sea su grado de gestación, ya encontramos una identidad biológica distinta a la de sus progenitores. El hecho de ser dependiente de la madre para su subsistencia no le quita su singularidad genética ni autoriza en modo alguno para negar su derecho a vivir.

## **6. Premisas teórico generales**

Mucho se ha discutido sobre la identidad o falta de ella entre las categorías teóricas "persona" y "sujeto de Derecho" (y no simplemente "sujeto de derechos").

No puede negarse que el concepto de sujeto de Derecho se encuentra ampliamente consolidado y sirve para designar al ente dotado de personalidad o subjetividad jurídica entendida como la posibilidad de ser destinatario de las consecuencias jurídicas establecidas por el Sistema. La subjetividad se identifica, en este sentido, con la capacidad jurídica.

Si por capacidad jurídica entendemos la posición en parte actual, pero en su mayor parte potencial, del sujeto como portador de los intereses jurídicamente relevantes del Ordenamiento y de los efectos jurídicos en general es necesario admitir que el concebido, al igual que el ya nacido, es portador actual y no meramente potencial del derecho a la vida, del derecho a su integridad, a su salud, a un apellido, a alimentos e incluso de los derechos patrimoniales, cuya eficacia se ha considerado "condicionada resolutoria y no suspensivamente" al momento del nacimiento, para la determinación del cual han existido diversos criterios, aunque la verdad es que la eficacia patrimonial ya es actual desde antes de este momento. La prueba de ello se encuentra en las



facultades de representación de quienes ostenten los atributos de la patria potestad; estas facultades, que comprenden la administración de las situaciones jurídicas patrimoniales del concebido, son actuales, lo cual equivalente a reafirmar la existencia y capacidad jurídica, aunque no de actuar, del sujeto representado, como cualquier otro menor de edad ya nacido. Más bien, como lo ha aclarado el profesor peruano Fernández Sessarego, lo que habría sería una "resolución" de la eficacia patrimonial, en caso de que no naciera vivo (Sobre las diversas teorías para explicar la situación jurídica del concebido v. ESPIN CANOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil Español, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 262).

El Profesor Vega Mere, también peruano, ha especificado con gran precisión y basado en la metodología de Angelo Falzea, que el no nacer vivo no es exactamente una "condición" resolutoria, la cual es un elemento accidental del negocio jurídico, sino que lo que se produce más bien es una eliminación sobreviniente de la eficacia (VEGA MERE, Personas naturales, Propuestas de enmienda, en Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas, Tomo I, Universidad de Lima, 1995 p. 51). Consideramos adecuada y precisa esta terminología.

Sin duda, el concebido tiene capacidad jurídica (conocida como "de goce"), a pesar de que muchos códigos insisten en su adquisición a partir del momento del nacimiento, por la sencilla razón de que él es ya apto para captar derechos. No olvidemos la misma etimología de la palabra "capacidad", que se encuentra en el verbo "capere", que significa captar, coger y tomar. Del mismo modo la expresión "capacitas" significaba en concreto recibir una herencia, legado o fideicomiso. Además "capax" se entendía en una forma mas genérica como la posibilidad de adquirir un crédito o recibir un pago (V. GUIZZI, Francesco, Capacitas, Novissimo Digesto Italiano, p. 892 y FALZEA, Angelo, Capacita, Voci di teoria, generale del diritto Giuffré ed. Milano, 1970, p. 89, 90).

De esto han sido conscientes los juristas peruanos quienes actualmente han presentado un proyecto para establecer que "todo ser humano tiene capacidad jurídica, aunque sería más preciso decir que ésta existe desde la fecundación, pues algunos llegan a distinguir una distancia de catorce días entre este momento y la concepción, lo cual debe considerarse irrelevante jurídicamente, tan persona, genéticamente única, es el ser humano de 13 días como el de 15, aunque su grado de individualidad no se haya afirmado todavía del todo (Sobre el tema de la anidación como el momento de la individuación V. BOSSERT, Gustavo, Fecundación asistida, en Derecho Civil, Universidad de Lima, 1989, p. 251).

En el aspecto formal, mantiene plena validez el concepto de centro de imputación jurídica.

Pero, la subjetividad no es solamente esto. Tal calificación formal se otorga a entidades individuales o colectivas portadoras de intereses reales merecedores de tutela jurídica. Estas constituyen el substrato material de la personalidad o subjetividad, la razón de su existencia.

No hay ningún inconveniente en clasificar las personas físicas en nacidas unas y solamente concebidas otras, al igual que distinguimos a los mayores de edad de los menores, pero esto debe ser solamente para fines prácticos que no atenten contra la esencial igualdad del género humano.

## 7. El Derecho internacional

(Se reiteran aquí ideas y expresiones expuestas en diversos congresos internacionales).

De todos los instrumentos internacionales, sin duda el más relevante en la historia, es la

Convención de Derechos del Niño, ratificada por la mayoría de nuestros países.

El preámbulo de esta convención es muy claro al definir al concebido como menor, con todos los derechos inherentes a esta calidad.

El fundamento jurídico de la afirmación del concebido como niño se encuentra en las propias premisas de la Convención, según la cual, todo niño es persona, el concebido es un niño; el concebido es una persona (Este argumento ha sido evidenciado por CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Ponencia, Sexto Congreso Internacional sobre Derecho de Familia. Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, octubre 1990, San Juan, p. 49).

Veamos separadamente estas premisas y la conclusión:

**"Todo niño es persona"**

Esta primera premisa resulta del Preámbulo que habla de la dignidad intrínseca y de los derechos inherentes, iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. No puede dudarse que el concebido es un miembro de la familia humana.

### **8. El concebido es un niño**

La segunda premisa resulta confirmada también por el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño:

"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, TANTO ANTES COMO DESPUES DEL NACIMIENTO".

Aquí se habla nada menos que de la protección legal del niño ANTES del nacimiento". En otras palabras se dice que el concebido es un NIÑO NO NACIDO, pero en todo caso "un niño".

El artículo Primero expresa además muy claramente: "Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño TODO SER HUMANO menor de dieciocho años de edad.

La expresión TODO SER HUMANO incluye sin duda a los nacidos como a los no nacidos todavía. Ser humano es vida humana en cualquiera de sus estadios evolutivos.

### **CONCLUSION: EL CONCEBIDO ES PERSONA**

Si la Convención protege al niño como persona y si niño es todo ser humano menor de dieciocho años (nacido o no nacido) estamos afirmando que el concebido es una persona, ya que toda vida humana menor de dieciocho años es un niño y todo niño es persona.

Cito al maestro Chávez Asencio:

"El niño no nacido es persona humana por su ser de sustancia individual de naturaleza espiritual. Esto significa que todo individuo es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su ser. La calidad de persona no dependerá de la conducta que desarrolla en la vida... ni por el desarrollo y forma que tenía el embrión o el feto, pues éste ya tiene, desde la concepción su propia carga





genética que le da su individualidad, es decir su "ser humano" (op. cit.p. 49).

## 9. Los nuevos temas

No es posible en esta ponencia otra cosa que destacar someramente cuáles son los problemas más agudos que, en la materia que nos ocupa, enfrentamos en nuestro tiempo. Cada uno de ellos merece tratamiento separado que aquí no será posible hacer, pero no quiero terminar sin mencionar aquellos que, a mi juicio, exigen respuesta jurídica (para un amplio y entonces profético desarrollo de la nueva problemática v. ELIZONDO, María Carolina, Implicaciones éticas y jurídicas de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria. Universidad de Costa Rica, 1988).

De las diversas formas de fecundación asistida la más conocida tradicionalmente ha sido la inseminación artificial. Ya esta modalidad ha plentado diversos tipos de cuestionamientos jurídicos relacionados con la impugnación de paternidad, el estado civil de la receptora, la reserva en cuanto a los datos del donante, los requisitos de éste, responsabilidad médica y la inseminación post mortem.

Hoy, nuevos cuestionamientos surgen del perfeccionamiento de las técnicas de fecundación asistida y en particular de la fecundación in vitro y de la transferencia embrionaria.

El llamado embrión es solamente uno de los momentos de la vida humana, que es un continuo. No hay justificación para negarle esta calificación y violar sus valores fundamentales, como se ha venido haciendo.

Un primer tema que debe mencionarse, por su actualidad es el de la manipulación y destrucción masiva de embriones humanos, los cuales son vida genéticamente perfecta e individualizada.

El caso más crudo de exterminio ocurrió, en medio de la protesta de muchos grupos "pro Vida" hace pocos días en Inglaterra, donde los óvulos humanos fecundados, según una homicida ley, deben ser destruidos cinco años después, a menos que sus padres pidan específicamente que se les mantenga vivos. Se trató de 3300 seres humanos, en realidad niños, que después de ser asesinados mediante descongelamiento fueron liquidados (por inmersión en alcohol), incinerados y eliminados como desechos. El mayor holocausto se realizó en Bourn Hall, Cambridge. El Vaticano calificó este hecho de "genocidio", calificación que compartimos, puesto que se trató de un exterminio o eliminación sistemática de seres humanos.

Este es sólo un ejemplo de lo que pasa en el mundo con la supuesta tutela de la vida desde su origen.

Otro tema de gran actualidad está referido a las mujeres que alquilan su vientre para que en él se implante el embrión logrado con los gametos de una pareja ajena a ella, para que ahí transcurra el embarazo. Esta realidad plantea interrogantes relacionados con la admisibilidad de tal contrato, la titularidad de la maternidad y la posibilidad de autorizar la figura sin ánimo lucrativo.

Junto a este tema resaltan otros todavía más dramáticos, como el uso de tejidos embrionales y fetales para la industria y el comercio, en particular, como se sabe, para la industria de cosméticos.

Aunque se presente como el "mundo feliz" de Huxley, radical repudio deberá merecer el tema de la

clonación o reproducción de seres humanos en serie, como copias exactas del donador del código genético, lo cual se ha logrado con éxito en animales, aunque también ya se han desarrollado experimentos de clonación técnicamente exitosa en humanos, como el de Shettles en Estados Unidos de América, aunque en este caso luego se interrumpió la vida del embrión. La conciencia jurídica exige la prohibición de tales experimentos.

Se impone una firme definición del status jurídico del ser humano "in vitro", de sus derechos fundamentales como persona, en especial de su derecho a la vida, a su integridad física y psíquica, a su salud, a sus apellidos, a su nacionalidad, además de sus derechos patrimoniales, así como de las posibles paternidades y maternidades sobre él.

Se debe revisar la legislación relacionada con los derechos y obligaciones de los padres, de los donantes y de los centros médicos (V. SALAZAR, Romano, Problemática jurídica y social de la fertilización in vitro en Costa Rica, IVSTITIA, No. 105, San José, p. 18).

Es necesario definir límites a los contratos de maternidad sustituta o subrogada y a los bancos de esperma, óvulos o embriones con fines comerciales.

#### **10. Estado de la cuestión en la legislación costarricense**

En Costa Rica se han intentado algunas regulaciones, hasta la fecha (setiembre de 1996):

a) El X Congreso Jurídico Nacional de octubre de 1989 fue pionero en la materia.

En la Comisión de Personas se aprobó la necesidad de regular esta materia y evitar la muerte de embriones que jurídicamente deben estar protegidos, "ya que desde el momento de la fecundación son seres humanos". Se estudiaron además ahí los problemas de paternidad y maternidad, ya que un niño nacido sobre la base de fecundación in vitro y transferencia embrionaria podría llegar a tener hasta cinco progenitores reclamando derechos (V. La Prensa Libre, martes 24 de octubre de 1989).

b) El Decreto Ejecutivo 24029 S: se la han apuntado muchos defectos de forma y fondo y muchas limitaciones en cuanto a los supuestos regulados (Así SALAZAR, op. cit., p, 18, 19, 20). Se afirma que esta materia corresponde más bien a la ley.

c) El Proyecto de Ley, Expediente Legislativo 12 291 (publicado en La Gaceta No. 195 de 16 de octubre de 1995) para regular los procedimientos de fecundación asistida. Este proyecto destaca la necesidad de que el Derecho dé respuesta a los muchos avances tecnológicos y científicos. Paralelamente se han presentado otras iniciativas.

El proyecto busca la protección del valor VIDA y por eso, en su artículo 6, contiene una serie de prohibiciones. Expresa dicho texto:

"Queda prohibido:

- a. La utilización de las técnicas de inseminación artificial y fecundación extracorpórea con fines distintos a la procreación humana o dirigidas a la selección de la raza.
- b. El uso de estas técnicas con fines de lucro o experimentales. En particular, se prohíbe todo tipo de experimentación que implique la unión de gametos humanos con gametos animales, o la implantación de embriones humanos en animales.
- c. La comercialización de células germinales, óvulos y espermatozoides, así como su importación y

exportación. No podrá producirse ni percibirse ninguna compensación económica por la donación ni la recepción de ellos, salvo los gastos que pudieran originarse por tal donación, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento.

d. La donación de embriones humanos.

e. Mezclar el semen o los óvulos de diferentes donantes en un mismo ciclo de tratamiento.

f. Todo acuerdo que tienda a permitir la gestación en sustitución.

g. Efectuar la reproducción asistida con espermatozoides de acuerdo a su cromosoma sexual, para predeterminedar el sexo del futuro ser, excepto cuando la selección se efectúe para que el ser humano por nacer no resulte afectado por una enfermedad grave o que tenga relación con el sexo.

h. Efectuar embriospiración de embriones implantados dentro de la cavidad uterina.

i. La fertilización de más de seis óvulos de la paciente en cada ciclo de tratamiento.

j. Desechar, congelar o preservar embriones para cualquier finalidad. Todos los embriones fertilizados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la receptora en el mismo ciclo de tratamiento.

k. Las maniobras de manipulación del código genético del embrión".

En estos momentos (Véase La Nación, sábado 21 de setiembre de 1996, pág. 6A) hay discusión en la Asamblea Legislativa. Según algunos Diputados debe prohibirse la manipulación genética y la fertilización in vitro-, según otros debe regularse.

Existen diversos otros proyectos, pero especial relieve merece una propuesta constitucional en el sentido de que "adoptados, procreados naturalmente y nacidos con técnicas de fecundación asistida tiene iguales derechos y deberes". El gran defecto de esta propuesta es hablar de hijos ya nacidos y no de hijos concebidos.

A continuación se ofrece un esquema comparativo tomado de la misma fuente antes citada, elaborado por la asesora parlamentaria Florencine Fernández, sobre los proyectos existentes:

TEMA	Dip. Pacheco	Dip. Albán	Dip. Fournier	Dip. Corrales
Prohibición de lucro con material humano	SI	SI	SI	.....
Prohibición de experimentar con seres humanos	SI	SI	SI	SI
Creación de bancos de material humano	SI	SI	SI	SI
Derechos y obligaciones de donantes	SI	SI	SI	SI
Donación es secreta, salvo orden judicial	SI	SI	SI	.....
Prohíbe mezclar células de diversos donantes	SI	SI	.....	.....
Prohíbe alquiler de vientre	.....	.....	.....	SI
Embriones sólo podrán usarse para la procreación	SI	SI	SI	SI

Los médicos especialistas en la materia han suministrado alguna información sobre la frecuencia de las técnicas en Costa Rica. De 53 pacientes que han utilizado la fertilización in vitro se han producido 9 embarazos; de éstos nueve se han perdido cuatro.

## 11. Conclusión

Frente a las nuevas amenazas tecnológicas y al desprecio de muchos científicos por los temas axiológicos resurge en nuestros días una conciencia personalista, que afirma que los llamados adelantos tiene límites éticos. Somos los juristas, los constantes reconstructores del sistema, los llamados a poner nuestras fuerzas estimativas al servicio de la defensa de la persona, de sus intereses y valores, razón de ser de lo jurídico.

Ya muchas legislaciones han avanzado en esta dirección en la tutela de los niños no nacidos. Queda sin embargo, mucho por andar todavía. La vida humana es el valor fundamental, cuyo respeto debe proclamarse por doquier, como parte del respeto a la Vida con mayúscula, de la cual el ser humano participa, como una chispa, a imagen y semejanza.  
Muchas gracias.

### ***e) Problemática jurídica y social de la fertilización in vitro en Costa Rica***

[Salazar]<sup>7</sup>

#### **Introducción**

Las técnicas de reproducción asistida no son un fenómeno reciente, máxime si consideramos a la inseminación artificial como tal.

Sin embargo, no es sino hasta la década de los setenta cuando comienza una verdadera revolución en el campo de la reproducción artificial: en el año 1976 se produce el primer embrión en probeta que es transferido al vientre de una mujer, no logra desarrollarse pero constituye el primer intento; en 1978 nace el primer "bebé de probeta" de la historia. A partir de ese momento se inicia una nueva era en la historia de la humanidad y concretamente en el campo de la concepción. Comienza la perfección de los métodos y técnicas de reproducción asistida que abre un universo de posibilidades y de problemáticas de toda índole y a todo nivel.

Entre ellos, surge la necesidad de revisar minuciosamente la legislación relacionada con los derechos y obligaciones de los padres, de los donantes, de los médicos, de los centros médicos, la filiación, los derechos de los embriones y de los niños nacidos por medio de las nuevas técnicas, entre otros.

Corre el mes de diciembre de 1994. los costarricenses fuimos sorprendidos con la noticia de que médicos nacionales habían logrado, por primera vez en la historia del país, que una mujer quedara embarazada mediante la implantación de embriones obtenidos utilizando la técnica conocida como "FIVET". La sorpresa dio paso a las discusiones más variadas que nos podamos imaginar, además de los argumentos esgrimidos por quienes apoyan la utilización de estas técnicas y por quienes las objetan.

Ahora bien, la actitud que más nos llamó la -atención fue la asumida por parte del Ministerio de

Salud, quienes al darse cuenta de la falta de regulación en esta materia tan delicada, corrió y se precipitó a improvisar a toda costa un reglamento que viniese a llenar el vacío jurídico existente y que estableciera ciertas pautas para regular las "Técnicas de Reproducción Asistida. Recalcamos el hecho de que el decreto en cuestión es fruto de la improvisación por cuanto el mismo adolece de enormes defectos, formales y de fondo, tal y como lo pondremos en evidencia a lo largo de esta disertación.

### **Decreto Ejecutivo N° 24029-S**

Menos de dos meses después del anuncio del primer embarazo, en Costa Rica, fruto de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se da en la Presidencia de la República un Reglamento con la finalidad de llenar el vacío normativo preexistente en lo que se refiere al tratamiento y previsión de los conflictos que genera la aplicación de dichas técnicas. Sin embargo, lo cierto es que el citado reglamento no viene a satisfacer la emergente necesidad de contar con una adecuada legislación en la materia.

#### **¿Porqué decimos que el reglamento en cuestión no es satisfactorio?**

##### **Defectos de forma:**

a. El primer defecto está en sí mismo ya que la vía del reglamento no era la adecuada; lo correcto era promulgar una ley que hubiese tratado el tema en forma integral, efectuando además las reformas legales pertinentes. Además, establece la filiación de los niños producto de la aplicación de dichas técnicas así como sanciones y prohibiciones, todo mediante la vía del decreto, violentándose de esta forma el "principio de reserva legal" y estableciéndose un estado de inseguridad jurídica toda vez que un reglamento puede ser modificado o derogado fácilmente, lo cual lo convierte en un instrumento poco seguro y de dudosa eficacia para regular una materia tan importante y compleja.

b. El segundo gran defecto lo constituye el hecho de no haberse promovido un debate nacional con la participación de especialistas de los diversos sectores interesados: médicos, abogados litigantes, Ministerio de Salud y de Ciencia y Tecnología, Caja Costarricense de Seguro Social, entre otros. Esta discusión de ideas y posiciones habría permitido conocer mejor el tema, los eventuales conflictos que podrían surgir al aplicar dichas técnicas y las posibles soluciones. Nos parece que este habría sido el procedimiento adecuado. Lo cierto es que al haberse omitido esta consulta, dicho cuerpo normativo surge como resultado de una decisión tomada a puertas cerradas y sin que hayan participado verdaderos especialistas en las diversas ramas interesadas.

##### **Defectos de fondo:**

a. Se pretende reglamentar un tema tan promulgado un reglamento de apenas catorce artículos, lo cual no guarda relación con la realidad fáctica y mucho menos con la necesidad de tutelar jurídicamente esta realidad. En otras palabras, el reglamento se queda corto.

b. El reglamento hace referencia a las técnicas de reproducción asistida como un todo, sin definir las ni establecer las diferencia entre sí. La única diferencia que señala, y lo hace en forma confusa, es si los embriones tienen un origen homólogo o heterólogo.



Existen varias técnicas de reproducción asistida a las cuales no se hace ni la más mínima referencia y que pueden ser eventualmente utilizadas por nuestros médicos; por el momento tenemos las siguientes:

- **"Inseminación Artificial (IA)**

Es la técnica más antigua y más simple y consiste en la introducción de espermatozoides en el aparato genital femenino mediante una sonda. La formación del embrión se da en su ambiente natural.

- **"Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión" (FIVET):**

Es una técnica científicamente compleja: la formación del embrión se da en una probeta, es decir, fuera de su ambiente natural. Para poder efectuarse son necesarios una serie de procedimientos clínicos y de laboratorio: es necesario obtener una cierta cantidad de óvulos maduros y esto se hace suministrándole unos fármacos a la mujer para estimular fuertemente su ovulación, luego se le asportan quirúrgicamente los óvulos. Es necesario disponer de líquido seminal que posteriormente se reproduce en un contenedor esterilizado -un ambiente biológico adecuado para que se pueda dar la fertilización del óvulo-: luego se introducen los óvulos y el semen, existiendo casos en que los espermatozoides no logran fecundar por sí solos al óvulo en estos supuestos se han experimentado con éxito técnicas que permiten, por así decirlo, inyectar el espermatozoide en el óvulo. Posteriormente, es necesario crear, en forma artificial, un ambiente idóneo para que comience a crecer el embrión. La última fase es la de transferir el o los embriones, al aparato genital femenino implantándolos en su útero.

- **"Gamete Intra Fallopian Transfer" (GIFT):**

Se trata de una técnica bastante reciente, utilizada en determinados tipos de infertilidad femenina, consiste en asportar los óvulos directamente de los ovarios, pero no para fertilizarlos en el laboratorio sino para ser reintroducidos en el aparato genital femenino ( al externo de las Trompas de Falopio), junto con el semen. La fertilización se da en un ambiente natural lo mismo que la transferencia del embrión al útero.

- **"Surrogate Embryo Transfer" (SET):**

Consiste en una técnica mediante la cual se extrae un embrión que se ha formado en el aparato genital de una mujer que ha sido inseminada artificialmente; la extracción no se realiza quirúrgicamente sino mediante un lavado de útero. Posteriormente viene transferido al aparato genital de otra mujer que es infértil (por lo general la esposa del hombre cuyo semen fue utilizado para la inseminación), que será a la postre quien llevará a término el embarazo.

- **"Crioconservación":**

Es una técnica instrumental que sirve de apoyo a la reproducción artificial y se utiliza para conservar congelado sea el semen, sea los embriones. Aún no se ha podido utilizar para conservar óvulos, esto por cuanto los óvulos son células tan delicadas que sus cromosomas sufren graves daños con los cambios de temperatura, que los tornan inadecuados para un desarrollo normal.

c. El reglamento en cuestión analiza solamente dos supuestos que son:

- cuando las técnicas son aplicadas entre los cónyuges sin intervención de terceros en calidad de donadores.

- cuando las técnicas son aplicadas entre los cónyuges con participación de terceros como donadores, sea de semen como de óvulos.

Ahora bien, la doctrina más reciente hace referencia a treinta y cuatro posibles combinaciones, es decir, existen al menos treinta y cuatro supuestos que podrían materializarse al utilizar las técnicas descritas, esto depende de cuales de ellas sean utilizadas y de las condiciones en que intervengan las personas involucradas directamente en el proceso de reproducción asistida. Esta diferencia tan marcada, entre lo que nos expone la doctrina y lo regula el reglamento, nos demuestra una vez más la improvisación que hemos venido señalando en forma reiterada. De esta forma fueron descartados por quienes redactaron el texto de dicho reglamento treinta y dos supuestos, lo que mantiene el vacío que se pretendía llenar con su promulgación.

Dicho vacío puede apreciarse en todo su extensión en la tabla que agrega como anexo de este trabajo.

d. El reglamento en cuestión dispone, en su artículo 11, que: "Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genérica del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo" (10) Esta disposición, si bien es cierto tiende a evitar abusos por parte de quienes van a utilizar las técnicas de reproducción asistida, viene a limitar la posibilidad de los médicos tratantes de poder corregir defectos genéticos mediante la Ingeniería Genética. Este punto merece un amplio estudio y una regulación integrada, no sólo para estos casos de reproducción asistida, sino también para su eventual aplicación en procesos naturales de reproducción, mediante intervenciones intrauterinas.

### **¿Ficción o realidad?**

Los defectos señalados a lo largo de este análisis son apenas la punta del "iceberg"-, los problemas que acarrea el avance tecnológico y los descubrimientos científicos, deben ser enfrentados con valentía y sabiduría.

La literatura y la experiencia de otras naciones más desarrolladas nos muestran casos realmente espectaculares y asombrosos, como los de: "Elisabetta", nacida dos años después de la muerte de su madre, luego de que una tía paterna prestó su útero para que le fueran implantados los embriones obtenidos de las células germinales de sus padres biológicos y que habían sido conservados mediante la técnica de la crioconservación; o el de "Mirabel", quien quedó viuda de Anthony Báez y solicitó al New York Hospital-Cornell Medical Center, que le sustrajeran semen al cadáver del marido para poder utilizarlo posteriormente en un procedimiento de inseminación Artificial, o el de las dos británicas lesbianas que utilizaron, mediante procedimientos caseros, el semen donado por un amigo homosexual para auto inseminarse una de ellas y procrear a "Ellesse".

Los anteriores son sólo algunos de los casos más sonados a nivel mundial, pero no los únicos posibles. No debemos esperar que se comiencen a generar este tipo de situaciones para luego buscar soluciones apresuradas y precipitadas; es necesario empezar a tomar las previsiones necesarias desde ya.

Hay que tener presente que frecuentemente la realidad supera a la ficción, esto puede ser el preámbulo de situaciones más complejas que, a pesar de rayar en lo inverosímil, no pueden dejar



de ser tomadas en cuenta. Algunas de estas situaciones podrían ser las siguientes:

- **"Utero Artificial":**

A principios de la década de los ochenta, un fisiólogo italiano le propuso a una gran editorial, que a cambio de casi un millón de dólares, él haría nacer un bebé sin madre, directamente del óvulo fecundado *in vitro* y colocado en una incubadora. El editor se negó por motivos éticos. Si se hubiese llevado a cabo el experimento, ¿de quién habría sido el hijo?.

- **"Clonación":**

Teóricamente es posible la creación de mamíferos idénticos a partir de un óvulo al cual se le introduce el núcleo de la célula que se quiere desarrollar. Hace quince años el periodista David Rorwick escribió un exitoso libro en donde se relataba la historia de un multimillonario que se había hecho clonar. ¿Cierto o falso?

- **"Fetos":**

Son muy solicitados por sus tejidos dúctiles, los cuales no son rechazados por el organismo. Los trasplantes de células fetales han sido utilizados para curar el "Parkinson", pero pueden ser empleados para curar otro tipo de enfermedades sanguíneas -cardíacas, entre otras-. Los embriones son solicitados también para experimentación y para la industria cosmetológica. En los países en donde se permiten estos usos, se utilizan, al menos oficialmente, fetos abortados. Pero la presión es fuerte y la criminalidad está en guardia.

## Conclusiones

El pasado día 14 de octubre de 1995 nació "Esteban", el primer bebé costarricense que viene al mundo gracias a la técnica de fertilización *in vitro*. Este acontecimiento representa un importante avance médico-científico y brinda una esperanza más a las parejas con problemas reproductivos. No obstante, debe ser considerado también como el inicio de una era en la que el empleo de dichas técnicas dejará de ser extraordinario para convertirse en algo tan común como la cirugía dental. Esta realidad nos obliga a tomar las medidas legislativas adecuadas y necesarias para regular una materia que parece haber sido en extremo subestimada. Como hemos podido observar, es urgente que comencemos a trabajar en una forma más seria y responsable; debemos promover el análisis profesional y detallado de un tema que es controversial en sí mismo y no salir al paso con soluciones tipo parche que lejos de solucionar problemas vienen a promoverlos y a acentuarlos.

Costa Rica se ha caracterizado por ser un Estado de Derecho en el que se tutelan y protegen los valores fundamentales de las personas, sigamos siendo un buen ejemplo para los demás países y no acudamos a remedios superficiales que denotan mediocridad y conformismo. Tenemos los medios y la capacidad para hacer una buena labor y enorgullecemos de nuestros logros.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Lledó Yegüe, F. (1988). El alquiler de úteros y el problema de las madres sustituidas o por encargo. *II Congreso Mundial Vasco. La Filiación a finales del siglo XX. Problemática Planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Editorial Trivium, S. A. Primera Edición. Madrid. España. Pp. 319-324.
- 2 Vidal Martínez, J. (1988). Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español. Primera Edición 1988. Editorial Civitas S.A. Universitat de Valencia. Pp. 118-155
- 3 Vidal Martínez, J. Ibidem. Pp. 155-179.
- 4 Vidal Martínez, J. Ibidem. Pp. 180-197.
- 5 Silva-Ruiz, P. F. (Abril, 1995). La Inseminación Artificial. Reproducción Asexual. Implicaciones Jurídicas de las Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana. (*Ponencia Oficial VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador, Centroamérica, Septiembre de 1992, Tema 3, subtema 2.(C) PFSR, 1992.*). Revista Judicial. Año XIX. Número 61. Abril de 1995. Pp. 19-28.
- 6 Pérez Vargas, V. (Mayo-Agosto,1997). EL CONCEBIDO ES UN NIÑO. (Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Panamá, 22 al 27 de setiembre de 1996.) Revista de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados. Número 84. San José, Costa Rica. Pp. 9-23.
- 7 Salazar Gigli, R. (Setiembre, 1995). Problemática jurídica y social de la fertilización in vitro en Costa Rica. Revista IVSTITIA. Año 9. Número 105. San Pedro de Montes de Oca. San José. Costa Rica. Pp. 18-21.