



BIOETICA DIEZ AÑOS DESPUES

Marcelo PALACIOS

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante la denominaremos Ley sobre TRA o Ley 35/88, y a las técnicas TRA) surgió fundamentalmente de los trabajos de una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas creada el 29 de mayo de 1985 en el Congreso de los Diputados (y constituida por parlamentarios de los distintos grupos políticos), que tuve el honor de presidir, y a la que fueron convocados 36 expertos de distintas áreas del conocimiento relacionadas con estas materias, como son la obstetricia y la ginecología, la genética, el derecho, las ciencias morales, etcétera. No quedaría tranquilo si no aprovechara esta oportunidad para agradecerles una vez más la honesta colaboración recibida, su rigurosa profesionalidad y su talante abierto al consenso posible, y así lo hago.

El 10 de abril de 1986 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, con algunas enmiendas, el

Informe de la Comisión, para cuya redacción me dió su confianza la Comisión y del que me responsabilicé, y que con-

cluía con 150 recomendaciones que pudieran ser de utilidad al legislador.

Un año más tarde, por encargo de mi grupo parlamentario, el socialista, y partiendo del Informe de la Comisión Especial de Estudio redacté la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 74-1, serie B, III Legislatura, del 9 de mayo de 1987), así como la Proposición de Ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos (que daría lugar a la Ley 42/88 sobre dichas materias y que no trataremos aquí).

Tras año y medio de trámite parlamentario y su aprobación definitiva en el Pleno del Congreso del 20 de octubre de 1988, acabaría siendo la Ley 35/88 sobre TRA, publicándose en el Boletín Oficial del Estado (BOE Nº 282 del 24 de noviembre de ese año, con correcciones en el BOE nº 284 aparecido dos días después).

Se planteó entonces la necesidad o no de penalizar en esta ley determinadas actuaciones en relación con las TRA, pero el proyecto de Código Penal (llamado de la democracia) estaba en marcha y prevaleció la idea de esperar a su aprobación por las Cortes. Y, en efecto, la Disposición Final Tercera del nuevo Código Penal (Ley 10/95, vigente desde el 25 de mayo de 1996),

***Las bases éticas
de la Ley sobre
reproducción asistida
son civiles.***

como veremos, ha completado algunos aspectos de la Ley sobre TRA, adaptando el artículo 20 original de la Ley sobre TRA (Capítulo VI), de cuyo apartado 2.B quedan suprimidas las letras a), k), l) y v), cuyas actuaciones son objeto de penalización, y se sustituye el texto de la letra r). Por otra parte, las Disposiciones Adicionales Primera y Tercera para desarrollo de la Ley sobre TRA, dieron lugar a los Reales Decretos 412 y 413 (ambos en el BOE nº 72, del 23 de marzo de 1996), a los que remito al lector, que establecen: a), el R.D. Nº 412 los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con la TRA humana, así como la creación y organización de un Registro Nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana; y b) el R.D. nº 413, los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las TRA humana.

La creación de La Comisión Nacional de Reproducción Asistida (en adelante, CONRHA), estaba prevista para su aprobación junto con los citados R.D., pero Angeles Amador, ministra de Sanidad y Consumo del Gobierno saliente, con la prudencia y objetividad que la caracterizan recogió mi sugerencia de esperar a la formación del nuevo Gobierno para que éste pudiera nombrar a sus miembros con plena libertad; y con el R.D. nº 415 de marzo de 1997 se puso en marcha la Comisión, compuesta por 25 miembros y cuyo primer Informe, sobre el que haré alguna consideración, se dio a conocer en mayo de 1999.

La Ley sobre TRA respondió a la necesidad de regular dichas técnicas de reproducción —sus evidentes deriva-

ciones y repercusiones sobre la mujer y su descendencia, así como el funcionamiento de los establecimientos en que se llevan a cabo y el de los equipos biomédicos responsables (en España el primer banco de semen se creó en 1978, y la primera criatura, Victoria Ana, nació por fecundación *in vitro*, en 1984), como ya nadie parece poner en duda en Europa y en otras regiones mundiales, si consideramos las reglamentaciones y legislaciones adoptadas al efecto.

Las bases éticas de la Ley sobre TRA se enraizan con la *ética civil* entendida esta socialmente *a pié de obra* —y por ello no primordialmente académica ni doctrinal sino imbuida sobre todo de compromisos prácticos, adecuada a los problemas de nuestro tiempo, decididamente comprometida con ellos y previosora de las implicaciones en un futuro obligadamente próximo—, y en consonancia con los principios sobre derechos y libertades fundamentales establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Convenios, Acuerdos o Cartas internacionales que nuestra Constitución incorporó e hizo suyos.

Hay que añadir que la Ley sobre TRA es *optativa*, en cuanto a que la demanda de las TRA concierne a la libre decisión y plena autonomía de quienes deseen recurrir a ellas, y al ejercicio y profesionalidad de los especialistas que las realicen. En una sociedad plural y democrática como la nuestra, unos y otros, solicitantes de o expertos en las técnicas, son acreedores del respeto de quienes por convicciones morales o de otra índole no comparten su utilización. Y puesto que no es una ley que obligue a su cumplimiento, sino que regula la aplicación de las técnicas a quien las solicite, tal carácter facilita que los de-

***La demanda de T.R.A.
conciérne a la libre
decisión y plena
autonomía del demandante.***

seos de quienes recurran a ellas con fines reproductores puedan ser respetados por quienes no las compartan.

Finalmente, en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley sobre TRA se dice textualmente: «No pretende esta Ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que esta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que la desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la Ciencia, la Tecnología y la misma Sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas».

En el mes de octubre próximo se cumplirán once años desde que el Parlamento aprobó la Ley 35/88, periodo durante el que las TRA se han ido instalando en la sociedad de manera natural. La razón de este artículo es hacer un somero repaso a los contenidos de esta ley, a la manifiesta hostilidad que encontró en algunos sectores confesionales y políticos y a su grado de validez actual, una vez que el Tribunal Constitucional le ha dado un espaldarazo sin

***Las T.R.A. reafirman
la inobjetable
distinción entre
sexualidad y procreación.***

reservas. No pido disculpas por obviar lo que aquí no tiene cabida —anecdótico o no— ni por expresarme ocasionalmente en primera persona; lo primero, porque resulta imposible en una revista, y lo segundo, porque habiendo vivido tan intensamente la elaboración, los avatares y el seguimiento ulterior de esta ley, no me es fácil sustraerme a ello ni se me reprochará que lo haga en algún momento.

La Comisión Especial de Estudio del Parlamento español sobre las TRA, y en particular esta ley que las regula, significaron un profundo revulsivo social, especialmente en las esferas más tradicionales y conservadoras. En aquellos tiempos de democracia todavía joven las actuaciones científicas sobre las células reproductoras, la inobjetable distinción que las TRA reafirmaban entre la sexualidad y la procreación, y la posibilidad de que la mujer sola también pudiera beneficiarse de estas técnicas eran, entre otros, hechos progresistas de difícil aceptación, que no asimilación por los valedores de una moral arcaica, excluyente y acostumbrada al dirigismo y a la comodidad de su entorno.

El 14 de marzo de 1988, el grupo parlamentario de Coalición Popular presentó una enmienda a la Propuesta de Ley sobre TRA, como texto alternativo de totalidad (y el mismo día, desde el partido que lo sustentaba se

emitió la «Nota sobre el pensamiento católico sobre la fecundación asistida», justificativa de su texto) y enmiendas al articulado; y los grupos parlamentarios Liberal y Democracia Cristiana presentaron algunas enmiendas al articulado. La citada Nota fue, según algunos medios de comunicación, motivo de controversia interna y afirmaron: a), que el texto alternativo de Coalición Popular tenía grandes semejanzas con el socialista, y b), que sus promotores intentaban ocultar la *Donum Vitae*, Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe (ex Santo Oficio) del Vaticano *Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación; respuesta a algunas cuestiones de actualidad*, del 10 de marzo de 1987.

La Comisión Episcopal española para la Doctrina de la Fe, por su parte, emitió el 23 de marzo de 1988 una Nota de tinte apocalíptico contra las dos proposiciones de ley socialistas (sobre la que insistirían en un escrito del 4 de marzo de 1989), «dirigida como orientación y denuncia a la comunidad cristiana, a las instancias políticas y a todos los ciudadanos» de una desmesurada acidez, insólitas generalizaciones e injerencia en decisiones libres e íntimas. Según los responsables de la Nota estas proposiciones de ley «provocan el quebranto de los principios fundamentales de todo Estado de derecho, cuya vulneración, aun en un régimen democrático, es un camino que lleva a la tiranía»; «sustituyen las exigencias morales mínimas por un pragmatismo inspirado en una concepción amoral de la ciencia»; «sus expresiones, como reproducción asistida (etcétera) no son inocentes y se emplean de propio intento para dirigir y conformar al pueblo una mentalidad nueva que, en el fondo, tiende a degradar la dignidad personal y espiritual del

hombre»; «no salvaguardan suficientemente el bien social del matrimonio ni las garantías de la digna procreación humana», «dan por supuesta, legitiman y conforman una mentalidad según la cual la inviolabilidad de la vida humana en todas sus fases ya no se respeta», con citar algunas expresiones; azuzó la Comisión Episcopal el mensaje aún hoy sostenido de que, como en este caso, lo que es legal puede no ser moral, punto de vista tan válido como que para muchos las opiniones de la Conferencia tampoco tienen que ser entendidas como morales, ni mucho menos ser compartidas. Desde sectores confesionales o afines arremetieron las embestidas y los exabruptos contra la Ley sobre TRA, en ocasiones sin siquiera sustentarse en una lectura detenida de aquella, que fueron cediendo ante la aceptación social de las TRA y su aplicación sin sobresaltos.

El 24 de febrero de 1989 la Ley sobre TRA fue objeto de un *recurso de inconstitucionalidad* (nº 376/89), presentado por 63 diputados del Partido Popular en el Congreso, que fue admitido a trámite el 13 de marzo de 1989 por la Sección 3ª del Tribunal Constitucional. Alegaban, de entre una treintena de imputaciones, que esta ley vulneraba el concepto constitucional de la familia y atentaba contra a la vida humana, amén de denostar al término preembrión con todos los calificativos y sospechas, involucrar al aborto y exigir que la ley debiera tener carácter orgánico.

A finales de junio de 1999, el Pleno del Tribunal Constitucional dio a conocer la sentencia en la que rechazaba argumentadamente tanto la impugnación global a esta ley como cada una de las numerosas impugnaciones presentadas por el ahora grupo parlamentario popu-

lar a sus contenidos concretos. A la espera de analizarla con detenimiento, esta sentencia me produjo una profunda y contenida satisfacción, y, ante todo, significó un triunfo de la democracia y la sociedad, el Parlamento, la justicia y el sentido común.

Por lo demás, con la excepción de una solicitud de selección del sexo (caso Mataró) por motivaciones contrarias a sus preceptos —que los tribunales de justicia rechazaron en su día—, no se han suscitado conflictos legales.

Curiosamente, el tratamiento de la infertilidad no se incluía en los borradores últimos del catálogo sobre prestaciones sanitarias el tratamiento de la infertilidad, y la citada ministra fue nuevamente receptiva a las indicaciones recibidas (de palabra y por escrito) y tales tratamientos se recogieron en el Real Decreto nº 63 del 20 de enero de 1995 (anexo I, 3,5º b) publicado en el BOE nº 35 del día 10 de febrero de 1995. Hubiera resultado llamativo y hasta inadmisibles que las materias de una ley útil, nuestra y pionera fueran excluidas de la red pública sanitaria.

Señalando igualmente que la Ley sobre TRA ha sido norma de constante referencia en la elaboración de legislación en otros países, objetivamente pienso que lo mejor que pueda decirse de ella, como de cualquier ley, es pre-

***La Ley sobre T.R.A.
define el estatuto
biológico y jurídico
del preembrión.***

cisamente eso: que su aplicación no crea problemas insalvables, sino que establece los principios para solucionarlos. Lo cual no es óbice para afirmar que algunas cuestiones de suficiente enjundia son *asignaturas todavía pendientes*, como es el destino de los preembriones una vez transcurrido el plazo de crioconservación establecido (en esto no fui escuchado, pese a mi pertinacia) y otras, valga el caso de la transferencia de núcleos somáticos a ovocitos desnucleados, con fines reproductivos o no, de reciente irrupción en el ámbito científico, merezcan la consideración sosegada y necesaria.

Por razones metodológicas no soslayaré una rápida referencia a ciertos términos (preembrión, fecundación, gestación) implicados en la aplicación de las TRA y en esta ley, o relacionados con ellas (aborto), de tal relieve algunos que deben ser necesariamente comentados, naturalmente sin poder agotar el discurso.

Desde años atrás en el Consejo de Europa se venía demandando como imprescindible el establecimiento de un *estatuto* jurídico del embrión —del preembrión y del embrión posimplantatorio—, no sin cierta sorpresa para mí, al no comprender ni por supuesto aceptar cómo puede determinarse jurídicamente con suficientes garantías la actuación sobre algo que en sí mismo

***El término preembrión
en su día fue atacado
por sus connotaciones
«malévolas».***

no estaba previamente definido biológicamente con nitidez; en definitiva, cómo es posible y con qué solvencia se puede enjuiciar lo que —sea lo que sea, en general— no sabemos qué es. Por esta razón, en una de mis enmiendas (la nº 24) al Informe entonces en marcha sobre estas materias, se consideraba necesaria la definición de un *estatuto biológico* del embrión, como quedaría establecido en la Recomendación 1.046 (parágrafo D 5.), aprobada por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en 1986.

Pues bien, la Ley 35/88, que poco a poco se irá analizando, hace referencia claramente a los estatutos biológico y jurídico del preembrión. Al *estatuto biológico*, definiendo embriológica y cronológicamente al preembrión en su Exposición de Motivos; al *estatuto jurídico*, estableciendo en su parte sustantiva los límites admitidos de su manipulación, sus finalidades y su protección, en consonancia con su característica humana, su grado de desarrollo y sus expectativas de vida.

Desde la perspectiva embriológica la Ley sobre TRA se refiere al periodo del desarrollo humano que va desde que comienza la fecundación del óvulo hasta 14 días después, cuando previsiblemente acabó la implantación del preembrión en la mucosa del útero (endometrio) de la mujer y tiene lugar en él la aparición de la cresta neural o línea primitiva. (Como ya quedó dicho, finalizada la implantación, nidación o anidación, se inicia la concepción, gestación o embarazo.) A este transcurso de dos semanas se le denomina periodo preimplantatorio o preembrionario, y al ovocito fertilizado y en sus diversas etapas de división y desarrollo durante aquel, *embrión preimplantatorio* o *preembrión*. Hay

que recordar esto, pues lo que ocurra tras la implantación y la aparición de la cresta neural (es decir, la gestación) no tiene nada que ver con la Ley sobre TRA, y si lo destaco es porque en los coloquios he podido observar que algunos no se han apercibido de que esta ley afecta únicamente al periodo preimplantatorio, no gravídico todavía, y nada más.

El término *preembrión* —en su día tan atacado por sus «malévolas» connotaciones que fue incluso uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad a la Ley sobre TRA por quienes hoy lo admiten (y algunos, paradójicamente, también entonces) no es una originalidad de la ley española, ya que tan sólo refleja la actualización semántica de los conocimientos biológicos; define la primera fase o preembrionaria del desarrollo prenatal, como ya quedó descrita, siendo las restantes, correlativamente, la de *embrión propiamente dicho* o *preimplantatorio*, y la última, la fase *fetal*. Lo cierto es que se han despejado las suspicacias pasadas, salvo para los recalcitrantes. Otras normas o documentos, como son la Ley danesa nº 76 de 1987, la Instrucción del Vaticano *Donum Vitae* del 22 de febrero de 1987 (presentada en Roma el 10 de marzo del mismo año), la Recomendación 1.100 del Consejo de Europa y el Código Penal español (en su Disposición Final Tercera) utilizan el término *preembrión*, ya de manejo frecuente. ¿Por qué entonces tanta algarabía?

La Ley 35/88 establece un estatuto jurídico del *preembrión*, pues:

- a) Como ya se expuso lo define como la fase del desarrollo desde la formación del cigoto hasta 14 días después, en que aparece de la línea

primitiva y se implanta en el útero materno.

- b) Se prohíben: la creación de preembriones con cualquier fin distinto a la procreación humana; su desarrollo *in vitro* con cualquier fin más allá del día 14 que sigue a la fertilización; actuaciones como la clonación, la mezcla de semen (o de óvulos) de distintas personas para crear preembriones; la ectogénesis, y en suma, otras consideradas como desviaciones no deseables de las técnicas.
- c) Se proponen valoraciones para determinar su calidad biológica, la viabilidad o no de los preembriones, de modo que, si es transferido, se proteja la salud del fruto y de la mujer gestante.
- d) Se establecen principios de protección del *preembrión* en cuanto a las manipulaciones a que pueda ser sometido, autorizándose su crioconservación o su donación a terceros con el objetivo de transferirlos después con fines procreadores, siguiendo los requisitos exigidos.
- e) Se autoriza la investigación/experimentación, pero exclusivamente en preembriones no viables o muertos.

***Se habla de gestación
cuando el preembrión
ha anidado en el útero,
y no antes.***

***No se puede relacionar
con el aborto
la actuación sobre
preembriones «in vitro».***

La *gestación* es el proceso fundamental de referencia, aunque previamente, y por los equívocos no infrecuentes, a veces rebuscados, debe diferenciarse la fecundación de la concepción.

La *gestación*, *embarazo* o *preñez* es, al iniciarse, el punto de arranque para el comienzo de una/s vida/s humana/s. Pero, ¿cuando ocurre realmente? La *gestación* en cuanto que tal no comienza hasta que la implantación del preembrión ha terminado, aproximadamente en los días de la primera falta menstrual. Veamos algunas ratificaciones:

- «Podemos definir así al periodo de la implantación como aquel que abarca las dos primeras semanas de la vida del embrión», Botella Lluís, J.: *Endocrinología de la mujer*, Edit. Científico Médica, 1961.
- «El blastocisto implantado, y a partir del día 28 del ciclo, hizo que se formara un cuerpo amarillo de embarazo o gravídico; la mucosa endometrial pasa a la fase gravídica», Lagman, J. y Sadler, T.W.: *Embriología médica*, Edit. Científico Médica, 1986.
- «La Sociedad alemana de Ginecología no habla de embarazo hasta después de 14 días», Lacadena, J.R.: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 357, del 6 de noviembre de 1985.

— «El comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno», M. Cobo del Rosal; J. Carbonell Mateu; T.S. Vives Antón; J. Boix Reig y E. Orts Berenguer *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1987. Y los tres primeros autores, en la edición de 1988: «La gestación se inicia con la anidación en el útero del óvulo fecundado.»

Es así evidente que la *fecundación* no es la *concepción*, ya que la *concepción* comienza con la *gestación* una vez que el preembrión anida en la mucosa uterina. También lo es que el *nasciturus* (el que va a nacer) comienza a ser tal con el embrión implantado, pero no antes, afirmación que indirectamente hace suya la Sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional. ¿Supone esto que el preembrión no es acreedor protección jurídica? De ninguna manera, pues el preembrión, sin ser *una* vida humana (un *tertium* definitivamente implantado en el útero de una mujer gestante y distinto de ella, un *nasciturus* en suma) es estructura celular de vida humana orientada a la reproducción, si bien la incertidumbre biológica y ambiental no garantiza su desarrollo ni su destino humanos.

Llegados a este punto, ¿tiene algún sentido relacionar con el *aborto* las actuaciones susceptibles de dañar a los preembriones *in vitro* (la crioconservación, la investigación o la simple manipulación)? Afirmo categóricamente que no, que tal conclusión es profundamente desafortunada y sin fundamento alguno. Y ello porque el *aborto* es la expulsión del útero del fruto de la *gestación* (el embrión o el feto) por causas naturales

o provocadas, con lo que se interrumpe ésta; y cuya segunda modalidad, la provocada, afecta directamente al derecho. Así:

— «El aborto es la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción», Sentencia del tribunal Supremo del 21 de abril de 1951.

El sentido jurídico-penal es (el aborto) la interrupción del proceso gestatorio y consiguiente expulsión prematura del fruto de la concepción provocada dolosamente, (Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de junio de 1952).

— «No hay embarazo, y por lo tanto no puede haber objeto material del delito de aborto en los casos de fecundación *in vitro* cuando el óvulo fecundado se encuentra aún en el laboratorio. Habrá embarazo y objeto material del delito de aborto después de la anidación en el útero de la madre», M. Bajo Fernández: Manual de Derecho Penal, Parte especial, Ceuta, Madrid 1987.

— «La noción a la que corresponde el Código, excluye del concepto de aborto la llamada fecundación *in vitro*», J.M. Rodríguez Devesa: Derecho Penal Español, Parte Especial, Revisión de Serrano Gómez, Dykinson, Madrid 1988.

— «No se considera interrupción del embarazo la acción cuyos efectos tengan lugar antes de producirse la anidación del óvulo fecundado en el útero», R.F. de Alemania, Ley del 18 de junio de 1976 (Artículo 219 d, Código Penal).

— «Las palabras “interrupción del embarazo” no significarán la aplicación de un método para evitar la anidación de un óvulo fertilizado en el útero», Países Bajos, Ley de interrupción del embarazo, Sección 1º, parágr. 2.2.

Un 60% de las parejas españolas estériles pueden beneficiarse de las T.R.A.

Queda pues rotundamente claro que sin gestación o embarazo falta el requisito fundamental y previo para que pueda hablarse de aborto. Los preembriones *in vitro* no están anidados en ningún útero femenino sino que se hallan en el laboratorio, y por lo tanto las actuaciones que sobre ellos se realicen podrán o no ser admitidas éticamente, pero argumentando con rigor nunca deberán merecer el calificativo de aborto.

Cinco

Seguidamente señalaré y comentaré y brevemente algunos aspectos destacados de la Ley sobre TRA (respecto a las analogías con otras normas legales remito a mis trabajos de la Bibliografía acompañante y otros).

La Ley «regula la inseminación artificial (IA), la Fecundación *in vitro* (FIV) con Transferencia de Embriones (TE) y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG, en inglés GIFT), técnicas que podrán utilizarse cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados».

Dio con ello respuesta legal a la demanda social sobre estas posibilidades técnicas, a la existencia de centros y servicios en los que ya desde 1978 se venían realizando ciertos de estos pro-

cedimientos en España (y cuyo funcionamiento debería ceñirse a normas específicas no contempladas en las regulaciones sanitarias), y a ciertas circunstancias relacionadas con el derecho de familia (filiación, paternidad, maternidad), en especial cuando intervinieran en la procreación donantes de gametos o preembriones.

La *finalidad fundamental* de las técnicas es la de «actuar médicamente ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces».

Esta *finalidad fundamental*, que *no exclusiva*, tiene una particular importancia, pues al no ceñirse las técnicas tan sólo al tratamiento de la esterilidad humana, son legalmente posibles otros usos. Por ejemplo, y en relación con la descendencia, también podrán utilizarse en la prevención y el tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. Y, finalmente, podrá autorizarse la investigación y la experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos según establece la Ley en sus artículos 14 a 17.

En España hay unas 700.000 parejas casadas en edad fértil que son estériles, un 10-13% del total, de las que un 60% se pueden beneficiar de las TRA.

***La ley sobre T.R.A.
prohíbe la creación
de seres humanos
por clonación.***

Un criterio de la Ley, a mi juicio de importancia y que podría ser matizado en base a los recientes conocimientos científicos, es aquel por el que «se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana»; aspecto que en España encuentra una aceptación casi generalizada, y que, sin duda, es un reconocimiento de la valoración ética y jurídica del preembrión humano. La Convención del Congreso de Europa sobre los derechos humanos y la biomedicina (abierta a la firma en Oviedo el 4 de abril de 1997, y conocida generalmente como Convención de Asturias de Bioética) que propuse en 1986 (Recomendación 1.100) y 1991 (Recomendación 1.160) en tanto que miembro de la Asamblea Parlamentaria de esa institución internacional, documento del que fui ponente y en cuya elaboración el CDBI (Comité Director de Bioética) representó un importante papel, en su artículo 18 coincide sustancialmente con la Ley 35/88.

El debate social provocado recientemente por la transferencia de núcleos de células somáticas diferenciadas (no ya de ovejas, como en el caso de Dolly, sino de humanos) a ovocitos humanos previamente desnucleados, pone sobre el tapete la posibilidad de crear individuos idénticos genéticamente por clonación, y merece aquí unos apuntes. En primer lugar, porque la Ley sobre TRA prohibió la creación de seres humanos idénticos por clonación u otro procedimiento técnico, y también se castiga en el artículo 161 del Código Penal. En segundo lugar, porque la célula resultante de aquella transferencia de núcleo, a la que denominaré *nuclóvulo* o *nuclovo*, no es un *cigoto* (es decir, la célula que resulta al ser fecundado un óvulo por un espermatozoide, con los genes de la recombinación de ambos), y por lo tanto,

tiene un estatuto biológico distinto que determinará las valoraciones bioéticas y jurídicas y, en consonancia, científicas. Por lo pronto, la creación de *nuclóvulos* no está prohibida en nuestras leyes ni conozco que lo esté en ninguna otra. El *quid* está en los fines con los que se permita su desarrollo: 1), si es con *finés reproductivos* el resultado final será un individuo humano, clónico del que procedió el núcleo transferido (que no será su hijo sino su hermano), y como dijimos, nuestra legislación penaliza a quien realizare esta técnica; 2) si es con *finalidad no reproductiva*, las expectativas son muy halagüeñas, ya que abriría el camino a la producción de líneas celulares y de tejidos ideales para el auto-trasplante por la ausencia de riesgos de rechazo (aunque, por razones éticas será deseable que los trasplantes, incluso de órganos, procedieran de células troncales o *stem cels* de ya nacidos; pero tratar de esto nos llevaría mucho más espacio del que disponemos).

Finalmente, el artículo 161.1 del Código Penal de 1995 establece que «quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana serán castigados con la pena de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para oficio, profesión o cargo de 1 a 6 años».

Toda mujer «podrá ser receptora o usuaria de las técnicas si ha prestado su consentimiento de manera libre, expresa y por escrito, es mayor de edad y tiene plena capacidad para obrar. La mujer debe ser informada sobre los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada».

Para la realización de las técnicas «rigen los principios generales siguientes:

Excluir a la mujer soltera de las T.R.A. podría ser inconstitucional.

- a) Que haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- b) Que sean mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.
- c) Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, sobre sus distintos aspectos e implicaciones posibles, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles, información que deben realizar los equipos sanitarios del centro donde se realicen.
- d) La mujer receptora de las TRA podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición».

Se trata, pues, por lo establecido en los apartados precedentes, de una ley protectora, tanto de salud de la mujer que recurre a las técnicas, como de la de los hijos así nacidos, respetuosa con los principios de libertad y autonomía de la mujer —viva ésta en pareja o sola—, y exigente con el requisito de información previa y consentida, cuyo incumplimiento se sanciona.

Queda por solucionar el problema del plazo de crioconservación de preembriones.

En definitiva, las técnicas se pueden aplicar a *toda* mujer —casada o no— reafirmando en lo esencial los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de 1978, entre otros: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social» (artículo 14); «se garantiza la libertad ideológica, religiosa, etcétera». (artículo 16); «se garantiza el derecho a...la intimidad personal familiar y a la propia imagen» (artículo 18); «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil» (artículo 39).

En cuanto al consentimiento informado, en su artículo 162 el Código Penal establece que «quien practicare reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años, e inhabilitación especial para cualquier empleo o cargo público u oficio por tiempo de 1 a 4 años; para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada y, cuando esta sea menor también podrán denunciar el representante legal, cualquier ascendiente y el Ministerio Fiscal».

No hace falta decir mucho más al respecto; si acaso recordar que *limitar o*

excluir a la mujer soltera de este proceso (nota mía: el uso de las TRA), *podrían ser un atentado a un derecho constitucionalizado* (J.A. Souto, Diario de Sesiones del Congreso, número 376, 1985).

«La Ley autoriza la contribución de donantes para la realización de las técnicas (tanto de gametos como de preembriones), debiendo respetarse en la donación que:

- a) Es un contrato gratuito, y secreto que se formalizará por escrito entre el donante, debidamente informado, y el centro autorizado.
- b) Sólo pueden hacerla personas mayores de 18 años, con plena capacidad para obrar y con buen estado psicofísico de salud.
- c) De un solo donante nacerán como máximo seis hijos.
- d) La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.
- e) La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.
- f) Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Quienes argumentan que la Constitución Española (artículo 39) ampara la investigación de la paternidad no aceptan el anonimato de los donantes. Otros,

de acuerdo con lo establecido en la Ley, consideran que un donante conocido puede constituirse en un elemento perturbador de la familia creada con su contribución, y que la Constitución de 1978, posterior al inicio de las TRA en nuestra nación, hace referencia a la investigación de la paternidad para llamar a sus obligaciones para con sus hijos a los padres que las desatiendan y no pensando en quienes hayan recurrido a la reproducción asistida.

El pago por la donación ha sido repetidamente suscitado, por entender que determinadas compensaciones no pueden entenderse como ánimo de lucro. En este sentido, la CONRHA sugiere que 5.000 pts. por la donación de sémen y 1.000.000 pts. por la de ovocitos, compensarían tan sólo los inconvenientes o gastos sobrevenidos por el hecho de donar los gametos.

La Ley 35/88 establece que «el semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de 5 años»; además, «que no se autorizará la crioconservación de óvulos para la reproducción hasta que no haya suficientes garantías sobre su viabilidad después de descongelados».

En el primer sentido la CONRHA propone una duración indefinida de la crioconservación de semen, mientras que sobre los ovocitos no plantea la modificación de la Ley y sí promover la investigación.

Añade la Ley sobre TRA que «los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, durante un máximo de cinco años».

El Real Decreto de 1996 que desarrolla la Ley 35/88 no determina qué

hacer con los preembriones que lleven más de cinco años crioconservados, en mi criterio una grave omisión que traté de corregir (como se ha visto, sin éxito), y que habría de solucionarse con prontitud. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida (CONRHA) ha tratado esta cuestión dejando pendiente de pronunciamiento la destrucción de los preembriones, como última medida (aunque pasado el plazo legalmente establecido no haya impedimento para hacerlo), y propone mayoritariamente su almacenamiento si fuera preciso hasta la menopausia, lo que sería extensible a los preembriones actualmente almacenados, unos 15.000-25.000 (el 15% de más de cinco años de crioconservación), aunque las cifras no sean, como se observa, muy fiables. Esto, no obstante, no solucionaría el problema, tan sólo lo dilataría en el tiempo. Y por otra parte, hay que considerar el gasto que ocasionaría un almacenamiento tan duradero y seguramente masivo de semen y preembriones (y tal vez algún día de óvulos) durante tantos años y quién deberá asumirlo.

La Ley 35/88 (artículo 8) subsana carencias —en especial cuando intervienen donantes en la realización de las técnicas— de la Ley 11/81, del 13 de marzo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. Así: «a) Ni el marido ni la mujer, cuando hayan

***En la actualidad
hay almacenados
entre 15.000
y 25.000 preembriones***

prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal filiación. b) Se considerará escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas; quedando a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad».

En la Ley se establecen los «criterios de la autorización de las técnicas para la gestación *postmortem*, de modo que: el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor sea utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial; también el varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer, con ciertos requisitos legales, uso de esa posibilidad; y en ambos casos el consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas».

En el artículo 116 del Código Civil español «se presumen hijos del marido (nota mía: similitud con la pareja no

***No se ha producido
la quiebra moral
de la sociedad
que algunos auguraban.***

casada) los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución (nota mía: una de cuyas causas es el fallecimiento de uno de los cónyuges) o a la separación legal o de hecho de los cónyuges». Pues bien, si la duración de un embarazo normal abarca entre los 265 y los 280 días, es evidente que la mujer puede utilizar el semen criopreservado del varón fallecido para una gestación en ella misma que terminaría en el plazo aludido del Código Civil. Por otra parte, cualquier mujer puede autoinseminarse (como se recoge en un documento del Consejo de Europa) con posibilidades de éxito incluso con semen fresco extraño a su pareja, frustrando así la ley. La Ley 35/88 ha regulado estas posibles circunstancias en términos actualizados y condicionados por las posibilidades que las técnicas ofrecen.

En lo que concierne a la gestación de sustitución, la ley establece que «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; que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto; y que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales».

Se entendió que la gestación de sustitución puede ser fuente de mercado, abuso o degradación de la mujer utilizada como gestante/máquina. En Europa tampoco se autoriza, con la excepción y las particularidades de la legislación del Reino Unido.

Hay quien manifiesta que, por el mecanismo de la adopción, la gestante sus-

tituta podría ceder la descendencia a los solicitantes de su gestación. Nada más desacertado, ya que quien formaliza la adopción no es la madre sino la entidad pública con el juez, como las leyes establecen, con lo que son muy aleatorias las posibilidades de que la adopción recaiga en quienes concertaron la gestación y aspiran a la paternidad de la descendencia habida, máxime si se conoce que han pretendido sortear la Ley 35/88.

Hace alrededor de un año apareció en Internet un anuncio ofertando madres de alquiler que alertó a los responsables de la justicia. No tengo conocimiento de que en España se haya realizado ninguna gestación de sustitución; en todo caso los artículos 220, 221 y 222 del Código Penal tratan y castigan la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, asuntos en consecuencia relativos la gestación de sustitución.

La Ley regula «el funcionamiento de los equipos biomédicos y de los centros o servicios sanitarios en los que se realicen las técnicas, tipifica las infracciones y establece las sanciones para el supuesto de incumplimientos concretos de sus contenidos.

Todos los centros o servicios en los que se realicen las Técnicas de Reproducción Asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios públicos y privados, y se regirán por lo dispuesto en la Ley General de Sanidad y en la normativa de desarrollo de la misma o correspondiente a las Administraciones Públicas con competencias en materia sanitaria. Los equipos

biomédicos que trabajen en los centros o servicios sanitarios deben estar especialmente cualificados para realizar las Técnicas de Reproducción Asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios; actuarán interdisciplinariamente y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan 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 transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias evitables con aquella información y estudio previos» (ver R.D. 412 y 413).

En 1988 había 13 bancos de gametos (ahora 49) y 14 centros sanitarios en los que se realizaban las TRA, públicos y privados (ahora 64 centros de FIVTE, y 32 centros también de IA, de cuya totalidad la relación de privados y públicos es de 6-7 a 1).

La Ley sobre TRA mandata que «el Gobierno establecerá mediante Real De-

***Con la Ley sobre T.R.A.
España dispone
de una ley democrática,
moderna y avanzada.***

*Con el devenir
histórico de la
Ley sobre T.R.A.,
todos hemos aprendido.*

creto la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, a colaborar con la Administración en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los centros o servicios donde se realizan las Técnicas de Reproducción Asistida, con el fin de facilitar su mejor utilización. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida podrá tener funciones delegadas, a falta de la normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos, de investigación o de experimentación».

Estimo de relieve la creación de una Comisión Nacional (CONRHA) con las características y cometidos determinados en el artículo 21 de la Ley. El proyecto Real Decreto a que la Ley 35/88 hace referencia para crear esta Comisión (Disposición Final Cuarta), estaba ultimado en diciembre de 1995. Tuve la satisfacción de ser invitado a participar activamente en su redacción y revisión y en las de los demás Reales Decretos contemplados en las Disposiciones Finales (los nº 412 y 413 ya mencionados). Como dije, la ministra estimó la conveniencia de esperar a la celebración de las elecciones generales de 1996 para crear dicha Comisión, pues parecía oportuno que, al menos, el nombramiento de su presidente fuese realizado por el gobierno surgido de aquellas.

Se cumplirán pronto 11 años desde la entrada en vigor de la Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que, integral y pionera en estas materias, abarca ámbitos variados y complejos con posibles derivaciones éticas y sociales. Es evidente que ha cubierto el vacío que hasta entonces aquejaba el derecho en nuestra nación, retrasado crónicamente en su acomodación a las implicaciones que los avatares de la biomedicina y sus tecnologías originaron. En su día se consideró que esta ley era demasiado prolija, y los años y los hechos han venido a demostrar lo contrario; también, que determinados aspectos de la Ley 35/88 deberían ser incluidos en el Código Penal español, entonces en periodo de elaboración, y así ha ocurrido.

Estimo que lo mejor que puede decirse de una ley es que se respete y se aplique sin excesivos conflictos, y creo que objetivamente este es el caso que tratamos, pues a la Ley 35/88 no ha sido objeto de problemas reseñables, aunque se suscitan con algunas cuestiones, en particular sobre el destino último de los preembriones crioconservados y no utilizados con fines reproductores, que debería ser regulado. Este problema todavía no ha sido abordado con objetividad; la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, que realiza un riguroso trabajo, lo ha pospuesto, y en cuanto a la Ley sobre TRA no ha planteado modificaciones legales de importancia salvo el alargamiento del plazo del tiempo de crioconservación, que honestamente ya dije que tan sólo alarga la decisión a adoptar con ellos.

Las prevenciones alertando sobre la quiebra moral de la sociedad que acabaría provocando las TRA no han sido otra cosa que malos augurios completa-

mente infundados, y las que obedecieron a planteamientos estratégicos de grupo o a territorios morales aherrojados e impermeables es obvio que resultaron fallidos. Que España dispone de una ley democrática, moderna y avanzada es por todas partes conocido, máxime allí donde se la toma por ejemplo. El Tribunal Constitucional ha puesto las cosas en su sitio y a cada cual ante su responsabilidad. Como redactor de la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ponente durante el debate parlamentario y difusor incansable de la misma, mi satisfacción es tan grande y contenida como el pudor que me frena a ensalzar sus conte-

nidos y lo que supuso para nuestra nación y su Parlamento; en la idea, ya antigua, de que como toda obra humana habrá de ir adaptándose a los cambios y a los tiempos.

Estoy convencido de que con el devenir histórico de la Ley sobre TRA todos hemos aprendido. Y confío, por ello, que si llega el momento esta experiencia sirva para afrontar la elaboración de nuevas *bioleyes* o para realizar las modificaciones necesarias en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida sin levantar murallas al argumento ni alterar la serenidad del gesto y la palabra.